

# **TESIS DOCTORAL**

2018

**“EL DERECHO DE LIBRE DETERMINACIÓN DE  
LOS PUEBLOS. UN DERECHO HUMANO DE  
TERCERA GENERACIÓN EN EL NUEVO  
CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO”**

**SALVADOR ALCALDE PAREJO**

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN  
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

**DIRECTOR: D. JUAN MANUEL GOIG MARTÍNEZ  
CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
UNED**

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN  
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

**“EL DERECHO DE LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS  
PUEBLOS. UN DERECHO HUMANO DE TERCERA  
GENERACIÓN EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO  
LATINOAMERICANO”**

**SALVADOR ALCALDE PAREJO  
LICENCIADO EN DERECHO**

**D. JUAN MANUEL GOIG MARTÍNEZ**

## **AGRADECIMIENTOS**

El presente trabajo ha sido posible por la inestimable dirección de D. Juan Manuel Goig Martínez. Sus indicaciones y consejos me han servido de guía y orientación, pero sobre todo, su apoyo constante para alcanzar la meta de su realización. Su trato personal, su cercanía y su buena predisposición han sido una fuente motivadora que agradeceré siempre.

El otro gran soporte ha sido mi esposa María del Valle y mi hija Carmen. Mi esposa me brindó su impulso desde el primer momento, ofreciéndome su ánimo en los momentos de flaqueza. A ambas agradezco todo ese tiempo que me ofrecieron de sus vidas y que sacrificaron por la realización del presente trabajo.

## INDICE

INDICE.....	4
1 Introducción .....	9
2 CAPITULO 1 Los Derechos Humanos de la Tercera Generación. ....	18
2.1 Origen y futuro.....	18
2.1.1 El germen histórico. Los movimientos sociales.....	18
2.1.2 El instrumento: La Teoría Generacional en los Derechos Humanos.....	22
2.1.3 Retos de la nueva generación. ....	28
2.2 La Teoría Generacional.....	33
2.2.1 Nuevas demandas sociales y Teoría Generacional.....	33
2.2.2 Contexto Histórico y Generaciones de los nuevos Derechos.....	35
2.2.3 Reparos a la Teoría Generacional.....	42
2.3 Los nuevos Derechos Humanos.....	46
2.3.1 Derechos Humanos de Tercera Generación. Un proyecto en elaboración. 46	
2.3.2 Experiencia a superar: La insuficiente tutela de los Derechos Humanos de Segunda Generación.....	50
2.3.3 Respuesta internacional a las nuevas demandas sociales. Proyecto de Carta de Derechos Humanos Emergentes. (CDHE).....	54
2.3.4 CDHE y la actualización axiológica.....	57
2.3.5 El proceso necesario de consolidación teórica. ....	64
2.4 Clasificación. ....	70
2.4.1 Heterogeneidad de Derechos. ....	70
2.4.2 Propuestas de listado de Derechos para la tercera generación de Derechos Humanos.....	73
2.5 Denominación.....	95
2.5.1 ¿Derechos Humanos de tercera o cuarta generación? .....	95
2.5.2 Cuatro generaciones de Derechos Humanos. ....	97
2.5.3 Tres generaciones de Derechos Humanos. ....	110
2.5.4 Los Derechos tecnológicos.....	114
2.5.5 Una cuestión metodológica. ....	116
2.6 Titularidad.....	120
2.6.1 Estado de la titularidad de los Derechos de la nueva generación.....	120
2.6.2 Derecho Humanos de Tercera Generación: La Titularidad Individual. ....	123

2.6.3	Un nuevo marco a proteger: El interés colectivo. ....	134
2.6.4	Influencia de la Multiculturalidad e interculturalidad. ....	137
2.6.5	Autonomía de la Titularidad Colectiva. ....	141
2.6.6	Una visión pragmática. ....	145
2.7	Modelo de Estado. ....	150
2.7.1	Tres Generaciones de Derechos Humanos, tres modelos de estado.....	150
2.7.2	Superación del Estado Social. ....	154
2.7.3	Un nuevo o readaptado modelo de Estado. ....	163
2.7.4	Nueva Generación de Derechos Humanos y modelo actual de Estado..	167
2.7.5	Evolución o Perfección del modelo estatal. ....	176
2.7.6	Un nuevo modelo de Estado: Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.	178
2.8	Reconocimiento y protección. ....	180
2.8.1	Un proceso en constante evolución. ....	180
2.8.2	Retos pendientes de consolidación: Universalidad, Titularidad, Ejercicio y Solidaridad. ....	182
2.8.3	Principales trabas a superar por la Nueva Generación de Derechos. ....	190
2.8.4	Reconocimiento de los nuevos Derechos. ....	201
3	CAPITULO 2. ....	214
3.1	Antecedentes Históricos NCL. ....	214
3.1.1	Constitucionalismo Latinoamericano: Una evolución constante. ....	214
3.1.2	Primer Periodo. De la independencia al autogobierno. Las “ <i>cláusulas dormidas</i> ”.....	218
3.1.3	Segundo Periodo. Crisis Política y Económica. ....	224
3.1.4	Tercer período. Los cimientos del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.....	226
3.2	Características del NCL. ....	236
3.2.1	Aspectos más destacados de las Constituciones del NCL.....	237
3.2.2	NCL y vías de reconocimiento de los DDHH de tercera generación: Los Derechos Implícitos, la Acción Constitucional Universal y la Legitimación Colectiva Procesal. ....	250
3.2.3	Tratamiento Constitucional de la Minorías: Organización Territorial, Base social Indígena, Plurilingüismo y Sistema Judicial.....	256
3.3	NCL un cambio de paradigma. ....	273
3.3.1	NCL, un avance en el modelo constitucional.....	273
3.3.2	Elementos formales y materiales del NCL. ....	278

3.3.3	La esencia del NCL: El Poder Constituyente. ....	287
3.3.4	Puntos débiles en la construcción del NCL. ....	290
3.3.5	NCL, una construcción autónoma al Neoconstitucionalismo. ....	302
4	CAPITULO 3. ....	309
4.1	Evolución del DAD. De Principio del Derecho Internacional a Derecho Humano Universal. ....	309
4.1.1	Primera etapa. DAD como Principio Programático del Derecho Internacional. ....	312
4.1.2	Positivación del DAD como Pleno Derecho. Relevancia del papel de Naciones Unidas. ....	316
4.2	Estructuración del DAD. Estudio epistemológico. ....	328
4.2.1	Conceptualización. ....	329
4.2.2	Titularidad. Configuración jurídica. ....	337
4.2.3	Contenido del Derecho de Libre Determinación de los Pueblos. ....	350
4.2.4	Una nueva dimensión del DLDP. La Autodeterminación Interna. ....	354
4.2.5	Libre determinación, no secesión. ....	359
4.2.6	La Secesión-Remedio. ....	371
4.2.7	Aplicación práctica: La difícil convivencia entre Secesión y Autodeterminación. ....	375
5	CAPITULO 4. ....	400
5.1	Derecho de Autodeterminación en el NCL: Reconocimiento y protección de los Pueblos Indígenas. ....	400
5.1.1	Multiculturalidad en el NCL: La Identidad Indígena. ....	405
5.1.2	Sujeto activo del Derecho de Libre Determinación de los Pueblos en el NCL: Los Pueblos Indígenas. ....	422
5.1.3	Instrumentos Internacionales de Protección de la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas. ....	443
5.2	Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y Derecho a la libre determinación. ....	475
5.2.1	Primer bloque temático: No discriminación. ....	483
5.2.2	Segundo bloque temático: La “integridad cultural”. ....	490
5.2.3	Tercer bloque temático: Tierras y Recursos Naturales. ....	493
5.2.4	Cuatro bloque temático: Desarrollo y Bienestar social. ....	496
5.2.5	Quinto bloque temático: Autogobierno. ....	502
5.3	El Pluralismo Jurídico como expresión de la libre determinación de los Pueblos en el NCL. ....	510
5.3.1	Antecedentes del Sistema Jurídico Indígena: El Derecho Indiano. ....	517

5.3.2	Derecho Indígena. Un sistema jurídico propio y autónomo.....	524
5.3.3	Del Monismo al Pluralismo Jurídico.....	535
5.3.4	Pluralismo Jurídico en el NCL.....	542
5.3.5	La resolución de conflictos por los “ <i>Pueblos Indígenas</i> ”. Breve referencia a las comunidades Aymara, Quechua y Guaraní.....	551
5.3.6	La protección jurisdiccional de la identidad de los Pueblos Indígenas.	559
6	Conclusiones.....	571
7.	Bibliografía.....	584
8.	Webgrafía.....	615

## Índice Abreviaturas

Abreviatura	Significado
ACNUH	Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos
AGNNUU	Asamblea General de Naciones Unidas
CDHE	Conferencia de Derechos Humanos Emergentes
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CPE	Constitución política del Estado
CSC	Corte Suprema Canadiense
DAD	Derecho de Autodeterminación
DD.HH.	Derechos Humanos
DDPI	Declaración sobre los derechos de los Pueblos Indígenas
DHTG	Derecho Humano de Tercera Generación
DLDP	Derecho a la libre determinación de los Pueblos
NCL	Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano
O.N.U.	Organización Naciones Unidas
OEA	Organización de Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OLP	Organización para la liberalización de Palestina
OSCE	Organización para la seguridad y cooperación de Europa
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PIOC	Pueblo indígena originario campesino
RAE	Real Academia española
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSEU	Tribunal Supremo de los Estados Unidos



## **1 Introducción**

A lo largo de la evolución social de la Humanidad siempre ha estado latente una pugna entre el individuo y su entorno. Cuando utilizamos la expresión entorno, no debemos ceñirla a la necesaria e inevitable interacción con el hábitat o ecosistema natural en el que desarrolla su vida, en un lógico devenir del espacio-tiempo en el que se van adquiriendo los recursos que permiten su supervivencia. Nos referimos a la extensión material de su ámbito más global, a una concepción holística que aglutina el conjunto de circunstancias personales, factores sociales, etc., que vienen a marcar el desarrollo integral de la persona o colectivo, dentro de un contexto temporal y espacial.

Fruto de esa interacción se suscitan continuamente diversos riesgos desestabilizadores a los que cada día hemos de enfrentarnos en la correlación que generan las múltiples relaciones a las que se ven abocados los grupos sociales. Aunque sea por mera supervivencia, es necesaria y conveniente la consecución de un punto de equilibrio que permita conciliar desarrollo personal y social, una convivencia con unos estándares de respeto dentro de la diversidad y, no menos importante, un grado óptimo de acatamiento a la normatividad, siempre que ésta sea fruto de un modelo autoimpuesto y legítimo, tanto material como procedimentalmente.

En esa natural divergencia latente del juego de intereses, la sociedad ha sabido condensar unos valores mínimos y esenciales que, con esfuerzo, han sido progresivamente plasmados en una regulación a la que se ha dotado de una preeminencia básica y que hoy día ofrece un esquema de directrices, ponderadas y con eficacia erga omnes, que propende al equilibrio, al menos, desde un plano voluntarista. Materializado ese cuerpo en los Derechos Humanos, se erigen como faro guía que, al margen de que puedan ser fruto de un mensaje más transcendental, son expresión de una reglamentación elemental para nuestra convivencia pacífica y garantes del respeto que ha de presidir todas las relaciones entre los Seres Humanos. La riqueza de sus matices, la fuerza de su influjo y la variedad de sus manifestaciones, hacen de ellos un concepto complejo, que exige una laboriosa tarea a la hora de delimitar sus distintos ámbitos. Su

alcance así lo exige, por la preminente posición que se les otorga, no solo dentro del esquema organizativo del orden jurídico internacional y nacional, sino dentro del paradigma de coexistencia que actualmente nos hemos otorgado. Además es un concepto vivo, que evoluciona, sensible a las demandas sociales y que integra capacidad de adaptación. La necesaria perceptibilidad a los cambios sociales es una cualidad inherente a toda figura jurídica que pretende justificar su existencia por su eficacia reguladora y la teoría general de los DDHH no es una excepción.

El empirismo nos ha demostrado que esta simbiosis fáctica entre Derechos Humanos y Sociedad, viene evolucionando de forma conjunta. La noción de cambio es inherente a la evolución social, y por extensión a los Derechos Humanos, que encierran una permeabilidad innata a las transformaciones contemporáneas que reciben por parte del grupo social. El presente trabajo viene a constatar una manifestación de ésta relación empática, analizando el origen, progreso y estado actual de la génesis de nuevos Derechos Humanos y la adaptación de figuras ya asentadas, a nuevas perspectivas. De ese modo se constatan como una categoría jurídica que reniega del inmovilismo y en reaffirmase como una tarea inacabada en continuo revisionismo.

Una muestra palpable de la correspondencia entre Sociedad y Derechos Humanos nos la brinda el Derecho de libre determinación de los Pueblos. Se trata de una figura que a lo largo del presente trabajo podremos ir comprobando cómo ha ido evolucionando, ajustándose a las necesidades sociales, a la vez que ha ido consolidando su estructura como pleno Derecho Humano. Su proceso de desarrollo despierta un interés particular, por su indiscutible capacidad de adaptación, conjugando una transmutación de su propio contenido material hasta alcanzar el pleno acomodo a los caracteres de la nueva generación de Derechos y sin frustrar su función como instrumento legítimo en el reconocimiento de la identidad diferenciada de los Pueblos, alcanzando incluso su positivación constitucional.

Cada uno de los planos del Derecho ha servido de criterio delimitador de los distintos capítulos en los que hemos desarrollado el presente trabajo de forma que su estudio individualizado proporcione, como objetivo final, consagrar al Derecho de libre

determinación de los Pueblos como una de las figuras jurídicas que mejor aglutina la esencia de la denominada tercera generación de Derechos Humanos y, particularmente en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, como una de las más consolidadas y efectivas expresiones del mismo.

Bajo estos presupuestos, se nos abren varios frentes teóricos de indudable valor doctrinal, cuyo boceto analítico podemos sintetizar en:

- ✓ El propio Derecho de Libre determinación de los Pueblos ha ido evolucionando en el contexto internacional mutando a una concepción superadora de una versión devaluada de sí mismo. Su configuración y aplicación práctica original poco tiene que ver con la noción reconocida y positivada actualmente dentro del ámbito internacional e interno de los Estados.
- ✓ Paralelamente, en los últimos años del siglo XX, se ha engendrado un proceso de debate, identificación y modelación de una nueva generación de Derechos Humanos surgida por el impulso social. Esta reciente nómina de Derechos Humanos, es expresión de nuevas demandas sociales que han irrumpido con fuerza en la reflexión doctrinal, justificando de este modo la necesidad de articular mecanismos de protección que permita garantizar la plenitud de los bienes jurídicos que integran tales demandas (medio ambiente, patrimonio cultural, la paz, internet, etc.).
- ✓ Coetáneamente, se ha producido la concurrencia de unos procesos constituyentes en Latinoamérica, sensibles a las nuevas exigencias sociales y que han sabido plasmar no solo una concepción nominal de los nuevos Derechos, sino que han articulado una efectiva concepción de los mismos, bajo premisas de firme impulso democrático.
- ✓ La mejor expresión de la vigente síntesis del Derecho de libre determinación de los Pueblos como Derecho Humano de tercera generación, la hallamos en la regulación recogida por el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, por su tratamiento de la identidad diferenciada de los Pueblos Indígenas. Su particular

catarsis depuradora de connotaciones secesionistas basculando a configuraciones más centradas en el respeto a la conciencia colectiva en un marco de convivencia común, ha hallado una regulación equilibrada en éste nuevo marco constitucional.

Como puede verse, el Derecho de Libre Determinación de los Pueblos se muestra como un eje vertebrador de las innovaciones en el campo de los Derechos Humanos, así como de los progresos en el campo constitucional actual. El camino recorrido para llegar a este punto, ha sido una travesía de la que podemos destacar algunos hitos.

Una primera exigencia ha sido la de despojar de su perfil genético cualquier connotación secesionista que implicara exigencias de conformación de un nuevo Estado. La aversión a todo rasgo que implique la quiebra de la integridad territorial estatal ha motivado un desdoble de su ámbito material para encauzarse únicamente como herramienta reivindicativa de los derechos inherentes a la identidad diferenciada de un colectivo, pero siempre dentro de un marco jurídico común de convivencia. De ésta forma ha sido recepcionado y admitido, dentro de los listados de Derechos de la nueva generación, con plena integración y garantías.

Junto a ello, se ha impulsado un nuevo proceso de adecuación en el que, una figura netamente internacional, ha sido traspuesta a los ordenamientos constitucionales internos en una voluntariosa labor de adecuación a la realidad interior de cada Estado. Dentro de esa realidad interna hay que destacar la concurrencia de minorías, con una identidad diferenciada, que vienen reclamando un estatus jurídico, político y social que se adecue a su singularidad sin que ello suponga transmutar a un estatus jurídico internacional individualizado. De este modo, se abre un campo de actuación idóneo para el pleno desarrollo del nuevo perfil del Derecho de libre determinación de Los Pueblos, con los innovadores caracteres de la nueva generación de Derechos Humanos. Para alcanzar ese estatus ha tenido que readaptarse para su aplicación a las distintas necesidades internas adecuándose, no solo como mera figura garante de una convivencia equitativa, sino que se ha valido de su perfil más innovador como Derecho Humano de tercera generación (DHTG), optando por configuraciones que van más allá

de ofrecer un simple marco legalizador de la diferencia para articular un modelo basado en la interculturalidad, permitiendo niveles de convivencia que favorezcan la sinergia entre grupos y construyendo un marco de coexistencia más enriquecedor.

Esta formulación ha sido recogida por los textos constitucionales que integran el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, que ante la demandas de sus poblaciones indígenas, han optado por una aplicación del Derecho en su máxima extensión materialy subjetiva para alcanzar un nivel de pleno respeto a la identidad diferenciada y de un alto grado de interculturalidad en sus relaciones. Hoy día se muestra como un representativo modelo y un asentado avance en el marco de convivencia con reflejo constitucional.

La labor de condensación no ha sido fácil y como expondremos a lo largo de este trabajo, se ha tenido que ir armando una estructura teórico-jurídica del Derecho que encaje en sus dos dimensiones, tanto como Derecho Humano de tercera generación como Derecho constitucional. En su desarrollo se podrá confirmar el nexo de unión entre ambos planos, ya que se verificará la similitud de los retos teóricos a los que se ha tenido que hacer frente, como son denominación, clasificación, titularidad, ámbito material, reconocimiento, protección, etc. Igualmente ofreceremos aquellos puntos en los que se ha producido mayor fricción en ese recorrido de consolidación, si bien puede sustentarse un balance final positivo se ha de constatar que en el estado actual de la cuestión se presentan algunos óbices en los que no se ha llegado a corolarios mayoritariamente aceptados. Pensemos que estamos ante una institución, que partiendo de un carácter, plenamente internacional a principios de siglo XX como Principio inspirador, ha evolucionado hasta alcanzar cotas de verdadero Derecho, materializando su perfil como Derecho Humano de la nueva generación, que ha favorecido su posterior trasposición a la normativa interna, para lo que ha tenido que adecuar su ámbito material y extensión subjetiva de forma que garantice un mínimo de efectividad y evite recelos desestabilizadores.

Para abordar esta tarea hemos optado por una exposición metodológica de las características principales de cada uno de los tres entornos en los que se ha desarrollado el Derecho de Libre Determinación de los Pueblos, haciendo hincapié en aquellos

aspectos que, al tratarse de puntos de conexión, simultáneamente sirven de soporte a la estructura teórica que sujeta la transversalidad del derecho, tanto en su aspecto de Derecho Humano de tercera generación como de derecho constitucional. El objetivo fundamental es ofrecer las bases teóricas de los distintos bloques temáticos que nos aportan los puntos de correspondencia hasta llegar a la actual configuración del Derecho de Libre Determinación de los Pueblos.

En un primer Capítulo se han abordado los Derechos Humanos de la tercera generación. Este gran pilar de nuestra exposición nos abre una puerta de entrada a la regenerada configuración del Derecho de libre determinación de los Pueblos, que ha encontrado en la estructura sustantiva de los nuevos derechos una base conformadora propicia para su inclusión. De hecho, es mayoritariamente descrito como uno de los derechos representativos de la nueva generación. Para entender la conexión de ambas figuras, es necesario adentrarnos en la delimitación material y subjetiva de esta nueva generación de derechos, ya que ello nos aportará los elementos de juicio necesarios para entender el apto encaje del Derecho de Libre Determinación de los Pueblos dentro de la misma.

En esta labor inicial de provisión teórica, se trata de evidenciar los nexos comunes en el desarrollo de una primera dimensión del derecho como Derecho Humano, desde la indefinición en su nomenclatura, la contribución de la Teoría Generacional, las distintas clasificaciones que la doctrina nos aporta, la titularidad, por lo general asociada a un sujeto colectivo, para terminar con la construcción de un ámbito material que se ajuste a los innovadores perfiles que se demandan a los derechos de la nueva generación. Todo ello con el objetivo de alcanzar su reconocimiento, positivación y protección.

El otro gran soporte sustentador viene determinado por la materialización práctica de la teoría generacional y sus derechos dentro de los renovadores procesos constituyentes operados en Latinoamérica. En concreto, a lo que se ha denominado Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano integrado por las Constituciones de Venezuela, Bolivia y Ecuador. Única experiencia constitucional que actualmente haya recogido las novedosas tendencias que integran la nueva generación de Derechos Humanos y que les haya otorgado pragmatismo con vocación de efectividad. Para entender lo novedoso del

avance constitucional se ha de ofrecer un estudio de contraste con los antecedentes que operaron a lo largo del recorrido constitucional de los Países en cuestión para testimoniar y realzar el valor de los progresos operados. No solo por el salto cualitativo en su historia constitucional particular, sino por el indudable hito que a nivel global ha supuesto que se haya trasladado a la normatividad constitucional los avances consolidados en la construcción de la teoría general de los Derechos Humanos con la inclusión de algunos de los nuevos derechos.

Concreción de lo anterior, es el tratamiento que ofrecen las citadas Constituciones del Derecho de Libre determinación de los Pueblos en la regulación de las poblaciones indígenas que se asientan en sus respectivos territorios. Colectivos con una identidad claramente autónoma y que demandan la construcción de un estatus jurídico que tenga en cuenta tal particularidad. Construcción que se ha sustentado en una firme convicción democrática, trasladada más allá de la capacidad configuradora del Poder Constituyente, arbitrando los instrumentos para hacer real la participación así como dotando al sistema de mecanismos de control que garantice la efectividad de las medidas.

Tras el estudio de los principales caracteres de la nueva generación de Derechos Humanos así como los avances y alcance del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, centramos nuestro análisis en la figura del Derecho de libre determinación. El Derecho de libre determinación de los Pueblos se nos presenta actualmente como la figura jurídica clave en la articulación de la aplicación de los Derechos Humanos de la tercera generación en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. La evolución experimentada, especialmente a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, a pesar de unos orígenes titubeantes, ha permitido su transformación pasando de una ascendencia original como Principio internacional a un convertirse en un derecho consagrado internacionalmente y amparado constitucionalmente. Para ello ha tenido que desligarse del ropaje que marcó su nacimiento asociado a la independencia estatal con el propósito de legitimar los procesos de descolonización que operaron principalmente tras la Segunda Guerra Mundial. Una vez que prácticamente finalizaron en su totalidad, el Derecho de Libre Determinación se atemperó de connotaciones irrendentistas y quedó en un impasse que

aunaba, por un lado, un espacio vacío dejado por la falta de una concreción práctica de su contenido material y por otro, la necesidad de una formulación teórica que dotara de legitimidad a las pretensiones de colectivos minoritarios. Ante la falta de un nexo de unión que permitiera suplir este déficit se estimuló un perfil del derecho que traspasaba la esencialidad de su pretensión desde el secesionismo o independencia al respeto de los principios democráticos, participación y consagración de la identidad diferenciada. De este modo se articulaba el derecho de libre determinación de los Pueblos, no como una aspiración segregacionista, sino como una declaración de reconocimiento a la identidad diferenciada dando cobertura a las facultades que dotaran de efectividad a sus pretensiones.

Examinaremos su extensión material y subjetiva y sobre todo, el progreso en su formulación para eludir las reservas que genera a los Estados por sus innatas implicaciones desestabilizadoras. En este proceso hay que destacar la teoría general de la nueva generación de Derechos Humanos, que ha servido de catalizador impulsor y favorecedor de la catarsis llevada a cabo en el derecho. Por ser una figura cuyo recorrido práctico ha venido fundamentalmente proporcionado por la experiencia internacional, citaremos algunos de los casos internacionales que han ayudado a ir perfilando el haz de facultades que otorga y que son reconocidas. Igualmente se constatará una excepción, la denominada Secesión-remedio que viene a cumplir con el canon más clásico del derecho y permitir la segregación jurídica por unas muy cualificadas y excepcionales razones.

La aplicación práctica del derecho por los textos constitucionales del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano ocupa la última parte del trabajo. A través de la misma, se ha ido desgranando las distintas manifestaciones del Derecho de libre determinación de los Pueblos en la vertiente que particularmente se ha ido amoldando por cada una de las Constituciones. Su campo material es extenso y variado, tal y como se desprende del examen de las disposiciones constitucionales, que ofrecen un amplio espectro de materialización en los distintos aspectos que afectan a los Pueblos Indígenas. Para poder tener un conocimiento adecuado de la realidad reguladora de las materias que afectan a cada una de estas minorías llevaremos a cabo un análisis de los



preceptos constitucionales que son expresión del derecho reconocido a su libre determinación.

Como puede distinguirse de lo indicado hasta este punto, el Derecho de Libre determinación de los Pueblos ha evolucionado alentado por la nueva generación de Derechos Humanos, integrándose dentro del listado de los nuevos derechos y alcanzando una efectividad sin precedentes ni comparación en el constitucionalismo vigente. Para que pueda conjugarse el mecanismo que permita el equilibrio y la armonía de todos los elementos, ha sido necesaria la convergencia de todos ellos: Un Derecho a la libre determinación de los Pueblos centrado en los principios democráticos, despojado del fantasma de la secesión, su reconocimiento como un Derecho Humano de tercera generación y su positivación por los textos constitucionales. El desafío teórico que supone su estudio y análisis en los distintos elementos que han participado en su configuración y aplicación, tanto en el contexto internacional como nacional, supone una tarea de incontrovertido atractivo intelectual, permitiendo adentrarnos en los fundamentos de su reconocimiento, aplicación y consolidación. En la actualidad, es el principal D  
derecho que legitima y articula las demandas de los Pueblos minoritarios. Desvestido de cualquier connotación secesionista, su esencia reivindicativa se nos presenta adjetivada por los principios democráticos, de participación y de igualdad, requiriendo un especial esfuerzo por parte de los Estados y Organismos Internacionales en su reconocimiento y por la doctrina científica en su construcción y potenciación.

## 2 CAPITULO 1 Los Derechos Humanos de la Tercera Generación.

### 2.1 Origen y futuro.

#### 2.1.1 El germen histórico. Los movimientos sociales.

La aproximación al objeto de estudio nos ofrece un planteamiento inicial en el que debemos partir del conocimiento de su origen, ya que ello permitirá entender, de forma más completa, los caracteres que definen la nueva generación de Derechos Humanos. Nuestro primer acercamiento nos conduce a conocer las particularidades de su sustancialidad en cuanto el grado de impregnación del contexto social en la génesis de los mismos, ya que, al igual que ocurrió con las generaciones precedentes, que fueron reflejo de forma inequívoca de los vientos políticos y sociales contemporáneos, la nueva generación ha recibido un rotundo impacto de la contingencia social, política y jurídica en la que se ha gestado su génesis, hasta definir su esencia.

Iniciemos nuestro recorrido partiendo de que actualmente el ámbito de los Derechos Humanos y lo que representan, se encuentra en lo que se ha considerado una "encrucijada"<sup>1</sup>. Se contextualiza esta situación reconociendo varios factores<sup>2</sup> a nivel global que podemos condensar brevemente relacionando la progresiva degeneración de nuestro medio ambiente, el aumento de la desigualdad social y la ineficacia de los procesos democráticos de participación ciudadana. Junto a ello, de forma paralela, en

---

<sup>1</sup> Gutiérrez, G. Capítulo "Globalización y Derechos Humanos. Una mirada desde el contexto latinoamericano". Obra colectiva compilada por Balbín Álvarez, J.W. y Arango Velásquez O.I., "Globalización de los Derechos. Repensando la Condición Humana". IPC. EVIS. 2003. Red de bibliotecas del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Pág. 18.

<sup>2</sup> *Ibidem*. Pág. 19. "Las tendencias del desarrollo económico, social, político y cultural, evidencian la negación

real y concreta de los DD.HH. fundamentales para la mayoría de la población mundial, independientemente de su grado de consagración jurídica. • Por la constitución de poderes mundiales, que amenazan los derechos de los pueblos y seres humanos, al tiempo que utilizan los Derechos Humanos como instrumentos para legitimar guerras, que se amparan en tales derechos para bien del poder y beneficio de las empresas transnacionales (así ocurre con derechos como la libertad de prensa y de opinión, los derechos relativos a la propiedad intelectual, etc.), y que niegan en la práctica, pero cada vez más en las propias palabras, que los DD.HH. tengan vigencia normativa universal. • Por la creciente demanda de derechos, el fortalecimiento y el aumento de los Movimientos y grupos humanos que luchan por derechos específicos y por la construcción de un modo nuevo de convivencia humana a nivel de comunidad, de nación y a nivel planetario. • Al mismo tiempo, no podemos dejar de considerar, el conflicto que hoy se desarrolla en torno a las leyes e instituciones de Derechos Humanos."

los últimos años se ha constatado un evidente avance tecnológico, principalmente en el campo de la comunicación e interconexión social, todo ello, en su conjunto, ha generado un efecto catalizador en nuestras sociedades que ha desembocado en una reacción ante tales contingencias.

Podemos datar esa "reacción", según lo acontecido en la segunda parte del siglo XX, que trajo consigo una serie de cambios sociales, políticos, económicos y culturales, con una clara influencia en el debate sobre los Derechos Humanos. Fue especialmente en las décadas de los años sesenta y setenta donde una convulsa sociedad<sup>3</sup>, demandaba cambios en los valores que debían regir la vida política y económica, ante la insuficiencia del débil equilibrio que existía entre necesidades sociales y la cobertura que los Estados ofrecían por los estamentos políticos y económicos, en respuesta a las evidentes disfunciones del sistema. Como acertadamente enuncia Rodríguez Palop<sup>4</sup>, estos cambios no fueron ajenos al papel del Estado tanto a nivel interno como en el

---

<sup>3</sup> Megías Quirós, J.J., "Manual de Derechos Humanos". Thomson-Aranzadi. The Global Law Collection. 2006. Pág. 125. *"Los Informes del Banco Mundial y del FMI indican que la pobreza se ha duplicado desde 1974. El Informe Lugano advierte que el capitalismo será ineficiente si se alcanzan los 7.000 millones de habitantes. Su despiadado plan de salvación confía en que la propagación del Sida, las drogas y las guerras de identidades impulsadas por los expertos en guerra psicológica y religiosa liberen a la economía de los parásitos que no consumen ni aportan, eliminen a los que sobran y reduzcan la población a los 4.000 millones de compradores solventes que garanticen la supervivencia a los amos del mundo. Las tres personas más ricas del mundo superan el PIB de todos los países menos desarrollados y sus 600 millones de habitantes. Mientras 285 personas atesoran el 90% de la riqueza mundial 1.300 millones de personas viven con menos de un dólar por días". La FAO señala que 814 millones de seres humanos pasan hambre; la falta de agua potable y de atención médica mata a 24.000 niños/ día y sitúa la esperanza de vida en los países menos desarrollados en los 40 años. En el mundo hay más de 300.000 niños-soldados. La OIT denuncia que 250 millones de niños trabajan en condiciones infrahumanas. Los inmigrantes, las mujeres y los niños -los de la calle, que en Colombia son desechables- son los sujetos frágiles y vulnerables, víctimas de la globalización que acentúa la pobreza y la exclusión. La Deuda externa y eterna de imposible justificación moral, cuya condonación -ya exigida en el Año Sabático~ es un clamor, esquilma los ya de por sí, escasos recursos del Tercer Mundo. Para los que piensan que esto aquí no pasa, un Informe de Cáritas revela que 8 millones de personas subsisten en España con menos de 42.000 Ptas/mes, de los que 1,5 millones no alcanzan a percibir 27.000 ptas./ mes. En el Cuarto Mundo, la pobreza provoca la exclusión social de los jóvenes, de las mujeres y de los niños que están en una, más grave si cabe, situación de indefensión y vulnerabilidad: la heteromarginación (BALLESTEROS), que obedecen (sin) razones -sic- etnocéntricas en el caso de las minorías étnicas, economías 52, demuestra que aun en el Estado social, ni todos los pobres son excluidos, ni todos los excluidos son sólo pobres".*

<sup>4</sup> Rodríguez Palop, M. E. "¿Nuevos derechos a debate? razones para no resistir". Anuario de filosofía del derecho, 2003. Pág. 231 "Especialmente en las décadas de los sesenta y setenta, el panorama político, económico y social pareció sufrir una profunda transformación que no podía dejar de afectar al papel que el Estado venía jugando en el orden interno y en el ámbito internacional".

ámbito internacional<sup>5</sup>, obligándole a impulsar nuevas políticas y actuaciones en ámbitos que hasta ese momento habían quedado sin regulación efectiva<sup>6</sup>.

Indica la Autora, que la transformación puso de manifiesto la evidente contradicción de los valores instaurados por la modernidad “*criticaron el crecimiento económico en términos puramente cuantitativos y el uso destructivo que se había hecho del desarrollo tecnológico en las sociedades industrializadas*”, y ofrecían<sup>7</sup> “*una dinámica de democratización, proponían una descentralización de la vida política y económica y un mayor protagonismo de ciertos sectores sociales y, finalmente, pretendían construir un nuevo modelo político en el orden nacional y reorientar las relaciones entre Estados en el orden internacional*”. Con buen criterio, constata que los cambios producidos en el contexto social, no se ciñen únicamente a la demanda de mejoras sociales o tienen un ámbito limitado de influencia parcial o sectorizada, sino que la transformación trascienden de lo meramente coyuntural para plantear y alcanzar un “nuevo modelo” político que tendrá sus efectos tanto en las relaciones entre los propios particulares, como frente al Estado. La alteración tiene tal magnitud, que se denota imparable e influye en múltiples manifestaciones sociales, presentándose como una verdadera metamorfosis que pretende renovar las relaciones entre los seres humanos, su vínculo con su entorno y su forma de participación política y convivencia<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Álvarez Conde, E y Tur Ausina, R. "Los Derechos en el Constitucionalismo: tipología y tutela multilevel". UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 20, 2007, pp. 231-276. Pág. 238 "*Debido quizá a la dimensión «interestatal» que en muchos casos adquieren estos derechos, ha sido en el ámbito internacional donde han tenido un apoyo notable, pues sucesivos seminarios y conferencias internacionales han sido organizados al efecto por la ONU, la UNESCO y diversas organizaciones internacionales, donde han podido perfilarse estos derechos. El paso siguiente ha sido una paulatina — aunque no completa—, incorporación de estos derechos a los documentos internacionales. Así, a modo de ejemplo, en la Carta Africana de Derechos Humanos (1981), cuya mayor parte de sus disposiciones son derechos de tercera generación; y distintas resoluciones de los organismos de Naciones Unidas, aunque en este punto es todavía una cuenta pendiente la proclamación de un «Pacto Internacional de Derechos de Solidaridad», en idéntico sentido a como fueron aprobados Pactos y Declaraciones relativos a las dos anteriores generaciones de derechos —si se quiere con menor énfasis en la segunda generación*".

<sup>6</sup> Jiménez Benítez, W.G., Univ. Sergio Arboleda. Bogotá (Colombia) 7 (12): 31-46, enero-junio de 2007. "A este propósito, Calvo García nos recuerda respecto a las posibilidades del derecho útil o regulativo, lo siguiente: "*Dicho de otra manera, la realización del derecho útil o regulativo solo es concebible en términos de ejecución de políticas públicas encaminadas a conseguir resultados acordes con valores, objetivos e intereses sociales*" (2005: 11".

<sup>7</sup> *Ibidem*,

<sup>8</sup> Alcantarilla Hidalgo, F.J. "Utopía y Derechos Humanos. Los Derechos del Hombre en la Sociedades Ideales". Dykinson. 2009. Pág. 64. "*Frente a ello debe afirmarse que, en la cuestión de la realización de*

Lo cierto es que el clima social que bullía en la década de los sesenta y setenta en el contexto mundial se presentaba como un entorno idóneo para el desarrollo de nuevas demandas en cuanto la creciente preocupación por los temas ambientales, el desarrollo de la vida en condiciones dignas, un consumo responsable, una salud protegida, energías renovables y sostenibles, derechos de los pueblos (desarrollo y autodeterminación), aderezado con un conflicto social que ponía de relieve la distancia existente entre una clase política alejada de lo que la sociedad demandaba<sup>9</sup>. Paralelamente, la situación política mantenía una pugna latente con el perenne riesgo de una guerra mundial que mantenía en vilo las relaciones internacionales de los países. Como señala Alex Amado, el propio escenario geopolítico tuvo su influencia en la generación de los derechos de tercera generación, ya que por un lado, el bloque occidental, con Estados Unidos a la cabeza, promovió e impulsó los derechos civiles y políticos, mientras que por el otro bloque, representado por la Unión Soviética, se afianzaron los derechos económicos, sociales y culturales<sup>10</sup>. Con esta polarización en cuanto los ámbitos generacionales de los Derechos Humanos, surgió la necesidad de dotar a las nuevas necesidades del estatus de derechos al margen de las dos generaciones precedentes, e incluso, como el propio autor señala que fue el impulso de

---

*los Derechos Humanos, la verdadera utopía radica en un cambio de actitud en el ser humano, en una especie de «coraje cívico», un posicionamiento crítico ante los problemas que nos aquejan. Como señala Ollero, se hace necesario plantear una teoría jurídica utópica capaz de asumir la insuficiencia del legalismo, de abordar una superación del normativismo y afrontar un replanteamiento del iusnaturalismo. Cuando se asume que el derecho positivo es el fruto de un incesante proceso de positivación, los Derechos Humanos aparecen como un elemento animador de todas las etapas de ese prolongado ajustamiento de relaciones sociales. Sólo una sociedad pensante, crítica y preocupada de lo humano puede asumir el papel de una utopía social: una educación para el coraje cívico; una invitación a la actitud crítica en lo teórico y al empeño ético y político en lo práctico que recuerde al ciudadano que no hay nada más inhumano que despreocuparse de la suerte del hombre".*

<sup>9</sup> Pérez Luño, A. E. "La Tercera Generación de Derechos Humanos". Aranzadi. 2006., Pág. 75: " La estrategia reivindicativa de los Derechos Humanos se presenta hoy con rasgos inequívocamente novedosos al polarizarse en torno a temas tales como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida o la libertad informática".

<sup>10</sup> Amado Rivanedeyra, A. "Las diversas generaciones de Derechos Humanos, su influjo y codificación en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos". Universidad San Martín de Porres. Revista Febrero 2013. Pág. 7. "[...] prueba de ello, es que los (2) pactos internacionales de 1966 o Pactos de New York, que fueron suscritos en el marco de la ONU, no fueron adoptadas en un solo texto sino en forma diferenciada e independiente. Así las cosas, se adoptó: "(i) Por un lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – en adelante PIDCP (1966/1976) y (ii) Por otro, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – en adelante PIDESC (1966/1973). Los dos grandes Pactos del Sistema Universal, fueron adoptados el 16 de diciembre de 1966, dando fuerza vinculante a los derechos enunciados en la Declaración Universal".

los países del tercer mundo (Movimiento de Países No Alineados) los que se asociaron a fin de llevar a cabo las actuaciones necesarias para dotar a esos nuevos derechos de una configuración legal.

Estos nuevos valores, estaban empujados por un fuerte deseo de participación, concienciación medio ambiental y un fuerte espíritu solidario. Fueron canalizados junto a un convencido estímulo democrático que instaba a ser reconocidos por los textos internacionales y tornarse plenamente efectivos para los estamentos jurídicos, además de contar con un reflejo en las relaciones sociales<sup>11</sup>. La estructura de los Derechos Humanos que había hasta ese momento se mostró insuficiente y no llegaba a abarcar de manera real esta nueva realidad demandada por la sociedad<sup>12</sup>. El camino a recorrer era y es ingente, no sin altibajos o cuestionamientos, pero con uniforme avance en perfilar un haz de derechos que sin duda pueden representar un gran adelanto en el respeto a la dignidad personal, superando el individualismo<sup>13</sup> para lograr que se dote de un mayor reconocimiento, protección y respeto a los vínculos del ser humano con su entorno y sus congéneres (políticas, económicas y sociales).

### **2.1.2 El instrumento: La Teoría Generacional en los Derechos Humanos.**

Planteado el anterior esbozo de la contextualización histórica del origen que generó los estímulos necesarios que generaron el desafío intelectual de ampliar la nómina de Derechos Humanos, corresponde ofrecer el instrumento canalizador de ese deseo para

---

<sup>11</sup> Jiménez Benítez, W.G. Óp. Cit. Nota 6. Págs. 31-46, "*Aparece entonces el llamado derecho útil o derecho regulativo que es la utilización del derecho como medio, orientado a la consecución de fines, y enriquecido por criterios de índole material (económicos, políticos, axiológicos, étnicos, técnicos, etc.). Si bien, este derecho útil o regulativo no es explícito frente a las realización de los Derechos Humanos, es obvio deducir que un derecho orientado al logro material de fines, valores e intereses sociales mediante políticas públicas, no es otra cosa que un derecho que abre la perspectiva para posibilitar un enfoque de Derechos Humanos tal como hoy en día lo entendemos.*"

<sup>12</sup> Alcantarilla Hidalgo, F.J. Óp. cit. Nota 7. Pág. 63. "*En la actualidad, los Derechos Humanos adolecen de las mismas crisis y contradicciones que padece la mentalidad liberal en la que se alumbraron y que hacen que presenten una deficiente virtualidad práctica en la sociedad contemporánea.*"

<sup>13</sup> *Ibíd*em, Pág. 187. "en los nuevos derechos de cuarta generación prevalece la dimensión objetiva (contenido adicional, en la terminología de algunos autores) sobre la subjetiva (el contenido mínimo jurídicamente exigible) y si consideramos que los intereses colectivos refieren al sujeto, sino como individuo aislado, sino como miembro de una colectividad más o menos amplia, parece necesario articular mecanismos de tutela distintos de los que resultaría de proteger el interés concreto de un particular.

trasladarlo desde un plano más teórico a la realidad. Una tesis que cuenta con un apoyo mayoritario y que ha proveído la materialización de éste impulso, es la denominada Teoría Generacional de los Derechos Humanos. Comentemos brevemente algunos de sus características.

La expresión “Derechos Humanos de tercera generación” se utilizó por primera vez por el jurista Checo, afincado en Francia, Karel Vasak, de ahí que González Álvarez<sup>14</sup> apostille que la teoría generacional de los Derechos Humanos “*tenga facturación doctrinal francesa*” y “*refleja el orden temporal sucesivo (de ahí o generacional) del reconocimiento internacional de los Derechos Humanos a nivel estatal, identificando tres generaciones que marchan de lo individualista a lo solidario*”<sup>15</sup>.

La teoría generacional de los Derechos Humanos<sup>16</sup>, ha servido de base para dotar a esta “nueva generación” de un estatus jurídico que le ha situado en un estadio evolutivo no excluyente ni preponderante frente a las anteriores pero que le ha permitido encontrar una vía de estudio y de desarrollo<sup>17</sup> que viene siendo objeto de un amplio debate por parte de la doctrina científica. Su configuración, eminentemente histórica<sup>18</sup>, no supone una carga, sino una ventaja porque ello le permite, en lo que a la tercera generación de derechos afecta, recoger todos los matices de las fuentes de información que les sirve de

---

<sup>14</sup> González Álvarez, R. "Aproximaciones a los Derechos Humanos de Cuarta Generación". <http://www.tendencias21.net/derecho/attachment/113651/>. Consulta 12/05/2017.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> Flores Salgado, L.L., “Temas actuales de los Derechos Humanos de última generación”. Universidad de Puebla. 2015. Pág. 27. “*El primero en formular esta división en generaciones de derechos fue el checoslovaco, exdirector de la División de Derechos Humanos y Paz de la Unesco, Karel Vasak<sup>14</sup>, radicado en París. De ahí que el tema de las generaciones de los Derechos Humanos tiene una base doctrinal francesa. Tal como ha sostenido González Álvarez, Vasak introdujo el concepto de las tres generaciones de los Derechos Humanos en su conferencia para el Instituto Internacional de Derechos Humanos dictada en Estrasburgo (1979). Su inspiración fue la de la bandera francesa; es decir, “libertad, igualdad y fraternidad”, sustituyendo esta última con mayor acierto por la presencia del valor “solidaridad”. Esta idea refleja el orden temporal sucesivo (de ahí lo generacional) del reconocimiento internacional de los Derechos Humanos, identificando tres generaciones que marchan de lo individualista a lo solidario.*”

<sup>17</sup> Sánchez Ferriz, R, " *Generaciones de Derechos y evolución del Estado*". Capítulo Obra colectiva “*Pasado, presente y futuro de los Derechos Humanos*”. Pág. 213. “*Por lo que respecta al enfoque histórico-constitucional, es obvio que las actuales declaraciones son el resultado de la acumulación e integración de grupos de derechos que han ido surgiendo en forma progresiva, aunque su desarrollo y sucesión no sean estrictamente cronológicos, ni tampoco idénticos en todos los países de nuestra área cultural. A tales grupos de derechos se les ha dado en llamar generaciones de derechos*”.

<sup>18</sup> Pérez Luño, A. E. Op. Cit. Nota 9. Pág. 206. “*Los Derechos Humanos, en contra de lo que en ocasiones se sostiene, constituyen una categoría histórica*”.

influencia para conformarlos como un fiel reflejo de su tiempo incluyendo un conocimiento epistemológico lo más fiel posible en cuanto más se avanza en su estudio, sin dejar en un plano secundario su elemento axiológico, que en realidad, es su verdadero motor legitimador.

La adopción de la teoría generacional, es un buen instrumento a los fines de canalizar el debate de los nuevos derechos, ya que, según Alicia Arias<sup>19</sup>, aúna dos de los aspectos que lleva implícitamente en su noción, un elemento esencialmente contingente de estos derechos, claramente influidos por su entorno existencial y su carácter expansivo en cuanto que su desarrollo viene determinado por el contexto de su nacimiento y la posterior evolución, que ha operado a lo largo del periplo desde su génesis hasta su asentamiento como verdaderos postulados jurídicos legalmente exigibles. Su progreso se manifiesta pasando de ser “simples aspiraciones compartidas por intelectuales o por movimientos sociales” a convertirse en verdadero derecho positivo, auspiciado de una mayor “concretización” que va perfilando su contenido, ámbito de protección, titularidad y haz de facultades que lo integran. Son “hijos de su tiempo”, al surgir en una contingencia social y político en el que se da una coyuntura que anteriormente no se había producido. Puede ser que el hecho en sí de su nacimiento sea fruto de esa conjunción de factores, pero es innegable que ello ha permitido que hoy día nos estemos planteando la existencia de una nueva generación de derechos, lógicamente, con una marcada impronta histórica<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Arias, A. “Los derechos colectivos y su relación con las acciones populares.”. Revista Jurídica. Facultad de Jurisprudencia. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. 1999. Pág. 104.

<sup>20</sup> Peces Barba, G. “Escritos sobre derechos fundamentales”. 1988, pág. 25.- “*Todo el trabajo de Posada supone la descripción y la aceptación matizada de la necesidad del análisis histórico, lo que supone también la aceptación de la idea de que los derechos fundamentales son un concepto histórico propio del mundo moderno que se desarrolló a partir del tránsito a la modernidad, y no un concepto absoluto y permanente que se puede encontrar en todos los momentos de la historia de la humanidad. En este sentido, se desarrollará una tendencia de investigación en ese campo que yo comparto y he contribuido en lo posible a desarrollar. Vinculado a ese carácter “historicista” del fundamento de los Derechos Humanos, se encuentran una formulación de lo que yo luego he llamado la teoría dualista de los derechos fundamentales y también la importancia que otorga a su inserción en el nivel constitucional, conectando la evolución histórica de los derechos con el Constitucionalismo*”.



Para Pérez Luño<sup>21</sup>, esta evolución generacional no implica priorizar ni jerarquizar los Derechos Humanos, sino que es un modo de corresponder el interés de la sociedad civil global que exige nuevas demandas. Así lo constata el Preámbulo de la Carta de Derechos Humanos Emergentes, elaborado en el Fórum Universal de las Culturas que se celebró en Barcelona en el año 2.004 cuando mantiene:

*“Esta Carta comprende una nueva concepción de la participación ciudadana y concibe los derechos emergentes como derechos ciudadanos. Se trata de superar el déficit político y la impotencia entre los cambios deseados y las precarias condiciones actuales para su realización”.*

Las nuevas condiciones han permitido que desde el inicio de su planteamiento, hayan surgido nuevos derechos, o con mejor expresión, se haya alentado el camino de su configuración con la pretensión de que vayan siendo recogidos por los tratados y pactos internacionales como un primer paso para su reconocimiento y protección, aunque también hay que constatar, que no sin dificultades. En palabras de Bustamante Donas<sup>22</sup> *“Estas nuevas condiciones permiten que vayan cristalizando nuevos derechos que aspiran a concretarse en Declaraciones como las anteriores de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales”.*

---

<sup>21</sup> Pérez Luño, A.E. *“Efectos de las tecnologías de la información y la comunicación sobre los Derechos Humanos”*, Capítulo Pérez Luño *“Nuevas tecnologías y nuevos derechos*, pág. 23, 14.

<sup>22</sup> Bustamante Donas, J. *“Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica”*, Revista Iberoamericana de la Ciencia, Tecnología, Sociedad y la Innovación. Núm. 1. Septiembre-Diciembre 2.001. *“Comienzan a reivindicarse con fuerza los derechos a la paz y a una justicia internacional, a poder intervenir desde instituciones de carácter supranacional en los conflictos armados locales, imponiendo a la paz desde una fuerza legítima. La persecución sin fronteras de los dictadores, la limitación del derecho a la inmunidad diplomática para determinados delitos, y el derecho a crear un tribunal internacional que actúe de oficio en los casos de genocidio y crímenes contra la humanidad. El derecho a escoger modelos de desarrollo sostenible que garanticen la vía diversidad y que permitan preservar el medio ambiente natural, así como el patrimonio cultural de la humanidad. El derecho a un entorno multicultural que supere el concepto de tolerancia, haciendo de la diferencia una ventaja y no un inconveniente. ... ....Se reivindica el derecho a la paz y a la intervención desde un poder legítimo internacional en los conflictos armados; el derecho a crear un Tribunal Internacional que actúe en los casos de genocidio y crímenes contra la humanidad; el derecho a un desarrollo sostenible que permita preservar el medio ambiente natural y el patrimonio cultural de la humanidad; el derecho a un mundo multicultural en el que se respeten las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas; el derecho a la libre circulación de las personas, no sólo de capitales y bienes, que permita condiciones de vida dignas a los trabajadores inmigrantes”.*

Esta nueva generación de Derechos viene marcada por un valor en concreto con el que se identifica y sirve de criterio unificador y diferenciador. Es el valor “solidaridad”<sup>23</sup>. Partiendo de la incuestionable transcendencia del valor “dignidad humana”, el nuevo valor viene a enriquecerlo<sup>24</sup> con una nueva faceta en el que se concilian los ámbitos protegidos con los derechos de las anteriores generaciones. Se crea un nuevo espacio, donde no se trata de proteger exclusivamente la dimensión personal o social de los derechos, sino la “persona interconectada”<sup>25</sup> con respecto al equilibrio equidistante que debe haber con su entorno, y bajo la responsabilidad común de asumir la continuidad del legado material, político y social a generaciones venideras en un afán de progreso, estabilidad y convivencia.

La aparición de esta nueva categoría de derechos en el iter evolutivo, viene a complementar a las dos generaciones anteriores, ya que su finalidad no es la de modalizar o actualizar los derechos que integran las anteriores generaciones, sino que los nuevos derechos buscan obtener el estatus de verdaderos Derechos Humanos, porque vienen a cubrir necesidades e intereses que, hasta ese momento, estaba

---

<sup>23</sup> Ros Martínez, E. “Las aportaciones de la tercera generación de Derechos Humanos y sus diferencias con generaciones anteriores”. <http://www.monografias.com/trabajos-pdf5/aportaciones-tercera-generacion-derechos-humanos-y-sus-diferencias-generaciones-anteriores/aportaciones-tercera-generacion-derechos-humanos-y-sus-diferencias-generaciones-anteriores2.shtml#ixzz4gmd7F2rx>. (consulta 11/05/2017). “Por su parte, la tercera generación de derechos, surgida en la doctrina en los años 1980, se vincula con la solidaridad. Los llamados derechos de la tercera generación” se basan en que toda persona tiene que nacer y vivir en un medio ambiente sano, no contaminado de polución y de ruido, y también el derecho a nacer y vivir en una sociedad en paz. Estos derechos no han sido recogidos todavía en una declaración internacional, pero son tan básicos como los anteriores, porque si se vive en un ambiente contaminado o en un ambiente de guerra, difícilmente se pueden cumplir los derechos de la primera y segunda generación”.

<sup>24</sup> Domínguez Scheid, C. “Los llamados derechos de la tercera generación”. Universidad Autónoma de Chile. 2005. Pág. 44. “La concepción de Karel Vasak, de denominar estos derechos como derechos de la solidaridad, estableciéndolos como una categoría específica dentro de los Derechos Humanos, presenta dos sentidos: su origen y su efectividad, ya que resultan de una cierta concepción de la vida en comunidad, pero, a la vez, sólo se pueden realizar por la conjunción de los esfuerzos de todos los que participan en la vida social”.

<sup>25</sup> Pérez Luño, A.E. Óp. Cit. Nota 9. Pág. 233: “primera generación: sujeto titular de los Derechos Humanos aparece como la persona aislada en el ámbito de su estricto solipsismo y ensimismamiento y satisfacer necesidades individuales; segunda generación: sujeto titular será la persona situada en los contextos en que operan los grupos o entes comunitarios en los que desarrolla su existencia como ser social y en función del logro de intereses que rebasan la mera individualidad para proyectarse también hacia metas sociales y colectivas; tercera generación: sujeto titular de los derechos es ahora la persona “interconectada” a redes planetarias de información y comunicación.

constatado como un “espacio vacío” de protección<sup>26</sup>. Arias<sup>27</sup> destaca el hecho de que la división clásica de los derechos de primera y segunda generación no “encajan” ante las nuevas amenazas generadas por los desarrollos socio-económicos y políticos y el desarrollo del poder humano. Con buen criterio, pone el acento en las prestaciones que cada generación de derecho exige al Estado. Mientras que los derechos de primera y segunda generación son exigencias “frente al Estado”, con los consiguientes deberes de abstención y respecto a la esfera individual, por contra, y remarca lúcidamente, los derechos de tercera generación, tienen un carácter dual, al erigirse como derechos que tiene un doble ámbito de eficacia “frente al estado” y “contra el Estado”. Paralelamente destaca que su desarrollo viene imponiendo un requisito de “colaboración” entre los Estados, Organizaciones Internacionales y los propios ciudadanos. Perspectiva ésta que, visto el elenco de derechos en los que suele haber un consenso doctrinal mínimo, viene a verse reafirmada, ya que en todos ellos, el contenido prestacional que se exige al Estado, retorna contrapesado por la facultad sinalagmática de ir “contra” el propio Estado al ser éste el principal garante del cumplimiento de los Derechos de tercera generación. Remarcando la idea, Domínguez Scheid<sup>28</sup> recoge la sintetización en tres notas del filósofo Pablo Salvat sobre los nuevos derechos, incidiendo en su progreso en ciernes así como en este último carácter de pugna frente al Estado. Resaltar que no se entiende aquí la noción de Estado Hobbesiano del que hay que preservarse de sus injerencias y limitarles facultades, sino más bien al contrario, un Estado al que se le exige que lleve las medidas adecuadas, por ser el único que tiene en su mano la disponibilidad de los medios, legitimación y capacidad, para llevarlo a cabo<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Rodríguez Palop, M.E. *“La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y justificación.”*. Dykinson, 2º Ed. 2010. Pág. 31. *“se habla de la urgencia de dar acogida en nuestros textos jurídicos a una nueva generación de derechos, presentada como el reflejo de las aspiraciones y demandas de un gran número de colectivos, que, por lo general, han venido a cuestionar el sistema político-económico establecido”*.

<sup>27</sup> Arias, A. Óp. Cit. Nota 19. Pág. 107.

<sup>28</sup> Domínguez Scheid, C. Óp. Cit. Nota 24. Pág. 41. *“Para caracterizarlos, el filósofo chileno Pablo Salvat propone que se tengan en cuenta las siguientes particularidades: i) son derechos que recogen las nuevas inquietudes y desafíos que se presentan a escala planetaria; ii) son derechos que aún están en proceso de reconocimiento jurídico como derecho humano; y, iii) son derechos que pueden esgrimirse contra el Estado, pero también exigírseles a él. No pueden llevarse a cabo sino por medio de una acción conjunta y solidaria de distintos actores: personas, movimientos sociales, asociaciones y Estados 23. (23 SALVAT B., PABLO, Ética, derechos de solidaridad y nuevo desarrollo, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 10, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 1992. p. 163.).*

<sup>29</sup> Rodríguez Palop, M. E. Óp. Cit. Nota 26. Pág. 526. *“En fin, si asumimos la tesis que aquí se ha expuesto, puede decirse que los derechos de cuarta generación exigen frente al Estado y los particulares tanto una omisión (una acción negativa), que evite el deterioro del bien que se pretende proteger o que*

### 2.1.3 Retos de la nueva generación.

En este primer contacto con uno de los pilares del presente trabajo, los Derechos Humanos de la Tercera generación, se ha presentado un breve recorrido sobre el germen que subyace en su partida de origen y verdadero ingenio propulsor de la conformación de la nueva generación de Derechos Humanos, si bien, en este prolegómeno, es conveniente igualmente ofrecer una reflexión paralela de los desafíos que actualmente se presentan como vértices a superar, al menos en el corto o medio plazo.

Es cierto que actualmente puede concurrir lo que se ha denominado un “futuro incierto”<sup>30</sup> ante las evidentes dificultades que conlleva dotar de estatus jurídico una nueva catalogación de Derechos Humanos, pero son los desafíos lógicos que exigen una perfilación categórica y nítida como Derechos Humanos y las repercusiones que en general ello conlleva. Muestra de los retos a los que debe enfrentarse los tenemos, por ejemplo, en la dificultad de delimitar la titularidad de los Derechos de tercera generación a pesar de que, por lo general, se acepta que su ejercicio es “en común” o “colectivo”<sup>31</sup>, el afianzamiento de su valor esencial “*la solidaridad*”, la nómina de

---

no impida la satisfacción del interés colectivo de que se trate, como una acción positiva, fáctica o normativa, por parte de los poderes públicos que, en su eficacia horizontal se traduciría en la imposición de deberes negativos y positivos generales.

<sup>30</sup>Cristoph Menke y Arnd Pollmann. “Filosofía de los Derechos Humanos”. Editorial Herder. 2010. , pág. 129. “*Con la expansión masiva y global de la industrialización capitalista como muy tarde a partir de la segunda mitad del siglo XX, según Vasak se han hecho fuertes cada más las exigencias por “derechos de grupos” o “derechos colectivos.” Esto se refiere, por ejemplo, a los derechos de minorías amenazadas pueblos enteros, pero también a Derechos Humanos internacionales más bien controvertidos, como el derecho al desarrollo o a condiciones medioambientales limpias, cuyo portadores no son inicialmente individuos particulares, sino más bien regiones, poblaciones o generaciones futuras. El debate en torno al estatus de estos derechos de grupo o colectivos está en pleno transcurso, pues los derechos de grupo o colectivos no pueden ser (en cierto modo per definitionem o en cualquier caso de forma mediada) derechos subjetivos tal y como los prevé la idea de los ddhh, de modo que su círculo de destinatarios y la vinculación de las correspondientes obligaciones deben permanece ambiguos. En pocas palabras, es objeto de debates persistentes, cuyo final es incierto, determinar si en el caso de la tercera generación de los ddhh se trata realmente y todavía de ddhh”.*

<sup>31</sup>Álvarez Conde, E y Tur Ausina, R. Óp. Cit. Nota 5. Pág. 237. “*Si la titularidad de los derechos de primera generación correspondía a los seres humanos individualmente considerados, y los de la segunda a los hombres en grupos, en la tercera generación se trata de atender a las globales necesidades e intereses del ser humano, que disfrutarían de estos derechos de forma solidaria y universal. También aquí —como ocurría con la segunda generación— es precisa una actitud intervencionista de los Estados garantizando determinadas prestaciones positivas o negativas, pero al propio tiempo también de la propia comunidad*

Derechos Humanos a incluir en esta nueva generación o la desafiante labor de dotarles de un andamiaje teórico-jurídico que los sustente, comenzando por su propia denominación. No por ello se ha de desistir del intento, sino que los escollos no deben sino suponer un acicate al desafío motivado por el gran avance que supone frente a las dos categorías de derechos anteriores así como los innegables beneficios que pueden conllevar para la humanidad y su convivencia. A esta problemática pendiente de definición, dedicaré un apartado por su especial trascendencia y relevancia.

Queda pendiente un largo proceso de concreción y definición conceptual de los derechos de tercera generación. Aún no se ha llegado ni a un consenso sobre la propia denominación en sí<sup>32</sup>, algunos autores consideran más acertado el concepto “derechos de cuarta generación”<sup>33</sup>. Una convencida defensora de esta nomenclatura es Rodríguez Palop<sup>34</sup> que considera más apropiada la definición de “cuarta generación” por entender que “*considerando sus rasgos y su naturaleza, al menos en lo que hace a sus titulares, su objeto y el grado de protección jurídica que reciben, en principio, no podría considerarse justificada la agrupación de los derechos civiles y políticos en una única generación*” lo que necesariamente conduce a que los derechos englobados en esta última generación se les otorgue el ordinal cuarto. Por contra, no falta autores que consideran que la denominación de “tercera generación” es más adecuada y que incluso

---

*internacional, en tanto se trata de bienes e intereses cuya plena consecución sólo es alcanzable desde niveles que trascienden las fronteras estatales, implicando decisivamente a las organizaciones de carácter internacional. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la naturaleza de estos derechos determina que también puedan ser titulares los propios Estados, ante otros Estados y frente a la comunidad internacional.”.*

<sup>32</sup> Jesús Santagati, C. "Manual de Derechos Humanos". Ediciones Jurídicas. 2012. Pág. 69. "Son derechos que reciben varios nombres: derechos de los pueblos. nuevos Derechos Humanos. derechos de cooperación. derechos de solidaridad. derechos de tercera generación. De todas las denominaciones aquella que tiene mayor aceptación doctrinal es la que habla de los Derechos de la Tercera Generación. Los derechos de los pueblos es correcta. entre otras razones porque. es sobre todo. a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los de Pactos -los Pactos de Derechos Civiles y de Derechos Económicos Sociales y Culturales, de 1966-, cuando empiezan a emerger los pueblos como sujeto de los Derechos Humanos y no sólo los Estados. Lo cual supone. entre otras cosas, abrir una vía importante para que empiece a quebrar el derecho internacional entendido como un derecho puramente interestatal. cuyo único sujeto sea el Estado".

<sup>33</sup> López López, P. "Inclusión Digital: un nuevo Derecho Humano". Educación y Biblioteca, núm. 172, julio/agosto 2009, pp. 114-118. " Diversos autores (Mauro Barberis, Remedio Sánchez Ferris, Yolanda Gómez Sánchez, etc.) discrepan de que en la primera generación se engloban los derechos civiles y políticos, prefiriendo separarlos en dos generaciones, lo que producirían un corrimiento en la numeración de las generaciones (con respecto al esquema mencionado en el párrafo anterior, hablaríamos de cuatro generaciones de derechos, en vez de tres)."

<sup>34</sup> Rodríguez Palop, M.E. Óp. Cit. Nota 26. Pág. 93.

con ello se evita generar más confusión, a la ya aportada por el hecho en sí de arrancar una nueva aspiración de conceptualización de nuevos Derechos Humanos<sup>35</sup> y todo lo que ello conlleva en el plano jurídico, político y social.

Otro punto de fricción en la labor de configuración de los Derechos de tercera generación es la de dotarles de un perfil claro a su titularidad<sup>36</sup>. El lance se presenta desafiante ya que uno de los elementos caracterizador de los Derechos de tercera generación es su “ejercicio colectivo”, por lo que ello implica la necesidad de proporcionarles de un sustento ontológico lo suficientemente fuerte y mayoritariamente aceptado para que dicho ejercicio pueda tener plena correspondencia con los titulares de los mismos, en aras a su reconocimiento<sup>37</sup>. Por lo general una colectividad o incluso “un Pueblo”. Evidentemente esto se convierte un verdadero reto “ab initio”<sup>38</sup>, al contrario que con las anteriores generaciones donde la titularidad fue un concepto configurado sin excesivas dificultades, en este caso la complejidad de dotarles de un sustento teórico

---

<sup>35</sup> Pérez Luño, A.E. Óp. cit. Nota 9. Pág. 32: *“Estas dificultades se acrecientan cuando se postulan cuatro, en lugar de tres, generaciones de derechos. Con esa propuesta se acentúa la indeterminación e incertidumbre de esta temática. Desde estos enfoques la tercera generación hace referencia a los derechos colectivos (trabajadores, mujeres, niños, ancianos, minusválidos, consumidores, derechos que, por su contenido, parece más adecuado integrarlos en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales que configuran la segunda generación”*.

<sup>36</sup> *Ibíd*em, Pág. 39.- *“uno de los aspectos que más decisivamente contribuyen a caracterizar a la tercera generación de derechos humanos se refiere a la redimensión y ampliación de sus formas de titularidad por el reconocimiento de nuevas situaciones y posiciones jurídicas subjetivas”*. (Comanducci 1987, 95 ss)”.

<sup>37</sup> Álvarez-Cienfuegos Fidalgo, J.A. *“Un apunte sobre los Derechos Humanos y sus Generaciones”*. Obra colectiva *“Globalización, Derechos Humanos y Sociedad de la Información”*. Facultad de Filosofía de la UMSNH. 2007. Pág. 13. *“Si emergen, en un proceso integrativo de los de las generaciones anteriores, estos nuevos derechos, sus titulares, asimismo, mostrarán un rasgo característico. Si los de la primera generación aparecen como personas aisladas y los de la segunda como individuos, sí, pero situados, los titulares de la tercera serán personas que, además de ser vistas como individuos situados, están interconectadas a un medio ambiente que exige la sustentabilidad, a redes planetarias de información y comunicación y, por ende, a un mayor compromiso con las extremas desigualdades económicas, sociales y culturales de nuestro mundo”*.

<sup>38</sup> Molina, R. (obra colectiva) *“Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina”*. Fundación Konrad Adenauer. Pág. 56. *“A pesar de aquello, mucho más polémico resulta la posibilidad del reconocimiento de una titularidad colectiva de los Derechos Humanos. Es ésta una cuestión sobre la que se ha debatido y escrito mucho en torno a las últimas declaraciones de Derechos Humanos y particularmente los inscritos en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, recientemente aprobado por la Organización de las Naciones Unidas. En un mundo occidental profundamente individualista en su historia moderna, resulta difícil justificar la existencia de derechos colectivos, en tanto particularmente su titularidad. Domina la idea de que los derechos colectivos son una categoría injustificada, innecesaria, políticamente incorrecta e incluso peligrosa”*..

que permita superar, al menos dialécticamente, este obstáculo es necesario al propósito de avanzar en su reconocimiento y positivación. Está constatado como un importante hándicap en este tipo de derechos "*colectivos*", definir el concepto "titularidad" y la doctrina viene aportando propuestas que superen el escollo que supone el eje titularidad-ejercicio cuando se trata de "entes" que no están definidos a nivel individual y ni siquiera colectivo<sup>39</sup>, pero ello no debe suponer un contratiempo que impida avanzar en lo que realmente es importante, y es el nuevo espacio que se abre a nuestro conocimiento de poder proporcionar de una estructura jurídico-positiva a un nuevo ámbito de protección de una categoría de la relevancia de los DD. HH. De hecho, hay posturas en las que se propugnan, sin titubeos, claras propuestas sobre la conformación de la titularidad de los derechos de tercera generación, sirviendo como criterio de apoyo y referencia para avanzar sobre su construcción doctrinal<sup>40</sup>.

Avanzando en su perfilación, encontramos un nuevo escenario de controversia a la hora de armonizar un listado, al menos un núcleo básico y comúnmente admitido de Derechos de tercera generación. Quizás, este sea uno de los aspectos, no secundario, pero sí más proclive a relativos consensos<sup>41</sup>, parcialmente pacíficos, en cuanto qué Derechos son los que pueden incluirse en el listado de Derechos de tercera generación<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Goig Martínez, J.M. "Inmigración y diversidad cultural sobre los derechos culturales de los inmigrantes". (Derechos Humanos. Problemas actuales. Estudios homenaje al profesor Benito de Castro Cid). Universitas 2013- Pág. 1330. "*¿Existen derechos colectivos del grupo que pertenecen al grupo como un todo y derechos individuales que pertenecen a los miembros del grupo?. En los derechos colectivos, podríamos reconocer el interés o los intereses que es necesario proteger, pero existen muchas dificultades para determinar el grupo o sector que se organiza en torno al mismo, sobre todo cuando se pretende defender los intereses de grupos que no están socialmente organizados o no lo están de la manera de aquellos que representan intereses tradicionales*".

<sup>40</sup> Rodríguez Palop, M.E. Comentario al libro de Pérez Luño Antonio Enrique "La tercera generación de Derechos". Thomson-Aranzadi, 2006, Época II, enero 2007, pp. 277-284. Pág. 6. "*La titularidad de los derechos sólo puede predicarse del individuo, por lo que su mutación histórica afecta únicamente a los presupuestos de su ejercicio. La titularidad de los derechos sólo puede predicarse del individuo, por lo que su mutación histórica afecta únicamente a los presupuestos de su ejercicio*".

<sup>41</sup> Rodríguez Palop, M.E. Óp. cit. Nota 26. Pág. 120. "*los Derechos Humanos de cuarta generación estaría configurado por el derecho al medio ambiente, al desarrollo, a la paz, a la autodeterminación de los pueblos y al patrimonio común de la humanidad*".

<sup>42</sup> Álvarez Conde, E y Tur Ausina, R. Óp. cit. Nota 5. Pág. 237. "*Respecto a los derechos que se integran en esta generación, su clasificación se realiza en función del bien que protegen, de tal modo que se trata de derechos sustentados en tres pilares: 1) Paz (autodeterminación, independencia política, identidad nacional y cultural, coexistencia pacífica, patrimonio común de la humanidad, entendimiento y confianza, asistencia humanitaria); 2) Desarrollo (independencia económica, cooperación internacional y regional, justicia social internacional, solución de problemas alimenticios, demográficos, educativos, etc., progreso y desarrollo industrial y tecnológico); 3) Medio ambiente (desarrollo sostenible, derecho al*

Como decimos, a pesar de que sí puede encontrarse entre los autores propuestas concurrentes en cuanto al listado de Derechos Humanos de tercera generación, existen otros derechos en los que la cuestión no se presenta tan sosegada. Este punto, es un aspecto más a debate, que viene a sumarse a un buen número de cuestiones controvertidas en la construcción de la teoría conceptual de los Derechos Humanos. La concreción de un listado de derechos claramente definidos, no solo tienen el reto de alcanzar autonomía y reconocimiento desde un plano ontológico y axiológico, sino que tienen la dificultad añadida de que, en muchos casos, han de superar la consideración de ser meros derechos instrumentales o que se encuentran a la sombra de otros derechos de generaciones precedentes o, en última instancia, son simples manifestaciones de su haz de facultades.

Por último, es evidente a la luz de lo expuesto, que se ha optado por la distribución generacional de los Derechos Humanos frente a otras clasificaciones de Derechos Humanos<sup>43</sup>. Se entiende, como ya se ha tenido oportunidad de exponer, que refleja de un modo más adecuado la integración de los nuevos Derechos ya que, como habrá oportunidad de exponer en posteriores capítulos, estos Derechos tienen una marcada impronta coyuntural en cuanto que vienen apoyados con el valioso impulso de ser respuesta a necesidades sociales surgidas en un contexto histórico concreto. Esta simbiosis entre coyuntura social y respuesta legal instrumentalizada por medio de DD.HH encuentra una fidedigna expresión en la Teoría Generacional, sin que su impronta histórica pueda monopolizar su configuración hasta el punto de convertirlos en meras necesidades circunstanciales, muy al contrario, haciéndolos valer y dotándoles de

---

*agua — aprovechamiento racional de los recursos hídricos—, al patrimonio común de la humanidad, a la biodiversidad y bioseguridad, y al acceso a los entornos naturales)".*

<sup>43</sup> A modo de referencia podemos citar la sistematización formulada por Peces Barba, que viene a determinar una clasificación de los Derechos Humanos atendiendo a varios criterios (contenido, ámbito de aplicación, sujeto, forma de ejercicio). Por desarrollar brevemente sus propuestas, se inicia la estructuración propuesta por el profesor Peces Barba estableciendo una clasificación en cuatro apartados atendido a su contenido (derechos personalísimos, derechos económicos, sociales y culturales, derechos de sociedad, comunicación y participación, y los derechos civiles y políticos). Continúa la propuesta con un segundo criterio de distinción determinado por el ámbito de aplicación de los derechos diferenciando el origen (en cuanto al sistema de protección) diferenciando los Derechos Humanos que han visto su génesis en el espacio de las organizaciones internacionales. En cuanto al criterio que viene determinado por el sujeto el autor diferencia aquellos derechos de la persona en estricto sensu, los derechos de las comunidades menores (familia), derechos de los Estados dentro su ámbito interno y de su ámbito internacional.



la entidad suficiente a su dimensión axiológica y su eficacia universal, para ser reconocidos como verdaderos Derechos Humanos<sup>44</sup>. En definitiva se trata de que nuestros esfuerzos se encaminen a proveer a esta nueva categoría del suficiente sustento material y formal que les permita una adecuada integración en nuestros textos internacionales y en las constituciones internas, como así, progresivamente, obtener ese necesario y conveniente reconocimiento, sin limitaciones apriorísticas que puedan conllevar injustas exenciones de este nuevo catálogo<sup>45</sup>.

A los efectos de determinar un punto de partida es pertinente establecer, a modo de marca de inflexión, la necesidad de admitir la existencia de las anteriores premisas como un “acervo” jurídico, político, histórico y social previo que, aceptado, permita avanzar sobre el mismo, con el objetivo de construir el edificio teórico que compone la propuesta que se intenta ofrecer.

## **2.2 La Teoría Generacional.**

### **2.2.1 Nuevas demandas sociales y Teoría Generacional.**

Como ya se apuntaba en el anterior epígrafe introductorio, la Teoría Generacional de los Derechos Humanos ha sido una de las propuestas que mejor acogida, en el ámbito doctrinal ha tenido y se puede decir, no sin cierto relativismo, que está actualmente totalmente asentada. Dicha afirmación, no debe entenderse dogmáticamente, y que sea una propuesta asimilada sin cuestionamientos, si bien, y al objeto de tomar un punto de partida al efecto de establecer unos cimientos que nos permitan avanzar, se admite, con cierto criterio utilitarista, que por lo general ha servido a gran parte de la doctrina para

---

<sup>44</sup> Chaname Orbe, R. “*Habeas Data y el Derecho Fundamental a la intimidad de la Persona*”, Universidad Nacional Mayor San Marcos. Facultad de Derecho. Pág. 20. “Además, los derechos fundamentales tienen una dimensión axiológica (pues afirma el valor supremo de la dignidad humana), poseen una concepción histórica (fruto de la evolución social), representa una tendencia doctrinaria en expansión (pues su comprensión tiende a expandirse en sus alcances normativos) y son universales (pues traspasa los entornos locales y/o nacionales)”.

<sup>45</sup> Pérez Luño, A.E. Óp. cit., Nota 9. Pág. 32 “Esto evidencia que el catálogo de los derechos de la tercera generación está muy lejos de constituir un elenco cerrado, preciso y de contornos bien definidos. Se trata más bien, de un marco de referencia, todavía *in fieri*, de las demandas actuales más acuciantes que afectan a los derechos y libertades de las personas”.

poder dar una explicación evolutiva a la aparición de los Derechos Humanos, íntimamente relacionada con el contexto histórico. Esa conexión, ha permitido que pueda ofrecerse una argumentación clara, coherente y razonable de la génesis y desarrollo de los Derechos Humanos, que permite explicar el por qué en un momento histórico y contexto social, se dieron los elementos necesarios para que se pudiera abrir un debate sobre su existencia y necesidad, así como de la exigencia de su reconocimiento interno y externo. Esta simplista afirmación de uno de los mayores avances sociales de la humanidad, no debe inducir a pensar que fue un proceso uniforme y moderado. Su consecución puede asimilarse a una verdadera conquista social y su concreción siempre viene precedida de crueles abusos que impusieron la necesidad de reflexionar sobre los límites de la sinrazón humana y la necesidad de establecer cotos a los excesos del poder en aras de ofrecer una cobertura adecuada de la dignidad de la persona y su desarrollo personal y social.

Es prolija la bibliografía y los artículos donde la doctrina ha venido plasmando, con cierta equivalencia esencial, las diferentes etapas en la expresión y desarrollo de los Derechos Humanos. Para referenciar este contenido, es particularmente interesante, el artículo de la profesora Ros Martínez en el que confronta la aportación realizada por los Derechos Humanos de tercera generación<sup>46</sup>, frente a los Derechos incluidos en las generaciones anteriores, resaltando el amplio abanico temático manejado, iniciándose con el reconocimiento de la clasificación generacional de los DD. HH., diferenciándolo del proceso de positivación de los mismos, incluyendo referencias a su ámbito de protección y, lógicamente, críticas a la clasificación generacional. Refiere incluso hasta la novedosa categoría de los Derechos Humanos de cuarta generación centrada especialmente en las relaciones surgidas al hilo del desarrollo tecnológico y su escrutinio al albur de los valores esenciales de la convivencia social actual. Esta cuarta generación de DD. HH., es necesario indicar que conceptualmente se ve inmersa en el mismo debate doctrinal que a nivel global viene desarrollándose en cuanto el reconocimiento y positivación de la tercera generación de Derechos, no teniendo, por el momento, una identidad autónoma aceptada, y siendo, en no pocos casos, objeto de confusión los derechos que según el criterio doctrinal por el que se opte, pueden

---

<sup>46</sup> Ros Martínez, E. Óp. Cit. Nota 23.

considerarse incluidos en una u otra generación. En este punto podemos citar el trabajo de Gómez Sánchez<sup>47</sup> como firme defensora de la distribución en cuatro generaciones de los DD. HH.

En definitiva, se trata de poner de relieve que la configuración de esta nueva generación de derechos es un debate abierto, y que incluso a nivel ius-filosófico no existe ámbito en el que podamos admitir cierto consenso, incluso, como se ha expuesto, ni en el ordinal de la propia generación de derechos y evidentemente en su perfilación jurídico-positiva.

A pesar de las dificultades el empuje de su realidad está obligando a la doctrina competente, a ir precisando la configuración jurídica de estas nuevas demandas sociales y a que se vaya estableciendo el soporte teórico que la sostiene, para su plasmación en los textos constitucionales y los tratados internacionales y alcanzar, de éste modo, su reconocimiento y efectividad<sup>48</sup>. Así, el debate sobre los Derechos Humanos, que se consideraba un camino que, a pesar de su extensión, se tenía por ampliamente recorrido, y hasta con tintes de conformismo, ha visto cómo han surgido en la última parte del Siglo XX nuevas demandas que exigen respuestas, realzando el protagonismo de los Derechos Humanos en el debate doctrinal que ofreciendo nuevos retos que hasta hace no mucho no se divisaban en el horizonte iusfilosófico.

## **2.2.2 Contexto Histórico y Generaciones de los nuevos Derechos.**

---

<sup>47</sup> Gómez Sánchez, Y. (Coordinadora de la obra colectiva) "Pasado, presente y futuro de los Derechos Humanos". Uned. 2004.

<sup>48</sup> Domínguez Scheid, C. Óp. cit. Nota 24. Pág. 97. "*Los Derechos Humanos de la Tercera Generación aún no han sido sistematizados en un instrumento jurídico internacional de la relevancia de los Pactos mencionados, pero la ONU ha mantenido su determinación en pos de ellos, y en ese tenor encontramos la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, proclamada por la Asamblea General en su resolución 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969; la Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz, adoptada por la Asamblea General en su resolución 39/11, de 12 de noviembre de 1984; la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986; la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990; y la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas fue aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992*".

Una constante reconocida en la categorización generacional de los Derechos Humanos es que es una distribución que atiende a criterios esencialmente históricos. La aportación que realiza la contextualización histórica a la configuración de los Derechos Humanos goza de indudable trascendencia y es un dogma incontestable, que por lo general es recogido, aunque no sin reparos. Lo cierto es que en este punto podemos encontrar un abanico de teorías que van desde los autores que defienden que la aportación coyuntural histórica es, en esencia, lo que define la conformación y configuración de los Derechos Humanos, y por contra, hay teorías en las que el elemento social no viene sino a ser un punto de confluencia de circunstancias en las que se conjugan los elementos necesarios para que puedan concretizarse unos valores preexistentes y que su positivación, no sea más que un fiel reflejo del valor legitimador. De todas ellas podemos extraer un elemento común, y es que, con mayor o menor incidencia, la realidad social coetánea a la conformación y positivación de los DD. HH se ofrece como parte consustancial en su estructura. En este apartado la distribución generacional de los DD. HH. es fiel expresión de este binomio tal y como se puede constatar en su clasificación evolutiva.

### **2.2.2.1 La Primera Generación de Derechos Humanos.**

Los Derechos Humanos, como categorías históricas, fijan su inicio en la modernidad, a la luz de las revoluciones burguesas que operaron en el siglo XVIII. De ahí, y como ya se ha indicado, el hecho de que surjan dentro de un movimiento con un marcado carácter liberal<sup>49</sup>, influye de forma directa sobre la configuración de esos primeros

---

<sup>49</sup> Martínez Doallo, N. " El derecho al consentimiento informado a partir de la teoría del estatus de Georg Jellinek". Universidad de Sevilla. *Ius et scientia*, 3 (1), 206-216. 2017 "*El triunfo de la mentalidad positivista trató de ofrecer una configuración positiva de las libertades individuales frente al Estado, a estos efectos se le dotó de personalidad jurídica con el objeto de hacerlo titular de derechos y obligaciones para con los súbditos, junto con el establecimiento de garantías jurisdiccionales para la protección de estas nuevas realidades subjetivas. En este contexto nace la noción de derechos públicos subjetivos, de la cual Jellinek es uno de los principales representantes. El surgimiento de esta nueva categoría pretendió asentar los Derechos Humanos en el seno de un sistema de relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares, lo cual constituyó una tentativa de conciliar la teoría de los Derechos Humanos con las tesis de corte positivista. Inserto en esta tendencia, Jellinek desarrolla una "teoría de posiciones totales abstractas". en la que distingue cuatro estatus diferenciados: estatus pasivo o subiectionis, estatus negativo o libertatis, estatus positivo o civitatis y estatus activo o de la ciudadanía activa*".

Derechos Humanos con un corpulento talante individualista; unos derechos que buscan principalmente proteger la esfera individual de la persona sobre las potenciales injerencias del Estado, garantizado su esfera privada y especialmente protegiendo los valores que afianzan ese espacio personal vetando cualquier intromisión. No se puede olvidar que el contexto social donde se desarrolla esta primera generación de Derechos Humanos, dista mucho de que gocen de una universalidad<sup>50</sup> en su aplicación, sino que su ámbito de protección quedaba relegado a sectores de población muy privilegiada<sup>51</sup>.

Desde la comunidad científica se ha intentado determinar<sup>52</sup> el momento considerado como punto de nacimiento de los Derechos Humanos y constatan la dificultad de dotar con objetividad y precisión dicho momento en el que germina un concepto como el de los Derechos Humanos, ya que no se trata de un pensamiento que pueda establecerse con un punto de partida asociado a un acontecimiento histórico concreto, sino que es más bien el fruto de un proceso evolutivo en el que se van acumulando los diferentes sucesos materiales hasta concurrir los elementos necesarios que provocan la aparición paralela de percepción de unos valores y la necesidad de respetarlos, protegerlos y recogerlos en los textos positivos. En este cometido, se ha establecido doctrinalmente la necesaria coyuntura de convergencia objetiva de las condiciones para el surgimiento de los Derechos Humanos. Con buen criterio, De Castro establece que las condiciones para que pudieran suscitarse las discusiones y las luchas jurídico-políticas origen del

---

<sup>50</sup> Jiménez Benítez, W.G., Óp. Cit. Nota 6. "*Finalmente, algunos consideran que el Enfoque de los Derechos Humanos logró su síntesis conceptual definitiva en la Declaración de Viena en 1993. Allí se estableció que los Derechos Humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí; que su tratamiento debe ser en pie de igualdad y que todos tienen el mismo peso; que se deben tener en cuenta las particularidades nacionales y regionales; y que es deber del Estado promover y proteger todos los Derechos Humanos y las libertades fundamentales (Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 1993).*

<sup>51</sup> Alcantarilla Hidalgo, F.J. Óp. cit. Nota 7. Pág. 228. "*Las Declaraciones de Derechos Norteamericana y Francesa responden a una finalidad que podríamos calificar de utópica ya que, como señala Tocqueville: «Por encima de la sociedad real, cuya constitución continuaba siendo tradicional, confusa e irregular, en la que las leyes seguían siendo diversas y contradictorias, las diferencias sociales tajantes, fija la condición de cada uno y los cargos desigualmente repartidos, se iba construyendo poco a poco una sociedad imaginaria, en la que todo parecía sencillo y coordinado, uniforme, equitativo y conforme a la razón. Progresivamente, la imaginación popular fue desertando de la primera y se refugió en la segunda. La gente se desinteresó de lo que había, para preocuparse por lo que podía haber, y se terminó por vivir mentalmente en este Estado ideal que habían levantado los escritores»*". CristophMenke y ArndPollmann. "Filosofía de los Derechos Humanos". Editorial Herder. 2010. Pág. 82 " *Con ello no se puede excluir, que, detrás de los rechazos relativistas a la universalidad de los DDHH, en la mayoría de los casos se encuentre realmente un interés por el mantenimiento de dominaciones injustas*".

<sup>52</sup> Ros Martínez, E. Óp. cit. Nota 23.

nacimiento de los Derechos Humanos, fueron unas circunstancias muy determinadas entre las que destacan tres. Una primera referida a la fundamentación de los derechos que apela directamente a la “estructura racional de la naturaleza humana”; una segunda en cuanto que la titularidad se atribuye a la persona por el hecho en sí de serlo; una tercera, que su reconocimiento se lleve mediante actos de “naturaleza pública” con efectos generalizados subjetivamente y sin acotaciones temporales. Estas condiciones establecidas, como requisitos “sine qua non”, no concurren hasta finales de siglo XVIII, ya que no se puede constatar su convergencia en ninguno de los textos anteriores a los aparecidos hasta ese momento, que el Autor define como de “gestación o prehistoria de la historia de los Derechos Humanos”.

En dicho momento histórico se produjo el impulso del debate doctrinal en el que se conformaba el sustrato teórico-jurídico surgiendo un gran número de teorías, con la intención de ofrecer una noción de los Derechos Humanos que permitiera dar coherencia a un concepto que aunara validez universal y eficacia atemporal. El desarrollo histórico a nivel social, la implantación progresiva de sistemas control jurisdiccional, la internacionalización de la actividad política y económica, así como el surgimiento de movimientos independentistas en las colonias existentes, son a juicio del profesor De Castro, los condicionantes que en esta etapa sirvieron de catalizadores para aunar los elementos necesarios para el desarrollo de los Derechos Humanos.

El camino posterior recorrido hasta plasmarse como verdaderos derechos positivados, ha sido objeto de múltiples periodificaciones según el criterio rector por el que se opte. Desarrolla Ros Martínez<sup>53</sup> un método en el que se distinguen principalmente dos etapas en el reconocimiento de los Derechos Humanos. Una primera centrada en el reconocimiento estatal o a nivel interno a través de las declaraciones que se formularon a finales del siglo XVIII (Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano) y que se prolonga hasta mediados del siglo XX (Declaración Universal de los Derechos Humanos). Producto de la época, las primeras declaraciones se circunscribieron al reconocimiento principalmente de dos tipos de Derechos, los que garantizaban la esfera de autonomía

---

<sup>53</sup> *Ibidem*.

individual y los que respaldaban la participación activa de los ciudadanos en el ejercicio de gobierno.

Esta primera generación de Derechos viene a recoger los Derechos civiles y políticos y cuyo valor principal es el respeto a la dignidad humana. Se representa como una exigencia individual de configurar una frontera a cualquier actuación ilegítima, especialmente considerando como potencialmente infractor al Estado, al que, en principio, se le pretendía como mero “guardián” de los valores individuales y cuyo único fin era su respeto y tutela. Contradictoriamente se establecieron los Derechos civiles y políticos para velar de las intromisiones que ilegítimamente pudieran proceder de aquel que, paradójicamente, se había creado con el único objetivo de velar, precisamente, por la salvaguarda de esos Derechos civiles y políticos. Como base teórica, se debate en el seno principalmente de las teorías iusnaturalistas racionalistas y del contractualismo, por lo que el elemento histórico queda atemperado por el referente externo en un caso y por el acontecimiento hipotético en el otro. Sin que quede fuera la defensa de un pensamiento conciliador a decantarse por alguno de los dos extremos.

### **2.2.2.2 La segunda Generación de Derechos Humanos.**

Posteriormente al reconocimiento de esa primera generación de Derechos Humanos y ante la falta de una cobertura jurídica, suficientemente garantista para un desarrollo adecuado del individuo en sus relaciones sociales (principalmente en el ámbito laboral y en el ejercicio del derecho de libertad acotado a sus manifestaciones colectivas), se provocó la necesidad de reclamar una extensión del ámbito de protección para unos desarrollos que exigían una serie de Derechos que acrecentaran el ámbito de custodia más allá del individuo, incorporando las relaciones inherentes a su actividad socializadora.

La segunda etapa tiene su punto de arranque tras la Segunda Guerra Mundial<sup>54</sup> y el proceso surgido a nivel internacional de promulgar textos internacionales que permitan

---

<sup>54</sup>Cristoph Menke y Arnd Pollmann. “Filosofía de los Derechos Humanos”. Editorial Herder. 2010. Pág. 20. *“Es en la experiencia de estos actos de barbarie y en la lucha en contra de ellos se fundamenta en primer*

el reconocimiento de unos valores, universalmente admitidos y que conjuguen el respeto de la dignidad humana junto a una convivencia pacífica, evitando las terribles experiencias sufridas en la primera mitad del siglo XX. Ros Martínez<sup>55</sup> encaja esta segunda etapa por el reconocimiento supraestatal e internacional con la consolidación de un nuevo modelo de instrumentalización de los Derechos Humanos mediante declaraciones internacionales que nacen en el seno de organizaciones internacionales y cuya efectividad tiene un marcado transnacional, en el convencimiento de la operatividad de un modelo que no quede supeditado al cumplimiento interno sino que sea fruto de los contrapesos que a nivel internacional puedan aplicarse y así sean admitidos en organizaciones y textos internacionales. De este modo, la eficacia de los derechos se expande exponencialmente, al pasar de declaraciones cuyo ámbito de influencia se circunscribía a los límites del Estado en el que se aprobaba, aceptaba y velaba por su cumplimiento al desbordamiento de las fronteras en cuanto su vigencia y eficacia, ya que al velar por su amparo organizaciones supraestatales su protección se amplía de forma considerable. El cambio tiene una trascendencia vital, con buen criterio percibe la Autora, que mientras en el modelo estatal vigente era el propio Estado y sus razones las que condicionaban la eficacia, desarrollo y protección de los derechos positivados en la normativa interna, en el modelo supraestatal o internacional, hay una “mayor objetivación” de los mecanismos de protección y una eliminación de las coyunturales y partidistas interferencias estatales.

Esta segunda generación de Derechos Humanos, viene representada por la toma de conciencia de la importancia para el bienestar personal de las relaciones intersubjetivas en un mundo donde la convivencia con los demás debe tener un punto de simetría y respeto. Al igual que con los derechos de la primera generación, el momento de cristalización, viene precedido de unos años convulsos socialmente y donde la plasmación de los derechos sociales será la consecuencia de la pugna contra los excesos y violaciones sufridas precisamente de los precedentes derechos civiles. Esta segunda generación, se basa en la “libertad positiva” que permite al sujeto interactuar con el

---

*lugar el régimen global de los Derechos Humanos después de 1945. Así, pues no se puede entender ni el hecho, ni la estructura, ni la dinámica de la expansión de la idea de los Derechos Humanos después de 1945 si no se interpreta como respuesta a la experiencia de una catástrofe política y moral."*

<sup>55</sup> Ros Martínez, E. Óp. cit. Nota 23.



resto de personas motivado por su única voluntad, y bajo los criterios de libertad e igualdad y aglutina a los derechos denominados “culturales, económicos y sociales”<sup>56</sup>.

### **2.2.2.3 La tercera Generación de Derechos Humanos.**

La tercera etapa, viene determinada cronológicamente por los cambios acaecidos en la segunda parte del siglo XX, a partir de los años sesenta y setenta, con un periodo de agitados movimientos sociales y en la que se cuestiona la necesidad de ampliar el horizonte de cobertura de los Derechos Humanos. En este tiempo, se plantea una cuestión, que a nuestro juicio supone uno de los avances más importantes, se desplaza a la persona como punto geocéntrico axiológico que irradia todo el ámbito de protección de los Derechos Humanos y se empieza a plantear la necesidad de dotar de defensa y abrigo a nuestro entorno global y a la persona, pero ya no como sujeto entendido como individualidad, sino en su integración conformadora del colectivo. El cambio en la Teoría general de los Derechos Humanos es radical, se abren nuevos caminos, esta vez, no para dotar de mayor tutela a la esfera privada y a su exteriorización social, sino a unos nuevos bienes jurídicos más allá de la persona-individuo.

La aparición de los Derechos Humanos de Tercera Generación viene a fomentar nuevos valores de protección amparados en un modelo ya asentado en las últimas décadas del siglo XX. Los llamados Derechos de la “Solidaridad” aportan nuevos desafíos a la doctrina ius-filosófica al ampliar el ámbito de protección de los Derechos Humanos de las anteriores generaciones y provocando la necesidad de dotarles de una estructura jurídica que permita su reconocimiento y aplicación<sup>57</sup>. La fuerza de la irrupción ha venido a cuestionar la estructura misma del concepto de derecho humano. Se debate sobre la titularidad, los límites del objeto material y su espacio de cobertura, la

---

<sup>56</sup> Alcantarilla Hidalgo, F.J. Óp. cit. Nota 8. Pág. 231. *"Ramiro Avilés abunda en esta idea cuando reconoce que reivindicar la posición relevante de los derechos sociales entronca directamente con las exigencias de mejora en las condiciones de vida que podemos encontrar en las obras que conforman el pensamiento utópico, el cual puede ser considerado como un antecedente o un precedente en el proceso de reivindicación y de positivación de los derechos sociales"*.

<sup>57</sup> Cristoph Menke y Arnd Pollmann. Óp. Cit. Nota 30. Pág. 24. *"Aunque Arendt se mantuvo siempre escéptica ante la capacidad sustentadora de los Derechos Humanos, puso una especie de nuevo comienzo en el horizonte: El concepto de los Derechos Humanos puede volver a tener un sentido si se determina de nuevo bajo la luz de las experiencias y circunstancias actuales"*.

existencia de un perfil que permita la conceptualización nítida de qué derechos pueden considerarse incluidos en esta nueva generación o son meras manifestaciones del haz de facultades de derechos de la primera o segunda generación, en definitiva hay un cambio en los valores de referencia que demanda respuestas.

El hecho en sí de trasladar el foco de protección del ámbito personal al ámbito colectivo, provoca que el valor guía pase a ser “la solidaridad” poniendo en un plano de igualdad los intereses del grupo a los individuales y la necesidad de dotarles de la apropiada protección, sin que ello suponga imponerlos ni relegarlos sobre los personales. Este trasvase implica uno de los mayores avances en el ámbito de la Teoría General de los Derechos Humanos ya que supone una evolución con respecto a las anteriores generaciones, al ampliar el perímetro de protección, sin que ello conlleve una distinción jerárquica o una superposición de intereses, permitiendo una perfecta compatibilidad entre cada una de las generaciones de Derechos e interpretándose la aparición de la nueva generación como un paso evolutivo de cara a un refuerzo y ampliación de las esferas de desarrollo de la persona y un verdadero impulso de cara a profundizar en el estatus de defensa.

### **2.2.3 Reparos a la Teoría Generacional.**

Llegado este punto, es necesario ofrecer el contrapunto que presentan algunas opiniones críticas a la división generacional de los Derechos Humanos y para ello, interesa traer a la exposición una interesante referencia<sup>58</sup> sobre el grado de reflexión teórica que sustenta los derechos de primera generación, que a juicio de la Autora, y lo deducimos a partir de incluir dicha referencia, es mucho más elaborado y superior al de resto de generaciones<sup>59</sup>. Mismo juicio le suponen la eficacia jurídica y el sistema de garantías de

---

<sup>58</sup> Ros Martínez, E. Óp. cit. Nota 23.

<sup>59</sup> Refuerzan la conclusión autores como Álvarez Conde, E y Tur Ausina, R, (Óp. cit. Pág. 235) cuando manifiestan que *"Es importante destacar en este momento que esta generación de derechos sociales y económicos ha recibido un débil apoyo desde el derecho internacional, aunque quizá a nuestro juicio con la salvedad de la política social de la Unión Europea"*. En este caso, incluso los Derechos de tercera generación relegan en cuanto *"impulso"* en opinión de los autores *"Y ello a diferencia de los llamados derechos de tercera y cuarta generación que, sin embargo, han sido más fuertemente impulsados desde diversas organizaciones internacionales (paz, desarrollo, medio ambiente, biotecnologías, libertad*

esos derechos frente a los que presenta, principalmente los Derechos de segunda generación y comparativamente la distancia aumenta si en el cotejo se incluyen la eficacia, sistemas de protección y sustento teórico en el caso de los Derechos de tercera generación, si bien, para estos últimos puede apreciarse que en el estadio de génesis en los que los mismos se encuentran, puede entenderse desde un punto razonable que no presenten el grado de asentamiento y madurez que tienen los derechos de las generaciones previas. Desgraciadamente no analiza más profundamente dicha afirmación, sin duda por la brevedad que constriñe la extensión del artículo, que a pesar de ello y de no ofrecer mayor profundidad argumentativa, es una teoría que puede admitirse a efecto dialécticos. Mayor fuerza punzante tiene el aserto que seguidamente ofrece ahondando en la brecha existente entre la primera generación y las posteriores cuando establece que *“En lugar de desarrollar mejoras en la calidad jurídica y estructural de los Derechos Humanos se ha producido un efecto degenerativo de los mismos, siempre que sean vistos desde la ideología y el imaginario dominante que, desde el principio, se preocupa por utilizar un paradigma que sólo fortalece a los derechos de la primera generación y debilitaba a las llamadas segunda y tercera generación”*. A pesar de su indudable aliciente intelectual no podemos extendernos en su análisis y debate, quedándonos únicamente con su referencia.

En éste apartado Sánchez Rubio<sup>60</sup> se muestra muy reacio con la teoría generacional de los Derechos Humanos, principalmente en tres puntos críticos. Un primer envite refiere el confuso uso que se hace del término “generación”, que conlleva necesariamente mejora y refuerzo de las posteriores generaciones frente a las precedentes, si bien a su juicio queda constatado que esto no sucede si comparativamente se observa el grado de desarrollo de los Derechos de segunda y tercera generación frente a los de primera. Este es uno de los reproches que más se repite dentro de los comentarios críticos a la teoría generacional de los Derechos Humanos. Entienden que el término generación conlleva un proceso evolutivo que siempre ha de tender hacia el avance respecto la fase anterior y que dicho concepto no es entendible ni aplicable al progreso operado en el desarrollo

---

*informática...).* Es complejo que los Estados quieran ver comprometidas sus economías a través de derechos que les exigen una fuerte inyección económica; aunque también ha de apuntarse que la globalización supone crecimiento económico, si bien, en muchos casos, selectivo.”

<sup>60</sup> Sánchez Rubio, D., "Sobre el concepto de historización. Una crítica a la visión sobre las generaciones de Derechos Humanos", Universidad de Sevilla, Praxis 67 -julio-diciembre 2011.

de los Derechos Humanos. Como indicamos, este será uno de los cuestionamientos recurrentes y cíclicos no solo a la Teoría Generacional en sí misma, sino incluso a los Derechos Humanos de Tercera Generación, como podrá comprobarse a lo largo de este trabajo.

Una segunda y sugestiva crítica a la teoría generacional de los Derechos Humanos (esencialmente los de primera generación) se manifiesta al indicar que son una creación artificiosa de la doctrina alejada de la realidad social a la que pretende de dotar de una regulación y protección. Ello conlleva que su concreción, por definición, esté aislada de la materialidad que se propone moderar, al no contar con la aportación que puede proceder de la misma, y ser una mera creación teórica y fingida de la reflexión doctrinal. Sin duda, de las tres críticas que Sánchez Rubio constata en su trabajo esta es la que, a priori presenta mayor atractivo intelectual ya que supondría dejar sin la base objetiva que sujeta a la estructura teórica de la Teoría de los Derechos Humanos y ello merecería un mayor esfuerzo indagatorio de cara a conocer su sustento. Con todo, a los efectos de exponer algunas de las críticas más representativas que se han ido ofreciendo por la doctrina sobre la teoría generacional de los derechos cumple sobradamente con tal objetivo.

La última crítica del Autor, viene determinada por el hecho de que la lucha burguesa impregnó de tal modo la génesis de los Derechos Humanos que cerró las puertas a que otros colectivos y otras reivindicaciones pudiera encontrar reflejo de sus reivindicaciones ante un proceso que estaba muy condicionado por los factores que influyeron en su origen. Hasta tal punto, que si bien la realidad social haya cambiado, la “institucionalización” de las reivindicaciones burguesas dejaban vetadas las exigencias de otros colectivos y les condenaban a la inexistencia en cuanto su inclusión en la sustantividad de los Derechos Humanos, abocando a estos colectivos a adaptarse al imaginario de la modernidad liberal burguesa.

En este recorrido testimonial de las debilidades de la Teoría generacional de los Derechos Humanos, es necesario traer el reproche que a juicio de Rodríguez Palop y que en gran parte comparto, referido al potencial peligro que conlleva un incremento

excesivo de la “nómina” de Derechos Humanos y con ello, la elevación del riesgo de perder fuerza vinculante en su defensa, reconocimiento y respeto. En el epígrafe “banalización por inversión” cita Rodríguez Palop a Laporta en las palabras “*que cuanto más se multiplique la nómina de los Derechos Humanos menos fuerza tendrán como exigencia y cuanto más fuerza moral o jurídica se les suponga más limitada ha de ser la lista de derechos que la justifiquen adecuadamente*”. Con ello se abre el debate de la ampliación o limitación del número de Derechos Humanos y por ello, la puerta a la configuración de nuevas generaciones de derechos queda condicionada su aportación a la firmeza en el respeto y tutela de los Derechos Humanos. La frase que recoge Rodríguez Palop de Laporta es reveladora cuando en referencia a los Derechos Humanos mantiene que “*tienen que ser pocos para muchos y no muchos para pocos*”<sup>61</sup>

Para finalizar recogemos una propuesta que aunque quizás no es estrictamente un cuestionamiento a la Teoría Generacional en sentido convencional, merece ser destacada la aportación que hace Rodríguez Palop (dentro de un contexto crítico al mismo) por su oportuna extensión del debate al modelo de Estado y concretamente al sistema vigente de Estado Social que a su juicio ha pivotado sobre dos principios, el de solidaridad nacional y el de economía de mercado. Ello ha conllevado a unos perniciosos efectos y la implantación de un sistema injusto basado en la explotación de los países en vías de desarrollo, los avances tecnológicos han servido al negocio de la guerra y la clase trabajadora ha tenido que claudicar ante una economía de mercado para poder recibir unas prestaciones básicas. Bajo estas premisas, cualquier discusión tendente a ampliar y mejorar los Derechos Humanos está inexorablemente abocada a chocar con los intereses estatales y económicos y por ello, condenada a la indiferencia de los gobiernos y del Derecho internacional. Sin duda, el debate queda enriquecido con estas nuevas perspectivas en cuanto que motivaciones generadas paralelamente al propio proceso dialéctico de formación de una nueva generación de derechos, lo que aumenta el interés práctico y doctrinal por conjugar éste magma argumentativo.

---

<sup>61</sup> Rodríguez Palop, M.E. Óp. Cit. Nota 26. Pág. 101.

## 2.3 *Los nuevos Derechos Humanos.*

### 2.3.1 **Derechos Humanos de Tercera Generación. Un proyecto en elaboración.**

Como bien certifica Pérez Luño<sup>62</sup>, el proyecto de los Derechos Humanos constituye un proceso inacabado y en constante transformación. Y si bien su concreción se ha plasmado en los últimos 3 siglos, la realidad es que en los últimos años se está viviendo, con cierta efervescencia intelectual, la aparición de nuevos conatos de derechos que buscan posicionarse dentro del andamiaje de los derechos básicos y ser reconocidos como tales. Con todo, queda mucho camino por recorrer y trabajo por desarrollar<sup>63</sup> para que puedan gozar de un estatus pleno de derechos reconocidos y aplicables tanto en el ámbito interno como internacional, aunque siendo fiel a la realidad, debemos reconocer que en ese iter se están produciendo importantes trabajos y que, en ciertos contextos, debe admitirse meritorios avances.

En el desarrollo que se ha venido suscitando en la configuración de la nueva generación de Derechos Humanos es obligada la referencia a los antecedentes que han concurrido en su origen. En cuanto los precedentes sociales que motivan el inicio del planteamiento de una nueva generación de derechos, Rodríguez Palop<sup>64</sup> ancla su punto de partida en los movimientos sociales surgidos en los años sesenta y setenta. Estos, pusieron en evidencia las contradicciones en los sistemas de valores recogidos desde la modernidad y se impulsó, un nuevo referente, la “solidaridad”. Paralelamente a la colisión

---

<sup>62</sup> Pérez Luño. A.E. Op. Cit. Nota 21. Pág. 24. *“Se señala, asimismo, que los Derechos Humanos constituyen la consecuencia de un proceso inacabado y en permanente transformación”.*

<sup>63</sup> Hernando Santiago, F. “Los Derechos de “Última Generación”. Discurso de apertura del Presidente del Tribunal Supremo. 2007. *“En este capítulo se hará una superficial mirada a los Derechos llamados de tercera generación. Como bien señala el Dr. Patricio Sánchez Padilla los Derechos de tercera generación los derechos colectivos y de los pueblos que todavía lamentablemente no ostenta la coherencia ni la legitimidad de otros derechos y que apenas empieza a tener cabida en los textos jurídicos y en las costumbres políticas”.*

<sup>64</sup> Rodríguez Palop, M.E. Óp. cit. Nota 34. Pág. 231. *“Los nuevos movimientos sociales apuntaron las contradicciones latentes en el sistema de valores propio de la modernidad, revitalizando el valor de la solidaridad; criticaron el crecimiento económico en términos puramente cuantitativos y el uso destructivo que se había hecho del desarrollo tecnológico en las sociedades industrializadas ; representaban una dinámica de democratización, proponían una descentralización de la vida política y económica y un mayor protagonismo de ciertos sectores sociales y, finalmente, pretendían construir un nuevo modelo político en el orden nacional y reorientar las relaciones entre Estados en el orden internacional”.*

estrictamente social producida en este contexto, se reprobó que el crecimiento económico estuviera basado en términos “puramente cuantitativos” y se echó en falta que el desarrollo tecnológico tuviera una aplicación más provechosa para el conjunto de la sociedad. Junto a todo ello, otro de los elementos que se sumó a este “caldo primigenio” fue el impulso de una dinámica democratizadora que propugnaba un mayor protagonismo de amplios sectores sociales que tenía como fin la constitución de un nuevo modelo político y que se pertrechaba de un reflejo en el ámbito internacional.

De este modo, la iniciativa que alimenta el germen de los nuevos derechos es encabezada por sectores población, que comienzan a gestar “*declaraciones sectoriales*” en aras de la protección de los derechos de aquellos colectivos que hasta ese momento se habían sentido discriminados<sup>65</sup>. Lo relevante del movimiento viene determinado por la globalidad en el ejercicio de la acción así como del imbricado abanico de ámbitos sociales que se ven afectados, sumando a la posible convergencia de otros elementos necesarios, tenemos como resultado, el que pueda surgir una nueva categoría de derechos. Incluso, y es necesario reconocerlo, no sin ciertos excesos<sup>66</sup>. La deducción lógica de este compendio y en palabras de Bustamante Donas, “*son claros síntomas de que algo sustancial está cambiando*”<sup>67</sup>. Junto a ello, es inexcusable referenciar la

---

<sup>65</sup> Bustamante Donas, J. Óp. Cit. Nota 22. “*Los llamados derechos de la solidaridad constituyen una tercera generación que se concretiza en la segunda mitad del siglo XX. Esta vez, su motor impulsor será la acción de determinados colectivos que reclaman legítimos derechos. Se comienzan a configurar en forma de declaraciones sectoriales que protegen los derechos de colectivos discriminados grupos de edad, minorías étnicas o religiosas, países del Tercer Mundo, que se afectados por alguna de las múltiples manifestaciones que cobra la discriminación económico social.*”.

<sup>66</sup> Hernando Santiago, F. Óp. Cit. Nota 62. “*Y ya que, de una manera un tanto heterogénea y probablemente asistemática pero con el fin de justificar con concretos datos de la vida jurídica el interés de abordar en profundidad todo este nuevo conjunto de realidades, no deberíamos dejar transcurrir más tiempo sin recordar que no faltan reflexiones o iniciativas que pretenden la extensión, o el reconocimiento, de algunos de estos derechos a los animales. Algunas de estas corrientes pretenden incluso la superación del antropocentrismo que suele presidir buena parte de los enfoques que sobre estas cuestiones suelen realizarse para entrar en el terreno, jurídicamente espinoso, de la asignación de derechos a seres carentes de personalidad.*”.

<sup>67</sup> Bustamante Donas, J. Óp. Cit. Nota 22. En este punto Bustamante Donas cita expresamente las minorías étnicas o religiosas, así como la problemática constante y olvidada del tercer mundo como máxima expresión de la discriminación económica. Pero a ello debemos sumar la preocupación por el entorno natural, así como la nueva perspectiva y sus manifestaciones que parte del colectivo y su relación intersubjetiva, tanto a nivel global, como a nivel más particular, cuando hablamos de comunidades concretas. El autor lo define como “*el desarrollo del “diálogo Norte Sur”, el respecto y la conservación de la diversidad cultural, la protección del medio ambiente, la conservación del patrimonio cultural de la humanidad, etc*” ... .... “*La globalización económica, así como la ideológica y simbólica, la transición de la sociedad de información a la sociedad del conocimiento, la integración del mundo a*

importante carga de “*responsabilidad común*” que estos derechos conllevan (principalmente en los intentos de protección de nuestro entorno medioambiental) ya que ponen de relieve cuando se fija en su objetivo, no solo el amparo de las nuevas demandas surgidas en los últimos tiempos, sino la trascendencia de los bienes jurídicos protegidos de cara a su disfrute por las generaciones venideras<sup>68</sup>.

En este momento, resulta interesante la sistematización de las circunstancias que han propiciado el nacimiento de los nuevos derechos<sup>69</sup>, haciendo hincapié en una afirmación que a pesar de parecer accesorio, marca históricamente la propuesta sugerida. Me refiero a que “*Las circunstancias que dan nacimiento a los nuevos derechos son específicas del momento actual*”. Esto entronca con la ilación ya expuesta de la fuerte impregnación del carácter histórico en la génesis y desarrollo de los derechos de tercera generación y de la que no es ajena la clasificación propuesta por el autor. El orden propuesto viene a fundamentar en tres elementos la aparición de la nueva generación de derechos. Uno primero, recoge la degradación de las libertades que ha traído el uso de las nuevas tecnologías. Desarrollándose a su vez en varios aspectos en cuanto la pujanza del avance biotecnológico en los distintos campos que afectan a nuestros derechos. En concreto, se recoge la incidencia que ha tenido en nuestras relaciones con la naturaleza que han propiciado la aparición de los derechos ecológicos o del medio ambiente<sup>70</sup>. Los avances tecnológicos y su influencia en el campo de la genética, la mejora de la asistencia sanitaria y la prolongación de la esperanza de vida. En otro sector, pero del

---

*través de la extensión universal de los medios de comunicación de masas, así como los fenómenos de multiculturalismo provocado por los flujos migratorios.”.*

<sup>68</sup> Alemany Briz, J.M. “La Paz ¿Un Derecho Humano?”. Revista Aragonesa de Administración Pública, ISSN 1133-4797, Nº Extra 2, 1998, págs. 17-46. “Los derechos de la solidaridad no sólo no debilitan los derechos de generaciones anteriores, sino que deben ser contemplados como un prerrequisito para su ejercicio: la ausencia de paz o de desarrollo, el agotamiento de los recursos medioambientales o el secuestro del patrimonio común, impiden el ejercicio de los Derechos Humanos de estas y futuras generaciones”. <http://www.seipaz.org/documentos/AlemanyDHPaz.pdf>. Consulta. 30/05/2017.

<sup>69</sup> Estrada López, E. “*Los Derechos de Tercera Generación*”. Colaboración externa. Pódium Notarial. Número 34. Diciembre 2.006.

<sup>70</sup> Wing Solís, F. “*Algunos parámetros para la incorporación de los estándares del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en la tutela constitucional, legal y judicial del Derecho a un Ambiente Sano en Panamá*”. Cendoj. Órgano Judicial de la República de Panamá. Pág. 1. “*Durante décadas, los estándares internacionales de Derecho Ambiental y de Derechos Humanos (DDHH) han evolucionado en forma paralela. No obstante, la cada vez más evidente incidencia del daño ambiental sobre la dignidad de las personas ha hecho imperativa una mayor interacción entre ambas ramas del Derecho*”.



mismo ámbito, los avances en materia informática y telecomunicaciones y su influjo en la aplicación de los derechos como a la intimidad y a la información. Cierra este primer pilar en la aparición de la nueva generación de derechos dos ámbitos, uno es la preocupación por la paz a raíz de los adelantos armamentísticos y el otro, la seguridad socio laboral.

Un segundo elemento que ha propiciado las circunstancias necesarias para el debate sobre los nuevos derechos está definido desde un plano crítico. Se ha constatado por parte de la Doctrina la decepción que ha supuesto el incumplimiento por parte de los Estados en su responsabilidad de proteger las garantías de los diversos cuerpos legales. Esta formulación sintetiza lo que ya se ha manifestado anteriormente y es que la preocupación surgida ante la necesidad de unos nuevos Derechos Humanos viene, en gran medida por el desfase existente por la falta de respuesta de los actuales modelos estatales y, en bastante ocasiones, por la carencia de cobertura a las nuevas necesidades demandadas por la insuficiencia de los catálogos de Derechos Humanos, pero especialmente los derechos fundamentales<sup>71</sup> recogidos en los textos constitucionales que por lo general no dan respuesta a los actuales requerimientos ciudadanos.

Muy relacionado con lo anterior, se fija como tercer elemento que ha granjeado la aparición de los nuevos derechos la falta de garantía eficaz en los derechos económicos sociales y culturales, tanto a nivel interno como a nivel internacional.

De la relación de eventualidades constatada por Estrada López, me parece especialmente interesante la segunda y tercera. No es que la primera, referida sobre todo a los avances tecnológicos y su influjo modalizador en muchos de los ámbitos que

---

<sup>71</sup> Téngase en cuenta aquí, que me refiero a la noción de Derechos Fundamentales, en contraposición con la de Derechos Humanos, diferenciados por su nivel de positivación. Estando plasmados los Fundamentales en los textos constitucionales, y por conclusión, amparados por el sistema de cobertura legal y de vigilancia, control y aplicabilidad del Estado. Aunque la frontera entre ambas figuras a veces se difumina en cuanto su contenido axiológico. Alcantarilla Hidalgo cita a Ferrajoli en cuanto su definición de Derecho Fundamental para establecer que "*Frente a este escollo, Ferrajoli nos propone una definición teórica, puramente formal o estructural, de «derechos fundamentales»: son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» lo seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar*". (Alcantarilla Hidalgo, F.J. "Utopía y Derechos Humanos. Los Derechos del Hombre en la Sociedades Ideales". Dykinson. 2009. Pág. 278).

afectan a las personas no represente por sí sola una materia lo suficientemente estimulante para su estudio como motor impulsor de la nueva generación de derechos, pero sin rebajar su esencial aportación, entiendo que no es el único factor en la reacción desencadenante, sino que su impulso viene coordinado por un movimiento más integral, en el que se incluyen no sólo los avances tecnológicos, sino un gran número de cambios a nivel social en general y a nivel de algunos colectivos en particular, que son los que han propiciado que hoy se estén realizando intentos muy bien cimentados en aras a configurar una nueva generación de Derechos Humanos.

### **2.3.2 Experiencia a superar: La insuficiente tutela de los Derechos Humanos de Segunda Generación.**

Una de las deducciones que a raíz de la propuesta realizada por Estrada López se constituye como un elemento instigador al nacimiento de la nueva generación de derechos, es la constatación de la insuficiente respuesta estatal en la tutela de los Derechos económicos, sociales y culturales.

Coincido con el Autor plenamente en la trascendencia que ha tenido la necesidad de cubrir los nuevos ámbitos de protección, la inseguridad que ha propiciado su deficiente tutela de estos Derechos que ha conllevado que ni se tenga constancia de los mismos como verdaderos Derechos y que se configuren actualmente como meras directrices de rango constitucional pero que en modo alguno vienen a tener la consideración de verdaderos mandatos en cuanto su eficacia y garantías. Al hilo de esta consideración, en cuanto la falta de voluntad política en la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales como verdaderos derechos fundamentales, en la realidad española, sorprende su escasa traslación al ámbito interno, desde una perspectiva de efectividad y garantías ante su vulneración. Actualmente no son recogidos como Derechos Fundamentales<sup>72</sup>, sino como Derechos incidentales y periclitados a un segundo plano<sup>73</sup>,

---

<sup>72</sup> En palabras de G. Robles "Derechos Humanos, significa un conjunto de criterios morales, mientras que derechos fundamentales significa el conjunto de derechos subjetivos positivos en la norma fundamental". Mercedes Adanero y otros, "*Filosofía del Derecho*", 2016, pág. 101.

<sup>73</sup> Prieto Sanchis, L., "*Estudios sobre derechos fundamentales*". 1990. Madrid, Debate; Referencia de Espínola Orrego, Gilda en El derecho a una vivienda digna y adecuada en el ordenamiento jurídico español.

con una evidente indiferencia de los poderes públicos, sobre todo en aquellas situaciones donde se produce una vulneración de los mismos. “Mandatos de Optimización” los define Alexy<sup>74</sup>, poniendo acento en su carácter condicionado a que concurran las posibilidades reales y jurídicas para su plena efectividad.

A pesar del carácter “universal”, en referencia a los Derechos Humanos, por contra de los derechos fundamentales<sup>75</sup>, el Legislador ha optado por instrumentos de escasa efectividad y obviado cualquier plano de exigencia subjetiva con fuerza suficiente como para hacerlo efectivo ante un hipotético quebranto<sup>76</sup>. Llegado este punto y siendo una problemática que trasciende al objetivo del epígrafe, citar la reflexión de Pérez Luño, cuando considera que estos derechos incurren en una aparente contradicción, “paradoja fundamental”, lo define<sup>77</sup>. Se pregunta ¿cómo negar la condición de auténticos derechos a aquellos que han sido válidamente (positivados) en textos constitucionales? y al propio tiempo, ¿cómo se pueden considerar derechos positivos enunciados normativos que no son justiciables?. No es más que la constatación de lo ya indicado como la falta de garantías eficaces en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales y que es una realidad hipostasiada en nuestros ordenamientos jurídicos. La respuesta a los interrogantes vertidos podemos encontrarla en el avance en la nueva generación de derechos que puede venir determinada con una reformulación de los Derechos económicos, culturales y sociales que, aprovechando el impulso que pueda conllevar el estudio de las nuevas necesidades y su ínsita cobertura por nuevos derechos, se incluya igualmente un nuevo estatus jurídico para los Derechos económicos, sociales y

---

[http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/9143/TESIS\\_GildaEsp%C3%ADnolaOrrego.pdf?sequence=1](http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/9143/TESIS_GildaEsp%C3%ADnolaOrrego.pdf?sequence=1)

<sup>74</sup> Alexy, R. "Teoría de los derechos fundamentales". Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. Pág. 242.

<sup>75</sup> Alcantarilla Hidalgo, F.J. Óp. cit. Nota 8. Pág. 28. "Sin embargo, la diferencia que subyace entre la categoría de Derechos Humanos y la de derechos fundamentales es que la primera se basa, sin más, en la dignidad de la persona, en tanto que la segunda nos remite a la necesaria inclusión en el ordenamiento jurídico. La idea básica del hombre sujeto y no objeto, del ser humano que por el hecho de nacer es portador de derechos inalienables e inviolables, se sintetiza en el concepto de dignidad humana como valor consustancial a la persona".

<sup>76</sup> Pérez Luño, A.E. Op. cit. Nota 9. Págs. 217 y ss.

<sup>77</sup> *Ibidem*. Pág. 291.

culturales, o sus manifestaciones, ya sea desde su estructura clásica, o en una actualización al contexto actual<sup>78</sup>.

La contribución de Estrada López es una muestra de las variadas y numerosas propuestas que doctrinalmente se han ofrecido en el intento de especificar las condiciones en las que se ha originado la nueva generación de derechos y como tal ha de tomarse. He recogido la misma, por su aportación al debate desde una perspectiva importante, la de los condicionantes en el origen de la nueva generación de Derechos, en particular, la insuficiente protección que se ha dado a las anteriores generaciones, especialmente a la segunda generación. Y así es recogido por otros autores al hablar de los nuevos Derechos<sup>79</sup> y es que son fruto de estas nuevas amenazas para la convivencia social, constatando la ineficacia de los valores, principios y catálogos de Derechos Humanos que hasta ese momento habían cubierto su tutela.

Muy elocuentes son las palabras de Domínguez Scheid cuando denuncia la desigualdad en la escala de valores dependiendo del contexto geográfico en el que se debata sobre la cuestión y sobre todo del nivel desarrollo económico, social y político que sustente la aplicación efectiva de los Derechos Humanos<sup>80</sup>. No le falta razón al autor en éste

---

<sup>78</sup> Hernando Santiago, F. Óp. cit. Nota 62. *“Soy además consciente (pese a que la aparición de tres grandes brotes temporales sí se me antoja incuestionable) de la importante permeabilidad que concurre entre estas tres «generaciones». Es algo que sucede tanto entre los concretos derechos que forman parte de ellas como con las razones filosóficas que las dan fundamento. No faltan así ejemplos de derechos de última generación que no son sino matizaciones, especificaciones o concreciones de otros ya anteriormente reconocidos. En otros casos la colocación de esos derechos nuevos en el anaquel de una generación posterior puede tener como única causa justificativa una simple mutación de la perspectiva desde la que se enfocan”.*

<sup>79</sup> Arias A. Óp. cit. Nota 19. Pág. 106. *“Los Derechos Colectivos y su relación con las Acciones Populares”.* *“Así llegamos al tema que nos interesa que es esa gran tercera generación de los Derechos Humanos que se desarrollan sobre todo en los años 70. Los nuevos fenómenos que se presentan los podemos resumir en cuatro: 1) El problema de las armas, el problema de las guerras y el problema que después de la segunda guerra mundial por primera vez el hombre tiene la diabólica posibilidad de destruirse a sí mismo, con el surgimiento de las armas nucleares algo que no existía anteriormente. 2) Las guerras de liberación nacional, debido a la opresión existente en esos momentos, constituyó uno de los grandes obstáculos para la vigencia de los Derechos Humanos. 3) La persistencia y en determinados aspectos el agravamiento de los fenómenos de pobreza que se desarrollan en países del tercer mundo y que se acentúa en esa época con todas las teorías de la dependencia y de los modelos de desarrollo existente. 4) El problema del deterioro ambiental creciente, fenómenos que antes eran tangenciales se vuelven fenómenos cada vez más amenazantes y cada vez con mayor impacto.”*

<sup>80</sup> Domínguez Scheid, C. Óp. cit. Nota 24. Pág. 99. *“No parece del todo extraño que países ya desarrollados, con altos niveles de desarrollo democrático y de desarrollo humano, no estén*

sentido ya que como ya se expuso en líneas anteriores, uno de los grandes retos a los que se enfrenta la teoría práctica de los Derechos Humanos es alcanzar un grado de aplicación de los mismos que ofrezcan unas cuotas mínimas de satisfacción a nivel global. Paradigma, que hoy, tristemente no se ha logrado.

Uno de los elementos que pone de manifiesto esa acusada inoperatividad viene determinado por el sujeto pasivo al cual va dirigido el encargo de su tutela. Si los Derechos de primera y segunda generación tenían un claro protagonista en cuanto la responsabilidad de su custodia, ahora los nuevos Derechos, no solo exigen al Estado que vele por su cumplimiento, sino que además, es el propio Estado frente al que hay que dirigir la acción reivindicativa de los mismos, por estar entre sus cometidos realizar cuantas acciones estén en su mano para velar por su reconocimiento y protección. A ello, Rodríguez Palop, añade un nuevo ingrediente a la segunda generación de Derechos Humanos. No está inserto en su contenido esencial, sino en la finalidad que les acompaña, inspirada principalmente con un espíritu emancipador en cuanto el “establishment” político y económico (representado por el Estado del bienestar) y en el vuelco a la subordinación de los valores imperantes hasta ese momento. Ello les ha llevado a encontrarse con una contumaz “*falta de voluntad política*”. Circunstancia que en realidad ha venido acompañando todas y cada una de las conquistas sociales que se han materializado en una nueva generación de Derechos Humanos.

Los nuevos Derechos han de reivindicar su virtualidad autónoma frente a los Derechos anteriores, especialmente de los Derechos económicos, sociales y culturales, gracias a lo que Rodríguez Palop define como “*la exigencia de la solidaridad orgánica y mecánica, sincrónica y diacrónica*”, que se incrusta en el debate teórico de los Derechos Humanos, aportando una nueva dimensión desde el plano moral y que, con total acierto, entiende que para ello habrán de superar un gran número de obstáculos para introducirse dentro del catálogo de nuevos Derechos Humanos.

---

*preocupados de su formulación o reconocimiento, ya que las condiciones que se pretenden lograr con estos derechos gozan de plena vigencia en aquellas sociedades”.*

### 2.3.3 Respuesta internacional a las nuevas demandas sociales. Proyecto de Carta de Derechos Humanos Emergentes. (CDHE)

Lo cierto es que hacer un diagnóstico objetivo, claro y resolutivo sobre estas cuestiones engendra un desafío bastante intrincado por la ingente cantidad de variables que han de manejarse. De las propuestas que se han podido constatar, se pueden obtener ciertos consensos en algunos elementos. La gran mayoría de ellas vienen a coincidir en el contexto espacio-temporal en el que fijar el origen de la nueva generación, marcando el mismo a finales del siglo XX. Igualmente hay coincidencia en cuanto un núcleo común de factores que auparon su impulso en lo que a movimientos sociales refiere, elemento democrático, protección ante las nuevas realidades generadas por los avances tecnológicos, aparición de nuevos valores (medio ambiente, paz, desarrollo, buen vivir...) y el desafío de ampliar el ámbito material y subjetivo de los Derechos Humanos. Especialmente este último, en relación con la aparición de nuevos “*sujetos potenciales*” a la titularidad, no tiene un enclave claro en la actual Teoría de los Derechos Humanos, como es el caso de colectivos, grupos o pueblos. Junto a las bases expuestas, componentes de ese “*núcleo duro*” del debate doctrinal que rodea la nueva generación de Derechos Humanos, se adicionan otros elementos de condición más variable dependiendo de la perspectiva que se quiera dar o el grado de profundización al que se someta cada una de los fundamentos anteriores<sup>81</sup>.

Estas inquietudes empiezan a verse reflejadas en nuevos textos internacionales, en los que se va recogiendo y perfilando esta nueva estructura axiológica que responde, en palabras del profesor Pérez Luño, a “*nuevos compromisos, necesidades y nuevos derechos*”. Uno de esos textos es el Proyecto de Carta de Derechos Humanos Emergentes<sup>82</sup>, es un texto que surgió dentro del proceso de discusión celebrado en el Foro Universal de las Culturas de Barcelona en 2.004 y que tuvo como título “Derechos Humanos, Necesidades Emergentes y Nuevos Compromisos”. Se trata de la constatación escrita de la respuesta de la sociedad civil ante las nuevas demandas que

---

<sup>81</sup> En este punto hay autores que centraliza el origen de los nuevos derechos casi exclusivamente en las consecuencias que los avances tecnológicos está teniendo en los distintos ámbitos de nuestra vida (participación democrática, biotecnología, comunicaciones, flujo de información etc.).

<sup>82</sup> La Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes (DUDHE). Barcelona 2.004. <http://world-governance.org/index.php?q=/node/635>. Consulta 25/05/2017.

los últimos acontecimientos acaecidos globalmente ha provocado y que en cierto modo han venido a convulsionar la estructura clásica de los Derechos Humanos, obligándoles a reacondicionarse para dar una respuesta a las nuevas demandas ciudadanas<sup>83</sup>.

Estella Pareja extrae una interesante reflexión de esa iniciativa y viene a aportarnos una nueva vía de pensamiento sobre el papel de los nuevos derechos. Considera que la CDHE se basa en el convencimiento de que la humanidad es una “comunidad política” con el derecho de asumir su destino desde un plano común<sup>84</sup>, que implica una nueva concepción del modelo de participación ciudadana del que hasta este momento se había ejercido y que configura a los nuevos derechos como “*derechos ciudadanos*”, en contra del modelo preestablecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que su juicio, nació “*bajo una lógica estatal del sistema internacional*”.

A su juicio, el principal, o uno de los más importantes catalizadores de todo ello ha sido básicamente el fenómeno de la “globalización”<sup>85</sup>. El propio proyecto de CDHE<sup>86</sup> nos habla de unos condicionantes<sup>87</sup>, indicando como tales las representaciones ideológicas mezcladas con fanatismos religiosos, los avances tecnológicos no controlados, armas cada vez más peligrosas e indiscriminadas que amenazan el medio ambiente y la diversidad biológica, las intervenciones sobre el ser humano, y la manipulación de las libertades, así como a los nuevos contextos y mundialización de la economía, las grandes alteraciones. Estamos, en definitiva, ante una nueva dinámica transformadora, a

---

<sup>83</sup> Pérez Luño, A.E., op. cit. Nota 9. Pág. 24. “*Es necesario aludir, como muestra del interés de la sociedad civil global por la proclamación de nuevos derechos que respondan a las exigencias del mundo actual, al Proyecto de Carta de Derechos Humanos Emergentes, elaborado en el Forum Universal de las Culturas que tuvo lugar en Barcelona en el año 2004. En la primera parte de dicho documento, al establecer su marco general, se afirma que: “Esta Carta comprende una nueva concepción de la participación ciudadana y concibe los derechos emergentes como derechos ciudadanos. Se trata de superar el déficit político y la impotencia entre los cambios deseados y las precarias condiciones actuales para su realización”.*

<sup>84</sup> Estella Pareja. “*La Carta de Derechos Humanos Emergentes: Una respuesta de la Sociedad Civil a los retos del Siglo XXI*”. <http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Pareja.pdf>. Consulta. 25/05/2017.

<sup>85</sup> *Ibidem*, ofreciendo una definición de la misma como “un proceso (o conjunto de procesos) que expresa la transformación de la organización espacial de las relaciones sociales y transacciones – determinado en términos de extensión, intensidad, velocidad e impacto – generando flujos transcontinentales o interregionales y redes de actividad, interacción y de ejercicio del poder”.

<sup>86</sup> Proyecto Carta de Derechos Humanos Emergentes. Pag. 2, 3 y 4. <http://catedraunescodh.unam.mx/catedra/catedradh2007/SeminariosCatedra/Documentos/CartaDerechosEmergentesDH.pdf> Consulta 25/05/2017

<sup>87</sup> Que define como “peligros”.

nivel general, que viene reorganizando las bases de la convivencia social, económica y política y de la que no puede permanecer aislada la Teoría General de los Derechos Humanos.

El enemigo exterior se ha “volatilizado”, según Jesús Ballesteros, ya que es nuestro propio estilo de vida el que se ha convertido en la principal fuente de amenazas a nuestra propia existencia. La aparición de esta nueva generación de derechos, invierte los postulados del reconocimiento de los Derechos Humanos y centra su objetivo en la “*administración responsable*” frente a los valores tan individuales y mercantilistas como la exclusividad y la libre disposición<sup>88</sup>. Con bastante perspicacia, Ballesteros lleva al terreno de la irracionalidad social el devenir de la actual dinámica mundial en la que la jerarquía real de valores está poniendo en peligro la propia existencia y no solo en el ámbito exclusivamente material. Lo interesante de su disquisición es que ni por mero egoísmo podemos justificar, y mucho menos permanecer impasibles ante esta autodestrucción controlada. Resulta cuanto poco llamativa su extrapolación del actual contexto de nacimiento de una nueva generación de Derechos, a la rebelión contra la desigualdad social que imperaba en la Edad Media, estableciendo su punto de conexión en la lucha que, en ambos periodos, se realiza contra los privilegios<sup>89</sup>. Tan arriesgado símil, puede tener cierto sustento desde la perspectiva de que buena parte de los Derechos que se impulsan en esta nueva generación conllevan una catarsis de las relaciones sociales en general (no solo las económicas), consideradas injustas desde el abuso que representa la explotación sin control de los recursos naturales, la primacía de los intereses políticos frente a la paz global, la marginación internacional de países o la discriminación interna de colectivos, en definitiva, la búsqueda de una nueva moral<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> Ballesteros Llompart, J. “*Derecho Humano al Medio Ambiente*”. Cuadernos de bioética, Vol. 11, Nº 42, 2000, págs. 184-199. “*Por todo ello, los derechos de la tercera Generación vuelven a poner en primer lugar la nota de la inalienabilidad, al colocar bajo sospecha las notas de la exclusividad y de la libre disposición, sustituyéndolas por la de la administración responsable. Se trata de evitar daños irreversibles, de carácter colectivo, que podrían suponer el suicidio de la especie, y de ahí su inalienabilidad, porque no existe el derecho al suicidio colectivo*”.

<sup>89</sup> *Ibidem*, “*La defensa de los derechos de la tercera generación se conecta con el problema de los intereses difusos, los derechos de acción, tal como señalan entre otros, Prouss, Beck, Unger, o Reich, los cuales argumentan que se trata de un proceso semejante al de la lucha contra los privilegios en la Edad Media, el que ahora debe dirigirse contra los derechos subjetivos de las multinacionales y de los inversores*”.

<sup>90</sup> Rodríguez Palop, M.E., Nota 26. Pág. 85. “*Dejar constancia de que, desde la posición que ve en los nuevos derechos “de la solidaridad” se exigen transformaciones de gran entidad que no están orientadas*



### 2.3.4 CDHE y la actualización axiológica.

Como primera consecuencia podemos encontrar, y así se recoge en el proyecto de CDHE, la plasmación de unos nuevos valores inspiradores, que sirven de referencia para el desarrollo metodológico de su configuración ontológica y legal. Mientras que la modernidad se fraguó inspirada en los valores de la libertad, la igualdad y la fraternidad, en los últimos años del siglo XX a la actualidad, se demanda una nueva doctrina axiológica que permita el avance y mejora en su reconocimiento y tutela. Los valores no son estáticos<sup>91</sup>. Con esta rotundidad y convencimiento el proyecto de CDHE avala su aspiración de definir un nuevo marco general para el progresivo reconocimiento de unos nuevos derechos. Amplía la información que se pretende transmitir, admitiendo que la semántica lingüística de las palabras no queda condicionada un significado incólume e invariable, sino que los valores que representan estos términos van adquiriendo nuevos matices de acuerdo a la realidad que subyace sincrónicamente en cada época. La libertad que se defendían por los revolucionarios en las pugnas de la burguesía contra el “establishment” imperante en ese momento histórico, se revela hoy con otro catálogo de referencias que debe, igualmente, ser recogida por las declaraciones de Derechos. Es evidente, que la libertad individual y colectiva hoy recibe agresiones que no se percibían a finales del siglo XVII, y que esos “nuevos peligros” deben recibir una respuesta contundente, efectiva y consumada en pro de la tutela de los espacios personales y colectivos en los que se desarrolla la vida y la convivencia de las personas.

El valor dignidad, uno de los referentes en todo el universo de protección en el universo teórico de los Derechos Humanos, hoy cobra una especial perspectiva. Si bien, en los Derechos Humanos plasmados en los textos constitucionales y tratados internacionales el valor de la dignidad ha girado principalmente sobre el concepto individualidad y su esfera más próxima, actualmente dicho valor está viendo incrementando el espacio que

---

*sólo al sistema económico o político, sino también y sobre todo, al ámbito moral (abogando por una ética de la responsabilidad) y al estrictamente jurídico”.*

<sup>91</sup> CDHE, Óp. cit. Nota 85. Pág. 5.

ocupa al empezar a cuestionarse que el reconocimiento a un estatus de mínimo respeto mutuo pueda aplicarse también a los grupos y colectivos de personas<sup>92</sup>. Especialmente a aquellos que se encuentren en situación especial de vulnerabilidad o inferioridad frente a la mayoría (el proyecto de CDHE<sup>93</sup> en este punto habla de las minorías nacionales y de los pueblos indígenas).

La CDHE hace un recorrido sistemático sobre los valores, principios y nuevos derechos que a su juicio vienen a sumarse a los ya existentes en el inventario de Derechos Humanos y que se postula como fiel fotografía de las, generalmente aceptadas, nuevas necesidades sociales que demandan cobertura.

A continuación se analizan brevemente algunas de sus propuestas. Manteniendo la propia sistemática del documento, iniciamos nuestro recorrido con el apartado de “valores”, destacando algunas perspectivas interesantes y/o novedosas.

El valor vida, otro de los valores básico e inspiradores de muchos de los Derechos Humanos, reflejado por un ejercicio de abstracción, toma un sentido especial cuando hoy día se están produciendo amenazas a su tutela de forma constante y variada, que subvierten su finalidad, como con el desarrollo armamentístico hacia instrumentos de aniquilación masiva e inhumana, obviando su protección en países del mundo donde las personas no tengan el mínimo para el sustento básico o que exista la pena de muerte en sistemas punitivos que lo compatibilizan con exacerbadas manifestaciones de respeto y tutela a la vida humana en un mismo texto constitucional. Frente a estas señales que ponen en jaque la protección del valor vida en su vertiente más ortodoxa, paralelamente la sociedad contemporánea valora cada vez más no solo el espacio más cercano de desenvolvimiento de su vida diaria, sino el entorno medioambiental, ya sea urbano o rural, como parte integrante del mismo valor “vida” y que sin duda repercute en la denominada “calidad de vida”, que está cobrando una merecida trascendencia en el panorama de desarrollo de los nuevos Derechos Humanos, incluso ayudando, en cierto

---

<sup>92</sup>Christoph Menken y Arnd Pullman .Óp.cit. Nota 30. Pág. 129. *“Ahora bien, ¿cuál puede ser el objeto de una tercera generación de Derechos Humanos?. Con la expansión masiva y global de la industrialización capitalista como muy tarde a partir de la segunda mitad del siglo XX, según Vasak se han hecho fuertes cada más las exigencias por “derechos de grupos” o “derechos colectivos.”*

<sup>93</sup> CDHE, Óp. cit. Nota 86. Pág. 6.

modo, a conseguir un equilibrio entre los propios derechos<sup>94</sup>. En definitiva, el valor vida viene a contextualizarse en diferentes escenarios surgidos al hilo de los cambios económicos, sociales y políticos y pone en la necesidad de dotarle de nuevos mecanismos de protección que pueda hacer frente a estas incipientes intimidaciones, cuando no verdaderas agresiones, a su integridad.

El valor igualdad, íntimamente ligado con el valor libertad, cobra un especial significado cuando hacemos esa mutación ya meritada en cuanto al sujeto de referencia y en vez de amoldarse su aplicación al ámbito subjetivo personal, tomamos como encuadre para su desarrollo el colectivo. En este punto, surgen actualizadas necesidades que conllevan nuevos compromisos y a los que los nuevos derechos, con valores adaptados para cubrir este nuevo espectro, han de dar respuesta. La gama de asignación de efectos es amplia, si tenemos en cuenta, poniéndolo en relación con lo indicado para el valor dignidad, que colectivamente las situaciones a las que debemos hacer frente tienen una constante, y es la certificación de un trato desigualitario o discriminatorio, por lo que en este supuesto, la igualdad requiere de una manifestación activa y no meramente formalista<sup>95</sup>.

El valor solidaridad<sup>96</sup> es el paradigma sobre el que se asienta la nueva hornada de Derechos. El hecho de que se haya optado por la Solidaridad como principio inspirador remarca la voluntad de primar la relación intersubjetiva sobre la reafirmación del individualismo. En este punto, considero una lúcida reflexión la que nos aporta De

---

<sup>94</sup> Ballesteros Llompart, J. Óp. cit. Nota 88. *“Los derechos de la tercera generación, en cuanto establecen el sentido del límite del obrar humano, en especial la frugalidad en la utilización de los recursos, pueden eliminar las tensiones entre los derechos de la primera (que reducen la presencia del Estado) y de la segunda generación (que amplían la presencia del Estado)”*.

<sup>95</sup> CDHE Óp. cit. Nota 86. Pág. 7 *“Se trata de señalar aquellos grupos o pueblos que históricamente han sufrido más discriminaciones y actuar positivamente a su favor”*.

<sup>96</sup> Rodríguez Palop, M.E Óp. cit. Nota 26. Pág. 429. *“Considerando que los derechos de cuarta generación ponen de manifiesto la existencia de riesgos y problemas de carácter planetario, se orientan a la protección de intereses colectivos y a la satisfacción de necesidades generalizables y su consagración jurídico-política requiere una estrategia democratizadora, tanto en el interior de los Estados como en el ámbito internacional, no es de extrañar que se haya señalado a la solidaridad como el valor fundamental al que quieren dar respuesta. De hecho, desde los nuevos derecho se apela a la actitud solidaria como la única posible y como la más razonable para afrontar los riesgos comunes en el seno de un mundo globalización.”*.

Castro Cid, que por su interés reproduzco literalmente<sup>97</sup> “*En segundo lugar, y aun cuando fuera así, la propia idea de que todo derecho humano debe poder adscribirse a un sujeto individual ha de ser considerada más como un residuo inevitable de la forma de pensamiento occidental que como un aserto de validez universal.*” Alemany Briz<sup>98</sup> realza que los nuevos derechos, al trasladar el centro de gravedad de su ámbito subjetivo del sujeto a la comunidad conllevan un cambio implícito de su propia sustantividad, ampliando su concepto. A modo de reflexión lanza el juicio de lo positivo de esta aportación a la teoría de los Derechos Humanos, y aquí viene lo importante, por estar “*lastrada de individualismo y eurocéntrica*”. Como bien dice, “*Quizá ha llegado el momento de apuntar a una mejor integración de la dialéctica individuo/comunidad y derecho/deber*”. De este modo, cualquier expresión de actuación social por medio de los instrumentos de canalización de la misma (especialmente los movimientos sociales) cobra una especial trascendencia siempre que la misma esté influenciada en todas sus exteriorizaciones por el valor solidaridad, frente a valores que hasta este momento habían marcado las directrices más individualistas como la libertad y la igualdad o habían servido como criterio de actuación para los poderes públicos, como la equidad<sup>99</sup>.

En al apartado de los principios que han surgido a raíz de los valores ya indicados, el propio proyecto de CDHE viene a determinar nueve principios<sup>100</sup> entre los que podemos destacar el Principio de coherencia que viene a remarcar el carácter de interconexión existente entre los Derechos Humanos, desde un enfoque “holístico”. Cobra especial trascendencia este principio por la perspectiva que la propia Carta le intenta hacer valer, al desmarcarse de un enfoque historicista y optando por una vertiente más universalista y atemporal, apostatando de la Teoría generacional de los Derechos Humanos<sup>101</sup>.

---

<sup>97</sup> De Castro Cid, B. “*Introducción al estudio de los Derechos Humanos*”. Editorial Universitat. 2003. Pág. 312.

<sup>98</sup> Alemany Briz, J.M. Óp. cit. Nota 68. Pág. 4.

<sup>99</sup> *Ibidem*, “*El hecho de que en el origen de la tradición occidental de los Derechos Humanos esté la reivindicación de la dignidad de toda persona frente a los abusos del Estado o de la autoridad real, no justifica hoy olvidar los deberes hacia la comunidad para hacer posible esos mismos derechos en los demás. Los derechos llamados de la solidaridad, precisamente porque sólo en base a ella es posible su ejercicio, podrían ayudar a una mejor integración de la dialéctica persona/comunidad y derecho/deber en la teoría de los Derechos Humanos*”.

<sup>100</sup> CDHE, Óp. Cit. Nota 86. Pág. 9.

<sup>101</sup> Estella Pareja. Óp. cit. Nota 84. Pág. 13. “*De esta manera, la CDHE abandona la clásica división de los Derechos Humanos en generaciones y aboga por una concepción unitaria y no jerarquizada*”.

Otro de los Principios que entendemos merece recalcar es el Principio de promoción de la multiculturalidad. El proyecto de CDHE viene a fijar en un mismo plano los derechos individuales y los derechos colectivos, intentando superar el debate sobre ambas categorías y como primera consecuencia, y así lo recoge expresamente “*reconoce tanto al individuo como a los pueblos como sujetos colectivos de derechos*”. En opinión de los promotores, ha llegado el tiempo de superar la eterna dicotomía entre los derechos individuales y los derechos sociales y el inherente debate sobre la titularidad de los mismos, zanjando la cuestión con una afirmación categórica “*Todos los Derechos Humanos son individuales y todos tiene a la vez una dimensión colectiva*”.

Aunque el tema de la titularidad de los Derechos Humanos de tercera generación será objeto de tratamiento en epígrafe independiente, lo cierto es que en este punto podemos reconocer, en un encomiable acto voluntarista, que el CDHE se desmarca de una visión autoexcluyente en lo que a la titularidad concierne y dota a los nuevos Derechos de un estatus jurídico equiparable a los Derechos de marcado carácter individualista. Es un acto de plausible utilidad, entendida como un intento de superación y avance en el progreso del reconocimiento de los nuevos derechos, aplicando cierta perspectiva teleológica que a veces, sin caer en un utilitarismo interesado, sí que ofrece una mejor perspectiva o al menos más práctica. Evidentemente, esta pretensión debe tomarse con mesura desde la amenaza que supone alcanzar fines con frágiles sustentos que puedan conllevar un ejercicio continuo de revisionismo, corriendo el riesgo de que su consagración quede en el intento.

La última parte del proyecto de CDHE, está dedicado a la llamada “Carta de Derechos Emergentes”. El objetivo de la Carta es recoger aquellos derechos que ya han sido consagrados por la Declaración y Pactos Internacionales de Derechos, pero sobre todo, y a los fines que nos interesa poner en valor, la Carta reconoce una serie de nuevos derechos que, por el momento, no han sido recogidos en textos internacionales precedentes. Lo importante de este punto, es el impulso que recibe el reconocimiento de estos nuevos Derechos y que viene a consolidar el movimiento por la mejora y reconocimiento de los Derechos a nivel individual, pero sobre todo, como avance en la

tutela de los Derechos colectivos<sup>102</sup>, todo ello, como un claro indicio de salud democrática y de vigorización de la participación de los ciudadanos en la gestión de lo público.

Recogidos en seis títulos la Carta alberga un amplio número de nuevos Derechos (al menos en su perspectiva actual), de los que podemos destacar los siguientes.

En el título segundo “*Derecho a la Democracia Plural*”. Se promueve dentro del “*Derecho a la Democracia Plural*”, el “*Derecho a la Pluriculturalidad*” que viene a garantizar del derecho al respeto mutuo entre personas y grupos distintos, con independencia de su lengua, religión o cultura. Otra manifestación de esa “democracia plural”, es el “*derecho individual a la libertad cultural*” que protege el derecho a “*conocer, vivir, preservar y desarrollar*” la propia identidad cultural. Otro de los derechos que viene a introducir la CDHE es el “*Derecho de los pueblos indígenas y las personas que los integran a medidas especiales de reconocimiento de sus características distintivas para que se beneficien plenamente de sus recursos culturales, intelectuales y naturales*”. Este Derecho merece nuestra especial atención, ya que representa uno de los pilares básicos del presente trabajo en cuanto que viene a condensar su esencia al ofrecerse como un faro guía, positivado internacional y constitucionalmente, como máxima expresión de la voluntad de respeto a la identidad diferenciada y dentro de un marco de convivencia intercultural que ofrece una inestimable vía biunívoca de avance en la consecución de mejores estándares de calidad de vida. Ya que habrá oportunidad de desarrollar su análisis, realzar en éste punto que la CDHE ya lo plasma como un desiderátum funcionalista imponiendo el reto de dotarle de estructura y efectividad.

En general, el texto muestra una especial sensibilidad (entre otros méritos) con el respeto a la diversidad humana, desde un plano de colectividad, ya sea por un criterio diferenciador cultural o ya sea porque a ello, o de forma independiente, viene a constatar una situación de especial vulnerabilidad e indefensión por esos grupos por sus

---

<sup>102</sup> *Ibidem*, “En los inicios de este siglo XXI parece demostrada la necesidad de profundización de nuestros sistemas democráticos haciendo incidencia en la mejora de su calidad y en la garantía de sus preceptos”.

entornos mayoritarios. Esto viene a ser un representativo reflejo del sentimiento que se percibe entre una parte importante de la doctrina y de algunos portavoces estatales de que por vía de los Derechos de tercera generación puede llegarse a dotar de un estatus jurídico-legal a los grupos o colectivos de personas que se configuran con una identidad cultural, política, territorial y/o lingüística, diferenciada y que así lo sienten, reconociendo su configuración diferenciada y promoviendo la misma desde un plano de compatibilidad e interculturalidad.

Que se haya recogido de forma específica esta expresión de la libre determinación, es esperanzadora, ya que contribuye a que vaya tomando cuerpo conforme se avanza en la composición de los distintos elementos necesarios para su completa formulación como Derecho Humano. No es un aserto voluntarista, sino que día a día, se puede comprobar que gran número de textos internacionales y constituciones<sup>103</sup> recogen, con diversas fórmulas y con distintos grados de efectividad y garantías, derechos que podemos incluir sin género de dudas en la nueva generación de Derechos Humanos y ello abre un horizonte en el que, no sin esfuerzo<sup>104</sup>, se motiva a su reflexión, estudio y consolidación. Con ello, no podemos asumir que hemos llegado a un punto de fortalecimiento que solo permita el perfeccionamiento de las aristas, porque esta autocomplacencia no ayuda en la tarea, aún pendiente, de asentar la estructura axiológica, su definición ontológica y su estatus jurídico<sup>105</sup>. Actualmente, es difícil

---

<sup>103</sup> Buena prueba de ello en el ámbito latinoamericano son expresión los textos internacionales de protección a la población indígena y las Constituciones que integran el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

<sup>104</sup> Pérez Luño, A.E. Óp. cit. Nota 9. Pág. 34.- *"los nuevos Derechos Humanos se hallan aunados entre sí por su incidencia universal en la vida de todos los hombres y exigen para su realización la comunidad de esfuerzos y responsabilidades a escala planetaria. Sólo mediante un espíritu solidario de "sinergia", es decir, de cooperación y sacrificio voluntario y altruista de los intereses egoístas será posible satisfacer plenamente las necesidades y aspiraciones globales comunes relativas a la paz, a la calidad de vida o a la libertad informática"*.

<sup>105</sup> Alcantarilla Hidalgo, F.J. Óp. cit. Nota 7. Pág. 58. *"Debemos comenzar este epígrafe dando cuenta de la existencia de ciertas críticas contra el concepto de "generaciones de derechos". Así Hernando Santiago, tras señalar que este concepto no es siempre aceptado por la doctrina ni por el Tribunal Constitucional, centra su crítica en el hecho de que no faltan ejemplos de derechos de tercera generación que no son sino matizaciones o concreciones de otros ya anteriormente reconocidos, productos alumbrados por simples mutaciones de la perspectiva desde la que se enfocan o el simple resultado de una superior capacidad de gasto público para subvenir nuevas necesidades. Sin embargo, termina por reconocer que "la existencia de estos tres grandes movimientos de surgencia de derechos en el tiempo se me antojan incuestionables, y por ello, con todos los matices ya indicados, creo autorizado referirnos a tres (o cuatro) generaciones de derechos."*

aceptar que los Derechos de tercera generación, por lo general, puedan ser ejercitables por los particulares ante nuestros Tribunales de Justicia<sup>106</sup>, pero lo cierto es que cada vez más se le está dotando de una concreción legal que implica su asunción como verdaderos derechos y que sin duda supone un gran paso en su reconocimiento y efectivo servicio.

### **2.3.5 El proceso necesario de consolidación teórica.**

A pesar de este inicio esperanzador, las dificultades son reales y requieren una respuesta que permita avanzar en la consolidación de la nueva generación de Derechos. El reto al que se enfrenta la Teoría de los Derechos Humanos con la configuración de los nuevos Derechos no es trivial y de su inconcuso soporte teórico depende en gran parte el éxito hacia su reconocimiento y positivación. Por contra, la endeblez de su sistema sustentador abocaría a un estado de eterno debate doctrinal y sin que pudiera superarse la etapa de pre-configuración, conllevando con toda probabilidad a la proclama de “non nata” de esta nueva generación de los Derechos Humanos.

Entre las cuestiones que están suscitando más debate está la de la propia denominación, junto la configuración de un estatus jurídico sólido de su ámbito subjetivo, el propio listado de derechos incluido, la complementariedad con el modelo de Estado y, lógicamente, no faltan las críticas que son inherentes al propio proyecto de afianzar una nueva generación de Derechos. Sobre algunas de estas cuestiones, realizaremos una breve exposición a continuación, o serán tratados en epígrafe separado por su mayor relieve.

---

<sup>106</sup> Hernando Santiago, F. Óp. cit. Nota 62. *“Para que el Tribunal Constitucional llegue a emitir un pronunciamiento sobre estos nuevos derechos lo primero que ha de suceder es que hayan merecido la oportuna recepción en el texto constitucional o, cuando menos, en el llamado «bloqueo de constitucionalidad». Luego además, naturalmente, tiene que haber transcurrido un tiempo prudencial para que se hayan podido suscitar conflictos con respecto a todos ellos y que esos mismos conflictos hayan accedido al amparo tras agotar la vía judicial ordinaria. En el supuesto de buena parte de los nuevos derechos alguna de las premisas citadas aún no han concurrido. Pero la verdad, nada de ello podrá decirse con relación a las dos anteriores generaciones con lo que conviene aceptar que partimos de eso de lo que ya he dejado cumplida constancia: la falta de generalización en la aceptación de la calificación de «generaciones de derechos».*



Un primer tema estriba en la dificultad de consensuar una denominación. Uno de los retos que hay que superar en la configuración de esta nueva generación de derechos es el de su nomenclatura. Si bien será objeto de un epígrafe independiente, en este punto de exposición general no podemos obviar una de las cuestiones, que sin perjuicio de que realmente no tenga una trascendencia material excesivamente relevante, sí que puede convertirse en un escollo que impida su cristalización. Es cierto que en ese, todavía largo y reflexivo periodo en el que deben ir decantándose las distintas teorías en cuanto la perfilación de las diferentes estructuras jurídicas que configuran los nuevos Derechos, son muchas las cuestiones a las que deben enfrentarse pero si hay una, que metodológicamente conviene zanjar por mera salud del propio proceso, es la aceptación general de una denominación que permita referenciar la nueva catalogación de Derechos Humanos sin que queden resquicios de cuestionamiento en cuanto su correcta calificación. Siendo consciente que es inherente a la convivencia teórico-jurídica un estado de cuestionamiento de cuantas instituciones puedan despertar el interés doctrinal, y más en el presente caso de una nueva generación de Derechos Humanos en ciernes, en este concreto apartado, sí que sería recomendable que hubiera cierto consenso en la designación de la nueva generación, por lo emblemático de la cuestión, aunque, en todo caso, no deja de ser una muestra representativa del aliciente intelectual que ofrece la nueva categoría jurídica, hasta el mero hecho de que se abra un mundo especulativo desde la propia denominación.

Siendo esta una limitada exposición de plano general e ilustrativa y como ya he referenciado será objeto de desarrollo en un apartado de manera exclusiva, si quiero adelantar la que me parece una pertinente opción, a la que me sumo, aunque sea por un criterio de mero pragmatismo. Me refiero a la elección tomada por Pérez Luño en cuanto la denominación, optando por zanjar la polémica y agrupando a estos nuevos Derechos en la denominada tercera generación con todos los pronunciamientos inherentes a ello en cuanto al modelo de estado y su génesis histórica. En su análisis, fotografía todo el elenco de nomenclaturas para finalmente seleccionar la que a su juicio es la más apropiada, la denominación de Derechos de tercera generación. Descarta avanzar generacionalmente (por una cuarta o posteriores) en la configuración de los

nuevos derechos sin que previamente se encuentre “resuelta la problemática”<sup>107</sup> de los Derechos de tercera generación. Igualmente desestima las denominaciones de “derechos de la solidaridad”, “derechos del pueblo” o “derechos de la era tecnológica”, ya que en todos los casos, confunden el concepto de derechos con su “marco ambiental” o con su valor de referencia. En palabras de Pérez Luño, de lo que se trata es de *“analizar los nuevos cauces jurídicos a través de los cuales la teoría de las libertades da respuesta a la circunstancia que contextualiza su titularidad, formas de ejercicio y sistema de garantías”*.

Otro de los debates que ha surgido, si bien con menos carga controvertida, es el de la formulación del modelo estado que acompaña el nacimiento de los Derechos Humanos de tercera generación. Paralelamente a la construcción teórica sobre la nueva generación de Derechos Humanos, y a la Teoría Generacional en general, se suma una cuestión centrada en el modelo de estado en el que se ha desarrollado cada una de las generaciones reconocidas hasta el momento<sup>108</sup>. En línea con Pérez Luño se puede afirmar que mayoritariamente se acepta al modelo de Estado Constitucional como el que se viene desarrollando todo el proceso evolutivo de la nueva generación de Derechos Humanos<sup>109</sup>. Si los derechos de primera generación se engendraron en una primera fase de Estado, el liberal, donde los Derechos civiles y políticos (de primera generación) se erigieron como verdaderas conquistas sociales en el objetivo de dotar al individuo de una esfera personal de protección frente a las injerencias del Estado, los Derechos económicos, sociales y culturales (de segunda generación), se desarrollan en el contexto del Estado Social, ampliando el ámbito de tutela más allá de las fronteras estrictamente personales y englobando la custodia de la expresión de derechos en las relaciones intersubjetivas.

---

<sup>107</sup> Pérez Luño, A.E., Op. Cit. Nota 9. Pág. 18. *“En otros términos, estas denominaciones evocan una cierta ingenuidad o ligereza intelectual, al dar por resuelta la problemática de los derechos de la tercera generación abogar por otras generaciones sucesivas, cuyo status teórico constituye una nebulosa”*.

<sup>108</sup> Ibidem, pag. 75.- *“a las tres generaciones de estado de derecho corresponden, por tanto, tres generaciones de derechos fundamentales. (estado liberal, social y el constitucional)”*.

<sup>109</sup> Álvarez-Cienfuegos Fidalgo J, Óp. cit. Nota 37. Pág. 14. *“A su vez, el Estado constitucional sería el marco institucional adecuado para llevar a cabo esta política de derechos.”*

En lo referente a los Derechos de tercera generación, se nos ha presentado un ámbito material muy extenso, recogiendo propuestas que van desde la conservación del entorno natural en todas sus manifestaciones, así como la protección de los colectivos más desprotegidos, valores de alcance mundial (paz, desarrollo, calidad de vida) y todas las exteriorizaciones del desarrollo tecnológico con influencia en la axiología de los Derechos Humanos. Su reconocimiento y desarrollo se ha incardinado dentro del Estado Constitucional como el marco más propicio para que pueda desplegarse las distintas etapas en su progreso. La primacía de la ley que distinguió el Estado Liberal como instrumento para representar el acuerdo de constitución del mismo donde se le definía como garante o guardián de las libertades públicas, pasó en el Estado Social, a una configuración de Estado en el que se le exigía mayor intervención a fin de paliar las desigualdades constatadas que el liberalismo había disfrazó con el halo de la igualdad<sup>110</sup>. Un mero espejismo que necesitó de las medidas estatales para amortiguar la evidente discriminación que subyacía bajo la apariencia de igualdad en el acceso a las oportunidades. Con todo, no ha resultado lo suficientemente afianzador de los valores constitucionales y se ha tenido que producir en el proceso de avance, lo que Cienfuegos califica “desplazamiento”<sup>111</sup> por parte de la Constitución a la Ley, si bien el autor amplía la información orientándolo hacia el surgimiento de nuevas fuentes materiales de normas, dando lugar a un pluralismo jurídico y a una superabundancia normativa que ha

---

<sup>110</sup>Melo de Moraes Rego, N. “La contribución del Poder Judicial a la protección de los Derechos Humanos de la Tercera Generación; Especial referencia al Derecho al desarrollo. 2014. Ediciones Universidad de Salamanca. pag. 26. “Creo que es oportuna una explicación de por qué las agencias internacionales se han preocupado tanto del Derecho y del funcionamiento del sistema lego-judicial en la década de 1980 y 90, ya que siempre se han preocupado más de lo que decían los economistas que de las afirmaciones de los juristas. Y la respuesta, una vez más, la ofrece David Trubeck: “Solo cuando los economistas, en particular los economistas de la Banca Mundial, decidieron que el Derecho era importante comenzó todo”.

<sup>111</sup> Ibidem, “Hay un recorte normativo supraestatal, legislación, tribunales y tratados internacionales, y un recorte normativo infra estatal, competencias legislativas regionales, de determinados grupos sociales y de gran especialización, que dan paso de un ordenamiento jurídico jerarquizado a un pluralismo jurídico. Respecto al segundo de los desplazamientos, se constata que el Estado Social dio lugar, dada su mayor complejidad legislativa que el Liberal debido a sus numerosas atribuciones, a un marasmo de leyes o, como suele decirse, a una “contaminación legislativa”, de tal manera que incluso los mismos juristas encuentran serias dificultades para conocer y aplicar el derecho. De ahí que la reserva de ley a duras penas consigue ser una garantía para regular el status normativo de las cuestiones jurídicas básicas y se vea la necesidad de acudir a la reserva de constitución. Por último, puesto que el Estado de derecho contempla la sumisión de los poderes públicos al control de tribunales independientes, dada la hipertrofia legislativa del Estado Social de derecho, hay quien lo denomina “Estado de derecho administrativo”, se tiende a conceder un mayor papel al ordenamiento constitucional”.

conllevado que incluso para los juristas se convierta en una tarea especialmente dificultosa el aplicar el derecho vigente. Esta, “*hipertrofia legislativa*” del Estado social, ha sido una de las causas que ha provocado conceder un mayor protagonismo al ordenamiento constitucional, aunque siendo equitativos, tampoco el modelo constitucional de Estado ha evitado ésta sobreabundancia normativa que a veces conlleva la propia disfunción del sistema. En este punto, lo relevante es resaltar, como axioma, la preeminencia de la Constitución, constatando la preponderancia de sus principios y valores, ante los potenciales desmanes de una ley, que aunque formalmente válida, podía llegar a establecer abusos e injusticias ajena a los principios y valores que constitucionalmente se consagraban<sup>112</sup>.

Por el momento, la exposición nos aboca a lo que ya constatamos en el exergo del epígrafe, que tal y como afirma Pérez Luño, los Derechos Humanos son un “*ente*” inacabado y en constante evolución. Viene a corroborar la afirmación el que en los últimos años han surgido iniciativas en las que se ha puesto de manifiesto la necesidad de configurar nuevos Derechos como respuesta a las recientes realidades que los cambios tecnológicos y la globalización han traído a las relaciones sociales. La conclusión a la que se llega es repetida y constante, la aparición de nuevas “necesidades humanas” conduce al imperativo de dotarles de nuevos Derechos, con el objetivo que según Donas, y lo comparto plenamente, de “*garantizar el acceso universal a formas más avanzadas de ciudadanía y civilidad, de libertad y de calidad de vida*”.

El camino iniciado se prevé con constantes picos a superar en el reconocimiento y protección de los nuevos Derechos, abriéndose caminos de inmersión tanto en el plano internacional como el nacional e incluso en el ámbito judicial, por lo que esta nueva categoría de Derechos Humanos debe aunar por un lado solidez teórica y por otro “masa crítica” de apoyo social y político. Decaer en alguno de sus presupuesto supondrá un estancamiento o la apatía hacia sus avances y la abocará a un estado de latencia que a la postre significará su abandono como categoría jurídica. Sin duda, el grado de

---

<sup>112</sup> Rodríguez Palop, M.E., Óp. cit. Nota 4. Pág. 249. “*El trayecto hacia su consolidación jurídica puede venir de la mano de un Estado constitucional y republicano, en cuyo seno se incrementen las formas de control sobre el poder político, se favorezca la realización efectiva de los principios programáticos, y simultáneamente, se facilite el desarrollo de una democracia deliberativa y se otorgue mayor protagonismo al ciudadano, al que ha de verse como una pieza clave en todo este proceso*”

proyección que genera, operando prácticamente a nivel global (social, político y económico, nuevas tecnologías, medio ambiente, desarrollo personal, reconocimiento grupal y potenciación de la solidaridad) exige un alto grado de implicación por todos los actores, si bien, innegablemente, los poderes públicos son los que tienen mayor responsabilidad y es su cometido, el buen fin del reconocimiento y protección de los nuevos Derechos Humanos<sup>113</sup>.

---

<sup>113</sup> Rodríguez Palop. M.E. Nota 26. Pág. 467, " *En el caso de los derechos de cuarta generación, que se orientan a la protección de intereses colectivos, tal delimitación y justificación podría constituir un problema, especialmente si salimos de las coordenadas de la ética comunicativa. Además, su puesta en marcha exige una acción coordinada de todos los actores sociales y una política estatal e internacional activa con la que sea posible alcanzar una auténtica redistribución de los recursos entre ciudadanos y Estados, es decir, la superación de las relaciones de dominación económica (derecho al desarrollo) política (derecho a la autodeterminación de los pueblos y derecho a la paz) social, cultural y ecológica (derecho al medio ambiente y al patrimonio común de la humanidad). Para lograrlo, el Estado social, y la comunidad internacional han de imponer a los particulares el deber de contribuir, junto al poder público, a la provisión de recursos y a la democratización, ya que, en este supuesto, una labor política aislada no es suficiente*".

## 2.4 Clasificación.

### 2.4.1 Heterogeneidad de Derechos.

A lo largo de los anteriores epígrafes, se ha ido desgranando el proceso de desarrollo de la nueva generación de Derechos que encontrándose hoy día en un estado primario de debate, está intentando superar cuantos escollos surgen en pro de su consolidación. Uno de los primeros retos a los que tiene que enfrentarse la categorización de estos nuevos Derechos, es el de fijar una catalogación de los mismos que le dote de cierta homogeneización, que permita dotar de integridad emancipadora a su “corpus iuris”, en la mayor medida posible. No nos excedemos en considerar que la zona gris que presenta la tercera generación de Derechos Humanos representa una particular dificultad<sup>114</sup>, ya que, desde un análisis meramente material, se ha incluido en esta categoría Derechos tan dispares como la “manipulación genética humana”<sup>115</sup>, el Derecho a la paz, Derecho al desarrollo<sup>116</sup> y los Derechos generados por el avance biotecnológico y la sociedad de la información<sup>117</sup>.

En definitiva, lo que se pretende exponer en estas primeras líneas de formulación es que si bien puede decirse que hay cierto consenso en el sustrato esencial de los Derechos de la nueva generación, especialmente en cuanto su contenido axiológico (precisando más en lo material que en lo subjetivo), es precisamente la aceptación de ese criterio en cuanto la amplitud de valores a recoger de las nuevas realidades a la que es aplicable, lo

---

<sup>114</sup> Ros Martínez, E. Óp. cit. Nota 23. “Normalmente se incluyen en ella derechos heterogéneos como el derecho a la paz, a la calidad de vida o las garantías frente a la manipulación genética, aunque diferentes juristas asocian estos derechos a otras generaciones: por ejemplo, mientras que para Vallespín Pérez la protección contra la manipulación genética sería un derecho de cuarta generación, para Roberto González Álvarez es una manifestación, ante nuevas amenazas, de derechos de primera generación como el derecho a la vida, la libertad y la integridad física”.

<sup>115</sup> Álvarez-Cienfuegos Fidalgo J. Óp. cit. Nota 37. Pág. 12.

<sup>116</sup> Arias, A., Óp. cit. Nota 19. Pág. 116. “Respecto a la clasificación de los derechos colectivos, la mayoría de los autores incluyen cuatro y algunos incluyen un quinto, los autores europeos clásicos que incorporan esta idea de los derechos de la solidaridad hablaban básicamente de lo siguiente: el derecho a la paz, el derecho al medio ambiente, el derecho al patrimonio común de la humanidad y el derecho al desarrollo”.

<sup>117</sup> Rodríguez Palop, M.E. Óp. Cit. Nota 40. Comentario al libro de Pérez Luño, A. E. “La Tercera Generación de Derechos Humanos”. “En el tercer y cuarto capítulo se relaciona la concepción generacional de los derechos con dos grandes retos de la sociedad tecnológica: la incidencia de Internet en el ámbito de las libertades y el impacto de las tecnologías biomédicas en el ejercicio del derecho a la intimidad”.

que ha provocado que ofrezca un abanico tan heterogéneo de Derechos que incluso se haya convertido, lo que en un principio pudiera ser una acicate por el vasto horizonte intelectual que ofrece, en un lastre que alimenta críticas y en un reto que obliga a la inexcusable obligación de ofrecer un argumento persuasivo de su innegable categorización como verdaderos Derechos Humanos.

La etapa de concreción en la que se encuentra la nueva generación de Derechos, favorece el surgimiento de una variedad de propuestas por parte de los autores/as a la hora de establecer la nómina de Derechos a incluir. Se puede comprobar que hay pretensiones que van desde ofrecer un nutrido número de Derechos que dan cobertura a prácticamente todos los nuevos desafíos sociales<sup>118</sup>, así como otras donde se ciñen a un reducido número, entendiendo que de este modo, responden de una forma más fiel a la realidad, e intentan ajustarse con mayor solvencia a la Teoría General de los Derechos Humanos, no solapando con manifestaciones de Derechos Humanos precedentes y que son mal entendidas como nuevos derechos.

Los desafíos a los que se enfrenta la definición del catálogo de Derechos de tercera generación es consustancial a la problemática que paralelamente ha ido surgiendo ante su mera manifestación y existencia<sup>119</sup>. Si bien, como ya hemos referenciado, existe

---

<sup>118</sup> En este punto, citar a título de ejemplo el listado que para Domínguez Scheid incluye la tercera generación de Derechos Humanos “· *El derecho al desarrollo; El derecho a la paz; El derecho al respeto del medio ambiente; Los derechos de las minorías étnicas y lingüísticas; Derechos relativos a la libre determinación de los pueblos; Derecho a la preservación de los recursos naturales;· Derecho a la comunicación de las Naciones; Derecho al uso y a la participación de las creaciones culturales y de los avances científicos de la humanidad; Derecho sobre el patrimonio común de la humanidad;· Derecho de los migrantes;· Derechos de los pueblos indígenas;· Derechos de las generaciones futuras;· Derechos de los grupos vulnerables· Derechos colectivos.* Domínguez Scheid, Carlos. “Los llamados Derechos de Tercera Generación”. 2005. Por contraste, puede indicarse el listado de los derechos más representativos y consolidados de la tercera generación de derechos en palabras de Pérez Luño “La paz, la calidad de vida y la libertad informática”. PÉREZ LUÑO, A. E. “La tercera generación de Derechos Humanos”. (2006). Pág. 32.

<sup>119</sup> Alcantarilla Hidalgo, F.J. Óp. cit. Nota 7. Pág. 560. “*Responden a una serie de novedosas necesidades imposibles de predecir en épocas anteriores. Configuran un principio de solidaridad y fraternidad de carácter universal y tienen de novedoso, el hecho de ser aplicables a toda la humanidad por igual. Configuran unas nuevas exigencias sociales y se concretan en los derechos a la paz, derecho de autodeterminación de los pueblos, derecho al patrimonio cultural de la humanidad y el derecho al medio ambiente o a la calidad de vida. Con ellos se alude también a los derechos de las generaciones futuras, en concreto a la protección y continuidad del legado histórico y natural de la humanidad, hasta ahora casi inalterable, lo que se traduce en la necesidad de que las condiciones económicas, sociales y ecológicas de las generaciones futuras sean, al menos, como las del presente.*”.

cierta profusión a la hora de determinar la nómina de los nuevos Derechos, en todas las propuestas, a pesar de ello, podemos encontrar cierto patrón de repetición de algunos de ellos, que nos permite afirmar sin excesivo riesgo, que existe una sólida propensión a incluir una serie de Derechos, en una médula central y que por lo general, recibe un mayoritario consenso. El Derecho a la paz, el Derecho al desarrollo, el Derecho al medio ambiente y el Derecho de autodeterminación de los pueblos en un núcleo primario que suele aparecer con esta terminología o con alguna similar<sup>120</sup>, pero que recoge en esencia un criterio común, con independencia de que en el desarrollo de cada propuesta particular puedan aparecer expresiones relacionadas con los mismos como manifestaciones de esos nuevos derechos<sup>121</sup>, que no imposibilita en modo alguno, la existencia y reconocimiento de ese acervo nuclear sino, que al contrario, viene a enriquecer los matices objeto de estudio.

Con todo, no podemos confiarnos, y el catálogo de los Derechos que finalmente puedan deducirse como de “Tercera Generación “ será producto del trabajo de decantación doctrinal que a lo largo del tiempo se vaya desarrollando, acompañando de la posibilidad de que los Tratados o Declaraciones Internacionales vayan acogiendo en sus postulados algunos de estos derechos y que los nuevos textos constitucionales o la modificación de los que existen actualmente vigentes admitan la inclusión de estos nuevos derechos con el objetivo de dotarles de virtualidad práctica y sobre todo para que se pase de esa fase inicial de reconocimiento y delimitación, a una, no menos trascendente etapa de protección y tutela<sup>122</sup>.

Sí podemos encontrar una constante en todas las propuestas doctrinales es la advertencia inicial en las mismas de que es un evidente trabajo inacabado. A principio de los

---

<sup>120</sup> Wing Solis, F. Óp. Cit. Nota 69. Pág. 5. "*Finalmente, encontramos los DDHH de tercera generación, que también se conocen como derechos o intereses difusos. Éstos aparecieron en la segunda mitad del siglo XX, en forma posterior a la Segunda Guerra Mundial, y en su desarrollo ha jugado un importante papel la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Los bienes de la personalidad tutelados por los derechos de esta generación son los denominados derechos de la solidaridad o de la fraternidad, entre los cuales se cuentan el derecho a un ambiente sano, al desarrollo, a la autodeterminación y a la paz*".

<sup>121</sup> Rodríguez Palop, M.E. Óp. cit. Nota 26. Pág. 87. "*Karel Vasak añade a los mencionados derechos el derecho a la propiedad del patrimonio común de la humanidad así como el derecho a la asistencia humanitaria*". Rodríguez Palop resalta que Vasak es uno de los pocos que aluden a este último derecho.

<sup>122</sup> Alcantarilla Hidalgo, F.J. Óp. cit. Nota 7. Pág. 62. "*En cualquier caso, el catálogo de Derechos Humanos es dinámico y expansivo y es previsible que se pueda ampliar en lo sucesivo con otros nuevos derechos que definan al ser humano con mayor profundidad y exactitud*".



noventa, Pérez Luño<sup>123</sup> lo definía como un “work in progress”, además de constatar la dificultad y la incomodidad que supone la catalogación. A pesar de ello, apelaba a la urgente necesidad de ir configurando un listado de derechos en los que exista un mínimo consenso en su incardinación en la nueva generación. Trabajo que por el momento, solo podemos constatar que sigue su evolución y que, con mayores o menores avances, confiamos en que más pronto que tarde sea una realidad reconocida.

De las tres vías de progreso en la concreción del listado de Derechos tercera generación que se han indicado anteriormente (Doctrina, Textos Internacionales y Constituciones), el trabajo que la opinión científica está aportando al sustento teórico de esta nueva generación de Derechos, es, con mucho, el que mayores progresos está ofreciendo en la delimitación teórica general de los nuevos Derechos. Es admirable que, a pesar de los incuestionables escollos que presenta dotar de un fundamento ontológico al nuevo catálogo de Derechos, se pueda constatar la extensas y consistentes propuestas que se vienen apuntalando en los últimos años por parte de un importante y profuso sector doctrinal y de las que, como ya se ha indicado, se ha podido extraer un listado de Derechos que pueden identificarse como un núcleo coincidente en todas ellas.

#### **2.4.2 Propuestas de listado de Derechos para la tercera generación de Derechos Humanos.**

Con fines meramente ilustrativos, indicaremos a continuación alguna de las propuestas doctrinales que han apoyado una catalogación de los Derechos Humanos que, en su conjunto, han venido a contribuir a la formulación de un eje medular de Derechos que deductivamente vienen a constituir un catálogo de mínimos de la nueva generación de Derechos.

---

<sup>123</sup>Pérez Luño. A.E. Óp. cit. Nota 9. *“La tarea de precisar el catálogo de derechos de la tercera generación es, por tanto, un work in progress, ni fácil, ni cómodo, aunque, precisamente por ello, urgente y necesario. En función de esa labor estimo que pueden apuntarse algunos rasgos peculiares que avalan la pertinencia de esta nueva generación de Derechos Humanos”*.

### 2.4.2.1 Propuesta de Pérez Luño.

Pérez Luño nos aporta su catálogo de derechos incluyendo<sup>124</sup> *“La paz, la calidad de vida y la libertad informática no son los únicos derechos que conforman la tercera generación, aunque quizás sean los más representativos y consolidados. Juntos a ellos se postulan también otros derechos de muy heterogéneas significación tale como: las garantías frente a la manipulación genética, el derecho a morir con dignidad, el derecho al disfrute del patrimonio histórico y cultural de la humanidad, el derecho los pueblos al desarrollo, el derecho al cambio de sexo o a la reivindicación de los colectivos feministas de un derecho al aborto libre y gratuito”*. Este listado de Derechos es demostrativo de la realidad, ya puesta de manifiesto anteriormente, de la existencia de multitud de criterios delimitadores a la hora de fijar la relación de la nueva hornada de Derechos. Si bien podemos ver que parte de ese núcleo troncal incluye el Derecho a la paz y el Derecho de los pueblos al desarrollo, cobran una especial relevancia los Derechos conectados con los avances tecnológicos y su influencia en el ámbito social y personal, junto a las nuevas exigencias de protección en el apartado de la intimidad, la dignidad personal, integridad física, feminismo, etc...

Se puede comprobar, que no incluye el Derecho de autodeterminación de los pueblos, sin embargo, sí reconoce su existencia, al menos desde una vertiente internacional<sup>125</sup> y dentro de un contexto descolonizador. Cuestión distinta es la conformación subjetiva en cuanto a su titularidad que zanja con rotundidad cuando afirma que *“Ninguna objeción cabe hacer al reconocimiento por parte de la ONU del derecho a la libre determinación de los pueblos, siempre que de ello no se pretenda inferir que los pueblos tienen Derechos Humanos”*<sup>126</sup>. Trataremos la cuestión de la titularidad de los nuevos Derechos Humanos en epígrafe posterior por lo que a tal fin, quede constancia de lo expuesto a los únicos efectos de ir perfilando un catálogo de Derechos Humanos de Tercera Generación que goce del mayor reconocimiento.

---

<sup>124</sup> *Ibidem*. Pág. 32.

<sup>125</sup> *Ibidem*. Pág. 232. *“Derecho a la libre determinación de los pueblos consagrado en los artículos 1.2 y 55 de la Carta de San Francisco, (norma fundacional de la ONU). Reafirmado en el art. 1.1 de los Pactos Internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos sociales y culturales. Derecho proclamado en la resolución de la Asamblea General de la ONU 1514 (XV) de 14 de diciembre de 1960”*.

<sup>126</sup> *Ibidem*, Pág. 234.

El Autor muestra una gran influencia de la temática tecnológica, centrando su propuesta de la nueva generación de Derechos básicamente en la misma. Es un verdadero precursor de la defensa de los ámbitos personales y colectivos ante la repercusión que están teniendo todos los avances tecnológicos en el campo de la Teoría General de los Derechos Humanos. Su aportación a la hora de dotar de una estructura ontológica y axiológica a los nuevos derechos en respuesta del progreso científico y la importante repercusión que está teniendo en campos como el de la información, biotecnología, ciberciudadanía y la democracia<sup>127</sup>, constituye una de las principales contribuciones jurídico-teóricas en la actualidad, y en la consolidación de la nueva generación de derechos.

No podemos soslayar, su capacidad precognitiva cuando allá por el año 1983<sup>128</sup> alertaba de los riesgos de los ingentes flujos de información personal que las redes informáticas empezaban a recabar desde instancias públicas y privadas y que en ese momento pudiera haber sonado a delirios visionarios. Su propuesta de “*contaminación de las libertades*” se propugnaba en los inicios de los años ochenta como una alarma ante la erosión que podía suponer en las configuraciones de los vigentes Derechos y Libertades fundamentales los avances tecnológicos en el ámbito de la circulación la información. Lejos de apagarse su visionaria advertencia, el devenir tecnológico ha venido a dotarle de plena actualidad ya que hoy día está plenamente vigente el intento de dotar de una protección al sujeto articulada por vía de los Derechos Humanos de tercera generación las vulneraciones provenientes de esos avances.

Como suele ser una constante en la gran mayoría de propuestas, Pérez Luño nos aporta una cláusula de cierre exhortativa a continuar con la labor de cimentación del nuevo catálogo de Derechos y a considerar lo construido como un “*marco de referencia*”<sup>129</sup> en

---

<sup>127</sup> Pérez Luño. A.E. Óp., cit. Nota 9. Pág. 28.

<sup>128</sup> Pérez Luño. A.E. Óp. cit. “*Informática: La contaminación de las libertades*”. Artículo publicado en el diario El País el 20 de Junio de 1983. [http://elpais.com/diario/1983/06/20/sociedad/424908002\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1983/06/20/sociedad/424908002_850215.html). Consulta de 12 de junio de 2017.

<sup>129</sup> Pérez Luño. A.E. Op. Cit. Nota 9. Pág. 32. “*Esto evidencia que el catálogo de los derechos de la tercera generación está muy lejos de constituir un elenco cerrado, preciso y de contornos bien definidos. Se trata*

la travesía de ir dotando a las demandas actuales de un adecuado armazón de Derechos y Libertades.

#### **2.4.2.2 Propuesta de Rodríguez Palop.**

En este caso, el catálogo primario de los Derechos Humanos de “cuarta generación”<sup>130</sup> como los denomina, incluye el Derecho al medio ambiente, al desarrollo, a la paz, a la autodeterminación de los pueblos y al patrimonio común de la humanidad. Se puede comprobar que en este listado medular de la nueva generación de Derechos Humanos coincide con la propuesta más generalizada si bien, aporta algunas matizaciones a las mismas que es interesante comentar.

En el frontispicio de su argumentación encontramos una reflexión que si bien en un principio puede dar la sensación de cierta simpleza, en realidad nos está aportando una información de gran relevancia. La Autora establece un criterio funcional ético conectado directamente con el contexto histórico, que relega a un segundo plano la racionalidad totalmente abstracta como método de discernimiento a la hora de interpretar la realidad social y plasmarla en un sistema axiológico que servirá de referencia en modelar los nuevos Derechos Humanos. En definitiva, con un innegable acierto, está evidenciando la trascendencia de la realidad social desde un plano ético en la que se desenvuelven el proceso de generación y concreción los derechos de la nueva generación, que, sin desplazar completamente el poder de la razón, sí que la supera como principio delimitador<sup>131</sup>. Entre los componentes que a su juicio encontramos con influencia suficiente sobre el proceso de génesis de los nuevos derechos, lo sintetiza,

---

*más bien, de un marco de referencia, todavía infieri, de las demandas actuales más acuciantes que afectan a los derechos y libertades de las personas”.*

<sup>130</sup> Rodríguez Palop. M.E., es una de la autoras adscrita a la corriente doctrinal que considera que los nuevos derechos pertenecen en rigor, no a una tercera, sino a una cuarta generación en la evolución de los Derechos Humanos. La argumentación que ofrece (junto a la de otros autores/as) será objeto de análisis en momento posterior avanzando ya, su solidez y fuerza de convicción.

<sup>131</sup> Rodríguez Palop. M.E. Óp. cit. Nota 26. Pág. 39. *“En definitiva situar a la razón en la historia, supone excluir una concepción racionalista totalmente abstracta, e interpretar la realidad social a la luz de nuestros principios y criterios morales que, a su vez, no podrán ser comprendidos, en su justa medida, al margen del contexto espacio-temporal en el que surgieron.”*

principalmente en uno, en la crisis ecológica global, que a su vez, enlaza con una crisis sistémica global.

Otra de las aportaciones destacables, por el contraste que supone con Pérez Luño, es que deduce desde un criterio “*estrictamente histórico*” que, en principio, habría que sumar a los Derechos de cuarta generación los denominados Derechos de la sociedad tecnológica y los llamados “*derechos cotidianos*”<sup>132</sup>, para posteriormente concluir que, coherentemente con el significado otorgado a los Derechos Humanos de cuarta generación, habría que excluir ambas categorías. En relación a ello, debemos indicar que gran parte de la doctrina ha advertido de la confusión que puede generar la aparición de dos nuevas categorías dentro de la nueva generación de Derechos, los llamados Derechos difusos y Derechos cotidianos, pero que sin embargo, no gozan de los requisitos necesarios para ser incluidos en la meritada nueva generación de Derechos. En este caso, para Rodríguez Palop, los Derechos cotidianos<sup>133</sup> “*no pueden ser considerados auténticos “nuevos derechos”, surgidos sobre la base de una mutación de las circunstancias sociales y del sistema axiológico, sino que, más bien, han de ser vistos como instrumentos que permitan hacer efectivo el ejercicio de los derechos ya reconocidos, ya los que nada añaden. Los derechos cotidianos carecen del carácter internacional que define a los de cuarta generación*”. En la misma línea podemos encontrar Autores como Osuna Fernández-Largo que amplía la hipótesis propuesta con casos concretos para concluir que no todo derecho puede ser incluido en la tercera generación de Derechos Humanos porque en algunos casos, la pretendida novedad, no viene a ser más que un espejismo, ya que en realidad son un desarrollo o

---

<sup>132</sup>Gordillo, Agustín (obra colectiva) “Derechos Humanos”. Fundación de Derechos Administrativo. Buenos Aires. 2007. Pág. 72. “*Un derecho cotidiano. Significado y proyección social. Tengamos en cuenta el aspecto fundamental de nuestras vidas que estamos analizando desde el punto de vista jurídico. Mediante el consumo (en cualquiera de sus niveles) procuramos satisfacer nuestras necesidades elementales y alcanzar una adecuada calidad de vida. Ello nos lleva a buscar en el ámbito llamado mercado, los bienes y servicios que necesitamos.*”. GumucioDragon, Alfonso. “Comunicación como valor de desarrollo social” Revista Razón y Palabra. Número 80. Agosto-Octubre 2012. Pág. 9. “Derechos Humanos cotidianos y acción comunicativa... ...En otras palabras: el proceso es tan importante o más que el resultado final, porque durante la filmación ya comunican la esencia de los derechos humanos. No solamente el derecho a la comunicación, sino también el derecho a la salud, a la educación, a la identidad, a la libertad de pensamiento y de opinión, y todos los demás. Si uno revisa la Declaración Universal de los Derechos Humanos desde la perspectiva de estas mujeres de la India, como seguramente desde la mirada cotidiana de mil millones de seres humanos, pareciera que todos los artículos tienen relevancia y son esenciales en sus vidas.”.

<sup>133</sup> *Ibidem*, Pág. 33.

concreción de derechos anteriores<sup>134</sup>. En definitiva, esto viene a ratificar la existencia de un activo debate en la delimitación de la catalogación de los Derechos de tercera generación y que están encontrado, lógica y razonablemente, la ponderación necesaria para su imparable decantación.

Es destacable la trascendencia que otorga a lo que denomina “*discurso ecológico*” por su importancia para los Derechos de cuarta generación. Canaliza esa influencia a través de ocho puntos en los que destaca conceptos como la “*política verde, economía ecológica, movimiento ecologista*”, para trasladar el impulso que desde el ecologismo se persiga una “*reestructuración completa*” de la sociedad industrial, bajo criterios sociales y ecológicos<sup>135</sup>. Sin duda, la propuesta formulada tiene una gran carga de compromiso social no solo desde una perspectiva reivindicativa ante las desigualdades sociales constatadas en los últimos años sino que a ello debemos sumar un alto grado de concienciación con respecto a un desarrollo, en este caso calificado de “*sustentable*”<sup>136</sup>

Por último, destacar el tratamiento del Derecho de autodeterminación, que goza de una especial atención por parte de Rodríguez Palop que, esencialmente, coincide con la perspectiva mantenida de Pérez Luño. De sus reflexiones, es interesante subrayar especialmente dos aspectos que vienen a enriquecer el debate de este Derecho de una

---

<sup>134</sup>Osuna Fernández-Largo, Antonio. “Los Derechos Humanos. Ámbitos y Desarrollo”. Edibesa. 2002. Pág. 276. “*El derecho a la libertad de acceso a los datos informáticos no es más que una nueva forma del derecho de la libertad de información de prensa u opinión. Los derechos de la mujer, del inmigrante, de las minorías étnicas, de los consumidores..., no son más que derechos sociales de nuevos grupos que reclaman la igualdad social. Se trata siempre de derechos que son asimilables a categorías ya presentes en los Derechos Humanos, si bien extendidas a nuevos sujetos o a nuevas situaciones. Y un Segundo punto de vista es que no todo contenido nuevo de justicia se puede presentar como Derechos Humanos, pues ya hemos definido anteriormente los Derechos Humanos como derechos fundamentales. Y, por lo mismo, el derecho a una muerte digna, por ejemplo, no parece que sea más que una nueva dimensión del derecho a la vida. Y el derecho a un aborto libre y gratuito, si es que fuera verdadero derecho, no es algo distinto del derecho a la sanidad pública. Y el derecho a la calidad de vida no es una novedad, pues así se ha formulado el derecho a la vida desde hace tiempo*”.

<sup>135</sup> Ibídem, Pág. 324. Resulta interesante que Rodríguez Palop encuentre entre las motivaciones que dan pie al surgimiento de los Derechos de cuarta generación sea un reproche esencialmente económico y político, orientado a cuestiones de producción y distribución económica y a problemas de carácter político social. Lo denomina “La triada: productivismo, patriarcalismo y militarismo”.

<sup>136</sup> Ibídem, Pág. 302. “*Se habla de desarrollo sustentable y no de “desarrollo sostenible”, que es un concepto que encuentra su punto de referencia en otro diseñado en los años setenta por Maurice Strong, director ejecutivo del programa de las naciones unidas para el medio ambiente (PNUMA), en la primera reunión del Consejo de Administración de este programa, en juicio de 1973.*”

manera original y comprometida, circunstancias meritorias en el acometimiento de la configuración de la nueva generación de Derechos Humanos.

Desde su inicio, para contextualizarlo, lo fusiona al proceso de descolonización, que canalizó la aparición de los nuevos Estados. Fiel a su percepción con gran carga social, considera que este impulso descolonizador transformó las relaciones económicas y se fomentó la reivindicación, para llegar a lo que denomina “*una nueva política de cooperación entre viejos y nuevos agentes políticos*”. Debemos añadir, que éste fue un proceso impulsado por la Comunidad Internacional y las Naciones Unidas. A pesar de ese inicial enmarque, consigue avanzar y extrapola el Derecho de Autodeterminación más allá de los procesos de descolonización, realizando una particular e interesante contribución al inferir una novedosa extensión subjetiva y material del Derecho para contextos como el colonialismo cultural y económico, la explotación extranjera y la dominación de otros países mediante la guerra comercial<sup>137</sup>, que son situaciones en los que inicialmente el Derecho de Autodeterminación ha sido encuadrado en su versión más clásica y ortodoxa, más conectada con el ámbito internacional. De este modo se alcanza una practicidad del Derecho que funciona como elemento equilibrador de las relaciones entre Estados. Recalco esta propuesta de extensión del contenedor material del Derecho porque es a todas luces acertada y abre un nuevo camino al dotar de nuevas expresiones al supuesto de hecho de un derecho que se había empaquetado en exceso en su versión clásica, perdiendo en gran medida, efectividad en su praxis.

Una segunda, y acertada aportación, es la de otorgar el Derecho de autodeterminación a grupos concretos o minorías, conectándolo con la llamada “*protección externa*” de W. Kymlicka, a fin de protegerlos, ante las injerencias del grupo mayoritario<sup>138</sup>. La

---

<sup>137</sup> Ibídem, Pág. 136 y 137. “*En otras palabras, lo que me interesa destacar ahora es que como derecho de 4g, esta exigencia ha de ser interpretada de acuerdo con las directrices que se han venido marcando, desde su origen en el ámbito internacional y así entendida, no entra necesariamente en colisión con ninguno de los restantes componentes ni de esta, ni de cualquier otra categoría de derechos. Nada de lo anterior excluye que de acuerdo con su espíritu emancipador y de forma metafórica, pueda hablarse de autodeterminación en casos de colonialismo cultural y económico, explotación extranjera y dominación de otros países mediante la guerra comercial*”.

<sup>138</sup> Ibídem, Pág. 166. “*En el seno de esta categoría, sólo el derecho de autodeterminación de los pueblos se predica explícitamente de grupos concretos o minorías, pudiendo ser este un supuesto de los que W. Kimlicka ha denominado de “protección externa”, ya que se trata de proteger a “un grupo étnico o*

propuesta tiene un gran calado porque no solo está definiendo el ámbito material de aplicación del derecho a supuestos de injusticias cometidas con las minorías por el grupo mayoritario sino que además se está otorgando carta de naturaleza de legitimidad a las referidas minorías como sujetos titulares del mismo y con plena facultad para solicitar su tutela y protección. Circunstancia ésta que excede del análisis a este punto concreto pero que será desarrollada en posteriores epígrafes por su trascendencia.

Concluyendo esta sucinta exposición, recoger la importante exhortación que realiza de que no debemos olvidar que cuando se intenta hacer valer, en este caso el Derecho de autodeterminación, fuera del contexto en el que trae causa (el proceso internacional de descolonización), se corre el riesgo de desnaturalizarlo. La pena que ello, sentencia la Autora, es que en tal caso debería ser excluido de la categoría de Derechos de cuarta generación, e incluso va más allá, cuando determina que debería ser excluido del discurso de los derechos en general. Sin duda, drástico castigo para los intentos de progreso de un derecho que garantiza la dignidad y libertad de un colectivo y por ello, de los propios individuos.

#### **2.4.2.3 Propuesta de Yolanda Gómez Sánchez.**

Una las propuestas más completas y detalladas que podemos encontrar en el panorama doctrinal es la realizada por Gómez Sánchez<sup>139</sup> al establecer que la cuarta generación de Derechos Humanos está constituida por tres grandes bloques. Bloques que no están integrados por derechos de nuevo cuño, sino que en ellos encontraremos nuevos derechos y que otros son derechos que ya integraban las anteriores generaciones pero que han sido redefinidos o reinterpretados, como respuesta a las amenazas a la esfera de libertad que han aparecido en los últimos tiempos. Ecléctica aportación, con indudables aciertos.

---

*nacional determinado del impacto desestabilizador de las decisiones de la sociedad de la que forma parte”.*

<sup>139</sup> Gómez Sánchez, Y. Óp. cit. Nota 47. Pág. 243 y ss.



Los tres grandes apartados estarían constituidos por un primero dedicado a los derechos relativos a la protección del ecosistema y al patrimonio de la humanidad, el segundo con los derechos relativos a nuevo estatuto jurídico sobre la vida humana y un último, con los derechos derivados de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información.

En el primer grupo se integran derechos con un marcado carácter ecológico y de sostenibilidad del medio ambiente, con un claro objetivo proteccionista de la vida humana y su entorno<sup>140</sup>. Llama la atención, al advertir que este primer bloque no está copado únicamente por el derecho al medio ambiente, del que no cuestiona su perfecta inclusión en los derechos de cuarta generación pero si quiere hacer constar que igualmente se han de integrar otros derechos como es el relativo al patrimonio cultural de la humanidad. A todas luces un criterio apropiado el de convocar en un mismo apartado la defensa, no solo del entorno natural sino también el cultural. Ambos se nutren de una matriz común y están llamados a la protección de valores esenciales para el desarrollo humano bajo un criterio de sostenibilidad, perdurabilidad, fomento y protección.

Un segundo grupo, estaría conformado por los derechos relativos a lo que llama “*nuevo estatuto jurídico sobre la vida humana*”, que engloba todos los derechos que temáticamente tienen relación con la protección de la vida humana, incorporando los aportados por el avance en las tecnologías biomédicas<sup>141</sup>. Es llamativo, que se

---

<sup>140</sup> *Ibidem*, Pág. 244. “Una síntesis de tales derechos sería la siguiente: 1. El derecho al mantenimiento y desarrollo equilibrado del hábitat; 2. El derecho a la obtención de alimentos que no alteren ni pongan en peligro la identidad genética ni la salud humana; 3. El derecho de acceso a los entornos naturales; 4. Derecho al reconocimiento y protección del patrimonio cultural; 5. El derecho a un desarrollo industrial y tecnológico que, sin perjuicio del progreso de la sociedad, resulte compatible con el más prioritario progreso de la especie humana; 6. El derecho a la obtención de productos industriales y farmacéuticos que no alteren ni menoscaben la integridad ni la identidad del ser humano”.

<sup>141</sup> *Ibidem*, Pág. 245. “1. Derecho a la vida. 1.1. Abolición de la pena de muerte. 1.2. Determinación jurídica del inicio de la vida humana: estatuto jurídico del preembrión, embrión y feto. 2. Derecho a la integridad física, psicológica y moral: prohibición de la tortura y de tratos inhumanos o degradantes: con especial referencia a los aspectos morales y psicológicos de estos derechos. 3. Derecho a la autodeterminación física. — Tratamientos médicos. — Consentimiento informado. 4. Derecho a la igualdad en las aplicaciones biomédicas. 5. Derecho a la identidad genética. 5.1. Clonación. 5.2. Derecho a la información genética. 6. Derecho a renunciar a la propia vida. 6.1. Suicidio. 6.2. Eutanasia, en sus diversas modalidades. 7. Derecho a la reproducción humana. 7.1. Inseminación artificial. 7.2. Fecundación in vitro. 7.3. Transferencia embrionaria. 7.4. Maternidad de sustitución. 7.5. Donación de gametos y de embriones. 7.6. Gestación fuera del útero humano (en úteros de animales o artificiales). 8. Derecho a la protección de la salud. 8.1. Donación y utilización de órganos. 8.2. Tratamientos médicos.

incorpore en este apartado como Derechos de cuarta generación, el derecho a la vida, si bien, se aclara que el motivo viene fundamentado por los “*perfiles novedosos*” que han surgido por los progresos científicos en el campo de la biotecnología. Desde la perspectiva más clásica de la configuración de los derechos de la cuarta generación, tendrían difícil enclave un derecho con un marcado carácter individualista y paradigma de la primera generación, como es el derecho a la vida, pero sin duda, es perfectamente aceptable su propuesta desde el punto de vista de que no son aconsejables posturas excesivamente rigurosas y dogmáticas en la configuración de la nueva generación porque es precisamente ahí, en la riqueza que aporta un flujo constante de elementos (jurídicos, filosóficos, sociales, económicos, políticos, etc.) al caldo de cultivo generador de los nuevos derechos donde radica su potencial creador, no solo para generar derechos con vitola de novedosos y originales, sino también para modalizar aquellos derechos de anteriores generaciones a los que se les viene a ampliar sus ámbitos de actuación para responder mejor a su actuales perfiles de tutela y protección. Sin duda, esta “*teoría de la evolución*” de los Derechos Humanos que permite su adaptación en pro de su efectividad, constituye uno de los mayores aciertos.

Un tercer bloque con un señalado carácter tecnológico producido por el desarrollo de la ciencia en los campos de las comunicaciones y de la información<sup>142</sup>, en el que, a su juicio, podemos hallar derechos que ya estaban incluidos en generaciones anteriores,

---

8.3. Libertad de decisión. 8.4. Consentimiento informado. 8.5. Derecho de acceso a los avances tecnológicos en biomedicina en términos de igualdad. 9. Derecho a la libertad de investigación y aplicación técnica y científica (con especial referencia a las aplicaciones terapéuticas). 9.1. Investigación, experimentación y utilización de preembriones. 9.2. Criopreservación y utilización de preembriones y embriones humanos. 9.3. Partenogénesis, ontogénesis y selección de sexo y raza. 9.4. Creación de quimeras y de híbridos. 9.5. Investigación sobre el genoma humano y sus aplicaciones prácticas”.

<sup>142</sup> *Ibidem*. Pág. 246. “1. Derechos a la comunicación y a la información. 1.1. Derecho a una información completa y veraz. 1.2. Derecho de acceso a la información de relevancia para la humanidad. 1.3. Derecho a la información genética. 1.4. Derecho a comunicar libremente ideas, pensamientos u opiniones en medios de comunicación públicos y privados. 1.5. Derecho de acceso a los medios técnicos de comunicación públicos y privados. 1.6. Derecho a la autodeterminación informativa. 1.7. Derecho a la protección de datos de carácter personal y familiar. 2. Derechos en la red. 2.1. Derechos informáticos. 2.2. Derecho a conocer la identidad del emisor de informaciones y opiniones. 2.3. Derecho a la vida privada en la red. 2.4. Derecho al honor en la red. 2.5. Derecho a la propia imagen en la red. 2.6. Derechos de propiedad intelectual e industrial en la red. 3. Derechos de los menores ante las nuevas tecnologías informativas y de la comunicación 3.1. Protección de la infancia en los medios de comunicación e información. 3.2. Protección de la infancia, específicamente en la red. 3.3. Derecho al acceso a la cultura a través de los medios de comunicación e información”.

por lo que en realidad nos encontramos ante “*nuevas connotaciones*” de Derechos Humanos ya reconocidos.

Concluye su propuesta, con dos denuncias en cuanto al reconocimiento y protección de los Derechos Humanos de cuarta generación. Falencias que es preciso retener, por su innegable actualidad y realidad. Una primera relativa a la falta de voluntad política para su aplicabilidad y por otro, la ausencia de compromiso por los Estados de otorgar efectiva protección a estos derechos. El soporte que ofrecen las actuales políticas presupuestarias dista mucho de ser lo suficientemente eficiente como para ofrecer la necesaria cobertura y de ahí se deduce que los Estados no sean muy proclives a asumir compromisos internacionales en este sentido. Comparto al completo su conclusión, cuando establece que “*la tan reiterada teoría de las generaciones de derechos no tiene su paralelo en la evolución del reconocimiento y la tutela de los derechos en el ámbito internacional, aunque también en él podamos apreciar un fenómeno secuencial en orden a tal reconocimiento y garantía*”.

Un último aporte reflexivo es que en tan generosa propuesta de Derechos a incluir en la nueva generación, no haya encontrado acogida el Derecho de autodeterminación en ninguna de sus formulaciones (ya sea por vía de la libre determinación de los pueblos o por su derecho al desarrollo)<sup>143</sup>. Sin embargo, consideramos esta una consecuencia consustancial al mismo proceso dinámico de constitución de un listado de derechos en nueva conformación, habiendo cierto consenso a incluir unos<sup>144</sup> y obviando otros. Tan

---

<sup>143</sup> Llamativa en este aspecto en la propuesta de Álvarez Molinero que considera el Derecho de Autodeterminación un Derecho de segunda generación (y no de tercera). “*Frente a esta categoría, la doctrina sitúa a los derechos colectivos cuya titularidad ostentan los grupos. Conviene sin embargo hacer una aclaración. Estos derechos no son siempre equiparables a los llamados «derechos de tercera generación». Existen derechos de marcada dimensión colectiva que se pueden enmarcar en la primera o segunda generación de Derechos Humanos, como son el derecho de autodeterminación, el derecho a la cultura o el derecho a la libertad de credo o religión, entre otros*”. (Álvarez Molinero, N. “Pueblos indígenas y derecho de autodeterminación. ¿hacia un derecho internacional multicultural”. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos. Núm. 47. Universidad de Deusto. 2008).

<sup>144</sup> Jesús María Alemany y Felipe Gómez Isa, tampoco incluyen en sus propuestas el derecho de autodeterminación de los pueblos. Si coinciden en la propuesta básica de incorporar el derecho a la paz, el derecho al desarrollo, el derecho al medio ambiente, el derecho al patrimonio común de la humanidad y el derecho a la asistencia sanitaria. Gómez Isa, F. (obra colectiva) “La Protección Internacional de los Derechos Humanos en los albores del siglo XXI”. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/27570.pdf> consulta 14 de junio 2017; Alemany Briz, J.M. “La Paz ¿Un

es así que podemos encontrar posturas como esta en las que se entiende que no tiene entidad suficiente para ser incluido como derecho de nueva generación o no han concurrido los elementos necesarios, y por contra, otras donde se defiende robustamente el estatus de derecho de tercera generación para el Derecho a la libre determinación o autodeterminación de los pueblos y además con una configuración y eficacia plena no acotada a ámbitos territoriales o con limitaciones subjetivas<sup>145</sup>. Tal es el caso de Payero López que viene realizando un encomiable trabajo colonizador con respecto este derecho en la realidad actual con varios y fundamentados trabajos<sup>146</sup>. Considera el Derecho de autodeterminación un derecho con total legitimidad para engrosar la lista de Derechos Humanos de la nueva generación, con todas las exigencias como tal y no como un mero principio político abocando su efectividad a un contexto temporal y geográfico y considera que la mejor prueba de ello es su positivación en texto internacionales que así lo han recogido<sup>147</sup>. Fruto de lo anterior, son las importantes aportaciones que se están realizando como manifestación de ese Derecho Humano de

---

*Derecho Humano?".Revista Aragonesa de Administración Pública, ISSN 1133-4797, Nº Extra 2, 1998, págs. 17-46.*

<sup>145</sup> Vasak, K, "Las dimensiones internacionales de los Derechos Humanos". vol.1. Editorial Serbal / Unesco. 1984. Pág. 97. "Sin embargo, en tiempos recientes, y gracias a la creciente influencia en la ONU de los países del tercer mundo, que reciben poderosos apoyos en este tema por parte de los países de la Europa oriental, se ha pasado a hacer hincapié en los derechos colectivos, en perjuicio de los derechos individuales, que casi se han visto relegados. En especial, se trata ahora el derecho de los pueblos a la autodeterminación, el derecho de los pueblos y grupos de personas menos privilegiadas a compartir con equidad y justicia los recursos mundiales, el derecho de los grupos raciales discriminados a la igualdad ante la ley, especialmente en el disfrute de los Derechos Humanos y, más recientemente, el derecho al desarrollo y el derecho a la paz. Es interesante apuntar que el mismo artículo 1 de los dos convenios internacionales sobre Derechos Humanos establece un derecho colectivo, cual es el de los pueblos a la autodeterminación. En virtud de este derecho, todos los pueblos "determinan libremente su política y buscan libremente su desarrollo económico, social y cultural". El segundo párrafo de este artículo se ocupa de la contrapartida económica de este derecho, esto es, la cuestión de la soberanía permanente sobre recursos naturales. Todos los pueblos pueden disponer libremente, para sus propios fines, de sus riquezas y recursos naturales sin perjuicio de las obligaciones surgidas de la cooperación económica internacional, basadas en el principio del beneficio mutuo y en el derecho internacional. En ningún caso se privará a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

<sup>146</sup> Payero López. L. "El derecho de autodeterminación de los pueblos. Análisis crítico del marco constitucional español desde la filosofía jurídico-política". 2014. Tesis Doctoral. Universidad de Oviedo.

<sup>147</sup> Payero López. L. "El derecho de autodeterminación nacional ¿un derecho humano?". Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. 29-12-2015. "Tras haber refutado las razones más frecuentemente argüidas para negar a la autodeterminación el carácter de derecho humano, este apartado procederá a recapitular algunas de las ideas expuestas en páginas anteriores para demostrar que no resulta descabellado hablar de un derecho humano a la autodeterminación de los pueblos –y, en general, de Derechos Humanos colectivos–. Dos argumentos fundamentan esta afirmación: la concepción generacional de los Derechos Humanos y la teoría garantista del derecho".

tercera generación en el contexto de los derechos de los grupos indígenas<sup>148</sup> que está sirviendo como verdadera vía de canalización en el reconocimiento de su estatus y derechos<sup>149</sup>.

#### 2.4.2.4 Propuesta de Osuna Fernández-Lago.

La propuesta formulada por Osuna Fernández-Lago<sup>150</sup> se trae a este punto por coincidir en la línea expuesta de fijar unos derechos con carácter arquetípico para su inclusión en la nueva generación. Sin duda, es esperanzador en este recorrido que haya propuestas que se inclinen por la aceptación de los cuatro derechos (en sus distintas formulaciones) que cuentan con el mayor consenso, a fin de sumar apoyos e ir contribuyendo a generar su núcleo esencial.

La propuesta se inicia con la constatación de dos realidades que, como ya se ha indicado, son una constante en la gran mayoría de los planteamientos. La primera es la dificultad de obtener una clasificación solvente ante las variadas propuestas que existen en cuanto a los Derechos a incluir<sup>151</sup>, siendo consciente de ser este un paso previo

---

<sup>148</sup>Álvarez Molinero, N. *"Pueblos indígenas y derecho de autodeterminación. ¿hacia un derecho internacional multicultural?"*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos. Núm. 47. Universidad de Deusto. 2008. Pág. 22 *"Una de las cuestiones esenciales en el análisis de las relaciones entre derechos individuales y colectivos es la importancia que se está dando desde la Filosofía Política a la existencia de comunidades culturalmente diferenciadas dentro de los Estados"*.

<sup>149</sup>Bailón Corres, M.J. *"Derechos Humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas; algunas consideraciones generales"*. Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos. Pág. 4. *"Dentro de los derechos de cuarta generación incorporamos a los derechos de las minorías, en particular los derechos de los pueblos indígenas, que hasta los años setenta, cobraron gran importancia en el debate de los foros internacionales y cuyas demandas se potenciaron sobre todo después de la aparición del EZLN en enero de 1994 en el sureste mexicano, hasta que en 2007 fuera aprobada la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos indígenas"*.

<sup>150</sup>Osuna Fernández-Lago, A. Óp. Cit. Nota 134. Pág. 274 y ss.

<sup>151</sup>Ibidem. Pág. 275. *"Es muy imprecisa la tendencia frecuente de clasificar todo nuevo derecho humano como derecho de la tercera generación, por la sola razón de que anteriormente no había sido formulado. Nos encontramos con que se citan como derechos de la tercera generación un conjunto tan dispar de derechos como los siguientes: - derechos de las minorías nacionales; - derechos de las generaciones futuras;- derechos de los nuevos pobres;- derechos de las mujeres;- derechos del niño;- derechos al ambiente ecológico;- derecho al patrimonio histórico y cultural de la humanidad;- derecho al desarrollo;- derecho a la paz;- derecho a la autodeterminación de personas y pueblos;- derecho a la calidad de vida - derechos de los consumidores;- derecho a la libertad de información y acceso a datos; informáticos;- garantías frente a la manipulación genética;- derecho a morir con dignidad;- derecho al cambio de sexo;- derechos de los consumidores; Ante esta lista, no es extraño que resulte imposible dar una definición*

necesario e imprescindible para un tratamiento adecuado y para poder definir su naturaleza desde la base de un conjunto de elementos coincidentes en todos los derechos que permita dotarles de una categorización<sup>152</sup>. Y una segunda, que afirma que se trata de un proceso inacabado y que irán surgiendo nuevos derechos al hilo de las nuevas demandas sociales y la inherente cobertura para situaciones en las que es necesaria una respuesta ante injusticias. También advierte el riesgo de incurrir en una excesiva flexibilización que aboque a un incremento infundado del listado, por lo que debemos tener la prudencia necesaria para determinar unas bases nítidas de identificación de la categoría, a fin de evitar incluir Derechos con pretendida vitola de novedosos, cuando en realidad, son manifestaciones de Derechos ya recogidos en generaciones anteriores<sup>153</sup>.

El autor reduce la nómina de inclusión de nuevos derechos en la tercera generación, a cuatro tipos. Derechos que reafirma no son manifestaciones contemporáneas de los incluidos en anteriores generaciones y que tienen, genuinamente, el carácter de novedosos<sup>154</sup>. Se refiere al derecho al medio ambiente y la conservación de la naturaleza, el derecho al desarrollo económico y bienestar de los pueblos, el Derecho a una convivencia pacífica entre los pueblos y el Derecho a una información de todas las personas y libre acceso a las técnicas y medios de información. Según su criterio actualmente solo se puede realizar una clasificación, de aquellos "*tipos principales*" de Derechos, que generalmente son los identificados como Derechos de la tercera

---

*que incluya cosas tan diversas. Además, algunos de estos derechos ya han obtenido formulación jurídica hace tiempo".*

<sup>152</sup>Ibidem. Pág. 275. "Es muy imprecisa la tendencia frecuente de clasificar todo nuevo derecho humano como derecho de la tercera generación, por la sola razón de que anteriormente no había sido formulado. Nos encontramos con que se citan como derechos de la tercera generación un conjunto tan dispar de derechos como los siguientes: - derechos de las minorías nacionales - derechos de las generaciones futuras - derechos de los nuevos pobres - derechos de las mujeres - derechos del niño - derechos al ambiente ecológico - derecho al patrimonio histórico y cultural de la humanidad - derecho al desarrollo - derecho a la paz - derecho a la autodeterminación de personas y pueblos - derecho a la calidad de vida - derechos de los consumidores - derecho a la libertad de información y acceso a datos informáticos - garantías frente a la manipulación genética - derecho a morir con dignidad - derecho al cambio de sexo - derechos de los consumidores...".

<sup>153</sup> Ibidem. Pág. 276. "El derecho a la libertad de acceso a los datos informáticos no es más que una nueva forma del derecho de la libertad de información de prensa u opinión. Los derechos de la mujer, del inmigrante, de las minorías étnicas, de los consumidores..., no son más que derechos sociales de nuevos grupos que reclaman la igualdad social. Se trata siempre de derechos que son asimilables a categorías ya presentes en los Derechos Humanos, si bien extendidas a nuevos sujetos o a nuevas situaciones".

<sup>154</sup> Ibidem.

generación. Deducimos que, a sensu contrario, fuera de esa clasificación, se abre una nebulosa de justificación y reconocimiento de candidatos, a los que a su juicio, aún les queda por recorrer un camino para su integración en el listado de Derechos Humanos de tercera generación.

Como corolario a esta exposición en lo que concierne, en modo general, a las propuestas que desde la doctrina se viene trabajando, podemos extraer dos conclusiones, que se reiteran en cada una de las referencias que se ha realizado. La primera es la constatación del estado en que se encuentra el proceso definitorio de un catálogo de Derechos Humanos para incluir en la nueva generación, que para prosperar, ha de contar con un consenso, mínimamente amparado, depurando las múltiples y variadas propuestas y en segundo lugar, la afirmación generalizada de que es un proyecto en constante desarrollo y con heterogéneas aportaciones, pero que no deben entenderse como una muestra de debilidad teórica o de indefinición conceptual, sino como un elemento potenciador que revela el estímulo intelectual que motiva su construcción<sup>155</sup>.

#### **2.4.2.5 Catalogación por vía de Tratados Internacionales.**

El segundo pilar que anunciamos que había contribuido a la catalogación de los Derechos Humanos en la nueva generación era el impulso que se estaba dando desde las Declaraciones y Tratados Internacionales a alguno de los Derechos o en concreto a determinadas manifestaciones de los mismos, con la necesaria advertencia, comúnmente aceptada, de que los Derechos Humanos ya sean desde una denominación de tercera

---

<sup>155</sup> Buena prueba de esa riqueza reflexiva ello es la aportación de Bustamante Donas, cuando establece manifestaciones de los derechos de tercera generación como “Se reivindica el derecho a la paz y a la intervención desde un poder legítimo internacional en los conflictos armados; el derecho a crear un Tribunal Internacional que actúe en los casos de genocidio y crímenes contra la humanidad; el derecho a un desarrollo sostenible que permita preservar el medio ambiente natural y el patrimonio cultural de la humanidad; el derecho a un mundo multicultural en el que se respeten las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas; el derecho a la libre circulación de las personas, no sólo de capitales y bienes, que permita condiciones de vida dignas a los trabajadores inmigrantes.(3) Este conjunto de derechos va tomando forma en las últimas décadas, y abre el camino para un gran reto añadido en el siglo XXI: las nuevas formas que cobran los derechos de primera, segunda y tercera generación en el entorno del ciberespacio, es decir, la cuarta generación de los Derechos Humanos..”, Bustamante Donas, Javier.. “Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica”, <http://www.oei.es/historico/revistactsi/numero1/bustamante.htm>. consulta 11/05/2017.

generación como de cuarta, no se encuentran positivados o recogidos como tales, en ninguno los textos internacionales que estén vigentes actualmente<sup>156</sup>.

En este sentido, es meritorio el trabajo de sistematización llevado a cabo por parte de Alonso Iglesias<sup>157</sup> a la hora de reunir los distintos impulsos que desde textos internacionales se han dado de cara a la plasmación de estos derechos. De todos ellos destacan especialmente dos, sin que se consideren excluyentes<sup>158</sup>. Uno primero, de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado por la Asamblea General de la ONU<sup>159</sup>, por el que se asume el compromiso de asegurar los derechos económicos sociales y culturales. Los Pactos de la ONU de 1.966<sup>160</sup>, constataron la insuficiente protección para las “exigencias de solidaridad”<sup>161</sup> y evidenciaron la necesidad de trabajar por recoger una nueva generación de derechos que incluyera valores como la paz, el medio ambiente y calidad de vida, el desarrollo de los

---

<sup>156</sup> Domínguez Scheid, C. Óp. cit. Nota 24. Pág. 98.

<sup>157</sup> Alonso Iglesias, J.L. “Los Derechos Humanos de Tercera Generación y Los Movimientos Sociales”. 2003. Humanismo y Trabajo Social, número 002. Universidad de León. pp. 47-70.

<sup>158</sup> *Ibidem*. Pág. 58. “Las conferencias de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo; la Conferencia de Viena sobre Derechos Humanos; la Cumbre Mundial de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Social de Copenhague, han proporcionado suficiente doctrina sobre el derecho al desarrollo, al medio ambiente sano y a la paz, por lo que hoy, a no ser con intencionalidad manifiesta y por tanto con culpabilidad, no puede ignorarse la existencia de derechos, tan fundamentales para la persona, como el mismo derecho a la vida. Todo ello en el marco de unas relaciones de igualdad económica, política, social y cultural. Dentro de un marco de democracia y justicia social, y con posibilidades de vida libres del miedo a la violencia; en un ambiente sano, con políticas que coloquen a la persona en el centro del desarrollo y a la economía al servicio de las necesidades humanas y no a la inversa.”

<sup>159</sup> Una de las manifestaciones como derechos de tercera generación, que encontramos en este texto la encontramos en el derecho de autodeterminación. Natalia Ayala extra del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tres manifestaciones del Derecho de Autodeterminación. Una primera “la determinación política”, que otorga a cada Pueblo el derecho a decidir sobre su organización política, una segunda manifestación “el derecho a la autodeterminación económica”, que incluye el derecho de cada Pueblo a elegir su modelo económico, decidir sobre las relaciones comerciales y financieras y a disponer de sus recursos naturales. Por último está el “derecho a la autodeterminación cultural”, que engloba el derecho a mantener y desarrollar su cultura, lengua, religión etc. Ayala. N. “Derechos Humanos y Globalización. Un análisis preliminar para América Latina”. 2003. Pág. 4.

<sup>160</sup> El 16 de diciembre de 1966 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó dos pactos en su resolución 2200 A (XXI): el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

<sup>161</sup> Pérez Luño, A.E. Óp. cit. Nota 9. Pág. 15. “*karel Vasak, puso especial énfasis en postular unos derechos humanos de la tercera generación, que completaran a las libertades civiles y políticas de la primera, así como, así como los derechos económicos, sociales y culturales de la segunda. Los pactos de la ONU del año 1966 se habían hecho cargo de esas dos categorías de DDHH, por lo que en su opinión era necesario un tercer pacto que completar los dos anteriores y que se hiciera cargo de las exigencias de solidaridad implícitas en temas tales como la paz, la tutela del medio ambiente y calidad de vida, el derecho al desarrollo de los pueblos o la defensa del patrimonio común de la humanidad*”.



pueblos o la defensa del patrimonio común. Sin duda, marca un hito como detonante del trabajo del emprendimiento en la configuración y catalogación de una nueva generación de Derechos Humanos que iniciaba su camino, al menos, ya revelaba lo más importante, ser conscientes de su necesidad. Un ejemplo representativo de ello lo podemos encontrar en el incipiente debate de configuración del Derecho de libre determinación de los pueblos<sup>162</sup>.

La otra gran referencia a nivel internacional es la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el cuatro de diciembre de 1986, que se entiende como punto de partida en el reconocimiento de los Derechos Humanos de tercera generación en un texto con alcance universal. Iglesias considera que la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo abre la etapa para los Derechos Humanos de tercera generación, ya que, junto al Derecho al desarrollo, también se ha de incluir dos de los derechos que mayor consenso reciben de cara a su inclusión en tal clasificación, como son el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la paz.

Junto al Derecho al desarrollo, el Derecho al medio ambiente es uno de los que mejor acogida social ha tenido en los últimos años y ello se ha visto reflejado en los distintos acuerdos internacionales en los que ha tenido un papel muy preponderante<sup>163</sup>. En

---

<sup>162</sup>Arteaga Jara, A. "Los Derechos de los pueblos indígenas y su reconocimiento internacional: La Declaración de Naciones Unidas. 2007.- Pág. 72. "En el proceso de elaboración de los Pactos de Derechos Humanos de 1966 se planteó la discusión sobre la naturaleza de la autodeterminación de los pueblos. Quienes estimaban que se trataba de un principio político, lo fundaron en los artículos 1° y 55° de la Carta de las Naciones Unidas, ya que dichos artículos hablan del "principio de autodeterminación". Además sostuvieron que por tratarse de un concepto sumamente complejo no sería fácil de expresar en términos jurídicos en un instrumento obligatorio como los que se estaban elaborando. Señalaron que se trataba de un principio político, ya que su reconocimiento debe ser a un pueblo determinado y no con carácter general a todo pueblo.249 (249 Ruiz Rodríguez, Segundo. Ob. cit. nota 144. p. 135-138.) Pero también hubo quienes sostuvieron que la autodeterminación constituía un derecho humano fundamental. Esta postura se apoya en los principios básico de libertad e igualdad, los que son enunciados en el artículo primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos".250 (250 Obieta, José de. Ob. cit. nota 138. pp. 85 y ss.).

<sup>163</sup> Escámez Sánchez, J. "La educación para la promoción de los Derechos Humanos de la tercera generación". Encounters on Education Volume 5, Fall 2004 pp. 81 - 100."Muchos de los problemas ambientales mundiales (el cambio de clima, la pérdida de la diversidad de las especies, el agotamiento de las reservas pesqueras mundiales) únicamente pueden solucionarse con políticas de cooperación y

palabras de Jesús Ballesteros<sup>164</sup> “*El antropocentrismo presente en las declaraciones internacionales lleva por Tanto a ver como problemas ambientales fundamentales aquellos relacionados con las condiciones de vida del ser humano, es decir, el hambre, la sed y, por consiguiente, la desertización y la pérdida de la biodiversidad, en cuanto incide en el problema del hambre (Declaración de la FAO en el Día de la Alimentación, 16 de octubre de 1993). El efecto invernadero o la reducción de la capa de ozono son igualmente importantes en cuanto pueden afectar a las condiciones del hábitat humano*”. En engarce con la progresiva implantación de los Derechos Humanos de tercera generación paralelamente se puede percibir un cambio de paradigma<sup>165</sup> de la percepción social frente a nuestro entorno que está teniendo un importante reflejo en los textos internacionales<sup>166</sup>.

Una vez constatada la materialidad normativa internacional de Derechos Humanos con un reconocido carácter de tercera generación, se ha visto acompañada del impulso de los movimientos sociales y colectivos, que han encontrado un sustento para legitimar sus reivindicaciones y de este modo otorgarles un estatus jurídico que sirva de punto de apoyo para ir perfilando su configuración como verdaderos Derechos Humanos. Ese impulso se ha sentido no sólo a través de la canalización de la reivindicación social, sino que cada vez son más los acuerdos internacionales que se hacen eco del nuevo carácter que la tercera generación de Derechos Humanos está impregnando el debate teórico. Esta influencia está conllevando cierto efecto equilibrador e incluso terapéutico en la configuración ontológica de los Derechos Humanos y que empieza a reflejarse en

---

*asociación entre países pobres y ricos que controlen las inversiones depredadoras y de sobreexplotación a la vez que promuevan líneas productivas que satisfagan las necesidades básicas de los países pobres”.*

<sup>164</sup> Ballesteros, J. Óp. cit. Nota 87. Pág. 186.

<sup>165</sup> ibídem, “*El no individualismo por su parte lleva a la exigencia de recuperación de la llamada por Thompson "economía moral", cuya característica básica es la prioridad del derecho a la vida, la consideración como pecado de la destrucción de la naturaleza, y la defensa de los bienes comunales como algo que debe quedar fuera del comercio, fuera del ámbito de la crematística. (Cfr. Ballesteros, 1989 pp. 29-33, 137 ss.; González Alcantud y González de Molina, pp. 34 ss., 330 ss.) Como decíamos en el capítulo anterior, todo ello responde a la mentalidad del ecologismo del Sur”.*

<sup>166</sup> ibídem, “*(Derecho Medio Ambiente): "... la evolución de los Derechos Humanos relacionados en el medio ambiente -especialmente perceptible en las Declaraciones de Estocolmo y Río- vendría a poner de relieve el tránsito de los Derechos Humanos desde el modelo basado en la exclusividad y la disponibilidad hacia una nueva concepción caracterizada por la participación y la inalienabilidad (de esta última nota se ha ocupado Martínez Pujalte, 1991, que ha podido mostrar que el carácter inalienable de los derechos es una exigencia fundada en la dignidad humana)”.*

Declaraciones Internacionales, como la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos y la Declaración Americana de los Derechos del Hombre<sup>167</sup>.

Sin duda, el camino por recorrer en materia de consolidación internacional de los Derechos Humanos de la nueva generación está por cubrir en gran medida pero los pasos que actualmente se están realizando (especialmente en desarrollo, medio ambiente y protección del patrimonio cultural) suponen avances sustanciales y desde la perspectiva temporal, se simbolizan como grandes pasos en su consolidación, reconocimiento y protección.

#### **2.4.2.6 Derechos Humanos de Tercera Generación constitucionalizados.**

Un tercer pilar, en el proceso de inventariado de los Derechos Humanos de la tercera generación lo encontramos a nivel constitucional. Esta es, posiblemente, la vía que mayores reparos está encontrando de cara a la consolidación de estos derechos, por las obvias consecuencias que ello conlleva. El salto cualitativo que supone la cristalización de estos derechos desde un plano teórico o incluso internacional, a la norma fundamental interna, puede encontrar obstáculos no solo desde un plano estrictamente formal, sino desde el punto de su efectividad. Sobre todo si ello lo conectamos con la evidente implicación presupuestaria y económica que se requiere para garantizar derechos como al de un entorno saludable, una calidad de vida digna, o a un patrimonio cultural apto para su conservación y disfrute.

La constitucionalización de los nuevos Derechos Humanos sirve a un doble efecto, por un lado como vía delimitadora del listado de Derechos que podemos incluir en la nueva generación, por otro, para pulsar su grado de consolidación de cara a su reconocimiento y protección. En este apartado, aunque nos centraremos en la primera funcionalidad, analizando la contribución constitucional en la perfilación de una nómina medular de los Derechos Humanos de la nueva generación que mayor consenso y reconocimiento

---

<sup>167</sup> De Castro Cid, B. Óp. cit. Nota 97. Pág. 312. *“La mejor prueba de ello es que las cartas de derechos emitidas por otras culturas. como la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos o la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, inciden en la importancia de los derechos y deberes colectivos, traspasando así la esfera individualista, tan propia de occidente”.*

constitucional hayan obtenido<sup>168</sup>, no puede obviarse que su sola integración en el texto constitucional, ya de por sí, produce una innegable aportación en su consagración.

A pesar del déficit operante en cuanto la inclusión de Derechos Humanos de tercera generación en el ámbito constitucional, existe un leve, pero constante, movimiento embrionario tendente a que los procesos constituyentes o de modificación de las vigentes constituciones vayan encontrando una mayor permeabilidad a recoger los derechos que hoy día implica nuevos ámbitos de protección y que en definitiva vienen a cubrir las actuales necesidades que se demandan socialmente. Una muestra la podemos encontrar sobre todo en el ámbito constitucional sudamericano, con ejemplos representativos de esa sensibilidad a recoger los Derechos Humanos de tercera generación y a dotarles de un estatus de verdaderos Derechos Fundamentales<sup>169</sup>. Domínguez Scheid<sup>170</sup> hace un meritorio trabajo recopilatorio en este sentido, y vienen a establecer como Constituciones que han incorporado los Derechos de tercera generación, como la de Nicaragua de 1987, reformada en 1995 y 2000, en sus artículos 30, 40 y 50, que recogen el Derecho a la Paz, el Derecho al Desarrollo, y el Derecho a la autodeterminación de los Pueblos, respectivamente. Por otro lado tenemos la de la República Bolivariana de Venezuela, del año 1999, en sus artículos 30, 90, 190 y 230, que recogen los derechos al Desarrollo, a la Paz, derecho a la protección del patrimonio cultural y artístico de la humanidad, el principio de progresividad de los Derechos Humanos e impone el rango constitucional a los Tratados Internacionales válidamente firmado por Venezuela, siempre que las medidas que incluyan esos documentos supongan un beneficio de cara al ciudadano. También incluye la cláusula de efectividad plena al ser invocables de forma directa ante los órganos judiciales y administración ante cualquier eventual vulneración del mismo.

---

<sup>168</sup> Trataremos el apartado de "reconocimiento y protección" de los Derechos Humanos de tercera generación, en epígrafe posterior.

<sup>169</sup>Wing Solis, F. Op. cit. Nota 70. Pág. 8. " *En el Sistema Interamericano, el principal de aquellos es la Convención Americana sobre DDHH (CADH), también conocida como Pacto de San José (1969), que crea los dos órganos de control de dicho sistema: la Comisión Interamericana de DDHH (CIDH) y la Corte IDH.32 Las violaciones a los derechos consagrados en la CADH, que sean imputables a cualquiera de los Estados Partes de la misma, pueden ser examinadas a través del sistema de peticiones individuales de la CIDH,33 pero sólo aquellos Estados Partes que hayan reconocido expresamente la competencia de la Corte IDH pueden ser demandados ante ésta por la CIDH, juzgados y declarados internacionalmente responsables por ésta en función de tales violaciones.*"

<sup>170</sup> Domínguez Scheid, C. Óp. cit. Nota 24. Pág. 101 y ss.

Otra de las Constituciones que ha venido a congregar Derechos de la tercera generación, es la Constitución de la República Federativa de Brasil, de 1988, que regula la materia de las relaciones internacionales en su artículo 4º bajo los principios de prevalencia de los Derechos Humanos, la autodeterminación de los pueblos, la defensa de la paz y la cooperación entre los pueblos para el progreso de la humanidad.

Sumamos otra muestra de ello, con la Constitución argentina de 1994, tras la modificación operada de su artículo 43, que establece el amparo colectivo, planteando su protección cuando establece que *“Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará requisitos y forma de su organización”*<sup>171</sup>.

A los casos indicados, debemos agregar las constituciones de Ecuador, Venezuela y Bolivia, que gran parte de la doctrina califica de “nuevo constitucionalismo latinoamericano”<sup>172</sup> y que son un buen ejemplo de la inclusión de los nuevos Derechos Humanos dentro de las normas constitucionales<sup>173</sup>. Siendo este tema tratado con mayor

---

<sup>171</sup> Pablo Jiménez, E. *“Los Derechos Humanos de la Tercera Generación”*. Ediar. 1997. Pág. 84. *“Una vez producida la reforma constitucional, queda en claro que los derechos de la tercera generación han sido expresamente reconocidos, a partir del marco textual. No se hablará, de aquí en más, de implicitudes, o aun de matices de “jerarquía constitucional”. Se consagran los derechos del usuario, del consumidor; los medioambientales.” El propio texto se encarga además de hacer notar que los restantes derechos de la tercera generación se encuentran en él expresados, cuando en su artículo 43 se refiere a los derechos de incidencia colectiva”*.

<sup>172</sup> Belloso Martín, N. *“El Neoconstitucionalismo y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. ¿Dos corrientes llamadas a entenderse?”*. Universidad de Burgos. 29/12/2015. *“A partir de la comprensión de la diversidad se inicia en la última década el movimiento jurídico político al que cabría denominar, estrictamente, “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, con la promulgación de la Constitución de Venezuela de 1999, la Constitución Ecuatoriana de 2008 y la Constitución Boliviana de 2009. Para algunos autores, estas tres Constituciones son las que forman estrictamente las bases del “nuevo” constitucionalismo latinoamericano”*.

<sup>173</sup> Sotillo Antezana, A. R. *“La nueva clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”*. Revista Cien Cultura vol.19 no.35 La Paz dic. 2015. *“De esa manera, las constituciones de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia incorporan a su parte dogmática el principio de igualdad jerárquica de los derechos fundamentales, superando la división generacional de los mismos e innovando una nueva clasificación, que en el caso boliviano es reforzado por los principios*

profusión en epígrafes posteriores, queden las mismas citadas en este punto como un buen ejemplo de la dinámica incluyente y sensible a las nuevas realidades que demandan una respuesta constitucional.

En este contexto, consideramos del todo necesario resaltar el tratamiento especial del que se ha ocupado los nuevos textos constitucionales sudamericanos del Derecho de autodeterminación o libre determinación de los pueblos. Un Derecho de tercera generación, que en este ámbito geográfico, ha encontrado un terreno abonado, por diversos motivos<sup>174</sup>, pero que la realidad ha forzado a dotarle de un estatus jurídico de una preeminencia, configuración, eficacia y protección. No debe entenderse que el avance en la concreción en textos constitucionales de los Derechos Humanos de tercera generación es una obra exclusiva de los textos constitucionales en el ámbito sudamericano<sup>175</sup>, si bien, y ello es justo reconocerlo, los últimos progresos en este campo vienen determinados por los movimientos de reforma constitucionales, o por Constituciones de nuevo cuño, en esta zona geográfica, aunque ésta es una reducida exposición de las diferentes progresos en los diferentes recorridos que realiza la nueva generación de Derechos Humanos para ir abriéndose paso y convertirse en una realidad con plena validez jurídica

Una vez expuesta la contingencia del proceso de concreción de la nómina de Derechos Humanos de tercera generación, podemos concluir de la realidad del desafío que se presenta a superar, incluso para dotarles del reconocimiento como entidad autónoma

---

*del pluralismo, la interculturalidad y la descolonización. Es mediante esa nueva clasificación que se advierte el espíritu garantista del nuevo constitucionalismo latinoamericano, pues dichos textos constitucionales buscan la eficacia máxima de los derechos fundamentales, conteniendo un amplio catálogo constitucional de derechos y, principalmente, otorgando garantías jurisdiccionales para su ejercicio.*

<sup>174</sup> Kymlicka, W. "Ciudadanía Multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías". Paidós. 1996. "De hecho, la historia de ignorar las minorías nacionales en el Nuevo Mundo está inextricablemente ligada con las creencias europeas acerca de la inferioridad de los pueblos indígenas que habitaban el territorio antes de la colonización europea. Hasta hace poco, eran considerados como "pupilos" o "razas sometidas", carentes del desarrollo político necesario para ser considerados naciones, incapaces de autogobernarse y necesitados por ello de la protección paternalista de los "superiores" blancos".

<sup>175</sup> Viciano Pastor, R y Martínez Dalmau, R. "La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo". El Otro Derecho nº 48, 2013, págs. 63-84. "Las condiciones que han dado a este nuevo constitucionalismo no son exclusivas de América Latina. De hecho, algunos avances en Asia (Bután), África (República Sudafricana, Túnez) y Europa (el proceso inacabado islandés) parecen apuntar hacia una concepción global de nuevo constitucionalismo".

frente a figuras precedentes<sup>176</sup>. Superado ese primer obstáculo, queda el no poco arduo trabajo de conferirles fundamento a su estructura ontológica y axiológica, para ofrecerles un orden legitimador, que los reconozca como verdaderos derechos. Propósito éste que ha de ser compartido paralelamente con el de establecer unos perfiles nítidos de clasificación para brindar una argumentación, lo más sólida posible. En ambos “fletes” se encuentra un importante sector doctrinal y como hemos podido comprobar, son cada vez más los Estados que le otorgan carta de naturaleza y los recogen en sus textos constitucionales.

A pesar de las dificultades expuestas, las necesidades fuerzan a recorrer un camino que está exigiendo a los responsables políticos que se traduzca en realidades jurídicas. Este ingente proyecto llamado Derechos Humanos de Tercera Generación supone a nivel teórico un desafío motivador y del que, con el tiempo, se está demostrando su consolidación como una nueva estructura que viene a completar a las anteriores generaciones y que se muestra como una evolución no excluyente con el objetivo de complementar y enriquecer. En palabras del maestro De Castro Cid<sup>177</sup>, los Derechos Humanos de tercera generación suponen “...una maravillosa oportunidad de englobar los logros ya alcanzados en siglos anteriores con las respuestas actuales a los nuevos desafíos que el presente depara a la humanidad. De esta forma, conceptos como el de desarrollo, paz, medio ambiente adecuado, etc., deben ser vistos como los puntos de partida imprescindibles desde los que construir un marco adecuado para el desarrollo de los Derechos Humanos correspondientes a generaciones anteriores”.

## **2.5 Denominación.**

### **2.5.1 ¿Derechos Humanos de tercera o cuarta generación?**

---

<sup>176</sup>González Álvarez, R. Óp. cit. Nota 14. “que estos nuevos derechos pretendidos canalizar en una nueva generación, son todos, por ahora, nuevas manifestaciones de los derechos de primera, segunda y tercera generaciones; con otras palabras, son los mismos derechos de las generaciones indicadas; pero, en nuevos entornos o frente a nuevas amenazas”. Consulta 14 junio 2017.

<sup>177</sup>De Castro Cid, B. Óp. Cit. Nota 97.Pag. 311.

Una aproximación al análisis de la nueva generación de Derechos Humanos conlleva inevitablemente una referencia a la cuestión denominativa, por ser éste un asunto en el que por el momento, no existe una opción con una fuerza suficientemente vinculante para ofrecer visos para imponerse. Esta es una materia, que si bien en algunos casos se reduce a un aspecto meramente enunciativo, en otros, tiene unas repercusiones de mayor calado, ya que implica un reajuste en el orden clasificatorio en la Teoría Generacional de los Derechos Humanos con innegables efectos en la materialización de los derechos que gradualmente se van acoplando en cada una de las categorizaciones.

Primariamente la nueva generación ofrece un amplio espectro a su nomenclatura en vista de la riqueza de propuestas que por el momento se pueden constatar. Derechos de la solidaridad, derechos ecológicos, derechos de la sociedad tecnológica, y un variado elenco definitorio que vienen a evaluar una misma realidad, la aparición de una nueva generación de Derechos Humanos. Utilizamos aquí la denominación “generación” no en su aspecto definitorio de una nueva etapa en la clasificación ordinal de los Derechos Humanos desde un plano teórico, sino en su sentido literal, como impulso global de un nuevo suceso temporal que produce un avance en la teoría general, y abre el desafío a la construcción doctrinal de la misma, empezando por su denominación. También es inexcusable mencionar, que estamos en una construcción “*en ciernes*” por lo que es inevitable un proceso depurativo de repose doctrinal de las distintas propuestas, en el que a su vez, no faltan las llamadas a la prudencia la hora de iniciar la construcción teórica de figuras de la entidad de Derechos Humanos<sup>178</sup>.

De todo el catálogo de nomenclaturas que las distintas posiciones doctrinales han ofrecido para definir esta nueva realidad, atenderé especialmente de dos de ellas que por su trascendencia son merecedoras de ocupar un espacio preponderante en este

---

<sup>178</sup> Goig Martínez, J.M. “*Tratamiento Constitucional de los Derechos en Venezuela. ¿Eficacia o Desvalorización?*”. Revista de Derecho UNED, núm. 15, 2014 “. En referencia a la Constitución Venezolana, “*La Constitución ha multiplicado el número de derechos mediante una declaración de derechos muy amplia. Además de las tradicionales libertades negativas, propias de la autonomía de la persona, ha recogido una declaración de derechos extensa y muy minuciosa que incluye derechos de la personalidad, económicos, sociales, culturales, de cuarta generación, etc. Muchos de estos derechos comparten una característica común: son, en realidad, carencias de ciertos bienes que se consideran necesarios para la conservación de la vida humana, o para su mejora, por lo que nos encontraríamos, hablando con propiedad y rigor, ante necesidades que, por el ferviente deseo de que sean satisfechas, calificamos erróneamente como derechos fundamentales o como Derechos Humanos.*”.



acercamiento a los nuevos Derechos Humanos. En una primera nos fijaremos de un aspecto que no es estrictamente una cuestión denominativa, sino que tiene que ver más con la clasificación general de la teoría generacional de los Derechos Humanos. Nos estamos refiriendo al debate surgido ante lo que para la mayoría de autores supone la tercera generación de derechos o por el contrario, debemos sumar, lo que para una minoría es más correcto otorgarle el cuarto ordinal en dicha clasificación generacional. Una segunda cuestión, sí se encuentra más centrada en una cuestión netamente nominativa. De todas las denominaciones que han intentado recoger la esencia de la nueva generación de Derechos Humanos, hay una que goza de gran difusión y aceptación, “derechos de la solidaridad”, que tiene la virtud de identificarse con el valor de referencia<sup>179</sup> y que quizás sea su principal argumento valedor para que haya tenido una generalizada aceptación y se recoja mayoritariamente para definir la nueva realidad de Derechos Humanos.

Por último, para completar la panorámica, realizaremos un breve comentario sobre otra de las denominaciones que está asociada a la revolución tecnológica y su influencia en la Teoría General de los Derechos Humanos. Esta nueva rama tiene una especial trascendencia porque no solo se ciñe a una mera cuestión denominativa, sino para algunos autores, la única realidad que avala la aparición de los nuevos derechos se ciñe exclusivamente al ámbito tecnológico y su dominio sobre las realidades que son recogidas en esta nueva hornada de Derechos Humanos, otorgándoles, casi en exclusividad su contenido material de la generación.

### **2.5.2 Cuatro generaciones de Derechos Humanos.**

Entrando en el análisis de las corrientes que afirman la existencia de cuatro generaciones de Derechos Humanos, encontramos básicamente dos propuestas. Por un lado las que centran su criterio diferenciador en la disgregación de la primera de las

---

<sup>179</sup> Melo de Moraes Rego, N. Óp. Cit. Nota 110. Pág. 58 *"Así, la denominación derechos de la solidaridad está muy lejos de firmarse como una solución conceptual satisfactoria, capaz de ofrecer un marco de referencia de las generaciones de los derechos. No menos insatisfactorias resultan nomenclaturas tales como "derechos de la era tecnológica", o "derechos de la sociedad global" por confundir el concepto de los derechos con el marco ambiental de su ejercicio. También plantean importantes reservas científicas, las denominaciones "derechos de la cuarta generación" o "derechos de la quinta generación".*

generaciones y por otro, las que consideran que la cuarta generación recoge, casi en exclusiva, los derechos que operan al albur de los avances tecnológicos en la llamada “*sociedad de la información*”.

Centrándonos en los primeros, un importante y fundamentado sector doctrinal considera que no puede compartirse como un eje delimitador aunarse en una primera generación los derechos civiles y los derechos políticos, sino que se corresponden a “*generaciones*” diferentes. Dentro de las referencias que avalan esta postura tenemos defensores tan insignes como Rodríguez Palop<sup>180</sup>, Gómez Sánchez<sup>181</sup> y Sánchez Ferriz<sup>182</sup>, entre otros.

Consideran que atendiendo a los rasgos, naturaleza, objeto y grado de protección jurídica, no puede admitirse incluir en una sola generación los derechos civiles y los derechos políticos. Que existen suficientes elementos de juicio como para distinguir ambos tipos y que, irrevocablemente, conduce a emplazarlos en generaciones diferentes. Paralelamente a ello, encontramos en estas propuestas, un fundamento común y es que asocian al devenir del estado demoliberal, y su evolución en el reconocimiento de unos derechos, que son esencialmente liberales y proteccionistas en el origen (de primera generación), y otros, más abiertos a la participación, en su última etapa (de segunda generación).

En la formulación de Rodríguez Palop podemos comprobar tal coincidencia cuando nos explica que los acontecimientos sociales y políticos que auspiciaron la venida de los derechos de marcado carácter político y participativo (de segunda generación remarca) los permite diferenciar de los de primera generación, de índole más proteccionista frente al Estado. Posteriormente, la evolución del Estado Demoliberal da paso al Estado Social y con él, la venida de una nueva generación de derechos, los derechos sociales (de tercera generación), que conllevan una exigencia al Estado de una actitud más activa en la lucha por conseguir el equilibrio social. Su propuesta se ve fundamentada y así lo afirman, al asociar el surgimiento de las generaciones de Derechos Humanos con los distintos sistemas político-económicos estatales, y retroalimentarse mutuamente. Un

---

<sup>180</sup> Rodríguez Palop. M.E. Óp. cit. Nota 26. Pág. 92 y ss.

<sup>181</sup> Gómez Sánchez, Y. Óp. cit. Nota 47. Pág. 239 y ss.

<sup>182</sup> *Ibidem*, Pág. 215 y ss.

acierto en la referida teoría es que, a modo de cláusula de cierre, se advierte por la misma que no podemos pretender encontrar una compartimentación estanca en cada una de las generaciones, asociada a un entorno socio-político aséptico en su evolución. Al contrario, “*los modelos no se han dado en puridad*”<sup>183</sup> sino que se puede constatar, como suele ser común en este tipo de evoluciones, un devenir histórico asociado a cambios políticos y teóricos en los que se va avanzando impulsado por la aparición de nuevas necesidades sociales y que provocan la aparición de respuestas en el ámbito de los Derechos Humanos que intentan cubrir esos espacios, hasta ese momento vacíos. Proceso, que no es original o excepcional, porque por lo general, y “*mutatis mutandi*” lo podemos hallar prácticamente en todos los procesos de surgimiento de nuevas generaciones de Derechos Humanos que se han ido sucediendo históricamente. Con todo, apuntilla que ello no obsta para poder distinguirse las corrientes filosóficas, democráticas y socialistas con relativa claridad, que han impulsado en cada momento la aparición de los nuevos derechos.

En sintonía con lo expuesto, encontramos la propuesta para este tema de Sánchez Ferriz. Aquí hallamos igualmente las normales advertencia iniciales donde se reconoce la aceptación mayoritaria de incluir en una primera generación, lo que denomina<sup>184</sup> “*todos los derechos y libertades tradicionales*” , para a renglón seguido, defender su disenso de dicho planteamiento, y apostar firmemente, por la que es la aparición actual de la que considera, cuarta generación de Derechos Humanos.

En este apartado hace un relevante inciso en cuanto que nos previene de que no debe interpretarse la extensión generacional como expresión de un ánimo de contribuir a la “sobrecarga o inflación de derechos” con una propuesta que eleva a la cuarta generación la nómina de los Derechos Humanos. Recogemos esta apreciación, porque constituye una de las principales críticas ante los intentos de consolidar los nuevos Derechos Humanos y de ahí su trascendencia. Un sector doctrinal, considera que el estatus jurídico de Derecho Humano debe reservarse para aquellas propuestas con un marcado carácter esencialista y de aplicación restringida, a ser el contenedor de los valores más

---

<sup>183</sup> Rodríguez Palop, Óp. Cit. Nota 26. Pág. 95.

<sup>184</sup> Sánchez Ferriz, R. Óp. Cit. Nota 17. Pág. 213.

básicos. Entienden, por lo general, que este es el único modo de preservar un ámbito de protección adecuado y pleno, que de extenderse en exceso la calificación de Derechos Humanos conllevaría a una suerte devaluatoria de su estatus jurídico y por ello, de su fuerza vinculante, reconocimiento y tutela. Si bien ésta será cuestión de tratamiento posteriormente, en el apartado de críticas a la clasificación generacional de los Derechos Humanos, por lo que en este punto limitarnos a adelantar la misma en prueba de su relevancia, tal y como Sánchez Ferriz, merita en la propuesta que venimos comentando. Retomando la misma, apoya la autora su propuesta en varios puntos, que brevemente exponemos.

En un primer punto, considera que la “*contaminación*” que puede provenir de otras disciplinas jurídicas como es la Filosofía del Derecho o el Derecho Internacional, no debe desnaturalizar un análisis esencialmente constitucional de la cuestión, y que por ello, a la luz del mismo, debe hacerse un estudio sistemático jurídico y político de las formas estatales y su influencia en la aparición de los Derechos Humanos<sup>185</sup>. Lúcida apreciación que comparto, y que representa una novedosa aportación a la delimitación generacional de los Derechos Humanos. Esta es a nuestro juicio, una acción reivindicativa plenamente justificada y que viene a delimitar la estructura generacional, dependiendo del ámbito de estudio en el que se desarrolle su objeto. Si la Filosofía del Derecho centra su análisis desde un plano más ontológico, la propuesta de la Autora, se centra en plano epistemológico en cuanto que considera trascendente la influencia que el modelo de estado ha venido ejerciendo en la estructura, reconocimiento y desarrollo de los nuevos Derechos Humanos. Si bien es cierto que en esta materia y bajo la premisa propuesta, el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional coinciden en un análisis sustancialmente epistemológico, la contextualización de ambos entornos de estudio es radicalmente diferente. Mientras que en el ámbito del Derecho Constitucional se centra el objeto de estudio en el modelo estatal y su evolución en el reconocimiento de los derechos, en el entorno del Derecho Internacional, la evolución viene marcada por el reconocimiento global, concretado en los diferentes textos internacionales que se

---

<sup>185</sup> *Ibidem*, Pág. 215 “Sin embargo, el derecho constitucional no puede ignorar los distintos marcos jurídicos y políticos que cada forma histórica del Estado ofrece a las declaraciones de derechos y, fundamentalmente, la diversidad de las relaciones que entre el Estado y el individuo se generan, según se trate de un grupo u otro de derechos”.

han venido desarrollando, y el consecuente tratamiento que en ellos se hace de los Derechos Humanos. Atendiendo en este último apartado, a su evolución y el reconocimiento que se hace de la aparición de nuevos derechos, Sánchez Ferriz, toma como referencia a Gros Espiell<sup>186</sup> para acreditar que la evolución en el marco del Derecho Internacional del reconocimiento de los Derechos Humanos ha tenido un particular desarrollo. En éste contexto, los derechos de primera generación frente a la segunda tiene un claro punto de inflexión al establecer su diferenciación en la exigencia frente al Estado de la postura que debe mantener en el respeto a los derechos de cada una de las generaciones. Mientras que para los Derechos Humanos de primera generación se exige un Estado garante, respetuoso del ámbito material y subjetivo de los derechos, en los de segunda generación, se le demanda un plus, una “obligación de hacer”. En el marco internacional, es consecuente que la primera generación de Derechos Humanos incluya tanto las libertades individuales como los derechos con un marcado carácter político o participativo. Es decir, aúna primera y segunda generación en una sola. Lógicamente, no se sujeta en éste entorno una diferenciación que permita encuadrar a los actuales derechos como de “cuarta generación”, cobrando una mayor lógica en la natural evolución, que se consideren de tercera generación.

Además, apuntala lo expuesto, haciendo hincapié en que el ámbito internacional no encontramos una evolución temporal ordenada en la que los derechos civiles y políticos preceden a los culturales, económicos y sociales en un desarrollo progresivo. Para Sánchez Ferriz, en este marco, los derechos económicos-sociales, encontraron un primer reconocimiento, antes que los civiles-políticos. Esta es una diferencia más que viene a sumar y fundamentar el argumento de que la clasificación generacional en tres apartados es un hecho foráneo e impuesto al Derecho Constitucional desde otras disciplinas, y del que, manifiestamente se pretende emancipar la Autora<sup>187</sup>. Se sustenta

---

<sup>186</sup> *Ibidem*, Pág. 215. “Gros Espiell expone con claridad la diferencia existente entre las generaciones de derechos, tal como la doctrina mayoritaria las formula, y dicha diferencia es válida en este ámbito del derecho internacional pues, en él, los derechos de la primera generación comportan, para los Estados, la prohibición de violarlos, de lesionarlos por acción u omisión; en cambio, el Estado tiene, en el caso de los derechos económico-sociales, una obligación de hacer.”

<sup>187</sup> *Ibidem*, “Sin embargo, el derecho constitucional no puede ignorar los distintos marcos jurídicos y políticos que cada forma histórica del Estado ofrece a las declaraciones de derechos y, fundamentalmente, la diversidad de las relaciones que entre el Estado y el individuo se generan, según se trate de un grupo u otro de derechos”.

para ello en un estudio evolutivo extrapolando su campo de investigación a la evolución del modelo de estado y su influjo en el desarrollo de los derechos que se han ido reconociendo de forma paralela a los propios cambios en el modelo estatal. Considera relevante la evolución que sufre en ese primer estadio el Estado Liberal, que le lleva de un prototipo funcional abstencionista y centinela de libertades individuales, a una “*modificación gradual*” que lo conduce al Estado Demoliberal, ofreciendo participación a sus ciudadanos/as y la posibilidad de concurrir en la “*res pública*”. Evolución que inevitablemente va unida a unos derechos que definen perfectamente el escenario estatal, en cuanto las concesiones que se otorgan sinalagmáticamente con los administrados<sup>188</sup>.

Un segundo razonamiento, que bien puede considerarse un apéndice de la anterior, ya que bebe esencialmente de la misma argumentación, va orientado a un análisis cualitativo de las libertades que por lo general se incluyen en una misma primera generación, cuando son sustancialmente diferentes. Podemos sintetizar el cuadro comparativo en cuanto al ámbito subjetivo, ya que para Sánchez Ferriz, primero son las libertades individuales y segundo las libertades colectivas<sup>189</sup>. En definitiva, una diferenciación que viene a abundar en el equidistante devenir que encontramos en el tándem Estado y Libertades en este contexto histórico y que apoya la propuesta de otorgar a cada modelo de éstas un encuadre en la organización generacional en distintas etapas (primera y segunda).

---

<sup>188</sup> ibídem, Pág. 215. “*Téngase en cuenta que, por una parte, el Estado liberal sufre una ostensible evolución que lo modifica gradualmente hasta la última fase de lo que se conoce como Estado demoliberal, y, por la otra, que dicha evolución se halla estrechamente unida a la aparición y consolidación de los derechos de participación o, al menos, de ejercicio colectivo que (quíerese o no) difieren notablemente en su funcionalidad y estructura de los derechos individuales de las primeras declaraciones*”.

<sup>189</sup> Ibídem. Pág. 216. “*Podría afirmarse, en tal sentido, que son dos los tipos de derechos que se incluyen en una misma generación por parte de la doctrina más extendida: 1. Por una parte, las primeras libertades individuales que son objeto de reconocimiento por el primer Estado liberal como respuesta a las exigencias de un liberalismo que aún no se ha desprendido totalmente de sus tintes privatistas e individualistas y que, fundamentalmente, trata de proteger la propiedad y la libertad económica de las restricciones a que las sometió el antiguo régimen. 2. Por la otra, las libertades de ejercicio colectivo que responden a exigencias o intereses generales de una sociedad incomparablemente más amplia que la compuesta por los poseedores. Libertades que no se reconocen, como las de la fase precedente, en el momento de constituirse el nuevo Estado, sino que desempeñan un papel activo en el orden político, dando lugar, ellas mismas, a la mutación del Estado por cuanto, progresivamente, le fuerzan a democratizarse ampliando sus bases sociales*”.

Por último, la propuesta remarca la distinción operante en las libertades que concurren en esa primera etapa del Estado Liberal, desde un criterio de funcionalidad política y estructura jurídica. Para ello se apoya en el contexto social (empuje de la burguesía), los derechos que recogían las declaraciones contemporáneas (libertad, igualdad y reconocimiento y protección de la propiedad ) y finalmente, apela a un juicio filosófico, para afirmar que los derechos que en cada momento son reconocidos son una consecuencia de la “*filosofía individualista del liberalismo*”, para concluir que “*Esta primera generación, pues, halla su fundamento en las corrientes individualistas, tiene su marco político en el Estado liberal formalista e inhibicionista y convive con las estructuras jurídicas del mismo (Parlamento homogéneo, sufragio restringido, negación del asociacionismo, etcétera)*<sup>190</sup>”.

Entendemos todos estos razonamientos en apoyo a la distinción de las libertades que coparon ese primer Estado Liberal para otorgarles las dos primera generaciones, como un convincente intento acreditativo de que existen diferencias sustanciales entre los derechos que se otorgaron en primer momento y contexto a los que, más tarde, aparecieron fruto de la evolución no solo social, sino jurídica, política y filosófica. De ahí que, se concluya con la propuesta, con un juicio absolutamente respetable y, sin duda, bien sustentado. Consecuentemente, la nueva hornada de Derechos Humanos que ocupa este trabajo y que tiene su aparición a finales del siglo XX, ocupa el cuarto ordinal en la Teoría Generacional de los Derechos Humanos.

En la misma línea se encuentra la propuesta de Gómez Sánchez<sup>191</sup>, cuando coinciden con Sánchez Ferriz en el apoyo al deslinde de derechos en el Estado Liberal para formular distintas generaciones en cada uno. Considera que hay que superar la formulación clásica del Estado de Derecho para distinguir claramente entre un Estado con caracteres únicos de legalidad, frente a un Estado que añade a esos caracteres un plus de legitimidad democrática en la elaboración y aplicación del derecho.

---

<sup>190</sup> *Ibidem*. Pág. 218.

<sup>191</sup> Gómez Sánchez, Y. Óp. cit. Nota 47. Pág. 231.

Sin ánimo de redundar en lo ya argumentado, destacaré aquellos aspectos diferenciadores. Uno de ellos, es su acertada apreciación en la concurrencia de un contexto de conflicto integral que suele preceder a los albores de una nueva generación de Derechos Humanos. Así lo podemos constatar, en palabras de la autora, tanto en el paso de la primera a la segunda que es fruto de un “*Estado Liberal cercado y amenazado por los problemas*”, en la segunda mitad del siglo XIX, y se reproduce el clima de insatisfacción al pasar de la segunda a la tercera generación de Derechos Humanos. A partir de la mitad del siglo XX, el Estado de Bienestar Social y la correspondiente generación de derechos, son consecuencia de unas estructuras liberales que no aguantan el envite de las reivindicaciones democráticas, así como de la necesidad de dotar al sistema de resortes efectivos a fin de conseguir una igualdad material y no meramente formal. Podemos concluir que al igual que las generaciones anteriores esta cuarta (o tercera) produce su génesis en un clima de movimientos sociales que constatan la incapacidad del modelo vigente para ofrecer respuestas válidas.

En su argumentación nos aporta otra valiosa apreciación, que además va en contra de la línea argumental mayoritaria al respecto. Califica como de “*diferencia esencial*”, entre la cuarta generación de Derechos Humanos y las precedentes, en que en ésta, no se produce un cambio de estructuras estatales, como sí ocurre en las anteriores generaciones de Derechos Humanos. En el caso de la segunda generación, no fue un cambio estructural del modelo de Estado pero sí una “alteración sustancial” de sus principios rectores. Para Gómez Sánchez, el modelo que sustenta esta cuarta generación no difiere intrínsecamente del Estado Social surgido en la segunda mitad del siglo XX. Ni tan siquiera, entiende, que haya operado una modificación sustancial de principios regentes como ocurriera con el Estado Liberal. De este modo extirpa en este caso la evolución política del análisis de los elementos que dan origen a la cuarta generación de Derechos Humanos y se ciñe a eventualidades científicas y técnicas como los únicos catalizadores engendradores de la misma. Como hemos indicado, esta perspectiva es significativa ya que como analizaremos posteriormente al hacer una breve exposición de los modelos de Estado que han ido acompañando a las generaciones de Derechos Humanos, que por regla general, se acepta mayoritariamente que el alumbramiento de la



cuarta (según la autora) generación de Derechos Humanos, sí ha venido acompañado de un cambio del armazón estatal imperante en el contexto temporal (dando pie al Estado Constitucional o incluso, en algunos ámbitos geográficos a un nuevo constitucionalismo).

A todas luces, el contraste ideológico enriquece el debate científico sobre la configuración de la nueva generación de Derechos Humanos, que ofrece una inexorable permeabilidad en todos sus ámbitos al cuestionamiento y la reflexión, y con ello, a la aportación ponderada de análisis que sirven a su sustento y fundamentación.

Apoyando estas posiciones, otros autores que consideran más apropiado hablar de una cuarta generación de Derechos Humanos, ya con un carácter más liviano, contamos con la propuesta de Bailón Corres<sup>192</sup>, coincide básicamente con lo defendido por las corrientes que diferencian dos generaciones de derechos en el Estado Liberal y por consiguiente considera a la nueva serie de Derechos Humanos como la cuarta generación<sup>193</sup>, si bien, añade una relevante consideración al debate. Incluye en los Derechos Humanos de cuarta generación el derecho de las minorías<sup>194</sup>. En particular con una referencia expresa a los Derechos de los Pueblos Indígenas. Si bien esta información bien pudiera haberse contextualizado en el apartado de listado de Derechos Humanos de cuarta generación, se ha traído a este momento con la intención de ofrecer de forma conjunta las dos aportaciones que la propuesta del Autor nos ofrece. Por un lado, coincidir con las tesis defendidas por Sánchez Ferriz, Gómez Sánchez y Rodríguez Palop de estimar más acertado clasificar los nuevos derechos que nos ocupan como una cuarta generación de derechos y por otro lado la de incluir en la misma, la novedosa

---

<sup>192</sup> Bailón Corres, M. J. Óp. cit. Nota 149.

<sup>193</sup> *Ibídem.* Pág. 107. “No obstante cabe señalar que algunos autores dividen esta llamada primera generación de derechos en dos generaciones (con lo que los derechos se dividirían en cuatro generaciones). En la primera estarían aquellos derechos vinculados a la concepción liberal de las libertades negativas, junto al principio de igualdad ante la ley, es decir los derechos civiles individuales: la libertad, el derecho a la vida, la propiedad, a la seguridad. Yolanda Gómez Sánchez y Remedio Sánchez Ferriz comparten esta división de lo que tradicionalmente se han considerado derechos de primera generación, en dos generaciones”.

<sup>194</sup> *Ibídem.* Pág. 115. “Dentro de los derechos de cuarta generación incorporamos a los derechos de las minorías, en particular los derechos de los pueblos indígenas, que hasta los años setenta, cobraron gran importancia en el debate de los foros internacionales y cuyas demandas se potenciaron sobre todo después de la aparición del EZLN en enero de 1994 en el sureste mexicano, hasta que en 2007 fuera aprobada la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos indígenas.”.

aparición de los derechos de las minorías. Esta última es una contribución relevante y trascendente, porque viene a sumar a la nómina de Derechos Humanos de cuarta generación, desde una concepción que podríamos calificar de clásica o mayoritariamente aceptada de derechos, los derechos de los grupos minoritarios. Una muestra más de uno de los rasgos más distintivos de esta nueva generación, su perspectiva cosmopolita y holística, con vocación integradora y con un objetivo nítido de dar cobertura de rango de Derecho Humano a las necesidades sociales, incluidas las de las minorías. Y en este caso, añadimos que ésta era una cuestión que se encontraba en el registro de asuntos pendientes desde hacía bastante tiempo. A pesar de las argumentadas críticas y su llamada a la reflexión, coincidimos plenamente con Bailón Corres en que los derechos de las minorías gozan de los elementos necesarios para integrar la nómina de Derechos Humanos de esta cuarta generación porque no hay nada más representativo del grado de madurez de una sociedad que su nivel de respeto, protección y tolerancia a aquellos grupos de ciudadanos con un elemento diferenciador y que por ello es perfectamente admisible la pretensión de que se les dote del mayor grado de tutela que jurídicamente puede brindar, ya sea como Derecho Humano y Derecho Fundamental. En palabras del Autor *“La integración entre los diversos grupos o generaciones de derechos no ha sido resultado de una simple suma o acumulación de los mismos. Sobre todo, ha sido el apuntalamiento de unos y otros a lo largo de la historia de los últimos siglos resultado de la movilización social y de la negociación de las clases y grupos sociales con la estructura del poder. Por eso es necesario hacer un recuento del proceso de reconocimiento de derechos para estos grupos humanos”*.

Coherentemente a dicha premisa, incluye en su propuesta de Derechos Humanos de la cuarta generación una serie de derechos representativos de la sensibilidad que presta a los colectivos más vulnerables o que se sienten infravalorados o infrarrepresentados por el grupo mayoritario o dominante (*derecho al desarrollo, al progreso, a la autodeterminación, a la paz, a un ambiente sano, a la libertad informática, a la identidad*). Destaca, sobre todo, en ese listado dos derechos representativos, el Derecho

a la Identidad Cultural y el Derecho a la Autodeterminación<sup>195</sup>. Adelantamos ya su trascendencia y que será materia que será objeto de desarrollo en epígrafes posteriores.

En este recorrido expositivo, llegamos a una propuesta que, si bien infiere, igualmente como las anteriores, una cuarta generación en el orden clasificatorio, la fundamentación de la misma es, sensiblemente, diferente a la ofrecida por la muestra doctrinal anteriormente citada. Bustamante Donas<sup>196</sup>, ofrecen una propuesta de cuatro generaciones de Derechos Humanos, pero en este caso su punto de inflexión para llegar al cuarto ordinal no viene determinado por la separación de las libertades que operaron en un primer momento, sino justo al contrario, las que nos encontramos en la última etapa. La propuesta que nos ofrecen realiza una distinción en los Derechos aparecidos en la reciente época, diferenciando por un lado “*Derechos de la Solidaridad*” y por otro, los Derechos aparecidos más recientemente y que entiende que tienen una singularidad propia como para constituirse autónomamente como una generación de Derechos independiente. En este apartado debemos destacar lo que ya anunciamos al inicio del presente epígrafe. Que la cuestión terminológica en este caso implica una doble perspectiva, ya que entra en la controversia la cuestión estrictamente denominativa (derechos de la solidaridad) y por otro, la de el orden que ocupa en la clasificación generacional (de tercera o cuarta generación).

Desarrollando brevemente su tesis, encuadra los referidos “*Derechos de la Solidaridad*” asociada a la tercera generación, a los cambios operados principalmente en la segunda mitad del siglo XX. Coincide con el planteamiento generalizado que entienden como “motor impulsor” de los mismos la actuación llevada a cabo por los movimientos sociales que operaron en esa época y que pusieron en evidencia las deficiencias del sistema y la necesidad de repensar la cobertura de Derechos que amparaba especialmente en algunos ámbitos (sobre todos los colectivos)<sup>197</sup>. En esta propuesta, al

---

<sup>195</sup> *Ibidem*. Pág. 117. “Para entender parte de la discusión cerrada que se ha dado en los organismos internacionales en tornos a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, repasaremos a continuación sus dos componentes esenciales: el derecho a la identidad cultural y el derecho a la autodeterminación”.

<sup>196</sup> Bustamante Donas, J. *Óp. cit.* Nota 22.

<sup>197</sup> *Ibidem*. Pág. 65. “Los llamados derechos de la solidaridad, constituyen una tercera generación que se concretiza en la segunda mitad del siglo XX. Esta vez, su motor impulsor es la acción de determinados colectivos que reclaman legítimos derechos. Se comienzan a configurar en forma de declaraciones sectoriales, que protegen los derechos de colectivos discriminados por grupos de edad, minorías étnicas

igual que la anterior, encontramos una especial perceptibilidad por la escasa eficacia favorecedora de la tutela de las minorías. Derechos éstos que consideran se han ido afianzando en el panorama internacional y que incluso han favorecido el “*diálogo norteamericano, el respeto y la conservación de la diversidad cultural, la protección del medio ambiente, la conservación del patrimonio cultural de la humanidad, etc.*”.

Como decimos, la particularidad de la propuesta de Bustamante Donas viene marcada por la entidad que otorgan a un grupo de nuevos derechos aparecidos más recientemente, que les dota de una trascendencia, con fuerza suficiente como para estimar que pueden configurar una nueva generación de Derechos Humanos (la cuarta). Centra la asignación de tal preeminencia a un conjunto de Derechos, como son el Derecho a la Paz, el Derecho a una Justicia Internacional, el Derecho a la elección de un modelo de desarrollo sostenible y al patrimonio cultural de la humanidad y por último y coincidiendo con las propuestas precedentes, el Derecho a un Entorno Multicultural<sup>198</sup>.

Es destacable la originalidad de la propuesta, que si bien, el Derecho a la Paz está asentado en la gran mayoría de listados propuestos como Derechos de la nueva generación, en este caso, añaden una nueva perspectiva al mismo con el Derecho a una Justicia Internacional. Además, dota de contenido material al mismo al establecer que su objetivo es la posibilidad de ofrecer legitimidad a los actores internacionales para poder intervenir en aquellos conflictos armados locales con la finalidad de imponer la paz. Novedoso en ese sentido es que se incluyan como Derechos Humanos de nueva generación (en este caso la cuarta según propone) manifestaciones tales, como “*la persecución sin fronteras de los dictadores, la limitación del derecho a la inmunidad diplomática para determinados delitos, y el derecho a crear un tribunal internacional que actúe de oficio en los casos de genocidio y crímenes contra la humanidad*”.

En este punto, incidir en el Derecho de cuarta generación que denomina “*a un entorno multicultural*”, que cobra un especial relieve por incluir en su ámbito objetivo, no solo

---

*o religiosas; países del Tercer Mundo, que se ven afectados por alguna de las múltiples manifestaciones que cobra la discriminación socioeconómica*”.

<sup>198</sup> *Ibidem*. Pág. 65.

el respeto y protección a las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas, sino que lo amplían para comprender la libre circulación de personas con el convencimiento de que ello traerá una vida más digna a la humanidad, pero sobre todo, y aquí está otro marchamo de distinción, a los trabajadores inmigrantes. Sin duda, una bien intencionada propuesta voluntarista que hay que reconocer que cuenta con todas las exigencias para ser incluida en la nueva generación de Derechos Humanos, pero a la que falta recorrido teórico a fin de dotarle de una armadura estructural que permita convertirlo en una realidad. Algo en lo que confiamos que sea, esperamos, más pronto que tarde.

Por último añadir un elemento que llama la atención de la propuesta de Bustamante Donas, nos referimos al tratamiento que hace de la Libertad de Expresión, que a su juicio, merece un replanteamiento a la luz de su evolución en los últimos tiempos y que incluso puede ser estimado con un verdadero Derecho Humano de cuarta generación<sup>199</sup>. Esa nueva perspectiva otorgada a la Libertad de Expresión, encuentra su fundamento, a su juicio, en las nuevas modalidades de comunicación, principalmente por el uso de redes sociales que están produciendo una transgresión del bien jurídico protegido, por verse atentado por novedosos modos que en un origen ni tan siquiera se alcanzaban a prever. Resulta ineludible el debate que subyace a la cuestión. Es evidente, que la comunicación por redes sociales, sistemas telemáticos y en general por medios electrónicos está produciendo zonas grises donde la fricción entre derechos como la Libertad de Expresión, la Libertad de Información, Derecho a la Intimidad, Derecho a la Propia Imagen, se está revelando como una constante y por ello una llamada de atención que merece la atención de las instituciones pertinentes a todos los niveles. La calificación de los nuevos supuestos de hecho a los que se enfrenta los Derechos de generaciones precedentes, conlleva a verse forzados a una “*actualización*”, en orden a cumplir con su eficacia y ofrecer medios de protección más idóneos. Desde un plano teórico, esta reconfiguración puede ser percibida como simplemente eso, un

---

<sup>199</sup> *Ibidem*. Pág. 69. “5. *La Libertad de Expresión como un Derecho Humano de Cuarta Generación*. ....*El hecho de que la Internet se haya democratizado, y se haya convertido en una infraestructura técnica, orientada a proporcionar una cobertura de comunicación barata, horizontal y de ámbito global, hace que la libertad de expresión y el resto de las libertades asociadas a ella, deban aplicarse en toda su extensión a las actividades personales que se llevan a cabo en la red. Se produce así, un salto cualitativo, y cobra aquí una gran relevancia que no se posee en los medios tradicionales de comunicación. Teóricamente, cualquiera puede exponer sus opiniones a través de estos medios*”.

reacondicionamiento que en nada hace perder su esencia y mantiene su estatus jurídico<sup>200</sup>, o por contra, puede entenderse que el alcance de la transformación conlleva reconocerles nuevos perfiles con entidad como para ser incluido en una generación posterior. Esta es una opción de apreciación.

### **2.5.3 Tres generaciones de Derechos Humanos.**

Desde una posición más clásica de la materia, podemos traer la propuesta de Pérez Luño<sup>201</sup> que opta claramente por la concurrencia de una tercera generación de Derechos Humanos, y rechaza la inclusión de una cuarta. No solo no comparte un cuarto ordinal en la clasificación generacional sino que lo considera “un desafortunado uso”<sup>202</sup>. Entiende que tal denominación evoca ingenuidad y ligereza intelectual al entender por superado el debate que otorga consistencia teórica y reconocimiento a los Derechos Humanos de tercera generación, para el que, lejos de ello, lo entiende todavía como una nebulosa, desterrando cualquier posibilidad de asentamiento de la categoría jurídica. Es evidente que el profesor opta por una perspectiva en línea con la opción más generalizada, si bien, los motivos que argumenta se apoyan en la necesidad de cerrar un debate, el de los Derechos Humanos de tercera generación, antes de abrir nuevos proyectos en este sentido. Con ello, desde una postura cautelosa, considera contraproducente iniciar la configuración de una cuarta generación, cuando los de tercera no tienen un reconocimiento y perfil generalmente admitido. De ello podemos deducir cierta compatibilidad de su propuesta, con las tesis de existencia de cuatro generaciones que han expresado comentado de Sánchez Ferriz, Gómez Sánchez o Rodríguez Palop. Suerte distinta deben correr las tesis de una quinta o posteriores generaciones de compatibilizar su labor de construcción de forma paralela a los Derechos Humanos de tercera generación, cuando, con buen criterio, Pérez Luño establece que la misma se encuentra en pleno proceso de configuración, por lo que es, a

---

<sup>200</sup> Álvarez Conde, E y Tur Ausina, R. Óp. cit. Nota 5. Págs. 231-276. *"En esta nueva generación puede realizarse la siguiente distinción, teniendo en cuenta que constituyen no tanto nuevos derechos sino, fundamentalmente, nuevas dimensiones de derechos ya existentes a los que se les plantean recientes e importantes retos: 1) Derechos que consagran un nuevo estatuto jurídico de la vida y la integridad física y psíquica... .... 2) Derechos relacionados con la globalización de las comunicaciones."*

<sup>201</sup> Pérez Luño, Antonio Enrique. Óp. cit. Nota 9. Pág. 27.

<sup>202</sup> *Ibidem*. Pág. 18.

todas luces, pretencioso iniciar proyectos que avancen en la construcción de un camino, del que todavía no se ha cimentado lo recorrido hasta este momento.

Igualmente, considera insuficiente calificar como “*derechos de la solidaridad*” a la nueva generación de Derechos Humanos, a pesar de reconocer el incuestionable protagonismo del referido valor. Considera que en muchos casos se incluye en la denominación “*derechos de solidaridad*” pretensiones ya garantizadas por derechos incluidos en el plano de los derechos de segunda generación. Concluyendo que “*La denominación, derechos de solidaridad, está muy lejos, por tanto, de constituir una panacea conceptual capaz de ofrecer un marco de referencia diáfano de las generaciones de derecho*”<sup>203</sup>.

También es representativa la formulación que proponen autores como Ortega Martínez<sup>204</sup> y Domínguez Scheid<sup>205</sup> que se alejan de la fórmula de diferenciar cuatro generaciones de Derechos Humanos, asociada a la evolución de los derechos dentro del Estado Liberal, en esa primera fase de reconocimiento y positivización. Y digo que es simbólica esta aportación doctrinal porque su propuesta conlleva una diferencia generacional entre una tercera y cuarta etapa, no porque traiga consecuencia por el reconocimiento de derechos intrínsecamente diferentes en la primera época liberal, sino porque distinguen entre una tercera generación que incluye los denominados “derechos de la solidaridad”, frente a una cuarta, centrada en los generados por el desarrollo tecnológico<sup>206</sup>.

---

<sup>203</sup> *Ibidem*, Pág. 18.

<sup>204</sup> Ortega Martínez, J, “*Sociedad de la Información y Derechos Humanos de Cuarta Generación. Un desafío inmediato para el Derecho Constitucional*”. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, México, UNAM, p. 663.

<sup>205</sup> Domínguez Scheid, C.A., *Óp. cit.* Nota 24.

<sup>206</sup> *Ibidem*. Pág. 29. “*Los Derechos Humanos han sido clasificados, según el contenido que se les atribuye, en: • Derechos de Primera Generación: Derechos Civiles y Políticos. • Derechos de Segunda Generación: Derechos Económicos, Sociales y Culturales. • Derechos de Tercera Generación: Concebidos por Karel Vasak como Derechos de la Solidaridad, y tema de esta memoria. • Derechos de la Cuarta Generación (Responden a situaciones que se presentan debido al gran desarrollo tecnológico de la actualidad, la consiguiente aparición de nuevos conflictos éticos y la formulación de nuevos Derechos Humanos. Pertenerían a esta categoría el derecho sobre el patrimonio genético de la humanidad, y los Derechos Humanos relacionados con la biotecnología. No obstante no ser el tema de este trabajo, y que su desarrollo como categoría doctrinal es apenas incipiente, hacemos mención a ellos como muestra de la progresividad de los Derechos Humanos)*”.

En cuanto la propuesta de Ortega Martínez nos ofrece una clasificación, donde los Derechos Humanos se explican dentro de un conservacionismo necesario para garantizar la subsistencia y los de cuarta generación, sirven a un objetivo dual, por un lado, ofrecer protección ante la ofensiva que se está produciendo contra la esfera personal por el ingente flujo de información que circula con un alto grado de opacidad y falta de control y por otro, por la necesidad de garantizar a todas las personas un acceso a las tecnologías de la información<sup>207</sup>. Para el Autor el desarrollo de las tecnologías de la información y de las comunicaciones está suponiendo un estímulo potenciador de gran ímpetu a todos los niveles. No solo dentro del marco estrictamente tecnológico al suponer avances que propician la interrelación personal en tiempo real y en nuevos modos, sino que los flujos de información y el tratamiento de la misma, está alterando de forma muy importante las dependencias políticas, económicas y sociales como hasta este momento se entendían. En respuesta a ello, acertadamente considera que los “*instrumentos jurídicos tradicionales*” se están mostrando claramente insuficientes, en algunos casos por desbordamiento en otros por falta de previsión ante las nuevas realidades, pero que en definitiva se crean espacios vacíos que se han de corregir, dentro de lo denomina “*la sociedad de la información*”. Esta nueva “*estructura de poder*”, nos advierte con buen criterio, tiene<sup>208</sup> “*el potencial de oprimir y explotar a quienes carecen de las habilidades o del acceso a las herramientas de información y comunicación*”. Esta es una de las premisas que operan como elemento primigenio para el mandato sobre nuestros operadores jurídicos, para que se realicen las actuaciones necesarias, especialmente en el ámbito de los Derechos Humanos<sup>209</sup>, para ampliar el universo de

---

<sup>207</sup> Ortega Martínez, J. Óp. Cit. Pág. 204. “*Los Derechos Humanos de la primera generación se soportan axiológicamente a partir de la necesidad existencia del ser humano como ser racional en lo privado primero y en lo público después; los de segunda generación se basan en la necesidad de desenvolvimiento de éste en los marcos sociales y económicos de una sociedad determinada; los de tercera generación se explican en la inefable prioridad del mantenimiento y subsistencia de la razón humana como tal, mientras que los de la cuarta generación se sustentarán en la necesidad inédita de asegurar a todos los individuos el acceso a las tecnologías de información y comunicación, fomentar el flujo e intercambio de información, alentando la transferencia de conocimientos y estimulando la innovación y formación del capital humano con el objetivo de que la sociedad de la información esté orientada a eliminar las diferencias socioeconómicas existentes, evitar la aparición de nuevas formas de exclusión y transformarse en una fuerza positiva para todos los pueblos del mundo, reduciendo la disparidad entre los países en desarrollo y los desarrollados, así como en el interior de las naciones*”.

<sup>208</sup> *Ibidem*. Pág. 671.

<sup>209</sup> Jiménez Benítez, W.G., Óp. Cit. Nota 6. Pág. 37. “*El Enfoque de Derechos Humanos también permite comprender que el derecho no solo es una norma legal, sino fundamentalmente una norma social, cuya observancia es conveniente para todos los ámbitos de la sociedad*”.



protección en previsión de las agresiones que puedan provenir de un desarrollo tecnológico que inevitablemente conlleva desequilibrios. “*Asimetría de la Globalización*” define a la evidencia de que no todos tienen un mismo acceso a la información, ni todos pueden hacer un mismo uso de la misma. La distancia que separa a aquellos que ofrecen la información y su empleo, genera una dependencia y posible manipulación sobre los que juegan un rol de meros receptores. De ahí la trascendencia de intervención jurídico-institucional para paliar esos desequilibrios. Gestado ese ámbito de tutela, se podrá avanzar con las medidas en garantía de la equidad de acceso a todos los recursos y por último, al fomento y desarrollo de cuantas herramientas se hayan revelado como eficientes en la búsqueda de una mejor calidad de vida, pero reiteramos, ocupa un lugar preferente garantizar un espacio de abrigo ante las acometidas generadas por esa “*sociedad de la información*”.

Por último, destacar de ésta propuesta, dos postulados con los que conectamos completamente. Por un lado, su inferencia de que los avances tecnológicos pueden constituirse como “*motor de la economía*”. Es inapelable que una de las consecuencias más directas que está teniendo los progresos tecnológicos en comunicaciones y flujos de información, se está generando en el ámbito económico. La rapidez de las transacciones, el volumen de negocio que se está produciendo por vía telemática, la globalización de las compras y ventas, la transformación y acercamiento de la relación cliente-empresa, y un largo etcétera, se está experimentado en un ambiente claramente mercantilista. Es más, posiblemente su impulso viene dado precisamente por el interés que gravita en todo ello, como operaciones, en último fin, potencialmente generadoras beneficios empresariales. Ante ello, es ineludible la necesidad de dotar de un marco de protección que impida el abuso, la especulación y la injusticia, en general de la parte más débil, los ciudadanos/as.

Una segunda consecuencia es que estos avances tecnológicos puedan convertirse en instrumentos de desarrollo social. Sin duda, este progreso puede influir claramente en

un plano colectivo, ofreciendo prosperar en ámbitos como el educativo, la sanidad, la cultura e incluso en la mejora de los canales de participación democrática<sup>210</sup>.

Por lo expuesto, queda fuera de toda duda la necesidad de ofrecer una respuesta desde el ámbito de los Derechos Humanos a estas nuevas realidades y a los desafíos que presentan en el marco constitutivo en la configuración, aplicación y protección los nuevos Derechos que surjan.

#### **2.5.4 Los Derechos tecnológicos.**

No podía faltar en esta propuesta de análisis de la realidad contemporánea la aparición de los nuevos Derechos Humanos surgidos al albur del progreso tecnológico. En este caso se produce un foro de debate sobre la originalidad y exclusividad de los mismos, por su consideración como genuinos y novedosos Derechos o por el contrario, sino que son “*nuevas formas*” de derechos de anteriores generaciones y cuya nueva expresión viene a incluirse en la que denominan, cuarta generación de Derechos Humanos<sup>211</sup>.

Trasladado al debate generacional, la postura de monopolizar la cuarta generación con los que podríamos llamar a efectos pedagógicos “*los Derechos Tecnológicos*”, es representativa porque hay que reconocer que existe cierto grado de aceptación en un ámbito doctrinal. De modo simplista, esta opción conlleva irreduciblemente, que la tercera generación, quede centrada en los derechos que por lo general, son los que, mayoritariamente ocupan el debate sobre la nueva generación como son el derecho al medio ambiente, derecho a la paz, derecho al desarrollo y el derecho al patrimonio

---

<sup>210</sup> *Ibidem*. Pág. 673. “Además de los potenciales objetivos económicos, las nuevas tecnologías también pueden utilizarse para alcanzar metas de desarrollo social. El proceso de digitalización puede ayudar a elevar los estándares educativos y mejorar los mecanismos de aprendizaje; asimismo es útil para expandir tales sistemas, lo cual beneficiaría a la sociedad en su conjunto. ....*La denominada “oportunidad digital” también proporciona herramientas para mitigar la pobreza, otro posible principio rector.*”

<sup>211</sup> Álvarez Conde, E y Tur Ausina, R. Óp. cit. Nota 5.

común, según Domínguez Scheid<sup>212</sup>, al que podemos sumar el derecho de autodeterminación de los pueblos.

Con todo ello la trascendencia de las propuestas de Domínguez Scheid y Ortega Martínez, a los fines que interesan, cumplen el cometido de estimular un debate que se encuentra actualmente en progreso. Nos referimos a dar respuesta a una serie de cuestiones que, ya sea desde el marco de una cuarta generación de Derechos Humanos (como es el caso) o de una tercera, o incluso una quinta, ¿tienen los derechos del ámbito tecnológico entidad suficiente como para alcanzar el grado de Derecho Humano?, ¿Son los derechos tecnológicos exégesis actualizadas de Derechos Humanos ya reconocidos?, ¿merecen los Derechos Humanos surgidos al amparo de la evolución tecnológica otorgarles un orden generacional en exclusiva, o puede ser compartido con otros Derechos coetáneos que puedan coincidir en su estructura, legitimidad y función, aunque de distinto ámbito material?. Dar respuesta a estas cuestiones en este punto excede de nuestra finalidad, si bien, no puede pasarse por alto que hoy día estos Derechos, los generados por el avance tecnológico, están postulándose como verdaderos Derecho Humanos por un respetado sector doctrinal y que la diversidad que caracteriza esta nueva generación de Derechos Humanos, ya se opte por una tercera o cuarta generación, supone otorgarles carta de naturaleza para su pleno reconocimiento como tales. No olvidemos que temporalmente son consecuencia de procesos contemporáneos al resto de Derechos Humanos de la nueva generación, que comparten con ellos muchas de sus características y salvedad hecha de las particularidades que podamos encontrar en cada uno, existen indicios suficientes como para deducir que pueda existir una convivencia pacífica entre tales derechos dentro de una única generación. Si de ello debemos interpretar que deben ocupar un espacio preeminente o único en el ámbito material de la nueva generación, se torna de más difícil aprehensión.

En este espacio, y siendo el objetivo del mismo ofrecer una panorámica general de la controversia existente entre la doctrina en su labor de perfilar la clasificación

---

<sup>212</sup> Domínguez Scheid, C.A., Óp. Cit. Nota 24. Pág. 34 *“Entre estas preocupaciones universales, se encuentran contenidos los cuatro primeros derechos de solidaridad, conformados por: el derecho a la paz, al desarrollo, al medio ambiente y al respeto del patrimonio común de la humanidad. Se puede sostener que es desde el principio de solidaridad donde se comienza a construir un orden internacional que reconoce determinados valores para la preservación de la humanidad.”*

generacional de los nuevos Derechos Humanos, consideramos que la propuesta de abrir una cuarta generación únicamente con los derechos de la evolución tecnológica, es una opción con un alto grado de subjetividad y que por el momento no cuenta con un sustento teórico que lo avalen con entidad suficiente como para optar a la categoría de teoría, quedándose en un marco hipotético. Es cierto, como ya se ha reconocido, que cuenta con un relativo aval doctrinal pero, por el momento, no tiene un sustrato teórico que permita considerarla en un debate equidistante con el resto de posiciones a considerar<sup>213</sup>. Muy al contrario, la opción expuesta en párrafos anteriores de deslindar generacionalmente las libertades que operaron en las etapas de progreso del Estado Liberal, sí cuenta con un andamiaje teórico bastante firme y es una propuesta, que al margen de poder compartir sus postulados, viene avalada por un análisis motivado y asentado en consideraciones teóricas que permiten, sin excesivos reparos, llegar a entender y potencialmente compartir sus conclusiones.

### **2.5.5 Una cuestión metodológica.**

Por último, la prudencia nos ofrece una llamada atención ante los riesgos de este periodo de perfilación genética de la nueva generación de Derechos Humanos. Es elocuente la vivacidad de un debate que se encuentra ahora mismo en plena efervescencia y por ello, en algunos casos, con propuestas que se amparan en la Teoría Generacional de los Derechos Humanos para acreditar una legitimidad, que sin embargo, exceden en mucho de los parámetros en los que teórica y axiológicamente se desenvuelve su marco de desarrollo. Ello ofrece un allanado escenario para el reproche a la propia Teoría Generacional, por ese uso extensivo que se hace de la misma. En palabras de Álvarez Cienfuegos<sup>214</sup> *“Tras lo visto, no podían faltar críticas a la formulación de los Derechos Humanos de la tercera generación. Unas mantienen que*

---

<sup>213</sup> Pérez Luño, A.E. Óp. cit. Nota 9. Pág. 8. *“No menos insatisfactorias resultan nomenclaturas tales como “derechos de la era tecnológica”, o “derechos de la sociedad global”. Estas expresiones lingüísticas confunden el concepto de los derechos con el marco ambiental de su ejercicio. NO se trata de que la sociedad tecnológica o globalizada engendre unos derechos característicos informados por lo que estos fenómenos implican, sino de analizar los nuevos cauces jurídicos a través de los cuales la teoría de las libertades da respuesta a la circunstancia que contextualiza su titularidad, formas de ejercicio y sistema de garantías”.*

<sup>214</sup> Álvarez-Cienfuegos Fidalgo, J.A. Óp. cit. Nota 37. Pág. 15.

*la misma idea de “tercera generación” crea confusión frente a los derechos anteriores, otras afirman que no es que se deba hablar de tercera generación, sino que abogan por una cuarta o quinta generaciones; en fin, por no citar a quienes extienden la idea de Derechos Humanos al mundo animal o a la naturaleza en su conjunto. Asimismo, algunos autores señalan la cima entre el Estado de derecho y el Estado Constitucional”.*

Los riesgos no deben conducirnos al inmovilismo ni tampoco a banalizar la cuestión terminológica, que sin duda tiene su importancia. Una manifestación de ello, la podemos encontrar en un ámbito tan poco dado a la especulación teórica como el judicial. Esta confusión obrante en la cuestión fue puesta de manifiesto en el discurso, del Presidente del Tribunal Supremo, Francisco Hernando Santiago, titulado “Los Derechos de Última Generación”, pronunciado en el acto de apertura de Tribunales que tuvo lugar el 17 de septiembre de 2007<sup>215</sup>. En el mismo, hizo un repaso a la nueva realidad jurídica que aporta la novedosa promoción de Derechos Humanos y su incipiente incursión en el devenir diario de la actualidad jurisprudencial. Dedicó un sugerente título a uno de los epígrafes que sistematizan su trabajo con “III. *La tercera (y acaso cuarta) Generación de Derechos*”. A priori resulta llamativo que se haya “infiltrado” una cuestión con tal alta carga especulativa en un ámbito tan dogmático y compelido por la seguridad jurídica, lo que puede interpretarse como una manifestación reveladora de lo que antes definíamos como la “*permeabilidad*” del debate en el que discurre la conformación de la nueva generación de Derechos Humanos, que en este caso alcanza la instancia judicial y en la que se traslada la pugna conceptual por establecer una clara distinción en el orden generacional. Realmente no deja de ser un acicate más esta apertura de nuevos horizontes deliberativos que ayudan a un mejor asentamiento y acomodo de la nueva figura jurídica.

Dicho lo cual, denuncia el magistrado el “*poso de insatisfacción*”<sup>216</sup> que deja la clasificación generacional de los Derechos Humanos, por la diversidad, ambigüedad y

---

<sup>215</sup> Hernando Santiago, F.J. Óp. Cit. Nota 62.

<sup>216</sup> *Ibidem*. Pág. 26. “Según queda expuesto, la agrupación «generacional» de los nuevos derechos nos deja un cierto poso de insatisfacción por la irreducible diversidad de la que estamos hablando y por la ausencia de una decantación suficiente y generalizado consenso que disipen ciertas naturales dudas

falta de generalizada aceptación de los postulados de la misma que aboca una plausible inseguridad jurídica. Y para muestra de tal sentimiento, pone como ejemplo extremo de dicha manifestación que para algunos no estemos ante la constitución de la tercera generación de Derechos Humanos, sino de la cuarta. Como ya he indicado, es comprensible que en un ámbito tan dogmático como el judicial, se exija que la estructura subjetiva y sustantiva de los derechos que se han de custodiar tengan unos límites lo más perfilados posibles a fin de que ofrezcan, con la mayor certeza, su ámbito objetivo y subjetivo. Es evidente que la fase en que se encuentran actualmente los nuevos derechos, no ofrecen ese grado de certeza y que la eventual posibilidad de incurrir en lagunas y antinomias, no cuadran con la exigible seguridad jurídica que debe regir la labor de los aplicadores del derecho. Cuestión que no puede verse compensada por muy alto grado de libertad interpretativa que se dote a los mismos. Más si cabe en una figura de tan enorme repercusión en el mundo jurídico como son los Derechos Humanos. De ahí que se exija por Hernando Santiago el necesario proceso de decantación, para que llegado el momento de positivización de los nuevos Derechos Humanos, se haga con una versión depurada de los mismos, dejando poco margen a la interpretación, por inevitable que sea la existencia de espacios vacíos, pero otorgando al sistema las herramientas potenciales para suplirlos.

Vista la transcendencia y la necesidad de superar este primer reto terminológico, a modo de conclusión podemos constatar que hay propuestas razonadas y bien fundamentadas en cuanto el orden generacional al cual adscribir la nueva generación de Derechos Humanos, por lo que la opción de optar por una o por otra queda en el ámbito de la subjetividad del lector y en el grado de convicción que unas y otras pueda alcanzar en su argumentación. Llegado este punto, y reconociendo que no es una cuestión angular a los efectos de conseguir los objetivos que el presente trabajo se postula, el hecho optar por considerar de tercera o cuarta generación se presume como una cuestión meramente terminológica y metodológica con la que cumplir y rebasar, sin que ello ofrezca una pugna intelectual hasta el punto de hacer inviable continuar con su configuración ni

---

*sobre su realidad o artificiosidad e inquietudes en términos de seguridad jurídica. Y eso llega incluso hasta el extremo de que como quiera que se detectan al menos dos grandes raíces en el asunto algunos afirmen que no estamos en realidad ante una tercera generación de derechos sino que contamos incluso con una cuarta.”.*

tampoco que implique adoptar una postura excesivamente dogmática que ofrezca escollos insalvables en el desarrollo posterior.

Cumpliendo con el mandato autoimpuesto, recogemos la acertada opción de Rodríguez Palop<sup>217</sup> que zanja la cuestión en el sentido siguiente:

*“A pesar de que el uso de la expresión “tercera generación” ha acabado imponiéndose en el ámbito doctrinal y se ha consagrado en algunos textos de carácter internacional, por las razones a las que he aludido, y porque creo que se adapta mejor a la perspectiva de la que pretender dar cuenta, a lo largo de este libro usaré la expresión “cuarta generación de Derechos Humanos” (si bien, consciente de que aún no ha sido mayoritariamente aceptada y siempre que no afecte al contenido esencial de la argumentación, respetaré en cada caso la alternativa terminológica por la que se haya optado).”*

Tomando su pragmatismo y sin mayor pretensión que solventar una cuestión meramente terminológica, por funcionalidad optamos por la denominación de “tercera generación” por entender que su uso más extendido ayuda a asociar mejor a la idea de base que sirve de fundamento para la construcción posterior de las propuestas que se formularán, sin que deba interpretarse que se le otorga preeminencia o se desdeña la formulación de “cuarta generación”, que en buena medida entendemos y compartimos sus motivaciones.

---

<sup>217</sup> Rodríguez Palop. M.E. Óp. cit. Nota 26. Págs. 96 y 97.

## 2.6 Titularidad.

### 2.6.1 Estado de la titularidad de los Derechos de la nueva generación.

Hasta este momento el planteamiento que se ha presentado ha intentado evidenciar algunos de los escollos que la construcción teórica de los Derechos Humanos de tercera generación está intentando sortear. De entre ellos, hay algunos, como se ha citado en el análisis precedente que responden más bien a una cuestión nominativa y clasificatoria, lógicamente, siempre que se parta de la aceptación de la Teoría Generacional de los Derechos Humanos y los efectos que ello conlleva. Evidentemente de inclinarse por otras propuestas clasificatorias en la evolución de los Derechos Humanos aparecidos hasta el momento, el devenir de la problemática expuesta no tiene mayor trascendencia que la que despierte la curiosidad intelectual.

En el apartado de cuestiones pendientes de resolución en el boceto de la nueva generación de Derechos Humanos que se viene presentando hay una de especial trascendencia, a nuestro juicio la que más, es la relativa a la titularidad de los Derechos Humanos de Tercera Generación<sup>218</sup>. Este es un aspecto que, por el momento, es el que más debate suscita y donde más enjundia teórico-jurídica se está alcanzando en el discurso doctrinal, llegando incluso a condicionar su propia viabilidad<sup>219</sup>. Es una

---

<sup>218</sup> Melo de Moraes Rego, N. Óp. Cit. Nota 110. Pág. 65.- "Es, sin duda, la redimensión y ampliación de las formas de titularidad de los Derechos Humanos de tercera generación, uno de los aspectos que más decisivamente contribuyen a caracterizar esta tercera generación, por el reconocimiento de nuevas situaciones y posiciones jurídicas subjetivas.88 Así, la experiencia de las últimas décadas ha mostrado que es necesario reconocer a la generalidad de los ciudadanos la legitimación para defenderse de aquellas agresiones a bienes colectivos o intereses difusos que, por su propia naturaleza, no pueden tutelarse bajo la óptica tradicional de la lesión individualizada. De ahí, que se tienda a postular la admisión de formas de acción popular como medio idóneo para superar, la concepción individualista del proceso, permitiendo la iniciativa de cualquier interesado, individual o colectivo, en la puesta en marcha de los instrumentos de protección de los nuevos derechos. (En Brasil tenemos el ejemplo de las Acciones Civiles Públicas, reglamentada por la Ley nº 7347/85, que amplió, en el artículo 5º, la legitimación para la defensa de los intereses colectivos y difusos, a las asociaciones, la, a los defensores del pueblo, al Gobierno (en los tres niveles, federal, estadual e municipal) y las autarquías, empresas públicas, fundaciones y sociedades de capital mixto (privado y público)".

<sup>219</sup> Domínguez Scheid, C.A., Óp., cit. Nota 24. Pág. 52. "La elaboración de una teoría sobre los Derechos Humanos de la Tercera Generación rápidamente se encuentra con el problema de la titularidad de estos derechos, toda vez que esta generación de derechos supera las concepciones tradicionales, que enseñan que los Derechos Humanos son esencialmente individuales y no de una comunidad o grupo de ellos. Por



coyuntura imbricada, cuya novedad no la ha traído el debate de la nueva generación de Derechos Humanos sino que la dualidad individual y colectiva en cuanto la titularidad de los Derechos Humanos se arrastra desde la misma aparición del propio concepto Derecho Humano<sup>220</sup>.

Anunciar ya desde éste prelude que, como muchas de las cuestiones que se han expuesto, la discusión no es pacífica ni tampoco podemos proclamar que se haya llegado a un grado de consenso general sobre la cuestión que la de por neutralizada, sino más bien al contrario. Actualmente el tema de la titularidad de los Derechos de la nueva generación es uno de los que más discusión teórica ofrece y la prognosis de su futuro se revela como una fuente de aristas de necesario pulido, tanto en las tesis defensoras del individualismo<sup>221</sup> como aquellas que reconocen la viabilidad de una construcción

---

*ello, uno de los argumentos para no considerar como Derechos Humanos a los derechos de la Tercera Generación, es precisamente que su titularidad los excluye, ya que entienden que sólo pueden ser titulares de Derechos Humanos los individuos de la especie humana, y los derechos de esta generación tienen titulares difíciles de definir, por ejemplo el derecho al desarrollo. Quienes utilizan este recurso, se preguntan quién será el titular de ese derecho: ¿el Estado?, ¿la Nación?, ¿el Pueblo? Así, surgen las dudas respecto de éstos”.*

<sup>220</sup> Molina Rivero, R., “Los Derechos Individuales y Colectivos en el marco del Pluralismo Jurídico de Bolivia”. Obra Colectiva “Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina”. 2011 Konrad Adenauer Stiftung.V. Pág. 14. “La coexistencia entre derechos individuales y colectivos nace desde los principios de la sociabilidad humana, considerando que el ser humano no sólo es individuo sino esencialmente parte de algún referente social colectivo. Si bien a largo de la historia se ha privilegiado un derecho sobre el otro, de acuerdo a ciertos parámetros ideológicos, la eliminación por completo del uno a favor del otro, nunca fue posible. Si retomamos las tendencias ideológicas que se generaron en el occidente durante los últimos siglos de modernidad, el derecho individual ha sido privilegiado sobre los derechos colectivos, excepto durante este último siglo de experiencia socialista en la ex Unión Soviética, donde se impuso como derecho colectivo determinante la clase social, generando dos bloques mundiales hegemónicos que duró hasta 1989. Sin embargo, y en contra de lo que pudiera pensarse, la teoría de los derechos colectivos no es nueva sino que ha ocupado a clásicos del pensamiento político como Aristóteles, Vitoria, Rousseau, Hegel, Fichte o Marx (López Calera 2000, 155). También ha constituido uno de los aspectos fundamentales de la evolución política y social del mundo (qué otra cosa es sino la pugna establecida entre el liberalismo y el marxismo). Y ello es lógico, puesto que, en definitiva, el debate sobre la dimensión individual o social del ser humano es un problema casi tan viejo como la propia humanidad, o por lo menos tan viejo como la propia filosofía política”.

<sup>221</sup> Domínguez Scheid, C.A., Óp. cit. Nota 24. Pág. 52. “La coexistencia entre derechos individuales y colectivos plantea problemas de orden teórico y práctico. El primer problema radica en el tipo de relación a establecer entre ambos tipos de derechos. Una preocupación es que la existencia y ejercicio de derechos colectivos acabe ahogando los derechos individuales y, en definitiva, la libertad y dignidad humanas. Se plantea que la solución a este problema es reconocer a ambos como Derechos Humanos. Sin embargo, no es posible contraponer, ni mucho menos subordinar, los derechos individuales a los derechos colectivos”.

teórica que amplíe su horizonte<sup>222</sup>. Con todo, tampoco es equilibrado ofrecer una imagen de insoslayable conflicto sino que como toda construcción doctrinal en ciernes, debe atravesar su particular travesía del desierto a fin de tener un nivel de asentamiento lo suficientemente estable para que pueda consolidarse la institución y con ella, la estructura ideológica en la que se integra.

De todos los posibles puntos de fricción que la construcción teórica de la titularidad de los Derechos Humanos de tercera generación ofrece, hay uno que por entidad y trascendencia sobresale sobre los demás. Se trata del debate en cuanto su estructuración subjetiva, ofreciéndose una dicotomía de elección entre adjudicarles un perfil de titularidad como derechos colectivos<sup>223</sup> o de un carácter, esencialmente individual (así aparece en algunas propuestas de exclusivo marchamo individualista<sup>224</sup>). De este debate surgen, a su vez, ramificaciones en las que se analizan interesantes propuestas y distinciones entre derechos colectivos y derechos difusos, o si el punto de inflexión hay que situarlo, no en cuanto la titularidad, sino a lo que su ejercicio<sup>225</sup> se refiere, proponiéndose hipótesis bien argumentadas, en las que se considera que la titularidad, es, inequívocamente individual, si bien su ejercicio puede encauzarse por lo colectivo.

---

<sup>222</sup> Alemany Briz, J.M. Op. cit. Nota 68. Pág. 4. *“Es verdad que la aceptación de nuevos Derechos Humanos, posibles precisamente porque su titular es a la vez la comunidad y la persona, amplía de manera dinámica el concepto hasta ahora existente. Pero habría que preguntarse si este hecho no constituye una aportación positiva a la teoría de los Derechos Humanos, demasiado lastrada de individualismo y eurocéntrica por su origen, desconociendo otras tradiciones. Quizá ha llegado el momento de apuntar a una mejor integración de la dialéctica individuo/comunidad y derecho/deber”.*

<sup>223</sup> Wing Solis, F. Óp. cit. Nota 70. Pág. 5. *“Por ejemplo, IEPALA se refiere a los DDHH de segunda y tercera generación como derechos o intereses colectivos, la actual Constitución colombiana (1991) califica a ciertos DDHH de tercera generación como derechos colectivos, y como veremos más adelante, los instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de DDHH contemplan el derecho a un ambiente sano como parte de los DESC”.*

<sup>224</sup> Álvarez Cienfuegos, F. Óp. cit. Nota 37. Pág. 16. *“A su vez, habría que añadir que, en la actualidad, la mayoría de quienes ven con suspicacia los Derechos Humanos tienen algo en común: su crítica a la idea de universalidad de unos derechos cuyos titulares son individuos. Quienes militan en el relativismo cultural, en la concepción patriarcal de la sociedad o transitan por las diversas sendas del comunitarismo dirigen su atención a esas dos dimensiones básicas, de los Derechos Humanos. .... En efecto, es intrínseca a la idea de Derechos Humanos la noción de individuo, puesto que de esos derechos sólo puede disponer una persona frente a su familia, a su grupo social, al Estado o a cualquiera de las variantes de iglesia que nos podamos encontrar. De ahí que tampoco tenga mucho sentido hablar de derechos colectivos o de grupo, puesto que esos derechos no encuentran su justificación última en la defensa o protección del grupo en cuestión, sino de los individuos que lo componen”.*

<sup>225</sup> De Castro Cid. B. Óp. cit. Nota 97. Pág. 116. *“Hay que advertir, no obstante, que una cosa es la «posesión de un derecho» (todos los hombres poseen, son titulares, de unos derechos naturales), y otra muy distinta la “posibilidad de su ejercicio”.*

Junto a ello, en un plano imbricado, surgen cuestiones como la ineludible exigencia de universalidad<sup>226</sup> que debe regir el marco conceptual de los Derechos Humanos, con independencia de su generación o época histórica<sup>227</sup> y su necesaria convivencia con el valor de referencia en esta nueva generación de Derechos Humanos, la solidaridad. En profunda conexión con lo anterior, cobra una especial relevancia un debate con una evidente conexión con la determinación de los sujetos titulares con la tercera generación de Derechos Humanos. Nos referimos a la cuestión de las minorías y grupos étnicos, que a su vez nos abre un extenso abanico a la controversia teórica que dilata enormemente la cuestión que estamos tratando y que viene a desafiar nuestro intento de ofrecer una caracterización nítida y mayoritariamente aceptada de los Derechos Humanos de la nueva generación<sup>228</sup>.

A continuación desarrollaremos algunas de las propuestas que se han referenciado en los párrafos anteriores.

### **2.6.2 Derecho Humanos de Tercera Generación: La Titularidad Individual.**

A la vista de tan heterogénea mesa de trabajo sistematizaremos la exposición esbozando algunas de las propuestas más simbólicas, a fin de ofrecer un planteamiento lo más global posible<sup>229</sup>. Antes de entrar de lleno a la cuestión, consideramos un aspecto de la

---

<sup>226</sup> Pérez Luño, A.E. Óp. cit. Nota 9. Pág. 230.

<sup>227</sup> Alcantarilla Hidalgo, F.J. Óp. cit. Nota 8. Pág. 234. *"Esta conclusión debe ponerse en relación con el carácter histórico, contingente, dinámico y mutable de los Derechos Humanos. Al justificar la clasificación historicista de los Derechos Humanos ya vimos cómo es un hecho que los estos presentan un carácter coyuntural. Su definición y su virtualidad responden a unas circunstancias históricas concretas que se dan en un momento determinado y que pueden ir evolucionando. Por ello no puede predicarse en términos absolutos su carácter universal"*.

<sup>228</sup> Goig Martínez, J.M. Óp. cit. Nota 39. Pág. 1327.

<sup>229</sup> En este punto se ha optado por exponer una muestra de la doctrina jurídica que defiende, por un lado la singularidad del sujeto en la titularidad de los Derechos Humanos y por otro, que mantienen la existencia de un posible ejercicio de titularidad colectiva. Exponiendo, igualmente un modelo que pudiera estar a medio camino entre ambas. Ello no debe interpretarse en el sentido de que dicho análisis copa por completo la oferta teórica en esta materia. Un ejemplo de la variada oferta teórica lo podemos encontrar en Alicia Arias que considera que estamos en supuesto de doble titularidad *"Otro aspecto de la diferencia es el carácter colectivo de esos derechos lo cual genera en ellos un fenómeno de doble titularidad. Si bien los derechos de primera y segunda generación también tenían contenidos colectivos eran esencialmente derechos de las personas, se consideran que estos derechos de tercera generación no se pueden realizar sino a través de una acción colectiva y tienen entonces por eso también una titularidad colectiva. Ejemplo: el derecho al desarrollo, es el derecho de los individuos y sus naciones"*

misma que si bien por obvia puede pasar por accesoria pero que es, a todas luces, uno de los puntos más relevantes en esta materia. Me refiero al origen, al lugar de partida de todas las propuestas que a continuación se expondrán y que no es otro que el pleno reconocimiento de la tercera o cuarta (dependiendo la clasificación por la que se opte) generación de Derechos Humanos. Este, que en principio es un dato plenamente asumido, posteriormente desemboca en una heterogénea segmentación donde se bifurcan varias líneas de controversia (denominación, titularidad, clasificación, positivación, protección, etc.), pero todo ello parte, y tómesese con todas las cautelas, de un lugar de convergencia original que se erige como el mejor indicio de que estamos ante la prueba palpable de la existencia de una nueva generación de Derechos Humanos que, con las exigencias connaturales al debate doctrinal que implica su edificación y reconocimiento, dota a la propuesta de una legitimación y fundamentación que deja fuera de la misma las dudas existenciales y los cuestionamientos sobre su plena virtualidad.

Constatado ese embrión común, pasamos a exponer una de las discusiones asociadas a la titularidad de los Derechos Humanos de la nueva generación, que por entidad y trascendencia, obliga a priorizarla. Como ya se ha expuesto, hablamos de la necesidad del planteamiento de debate en cuanto la titularidad, abriéndose la temática por un lado con la definición de derechos cuyo titular viene único, singular y personalmente determinado, cumpliendo de este modo fielmente con los cánones liberales impuestos en cada una de las generaciones de Derechos Humanos que se han ido sucediendo en el devenir histórico<sup>230</sup> o por el contrario, se abre a nuevas conceptualizaciones de titularidad común, colectiva, grupal, etc.. De la primera, se puede ofrecer como muestra representativa, la de Pérez Luño que huyendo de todo lo que pudiera interpretarse como

---

*a disfrutar de condiciones adecuadas de desarrollo, autónomo, sostenible, etc., entonces tiene su doble titularidad, y en la pluralidad de sujetos que involucra radica su diferencia frente a los derechos de primera y segunda generación.* (Arias A. "Los Derechos Colectivos y su Relación con las Acciones Populares". Revista de Jurisprudencia. Universidad Católica de Guayaquil. Núm. 23. 1999).

<sup>230</sup> Pérez Luño, A.E. Óp. cit. Nota 9. Pág. 232. "En correspondencia con las tres formas básicas del Estado de Derecho (liberal, social y constitucional), pueden distinguirse tres generaciones de derechos: la primera, correspondería a las libertades individuales; la segunda, a los derechos económicos, sociales y culturales; mientras que los denominados «derechos de la tercera generación» se hallarían constituidos por las garantías jurídico-subjetivas fundamentales propias de la era tecnológica".

un circunloquio defiende taxativamente que<sup>231</sup> *“Ello no significa, por tanto, que se produzca una ampliación en los sujetos titulares de los Derechos Humanos; porque titular de tales derechos será sólo y siempre la persona individual.”*

En el otro lado del espectro, existen opiniones que defienden la colectividad como un sujeto capaz de ser titular de derechos y, en consecuencia, de ejercitarlos, defenderlos y ser objeto de protección. Una muestra de dicha postura la encontramos en Álvarez Molinero<sup>232</sup> que en el marco del Derecho de Autodeterminación, defiende y argumenta de forma plausible, que *“No se trata de que el estado reconozca el derecho a la tierra o a la autodeterminación en los términos más favorables a sus actuales estructuras, sino que tenga en cuenta a la voz de los pueblos indígenas, sus intereses y necesidades, lo cual abre un proceso más complicado que en muchos casos va más allá de las propias normas actuales de Derechos Humanos. Esta afirmación nos sitúa en el marco de las teorías de autores como Kymlicka o Taylor que, aunque en diferentes términos, reconocen que los grupos culturalmente diferenciados detentan una serie de derechos colectivos que los estados deben garantizar”*.

Los defensores del inequívoco carácter individualista de los Derechos Humanos niegan al “sujeto *colectivo*” su capacidad para ser titular de estos Derechos. Como hemos indicado, uno de sus principales exponentes, Pérez Luño<sup>233</sup>, desarrolla el tema de la titularidad de los Derechos Humanos de tercera generación bajo el convencimiento de la necesidad de aclaraciones y precisiones sobre dicha cuestión, son pena de *“contraer los significados más confusos”*. En su labor de defensa de sus postulados, se evidencian algunos rasgos que cobran una especial trascendencia por sí mismos, al margen de servir en su conjunto, simultáneamente, al fin último de apuntalar los fundamentos teóricos de su propuesta. Caracteres que a continuación se exponen, con un somero análisis, pero en los que hacemos hincapié por su carácter indudablemente

---

<sup>231</sup> *Ibidem*. Pág. 233.

<sup>232</sup> Álvarez Molinero, N. “Pueblos Indígenas y Derecho de Autodeterminación. ¿Hacia un Derecho Internacional Multicultural?”. Cuaderno Deusto de Derechos Humanos. Núm. 47. Universidad de Deusto. 2008 Pág. 31. “

<sup>233</sup> *Óp. Cit.* Pérez Luño, A.E. *Óp. Cit.* Nota 9. Pág. 229. (El autor trabaja la titularidad de los Derechos Humanos en el apartado “Diez tesis sobre la titularidad de los Derechos Humanos”).

representativo, al expresar cuestiones de relevancia, que suscitan el debate en torno a la argumentación de la titularidad de los nuevos Derechos Humanos.

1º.- Una lectura inicial de la propuesta, destaca su acérrima defensa del carácter personalista e individual que dota la titularidad de todos los Derechos Humanos, lógicamente extensible a los Derechos Humanos de tercera generación. En el capítulo que dedica a desarrollar su propuesta (*Once tesis sobre la titularidad de los Derechos Humanos*), cada una de las tesis son una pieza teórica que componen y sustentan la construcción teórica de la ineludible conclusión, de que no cabe otra opción que no sea la aceptación del irrestricto carácter individual en la titularidad de los Derechos Humanos. Para ello, inicia su propuesta constatando la tensión “*bipolar*” que la aparición de la nueva generación de Derechos Humanos ha generado en el debate sobre la titularidad de los mismos. Por un lado, los esfuerzos para ampliar los instrumentos de participación política y por otro, los intentos de asentar “*formas de titularidad colectiva y difusas*”. En este punto realiza una afirmación que da pie a una de las cuestiones claves en este asunto, y que circunscribe al debate en las formas de titularidad a la que denomina “*pretensión, bajo el signo reivindicativo de los derechos de los pueblos*”. Resulta llamativo que en el seno de un debate de carácter estrictamente técnico-jurídico sobre el ámbito subjetivo de titularidad de los nuevos Derechos se haya dado paso a encarar la configuración del propio sujeto potencialmente receptor del derecho (Los pueblos)<sup>234</sup>. La misma ordenación de la estructura ontológico-formal de los nuevos Derechos Humanos ha generado a su vez que se haya engendrado la vía de dotar de fundamentación teórico-jurídica a un concepto que hasta ese momento había estado en una general indeterminación (El Pueblo). Ahora, de forma paralela, discurren en el devenir del proceso de construcción teórica, tanto la designación de quien es el sujeto titular de los Derechos como su propia definición.

---

<sup>234</sup> Payero López, L. Óp. cit. Nota 147. Pág. 103. “*Pasando ahora al segundo argumento, la titularidad colectiva del derecho, y combinándolo con el anterior, no resulta disparatado predicar Derechos Humanos de los pueblos siempre que se cumplan dos condiciones: que todos los pueblos (incluye las naciones estado) sean titulares de tales derechos, tal y como reza el artículo 1 de ambos Pactos, y que cualquier individuo que lo desee pueda integrarse en –o separarse de– ese colectivo, lo que se logrará manteniendo una definición subjetiva de pueblo*”.

2º.- Otro de los rasgos que se deduce de la propuesta y que va asociado, de forma inexorable, a la perfilación del sujeto titular de los Derechos Humanos de la nueva generación, es el concepto “Universalidad”. Un contrapeso necesario ante las discriminaciones y privilegios que habían regido siglos antes y que, como verdadera conquista social, se erigía ahora como principio rector de todas las relaciones jurídico-materiales otorgándoles subjetivamente igualdad y plena generalidad. La virtualidad efectiva de este argumento le viene otorgada por su innegable aceptación tanto para las corrientes que defienden el carácter individual en la titularidad de los Derechos Humanos, como para aquellas propuestas que admiten la forma colectiva. Conclusión común que podemos sintetizar cuando defiende que<sup>235</sup> *“El gran invento jurídico-político de la modernidad reside, precisamente, en haber ampliado la titularidad de las posiciones jurídicas activas, o sea, de los derechos a todos y cada uno de los hombres; y, en consecuencia, de haber formulado el concepto de los Derechos Humanos. Tal concepto se edifica, por tanto, sobre la base del reconocimiento conjunto e indivisible de la individualidad y la universalidad”*.

3º.- Pilar de carga de la teoría del sustento de la titularidad colectiva de los Derechos Humanos, y que refuta Pérez Luño, es el que aquella se apoya en las referencias a reconocer (implícita o explícitamente) dicha titularidad en textos internacionales de relevancia constatada. Este argumento es utilizado con cierta frecuencia por los defensores de las propuesta que dotan de titularidad a grupos o colectivos de Derechos Humanos y de ahí que haya sido recogida por el Autor para su rebatimiento. En este punto, debemos añadir a la discusión, meramente subjetiva de titularidad de los Derechos Humanos el dato de que, por lo general, los textos internacionales que propician esos indicios de titularidad colectiva giran en torno al concepto del Derecho de Autodeterminación, ya que ha sido reconocido por varios textos internacionales al sujeto “Pueblo”<sup>236</sup>. Al hilo de ello, nos permitimos el inciso para llamar la atención sobre este hecho<sup>237</sup>, ya que permite cerrar el círculo teórico en el que venimos

---

<sup>235</sup> *Ibidem*. Pág. 230.

<sup>236</sup> *Ibidem*, Pág. 233. Artículos 1.2 y 55 de la Carta de San Francisco (Declaración Universal de Derechos Humanos), Art. 1.1 de los Pactos internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos sociales y culturales y Resolución de la Asamblea General de la ONU 1514 (XV) de 14 de diciembre de 1960.

<sup>237</sup> *Ibidem*. Pág. 232. *“Los Derechos de los Pueblos en los textos de la ONU”*.

trabajando compuesto por los derechos colectivos, el Derecho de Autodeterminación y el sujeto “Pueblo”. Bajo tales figuras jurídicas se abre un mundo de construcción teórica que entendemos propende a un proceso de concretización y positivación, en favor de su reconocimiento, aplicación y protección y lógicamente, al reconocimiento de su titularidad a un sujeto colectivo.

El Autor advierte que en modo alguno puede deducirse un amparo a las tesis que defiende la titularidad colectiva de Derechos Humanos por lo dispuesto en los Textos Internacionales. En lo que respecta a la Declaración Universal no aparece mención alguna a los “*Derechos Humanos de los Pueblos*” por lo que consecuentemente, podemos afirmar que los Derechos que prescribe están estrictamente acotados a la titularidad de sujetos individuales<sup>238</sup>. En segundo lugar, el modelo del Derecho de “*libre determinación*” que recogen la Carta y Pactos Internacionales de Naciones Unidas se ciñe, exclusivamente, a los supuestos de dominación colonial, por lo que, en modo alguno puede extrapolarse de dicho contexto la construcción teórica a fin de servir como carta de naturaleza a un pretendido Derecho de Autodeterminación de Los Pueblos.

En definitiva, en lo que al reconocimiento de posibles derechos de titularidad colectiva (sea el caso concreto del Derecho a la Autodeterminación, o cualquier otro), en Textos Internacionales, podemos condensar la opinión de Pérez Luño en la siguiente frase: “*Ninguna objeción cabe hacer al reconocimiento por parte de la ONU del derecho a la libre determinación de los pueblos, siempre que de ello no se pretenda inferir que los pueblos tienen Derechos Humanos*”.

---

<sup>238</sup> En apoyo del mismo, podemos señalar otras posturas que defienden una clara individualidad en el sujeto titular de los Derechos Humanos de tercera generación, como la de Álvarez Cienfuegos-Fidalgo cuando establece que “*A su vez, habría que añadir que, en la actualidad, la mayoría de quienes ven con suspicacia los Derechos Humanos tienen algo en común: su crítica a la idea de universalidad de unos derechos cuyos titulares son individuos. Quienes militan en el relativismo cultural, en la concepción patriarcal de la sociedad o transitan por las diversas sendas del comunitarismo dirigen su atención a esas dos dimensiones básicas, de los Derechos Humanos. Apuntaría, brevemente, un par de cosas. En efecto, es intrínseca a la idea de Derechos Humanos la noción de individuo, puesto que de esos derechos sólo puede disponer una persona frente a su familia, a su grupo social, al Estado o a cualquiera de las variantes de iglesia que nos podamos encontrar. De ahí que tampoco tenga mucho sentido hablar de derechos colectivos o de grupo, puesto que esos derechos no encuentran su justificación última en la defensa o protección del grupo en cuestión, sino de los individuos que lo componen*”. (Álvarez-Cienfuegos Fidalgo, J. “*Un apunte sobre los Derechos Humanos y sus Generaciones*”. Obra colectiva “*Globalización, Derechos Humanos y Sociedad de la Información*”. Facultad de Filosofía de la UMSNH. 2007. Pág. 16).



4º.- Un argumento más, al igual que los anteriores, representativo de las teorías que no reconocen más titular de Derechos Humanos que a la persona individual, es su diferenciación con respecto al régimen jurídico de los Derechos Fundamentales. Si tomamos como punto de divergencia de los Derechos Humanos a los Derechos Fundamentales, éstos son los que han sido objeto de positivación en los textos constitucionales de cada Estado<sup>239</sup>, y en opinión de Pérez Luño ello conlleva a una confusión entre ambos, que en ningún caso admite objetivar una situación de reconocimiento de la titularidad de Derechos Humanos a un sujeto que representa un colectivo. La confusión viene explicada cuando *“Esta objeción incurre en el error de confundir dos categorías conceptualmente distintas: los Derechos Humanos y los derechos fundamentales. Estas dos nociones de derecho no significan lo mismo, por más que exista una profunda interrelación entre ambas”*. Retomaremos este asunto posteriormente para abundar en su argumentación y exponer, con mayor detalle el dispar tratamiento que en derecho interno español es objeto los Derechos Fundamentales frente a los Derechos Humanos en el contexto de su titularidad, en el marco de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

5º.- Uno de los argumentos más novedosos e interesantes en este apartado se extrae cuando establece en referencia al Derecho Internacional Moderno que no puede conciliarse su perspectiva, históricamente representativa del reconocimiento de entes colectivos (Naciones, Repúblicas, Ciudades, Minorías, Estados, etc.) con la contextualización filosófica-constitucionalista de los Derechos Humanos y sus titulares en los que no reconoce más titular que la persona individual<sup>240</sup>. En este plano ius-filosófico se producen dos razonamientos. Primero, que debe prevalecer la visión *“humanista cosmopolita, de estirpe Kantiana”*, sobre la *“tradición nacionalista, de*

---

<sup>239</sup> De Castro Cid, B y Martínez Morán N. *“Diecisiete lecciones de Teoría del Derecho”*. Universitas. 2011. Pág. 220. *“Parece, por tanto, razonable admitir que el nombre “derechos fundamentales” debería reservarse únicamente para mencionar a aquellos derechos básicos de la persona que han sido expresamente reconocidos en las leyes fundamentales del Estado”*.

<sup>240</sup> *Ibidem*. Pág. 237. *“Hablar de «derechos colectivos» implica, en términos de un uso riguroso del lenguaje de los derechos, un sinsentido peraltado. Porque lo que se pretende significar con esas expresiones, que inducen a confusión, es que existen formas de titularidad individual o colectiva de los derechos. Los individuos podrán ser sujetos titulares de Derechos Humanos o de cualquier otro tipo de derechos; mientras los entes colectivos podrán ser sujetos titulares de cualquier tipo de derechos en el plano internacional e interno, incluso de derechos fundamentales, pero nunca de Derechos Humanos”*.

*signo Herderiano*”. En definitiva, en un ejercicio de coherencia, opta por una tesis de marcada defensa del individualismo frente a otra que dota de entidad autónoma a las entidades colectivas<sup>241</sup>. Una segunda es una consecuencia deducida de la Teoría Generacional de los Derechos Humanos que lo entiende como “*un signo diferenciador*” generado por la propia evolución generacional, al considerar que “*Con respecto a estas últimas (formas de titularidad) se afirma, desde algunos enfoques teóricos, que mientras el sujeto titular de los derechos de la primera generación es el individuo; en la segunda aparecen formas de titularidad colectiva; y en la tercera titularidades difusas y universales de los derechos. Una lectura poco atenta y apresurada de esa ampliación de las formas de titularidad podría sugerir, por tanto, que la titularidad de los Derechos Humanos, a partir de la segunda generación, ya no fue privativa de los individuos y que en la actualidad puede predicarse de entes colectivos y difusos como puede ser una comunidad o un pueblo.*”. De este modo deslegitima cualquier intento de dotar de un sustento válido el que se aliente pretensiones de sustantivar una teoría de sujetos colectivos titulares de Derechos Humanos.

6º.- Por último, el autor nos ofrece una propuesta un tanto singular. Nos referimos a su “*onceava teoría*” en la que ofrece como vía de resolución del conflicto (entre la pugna derechos de los ciudadanos y derechos de los pueblos) la creación de una nueva figura, la “*ciudadanía multilateral*”. Reconoce que dicha pretensión puede asimilarse a un intento de cuadrar el círculo pero sin duda, lo muestra con un total convencimiento, de que puede ser “*la solución ideal, en la creación de unos espacios políticos en los que todos esos individuos pudieran ver plenamente satisfechas sus aspiraciones cívicas*”. Ofrece esperanzas la iniciativa de la “*ciudadanía europea*” que al momento de expresar la propuesta (2006) representaba un camino con cierta solvencia, si bien hoy día, puede constatarse que tendencias de este tipo en el contexto actual de la Unión Europea no

---

<sup>241</sup> *Ibíd.* Pág. 231. Pérez Luño considera que la propuesta Kantiana, basada en el reconocimiento de la dignidad humana como un valor universal, lleva, implícitamente a hacer posibles unos Derechos Humanos universales. Además advierte que “*Nunca como hoy se había sentido tan intensamente la exigencia de concebir los valores y derechos de la persona como garantías individuales universales, independientes de las contingencias de la raza, la lengua, el sexo, las religiones o las convicciones ideológicas. Pero, como contrapunto regresivo, a los ideales humanistas cosmopolitas se oponen ahora tendencias nacionalistas y comunitaristas que reivindican los derechos del grupo, de la etnia o de los pueblos. Conviene no resbalar sobre la incidencia de estas ideas y enfoques kantianos en el ulterior itinerario de la elaboración teórica y el reconocimiento práctico de las libertades*”.

parecen encontrar terreno abonado, sino más bien al contrario. Con todo, y a pesar de contar con más voluntarismo que realidad, no debe hacernos abjurar de la más que interesante propuesta que formula Pérez Luño, que a todas luces es merecedora de esfuerzo, trabajo y atención, aunque actualmente el devenir político, principal motor impulsor para este tipo de iniciativas, no sea un terreno propicio para la misma<sup>242</sup>.

Estos argumentos no son, en modo alguno, exclusivos o minoritarios, sino más bien paradigmáticos en cuanto a los razonamientos estándares que podemos encontrar en las teorías que niegan el carácter de sujeto de derechos al colectivo y en particular de los Derechos Humanos. De ahí su valor representativo y su eficacia ilustrativa.

Los anteriores postulados, reciben un impulso intensificador con la propuesta que nos ofrece Rodríguez Palop en esta materia. En este apartado, coincide con lo defendido por Pérez Luño y considera, únicamente admisible, una titularidad individual y subjetiva de los Derechos Humanos de tercera generación<sup>243</sup>.

Una primera aportación que simboliza el debate que subyace paralelamente al estrictamente definitorio del sujeto activo en los Derechos Humanos de tercera generación y con un marcado carácter teórico, es el que reproduce la confrontación que se ofrece entre las tesis liberales y las comunitaristas. Es evidente que cada una de las corrientes de pensamiento representan perspectivas antagónicas, primando en las primeras, el sujeto y la defensa de su exclusiva titularidad en los Derechos Humanos, y siendo en las segundas, aceptado sin paliativos la existencia de un ente colectivo con capacidad no solo para ser titular de Derechos sino perfectamente capacitado para su ejercicio. Fruto de esa confrontación, resulta del todo lógico que una visión que dota a

---

<sup>242</sup> *Ibidem*. Pág. 240. “El modelo de ciudadanía multilateral no sólo debería entenderse como la posibilidad de ser titular simultáneamente de varias ciudadanías, sino la posibilidad de ejercerlas con mayor o menor intensidad según los sentimientos de cada ciudadano hacia cada una de estas comunidades políticas. El éxito de tal iniciativa, como el de cualquier proyecto democrático, tiene como conditio sine qua non la educación cívica. La formación y la madurez de los ciudadanos evitará que el ejercicio de la ciudadanía multilateral pueda degenerar en actitudes irreflexivas, arbitrarias o caprichosas”.

<sup>243</sup> Rodríguez Palop, M.E., *Óp. cit.* Nota 26. Págs. 227-254. “Los nuevos derechos no pueden ser concebidos como derechos colectivos pues con ellos se trata de articular el modo en que puede aprovecharse y disfrutarse individualmente del bien común; es decir, estos derechos se predicen siempre del individuo (situado o no). Y ello aunque, al orientarse a la protección de intereses comunes, pueda ser conveniente y, en ciertos casos, inevitable, su reivindicación y ejercicio colectivo.”

los entes colectivos como sujetos activos de Derechos Humanos, conlleva implícitamente una aceptación de los postulados comunitaristas y si eso lo extrapolamos al ámbito de la nueva generación de Derechos Humanos, podemos concluir que las minorías encuentran una vía de legitimación de sus reivindicaciones, que hasta este momento no se había instrumentalizado por una figura jurídica de la trascendencia, eficacia y aceptación como son los Derechos Humanos<sup>244</sup>.

En segundo lugar, debemos destacar que añade un nuevo elemento que sirve de punto de defensa de las tesis comunitaristas y que, con su reconocimiento a nivel internacional a sujetos de evidente identidad colectiva (Los Pueblos) lo convierte en una creación sui generis que ayuda a la idea de visualizar la posibilidad de un sujeto colectivo como titular de Derechos Humanos. Se trata del Derecho de Autodeterminación de los Pueblos<sup>245</sup> que se perfila como un Derecho Humano, que si bien puede forzarse su configuración jurídica para llegar al punto de negar la titularidad del mismo a entes colectivos, igualmente existen elementos de juicio que podrían sustentar justo lo contrario.

Rodríguez Palop analiza el Derecho de Autodeterminación bajo la perspectiva de su titularidad, reconociendo lo que llama “*un posible caso especial*”<sup>246</sup>. Se pregunta si tal derecho es ostentado por el pueblo, el individuo o de ambos simultáneamente. Sin embargo, tras un análisis de los distintos conceptos que se mueven en la ecuación teórica, lo relevante de su aportación es su solución a la misma, con un marcado carácter constructivo. En sus palabras<sup>247</sup> “*A mi juicio la solución a esta controversia podría venir por un lado de la mano de la profundización democrática, de una ciudadanía, y por otro, de la creación de técnicas de protección de intereses comunes*

---

<sup>244</sup> Rodríguez Palop, M.E. Óp. cit. Nota 26. Pág. 161. “*Por consiguiente los derechos colectivos se presentan como un instrumento de defensa y protección de los derechos de las minorías.*”

<sup>245</sup> *Ibidem*. Pág. 166. “*En el seno de esta categoría, sólo el derecho de autodeterminación de los pueblos se predica explícitamente de grupos concretos o minorías, pudiendo ser este un supuesto de los que W. Kimlicka ha denominado de “protección externa”, ya que se trata de proteger a “un grupo étnico o nacional determinado del impacto desestabilizador de las decisiones de la sociedad de la que forma parte”.*

<sup>246</sup> *Ibidem*. Pág. 169.

<sup>247</sup> *Ibidem*. Pág. 174.

*que no exigieran apelar al expediente del derecho colectivo, ni nos obligarán a contentarnos con el recurso a la tolerancia o las normas de discriminación positiva”.*

Lo cierto es que la propuesta formulada tiene cierto tono amargo, ya que por un lado constata que nos quedamos a las puertas de esa resolución final a la incógnita expuesta y por otro, sin duda su aportación traza una línea de indudable acierto por varios motivos. Uno primero porque ofrece dinamismo ante el estancamiento. Se nos presenta como una opción el estado de eterno debate sobre la cuestión, traducida en contexto, de si los Pueblos son titulares de Derechos Humanos, y en concreto del Derecho de Autodeterminación. Por otro, ofrece una salida que sin duda remarca el valor guía de los Derechos Humanos de tercera generación, la solidaridad, aportando más democracia y confluencia en interés comunes. Indudablemente ello genera sinergias de comunicación y entendimiento y se avanza hacia una coexistencia pacífica, que es, llegado este punto, un estado a valorar. Por último, no puede descartarse que por la vía de la democracia y la confluencia de intereses nos acercamos geográficamente a posiciones muy cercanas al reconocimiento como sujetos de derechos a estos entes colectivos, pero sobre todo, responde, en cierto modo, a satisfacer sus intereses conciliando posiciones que favorecen la convivencia.

En este punto, como corolario a la reflexión sobre el Derecho de Autodeterminación hay que señalar que la autora igualmente llega a puntos comunes con la solución formulada por Pérez Luño en el sentido de avanzar en el concepto de ciudadanía como un modo de sobrevolar el conflicto aportando puntos de encuentro<sup>248</sup>.

Por último, y tercer punto, mantiene en su análisis sobre la titularidad de los Derechos Humanos de tercera generación, que hay que distinguir entre titularidad y ejercicio de los mismos. Se llega a la conclusión que si bien no existe por el momento elementos de juicio que puedan avalar la pretendida titularidad de carácter colectivo en los Derechos Humanos, sí existe, y esta es una valorable aportación, que al venir legitimada por la

---

<sup>248</sup> *Ibidem*. Pág. 174. “para el caso del Derecho de Autodeterminación de los pueblos, esta propuesta podría traducirse en la construcción de una ciudadanía democrática que no estuviera relacionada directamente con la identidad nacional, con una identidad política construida artificialmente en un espacio alejado del propio, y posteriormente impuesta, sino con los intereses compartidos en la esfera pública”.

defensa de intereses con indudable carácter colectivo resulta “*inevitable*”, (es la expresión que utiliza la autora), su reivindicación y ejercicio colectivo. Indica inmediatamente que este rasgo no es exclusivo de los Derechos Humanos de tercera generación (cuarta para Rodríguez Palop), sino que podemos encontrarlo en otros Derechos (derecho de huelga, derechos políticos o la creación de sindicatos), para cuya configuración se ha llevado a cabo un loable y exitoso esfuerzo de distinción entre titularidad y ejercicio.

### **2.6.3 Un nuevo marco a proteger: El interés colectivo.**

La ligazón de los conceptos titularidad y ejercicio viene determinada por un nexo de unión, la figura del “*interés*”, que en este caso, es reconocido mayoritariamente como “*intereses colectivos*” y por tanto, al ser una demanda que atañe comúnmente al grupo, lógicamente su ejercicio viene precedida de la exigencia de que sea la propia comunidad afectada la que, en su conjunto, demande la satisfacción de ese interés. El presupuesto habilitante para ello no es que se esté ejerciendo una prerrogativa cuya titularidad se otorga a la colectividad, sino, como defiende Rodríguez Palop<sup>249</sup> la titularidad la ostenta cada uno de los individuos que forma esa agrupación, que es, precisamente, lo que le dota de legitimidad: “*Es decir, los nuevos Derechos Humanos se predicen del individuo, aun cuando su ejercicio y su puesta en práctica dependan de un esfuerzo común*”.

Como ya anunciamos, la construcción teórica de los Derechos Humanos de tercera generación se asemeja a un edificio, en el que conforme se va cimentando cada una de sus plantas, vamos avanzando a las superiores en las que cada pasillo nos ofrece un imprevisible número de habitaciones, que a su vez nos lleva a nuevos desafíos teóricos a los que hay que dar contenido, debate y resolución. Una muestra de éste iter procedimental, lo encontramos en el contexto de la distinción ya comentada de

---

<sup>249</sup> *Ibidem*. Pág. 175. “*La puesta en marcha de los Derechos Humanos de cuarta generación exige el esfuerzo combinado de la comunidad internacional, del Estado y de todos los seres humanos, precisamente porque se hallan encaminados a la defensa y protección de intereses colectivos, pero su titularidad se predica de sujetos individuales considerados en abstracto (derecho a la paz) o situados (como ocurre con el derecho al desarrollo y a la autodeterminación de los pueblos)*”.

Rodríguez Palop en la que separa titularidad y ejercicio, lo que nos conduce a un nuevo debate enmarcado entre la coexistencia de los intereses colectivos y los intereses difusos.

Para ilustrar esta distinción, por lo general, se asocia a interés colectivo cuando se trata de defender el interés de un pueblo, grupo o comunidad<sup>250</sup> que está definido de hecho, o incluso jurídicamente (asociaciones, sindicatos, partido político, etc.), mientras que el interés difuso está asociado, igualmente a una pluralidad de sujetos, donde no se tiene una definición concreta sino que el interés o derecho es ostentado por el colectivo afectado, sin recaer en una determinación concreta (es el caso de los derechos de los consumidores, de los derechos de los trabajadores)<sup>251</sup>. Tampoco podemos otorgar unanimidad de aceptación en esta materia, ya que existen posturas donde se presentan nociones de intereses colectivos y difusos diferentes<sup>252</sup> a la propuesta, reconociendo con

---

<sup>250</sup> Arias, A. Óp. cit. Nota 19. Pág. 109. "En 1974 la literatura jurídica comenzó a exhibir un cierto énfasis en una categoría intermedia de intereses, a medio camino, podría decirse entre el interés individual y el interés público. Esta categoría intermedia se caracteriza por su referencia a toda una clase de personas, como los copropietarios de un edificio, los socios de una empresa, los miembros de un equipo deportivo o los empleados de un mismo empleador. Tratándose de intereses metaindividuales, relacionados con grupos de personas que tienen algo en común. Además, en esta categoría intermedia pueden distinguirse los intereses que son atinentes a una clase determinada o determinable, de personas, y los intereses que se relacionan con un grupo determinado de individuos, de difícil o imposible identificación... .... Convencionalmente, estos últimos son los llamados intereses "difusos" porque aunque son transindividuales, se relacionan con titulares dispersos en la colectividad".

<sup>251</sup> Grau De Torres, A. "Los intereses colectivos y difusos". Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad de Montevideo. En este artículo, la Magistrada del TSJ de Venezuela (1994-1998) hace una breve pero esclarecedora exposición sobre la materia. Se apoya en la postura defendida por Jesús González Pérez (Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Caracas, 1995) para establecer la distinción entre interés plural, colectivo y difuso ("interés plural es el mismo interés individual de unos sujetos que se encuentran en una misma situación. Es por tanto una suma de intereses individuales", interés colectivo es el que trasciende al individual y en el que encuentran una serie de personas unidas por un vínculo jurídico, como sería el que atañe a los miembros de una profesión, en cuyo caso sería incuestionable la legitimación de la corporación que los agrupa para accionar en protección del mismo; e interés difuso es el que corresponde a una serie de sujetos indeterminados, entre las que no existe vínculo jurídico, de modo que la afectación de todos ellos se deriva de razones contingentes. Pertenecen a un grupo indeterminado o prácticamente de difícil determinación, cuyos intereses no se hallan vinculados en una relación jurídica concreta y que se refieren a un bien indivisible en el sentido de que es insustituible por una división de cuotas o fracciones adjudicables a cada uno de los intereses").

<sup>252</sup> Ibidem. "La profesora Hildegard Rondón de Sansó, tiene, en relación con el concepto de estos tipos de interés, criterio diametralmente opuesto, pues estima que el interés es colectivo cuando está referido a grupos humanos en general que afecta sujetos no determinados (justicia, buena marcha de la administración, buen uso de los recursos públicos, aprovechamiento natural de los recursos) y este interés colectivo se convierte en difuso cuando radica en personas que aducen su lesión directa por encontrarse en una específica

ello que también es una categoría que necesita el pertinente tiempo de perfilación para su plena conformación.

De este modo se ofrece un nuevo horizonte diferenciador, ya que mientras que por lo general la doctrina académica tiende a definir con cierta concreción subjetiva los derechos colectivos, no así los derechos difusos, lo que dificulta la dicotomía ofrecida en cuanto la dispar conceptualización de titularidad y ejercicio en los Derechos Humanos de tercera generación. En el caso de los intereses difusos, se torna bastante complicado adjudicar la titularidad del derecho a un colectivo en el que ni tan siquiera se tiene una determinación clara de quiénes son los sujetos que lo componen. Salvedad hecha de ese esencial nexo de unión que permite su asignación como integrante del colectivo. Llegando incluso a negarles el carácter de verdaderos derechos<sup>253</sup>.

La transcendencia práctica de ello es notable y además con inmediata exigencia de su resolución, porque si tienen una virtualidad real estos Derechos o la defensa de estos intereses es precisamente su instrumentalización como verdaderas figuras de eficacia protectora y para lo cual, es indispensable dotarles de un sustento formal a fin de que puedan ser encauzadas las reclamaciones en defensa de sus intereses por medios procesales y para ello, el primer examen que han de superar es el de la legitimación activa que favorezca dotarles de viabilidad a los procedimientos por infracción de esos intereses. No es fácil hilvanar una argumentación jurídica que permita ofrecer pilar jurídico a tal pretensión. Más si cabe, en el caso de figuras que realmente no responde a un perfil nítido de derecho colectivo o derecho difuso. Así lo entendemos con respecto al Derecho de Autodeterminación. En este caso, el concepto “Pueblo”, puede ser una realidad de difícil acotación subjetiva (aunque por lo general los colectivos que reivindicán tal derecho están bien definidos) y con una evidente índole difusa en algunos colectivos, no como es el caso de minorías o pueblos indígenas donde,

---

*situación de hecho frente al acto u omisión de un organismo público”.*

<sup>253</sup> Osuna Fernández-Largo, A. Óp. cit. Nota 134. Pág. 272. *“Hay quienes proceden ante esos derechos renunciando a considerarlos auténticos derechos en el sentido fuerte de la palabra. Se los engloba bajo la categoría de derechos difusos o, en cierto modo, vaporosos, que nunca cumplen las condiciones de unos verdaderos derechos. Carecen de las condiciones imprescindibles para un derecho, pues no tienen un titular que los reivindiquen, ni tienen protección jurídica alguna, ni podrán tenerla, pues son derechos que afectan a todas las personas, independientemente de su nacionalidad y orden jurídico”.*



cuantitativa y cualitativamente se puede trabajar con mayor precisión los límites que abarcan el sujeto activo del Derecho y por ello, más cerca de acotar el carácter de intereses colectivos<sup>254</sup>. El tiempo y el trabajo de teorización necesario irán solventando este tipo de propósitos, siendo necesario superarlos para conseguir un verdadero asiento de la figura jurídica.

#### **2.6.4 Influencia de la Multiculturalidad e interculturalidad.**

Uniendo alguno de los postulados que se han hecho referencia, como es el defendido por Rodríguez Palop de lo que considera una especialidad del Derecho de Autodeterminación en cuanto el sujeto activo titular del derecho, así como las especificidades que muestran las minorías en general o las indígenas en particular en el contexto tanto de los Derechos Humanos de Tercera Generación, resulta interesante la aportación de Goig Martínez en este punto, por la apertura a conceptos como la multiculturalidad e interculturalidad, sin abandonar el ámbito de análisis de la titularidad de los Derechos Humanos de la nueva generación. Decimos que resulta relevante porque, tal y como se expuso al inicio del presente apartado, la titularidad colectiva en los Derechos Humanos es admitida y rechazada por sectores doctrinales autorizados y la propuesta de Goig Martínez viene a erigirse como punto de equilibrio, en el que se unen, reconocimiento del sujeto con legitimidad para la titularidad y sobre todo, con el ejercicio de derechos. Todo ello sin entrar en el intrincado ámbito de la perfilación subjetiva del derecho colectivo. Con un título que sintetiza la idea<sup>255</sup> (Multiculturalidad y diversidad. ¿Derechos individuales o colectivos?), aporta una nueva visión, equilibrada y equidistante de una realidad que hay que reconocer y valorar. Como idea de base, entiende que “*La diversidad cultural implica la garantía*

---

<sup>254</sup> Instituto Igualdad. “*Derechos Humanos de Tercera Generación, Derechos Colectivos, Derechos de los Pueblos Indígenas y su Titularidad*”. Minuta Legislativa núm. 28. Noviembre 2010, “*Así mientras que para algunos los derechos de los Pueblos Indígenas constituyen Derechos Humanos de tercera generación y que para su protección surgen acciones populares, similares a las que se dan en materia ambiental y de protección al consumidor, para otros los derechos consagrados para los Pueblos indígenas en el Convenio 169 de la OIT, consagra un tipo de derechos, que sólo puede ejercerse colectivamente como potestades que pueden ejercerse contra el Estado, por un grupo humano en su conjunto, el que a su vez constituye un sujeto de derechos y obligaciones con características sui generis, distinguiéndolos de los derechos individuales y de los derechos de tercera generación, colectivos o difusos*”.

<sup>255</sup> Goig Martínez, J.M. Óp. cit. Nota 39. Pág. 1327.

*del derecho a la propia cultura, y se refiere a la necesidad de preservar los elementos distintivos de la identidad del pueblo o civilización a la cual se pertenece*". Partiendo de ese derecho a la salvaguarda de la identidad cultural, social y patrimonial de un pueblo, considera que está ya amparado por la normativa internacional<sup>256</sup> y que ello exhorta a canalizar dicha protección al ámbito interno de los Estados. Para ello, parte de la premisa de establecer una noción de Derecho Colectivo y para ello nos ofrece una, que por su contextualización en los conceptos referidos (derecho colectivo, pueblo y derecho de autodeterminación) cobra una especial trascendencia<sup>257</sup> *"El término "derechos colectivos", se refiere al derecho de los pueblos a ser protegidos de los ataques a sus intereses e identidad como grupo"*

Como puede comprobarse, el autor relaciona el concepto derecho colectivo con un sujeto activo del mismo perfectamente identificado, (Los Pueblos) y con una finalidad clara (la defensa de sus intereses e identidad como grupo). A partir de esta base, va desarrollando el sustento de la propuesta y recoge algunos ejemplos de derecho interno, en los que podemos hallar, en la propia norma fundamental, muestras que vienen a cimentar la noción de derecho colectivo como garante de la identidad del grupo.

Cita por ejemplo la Constitución Ecuatoriana en la que podemos localizar una clara referencia de reconocimiento de derechos colectivos (remarco el comentario porque viene a abundar en lo ya expuesto, cuando en palabras del autor, añade *"que son también Derechos de Tercera Generación*), sin modelizaciones o fórmulas eufemísticas (como son los derechos ambientales y de los consumidores) y concretamente, en referencia a los Pueblos Indígenas (*reconoce derechos colectivos a su identidad cultural, propiedad, participación, educación bilingüe, medicina tradicional, entre otros. Estos derechos se extienden, en lo aplicable, a los pueblos negros o afroecuatorianos*). Otros ejemplos de positivación de derecho colectivo los encontramos en las Constituciones de Venezuela o Bolivia.

---

<sup>256</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Art. 27.

<sup>257</sup> Goig Martínez, J.M. Óp. Cit. Nota 39. Pág. 1329.

A continuación, sintetiza una idea con la que mostramos nuestra total identificación por su acierto sintetizador con una de las ideas base del presente trabajo y que por su trascendencia reproducimos a continuación:

*En el ámbito latinoamericano, se tiene la idea de que los derechos colectivos son diversos pero no opuestos a los Derechos Humanos individuales. De hecho, los derechos colectivos incluyen derechos individuales en cuanto los grupos humanos que son sus titulares están formados por individuos y en cuanto crean condiciones para el ejercicio de derechos individuales. De este modo, por ejemplo, los derechos colectivos de los pueblos indígenas implican y protegen el derecho individual a la cultura de cada persona. El derecho colectivo a un medio ambiente sano ampara tanto la salud de la comunidad como la de cada uno de los individuos que la forman. Sin embargo, los derechos colectivos son indivisibles: son derechos del grupo y de todos y cada uno de sus miembros individuales, pero nunca de solo uno o algunos de ellos, con abstracción del grupo.*

La información que nos aporta la reflexión anterior cobra un especial relieve y sus secuelas no debemos ceñirlas únicamente al ámbito de la titularidad de los Derechos Humanos de tercera generación, sino que despliega efectos en varios de los ámbitos que constituyen el basamento de este trabajo.

Como puede comprobarse, Goig Martínez realiza una contextualización geográfica, de la que destacamos su buen criterio, y que resalta como algunas de las constituciones, relativamente recientes de ciertos países de Sudamérica (Ecuador, Bolivia y Venezuela) han recogido una noción de derecho colectivo, que supone un salto cuantitativo en el reconocimiento y protección de estos derechos. A ello debemos añadir su innegable habilidad cuando establece la perfecta compatibilidad (y así se recogen por las normas fundamentales referenciadas) entre los derechos colectivos y los derechos personales. En nada empece el ejercicio de un derecho colectivo frente al desarrollo del personal, siendo perfectamente armonizable y que incluso son complementarios cuando, se está reconociendo que el derecho colectivo, innegablemente, lleva implícitamente una

protección sobre el derecho individual que le sirve de base. De ahí que podamos deducir que su cohabitación en textos normativos de alcance nacional o internacional es perfectamente compatible y que no tienen una relación de jerarquía o de superposición, sino de concomitancia con el único objetivo de proteger al individuo como consecuencia directa de amparar al grupo.

Por último, establece una acertada demarcación al determinar la indivisibilidad del derecho colectivo. Es lógico y razonable que un derecho que viene legitimado por la unión de todos y cada uno de los sujetos que individualmente son titulares del derecho, evidentemente, la cohesión del derecho colectivo viene determinada por la integración de todos los miembros, no admitiéndose la posesión de un pretendido derecho colectivo “*individual*” que pueda desgranarse del resto, ni pueda acumularse a otros, de forma independiente. El derecho colectivo es un todo, y como tal se le reconoce eficacia y se le ofrece protección.

Puede verse que se llega a un punto intermedio de reconocimiento de cierta virtualidad práctica al colectivo como titular de Derechos sin que para ello se haya tenido, previamente, que construir un armazón para la titularidad del derecho colectivo y todo ello sin perder la singularidad subjetiva del individuo en la calificación de sus derechos<sup>258</sup>. Goig Martínez da un paso adelante en la búsqueda de la conciliación del interés colectivo bajo la legitimidad del individual, dentro del contexto de los grupos minoritarios. Sin perder la perspectiva de la auténtica legitimidad en la titularidad, ejercicio y protección (netamente individual) de los derechos, sí avanza en la construcción de una forma de expresión que viene mediatizada por la participación del sujeto dentro del grupo o minoría. Esa inclusión en la identidad grupal, permite al sujeto expresar su sentimiento de integración y participación por medio de manifestaciones de reafirmación de pertenencia al grupo y de defensa de su identidad colectiva (étnica, cultural, lingüística o religiosa) de cualquier agresión exterior que la cuestione o

---

<sup>258</sup> *Ibidem*. Pág. 1330. “Ahora bien, estas afirmaciones previas no significan que no sea el individuo titular de los derechos fundamentales por excelencia. Antes bien, el reconocimiento de otras posibles titularidades vendrá mediatizado por la naturaleza del derecho en concreto y la de cada sujeto determinado”.

ataque<sup>259</sup>. Todo ello, insistimos, bajo la directriz primaria de que jurídicamente se está canalizando por vía de respeto y protección a derechos individuales, pero ello no obsta, y de ahí el acierto de la propuesta, a reconocer una realidad que no solo se percibe en un plano sentimental sino que tiene claramente expresiones en el campo político y jurídico, y que como tal, ha de contar con reconocimiento y protección<sup>260</sup>. Avanza en conceptos de multiculturalidad e interculturalidad<sup>261</sup> en defensa de posturas que permitan el “conocimiento mutuo sin olvidar las dimensiones socioeconómicas y jurídicas en que se desarrolla, así como las desigualdades y jerarquías etnoraciales en que se produce la interacción”, como fórmula para una mejor convivencia y entendimiento.

### 2.6.5 Autonomía de la Titularidad Colectiva.

Expuesta hasta este momento una primera parte dedicada a las propuestas que consideran, taxativamente, la única existencia de Derechos Humanos individuales (no

---

<sup>259</sup> *Ibidem*. Pág. 1331. “El pertenecer a una minoría constituye un asunto de opción individual de toda persona y no puede acarrear ninguna desventaja el ejercicio de dicha opción. Las personas pertenecientes a minorías tiene el derecho de expresar, preservar y desarrollar libremente su identidad étnica, cultural, lingüística o religiosa y de mantener y desarrollar su cultura en todos sus aspectos, libres de cualquier tentativa de asimilación contra su voluntad, y pueden ejercer estos derechos individualmente, así como en común con otros miembros del grupo, pero de ello no se puede inferir que la diversidad cultural sea un derecho colectivo.”.

<sup>260</sup> En este ámbito, Goig Martínez hace un breve estudio sobre la protección que la Constitución Española brinda a los sujetos colectivos, concluyendo que (Pág. 1333): “Entendemos que lo que la Constitución hace al proteger determinados grupos y colectivos, es defender a los individuos que los integran como colectivo. De manera que la Constitución no reconoce derechos fundamentales al grupo entendido en su conjunto, sino que impone a los poderes públicos el deber de defensa de los derechos de los individuos que los integran, como defensa objetiva de la Constitución -dimensión objetiva de los derechos- y permite la defensa procesal de los intereses de los individuos que integran la colectividad.”. Igualmente hace referencia la paradigmática Sentencia del Tribunal Constitucional número 139/2015 de 26 de Septiembre que afirma la viabilidad de las personas jurídicas para ser reconocidos como titulares de Derechos Fundamentales y para su correspondiente protección. pág. 1335: “La plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman un sustrato mínimo del derecho fundamental, ha indicado el Tribunal Constitucional, para posteriormente indicar que esta capacidad, reconocida en abstracto, necesita, evidentemente, ser delimitada y concretada a la vista de cada derecho fundamental (STC 139/2015 de 26 de septiembre)”.

<sup>261</sup> *Ibidem*. Pág. 1326. “Defendemos una idea de multiculturalidad entendida como proceso para reforzar el triunfo de una sociedad basada en la diversidad, la relación interpersonal, el diálogo, la inserción, el proyecto colectivo, el respeto de las identidades y de las especificidades culturales, la no discriminación, y la aproximación de valores comunes, descartando el término “multiculturalidad” cuando designa simplemente la coexistencia de diferentes culturas (étnicas, religiosas, etc.) dentro de un mismo conjunto”.

así los Derechos Fundamentales como se ha indicado ut supra), para seguidamente ofrecer iniciativas que, sin reconocer la autonomía del derecho colectivo, sí que admiten manifestaciones del mismo que partiendo de la legitimidad individual en la que se apoya, tiene un carácter inequívocamente colectivo. Queda pues analizar alguna de las teorías que consideran que sí existen tales derechos colectivos con entidad propia y que como tales han de ser reconocidos y protegidos. En ese intento, ya lo anunciamos al inicio del epígrafe, Álvarez Molinero<sup>262</sup> es una de las defensoras de su existencia y tiene un meritorio trabajo en el que reflexiona sobre la posible existencia de un Derecho Internacional Multicultural. Reconociendo desde este momento, la sintonía que profesamos con gran parte de sus propuestas.

Álvarez Molinero es plenamente consciente de la difícil travesía que actualmente se desarrolla en la compatibilidad de derechos de titularidad colectiva e individual, pero se muestra convencida de poder superar los escollos que existente en ese camino y para ello considera que la “*Filosofía Política*” puede ofrecer respuestas<sup>263</sup>. Parte para ello de la importancia que se le está dando desde el ámbito de la “*Filosofía Política*” a la existencia de “*comunidades culturalmente diferenciadas*” dentro de los propios Estados. Con buen criterio entiende que el punto sobre el que pivota este reconocimiento es la “*identidad cultural*” y lo primero que hace es definirla<sup>264</sup> tomando como base la propuesta de David Miller. Los elementos que consideran que para que un grupo pueda tener la consideración de minoría culturalmente diferenciada debe contar con el convencimiento propio y así expresarlo de su propia identidad de forma activa, que históricamente haya sido así, que se desarrolle en un ámbito geográfico y que exista un nexo de unión mutuamente compartido por todos los miembros que conformen la

---

<sup>262</sup> Álvarez Molinero, N. Óp. Cit. Nota 232.

<sup>263</sup> *Ibidem*. Pág. 21. “*Este enfrentamiento entre una visión de derechos individuales y derechos colectivos desarrollado en ámbitos internacionales desde una óptica marcadamente jurídica, tiene posibilidades de abrirse a otras disciplinas que han abordado desde otra vertiente la relación entre el individuo y la comunidad. Entendemos que parte de esta confrontación puede ser superada por algunas de las ideas desarrolladas dentro de la Filosofía Política en las que lo individual no siempre se contraponen a lo colectivo*”.

<sup>264</sup> *Ibidem*. Pág. 22. “*Entendemos la identidad cultural, a efectos de este trabajo, como una identidad nacional, que según Miller tendría las siguientes características: a) se refiere a comunidades nacionales constituidas por creencias, b) la nacionalidad es una identidad que encarna una comunidad histórica, c) la identidad nacional es una identidad activa, d) la identidad nacional conecta a un grupo de personas con un espacio geográfico particular, e) la identidad nacional requiere que la gente que la comparte tenga algo en común. MILLER, David, Sobre la nacionalidad, Paidós, Barcelona, 1997, p. 38 y ss.*”.

comunidad. A partir del cumplimiento de esas exigencias, considera que existe un sujeto colectivo, al que se le identifica como tal y del que, potencialmente, puede ser objeto de reconocimiento de un derecho, incluso de autodeterminación. Este criterio podremos comprobar más adelante que coincide con el de Viciano Pastor y al que nos sumamos en su defensa como criterio rector a la hora de establecer el sujeto activo de derechos.

Identificado materialmente el sujeto, reflexiona sobre las respuestas que las teorías liberales y comunitaristas han ofrecido en esta materia, de cara a su reconocimiento y protección de derechos. En cuanto las primeras, concluye que no han brindado opciones válidas para la protección de las comunidades minoritarias<sup>265</sup>. Evidentemente no necesita mucho esfuerzo intelectual deducir que la respuesta liberal a los colectivos minoritarios es la de indiferencia y que por ello, no ofrecen iniciativa alguna tendente a su protección. Empezando por reconocerles como objeto titular de derechos. Los efectos de la política calificada de “*omisión bienintencionada*” con la que se pretende convencer de que la mejor alternativa de cara al respeto y tutela de los derechos de las minorías es precisamente obviarlas de los programas políticos y económicos, con el criterio paternalista de “*por el bien de los mismos*” es un autoengaño de corto recorrido, que en realidad produce el efecto contrario que se propone<sup>266</sup>.

Previsiblemente, las pretensiones de reconocimiento y protección de las comunidades, con admitida identidad, tienen mejor acogida bajo las tesis comunitaristas. Por

---

<sup>265</sup> *Ibidem*. Pág. 24. “La pretendida neutralidad liberal no ha podido obviar el hecho de que los estados, a través de su legislación o de sus políticas, hayan introducido elementos que han posibilitado que ciertos grupos prevalearan sobre otros. El hecho de que el liberalismo haya entendido tradicionalmente que el estado no deba inmiscuirse en la dimensión pública de las adscripciones culturales de los individuos no quiere decir que defienda que el concepto de nación se construya a costa de aniquilar y marginar a diferentes etnias que conviven en un mismo territorio”.

<sup>266</sup> *Ibidem*. Pág. 25 “Sin embargo, las consecuencias de la política de «omisión bienintencionada», sí han sido muy negativas para los pueblos indígenas debido a que algunos estados han llegado a negar la existencia de estos pueblos y el valor de sus culturas” y pág. 24 citando a Kymlicka “Autores como Kymlicka, cuyo pensamiento nace de la tradición liberal, han señalado la dificultad de mantener este principio. En este sentido, Kymlicka afirma: «En realidad, la noción de «omisión bienintencionada» es totalmente incoherente y refleja una comprensión superficial de la relación entre Estados y naciones. Allí donde existen lenguas oficiales, fronteras políticas y división de poderes resulta inevitable apoyar a una u otra cultura societal, o bien decidir qué grupos formarán la mayoría en las unidades políticas que controlan las decisiones que afectan a la cultura, como las decisiones relativas a la lengua, la educación y la inmigración». KYMLICKA, Will, «Ciudadanía...» *op. cit.*, p. 160.”.

definición, estas parte de la concepción del sujeto colectivo como un ente autónomo, capacitado y con plena validez para poder ser titular de derechos y poder ejercerlos (mediante tal otorgamiento) dentro del ámbito jurídico, político y económico. Ante tal premisa resulta lógico que pueda crecer la idea de que los Derechos Humanos de tercera generación, con una indudable condición colectiva en cuanto a los intereses que pretenden proteger, puedan articularse por medio del reconocimiento de su titularidad a entes colectivos o plurales<sup>267</sup>. Prueba de ello es que dos de sus mayores exponentes Taylor y Kimlicka, sirven a la Autora para sintetizar su propuesta de reconocimiento de derechos a las minorías cuando establece que *“No se trata de que el estado reconozca el derecho a la tierra o a la autodeterminación en los términos más favorables a sus actuales estructuras, sino que tenga en cuenta a la voz de los pueblos indígenas, sus intereses y necesidades, lo cual abre un proceso más complicado que en muchos casos va más allá de las propias normas actuales de Derechos Humanos. Esta afirmación nos sitúa en el marco de las teorías de autores como Kymlicka o Taylor que, aunque en diferentes términos, reconocen que los grupos culturalmente diferenciados detentan una serie de derechos colectivos que los estados deben garantizar. Esta constatación nos lleva a abordar el tema de las consecuencias del reconocimiento del valor de la pertenencia a un grupo en su dimensión colectiva y a las exigencias que esto implica para el estado, así como los riesgos que entraña en relación con los derechos de la persona”*.

Queremos llamar la atención sobre la anterior reflexión porque viene a sintetizar otra de las ideas fundamentales que pretende transmitir el presente trabajo. En total sintonía con la misma, se pone el punto de inflexión en el reconocimiento de los derechos de las minorías, no en un acto formal declarativo de un eventual Derecho a la Autodeterminación que nominativa cumpla con las expectativas pero que internamente sea un espacio vano. Coincidimos plenamente en que la trascendencia del reconocimiento, respeto y protección de las minorías no debe ceñirse a una cuestión meramente enunciativa, por muy recogido a nivel de norma fundamental se sitúe. En

---

<sup>267</sup> *Ibíd.* Pág. 26. “El comunitarismo ha sido, por el contrario, una corriente más atractiva para justificar las demandas de los pueblos indígenas, en especial para el derecho de autodeterminación, debido a que los y las comunitaristas achacan a los liberales el haber construido un modelo de individuo demasiado abstracto, sin vínculos y carente de solidaridad.”.



esta materia, lo verdaderamente relevante, es lo que en palabras de Álvarez Molinero expresa en “*tener en cuenta la voz de los pueblos indígenas, sus intereses y necesidades*”. Esta idea base, se retomará en capítulos posteriores, pero adelantamos y destacamos que viene a condensar uno de los pensamientos fundamentales de este trabajo. Lo verdaderamente importante es el reconocimiento desde el respeto, y ese reconocimiento no debe quedarse en un ámbito protocolario, sino que debe traducirse en una vía de información sinalagmática para ambas partes y donde las minorías (comunidades en general) puedan obtener el estatus jurídico que consideren de forma autónoma, que verdaderamente refleje el estatus social, político, económico, cultural, territorial, etc. por el que libremente hayan optado. Incluso no es necesario para llegar a ese estado, que exista una declaración previa positivada de reconocimiento de autodeterminación, ya que lo trascendente no son los títulos vacuos, sino la traducción efectiva de atención responsable a los intereses y necesidades de las minorías. Considerándolos, verdaderos sujetos titulares de derechos.

#### **2.6.6 Una visión pragmática.**

A modo de resumen de lo expuesto podemos concluir que la experiencia de dotar de una argumentación teórica a la titularidad de los Derechos Humanos de tercera generación se encuentra en proceso y que ha de sobrepasar algunos obstáculos hasta concretarse conceptualmente. No podemos llegar a conocer si la pendiente que actualmente está siendo subida en cuanto la dicotomía derecho individual y derecho colectivo para definir el titular de la nueva generación de Derechos finalmente será coronada permitiendo el reconocimiento autónomo e independiente de ambas figuras, pero llegado este punto y en vista de lo escarpado del terreno, podemos llegar a cuestionamientos en los que nos preguntemos si realmente es necesario llegar al hito de diferenciar ambas titularidades o por contra, pueden perfectamente convivir posiciones “*híbridas*” en la relación entre ambas, introduciendo distintos ámbitos de expresión, como son la titularidad y el ejercicio. Un intento de plasmar esta nueva perspectiva nos

la ofrece Vasak, en cuanto al Derecho de autodeterminación, en su visión de este "derecho colectivo"<sup>268</sup> defiende:

*"Debe apuntarse a este respecto una cierta aprensión. Los convenios tratan sobre los Derechos Humanos. El derecho a la autodeterminación, al ser obviamente un derecho de todo un pueblo o grupo étnico, constituye por tanto un derecho colectivo que no concierne a individuos aislados, sino en el seno de un grupo. De hecho, los Derechos Humanos se fundamentan en el derecho a la autodeterminación. Por otra parte, el auténtico contenido del derecho a la autodeterminación, su verdadera importancia política, consiste en el derecho a fundar un Estado independiente y a establecer una organización política tendente a la creación de un Estado. El Estado representa en realidad el contexto en el que se basan los Derechos Humanos, y en el que consiguen éstos su instauración. Así pues, en los convenios se declara como derecho del hombre el de crear las condiciones previas para la consecución de los Derechos Humanos. El derecho que se cuestiona en este punto es el de establecer las condiciones a partir de las cuales surgirán posteriormente los Derechos Humanos".*

Interesante y novedosa perspectiva la que nos ofrece, al establecer que tan importante al respeto de los Derechos Humanos, es la materialización directa de los mismos, como garantizar las condiciones habilitantes para su ejercicio. En este caso, llama la atención la perspectiva que ofrece del Derecho de Autodeterminación, al fijarlo como una condición esencial para el respeto, protección y ejercicio de otros Derechos Humanos. Principalmente para ciertos grupos o colectivos en los que alcanza una especial importancia<sup>269</sup>. Al margen de su conclusión de abocar este Derecho a un único fin, el de consagrar un estado independiente, que de por sí podría ser objeto de importantes matizaciones, lo que pretendemos es transmitir y absorber la idea de Vasak, en cuanto que, el desarrollo de los Derechos Humanos esenciales de la persona, requiere unas condiciones mínimas para su ejercicio y que con carácter previo han de estar habilitadas. A ello debemos añadir la otra gran aportación, me refiero a que esas condiciones previas de materializan por el respeto y tutela de Derechos que tienen un evidente desarrollo colectivo. De esta forma, la cobertura que se ofrece con carácter preliminar al cumplimiento de los Derechos Humanos no se basa en el respeto a unas

---

<sup>268</sup> Vasak, K. Óp. cit. Nota 145. Pág. 61.

<sup>269</sup> Ibídem. Pág. 96. "No sólo entran en esta esfera minorías o pueblos enteros cuyo derecho a la autodeterminación está en litigio, sino también grupos cuyo nivel de vida económica o social está por debajo de los niveles de vida mínimos y los grupos que son víctimas de violaciones generalizadas y gran escala de los Derechos Humanos, incluida la discriminación".

condiciones personales sobre el individuo, sino que ha de velarse por un ejercicio que cobra sentido si es ofrecido, respetado y cumplido, a todo el colectivo, a todos y cada una de las personas que integran el grupo<sup>270</sup> entendido todo él como un ente jurídico. Esta idea la retomaremos en capítulos posteriores.

Llegado a este punto, lo trascendente es desarrollar vías orientadoras para el reconocimiento, positivación y protección de los Derechos Humanos de tercera generación por lo que puede ser perfectamente aceptables posiciones de reconocimiento del ejercicio colectivo y la titularidad individual si con ello se consigue avanzar en la consecución de ver plasmados la nueva generación de derechos en normas nacionales e internacionales<sup>271</sup>.

Paralelamente al debate que venimos exponiendo se puede observar que se ha ido concretando la cuestión general sobre algunas de carácter más particular. Del inicial y general planteamiento en cuanto la determinación del sujeto titular de los Derechos Humanos de la nueva generación, hemos ido desarrollando el análisis hasta converger en el particular caso del reconocimiento de Derechos a las minorías. Se ofrece ésta vía como representativa de los avances que normativa y teóricamente se han realizado en el reconocimiento de los derechos a un sujeto colectivo en los últimos tiempos. Debemos destacar las importantes aportaciones que en esta materia se ha producido que han

---

<sup>270</sup> *Ibidem*. Pág. 95. "Mientras que en los párrafos precedentes se hacía hincapié en los derechos del individuo, entendiéndolo a éste como ser humano único o como persona integrante de diversas relaciones sociales, ahora prestaremos atención a los derechos de los grupos y colectividades. No nos esforzaremos por definir un "grupo" o "colectividad" pero, para establecer una distinción clara entre los derechos individuales y los derechos de los grupos, entenderemos éstos como colectividades de personas que poseen características especiales y distintivas y/o que se encuentran en situaciones o condiciones especiales. Estas características especiales y distintivas pueden ser de naturaleza racial, etnológica, nacional, lingüística o religiosa. Las situaciones o condiciones específicas pueden determinarse por factores políticos, económicos, sociales culturales. Teniendo en cuenta estas características, que son inherentes al grupo, o las situaciones o condiciones de naturaleza accidental, las leyes internacionales sobre Derechos Humanos pretenden proteger o preservar las características del grupo, o bien, provocar un cambio en las condiciones o situación que afectan al grupo, y que son intolerables para el nivel de Derechos Humanos aceptado internacionalmente".

<sup>271</sup> Rodríguez Palop. M.E. Óp. Cit. Nota 26. Pág. 178. "Podría pensarse que defender la titularidad individual de los derechos de cuarta generación resuelve definitivamente algunos problemas pero lo cierto es que también puede acabar desvirtuando el sentido de la categoría (especialmente de algunos de sus miembros) y condenando al fracaso todos los esfuerzos que se están haciendo por lograr su protección eficaz".

supuesto un gran avance en su positivación en textos constitucionales y tratados internacionales.

Como ya he mantenido en varias ocasiones precedentes, la construcción en ciernes de la figura jurídica de los Derechos Humanos de Tercera Generación se encuentra en pleno desarrollo y de ahí las cuantiosas ramificaciones que fluyen de esa base común. Dentro del contexto de titularidad de los Derechos de la nueva generación, nos hemos centrado en el sujeto activo, por entender que, constituye un elemento prioritario de conformación. Sin embargo, aunque es una cuestión más pacífica, la determinación del sujeto pasivo (mayoritariamente identificado por el Estado o Estados). Existe una aportación en esta materia que tiene una especial relevancia por su originalidad y argumentación. Es la que formula Rodríguez Palop, que se apoya en las teorías dialógicas para articular el modo de interacción entre el Estado y las minorías. Lo importante en esa relación es la compatibilidad de los intereses individuales y los colectivos frente al sujeto pasivo. Esto, que parece una simpleza, pudiera inducir a pensar que su traducción en la realidad es mecánica y natural, aunque dista mucho de la realidad.

El primer imperativo en ese proceso es definir las necesidades que han de ser cubiertas. Rodríguez Palop, entiende que hay que delimitar los intereses colectivos con el “*discurso*” de las necesidades básicas, las denominadas “*necesidades radicales*”, que están orientadas a sobrepasar el modelo de dominación. Aprovecha el debate sobre la existencia de esas nuevas realidades (Derechos Humanos de Cuarta Generación) con un doble objetivo, por un lado, por la posibilidad de consenso en cuanto a esas necesidades y por otro, por su finalidad última que pasa por su positivación normativa. Deduce de todo ello, que en realidad lo que se está consiguiendo es forzar al orden imperante a reconocer realidades que no atienden al canon impuesto de adecuación a esa estructura previamente instaurada<sup>272</sup>.

---

<sup>272</sup> Rodríguez Palop, M.E. Óp. cit. Nota 4. Págs. 227-254. “*Por esta razón, los nuevos derechos pueden ser objeto de una discusión real en torno a valores y, a la vez, presentarse como un medio para mejorar las condiciones en las que tal discusión se lleva a cabo. Gozan de un doble carácter, empírico y normativo, pues se muestran como realidades históricas y como fines deseables. Mantienen una relación ambivalente con un cierto discurso moral y con el sistema democrático, al ser condiciones de posibilidad del consenso y de un modelo concreto de democracia y al mismo tiempo depender de la realización de*

Lógicamente para llevar a cabo esa labor, prácticamente de “*contra sistema*” va a encontrarse con unos obstáculos, de los que destaca tres retos. El primero en cuanto al proceso de creación de la voluntad de la propia comunidad. Como pasar de “*la voluntad de todos*” a la “*voluntad general*”<sup>273</sup>. El segundo, queda en la búsqueda de un canal comunicativo que evite el conflicto entre las partes, bien recurriendo a acciones estratégicas o bien reforzando la acción comunicativa y el proceso democrático. Advierte que en el ámbito político una vía de comunicación que cumpla tales requisitos no es posible si no se respeta la autonomía de ambos comunicantes (privada y pública) y ello es viable dentro de un contexto de respeto democrático. Por último, hay que superar el desafío que es inherente a un proceso donde pueden concurrir intereses de carácter individual y de ámbito colectivo y la posibilidad de que surjan conflictos entre los mismos. Superar esta dificultad dependerá del modelo tomado como base<sup>274</sup>, y este caso, se opta por la idoneidad de la Teoría Discursiva Habermasiana<sup>275</sup> para compaginar

---

*tal modelo para configurarse como derechos. Finalmente, cumplen una función crítica frente al orden imperante que afecta a todas sus facetas sin pretender su aniquilación total sino, muy al contrario, la desaparición de los obstáculos que imposibilitan la realización de su ideal”.*

<sup>273</sup> *Ibídem.* “La clave de esta cuestión radica en la estructura dialéctica de la comunidad de comunicación, pues todo discurso supone contrafácticamente la meta del acuerdo y la existencia de la comunidad ideal que determina la corrección de los argumentos”.

<sup>274</sup> *Ibídem.* “La última dificultad de esta construcción descansa en la oposición que pudiera darse entre intereses colectivos e individuales. En este caso, la respuesta que se ofrezca dependerá del modelo que se tome como base, por lo que la defensa de los intereses colectivos y de los derechos de cuarta generación implicará la opción por un determinado sistema político.”.

<sup>275</sup> Rodríguez Palop. M.E. Óp. cit. Nota 26. Pág. 339 y 340. “El principio de universalización en la construcción habermasiana, por ejemplo, que es la que usaré para abordar esta problemática, exige que los intereses particulares se inserten en el discurso práctico para así poner a prueba su “generalizabilidad” y no determina el contenido de los intereses generalizables porque dependerá, en cada caso, de las circunstancias sociohistóricas en las que se desenvuelva tal discurso así como del acuerdo que alcancen aquellos que lo protagonizan. No olvidemos que la situación ideal de diálogo al estilo habermasiano ha de servir a los participantes para discernir de entre sus intereses, cuales pueden encuadrarse en la consideración de intereses generalizables (que coinciden con el interés de emancipación de toda la humanidad) y en el esclarecimiento de tales intereses cada persona ha de asumir una cierta cuota de protagonismo. Así, como asegura J. Muguerza, la racionalidad comunicativa se revela como una racionalidad deontológica, que no se orienta a describir el proceso moral y político sino a prescribir lo que debe ser. Y por esta razón, entre otras, puede decirse que la comunidad racional no es un concepto empírico sino normativo, y que se va formando en la medida en que se desarrolla un discurso legítimo acerca de la acción y los intereses colectivos. Es en este sentido en el que A. E. Pérez Luño afirma que el bien común tiene una dimensión axiológica, es decir, no puede encontrarse, de hecho, en la vida real, sino que representa un valor cuya consagración exige un clima de solidaridad colectiva. En definitiva, la tesis habermasiana facilita la construcción de una acción comunicativa no estratégica, sustituyendo mediante el discurso, las relaciones de dominación por nexos de cooperación, asegurando a todos los participantes posiciones de simetría y reciprocidad y asumiendo la existencia ciertos vínculos sociales.”.

intereses colectivos e intereses individuales. La compatibilidad entre ambos intereses vendrá determinada por el reconocimiento de la dualidad de su naturaleza (individual y colectiva) porque al final de lo que se trata es de satisfacer necesidades de cada uno de los dos sujetos, el individual y el colectivo<sup>276</sup>.

Con este breve análisis relativo al proceso que habría que seguir para traducir las necesidades de ese sujeto (ya sea colectivo o individual), constatamos la complicada travesía de los Derechos Humanos de tercera generación, ya no solo en un origen para delimitar el titular de los derechos sino para las etapas siguientes, de concreción de necesidades y de revisarlas las mismas ante el sujeto pasivo de la relación<sup>277</sup>, pero sin perder su carácter cuestionador de la realidad y su compromiso en la cobertura de nuevas necesidades<sup>278</sup>.

## **2.7 Modelo de Estado.**

### **2.7.1 Tres Generaciones de Derechos Humanos, tres modelos de estado.**

Hasta que se inicia el advenimiento de los Derechos Humanos de tercera generación, a finales del siglo XX, la aparición de las anteriores generaciones de Derechos Humanos,

---

<sup>276</sup> *Ibídem.* "la compatibilidad entre derechos de cuarta generación y derechos individuales no es imposible si se asume que participan de una doble naturaleza pues no favorecen sólo a los individuos sino también a la comunidad, cumplen una función social y forman el presupuesto funcional de la democracia; es decir, que están caracterizados por la concurrencia de intereses privados y públicos (que representan un aliud respecto de los primeros). Sólo desde una construcción como ésta es posible y deseable tal armonización y, en consecuencia, sólo desde esta plataforma puede lograrse la incardinación de las nuevas exigencias en el elenco de Derechos Humanos de titularidad individual."

<sup>277</sup> Vasak, K., *Óp. cit.* Nota 145. Pág. 99. "De hecho, la proclama refleja la tendencia actual a relacionar los Derechos Humanos con los graves y urgentes problemas políticos y económicos del mundo actual, poniendo de manifiesto violaciones masivas de los Derechos Humanos. Mientras que la Declaración universal de los Derechos Humanos de 1948 convierte al individuo en figura central de buen número de relaciones sociales, la Proclama de Teherán se centra mucho más en el grupo como víctima masiva de las violaciones de los Derechos Humanos. Esta actitud significa, al menos a nivel general, un cambio más que notable -en apenas dos décadas- de la tendencia individualista de los Derechos Humanos a esta nueva, colectivista".

<sup>278</sup> Alemany Briz, J.M. *Op. Cit.* Nota 68. Pág. 4. "Es verdad que la aceptación de nuevos Derechos Humanos, posibles precisamente porque su titular es a la vez la comunidad y la persona, amplía de manera dinámica el concepto hasta ahora existente. Pero habría que preguntarse si este hecho no constituye una aportación positiva a la teoría de los Derechos Humanos, demasiado lastrada de individualismo y eurocéntrica por su origen, desconociendo otras tradiciones. Quizá ha llegado el momento de apuntar a una mejor integración de la dialéctica individuo/comunidad y derecho/deber".

por lo general, habían sido fruto de una situación social y política muy concreta, que había desembocado en la positivación de unos Derechos que eran un fiel reflejo del modelo de Estado por el que se venía desarrollando la actividad política, institucional y jurídica de los ciudadanos.

En un principio, el Estado Liberal de Derecho engendró unos Derechos Humanos con clara impronta garantista de la esfera individual, con unas funciones Estatales principalmente limitadas a un cometido esencialmente de custodia de ese ámbito personal, a modo de autolimitación impuesta desde la noción de un Estado intromisivo y despreciativo de la libertad individual que requería dotarle de unos límites claros de actuación y del que los Derechos Humanos se convirtieron en fronteras infranqueables de protección de la esfera personal. Evidentemente, ante tal horizonte, las prerrogativas estatales se centraban en capacidades de custodia de los derechos y libertades de los ciudadanos y eso se transcribió a nivel de Derechos Humanos, lógicamente como su sustrato axiológico, para todos aquellos principios que se consideraban con rango de fundamental o esencial, en ese preponderante, objetivo de salvaguarda del ámbito privado.

En segundo lugar, al igual que ocurrió con la primera generación de Derechos Humanos, la segunda fue desarrollada paralelamente a un modelo Estado, en el que simbióticamente, se fue concretando un nuevo modelo, el Estado Social de Derecho, junto a la reconocida segunda generación de Derechos Humanos, se concretaron derechos que exigían un plus a la función Estatal. Se constató la insuficiencia del “Estado Policial” y se consideró la necesidad de la participación estatal para compensar los abusos que se habían constatado producidos por un papel meramente abstencionista del Estado. Los desequilibrios producidos en ámbitos como el económico y el social, forzaron al desarrollo de una nueva generación de Derechos Humanos que imponía la necesidad de políticas intervencionistas para paliar el resultado del espejismo de que el propio mercado es el que se “autoregula”. El mensaje de que el estatus económico es el que modula injerencias y permite el desarrollo personal según valía, partiendo de una misma posición de salida, se mostró realmente como una fórmula de estilo que en realidad escondía un mensaje de conformismo y de valoración vacua del esfuerzo,

tergiversando la esperanza para ponerla a los fines de los intereses económicos<sup>279</sup>. La realidad forzó una interpretación muy distinta a tales premisas, cuando se comprobó la insuficiencia de las libertades individuales y políticas ante los abusos que se estaban cometiendo a nivel social y sobre todo económico<sup>280</sup>. Lógicamente, como una constante histórica, fue el empuje de los movimientos sociales el que llevó a un replanteamiento de la situación y a promover el impulso de la intervención del Estado como único catalizador con entidad suficiente como para equilibrar la balanza, al menos aparentemente, así surgió una nueva generación de Derechos Humanos, la segunda, que vino a positivar unos derechos con clara impronta social, y que venía a complementar la anterior generación y a suplir su incompleto ámbito de cobertura desde el objetivo de ofrecer abrigo al desarrollo, no solo individual de la persona, sino también desde sus relaciones interpersonales, que en definitiva viene a conformar dos aspectos esenciales del desarrollo global de la personalidad.

Expuesta someramente esta breve reseña de la evolución operada entre los paralelos e interconectados caminos entre el modelo de Estado y el desarrollo de las generaciones de Derechos Humanos (primera y segunda)<sup>281</sup>, llegamos al punto de evaluar si con la denominada tercera generación de Derechos Humanos podemos llegar a la misma

---

<sup>279</sup> Alcantarilla Hidalgo, Óp. Cit. Nota 8. Pág. 62. *"Para Saramago la responsabilidad de todo ello recae en los gobiernos, por su tibieza y clientelismo respecto de las empresas multinacionales, y en los propios ciudadanos, que no exigimos su cumplimiento con la suficiente fuerza 62. De Lucas habla así de «un doble fenómeno de desactivación de la capacidad emancipadora de los Derechos Humanos», que se traduce en una espuria utilización de los mismos por parte de los gobiernos, de manera que aquellos pierden su dimensión crítica y se tornan en soporte de una estrategia de dominación, una estrategia discursiva y funcional del orden global impuesto por el denominado «pensamiento cero» o «pensamiento único».*

<sup>280</sup> *Ibidem.* "Esto se traduce en la vinculación de los Derechos Humanos con un discurso abstracto, liberal y neutro desde el punto de vista ideológico que, bajo la capa de universalismo, se adueña de ellos con más fuerza. Por otro lado, se está produciendo una reducción de la dimensión útil de los Derechos Humanos, ya que, según el pensamiento al uso, sólo son derechos de verdad las libertades públicas. El lugar donde se dirime el resto de la satisfacción de las necesidades es el mercado, y quien no consigue triunfar en él es culpable de sus propias deficiencias".

<sup>281</sup> Sánchez Ferriz, R, Óp. Cit. Nota 17. Pág. 213. *"Varias son, ciertamente, las generaciones de derechos cuya concepción, fundamentación y efectos difieren, correspondiéndose en cada caso con una formulación, también distinta, del Estado que les sirve de marco político. En efecto, si a fines del siglo XVIII se proclaman las libertades individuales, y el siglo XIX presencia el proceso, no siempre incruento, por el que las libertades políticas van superando sucesivamente las tres fases que cabría resumir como delito, hecho, derecho (que caracterizan el establecimiento de tales libertades), el siglo XX aporta un nuevo tipo de derechos, los típicos del Estado social de Derecho, que son los derechos sociales, esto es, los derechos a obtener del Estado concretas prestaciones".*



conclusión que ha operado en las precedentes generaciones de que han sido causa o efecto a un nuevo modelo estatal<sup>282</sup>.

Para la anterior pretensión, se van a presentar tres escenarios de trabajo. Cada uno de los ámbitos de análisis son un estadio evolutivo que en su conjunto, forman un proceso tendente a sostener una conclusión final, que ya adelantamos anteriormente y es que la tercera generación de Derechos Humanos puede haber propiciado una importante influencia en el modelo estatal, condicionando su desarrollo y transformándolo. A modo de breve presentación, podemos adelantar que un primer punto de partida tiene por objeto el examen del contexto social, político y jurídico contemporáneo en la aparición de la nueva generación de Derechos Humanos, bajo la premisa de la posible concurrencia de una crisis del modelo legal de estado en cuanto su insuficiencia para cubrir algunas de las necesidades que socialmente se están demandado en la actualidad. Se han hecho eco varios estudios de la denominada “*crisis*” del Estado Social de Derecho para dar una respuesta a necesidades de ámbito global y que han venido a determinar, en los últimos tiempos, ámbitos de actuación para los que el Estado Social no tenía o no ha encontrado una respuesta válida.

Un segundo ámbito de estudio se centra en las circunstancias operantes al nacimiento y evolución de la nueva generación de Derechos Humanos que pudieran avalar la tesis de que han influido en cambios del modelo estatal, en el contexto del denominado “*Constitucional*” que viene a recoger los avances de los anteriores modelos estatales y que además, viene a suplir las carencias que se habían puesto de relieve en el desarrollo del modelo legal y social de estado.

Por último, a modo recopilatorio, se funde la información extraída del examen factico-jurídico de la realidad que ha gestado el alumbramiento de la tercera generación de Derechos Humanos con las notas características de estos, a fin de determinar la posible influencia de las mismas en el desarrollo del nuevo modelo de Estado.

---

<sup>282</sup> *Ibidem*. "Sólo en los últimos años hemos vivido la reivindicación de nuevos derechos, tanto de carácter individual (por ejemplo: derecho a la transexualidad, o a la reproducción en las más diversas formas que los avances científicos posibilitan), colectivo (medio ambiente, por ejemplo) y hasta de toda la humanidad (el derecho a la paz o a la utilización ética de los descubrimientos que parecen acercarse a la esencia del individuo)".

Con carácter previo entendemos necesaria una precisión terminológica so pena de inducir a cierta confusión, ya que en el desarrollo posterior se hará referencia al vigente modelo Estatal como Social de Derecho si bien puede entenderse, a efectos dialécticos, de mejor agrado su evolución subsiguiente al modelo Constitucional con iguales fines<sup>283</sup>. Lo trascendente de la cuestión, al objetivo de lo expuesto, es la contraposición de dos modelos en un “iter” evolutivo y temporal, en cuanto el grado de influencia catalizadora en dicho progreso de la aparición de los Derechos Humanos de tercera generación. Ya sea como superación del modelo de Estado Social o si se entiende más pertinente, el modelo Constitucional de Estado, lo que se trata en definitiva de evaluar es el grado de impregnación en la transformación por contacto de los nuevos Derechos, contraponiendo ambos arquetipos (uno anterior y otro posterior) al punto de inflexión que supone la aparición de los nuevos Derechos Humanos y la configuración estatal<sup>284</sup>.

## **2.7.2 Superación del Estado Social.**

Antes de entrar al análisis reflexivo de la materia en primer lugar, como ya se anunció, es necesario dedicar algunas líneas a enjuiciar la posible concurrencia de crisis en el modelo de Estado Social, porque de ello puede depender, en gran medida, que pueda originar, aunque sea implícitamente, el embrión de la necesaria readaptación del modelo ante la evidencia de necesidades que no encuentra una respuesta adecuada en el mismo. En este apartado podemos encontrar algunas aportaciones doctrinales en el sentido de considerar incapaz al Estado Social para ofrecer cobertura a las nuevas demandas, como la brindada por Palacios Romeo<sup>285</sup> que, con una perspectiva que podemos considerar

---

<sup>283</sup> Pérez Luño, A.E. Op. Cit. Nota 9. Pág. 74-75. “Este paradigma explicativo de la dimensión triádica del Estado de Derecho, que ha sido sucesivamente liberal, social y constitucional”.

<sup>284</sup> En este punto entiendo conveniente hacer hincapié, en que no debe deducirse de lo manifestado que se está postulando como objeto de estudio un cambio radical de modelo de Estado y su análisis comparativo al modelo precedente. Como ya será objeto de análisis posterior, la influencia de los nuevos Derechos Humanos no debe entenderse como un punto de inflexión que genere una dinámica que aboque a un nuevo modelo de Estado, como pudo suceder en el desarrollo de las anteriores generaciones, sino que en este caso, se respalda más bien, una modalización del modelo, si bien, con importantes y trascendentes consecuencias, pero sin la entidad como avalar considerar que produce un cambio del mismo que permita entender que nos encontramos ante un nuevo modelo.

<sup>285</sup> Palacios Romeo. F. "Nuevo Constitucionalismo Participativo en Latinoamérica. Una propuesta frente a la crisis del Behemoth occidental". Thomson-Aranzadi. 2.013. Pág. 23.

algo particular, considera al Estado Social de Derecho como una especie de “velo” al servicio de intereses particulares, esencialmente económicos<sup>286</sup>. Al margen de tan personal visión<sup>287</sup>, si subyace en la crítica de Palacios Romeo un elemento de significancia, que viene coincidiendo con lo advertido en otros autores y que está íntimamente ligado con la aparición de los Derechos Humanos de la tercera generación. Me refiero al elemento “participación”<sup>288</sup>. Considera que se ha generado una profunda injusticia al establecer una distancia insalvable entre los centros de decisión y los destinatarios de esas decisiones<sup>289</sup>, en las que no tienen intervención alguna, a pesar de ser los obligados a su cumplimiento<sup>290</sup>. Con ello, sin entrar a un análisis excesivamente pormenorizado que no corresponde, sí podemos observar que se ha ido generando en la

---

<sup>286</sup> Ibídem. Pág. 28. “El estado constitucional irrumpió y se legitimó institucionalizando teóricamente los principios de libertad y de igualdad.... De esa manera los textos constitucionales sirvieron de pantalla para el desarrollo de un modelo de Estado mercatorio que fungió de factoría esclavista, expropiador de comunidades civiles, entronizador político de oligarquías censitarias, coadyuvador de monarquías empoderadas e invariablemente, gestor del desiderátum imperialista.

<sup>287</sup> A pesar de resultar excesivo a efectos prácticos entrar en el análisis de la denuncia de Palacios Romeo en cuanto la alineación constitucional por ciertos grupos de interés, no podemos evitar dejar indicación, que, tan crítica perspectiva tiene un pequeño oasis de optimismo cuando el propio autor reconoce que la aparición del Estado Social supuso un mínimo de “empoderamiento ciudadano”. Ibídem. Pág. 36. “El lapso que va de 1945 a 1975 sería el único espacio histórico en que una lógica de empoderamiento ciudadano se hace mínimamente visible con la implantación del estado social. pág. 37.. Por primera vez, los conceptos-icóno se proyecta en realidad jurídica integral. Desde el final de la II GM una gran parte de los textos constitucionales asumen la formulación Estado Social que queda anexada a la clasificación de democrático. El constitucionalismo europeo asume la democracia social como un modelo compuesto de tres espacios: los derechos sociales (dogmática social), la intervención del Estado en la economía (constitución económica) y la extensión del derecho político de participación al campo de las relaciones laborales y al de la sociedad civil en general. No sería un ejercicio de voluntarismo graciable por parte de los grupos de poder sino un giro inevitable por cuatro motivos: a.- legitimación ante el enemigo proto-socialista que se había erigido geopolíticamente como una alternativa real. b.- debilidad de los grupos de presión sistémicos. c.- fuerza reivindicativa de la sociedad civil-popular. d.- simplicidad de la estructura tecno-económica y tecno-jurídica, derruidas por el conflicto bélico.”.

<sup>288</sup> Ibídem. Pág. 63 “No obstante todo lo anterior, la historia ha demostrado que lo que pueda afirmar un texto constitucional será de una eficacia muy relativa y muy aleatoria si no hay márgenes para la participación ciudadana que ejerzan funciones que van desde el control del poder institucional y administrativo a la toma de decisiones directas. Una Constitución no habilitada de estructuras de participación queda a merced de grupos fácticos de poder”.

<sup>289</sup> Ibídem. Pág. 83 “Ningún sistema constitucional ha dedicado un solo capítulo al hecho de que la ciudadanía pueda directamente ejercer las funciones de control y transparencia dentro de las distintas administraciones públicas”.

<sup>290</sup> Ibídem. pág. 31. “¿en la cultura política occidental se podrían haber concretado modalidades políticas participativas semejantes a numerosos instrumentos jurídico-privados mercantiles tales como la participación accionarial mercantil o a la cuenta en participación?”. pág. 33. “La exclusión ciudadana generó un constitucionalismo elitista que se retroalimentó con grupos de presión económicos que acabaron dictando a los Estados sus políticas públicas en una simbiosis casi perfecta entre la la clase política y la clase económica. Conjunción perfecta en la lógica propietarista que se incubaría a partir de la lógica ilustrada materialista de la mano de Voltaire, e incluso de Diderot o D'Holbach, y que culminaría en el Estado de propietarios”.

piedra democrática un orificio que con el paso del tiempo ha llegado a perforarla y atravesarla hasta el punto de que la sensación generalizada por los destinatarios de las normas, los ciudadanos, existe un sentimiento extendido de desapego y distanciamiento, que provoca una percepción común de que la participación democrática en las decisiones fundamentales para sus vidas, ha quedado en manos de un grupo aislado, insensible y ajeno a las dificultades reales, de la que emanan propuestas que nada tienen que ver con la problemática existente y cuya eficacia queda muy mermada, por la falta de empatización de los destinatarios con el objetivo que se pretende conseguir, percibiéndose como meros mandatos de obligado cumplimiento a los que se ven compelidos ante la amenaza del poder coercitivo del Estado.

Esta crisis de participación es uno de los elementos que ya se referenció anteriormente como uno de los detonantes que generaron e impulsaron los movimientos sociales que contribuyeron al surgimiento de la nueva generación de Derechos Humanos. De ahí que, se haya relacionado su transcendencia de la propuesta de Palacios Romeo. En consonancia con lo expuesto, podemos añadir lo defendido por Pablo Jiménez<sup>291</sup> que viene a remarcar lo ya indicado en referencia a la insuficiencia del Estado Social para las demandas actuales, si bien añade una particularidad que viene a complementar la perspectiva general de la cuestión. Lo acaecido con los anteriores generaciones de Derechos Humanos (primera y segunda), no es extrapolable para esta tercera generación (añadiendo más elementos de singularidad a la misma), ya que, en palabras del mismo<sup>292</sup> *“Con lo expuesto, intentamos explicitar que sin perjuicio de sus evidentes diferencias, los derechos de la primera y segunda generación participaron de la visión productivista de la sociedad, según la cual los bienes naturales se ven como ilimitados, y lo que cuenta es la elevación del nivel de vida material”*. Sin duda es acertada la previsión, ya que podemos extraer como una conclusión con visos de aceptación generalizada, que en el contexto social en el que se produjo la creación y desarrollo de las dos primeras generaciones de Derechos Humanos existía un tinte económico que impregnaba (en mayor o menor medida) muchas de las demandas que se plasmarían posteriormente en Derechos Humanos. La libertad que se instaba a respetar por la

---

<sup>291</sup> Pablo Jiménez, E. *“Los Derechos Humanos de la Tercera Generación”*. Ediar. 1997.

<sup>292</sup> *Ibidem*. Pág. 56.

primera generación de Derechos Humanos ante un Estado abstencionista puede reconocerse como apoyada, en cierta medida, con un ánimo protector del status económico que solo una parte de la sociedad disfrutaba. Si pasamos dicho tamiz con lo sucedido por la segunda generación de Derechos Humanos podemos admitir, con las cautelas necesarias, que en esta segunda generación se extrapoló ese deseo de adquirir ciertas mejoras en la calidad de vida de forma más generalizada, si bien para ello ya no bastaba con un Estado garante y controlador, sino más bien al contrario, para alcanzar ciertos niveles de garantías y equilibrio se hizo preciso dotar al Estado de facultades activas que permitieran su intervención allí donde se pudiera expresar que el “mercado” no ofrecía garantías de equidad y con ello, tenía un alto potencial de generar injusticias y abusos, que era preciso prevenir. Y ese proceso de desarrollo y consolidación de las demandas sociales traducidas en Derechos Humanos se realizó, y he aquí su acierto, al margen de cualquier reflexión sobre el precio a pagar en términos de recursos y bienes naturales. En este apartado coincidimos con la apreciación de Pablo Jiménez de que la tercera generación de Derechos Humanos no tiene ese tinte impregnado, al menos de forma medular, determinando sus fines condicionados a estados de concienciación por la mejora de calidad de vida desde directrices de sostenibilidad, equilibrio y respeto a la dignidad de las personas desde su vertiente de manifestación común<sup>293</sup>.

Esta es una importante diferenciación, que dota de singularidad a las características de la nueva generación de Derechos Humanos y conlleva inevitablemente repercusiones, ya no solo en cuanto su configuración como una nueva categoría jurídica, sino que a los efectos del análisis que nos ocupa, en referencia a sus posibles influencias en el modelo estatal imperante, es evidente que las mismas son palpables al establecer dentro de las prioridades de la nueva generación de Derechos la búsqueda de equilibrios en cuanto la convivencia humana con su entorno y dotándoles de nuevos valores que se ven reflejados en los nuevos derechos que realzan el respeto a la dignidad humana desde una

---

<sup>293</sup> Claro está, que puede interpretarse que algunos casos, podemos encontrar expresiones de Derechos de tercera generación, que puedan estar afianzadas en visiones productivistas, como puede ser el caso del Derecho al Desarrollo, como uno de los Derechos que indudablemente engrosa la nómina de los de tercera generación, y que puede contener implícitamente un afán de mejora de estatus económico, si bien, debemos destacar, que en todas sus manifestaciones siempre se auto impone límites de equilibrio, ya no solo de sostenibilidad medioambiental, sino en el sentido de establecer limitaciones de carácter social y jurídico, en las que priman valores como el respeto y la convivencia frente a la mejora estrictamente económica.

perspectiva más global, más allá de la individualidad, y abriendo la tutela a demandas que se generan dentro de la interacción social, bajo un paraguas común de equidad y sostenibilidad, que los distinguen de las generaciones precedentes.

Avanzando en la propuesta, continúa su argumentación ahondando en la noción de crisis del Estado Social, destacando algo en lo que ya se ha incidido precedentemente y es la constatación de su insuficiencia para cubrir las demandas que se presentan ante el mismo, añadiendo si cabe aún más sentimentalidad a la sensación cuando viene a establecer que la falta de respuesta del modelo estatal social supone una “entelequia” que genera desesperanza y desprotección<sup>294</sup>. Podemos añadir con ánimo constructivo, que en este contexto se genera los elementos necesarios para producir el caldo primigenio que a modo de catalizador recopile los valores que reflejan las demandas sin respuesta por el vigente modelo de Estado y que, con el impulso de los movimientos sociales<sup>295</sup>, va desarrollándose en sus diversos aspectos tanto desde el plano social, por el que los ciudadanos progresivamente se van concienciando de la necesidad de protección de estos nuevos valores y, lógicamente, con las propuestas que desde un plano teórico intentan dotarle de un andamiaje fundamentador que le permita su viabilidad jurídica. Con evidente agudeza Jiménez llama la atención de corrientes en sentido radicalmente opuestas que consideran la raíz del problema en el intervencionismo desmedido del Estado y optan por soluciones que priman cercenar cualquier facultad de injerencia estatal, defendiendo tendencias eminentemente

---

<sup>294</sup> *Ibidem*. Pág. 56. En este punto, Pablo Jiménez, manifiesta su concordancia con la propuesta de Walter Carnota, reflexionando sobre el futuro que depara al Estado Social ante una situación constatada de insuficiencia en sus objetivos. “Ello ha motivado diversas dubitaciones y cuestionamientos institucionales. Entre ellas rescatamos, por su afinidad con la postura que aquí sustentamos al respecto, la efectuada por Walter Carnota al preguntarse por el futuro que aguarda al Estado de Bienestar y a su formalización jurídica, el constitucionalismo social. En su sentir, el que aparece en estos tiempos como una especie de “entelequia” que no ha podido proveer todo lo que ha prometido, sumiendo a los sujetos que deseaba amparar, en la desesperanza y la desprotección”.

<sup>295</sup> Rodríguez Palop. M.E. Óp. Cit. Nota 26. Pág. 229. “La segunda postura que pretende dar cuenta del origen de los nuevos movimientos sociales es la de autores que, como J. Oconnor, A. Wolfe, J. Habermas y C. Offe, por citar a los más representativos, sitúan sus raíces en las dudas que suscitaron entre determinados sectores de la sociedad, tanto las instituciones económicas como políticas del Estado de bienestar. Tales dudas, si bien se expresaron con claridad en la década de los sesenta y setenta, se basaban en las contradicciones en las que se asentaba la propia fórmula estatal desde su configuración definitiva en 1945, cuando la mayor parte de los países capitales desarrollados adoptaron la doctrina del ReportBeveridge y la política económica keynesiana”.

neoliberales<sup>296</sup>. Esta pretensión no hace sino resucitar debates que se entendían superados ante la evidencia que origina la incontestable realidad de la incompetente respuesta del modelo liberal ante los desequilibrios que produce un modelo que tiene precisamente como pilar básico la insensibilidad ante tales desequilibrios<sup>297</sup>.

Sin duda, la respuesta que ofrece el modelo de la tercera generación de Derechos Humanos basados en un valor tan sensible con la dignidad humana como la solidaridad, es representativo, no solo de una clara voluntad de paliar y superar las injusticias con una completa susceptibilidad ante todas y cada una de las necesidades, sino que incluso, la virtud de esta nueva generación de Derechos Humanos viene por su manifiesta complementariedad con las anteriores, y por su vocación enriquecedora de las mismas, cuando viene a incluir valores que cubren necesidades que hasta ese momento manifestaban una clara orfandad con el modelo estatal vigente, y que, con indudable conveniencia, ofrecen tutela a exigencias que exigen ser instrumentalizadas por un nuevo modelo estatal o al menos, con una reedición del actual<sup>298</sup>. La necesidad y oportunidad en la aparición de esta nueva generación de Derechos es manifiesta y su

---

<sup>296</sup> Ibídem. Pág. 56. *“Con referencia específica al concepto “crisis”, según se ha sostenido, en el ámbito mundial, la “crisis contemporánea” no es sólo de la economía. Así como la producida entre las dos guerras mundiales puso en “jaque” al Estado liberal, indicando el camino de acceso al Estado de bienestar, con absoluta injerencia de la estructura burocrática del poder del Estado, en la actualidad este modelo se ha problematizado también, habiéndose comenzado ahora el análisis de formas alternativas, desde la pretensión de retorno a las postulaciones del “Estado mínimo” en matiz de un “crudo liberalismo”, pasando por diversos modos de “consenso”, que exceden la temática de este trabajo”.*

<sup>297</sup> Ibídem. Pág. 66 *“Desde este punto de vista, estimamos inviable una “total retirada” del Estado, al no haberse podido eliminar las “mágicas” leyes del mercado, ya que el Estado no debe ser visto solamente como poder coactivo, sino también como una instancia de mediación de intereses sociales antagónicos, habiéndose expresado a este respecto, que su existencia no se explica, por cierto, en una sociedad sin conflictos, en una sociedad conciliada. El Estado surge como consecuencia de la división de la sociedad, resultante de las asimetrías sociales”.*

<sup>298</sup> Rodríguez Palop, M.E. Óp. Cit. Nota 26. Pág. 115. *“las generaciones de los derechos, no entrañan un proceso meramente cronológico y lineal, sino dialéctico, y porque a lo largo de la historia se producen constantemente avances, retrocesos y contradicciones. Puede decirse que cada generación acaba por descubrir su relativa insuficiencia, de la que toma su punto de arranque la generación sucesiva. En consecuencia la clasificación de los derechos en generaciones no implica la sustitución global de un catálogo demandas por otro, pues, o bien se traduce en la aparición de nuevos derechos como respuesta a nuevas situaciones históricas, o bien supone la redefinición o redimensión de derechos anteriores para adaptarlos a contextos novedosos en que deben ser aplicados. De esta manera, se parte de una concepción progresista de la historia y se rechaza la perspectiva involutiva que ve en la multiplicación de las libertades y los derechos un peligro para el orden jurídico y político”.*

influencia vinculante al Estado es innegable<sup>299</sup> por el importante influjo participativo que conlleva en la toma de decisiones<sup>300</sup>. Resulta imperioso que vuelva a producirse esa “*amalgama entre sociedad y Estado*” que permita generar el tan necesario sincretismo entre ambas figuras en un camino que inexorablemente recorren juntas<sup>301</sup>.

Para afianzar la tesis de incapacitación del Estado Social, Muñoz de Baena en su exégesis de la cuestión, considera que la aplicación del Estado Social ha sido problemática, encontrando un punto crítico en su avance el cuestionamiento teórico del propio modelo que incluso le ha impedido llegar a tener un grado de aplicación suficiente<sup>302</sup> como para realizar una valoración ponderada de su eficacia. En su formulación encontramos algunos de los elementos que, a su juicio, son causantes de la propugnada crisis del modelo social de Estado, de indudable interés teórico, por su aportación al debate y que a continuación exponemos sucintamente.

---

<sup>299</sup> *Ibíd.*, Pág. 60 “Enuncia en este sentido Álvarez Conde 78 que los llamados derechos nuevos supondrían la consagración, a nivel constitucional, de las transformaciones experimentadas por el Estado constitucional de nuestros días”.

<sup>300</sup> *Ibíd.*, Pág. 60. “Pero, como ya se dijo, no es solamente la problemática del deterioro económico global, la única postulación común que identifica a estos particulares Derechos Humanos, sino que a ella se suma la cuestión (altamente erosionante del sistema) de la “crisis de legitimidad democrática”.

<sup>301</sup> *Ibíd.*, Pág. 59. “Esta ligazón entre la nueva generación de derechos, y las consecuencias del desarrollo « capitalista (sin contendientes visibles, luego de la caída del “muro de Berlín”) nos lleva a reflexionar acerca del inescindible vínculo que debe existir entre el desarrollo económico y el desarrollo político, y a elegir entre un capitalismo de Estado mínimo con pretensión de regreso a las reglas mágicas del mercado, o quizá otro que rescate al hombre como protagonista, desde una perspectiva más solidaria. Desde allí, estimamos que se debe intentar una conversión las reglas del sistema jurídico que vuelva a producir una amalgama entre sociedad y Estado, presentando a la primera como decididamente pluralista y al segundo como productor de pautas que signifiquen coordinación y planeamiento sin pretender con ello una pretensión de Estado totalizador, pero --definitivamente-- rechazando al modelo que signifique un Estado ausente o desertor. Postulamos entonces, a partir de lo analizado en los párrafos que anteceden, la existencia de diversas corrientes que presentan a los derechos de la tercera generación, en derivación del modelo post-industrial, como habilitantes de un autónomo, que implica una manifestación jurídica de ribetes propios.”

<sup>302</sup> Muñoz de Baena, J.L. “Fundamentos filosóficos de los Derechos Humanos”. Ediciones del Serbal. Pág. 121. “Ésa es la situación que se plantea a partir de la Segunda Guerra Mundial, cuando las constituciones rígidas (cuyo modelo son las nacidas en la década de los años 10) reconocen derechos económico-sociales y culturales, los cuales, al contrario que los de la “generación” precedente, no se comprenden en términos de pura abstención, de *laissez faire*, y requieren una actuación del Estado en orden a su realización. El resultado es el Estado social (cuya crisis se inició en los años setentas del siglo pasado y a la que aún asistimos), nacido en oposición al modelo kantiano de Estado centrado en el derecho privado y en los derechos de libertad (pero también al modelo de Jellinek o Gerber, igualmente liberal, centrado en el derecho público y en los derechos públicos subjetivos). Su evolución ha sido problemática y parte de la crisis que sufre se debe al cuestionamiento teórico de su modelo o, más bien, del modelo que no ha llegado a tener”.



Empezamos por la evidente e innegable inflación burocrática y legislativa que ha generado una legislación motorizada con abrumadora producción normativa socavando la propia eficacia de las normas ya que desborda a los destinatarios la ingente cantidad de regulación a la que se ven sometidos y de la que, en su gran mayoría, desconocen o no entienden con el nivel de comprensión necesaria, provocando un distanciamiento entre legislador y ciudadano. Por otro lado, es manifiesto que la transformación de un Estado ceñido a la mínima expresión imprescindible para cumplir una función esencialmente de vigilancia y tutela, una vez que se le exige mayor intervención y participación en los desequilibrios sociales, que genere un crecimiento de las estructuras orgánicas prestacionales de servicios que por definición son el instrumento por donde se canaliza esa fiscalización y custodia, pero en muchos de los casos se ha acrecentado en exceso conllevando una ralentización y exceso de carga tramitadora que ha resentido su finalidad original y eficacia. Muñoz de Baena traslada estos dos factores determinantes al ámbito de los derechos y concluye con una delación, de la que ya se ha hecho referencia en este trabajo, nos referimos a la crítica por la falta de voluntad de dotar al sistema de derechos sociales de unas garantías e instrumentos de protección de eficacia equiparable a la que obtuvieron los Derechos Humanos de la primera generación<sup>303</sup>. Conclusión a la que nos adherimos desde el punto de vista que mientras nuestros ordenamientos jurídicos tienen un amplio elenco de instrumentos de defensa para las violaciones de derechos individuales heredado de un compromiso inmutable desde su aparición<sup>304</sup>, los derechos sociales no han visto reforzados con figuras de eficacia homónima, y han tenido que concretarse por medio de figuras procesales ambiguas y

---

<sup>303</sup> *Ibidem*. “Pero es importante resaltar que la inflación burocrática y legislativa que ha generado el WelfareState se debe, en gran parte, como dice Ferrajoli, a “la falta de elaboración de un sistema de garantías de los derechos sociales equiparable, por su capacidad de regulación y de control, al sistema de las garantías tradicionalmente predispuestas para la propiedad y la libertad”. Dicha carencia supone “no sólo un factor de ineficacia de los derechos, sino el terreno más fecundo para la corrupción y el arbitrio”.47 (47 L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Introd. de P. A. Ibáñez. Trad. de P. A. Ibáñez y A. Greppi. Madrid, Trotta, 1999, p. 16.).

<sup>304</sup> De Castro Cid, B. Óp. Cit. Nota 97. Pág. 100. “Se ve, pues, cómo el nombre «derechos públicos subjetivos» manifiesta una vinculación muy estrecha con las circunstancias que enmarcaban el reconocimiento y el disfrute de los Derechos Humanos en las postrimerías del siglo XIX, bajo el dominio doctrinal absoluto del modelo del Estado liberal de Derecho: posiciones o ámbitos de libre actuación jurídica que el ordenamiento estatal reconoce a sus ciudadanos al objeto de garantizar la autonomía de su participación en el respectivo campo de la vida social. En consecuencia posiciones subjetivas jurídicamente fuertes, al estar amparadas por una regulación explícita del ordenamiento estatal y por los correspondientes mecanismos jurisdiccionales de defensa. Y ese es el sentido técnico que quiere ponerse habitualmente de relieve cuando se intenta precisar la naturaleza jurídica de los Derechos Humanos diciendo que son «derechos públicos subjetivos”.

con determinación de su ámbito material, e incluso subjetivo, a fuerza de pronunciamientos jurisprudenciales. Un evidente signo de que no ha existido una intención clara de reconocimiento y custodia de los Derechos Sociales, forzándolos a la necesaria interpretación judicial para cubrir su indefinición y relegados a la parte “*programática*” de las constituciones, que los deja al albur de la voluntad política<sup>305</sup>.

Finalizando y a modo de conclusión, vamos a reproducir dos ideas que, con indudable acierto, Rodríguez Palop consigue sintetizar el pensamiento con el que nos identificamos plenamente.

Una primera en cuanto al incontestable nexo de unión en el debate de protección de los Derechos Sociales con su vertiente económica, que nos traslada al lógico campo de los recursos económicos con los que hacer frente a unas demandas prestacionales sociales por parte del Estado que, indudablemente, exigen de una financiación con la que cubrir su materialización, y en la que, con admirable firmeza y convencimiento mantiene en esta cuestión que<sup>306</sup> “*En segundo lugar, la interpretación de la crisis del Estado social hoy no puede suponer ni que la democracia tenga que ir indisolublemente unida a un modo de producción determinado, ni que sea imposible compaginar sistema democrático y capitalismo*”. No es objeto de análisis y excede de la finalidad del epígrafe entrar al juicio de las variadas e importantes consecuencias de esta afirmación, si bien, al objeto de la reflexión que se está realizando, destacar de la misma y reafirmarla, defendiendo que el sistema capitalista por definición tiene entre sus principios el de maximizar beneficios y reducir costes y que ello, en principio pudiera parecer que entra en plena quiebra con la prestación de servicios públicos que no pueden enjuiciarse desde criterios mercantilistas, pero no por ello debemos entender que entran en un bucle continuo de confrontación de inalcanzable consenso, muy al

---

<sup>305</sup> En este punto, Muñoz Baena, deja traslucir que es el propio Estado el que deja percibir que pudiera ser el propio responsable de su falta de operatividad en el desarrollo y protección de los Derechos Sociales. Óp. Cit. Muñoz Baena. J.L. “Fundamentos filosóficos de los Derechos Humanos”. “*Diríase que el Estado, construido sobre el viejo esquema liberal y formal de unos derechos civiles y políticos para cuyo aseguramiento bastaba con mantener estructuras jurídicas elementales (policía, ejército, administración de justicia) se ve impotente para cumplir con la nueva concepción social y material de los derechos económico-sociales que le impone la constitución sin quebrar su misma condición de Estado de Derecho*”.

<sup>306</sup> Rodríguez Palop. M.E. Óp. Cit. Nota 26. Pág. 278.

contrario, un análisis más pormenorizado arroja a primera vista la posibilidad de convivencia entre ambos sistemas, puliendo aristas y evitando excesos en los que socialmente se cubran necesidades que puedan tener cubiertos los recursos necesarios para su efectividad.

En segundo lugar afianzar una conclusión compartida que desarrollaremos posteriormente al establecer que<sup>307</sup> *“En definitiva, visto lo anterior, puede decirse que los nuevos derechos surgieron como consecuencia de la crisis política del Estado de bienestar y han de relacionarse directamente con el giro democratizador que los movimientos sociales pretendieron provocar en el ámbito nacional y en las directrices de la política internacional”*.

### **2.7.3 Un nuevo o readaptado modelo de Estado.**

Partiendo de una, por lo general asumida situación de crisis del Estado Social, debemos responder a qué modelo es el que ha originado la unión de los dos factores en juego. Por un lado la crisis de un modelo que se entiende no desarrollado plenamente y que no responde a las necesidades que se le demanda en la actualidad, junto al surgimiento de una nueva generación de Derechos Humanos que tiende a cubrir demandas que el modelo Estatal hasta este momento no está haciendo frente o lo hace de forma insuficiente.

Como recurso de adaptación pedagógica concretaré la cuestión en un examen del vigente modelo Constitucional de Estado<sup>308</sup>, centrada la disección en su estudio como si

---

<sup>307</sup> *Ibidem*. Pág. 280.

<sup>308</sup> Obsérvese que este segundo punto de análisis relativo al estudio del vigente modelo Constitucional bajo la luz de la nueva generación de Derechos Humanos se ha optado por la terminología de *“Constitucional”*, y no por la de *“Social”*, pretendiendo que esa diferenciación permita incluso una visualización nominativa de la diferencia en el modelo estatal, a fin de una mejor percepción de la concurrencia de ese posible cambio. Incluso a la hora de aquellas propuestas que entienden que no ha sido así, se mantiene la aceptación del modelo *“Constitucional”*, como el modelo vigente, independientemente de que esté motivado por el influjo de una nueva generación de Derechos Humanos.

de un nuevo modelo estatal se tratara o una readaptación del modelo social, todo ello, bajo el impulso de la nueva generación de Derechos Humanos.

En palabras de Viciano Pastor<sup>309</sup>, “*el derecho constitucional no es otra cosa que la actividad jurídica que ha seguido a un modelo histórico de legitimación y legitimidad del poder (constituido); esto es el gobierno*”. Una primera aproximación a tal aseveración nos conduce a la inexorable conjunción que opera entre el contexto evolutivo social e histórico y la matriz de Estado, avalado por un derecho constitucional que ha venido conformando y legitimando el modelo definido y por extensión, las facultades de su poder constituido. Esto respalda a aquellas tesis que defienden la existencia de una transformación en el modelo estatal ante la aparición de la nueva generación de Derechos Humanos entendiéndolo como un silogismo, operando como causa la incursión de los nuevos Derechos Humanos y trayendo como efecto consecuencias directas o indirectas sobre el modelo Estatal. Avanzando en la propuesta de Viciano Pastor, viene a apoyar la hipótesis de una transformación en el modelo estatal con una división en cuatro etapas en la evolución del derecho constitucional<sup>310</sup>, que si bien se pueden apreciar rasgos distintivos en cada etapa constitucional con un modelo de estado, se perfila con mayor claridad su identificación con la aparición de las generaciones de Derechos Humanos. Lo importante a los efectos de su estructuración es su percepción del planteamiento que desde los últimos años considera que se ha ido

---

<sup>309</sup> Viciano Pastor, R. “*Estudios sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*”. Tirant Lo Blanch. 2012. Pág. 14.

<sup>310</sup> *Ibíd.* Pág. 14. “*la evolución del derecho constitucional se ha planteado desde cuatro grandes paradigmas propios de los momentos constituyentes que correspondiendo a vivencias histórica del constitucionalismo: 1º.- el surgimiento del constitucionalismo liberal revolucionario durante las revoluciones burguesas a partir de finales del siglo XVIII 2º.- la evolución conservadora del planteamiento revolucionario hacia el positivismo y el primitivo concepto de estado de derecho, fruto de la renovada coalición entre clases burguesas y monarquías o sectores conservadores, su auge durante el siglo XIX. 3º.- el constitucionalismo democrático durante las primeras décadas del siglo XX, producto del enfrentamiento del Estado liberal conservador a las amenazas políticas, sociales y económicas, que provocaron el retorno del problema de la legitimidad del poder (problema que ha sido apartado desde el contractualismo). 4º.- el constitucionalismo social, cuyo objetivo nunca bien concluido era garantizar los derechos sociales que, por la vía del hecho, conformaron el fundamento de las políticas caracterizadoras del estado del bienestar y que, académicamente, se conceptualizó en el actualmente vigente concepto de estado social y democrático de derecho. Aquel que según Habermas, completaba los movimientos emancipadores de la burguesía h la socialdemocracia con las pretensiones de reconocimiento de las identidades colectivas y las demandas de igualdad de derechos de la forma de vida cultura.es’*.”

“*más allá*”<sup>311</sup>. Se han producidos avances en el reconocimiento, vigencia y efectividad del aspecto material del Estado Constitucional, en superación del estrictamente formal. Especial acierto encontramos en la fórmula de Louis Favoreu que el propio Viciano Pastor cita definiendo al proceso acontecido como una “*constitucionalización del ordenamiento jurídico*”.

Dado que en este epígrafe se está valorando la posible concurrencia de elementos de juicio que permitan deducir la influencia de la aparición de la nueva generación de Derechos Humanos sobre el modelo de Estado operante hasta este momento, quedaría mermada esta breve referencia sin que se hiciera mención a la figura del neoconstitucionalismo, entendiéndola como una construcción jurídica que viene a determinar un avance en la interpretación, aplicación y alcance de las constituciones, con indudables consecuencias en el modelo de Estado. Profundizando en la idea de que, en definitiva, lo que se está poniendo de relieve es la evidencia de que se han producido cambios tanto a nivel social, político y jurídico, que han tenido incidencia en el modelo estatal. Extraer de esa dinámica el influjo que haya podido generar la aparición de la nueva generación de los Derechos Humanos se torna una tarea de mayor calado que la que aquí nos ocupa, si bien podemos asumir como criterio de trabajo que, grosso modo, la propuesta teórica de que ha habido factores determinantes que pueden llevarnos a tal conclusión, aunque sea como hipótesis sustentada por la manifiesta existencia de cambios en el desarrollo del modelo constitucional y estatal.

A los fines que intentamos hacer valer, quedémonos con la aportación de Viciano Pastor en cuanto a su observación y análisis de una realidad, la existencia de una coyuntura que ha operado una conversión del modelo estatal vigente hasta ese momento y que al margen de que pueda incardinarse su origen, de forma exclusiva o no, en el surgimiento de la nueva generación de Derechos Humanos. La sustantividad de los mismos avala, al menos intuitivamente, que existen evidentes nexos de unión entre ambos acontecimientos.

---

<sup>311</sup> *Ibidem*. Pág. 15. “*Pero desde hace unas décadas el planteamiento va más allá. Consolidación de la corriente Neoconstitucional, se ha avanzado hacia la diferenciación entre el concepto formal y material del estado constitucional*”.

Otra de las propuestas que vienen a remarcar el convencimiento de que se ha producido un cambio en el modelo estatal en las últimas décadas es la defendida por Muñoz Baena<sup>312</sup>, de la que destacamos su original reflexión ante uno de los elementos que, a su juicio, ha sufrido una importante evolución. Analiza el papel de “*Los Principios del Derecho*”, en el actual contexto del derecho constitucional, defendiendo que pueden jugar el papel legitimador del derecho positivo, a los efectos de un novedoso derecho natural que viene a desdibujar la clásica contraposición entre iusnaturalismo y positivismo. Sin duda, una de las contribuciones de mayor calado en el contexto del Estado Constitucional que viene a marcar la trascendencia de los Principios, siendo éstos, los que establecen las directrices de contenido, interpretación y aplicación de la norma constitucional y con ello de todo el ordenamiento jurídico. Según su criterio, este nuevo estado evolutivo del modelo estatal viene siendo denominado “*Estado Democrático de Derecho*”. Además, y remarcamos esto, existe un nexo de unión esencial entre los Principios y los Derechos Fundamentales, que evidentemente han de tener una correlación e identificación en perfecta armonía en cuanto los valores que, unos, los Derechos Fundamentales, debe reflejar de los que los otros (Los Principios) le marcan. Al margen del indudable interés que despierta el campo abierto por Muñoz Baena, que hay que reconocer sumamente interesante y con gran atractivo intelectual, a efectos prácticos, extrayendo de la misma lo que funcionalmente cobra trascendencia al objetivo perseguido, podemos mantener que la sustancialidad de los Principios tiene una lógica consecuencia de recepción de aquellos valores, que socialmente le demandan, con voluntad de protección y prestación. Trasladando todo ello a la reflexión general del

---

<sup>312</sup> Muñoz Baena, J.L. Óp. Cit. Nota 302. Pág. 122. “*Los principios juegan, además, un papel llamado a atenuar, si no a borrar, la vieja contraposición entre iusnaturalismo y positivismo: por una parte, constituyen una suerte de nuevo derecho natural, inspirador de los desarrollos legislativos; por otra, son a la vez la manifestación más elevada del derecho positivo, el auténtico contenido material de la constitución de un Estado, más allá de la distribución de poderes y los mecanismos formales que regulan la alternancia de las mayorías. “El estilo, el modo de argumentar ‘en derecho constitucional’ se asemeja, en efecto, al estilo, al modo de argumentar ‘en derecho natural’, como sabe cualquiera que esté familiarizado con las grandes decisiones de los tribunales constitucionales”. Este modelo, que muchos denominan Estado democrático de Derecho (frente al Estado legislativo de Derecho y al Estado constitucional de Derecho), pone fin a la concepción meramente procedimental de la democracia al vincular ésta, de forma esencial, a los derechos fundamentales: “ya que el principio formal de la democracia política, relativo al quién decide y al cómo se decide —en otras palabras, el principio de la soberanía popular y la regla de la mayoría— se subordina a los principios sustanciales expresados por los derechos fundamentales y relativos a lo que no es lícito decidir y a lo que no es lícito no decidir”. El primer ámbito se refiere a los derechos civiles y políticos; el segundo, a los económicos, sociales y culturales”.*

presente epígrafe, extraemos con cierta lógica procedimental, el razonamiento de que los valores que se postula con la nueva generación de Derechos Humanos puedan ser recepcionados por los Principios que inspiran el contenido material de la Constitución<sup>313</sup>, con evidentes consecuencias sobre el modelo estatal, sobre todo cuando uno de los valores guía versa sobre la crisis de participación ciudadana y la necesidad de imponer vías de cooperación y contribución en los temas que les afectan y que ello, innegablemente, conlleva cambios en el modelo estatal que éste debe tener muy en cuenta<sup>314</sup>.

#### 2.7.4 Nueva Generación de Derechos Humanos y modelo actual de Estado.

Expuestas algunas propuestas doctrinales en cuanto el reconocimiento de circunstancias que avalan las hipótesis de trabajo que pudieran llevarnos a la conclusión de que estamos en las últimas décadas ante un nuevo modelo de configuración estatal, queda por último reflexionar sobre la existencia o no de un vínculo de unión que permita, a los fines de causa-efecto, concluir que la aparición de los nuevos Derechos Humanos ha

---

<sup>313</sup> En este punto, cobra una especial vigencia que el Ordenamiento Jurídico, por medio de los Principios Generales del Derecho, se introduzcan demandas sociales como son la protección al medio ambiente, desarrollo de las tecnologías y sobre todo, uno de los derechos símbolo de la tercera generación de Derechos Humanos, el derecho a la libre determinación de los pueblos. En consideración de Álvarez Conde, E y Tur Ausina R, "*Prescindiendo ahora de otros posibles antecedentes históricos, la Constitución del 78 inicia una nueva fase que, en la tónica de los más modernos Estados Europeos, introduce un completo catálogo de derechos de signo liberal, democrático y económico-social*11. *De clara influencia alemana, italiana y portuguesa, el catálogo enfatiza —en tanto derechos subjetivos—, la tutela de los clásicos derechos liberales y democráticos, entre los que introduce además puntuales derechos de corte económico y social (educación, sindicación y huelga); consagra en un segundo nivel —cuya garantía más relevante es la indisponibilidad frente al legislador de su contenido esencial— contenidos diversos como el matrimonio, propiedad privada, herencia, fundación, derecho al trabajo, colegios profesionales, negociación colectiva y libertad de empresa; y reduce a principios rectores de la política social y económica —destinados a informar la práctica judicial, legislativa y administrativa—, importantes compromisos socio-económicos (sobre determinados bienes: deporte, ocio, cultura, investigación, patrimonio; y colectivos: familia, trabajadores, discapacitados, juventud, tercera edad, consumidores y usuarios, organizaciones de defensa de intereses económicos), en algunos casos susceptibles de ser calificados como «expectativas de derechos» (vivienda, medio ambiente, salud,...), y en ocasiones constituyendo menciones de derechos pertenecientes, más bien, a derechos de la tercera y cuarta generación". Álvarez Conde, E y Tur Ausina, R. "Los Derechos en el Constitucionalismo: tipología y tutela multilevel". UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 20, 2007, pp. 231-276.*

<sup>314</sup> Rodríguez Palop. M, E. Óp. Cit. Nota 26. Pág. 111. "*En otras palabras, el sistema jurídico, especialmente en un Estado democrático, ha de generar los mecanismos que garanticen la discusión sobre las exigencias nuevas que el proceso histórico plantea, pues entre otras cosas, no puede desdeñarse el necesario nexo que tiene que existir entre el cambio social y el cambio en la teoría y la praxis de los derechos fundamentales*".

conllevado o participado en ese cambio de modelo. Como ya hemos indicado, partiendo de la situación denunciada de crisis del Estado Social de Derecho y de la concurrencia de indicadores que permiten deducir que en los últimos tiempos se ha producido una transformación en el modelo estatal, vamos a analizar la influencia en ese cambio de los Derechos Humanos de tercera generación y para ello, por su evidente carácter pedagógico y esfuerzo de síntesis, nos apoyamos en la propuesta de Pérez Luño<sup>315</sup> en esta materia.

La aparición de los nuevos Derechos Humanos ha tenido un innegable “*sesgo innovador*”, en el modelo estatal. Para ello realiza un análisis de varias cuestiones, destacando a los fines que perseguimos, la que centra su esfuerzo argumentativo al examen de la propuesta de concepción del Estado constitucional a partir de su relación con la Teoría Generacional de los Derechos Humanos.<sup>316</sup> A los fines didácticos de afianzar algunas de las ideas que se han expresado anteriormente, cobra prevalencia la breve reflexión que Pérez Luño dedica a la diferenciación entre este Estado de Derecho y Estado Constitucional<sup>317</sup>. Si bien el Autor, con notable prudencia, recoge referencias tanto de aquellas tesis que no observan elementos singularizadores de ambas figuras como de aquellas otras que sí otorgan una categorización diferenciada al estado Constitucional frente al Estado de Derecho, en ese punto, debemos descansar nuestras preferencias por éstas últimas, tal y como deja intuir, entiéndase esto con todas las cautelas, el propio Pérez Luño<sup>318</sup>.

En línea con lo expuesto, se ofrecen tres vías de análisis que constatan un desplazamiento perceptible dentro de los ordenamientos jurídicos democráticos<sup>319</sup>, que

---

<sup>315</sup> Pérez Luño. A.E. Op. Cit. Nota 9.

<sup>316</sup> *Ibidem*. Pág. 50.

<sup>317</sup> *Ibidem*. Pág. 51. Pérez Luño, referencia el ensayo de Manuel García Pelayo sobre este tema, destacándolo como una “síntesis ejemplar”, de la nueva configuración atribuida al “Estado Constitucional”.

<sup>318</sup> *Ibidem*. Pág. 51. Pérez Luño, referencia el ensayo de Manuel García Pelayo sobre este tema, destacando como una “síntesis ejemplar”, de la nueva configuración atribuida al “Estado Constitucional”.

<sup>319</sup> *Ibidem*. Pág. 52. Una primera y pilar del Estado Constitucional es el trasvase de la directriz, primacía de la ley a primacía de la Constitución. De esta forma, los valores y principios constitucionales toman la cúpula irradiadora de todo el Ordenamiento Jurídico. En segundo lugar, el desplazamiento de la reserva a de ley a la de Constitución y por último, un traslado desde un control jurisdiccional de la legalidad a un control jurisdiccional de la constitucionalidad. Con estos tres “*desplazamientos*” se completa una



desde una triple perspectiva afianzan la deducción de estar ante un nuevo paso evolutivo en el modelo estatal. Todo ello, en suma, lo que viene a constatar es que el imperio de la ley cede al imperio de la constitución. De este modo, y visto como un paso evolutivo generacional<sup>320</sup>, es la Constitución y los valores que consagran la que determina la validez de las normas integrantes de un ordenamiento jurídico, imponiendo su examen, al estrictamente cumplimiento de los procedimientos formales para su creación.

Continúa con un encomiable trabajo sintetizador exponiendo alguna de las propuestas doctrinales que consideran al Estado Constitucional como una categoría autónoma del Estado de Derecho<sup>321</sup>. Para Martín Kriele<sup>322</sup> tanto el Estado de Derecho como el Estado Constitucional son dos figuras diferenciadas tanto en su origen, fundamentos y métodos que las convierten en dos instituciones jurídicas totalmente opuestas y de las que no cabe su confusión. Peter Haberle<sup>323</sup>, sin llegar a una postura de radical contraposición entre ambos modelos, como la de Kriele, coincide básicamente al considerar al Estado Constitucional como un ente independiente en los que *“los poderes públicos se hallan conformados y limitados por el derecho a través de principios constitucionales formales y materiales: los derechos fundamentales, la función social de las instituciones, la división de poderes y la independencia de los tribunales”*. Destacamos en este punto la puesta en valor de los principios como directrices primarias del ordenamiento jurídico, que según Haberle se encuentra concretizados en los Derechos Fundamentales y que suponen una evidente diferenciación con el Estado de Derecho que tenía como pilar una formal propia del positivismo jurídico. Por último, Gustavo Zagrebelsky<sup>324</sup> ofrece, a

---

evolución en la que el modelo estatal queda sometido plenamente (desde el ámbito de la creación, aplicación e interpretación) a la norma constitucional, en detrimento de la ley.

<sup>320</sup> Nos referimos a que de este modo se abandona una concepción puramente formal en la que se determinaba la validez de la norma por el cumplimiento de los procedimientos legalmente habilitados para su creación y aplicación, al margen de valores que pudieran estar concretados en el ordenamiento jurídico. Al “evolucionar” al Estado Constitucional, ahora, los principios inspiradores de la norma fundamental imbuyen todo el ordenamiento y así es fiscalizado. De este modo todo el ordenamiento queda sometido a los mismos y la norma, no pasa ya un estricto examen formal de validez, sino otro, de mayor trascendencia, de su adecuación material a los valores constitucionalmente consagrados y protegidos.

<sup>321</sup> Nótese, que mientras el Estado Liberal y el Estado Social eran figuras incluidas dentro de la categorización de Estado De Derecho, sin embargo, el Estado Constitucional es presentado como un avance al propio Estado de Derecho.

<sup>322</sup> Pérez Luño A.E. Op. Cit. Nota 9. Pág. 65.

<sup>323</sup> *Ibidem*. Pág. 66.

<sup>324</sup> *Ibidem*. Pág. 68.

juicio de Pérez Luño la propuesta “más fuerte” de diferenciación de ambos modelos de Estado, con una actitud crítica ante el positivismo decimonónico que inspira el Estado de Derecho. Para Zagrebelsky, *“El Estado Constitucional supone la coexistencia de valores y principios, sobre lo que hoy se edifica la Constitución para poder lograr la unidad e integración del ordenamiento jurídico y, al propio tiempo, para ser compatible con una sociedad abierta y pluralista. Por ello, ninguno de esos valores y principios se deben interpretar como absolutos, sino que deben buscarse pautas hermenéuticas que garanticen su ponderación y concordancia”*. Acertada aseveración sobre el modelo Constitucional de Estado que viene a condensar la esencia del mismo al conformar como piedra angular los principios y los valores que consagran como regidores de todo el Ordenamiento Jurídico, que en definitiva, son un fiel reflejo que expresa las directrices básicas de convivencia que se ha concedido el grupo social y que en modo alguno deben verse como instancias absolutas e inamovibles sino que los mismos deben ceder a limitaciones valoradas desde la ponderación razonada y el equilibrio de los valores en cuestión.

Termina su propuesta con una cláusula de reconocimiento al referir que, si bien el positivismo jurídico (base teórica del Estado de Derecho) ha supuesto una *“incuestionable”* responsabilidad en determinadas *“involuciones del Estado de Derecho”*<sup>325</sup>, con todo, no puede ello empecer su innegable aportación a *“determinados presupuestos teóricos y prácticos”* del Estado Constitucional. Se trata en definitiva de poner en valor, no solo los aspectos más regresivos de la aportación teórica del positivismo jurídico, sino que también es necesario el reconocimiento de su objetivable aportación en la defensa de una concepción de primacía y respeto a la base legal del ordenamiento jurídico que en definitiva es la que subyace en el Estado Constitucional.

Como en las cuestiones que han precedido, y en la gran mayoría de las temáticas que entran al debate doctrinal, podemos encontrar conclusiones en un sentido y en el contrario, todas avaladas con meritorios estudios y razonadas reflexiones y en este caso, el objeto de exposición del presente epígrafe no es una excepción. Ello, lejos de lastrar la controversia y anquilosarla, más bien enriquece las figuras en cuestión que van

---

<sup>325</sup> *Ibidem*. Pág. 73.

depurándose hasta llegar a niveles de decantación teórica que permitan asentar su configuración. En la cuestión que nos ocupa, a nuestro juicio se encuentra en proceso y probablemente tras esa travesía de necesaria perfilación ponderada es cuando podrá alcanzar conclusiones de aceptación mayoritaria. En este apartado podemos hallar posturas que consideran que el nacimiento de la nueva generación de Derechos Humanos ha provocado una mutación del modelo de Estado impregnado de los principios, fundamentos y fines del espíritu que vienen impulsando el nacimiento (o adaptación) de Derechos Humanos a las nuevas necesidades que demandan cubrir los ciudadanos<sup>326</sup>. Una figura representativa de tal postura la encontramos en Pérez Luño<sup>327</sup> que aboga por el advenimiento de un modelo de Estado al albur de la nueva generación de Derechos Humanos. Si bien, siendo rigurosos, viene a definir con indudable acierto, que quizás no estamos ante un nuevo modelo en lo que a ruptura con el pasado o innovación pudiera interpretarse, sino más bien ante una re-adaptación del modelo que presenta un evidente “sesgo nuevo”, originado por los cambios operados por la aparición y desarrollo de la nueva generación de Derechos Humanos<sup>328</sup>.

En sentido opuesto Gómez Sánchez<sup>329</sup> considera que la aparición de las nuevas demandas no ha implicado un cambio sustancial en el modelo de Estado y que la cobertura a las necesidades operantes en ámbitos como el medio ambiente, desarrollo, protección del patrimonio común o nuevas tecnologías, tienen perfecta respuesta con los instrumentos con los que cuenta el vigente modelo estatal.

Tras este primer contacto con dos de las propuestas representativas de opiniones confrontadas en la materia, procede hacer un breve acercamiento a las mismas a fin de conocer, centrándonos en lo sustancial, los fundamentos que avalan sus conclusiones.

---

<sup>326</sup> Rodríguez Palop. M.E. Óp. Cit. Nota 26. Pág. 527. *“En este sentido, se ha dicho que los nuevos derechos no pueden constituir más que un grupo heterogéneo de figuras, donde elementos clásicos del Estado social se mezclan confusamente con elementos más propios de un contexto postsocial, en el que se exige un derecho regulativo no estrictamente intervencionista.”*

<sup>327</sup> Pérez Luño, A.E. Óp. Cit. Nota 9. Pág. 49.

<sup>328</sup> *Ibíd.* Pág. 49. Pérez Luño sintetiza este acondicionamiento del modelo de Estado con una expresión que tiene un innegable atino *“La expresión “Estado Constitucional” designa a una categoría jurídica vieja que, en los últimos años, ha asumido un significado nuevo”*.

<sup>329</sup> Gómez Sánchez, Y. Óp. Cit. Nota 47. Pág. 9.

Comenzaremos por la ofrecida por Pérez Luño, con la que nos identificamos, tanto en sus motivaciones como en su conclusión final. En este apartado, continuamos conociendo su posición con el breve epígrafe, pero sustancioso, que dedica a la cuestión en su trabajo<sup>330</sup> que condensa un desarrollo del tema y conclusión, con innegable acierto y alto valor pedagógico. Comienza con una cautelosa advertencia y de indudable oportunidad, al referir algo que ya se ha apuntado anteriormente. Se refiere a la continuidad del proceso “*decantador*” entre un origen, el Estado de Derecho y su inmediata evolución el Estado Constitucional. Llama la atención su división de los modelos estatales entre el Estado de Derecho y el Constitucional, no incluyendo como una evolución más, al Estado Social dentro de la categoría de Estado de Derecho. Con todo, lo importante que debemos extraer de su disertación es que no hay una oposición de contraste entre ambos, no puede deducirse una ruptura de postulados de entidad como para observar dos realidades contrapuestas. Muy al contrario, sino que el Estado Constitucional es la “*la culminación del proceso de desarrollo del Estado de Derecho*”<sup>331</sup>. Deducción con la que mostramos nuestro total acuerdo, entendiendo que el Estado Constitucional ha venido a dotar de sentido, consistencia y fines, al desnudo andamiaje legal del Estado de Derecho.

La intención es la de conjugar el modelo de Estado y las generaciones de Derechos Humanos, aplicándoles la conclusión de que a cada modelo de Estado le ha correspondido una evolución en los derechos fundamentales (el autor utiliza esta expresión). En sus palabras, “*A las tres generaciones de Estados de derecho, corresponden, por tanto, tres generaciones de derechos fundamentales*”<sup>332</sup>. Bajo esta premisa es de presuponer que nos conduce a la previsible conclusión de que existe una incuestionable influencia por la aparición de la nueva generación de Derechos Humanos

---

<sup>330</sup> Pérez Luño, A.E. Op. Cit. Nota 9. Pág. 73

<sup>331</sup> Recoge en este punto Pérez Luño (Ibidem. Pág. 74), la fórmula propuesta por Manuel García Pelayo, de la que destaca su incuestionable acierto y del que, igualmente extrae, una expresión escolástica de la que desprende el mensaje de que el Estado Constitucional es una “*perfección*” del Estado de Derecho, ya que, según García Pelayo (refiere), “*por el protagonismo incuestionable que sume en el Estado constitucional el funcionamiento de la jurisdicción constitucional, que garantiza la pena normatividad y el carácter justiciable de la Constitución, la sumisión a la Constitución de los actos de los poderes públicos y resuelve los conflictos ente los órganos estatales.*”

<sup>332</sup> Ibidem. Pág. 75.

en el actual modelo de Estado<sup>333</sup>. Para llegar a tal punto, se apoya en el “valor añadido” que supone al modelo estatal constitucional ser permeable a la situación social de la que es contemporáneo. Constata la innegable aportación que el contexto histórico, que se ofrece a la configuración del Estado, como así ha sucedido en los modelos precedentes, y de la que los Derechos Humanos sirven de luz de guía en cuanto directrices de orientación a las que hay que proteger y encaminarse<sup>334</sup>. De ahí, que podamos extraer a modo de colofón de su propuesta que existe una evidente sincretismo entre el Estado Constitucional y los Derechos Humanos de tercera generación que han irrumpido en los últimos años con nuevos valores<sup>335</sup> que se han exigido (y se vienen exigiendo) para que puedan ser incluidos dentro de esa armazón de principios básicos<sup>336</sup> que consagran los textos constitucionales<sup>337</sup> y de los que se están demandado por parte de los ciudadanos su reconocimiento y protección<sup>338</sup>.

---

<sup>333</sup> *Ibíd.* Pág. 76. “De acuerdo con esta hipótesis explicativa el Estado constitucional no sólo se caracteriza por ser la forma política que consagra la primacía de la Constitución, la reserva de Constitución y el protagonismo de la jurisdicción constitucional, sino que también el marco jurídico-político de reconocimiento y garantía de los derechos de tercera generación.”

<sup>334</sup> *Ibíd.* Pág. 77. “Los Derechos Humanos, en su dimensión de aspiraciones y necesidades básicas, representan, en definitiva, el horizonte teleológico de valores que los tres tipos históricos de Estado de derecho se han propuesto garantizar”.

<sup>335</sup> Palacios Romeo, F. *Óp. Cit.* Nota 285. Pág. 77. “La constitución de Ecuador es también el texto más garantista del constitucionalismo comparado. La prueba es cómo dedica todo un título al régimen de garantías. El derecho de participación, como un derecho fundamental esencial, es protegido directamente por todos los instrumentos allí alineados. Pero lo relevante, es que además dedica un capítulo especial sólo al derecho de participación ciudadana en el ámbito de la Administración y de las políticas públicas”.

<sup>336</sup> Rodríguez Palop. M.E. *Óp. Cit.* Nota 26. Pág. 488 “Está claro que cuando se afirma que los derechos de cuarta generación pueden aparecer como principios, se está haciendo referencia a los fines de la acción estatal, es decir, a los que un cierto sector doctrinal hallado principios programáticos o directrices políticas y que es posible encontrar explícitamente en el Ordenamiento Jurídico,, o extraer a partir de algunos de sus enunciados”.

<sup>337</sup> *Ibíd.* En este punto, Pérez Luño llega a recoger la propuesta de algunos autores de la necesidad de un nuevo “pacto social” en el que se recojan esas nuevas demandas que vehiculiza la tercera generación de Derechos Humanos en los textos constitucionales y por extensión bajo la tutela que ofrece a las mismas el Estado Constitucional.

<sup>338</sup> Rodríguez Palop. M.E., *Óp. Cit.* Nota 26. Pág. 483-484. “ De esta manera puede decirse que, aunque no es posible exigir jurídicamente su aplicabilidad como derechos subjetivos independientes, precisamente porque forman parte de las condiciones que hacen posible la satisfacción de intereses y necesidades individuales, es precioso garantizar, con mínimo, una pretensión de defensa frente a la total desatención al fin concreto que se proponen, o ante la supresión de las medidas adoptadas para su realización (resistiendo a la pura discrecionalidad de los poderes públicos), Es más, como directrices los nuevos derechos no sólo persiguen la abstención (el cumplimiento del mencionado requerimiento mínimo), sino que exigen que se elaboren normas coactivas orientadas a su realización; normas que sirvan como un punto de referencia para la discusión pública y en las que se deja al proceso político la responsabilidad de determinar, a la vista de la posibilidades abiertas, el modo y el grado de su realización. En otras palabras, los nuevos derechos son vinculantes en la medida en que resulta inadmisibile la inactividad o la evidente falta de atención estatal al objeto que se proponen. De modo que,

Contrastando con lo expuesto, referenciamos la propuesta de Gómez Sánchez<sup>339</sup>, como exponente de aquel sector doctrinal<sup>340</sup> que considera que no existen elementos de juicio suficiente que avalen la hipótesis para considerar un nuevo modelo de Estado, ni tan siquiera la concurrencia de unos condicionantes que permitan deducir un cambio sustancial del mismo, con respecto el Estado de Derecho, frente al Estado Constitucional<sup>341</sup>.

Evidentemente ante esta premisa de trabajo, resulta vano afrontar la postura de que en este contexto pueda acogerse positivamente la propuesta de considerar a los Derechos Humanos de tercera generación como parte influyente, en mayor o menor medida, del cambio en el modelo estatal. En este caso, la autora considera que las dos últimas generaciones de Derechos Humanos<sup>342</sup> están desarrolladas y acogidas por el Estado

---

*una vez establecidas las medidas necesarias para su puesta en marcha, no deben suprimirse sin justificación, ni admitirse indiferencia alguna frente a su vulneración”.*

<sup>339</sup> Escudero, J.A. Óp. Cit. Nota 47. (Introducción). Pág. 17 “*En cuanto al primer aspecto, y a propósito de la protección de los derechos en el Estado liberal y en el Estado social, volvemos al tema de las generaciones de derechos expuesto por Sánchez Ferriz, con cuyas tesis la profesora Yolanda Gómez se identifica. De esta suerte, con cuatro generaciones de derechos, las dos últimas se corresponden con el llamado Estado social de Derecho, y la cuarta específicamente es considerada como la de los derechos del tercer milenio. Ahora bien, en esta dialéctica entre modelos de Estado y grupos o generaciones de derechos, esa cuarta generación, consecuencia de nuevas reivindicaciones de los ciudadanos y del progreso tecnológico, no corresponderá a un modelo sustancialmente distinto de Estado y dará cabida en concreto a los derechos relativos al ecosistema y al patrimonio de la humanidad, a los que tienen que ver con el nuevo estatuto jurídico de la vida, y a los derivados de las nuevas tecnologías de la comunicación social”.*

<sup>340</sup> López López, P., “*Ética y Derechos Humanos para Bibliotecas y Archivos*”. Ministerio de España. 2013. “*La tercera generación de derechos no supone un nuevo modelo de Estado, a diferencia de lo que ocurrió con el paso de los derechos civiles y políticos (Estado Liberal) al paso de los derechos sociales (Estado Social), como señala Gómez Sánchez (2004, p. 242). Siguiendo a esta autora, esta generación de derechos (para ella, cuarta, al considerar que los derechos civiles son la primera, los políticos, la segunda y los sociales, la tercera) proviene, por un lado, de nuevas reivindicaciones de los ciudadanos y, por otro, de las transformaciones tecnológicas, de los nuevos conocimientos científicos y de su aplicación a diversos campos de la vida humana. Por tanto, señala, si las anteriores generaciones fueron producto de la evolución política, ésta es producto de la evolución social, científica y técnica. Esto supone la emergencia de nuevos derechos que no estaban planteados en la Declaración de 38 ÉTICA Y DERECHOS HUMANOS PARA BIBLIOTECAS Y ARCHIVOS 1948 (así, se reconoce el derecho al desarrollo en 1986, el derecho a la diversidad cultural, en 2001, o los derechos de los pueblos indígenas, en 2007). De manera que se trata de nuevos derechos o bien de antiguos derechos, pero redefinidos”.*

<sup>341</sup> *Ibídem*. Pág. 241. “*Tanto la tercera como una naciente cuarta generación de derechos se corresponden, como enseguida expondremos, con el denominado Estado social de Derecho o también, a partir de la mitad de este siglo, Estado de bienestar social, como segunda formulación práctica del modelo de Estado de Derecho”.*

<sup>342</sup> Gómez Sánchez se encuentra en el sector doctrinal que considera la existencia de cuatro generaciones de Derechos Humanos y no de tres, al considerar que los derechos individuales y las libertades de

Social de Derecho, sin que su aparición haya supuesto ningún hándicap en su adopción para este modelo estatal y mucho haya menos hayan conllevado una mutación en el mismo como para poder defender la existencia de condicionantes que permitan sostener tal afirmación. Esta propuesta es la acogida mayoritariamente, y viene mantener en síntesis, que existen instrumentos y procedimientos de garantía en el Estado Social de Derecho que permiten dotar de reconocimiento y amparo suficientes sin que ello pueda conllevar mayores consecuencias en la estructura de configuración del modelo estatal. Es más, simplemente vienen a constarse la aparición de nuevos valores que se suman a los que ya vienen siendo tutelados y que, evidentemente, deberán pasar por un proceso de depuración teórica para su incorporación, con las garantías y procedimientos establecidos y bajo un criterio de idoneidad y oportunidad, a los textos constitucionales. No por ello debe interpretarse que el modelo de Estado Social de Derecho es ajeno al contexto social en el que se desarrolla o que no es receptivo ante las nuevas demandas, sino muy al contrario, tiene una “*potencial plenitud*” para ir atendiendo todas aquellas carencias que, tras el proceso de perfilación necesaria, se les califica con entidad suficiente como para recibir el amparo constitucional, con mecanismos suficientes para su inclusión en la nómina de Derechos Fundamentales y recibir el soporte constitucional que les corresponde. Lógicamente, queda lejos, primero la aceptación de la existencia de un nuevo modelo estatal y aún a mayor distancia, la influencia de los nuevos Derechos Humanos en su eventual transformación.

Con esta limitada exposición de estas dos propuestas representativas de postulados antagónicos relativas al peso que ha tenido la aparición de la nueva generación de Derechos Humanos y su potencial influjo a provocar un cambio en el modelo de estructuración estatal, pretendo llamar la atención sobre dos cuestiones. Una primera ejemplificativa de que el tratamiento de la cuestión, actualmente es abierto y pujante, al desarrollarse desde una dinámica paralela de reflexión y debate, y con innegables injerencias entre ambas instituciones, por otro lado, la distintas posturas doctrinales sobre la posible de Derechos, ofrecen ponderadas y respetables opiniones que

---

participación, dieron pie a dos generaciones distintas, que por el contrario, son incluidos en una única generación, la primera, por la opción mayoritaria.

consideran que ese influjo ha tenido la entidad suficiente, al menos, para modalizar el modelo estatal, y todo ello, en suma, permite percibir la trascendencia de la cuestión.

### **2.7.5 Evolución o Perfección del modelo estatal.**

Llegado este punto y ya en fase de conclusiones, puede avanzarse, probablemente sin que ello sorprenda, que tiene mejor acogida a nuestro criterio la fórmula que defiende la existencia de un nuevo modelo de configuración estatal (Estado Constitucional), si se quiere, como evolución o perfección del Estado Social de Derecho, o si se prefiere, como una transformación dentro del propio Estado Constitucional, que trae causa, con un notable grado de influencia, en la aparición de la nueva generación de Derechos Humanos<sup>343</sup>. Partiendo de lo que consideramos una realidad difícil de negar, en cuanto que el Estado Constitucional ha venido, al menos a madurar, al Estado de Derecho y a dotarle de un sustento axiológico del que su diáfana estructura legal adolecía, permitiendo que los Principios cobren una vigencia universal y de prevalencia en el Ordenamiento Jurídico, haciendo que puedan orientar tanto la labor creadora del derecho como su aplicación e interpretación, garantizando que todas y cada una de las normas que integran todo el conjunto normativo estén ajustadas a las directrices que el texto constitucional ha elevado a fundamentales como fiel reflejo de las exigencias que se imponen socialmente.

Fijado lo anterior, y reconociendo que la cuestión puede tener más aristas, queda valorar el influjo de los nuevos Derechos Humanos en ese impulso hacia un nuevo o transformado modelo estatal. A lo que, adelanto, considero que ha sido importante y de trascendencia y que por ello podemos concluir su innegable aportación en ese proceso evolutivo al Estado Constitucional desde el Estado de Derecho<sup>344</sup>.

---

<sup>343</sup> Se puede observar que coincide con la postura que Pérez Luño viene postulando y que hemos expuesto anteriormente.

<sup>344</sup> Vasak, K. Óp. Cit. Nota 145. Pág. 60 "*Se presentan también estos derechos, en el decir de Castán Tobeñas, como respuesta al fenómeno de "contaminación de las libertades". Enuncia en este sentido Álvarez Conde que los llamados derechos nuevos supondrían la consagración, a nivel constitucional, de las transformaciones experimentadas por el Estado constitucional de nuestros días. En consecuencia de lo dicho, y valga esto solo a modo de ejemplo, la calidad de vida, el medio ambiente, la libertad*



Rodríguez Palop, en línea con Pérez Luño y en apoyo a lo aquí concluido, percibe al Estado Constitucional como el resultado del proceso de “*decantación interna*” del Estado de Derecho, que ha supuesto una preeminencia de los Principios frente a las Reglas conllevando una expresión con la que nos identificamos plenamente, en referencia al Estado Constitucional “*hay más Constitución que ley*”. Esto, no viene sino a redundar en una idea que se ha ofrecido constantemente a lo largo del presente epígrafe y es, la aceptación del Principio consagrado constitucionalmente como directriz suprema por encima de la ley formal y al que ésta, debe respeto y sometimiento<sup>345</sup>, apareciendo, probablemente, como uno de los grandes avances en materia constitucional. Y del que los nuevos Derechos Humanos han tenido parte importante en su evolución. Cobra plena vigencia la afirmación en referencia a ello<sup>346</sup>.

Ese “*sesgo nuevo*” del modelo de Estado Constitucional por influencia de la aparición de los Derechos Humanos de tercera generación es, a nuestro juicio, la síntesis básica

---

*informática, las pretensiones de usuarios y consumidores, la preservación del patrimonio cultural e histórico de la humanidad, la aptitud de los pueblos para integrarse al desarrollo, el conjunto de expectativas frente a la posibilidad de manipulación genética, son valores y -eventualmente, a partir de su consagración normativa en los textos- derechos seriamente amenazados y virtualmente desprotegidos con fundamento en las categorías antes desarrolladas”. Álvarez- Fidalgo Cienfuegos, J.A. "Un apunte sobre los Derechos Humanos y sus Generaciones" “En resumidas cuentas, el Estado Constitucional constituye la forma de Estado resultante de las tendencias incubadas por el Estado de derecho. Así, el Estado Constitucional mantiene la primacía de la constitución sobre la ley, la reserva de constitución sobre la de ley y la del control jurisdiccional de la constitución sobre el de la ley. En último término, constituiría el marco normativo y político dentro del que tendrían su reconocimiento y sus garantías los Derechos Humanos de la Tercera Generación. Por otra parte, la preeminencia de la constitución podría preparar el camino para un constitucionalismo internacional que acogiera bajo sí las diferentes generaciones de derechos mencionadas”.*

<sup>345</sup> Rodríguez Palop. M.E. Óp. Cit. Nota 26. Pág. 508. “*He de comenzar subrayando que, aunque sobre esta cuestión el debate sigue abierto, a mi juicio, el Estado constitucional ha de verse como una decantación interna de la propia trayectoria evolutiva del Estado de Derecho. En puridad, el Estado constitucional se caracteriza por ser la forma política que consagra la primacía de la Constitución y el protagonismo de la jurisdicción constitucional lo cual parece llevar implícita una cierta preeminencia de los principios sobre las reglas. pág. 508. En definitiva, puede decirse que en el constitucionalismo hay más principios que reglas, más ponderación que subsunción, más jueces que legislador y más Constitución que ley. Pues bien, lo cierto es que, como ya se ha adelantado, el Estado constitucional en el que encuentran acomodo los nuevos derechos es aquel al que se ha denominado “modelo garantista del Estado de Derechos “y que, lejos de provocar el abandono de este último viene a estimular su extensión.”.*

<sup>346</sup>. *Ibíd.* Pág. 484. “*Como se verá, el trayecto hacia su consolidación jurídica puede venir de la mano de un Estado constitucional y republicano, en cuyo seno se incrementen las formas de control sobre el poder político, se favorezca la realización efectiva de los principios programáticos, se facilite el desarrollo de una democracia deliberativa y, simultáneamente, se otorgue mayor protagonismo al ciudadano y al poder judicial”.*

del presente epígrafe<sup>347</sup>. Destacamos el acierto de la reflexión, ya que coincidimos en su apreciación de que sería pretencioso adjudicar a los Derechos Humanos de tercera generación el protagonismo exclusivo en la génesis de un nuevo modelo estatal, más bien, e incidimos en esta cuestión como punto clave, no se trata de una total mutación, sino más bien que el vigente modelo de Estado Constitucional se ha visto, notablemente influido por la aparición de una nueva generación de Derechos Humanos hasta el punto que ha producido cierta transformación en sus estructuras, generando la necesidad de una respuesta a la demanda que con el debate provocado por la nueva generación de Derechos está conllevando<sup>348</sup>. Valores como la participación ciudadana, la protección del patrimonio común o nuestro entorno natural, un avance en materia respeto a la dignidad humana con exigencias de superación del ente individual e instando a la tutela como sujetos colectivos, siendo una de sus máximas expresiones el reconocimiento a la libre determinación de los pueblos, innegablemente conllevan imperativos para un esquema de Principios que abocan a que nuestros ordenamientos jurídicos plasmen normas que recepcionen esos valores, por lo que la transcendencia de ese "sesgo nuevo" es reconocible y asumible.

## 2.7.6 Un nuevo modelo de Estado: Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

Un modelo práctico que puede servir de referencia a la hora de evaluar los avances en el modelo estatal que venimos comentando es la figura del Nuevo Constitucionalismo

---

<sup>347</sup> Apoyan esta teoría otros autores como Megías Quirós, J.J., Óp. Cit. Pág. 130. *"El Estado social y democrático de Derecho define la solidaridad como un deber general, positivo, exento de contraprestación recíproca que exige un do ut no des y comporta una causa de liberalidad que implica onerosidad. Su dimensión política percibe los Derechos Humanos como acciones positivas de los poderes públicos que justifican la adscripción de obligaciones de hacer y convierten en relevante el concepto de omisión"...* ... Los derechos de solidaridad se configuran como un referente del Estado de Derecho y del Estado Constitucional. Su evolución hacia el Estado social suple el presunto abstencionismo del Estado liberal por el imperativo de liberar al hombre de la menesterosidad, del hambre, de la miseria y de la incultura, o -con ROSANVALLON- de sustituir la incertidumbre de la Providencia divina por la certeza de la providencia estatal"... ... La solidaridad se traduce en los derechos y los deberes (positivos) que surgen de una concepción compartida de la justicia. La solidaridad es una virtud pública vinculada con la justicia como especificación de la igualdad" que constituye un principio jurídico-político de las sociedades bien ordenadas (RAWLS, 1972)."

<sup>348</sup> Osuna Fernández-Largo, A. Óp. Cit. Nota 134. Pág. 281. *"De modo semejante, el Estado liberal de Derecho y el Estado social de Derecho están llamados a ser superados por el Estado solidario de todos los pueblos, caracterizado por las responsabilidades de unos pueblos para con otros (la aldea global) y de una nueva formulación de Derechos Humanos (derechos de solidaridad o de la tercera generación)."*

Latinoamericano que se presenta como un avance al propio Estado Constitucional y que está teniendo un destacado soporte por parte de distinguidos exponentes doctrinales<sup>349</sup>. Viciano Pastor y Martínez Dalmau<sup>350</sup>, avalan con solvencia la teoría, y no mera hipótesis, de que en el contexto geográfico sudamericano se está produciendo una evolución del modelo constitucional, con reconocibles características propias, que puede entenderse como un avance al vigente modelo estatal constitucional. Dentro de los textos constitucionales que integran el concepto, aunque no es una opinión asentada, contamos con los de Ecuador, Bolivia y Venezuela y en los mismos se vienen a positivar los valores que dotan a este Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano de tintes propios y diferenciadores.

Traer esta cuestión tiene el claro fin de exponer la idea básica de que los Derechos Humanos de la tercera generación se encuentran en la esencia del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Aunque en otros ámbitos la aparición de la nueva generación de Derechos Humanos ha tenido un sopesable grado de influencia en el modelo constitucional de Estado, en el caso del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, no es solo una cuestión evaluable, sino que la tercera generación de Derechos Humanos es el eje central sobre el que pivota éste nuevo modelo (estatal, constitucional, político, social y jurídico) que opera en Latinoamérica. Derechos como el de participación, el sostenimiento del medio ambiente y el respeto a la libre determinación de los pueblos han sido recepcionados por los textos constitucionales de referencia como en ningún otro lugar, convirtiéndose en punta de lanza de lo que en esencia este nuevo arquetipo constitucional preconiza, con intereses demandados socialmente que sustentan los Principios que han sido positivados en las constituciones de referencia. La sustanciación de esos Principios y sus respectivos desarrollos, definen

---

<sup>349</sup> Jiménez Benítez, W.G., Óp. Cit. Nota 6. Pág. 38. *"Finalmente, en las últimas décadas, la adopción de una nueva constitución ha sido vista como el punto de partida para iniciar una nueva vida social; es algo así como una nueva oportunidad, un contrato social participativo y hasta utópico: la esperanza de lograr revertir los factores reales de poder en beneficio de todos... .... Los procesos que generaron el Enfoque de Derechos Humanos refuerzan esta tendencia hacia la constitucionalización del derecho, pues comparten las luchas por el reconocimiento y concreción de unos derechos que necesitan trascender de la formalidad legal hacia la realidad sustancial. La constitución aparece entonces, como el mecanismo que puede lograr esta aspiración. Para el caso colombiano, el ejemplo claro está en el proceso de 1991"*.

<sup>350</sup> Viciano Pastor, R. y Martínez Dalmau, R. *"El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Fundamentos para una construcción doctrinal"*. Revista general de derecho público comparado, ISSN 1988-5091, N<sup>o</sup>. 9, 2011, págs. 1-24.

el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, originando por ello, un nuevo paso evolutivo a todos los niveles, incluido, el modelo estatal.

Lo distintos elementos, contenido y manifestaciones del NCL serán objeto de estudio más extensamente en el siguiente capítulo por lo que a los efectos del presente epígrafe, de indagar la influencia en el modelo estatal por la aparición de la nueva generación de Derechos Humanos, quedémonos con la idea de que actualmente el NCL es la máxima expresión de esa integración.

## **2.8 Reconocimiento y protección.**

### **2.8.1 Un proceso en constante evolución.**

Desde el inicio de este trabajo venimos partiendo de una idea que ya expresó Pérez Luño<sup>351</sup> cuando definía a la nueva generación de Derechos Humanos como un “*work in progress*”. La representativa locución, define de forma acertada la situación del incesante trabajo del que el nuevo volumen generacional de los Derechos Humanos viene siendo objeto a lo largo de las últimas décadas del siglo XX a la actualidad. Con ello queremos reafirmar la perseverante situación de avance y mejora en la que se encuentra la figura jurídica, que se ve sometida a un constante revisionismo para ir encontrando su lugar en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, cumpliendo así la aspiración de todo interés a ser reconocido y amparado por el ordenamiento jurídico.

En ese proceso de perfeccionamiento se encuentran actualmente los Derechos Humanos de tercera generación, en el que se puede constatar que algunos de los Derechos integrantes de su nómina están encontrando mejor acogida que otros. En este progreso desigual de reconocimiento y protección, Derechos como la protección de consumidores o los de defensa del medio ambiente, están siendo recepcionados con una predisposición muy proactiva que, innegablemente, contribuyen a su consolidación como instituciones

---

<sup>351</sup> Pérez Luño, A.E. Óp. cit. Nota 9. Pág. 34.

jurídicas que ven favorecida su tutela por los ordenamientos jurídicos, y ello propende a una efectiva protección y salvaguarda de los intereses que los integran. Igualmente los derechos de salvaguarda de nuestro patrimonio cultural están avanzando a estados de reconocimiento y tutela importantes. Han ido prosperando en los últimos años de forma manifiesta, aunque no a los niveles de consumidores y usuarios o de salvaguarda del entorno natural, pero indudablemente su progreso es evidente.

Lo indicado anteriormente se reafirma si tomamos como referencia el listado de Derechos Humanos de la tercera generación reconocido por ACNUR<sup>352</sup> que integra en su contenido los ámbitos de protección del entorno natural y el patrimonio cultural común de la humanidad y podemos añadir el de tutela de consumidores y usuarios, convirtiéndolos en verdaderas puntas de lanza en el reconocimiento y protección de los Derechos Humanos de tercera generación. Ello no debe alejarnos de la realidad de un proceso de positivación que está teniendo un tratamiento muy dispar en su camino de traslación a los ordenamientos jurídicos estatales e internacionales de los nuevos derechos. Tal y como venimos exponiendo, es cierto que valores que representan ciertos ámbitos de protección se ven afectados por un alto grado sensibilización en los ciudadanos y ello favorece su proceso de consolidación, muy al contrario con otros derechos como al desarrollo o a la libre determinación de los pueblos o el utópico derecho a la paz que están atravesando un medio más gradual y reflexionado en su travesía hacia su reconocimiento y protección.

---

<sup>352</sup>Derechos Humanos que integran la tercera generación según ACNUR: derecho al desarrollo sostenido: modelos y estructuras económicas que, además de generar beneficios propios, permitan el acceso a servicios básicos y garanticen la sostenibilidad del planeta; Derecho a la autodeterminación de los pueblos: el que tienen los países de determinar libremente su condición política y su modelo social y económico; Derecho a la paz: entendido no sólo como ausencia de guerra, sino también como la puesta en marcha de procesos positivos que fomenten la participación, el diálogo, la inclusión, la cooperación y la superación de conflictos; Derecho a la protección de los datos personales: llama la atención sobre los eventuales peligros y abusos a los que se exponen las personas ante el cada vez más extendido proceso de informatización; Derecho al patrimonio común de la humanidad: alude al acceso a los bienes de tipo material e inmaterial que constituyen un legado de especial relevancia para comprender la evolución humana; Derecho a gozar de un medioambiente sano: Todas las personas tienen derecho a disfrutar de ambientes sanos, limpios y sostenibles. <https://eacnur.org/blog/derechos-humanos-tercera-generacion/> Consulta 1/09/2017.

## 2.8.2 Retos pendientes de consolidación: Universalidad, Titularidad, Ejercicio y Solidaridad.

Partiendo de la realidad expuesta, la dispar recepción de los Derechos Humanos de la nueva generación ha de conectarse metodológicamente con los puntos de debilidad de la Teoría General de los Derechos Humanos y que han sido puestos de relieve por buen número de propuestas doctrinales.

La construcción de una teoría jurídica general de los nuevos Derechos Humanos no escapa a las cuestiones más controvertidas en el debate de la propia Teoría General de los Derechos Humanos por lo que iniciamos éste camino con uno de los puntos que cobra plena vigencia con la nueva generación de Derechos, la noción de “universalidad”<sup>353</sup>. La universalidad es una cualidad en la que se ha vertido ingente esfuerzo argumentístico para dotarla de un mínimo sustento de cara a reconocerla en la figura de los Derechos Humanos. Encontramos razonable la lógica que establece a los Derechos Humanos como una categoría histórica<sup>354</sup>, consecuencia de ello, podemos descubrir a lo largo de la evolución del debate jurídico-filosófico distintas posiciones atendiendo a los cánones de cada corriente (iusnaturalismo, positivismo, realismo, contractualismo, comunitarismo, etc.). Inherente a esta figura, que prácticamente exige una polarización en cuanto su hipóstasis<sup>355</sup>, la universalidad se torna para un amplio

---

<sup>353</sup> De Castro Cid, B. Óp. Cit. Nota 97. Pág. 116. *“En primer lugar queremos significar, desde el punto de vista racional, que la universalidad es una característica por la que la titularidad de los Derechos Humanos se asigna a todos los seres humanos, En segundo lugar, si contemplamos los derechos desde el ámbito temporal, la universalidad supone que son válidos en cualquier momento de la historia de la humanidad. Por esta razón algunos autores los han calificado como inmutables, término que exige matizaciones si se quiere hacer compatible con la manifestación histórica de los Derechos Humanos. Y si los contemplamos desde el ámbito espacial, por universalidad entendemos la extensión de los Derechos Humanos a todos los seres humanos de todos los lugares geográficos y de todas las culturas, sin discriminación de ningún tipo. En efecto, no debemos olvidar nunca que los Derechos Humanos son de “todos”, sin excepción. Podríamos afirmar, en consecuencia, que todos los seres humanos poseen una igualdad jurídica básica, en cuanto que todos son poseedores de los derechos naturales, como fundamento de cualquier otro derecho sobrevenido.”*

<sup>354</sup> Pérez Luño, A.E. Óp. cit. Nota 9. Pág. 206

<sup>355</sup> Escalona Martínez, G. (Obra colectiva Pasado, Presente y Futuro de los Derechos Humanos). Capítulo “La naturaleza de los Derechos Humanos”. UNED. 2.004. .Pág. 153. *“Desde la postura que sostiene la naturaleza suprajurídica de los Derechos Humanos, se atribuyen a éstos las mismas características que al derecho natural del que derivan, por lo que afirman que estamos ante unos derechos universales, inalienables, irrenunciables e imprescriptibles; en otros momentos históricos también fueron calificados como absolutos, si bien hoy se afirma que son limitados, por lo menos en su ejercicio. Desde las posturas que afirman la naturaleza jurídica los Derechos Humanos, se caracterizan de manera diferente: por*

sector doctrinal como una cualidad inalcanzable para los Derechos Humanos, por la evidente variedad de circunstancias, ámbitos geográficos, diversidad subjetiva y contenido material a la que debe enfrentarse una noción de única esencia<sup>356</sup>. Alternativamente, otro sector doctrinal mantiene que la “universalidad” es alcanzable por los Derechos Humanos atendiendo a su núcleo inmutable, la “Dignidad de la Persona”, y de ahí, que pueda deducirse una conexión entre ambos conceptos de carácter global y atemporal<sup>357</sup>. Confrontación de la que no escapan la nueva generación de Derechos Humanos y que lógicamente se verá superada una vez zanjada desde un plano general.

En conexión con la ponderación de la cualidad “universalidad” en los Derechos Humanos de tercera generación, conectamos con la ya expuesta controvertida coexistencia de Derechos Humanos de titularidad colectiva con Derechos Humanos de titularidad individual. En relación con ello recogemos una de las aportaciones que consideramos de mayor transcendencia, a la que en un principio pudiera parecer. Mantiene De Castro Cid que<sup>358</sup> “Hay que advertir, no obstante, que una cosa es la «posesión de un derecho» (todos los hombres poseen, son titulares, de unos derechos

---

*ejemplo, no se puede decir que tales derechos sean universales si son creados por unas normas positivas, ya que ningún derecho positivo legisla para toda la humanidad.”.*

<sup>356</sup> Álvarez Cienfuegos, F. Óp. cit. Nota 37. Pág. 18. “Tantos o más recelos provoca la noción de universalidad. Desde el punto de vista de la crítica filosófica, postmodernos y comunitaristas, la universalidad es rechazada por su carácter ideal y abstracto, cuando los seres humanos tienen derecho a la diferencia, dicen unos, y son seres “situados”, afirman los otros. Las impugnaciones de los derechos provenientes del campo de la política centran sus objeciones en la desconfianza que a muchos líderes políticos, especialmente del ámbito geográfico no europeo, les ofrece la universalidad, pues consideran que bajo la inocente fórmula del universalismo se esconde en realidad el desconocimiento de las diversas tradiciones culturales y, lo que es más pernicioso aún, su justificación deja la puerta abierta a intereses económicos, generalmente de multinacionales, cuyo único objetivo es el expolio de sus países. No faltan, tampoco, las voces de juristas que rechazan el universalismo al no existir un marco económico y social que permita satisfacer plenamente todos los derechos en todo el planeta”.

<sup>357</sup> Blengio Valdes, M. “Manual de Derechos Humanos”. Ediciones Uruguay. Pág. 12-13. “hemos visto. “La universalidad se asienta en la dignidad de la persona, valor intangible que edifica desde la base misma, la diferente naturaleza de los derechos ya sean económicos, políticos, sociales o culturales y su indivisible vigencia tal cual. Los derechos son universales lo que no implica negar la diversidad de costumbres y tradiciones cuando las mismas se basan en la consideración de la dignidad de todos y cada uno en el tiempo y el espacio geográfico. Señala al respecto GROS ESPIELL: “La universalidad y el reconocimiento del núcleo de una concepción común de los Derechos Humanos, que es su consecuencia, no implica desconocer la realidad y la riqueza de las diversidades culturales a ese respecto. Esas particularidades religiosas, históricas, regionales y nacionales en su relación con los Derechos Humanos, no puede ser dejadas de lado ni ignoradas...”.

<sup>358</sup> De Castro Cid, B. Óp. cit. Nota 96. Pág. 116.

naturales), y otra muy distinta la “posibilidad de su ejercicio”. Este aserto, que podría pasar como superficial en el océano teórico del debate general sobre Derechos Humanos, en el caso de la tercera generación cobra una especial relevancia. Profundizando en la misma, mantiene que *“existen a veces circunstancias personales, o fuerzas externas, ajenas al propio individuo, unas veces de carácter físico-cósmico, otras de carácter social o económico e incluso de carácter político. Que imposibilitan el ejercicio de un derecho. Pero ello, no impide la titularidad de tal derecho.”*. Esta acertada aseveración, con la que coincido plenamente, viene a zanjar uno de los mayores reproches a los que deben enfrentarse los Derechos Humanos de tercera generación en la actualidad. Recordemos que en contenidos anteriores se recogió una extendida propuesta doctrinal basada en la diferenciación entre titularidad y ejercicio de los Derechos, de modo que se salvaba las limitaciones de la esencial individualidad de la titularidad de los Derechos Humanos, para conjugarlos con la titularidad colectiva, diferenciando titularidad individual y ejercicio colectivo. Ahora, cobra una especial relevancia dicha dicotomía, ya que se ve reforzada con la propuesta de De Castro Cid, de modo que, ya no solo se constata la existencia de dos planos en la titularidad vinculados a las facultades de ejercicio y titularidad, sino que se añade, con buen criterio, que incluso dichos planos gozan de independencia formal y material. La eventual existencia de una titularidad o ejercicio colectivo no conlleva la inhabilitación mutua. Así, aunque no concurra un ejercicio efectivo de las pretensiones e intereses que otorga el Derecho no implica, incontestablemente, negar su titularidad colectiva, por lo que puede lanzarse como hipótesis que a la inversa, igualmente, no se contravengan. Se consigue de este modo que la materialización de la titularidad común, pilar de los nuevos Derechos Humanos, vea superadas doblemente gran parte de las críticas de la que es objeto. Por un lado por la propuesta teórica de diferencia de su titularidad y ejercicio y por otro lado, por la precedente y lúcida apreciación de De Castro Cid que salvaguarda la titularidad, al margen de la viabilidad del ejercicio del Derecho.

Muy conectado con lo indicado anteriormente se encuentra el extendido cuestionamiento sobre la poca eficacia en su traslación práctica o lo hueco de sus propuestas que no pasan de ser meros enunciados de buena voluntad, pero que no se traducen en realidades tangibles para los ciudadanos. Frente a ello, se alza de nuevo de



De Castro Cid, deduciendo de su propuesta que la falta de voluntad política del gobierno de turno o la escasez de recursos destinados al buen fin de los Derechos de la nueva generación, en nada permite poner en entredicho su existencia. Como bien culmina el Autor <sup>359</sup> *“Esta es la razón que nos permite afirmar que todos los seres humanos son poseedores, son titulares de todos los Derechos Humanos fundamentales, aunque no todos pueden ejercitar todos sus derechos en cualquier situación”*<sup>360</sup>.

Paralelamente al inconcuso examen sobre la *“universalidad”* de los Derechos Humanos y por extensión de la nueva generación de ellos, debemos realizar una reflexión analítica sobre el pertinentemente denominado por Pérez Luño *“valor guía”*, que en los Derechos Humanos de la tercera generación, es el concepto *“solidaridad”*<sup>361</sup>. Ya indicamos al inicio que una de las denominaciones que mayor aceptación ha recibido para los Derechos Humanos de la nueva generación, es la calificación de *“Derechos de la Solidaridad”*. A lo largo de la exposición de este trabajo se ha reiterado el término al ir comentando las propuestas doctrinales y ello refleja lo extendido de su uso. A continuación se analizarán algunas de las propuestas doctrinales que han ayudado a afianzar este valor, y a explicar la aceptación general que ha tenido.

---

<sup>359</sup> *Ibidem*.

<sup>360</sup> Esta no es una cuestión que quede zanjada en una primera instancia. Según Pérez Luño (*“La Tercera Generación de Derechos Humanos”*). Pág. 237: *“El ejercicio de los derechos exige actos de voluntad, que son una manifestación exclusiva de las personalidades individuales. Los entes colectivos carecen de voluntad propia, ésta debe ser formada, expresada y representada por los miembros que los integran”*. Por lo que queda abierta la cuestión, que, aunque estemos hablando de Derechos (los de la tercera generación) que puede gozarse su titularidad, aunque su ejercicio no ostente las condiciones habilitantes para su efectividad, debemos sumar la problemática en cuanto la propia titularidad que rodea estos Derechos en cuanto a otorgarlos al sujeto *“colectivo”*.

<sup>361</sup> Osuna Fernández-Largo, A. *Óp. cit.* Nota 134. Pág. 281. *“Al intentar clarificar y definir los nuevos derechos, se ha propuesto que su novedad llegaba al punto de estar basados en un ideal diferente: el de la solidaridad en bien de todos los hombres y la fraternidad de los esfuerzos y responsabilidades a escala mundial”*. Escámez Sánchez, J. *“La educación para la promoción de los Derechos Humanos de la tercera generación”*. *Encounters on Education* Volume 5, Fall 2004 pp. 81 - 100 *“Como afirma Agustín Domingo (1997), “la solidaridad no es un valor que se ha puesto de moda repentinamente; se trata de un valor que tiene antecedentes en dos conceptos importantes para el estoicismo, la “pietas” y la “humanitas”, por los que se expresaba el sentimiento de obligación con quienes se tenían vínculos de sangre o de pertenencia a la comunidad humana”*.

En este sentido, encontramos en el trabajo de Rodríguez Palop<sup>362</sup> un breve pero representativo argumentario en relación a ello y del que anuncio mi completa adhesión a sus conclusiones.

En un principio puede comprenderse que un término como la “*solidaridad*” tenga una buena y generalizada acogida, por representar unos derechos en los que predominan valores de concienciación y respeto frente al resto de personas, nuestro entorno, patrimonio cultural y convivencia. En sus palabras “*no es de extrañar que se haya señalado a la solidaridad como el valor fundamental al que los nuevos derechos quieren dar respuesta. La solidaridad viene inexorablemente unida a la idea del consenso racional entre individuos socializados en un contexto vital común, alejándose del acuerdo entre monólogos, entre individuos aislados*”. Como bien indica, es difícil rechazar un término que tiene tan alta carga de sensibilización frente a la situación del resto del grupo o de nuestro entorno global y de ahí, que en un principio, tenga un recorrido fácil y allanado para convertirse en un sólido valor de referencia.

En el avance de su estudio, diferencia dos modelos de solidaridad. Uno el organicista que asocia una solidaridad “*mecánica*” y que no llega a cubrir las necesidades de estos nuevos derechos (sí en los de tercera generación en un Estado Social con criterios de aplicación igualitarios y generalizados), sino por contra, exige y así postula una solidaridad “*orgánica*”, que tenga en cuenta la diferencia, la disimilitud para que de esta forma el valor cobre su verdadera esencia al permitir compartir desde la comprensión y la aceptación las distintas manifestaciones de los Derechos. Un segundo aspecto analizado es la dimensión temporal, que inexorablemente lleva asociada la solidaridad (y no en el caso del valor igualdad). Introduce el término “*solidaridad diacrónica*”, de este modo se abre la posibilidad a ofrecer soluciones que no tengan que estar condicionadas a un contexto temporal y social. Este nivel de abstracción lo entiende de forma que “*Así, podrían entrar en el diálogo las necesidades y las convicciones de los afectados por una deliberación en la que no participan y sería posible juzgar la racionalidad de una decisión bajo la luz de circunstancias distintas a aquéllas en las que nació.*”.

---

<sup>362</sup> Rodríguez Palop, M. E. Óp. cit. Nota 4. págs. 227-254.

De este modo la perspectiva que ofrece del valor “*solidaridad*” goza de dos de las premisas necesarias para servir de valor angular de la nueva generación de Derechos Humanos<sup>363</sup>. Por un lado la sensibilidad ante las diferencias y por otro lado, la posibilidad de ofrecer soluciones atemporales que puedan encontrar eficacia más allá del contexto en el que se ofrezcan. La utilidad para los nuevos derechos es innegable y permite concluir por la Autora, a lo que me adhiero por completo, algo que va en la esencia de los mismos, “*la protección de las generaciones futuras*”.

Si bien en otras cuestiones (número de generaciones, listado de Derechos o denominación) se está pasando por un recorrido más abrupto y controvertido, por lo general, salvo respetables disensiones, existe un reconocimiento y mayoritaria aceptación del valor “*solidaridad*” como “*piedra rosetta*” del árbol axiológico que sirve de apoyo y legítima los Derechos Humanos de la nueva generación. En este apartado por lo general no existe una distensión representativa frente a tal propuesta.

Otra propuesta la encontramos en De Castro Cid, cuando basa el concepto en la “*sociabilidad*”, como un rasgo intrínseco de la naturaleza humana<sup>364</sup>. Defiende la dependencia que tenemos los seres humanos frente al próximo, la necesidad de interconexión social para nuestro desarrollo general y hasta cierto nivel de interdependencia de ese vínculo. Existe un “*deber de reciprocidad*”, que además debe imponerse como una norma básica dentro del grupo social. Concepción con la que nos identificamos, y que representa un verdadero símbolo de referencia para el bien común. Llamativa es su afirmación, cuando mantiene que<sup>365</sup> “*La solidaridad está representada por el interés de la mayoría pero el egoísmo individual conduce a la obligación solidaria con aquellos que carecen de los mínimos recursos para satisfacer las*

---

<sup>363</sup> *Ibidem*. “En definitiva, en virtud de la trascendencia de su fundamento, los derechos de cuarta generación pueden distinguirse de aquellos que componen el catálogo de generaciones anteriores y, especialmente, de los derechos económicos, sociales y culturales. La exigencia de la solidaridad orgánica y mecánica, sincrónica y diacrónica, introduce en el discurso de estos derechos una dimensión completamente nueva que, desde un punto de vista moral y una vez asumidos ciertos presupuestos, podría no constituir un problema para su introducción en el catálogo de Derechos Humanos aunque, dadas las limitaciones del Derecho, habrían de afrontar un gran número de obstáculos jurídicos.”

<sup>364</sup> *Ibidem*. Pág. 160.

<sup>365</sup> *Ibidem*. Pág. 161.

*necesidades humanas básicas*". Este carácter dicotómico de la solidaridad, representando por un lado el interés de la mayoría y al mismo tiempo, conformándose como un deber ante una realidad que reconoce inalcanzable (el interés mayoritario), motivado por el egoísmo individualista, resulta llamativo, ya que el objetivo utópico del mismo concepto, sirve simultáneamente a los efectos de generar actuaciones tendentes a alcanzar ese fin, a pesar de, como dice, es imposible de lograr.

Otra de las incursiones en este aspecto que resulta bastante interesante es la defendida por Megías Quirós<sup>366</sup> que a nuestro juicio ofrece una perspectiva muy apropiada. Recogiendo la noción de solidaridad que propugna Pérez Luño, indica las dos dimensiones del concepto. Por un lado la ético-política, de marcado carácter social y sensibilidad ante las necesidades ajenas y la ético-jurídica, más centrada como mandato a los Poderes Públicos para llevar a cabo iniciativas que contrarresten la desigualdad de los ciudadanos. Concluye, que los derechos de la Tercera Generación necesita la confluencia de ambos aspectos. Seguidamente, analiza cada uno de los ámbitos expuestos. Empieza por el "*deber*" social de ayudar al prójimo en sus necesidades. Para ello recurre al caso del "*buen samaritano*"<sup>367</sup>, que sirvió al Tribunal Supremo de Estados Unidos<sup>368</sup> (TSEU) para establecer jurídicamente los deberes positivos (al margen del deber moral) que, a su juicio, suponen el cambio del modelo de Estado Liberal al Social. Podemos extraer como mensaje de ello de que existen deberes<sup>369</sup> para el individuo y para con su grupo social, que generan responsabilidades con

---

<sup>366</sup> Megías Quirós, J.J., Óp. Cit. Nota 3. 127 y siguientes.

<sup>367</sup> *Ibidem*. Pág. 128.

<sup>368</sup> Puede llamar la atención en países con tradición jurídica continental que un alto Tribunal tenga que establecer la obligación de ayuda al prójimo en una situación de necesidad, si bien en el contexto de la commonlaw es diferente, ya que se tiene la percepción de que "*quien no hace nada, no puede cometer un delito*". Sobre ello, puede consultarse un interesante artículo "*Proceso al buen samaritano Acciones de salvamento y responsabilidad por daños*" de Ramón Ragués i Vallès. [http://www.indret.com/pdf/049\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/049_es.pdf)

<sup>369</sup> Entiéndase esta referencia al concepto "deberes" desde un plano abstracto al margen de los deberes que normativamente puedan establecerse a los sujetos por imperativo legal. Álvarez Conde, E y Tur Ausina, R. "Los Derechos en el Constitucionalismo: tipología y tutela multilevel". UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 20, 2007, pp. 231-276. " *Frente al generoso y habitual reconocimiento de derechos de las personas, más extraño resulta hallar auténticos catálogos y declaraciones de deberes. De hecho, bastante escueta es la Constitución del 78 —deberes militares, tributarios y alguna referencia a los laborales, deberes educativos de los padres, o la obligación cívica que deriva del derecho de sufragio—, aunque quizá mayores perspectivas se abren ahora con las recientes reformas estatutarias o la novedosa técnica de las Cartas Locales*".

independencia de que existan normas positivas que nos los exijan<sup>370</sup>. Es de reconocer cierto trasfondo iusnaturalista en el aserto, pero no se puede evitar admitir que el concepto “*solidaridad*” tiene una alta carga de concienciación que impulsa actuaciones, al margen del mandato de las normas positivas.

Otro aspecto interesante que resalta es la incapacidad del Derecho Privado para servir de plataforma en el cumplimiento del valor solidaridad. Mantiene que “*El Derecho privado es incompetente para regular los deberes positivos cuya finalidad no es el intercambio recíproco entre sujetos presunta y formalmente iguales, sino redistribuir los recursos escasos*”<sup>371</sup>. Su lógica es razonablemente admisible, desde el punto de vista que el Derecho Privado está pensando para la protección de los derechos subjetivos reconocidos legalmente y desde una situación de pretendida igualdad formal. No cabe, en un contexto ius-privatista de sujetos en un plano de equivalencia, que pueda crearse un deber activo frente la parte más débil simplemente porque se encuentra en una situación de necesidad o debilidad con respecto al otro sujeto o sujetos. Eso hace chirriar la estructura básica del Derecho Privado, y hace muy difícil enclavar un concepto de solidaridad redistributiva<sup>372</sup>.

Cerramos reproduciendo ésta reflexión que condensa la esencia de su propuesta, cuando expresa que<sup>373</sup> “*La solidaridad postula una ética universal y exige una sociedad abierta, libre y plural forjada en el respeto que reconozca el derecho a la diferencia pero que no discrimine en el reconocimiento y el respeto de los derechos, donde todos son iguales para compartir y diferentes para vivir.*”

---

<sup>370</sup>Cristoph Menke y Arnd Pollmann. Op. cit. Nota 30. Pág. 29. “*Los derechos jurídicos, son, por lo tanto, derechos que han sido conferidos a los individuos a través de las leyes. Ahora bien, los Derechos Humanos deben ser de otro tipo. Pues también hablamos de Derechos Humanos en aquellas situaciones en que en un Estado no son válidos los correspondientes derechos, como por ejemplo cuando denunciemos la falta de libertad de prensa o de religión en un país autoritario como una vulneración de los Derechos Humanos. Basándonos en una comprensión jurídica de los derechos se podría concluir lo siguiente: si los individuos solamente tienen derechos según leyes vigentes, entonces no puede darse algo así como los Derechos Humanos. El concepto de Derechos Humanos sería una aberración conceptual, un “sinsentido de zancos” como supuso Jeremy Bentham, o “magia blanca” como hoy en día mantienen Raymond Geuss.*”

<sup>371</sup> *Ibidem*. Pág. 129

<sup>372</sup> *Ibidem*. “*La solidaridad iusprivatista, excepto en el Derecho de familia es incoherente con el Estado social y democrático de Derecho; de ahí la diferencia entre lo que significa como un valor y como derecho.*”

<sup>373</sup> *Ibidem*. Pág. 131.

### **2.8.3 Principales trabas a superar por la Nueva Generación de Derechos.**

Expuestos en el epígrafe anterior algunos elementos comunes del reproche tanto a la Teoría General de los Derechos Humanos como de la nueva generación de Derechos Humanos (universalidad, titularidad, ejercicio y solidaridad) avanzamos en nuestro recorrido referenciando algunas de las críticas más generalizadas a la teoría generacional de los Derechos Humanos a los efectos de incidir en cuestiones que, aunque ya se han puesto de manifiesto en anteriores contenidos, consideramos que por oportunidad conviene recordar.

Previamente debemos llamar la atención sobre la confluencia, dentro de la discusión científica, de dos entornos que solapan sus ámbitos materiales, y que tienen, inequívocamente, influencias recíprocas en sus resoluciones. Nos referimos a la zona de convergencia que se genera en las críticas objeto de la teoría generacional de los Derechos Humanos con aquellas que tienen por cuestionamiento el propio reconocimiento y protección de los Derechos Humanos de la tercera generación. Evidentemente, como consecuencia lógica de ese espacio biunívoco, es que la inadmisión de la teoría generacional supone sine qua non rechazar la existencia de una nueva generación de Derechos Humanos dentro del proceso evolutivo clasificatorio de los mismos, por lo que, en resumen, el cuestionamiento de la mayor, la existencia de una distribución de los Derechos Humanos en generaciones, aboca a la negación de la realidad de la individualidad de una nueva generación, conformándose por ello un juicio a la totalidad que tiene como efecto la oposición global a la sustantividad del concepto en sí mismo.

Desde este punto de vista, es lógico deducir de lo expresado un juicio práctico. Si tomamos las críticas que tienen por objeto tanto la teoría generacional en sí misma, y las que cuestionan la virtualidad de alguna de las generaciones que la conforman, puede extraerse a efectos dialécticos, que hayamos puntos de coincidencia en muchos aspectos, por lo que a efectos heurísticos, expondré alguno de los argumentos

censuradores más representativos de la clasificación generacional, así como de la propia existencia de la tercera generación de Derechos Humanos.

Empecemos por la detracción que provoca una clasificación ordinal en generaciones que puede inducir a establecer una jerarquización de los Derechos que se distribuyen en cada una de las referidas generaciones. Si bien, los autores que apoyan la Teoría Generacional siempre tienen la cautela de incidir en que el criterio rector de asignación de los distintos Derechos Humanos en cada generación responde, únicamente, a su subsunción en el contexto histórico en el que puede constatar su aparición, reconocimiento y positivación en el ordenamiento correspondiente, ello no ha evitado que se mantenga el cuestionamiento de que, con la clasificación generacional de Derechos Humanos, se está induciendo, directa o indirectamente, un orden de catalogación de los mismos, en los que se priorizan unos frente a otros. Para ilustrar lo expuesto, referenciaremos la opinión de Mariana Blengio<sup>374</sup> que advirtiendo del riesgo de subordinación de Derechos que puede conllevar la teoría generacional, opta por una organización basada en un criterio material en función de su contenido. De esta forma, Blengio distribuye los Derechos Humanos en cuatro categorías<sup>375</sup> en función del

---

<sup>374</sup>Blengio Valdes, M. Óp. cit. Nota 357. Pág. 27. *“Uno de los grandes peligros de las clasificaciones radica justamente en el hecho de generar un orden de prioridad o valoración entre los derechos que se enumeran. En esto se incurre con la clásica clasificación frecuentemente utilizada de generaciones de Derechos Humanos (primera, segunda y tercera generación). Esta clasificación ordena los derechos en un hipotético orden de surgimiento y supuesto origen histórico. Comienza con los civiles y políticos (primera generación); para continuar con los económicos sociales y culturales (segunda generación) y los nuevos derechos como el vivir en un medio ambiente sano, paz, desarrollo, beneficiarse del patrimonio común de la Humanidad, asistencia humanitaria (tercera generación). Para seguir eventualmente con la cuarta y quinta generación en la medida que el ordenamiento jurídico reconozca o conceptualice otros derechos. Sin negar la utilidad práctica de todas las clasificaciones por entender que nos permiten profundizar en la esencia misma del concepto de Derechos Humanos, optaremos por adoptar un criterio material de distinción. Este remite a la naturaleza misma del derecho. A partir del valor de la dignidad, los derechos de naturaleza civil, social, política, económica y cultural se erigen para lograr la protección integral del individuo y la satisfacción de sus necesidades básicas en un medio adecuado para desarrollarse y proyectarse con ser individual y social.*

<sup>375</sup> *Ibíd*em, Pág. 28. “a) Derechos civiles. Este grupo incluye la dignidad, vida, integridad, libertad, igualdad, seguridad, intimidad, propiedad; circulación, asilo, residencia; personalidad jurídica; honor; b) Derechos políticos. Todos los vinculados a la participación en el gobierno y elecciones: ciudadanía, nacionalidad y sufragio. c) Derechos económicos y sociales. Encontramos el derecho al trabajo, condiciones laborales justas y favorables, derechos sindicales, seguridad social, protección y asistencia de la familia, alimentación y vivienda, salud física. d) Derechos culturales. Se integra por el derecho a la educación, a participar en la vida cultural, a la identidad cultural y diversidad cultural; a gozar de los beneficios del progreso científico y de la tecnología, a beneficiarse de la protección de los intereses materiales que le corresponden por razón de sus producciones científicas, literarias o artesanales de que es auto participación en la vida cultural, comunicación e información.

contenido sustantivo de cada Derecho, al margen del contexto histórico de su nacimiento y sin diferenciar en su proceso evolutivo el momento temporal. Llegado este punto, la propia Autora debe solventar la aparente aporía de cómo dotar de plasticidad a una clasificación con un marcado carácter estanco, y acomodar en dicha clasificación los que denomina “*derechos de la solidaridad*”, o “*derechos de la tercera generación*”, que sí reconoce su existencia. Para resolver tal dilema, defiende con acierto que la protección de los Derechos Humanos es “*progresiva*” y abierta a la incorporación de nuevos derechos. Si bien, y es aquí donde cobra viabilidad práctica su clasificación, según mantiene, el hecho de establecer como “*nuevos*” unos derechos, no es un matiz esencial en el derecho (su novedad), sino que simplemente lo “*define con mayor precisión*”, ya que, según su opinión, los Derechos Humanos de tercera generación, ya forman parte en su “*presupuesto esencial*” de Derechos Humanos precedentes. Como ejemplo cita el valor “*dignidad*” que podemos encontrar, tanto en los Derechos de la nueva generación, como en los Derechos de naturaleza civil, social, cultural, económica o política<sup>376</sup>. Con todo, admite que la evolución histórica viene a condicionar la evolución de los Derechos Humanos y los ámbitos de protección de cada Derecho, pero solo desde un punto de vista de perfeccionamiento, como catalizador, que va mostrando nuevos matices de los Derechos que han de ser recogidos y protegidos. Si bien, lejos queda que de ello podamos deducir una clasificación de los Derechos<sup>377</sup>.

Centrándonos ya en algunos de los reproches que se han ofrecido desde ámbitos doctrinales a la tercera generación de Derechos Humanos podemos empezar por la que formula Alemany Briz cuando se pregunta si los nuevos derechos, “*¿son un peligro para los derechos anteriores?*”<sup>378</sup>, y reflexiona “*una proliferación de los nuevos derechos*

---

<sup>376</sup> *Ibidem*. Pág. 28.

<sup>377</sup> *Ibidem*. Pág. 29. “*En esta concepción la evolución histórica y concretamente los factores que hacen a la transformación social juegan su rol. Pues no se estancan en la clasificación de generaciones que apuestan al surgimiento de los derechos en base, entre otros, al criterio temporal. La transformación histórica se introduce en la naturaleza de los derechos profundizando cada uno de ellos en base a una nueva realidad. El concepto de libertad y los elementos que en su protección emergen, han seguido afianzándose con el transcurso del tiempo, entrecruzándose con aquellos derechos que fueron conceptualizados con posterioridad. En el mismo sentido la igualdad desde la esencia de su concepto, se transforma paulatinamente con la prohibición y erradicación de nuevas formas de discriminación, sin que ello implique la consideración de una nueva categoría de derechos*”.

<sup>378</sup> Alemany Briz, J.M. Op. cit. Nota 67. Pág. 15, cuando expone que “*Tras lo visto, no podían faltar críticas a la formulación de los Derechos Humanos de la Tercera Generación. Unas mantienen que la misma idea de “tercera generación” crea confusión frente a los derechos anteriores, otras afirman que*



*podría ser excesiva y contribuiría a ponerlos en peligro*<sup>379</sup>. Esta exhortación a la reflexión no creamos que sea algo inusual o insólita, sino que podemos considerarla una de las críticas más generalizadas a la nueva generación de Derechos Humanos y supone un verdadero dilema a superar para la consolidación de la misma. Es una realidad las continuas señales de alarma que desde sectores doctrinales, bien argumentados, han advertido del riesgo que se corre de incrementar desmesuradamente las nóminas de los Derechos Humanos sin que se tenga un criterio de prioridad que nos permita diferenciar lo esencial de lo accesorio<sup>380</sup>. Esta, que es una cuestión redundante en el debate de la nueva generación de Derechos Humanos, es zanjada por Alemany Briz exhibiendo un espíritu constructivo y de superación, considerando los nuevos Derechos Humanos como una *“oportunidad”* que se abre al perfeccionamiento o consumación de Derechos precedentes y nunca como una amenaza de debilitamiento. Antagónicamente el desarrollo de los nuevos Derechos queda sustentando sobre el reforzamiento de los anteriores (entiéndase generacionalmente), de forma que no puede verse cada generación integrada por Derecho aislados o herméticos a la influencia de Derechos que han aparecido o son reconocidos en tiempo posterior<sup>381</sup>. Muy al contrario la amenaza vendría por no entender el reconocimiento de los nuevos Derechos como integrantes de un pilar común donde existe una interconexión con el resto de Derechos Humanos y un vínculo de mutuo sustento.

---

*no es que se deba hablar de tercera generación, sino que abogan por una cuarta o quinta generaciones; en fin, por no citar a quienes extienden la idea de Derechos Humanos al mundo animal o a la naturaleza en su conjunto”.*

<sup>379</sup> En este apartado Alemany Briz, también incide en el riesgo de la denominación de “tercera generación”, considerándolo *“poco feliz”* por entender que puede producir la sensación de tener las anteriores por superadas. Para fundamentar su afirmación refiere que *“Se recuerda cómo la invocación a la paz y a la seguridad sirvió en otro tiempo al bloque soviético de justificación para una moratoria en el reconocimiento de los derechos civiles y políticos o cómo el desarrollo ha servido de pretexto en férreas dictaduras de diversos continentes para un quebrantamiento masivo de elementales derechos y libertades”.*

<sup>380</sup> Ya se ha tratado en contenidos anteriores los listados de Derechos que engloban la tercera generación de Derechos Humanos y se ha hecho referencia esta problemática.

<sup>381</sup> *Ibidem.* *“Sin embargo, estas críticas sólo ponen de manifiesto la necesidad de conseguir una visión más integrada del contenido de los Derechos Humanos, para lo cual se ofrece ahora precisamente una oportunidad. El peligro de manipular o al menos enfatizar unos derechos frente a otros ya existía antes. Los derechos de la solidaridad no sólo no debilitan los derechos de generaciones anteriores, sino que deben ser contemplados como un prerrequisito para su ejercicio: la ausencia de paz o de desarrollo, el agotamiento de los recursos medioambientales o el secuestro del patrimonio común, impiden el ejercicio de los Derechos Humanos de estas y futuras generaciones. La relación funciona como una vía de doble dirección, porque a su vez los nuevos derechos sólo pueden alcanzarse a través de la puesta en marcha de los derechos anteriores: el quebrantamiento de tales Derechos Humanos constituye hoy una verdadera amenaza para la paz y es incompatible con el desarrollo.”*

Otra de las propuestas en la misma línea es la de Ros Martínez<sup>382</sup>, cuando cita a De Miguel Beriain para recopilar algunas de las críticas que se han presentado a la tercera generación de Derechos Humanos. Se centra en tres<sup>383</sup>, una primera relativa en la que supone la nueva generación un peligro para los derechos ya existentes. Este primer reproche se encuentra en similares términos a los ya expuestos por parte de Alemany, por lo que no dedicaremos más esfuerzo expositivo.

Más innovadores, por la información que aportan al debate, son las otras dos delaciones. En cuanto que, por un lado, se referencia que la nueva generación de Derechos Humanos presenta una “*falta de homogeneidad absoluta*” y que “*carecen de base jurídica imprescindible*”. En ambos casos se ha de reconocer que las críticas ofrecen base argumentística si bien, no son concluyentes. Es cierto que los Derechos de esta tercera generación presentan un elenco de valores e intereses un tanto heterogéneo<sup>384</sup> si bien, ello no debe ser un obstáculo para su reconocimiento y protección si se entiende que las demandas que vehiculizan son dignas de tan alta protección. La homogeneidad nunca se ha establecido como un elemento esencial para reconocer y positivizar los Derechos Humanos, sino que tal criterio viene más bien delimitado por la trascendencia axiológica de sus pretensiones que definirá si merecen tal reconocimiento. La diversidad no es óbice para su transposición a los ordenamientos nacionales e internacionales y así queda demostrado con los Derechos de las anteriores generaciones.

---

<sup>382</sup> Ros Martínez, E. Óp. Cit. Nota 23. “*Las aportaciones de la tercera generación de Derechos Humanos y sus diferencias con generaciones anteriores*”.

<sup>383</sup> *Ibidem*. “*Entre las críticas a los mismos, Beriain señala principalmente tres: en primer lugar, que su aparición supone, en verdad, un peligro para los derechos ya existentes; en segundo lugar, que presentan una falta de homogeneidad absoluta; en tercer lugar, que carecen completamente de una base jurídica imprescindible sobre la que fundamentar cualquier tipo de actuación. La primera crítica a los derechos de solidaridad gira en torno a su relación con los otros Derechos Humanos ya existentes*”.

<sup>384</sup> Rodríguez Palop zanja esta cuestión con dos certeros párrafos (Rodríguez Palop, M.E. “*La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y Justificación*”. pág. 112”. “1º.- el pensamiento generacional amenaza con separar lo que ha de confluir por ser como un y dificulta la comprensión mezclada y abierta de los derechos. Sin embargo cabe abordar el estudio generacional entendiendo sus generaciones como interdependientes y necesarias para la protección efectiva de los Derechos Humanos y que se complementan a lo largo de la historia. 2º.- Las generaciones aglutinan a un grupo heterogéneo de características globales poco definidas, a un conjunto de derechos naturales muy diferentes. Pese a todo, podemos ver en los nuevos derechos un medio eficaz para fortalecer alguno de los ya reconocidos, como el derecho a la libertad de movimiento, el derecho a la propiedad, el derecho al trabajo, la libertad de asociación, etc.”

Ampliando el abanico de cuestiones que dificultan el reconocimiento de los Derechos Humanos de la tercera generación podemos encontrar en la propuesta de Domínguez Scheid<sup>385</sup> algunos aspectos interesantes. Enuncia críticas culturales, de legitimidad y de coherencia para consagrar la tercera generación de Derechos Humanos<sup>386</sup>. La “*crítica cultural*” supone un obstáculo a su reconocimiento el hecho de que los valores que manifiesta esta nueva generación, tienen un marcado carácter occidental y que ello, conlleva importantes implicaciones a la hora de otorgar la condición de “*universales*” de los mismos. El propio Autor se encarga de desmontar tal reproche trayendo la extensión del reconocimiento de los valores básicos que protegen los Derechos Humanos por todas las culturas que pueblan el planeta, no teniendo tal consideración en exclusiva la cultura occidental<sup>387</sup>. Para ello, referencia el informe de Amnistía Internacional de 1998, que viene a establecer que “*el carácter sagrado de la vida, de la dignidad humana y la importancia de la justicia son temas recurrentes en todas las culturas y en todas las tradiciones filosóficas y religiosas*”.

En otro orden la crítica de “*legitimidad*” esconde una censura de mayor calado teórico-jurídico. En este contexto, Domínguez Scheid trae el clásico debate entre la necesaria positivación de los valores morales en el ordenamiento jurídico y de esta modo adquirir el estatus de verdaderos derechos tutelados en su reconocimiento y protección por el Estado, como “*autoridad jurídica*”. Es un representativo defensor de esta postura Peces Barba cuando dispone que<sup>388</sup> “*Cuando se rechaza el concepto de derechos naturales porque “solo pueden ser considerados auténticos derechos en el sentido técnico jurídico del término, cuando se encuentran reconocidos en una norma jurídica de Derecho positivo” y se añade “mientras esto no ocurra nos encontramos ante valores,*

---

<sup>385</sup> Domínguez Scheid, C.A. Óp. cit. Nota 24. Pág. 40.

<sup>386</sup> *Ibidem*. Pág. 55.

<sup>387</sup> *Ibidem*. “*Si bien en una primera vista esta crítica es fundada, es decir, los Derechos Humanos en su concepción actual se han gestado en el entorno de los países occidentales, no es menos cierto que estos Derechos Humanos encuentran manifestaciones en todas las culturas.*” “*También el economista hindú, premio Nobel de Economía 1998, Amartya Sen, en su obra “Desarrollo y Libertad”, estudia la libertad, igualdad y tolerancia, y se refiere a que han sido analizadas en varios autores de las culturas asiáticas y africanas. Su análisis lo lleva a afirmar que los defensores actuales de las visiones autoritarias de los valores asiáticos y de los países de cultura islámica basan sus ideas en interpretaciones arbitrarias y en selecciones limitadas de autores y tradiciones, y sostiene que las tradiciones occidentales no son las únicas aptas para preparar un enfoque de los problemas sociales basado en la libertad.*”

<sup>388</sup> Peces Barba, B. “Derechos Fundamentales”. Pág. 230.

*intereses, objetivos y deseos humanos, más o menos necesarios, importante o fundamentales” se está cavando la tumba de la expresión derechos morales”.*

Por contra, critica esta posición Osuna Fernández-Lago<sup>389</sup>, lo que suscribo, al entender que la trascendencia del reconocimiento de un valor no viene determinado por su traslación a un ordenamiento jurídico, sino por su configuración como reflejo de protección de intereses o demandas esenciales para la convivencia y el respeto a la dignidad personal<sup>390</sup>.

Esta es una controversia que trasciende al debate exclusivo de los Derechos Humanos de tercera generación y supone un cuestionamiento a la concepción global del reconocimiento y protección de los Derechos Humanos, atendiendo al grado de positivación. Se reflexiona si los Derechos Humanos constituyen un elemento de mero reconocimiento de una realidad preexistente o por el contrario, su traslación al ordenamiento jurídico se erige como el verdadero elemento constitutivo de la figura jurídica y de ahí que sea, en ese momento, y solo en él, cuando alcancen la eficacia y tutela que el aparato coactivo del Estado les puede garantizar. Como decimos, excede este debate al objetivo del presente epígrafe, por lo que quede constatado de que en su opinión, los Derechos de la nueva generación también se ven inmersos en tal

---

<sup>389</sup> Osuna Fernández-Lago, A. Óp. cit. Nota 134. Pág. 230. *“Debemos empezar a exponer nuestra opinión señalando que la justicia no es sólo un valor, al lado de otros en la justificación de los Derechos Humanos. Peces-Barba confunde lo que son valores directivos y configuradores de la Constitución española -entre los que, por cierto, no está la solidaridad, que quizá se olvidó a los redactores de la Constitución-. Son “valores superiores del ordenamiento jurídico español” en su legalidad, pero no la justificación de lo que entendemos por derechos fundamentales. Aceptamos que los derechos fundamentales, al igual que el resto de leyes, deben reflejar esos valores, pero no conlleva que su justificación inmediata o justicia peculiar de cada derecho haya de responder a uno de esos valores constitucionales, ya que los Derechos Humanos tienen razón de ser antes y por encima de que la CE reconozca unos valores determinados. Otras constituciones y ordenamientos los han reconocido sin el recurso a tales valores”.*

<sup>390</sup> Wing Solis, F. Óp. Cit. Nota 70. Pág. 7. *“ Tomando en cuenta la profunda dimensión ética y la creciente universalización de los DDHH,25 es un hecho cada vez más cierto que su exigibilidad es independiente de su reconocimiento por parte de los Estados, y que su promoción, protección y defensa trascienden las fronteras nacionales. Sin embargo, no podemos ignorar que, como afirma el jurista peruano Diego García-Sayán, Juez de la Corte IDH, “si bien la universalización de los Derechos Humanos de la que nos habla Norberto Bobbio ha sido una etapa sustancial para la consolidación de la protección de los Derechos Humanos básicamente cumplida, en la actualidad el desafío es el de la “nacionalización” de los Derechos Humanos como camino para hacerlos efectivos.”. Tampoco podemos soslayar que los sujetos del Derecho Internacional siguen siendo los Estados, al igual que los organismos internacionales por ellos constituidos”.*

controversia. En relación a ello, es justo referenciar que en opinión del Autor, los Derechos Humanos tienen un evidente estado original como “*demandas éticas*” que deben tener un reflejo en los ordenamientos jurídicos para, de este modo, garantizar su cumplimiento<sup>391</sup>.

Por último, Domínguez Scheid, habla de la crítica de la “*coherencia*”. Contextualiza el reproche, en el sentido de que no existe sujeto pasivo del derecho, no hay “*a quien dirigirse para verlo realizado*”. En este punto, podemos advertir cierto consenso que solventa esta cuestión, en cuanto a la determinación del sujeto pasivo en la figura del Estado o los Estados, en un contexto internacional, Poderes Públicos en general, ya que en definitiva los Derechos Humanos de la tercera generación tienen la particularidad de que su génesis viene marcada por la colectividad de la reivindicación (ya sea un grupo concreto, etnia, tribu, o en general la raza humana), y por la envergadura del valor a proteger, que trasciende al sujeto individual, estando en única disposición de hacer frente al cumplimiento de los mismos por el Estado o los Estados<sup>392</sup>. La relativa aceptación, como hemos indicado, del sujeto obligado a atender la reivindicación, identificado con el Estado o Estados, implica el decaimiento del exánime argumento que sustenta la crítica en este aspecto, por lo que quede constancia del mismo, a fin de ofrecer una visión completa de la propuesta.

---

<sup>391</sup> Domínguez Scheid, C. Óp. Cit. Nota 24. Pág. 56. “*Quienes sustentan los derechos de la Tercera Generación replican que de poco sirve intentar ocultar la actualidad de esta generación de derechos alegando que no son reconocidos por ninguna disposición jurídica de Derecho positivo, entre otras cosas porque ello supondría minimizar el significado histórico de los Derechos Humanos reduciéndolos a la categoría de derechos subjetivos positivos, cuando una mirada hacia el rol desempeñado por los Derechos Humanos permite constatar que el mérito de la categoría consiste en su plasticidad, lo que les permite traducir aspiraciones que siempre exceden los límites de su inscripción jurídica, y que además, esta ausencia de reconocimiento en disposiciones jurídico-positivas de los Derechos Humanos de la Tercera Generación no tiene por qué mantenerse así en el futuro. En sentido estricto, los Derechos Humanos deben ser concebidos como un conjunto de demandas éticas, que son el fundamento para plantear demandas políticas que conduzcan a obtener ordenamientos jurídicos que garanticen su cumplimiento.*”

<sup>392</sup> Megías Quirós, J.J., Óp. Cit. Nota 3. Pág. 124. “*Sujetos pasivos serán los poderes públicos, y destinatarios, que no beneficiarios, «todos», cuyos bienes básicos no estén garantizados. Por eso, comprenden bienes e intereses individuales /o colectivos, generalizables difusos, cuya fundamentación no se circunscribe a la protección de intereses individuales sino que se extiende a la protección de intereses sociales colectivos, su titularidad se amplía a los sujetos colectivos y su naturaleza Jurídica se desplaza desde los derechos de defensa a los de participación, para cuya realización se hace indispensable la movilización de los poderes públicos*”.

Hemos reservado para cerrar, el reproche con mayor grado de desaprobación de la figura jurídica. Me estoy refiriendo a la que realizó el filósofo argentino Eduardo Rabossi en su estudio sobre la propuesta de Karel Vasak<sup>393</sup> y la nueva generación de Derechos Humanos<sup>394</sup>. Incluso desde su inicio, ya califica la propuesta de Vasak sobre la tercera generación de Derechos Humanos como un “*cliché*”, a los pretendidos efectos de ofrecer una propuesta, que en realidad está hueca, y que sólo su repetición y máxima aceptación, ha compensado su falta de sustento técnico<sup>395</sup>. La aplaudida aprobación por parte de la doctrina de la teoría generacional sin el más mínimo espíritu crítico, ha conllevado el fortalecimiento de la teoría de Vasak sin el necesario cuestionamiento teórico que exige todo proceso de apuntalamiento y de este modo, ir limando aquellas aristas de la teoría que encuentran mayor controversia y consolidar sus aciertos. Además, sin miramientos, llega a calificar que lo realizado por Vasak ha sido, en cierto modo, una “*manipulación*” del contexto histórico-temporal en el que se han desarrollado los Derechos Humanos, para adaptarlo al objetivo final de adecuarlo a los fines de ofrecer un soporte teórico para a lo que realmente interesa, la aparición de una serie de Derechos Humanos en las últimas décadas del siglo XX<sup>396</sup>. Sin paliativos considera que “*De tal manera, la tesis de Vasak resulta ser un recurso cómodo que cada cual emplea a su manera, sin que importe la ambigüedad que la pluralidad de usos que pone de manifiesto.*”.

---

<sup>393</sup> Si bien la de Rabossi destaca por la acidez de su crítica sobre la propuesta de Vasak, no es la única discordancia doctrinal que encontramos. Wing Solís, F. “*Algunos parámetros para la incorporación de los estándares del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en la tutela constitucional, legal y judicial del Derecho a un Ambiente Sano en Panamá*””. Cendoj. Órgano Judicial de la República de Panamá. Pág. 6. “*La fórmula de Vašák tampoco ha estado exenta de críticas, entre las cuales se destaca la del jurista brasileño Antonio Cançado Trindade, ex Juez de la Corte Interamericana de DDHH (Corte IDH) y actual Juez de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), quien llega a calificarla de “históricamente inexacta y jurídicamente infundada,” si bien reconoce su “posible mérito pedagógico o quizás literario*”.

<sup>394</sup> RABOSSI Eduardo, Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché, en Lecciones y Ensayos, 69-71 (1997/1998), p. 41-51.

<sup>395</sup> *Ibidem*. “*El discurso estándar de los Derechos Humanos suele incluir clichés, fórmulas estereotipadas. La que me interesa analizar es una de las más populares: Los Derechos Humanos se han dado en tres generaciones: la primera abarcó los Derechos Humanos civiles y políticos (fin del siglo XVIII y siglo XIX); la segunda, los Derechos Humanos económicos, sociales y culturales (siglo xx); la tercera abarca los Derechos Humanos de solidaridad (años recientes). No hay duda de que la aceptación masiva en el plano doctrinario ha influido decisivamente en la formación del cliché.*”

<sup>396</sup> *Ibidem*. “*Hay, por fin, un tercer punto de vista, más cercano a la verdadera intención de Vasak. La tesis legitima el surgimiento de los llamados “derechos de tercera generación”, justifica su existencia y, en gran medida, permite fundamentarlos (cfr. Ara Pinilla, 1990). En este caso, el análisis histórico y la categorización resultan secundarios. Lo que importa es contar con una plataforma para ubicar los “nuevos derechos”.*”

Avanza Rabossi censurando el uso del término de “*generaciones*” que no lo considera muy acertado para explicar la evolución en el reconocimiento de los Derechos Humanos por su clara implicación de superación práctica que hay entre una generación y la que le precede, tampoco comparte la cronología que desarrolla Vasak en cuanto a la diferenciación de las primeras generaciones<sup>397</sup>. Crítica que en la teoría sólo se hayan tenido en cuenta los Derechos positivados en textos constitucionales de los Estados y no los desarrollos en el plano internacional. Consecuencia de ello, es que se extrae una tímida universalidad. Por último, califica como la “*consecuencia más dañina*”, la distinción en dos generaciones diferentes entre los Derechos Humanos civiles y políticos y los Derechos Humanos económicos, sociales y culturales, que considera inadmisibles<sup>398</sup>.

En definitiva, un buen número de cuestionamientos que zanja con un “*pienso que la tesis carece de un valor teórico efectivo y que, en consecuencia, ha llegado el momento de dejarla a un lado*”. Incuestionablemente la enérgica crítica mostrada contra la propuesta de Vasak, no deja de ser un fervoroso alegato fundamentado desde la perspectiva personal de su autor, del que hay que extraer un indudable valor científico en cuanto que pone de manifiesto los puntos (o algunos) en los que considera flaquea esta teoría. Información que debe servir para su estudio y análisis, pero no para debilitar

---

<sup>397</sup> *Ibidem*. “Cabe poner en duda, pues, que durante el largo período que va desde fines del siglo XVII a bien entrado el siglo XX, hayan surgido los derechos civiles y políticos con exclusión de los derechos económicos, sociales y culturales y que no se haya visualizado la necesidad de políticas positivas por parte del Estado en materia económica, social y cultural. Sólo ha habido un mayor afán reglamentarista en favor de los primeros y el encubrimiento de derechos económicos bajo la rúbrica de derechos civiles.”

<sup>398</sup> *Ibidem*. “La consecuencia más dañina de la tesis de las generaciones de Derechos Humanos es que implica y/o brinda un argumento a quienes sostienen que entre los Derechos Humanos civiles y políticos y los Derechos Humanos económicos, sociales y culturales existe una diferencia [categoría] de fondo, una distinción esencial... Pero, en realidad, no hay nada en el carácter de los Derechos Humanos que determine que ello tenga que ser así. Las diferencias entre unos y otros derechos emanan de un planteo ideológico que muchos teóricos han sabido aprovechar para tratar de mostrar que la diferencia establecida por la legislación positiva refleja en realidad una distinción conceptual profunda: sólo los derechos civiles y políticos son verdaderamente derechos, los derechos económicos, sociales y culturales son, en el mejor de los casos, programáticos. No es difícil mostrar la vacuidad de este planteo. Ni la distinción derechos negativos versus derechos positivos, ni la de derechos estrictos versus ideales utópicos, ni la de derechos genéricos versus derechos específicos logran identificar clases excluyentes de derechos. En verdad, la garantía de la vigencia de un derecho humano supone siempre una política positiva por parte del Estado al diseñar y estatuir el marco institucional y político necesario. (Rabossi, 1993:1995).”

una categorización que se presenta con un alto grado de recepción por la doctrina, además de hacerlo de forma concluyente y razonada. Como digo, debemos aceptar su valiosa aportación con un criterio funcionalista desenmascarador de debilidades, con el objetivo de prevención y refuerzo y así obtener mayor firmeza en su construcción ontológica para avanzar en su asentamiento.

Llegado este punto, es manifiesto que el mensaje de Rabossi de “*dejar a un lado*” la Teoría Generacional de los Derechos Humanos no ha calado, y que más bien, al contrario, se ha erigido como un referente en cuanto el estudio de la evolución y desarrollo en el tiempo de los Derechos Humanos y que viene a incidir en una de las cuestiones que por lo general, es admitida irrestrictamente. Nos referimos a la ineludible objetividad del peso del contexto social, político, económico y jurídico en la aparición y desarrollo de los Derechos Humanos. Se puede ponderar el grado de influencia y la cuantificación de las distintas variables que operaron en su origen, pero lo que es admitido mayoritariamente, es la innegable aportación genética del contexto histórico al ADN de los Derechos Humanos. De ahí, al margen de su firmeza teórica, puede aceptarse el acierto de la tesis de Vasak, al sintetizar ambos elementos (contexto global temporal y Derechos Humanos) y extraer una sistematización en el desarrollo de los mismos, al que se le buscó la exteriorización formal de “*generación*”, con sus luces y sombras. A día de hoy se desarrolla, evoluciona y crece esta teoría y es utilizada metodológicamente incluso como herramienta para conjugar contexto social, político, económico y jurídico con la aparición de nuevos derechos, produciendo nuevas generaciones de Derechos Humanos<sup>399</sup>. La aparición de nuevos Derechos, se asocia con nuevas demandas, generadas a partir de un contexto en particular. La determinación del ámbito y los Derechos permiten extraer la posibilidad de que se esté ante una nueva generación. Ello, no debe tomarse como un proceso estandarizado y automático sino que, lógicamente necesita del esfuerzo teórico-jurídico para que pueda positivarse en los ordenamientos jurídicos. Por lo general, no se percibe que la aparición de una nueva generación de Derechos conlleve la consumación en el reconocimiento y protección de los Derechos que integran la anterior, ni tampoco una subordinación en ningún

---

<sup>399</sup>La funcionalidad del Derecho se hace palpable ante el desarrollo de una nueva generación de Derechos Humanos que tienen un marcado carácter social y proteccionista.



sentido<sup>400</sup>. Al contrario, cada uno de los Derechos integrantes o asociados a una nueva generación tienen sus particularidades y dependiendo del grado de reconocimiento y positivación del mismo, así como de la voluntad de su implantación pueden entenderse protegidos los valores o intereses que lo integran<sup>401</sup>. Esta realidad hace cuestionarse las legítimas y respetables críticas de Rabossi, pero a la vez, conlleva eludir cierto tipo de conformismo o complacencia en el desarrollo teórico del concepto, alentando nuevos esfuerzos en la consumación de la nueva generación de Derechos Humanos.

#### 2.8.4 Reconocimiento de los nuevos Derechos.

Como ya se ha puesto de relieve, la conformación del concepto de tercera generación de Derechos Humanos se encuentra en estudio, debate y resolución por lo que, tras el necesario tiempo de decantación, podrá llegarse a conclusiones de generalizada aceptación (probablemente no unánime) que permitan asentar la figura jurídica para su adecuado reconocimiento y transposición a las normas fundamentales. Comenzaba el presente epígrafe recordando aquella expresión de Pérez Luño sobre el estado actual de los Derechos Humanos de tercera generación, aunque ese estatus de “*work in progress*”, no debe verse como un signo de debilidad teórica que provoque un prematuro repudio, sino al contrario, el concepto cuenta actualmente ya con una fuerza teórica que permite dar por afianzadas sus bases ontológicas. Hoy día, son cada vez más las voces autorizadas que atienden a catalogar los nuevos Derechos (en listados más o

---

<sup>400</sup> López López, P. Óp. cit. Nota 33. Págs. 114-118. “*También hay que señalar la reticencia de algunos a hablar de generaciones con un criterio ordenador que puede sugerir que los derechos de primera generación son los prioritarios frente a los surgidos posteriormente, y por tanto son los que no se ponen en cuestión bajo ninguna circunstancia, mientras que a los derechos sociales posteriores cabe someterlos a una jerarquía que justificaría que no se atendieran si los recursos del Estado son escasos. Sin embargo, la ONU resalta en diversos documentos la indivisibilidad, interdependencia, interrelación e igual importancia de todos los Derechos Humanos -civiles, culturales, económicos, políticos y sociales- (Samek, 2008, p. 65), por lo que, bajo nuestro punto de vista, no cabe plantear una objeción terminante a la clasificación por generaciones. Por nuestra parte, preferimos, a efectos didácticos y para centrarnos en un nuevo derecho, seguir la clasificación por generaciones*”.

<sup>401</sup> Megías Quirós, J.J., Óp. Cit. Nota 3. Pág. 124. “*Frente a los derechos liberales que son baratos y fáciles de satisfacer y frente a los derechos sociales que sólo llegan a los ciudadanos, los derechos de solidaridad son caros y difíciles de satisfacer y exigen la renuncia a nuestros privilegios egoístas e injustificados, pues la solidaridad implica reconocer que por vivir como vivimos mueren como mueren*”. La demoledora crítica de E. BLOCH describe impecablemente la situación actual: «*el derecho al placer de Epicuro necesitaba manos callosas que le procurarán los alimentos, y por esta razón, el placer sereno y aristocrático estaba muy interesado en dejar a los esclavos fuera del contrato*”.

menos amplios) como verdaderas entidades que instrumentalizan demandas sociales adecuadas a los nuevos tiempos y que merece un grado de reconocimiento y protección a nivel de Derecho Humano. Lógicamente, como cualquier categoría que pretende hacerse de un sustento fundamentador, tiene el ineludible cometido de ir perfilando su construcción desde el plano formal y material, y es honesto reconocer que en ese labor se encuentran actualmente. En este punto, recogemos las palabras de Megias Quiros apelando al esfuerzo de inclusión de esta tercera generación de Derechos Humanos cuando dice<sup>402</sup>:

*“Si nos tomamos los derechos en serio y estamos dispuestos a pagar sus costes; si creemos que constituyen la base de una sociedad bien ordenada y de una concepción compartida de la justicia, si los derechos son triunfos frente a la mayoría y no están sujetos, como en utilitaria al cálculo, al regateo o al juego político; si, frente a Libertaria que proclama la idolatría del Mercado, donde hay que competir y vencer, también existe Igualitaria, que practica políticas sociales y de solidaridad garantes de los derechos, donde lo que cuenta es cooperar; si la lógica del Derecho es de inclusión frente a la sinrazón de la exclusión propia del mercado, urge reconstruir los derechos de solidaridad”.*

Hoy día se pueden verificar varias vías de progreso en ese reconocimiento y protección. Comentaremos brevemente sobre las vías de reconocimiento y protección de los Derechos Humanos, para centrarnos en la que actualmente es la vía más eficaz de cara a su protección y tutela (la constitucional). Para tal cometido, nos apoyamos en la propuesta de De Castro Cid a la hora de determinar el grado de reconocimiento y protección de los Derechos Humanos<sup>403</sup>. Inicia su estudio haciendo hincapié en que el reconocimiento internacional en “*solemnes declaraciones*” no es suficiente para alcanzar un grado de protección suficiente en la práctica. Coincidimos en que, al margen del ya indicado debate sobre la fuerza vinculante de los postulados que sustentan los Derechos Humanos, es innegable la necesidad de explorar otras vías para

---

<sup>402</sup> *Ibidem*. Pág. 133.

<sup>403</sup> De Castro Cid, B. *Óp. cit.* Nota 97. Pág. 186.

verse positivados en los ordenamientos estatales (lógicamente también en los internacionales) como paso previo para un efectivo reconocimiento y amparo.

En el recorrido de consagración de la nueva generación de Derechos, expondremos cuatro vías por el que puede desarrollarse la positivación de los Derechos Humanos a nivel interno.

#### **2.8.4.1 Por vía de Legislación ordinaria.**

Una primera está referida a la legislación ordinaria. En este apartado De Castro constata que en la práctica es difícil que encontremos algún ordenamiento jurídico vigente en el que el Legislador Ordinario ostente competencias exclusivas en materia de Derechos Humanos y/o Fundamentales. Si bien es frecuente que, atendiendo a la dicción constitucional, ésta tiende a plasmar los aspectos esenciales del Derecho, dejando su desarrollo a la norma ordinaria (Ley Orgánica) para que fije los aspectos necesarios para su correcta aplicación (ámbitos subjetivo y objetivo, requisitos para su cumplimiento, extensión de las garantías, límites a su ejercicio, etc.)<sup>404</sup>. Todo ello con las cautelas necesarias que salvaguarden los principios básicos del ordenamiento. Descargar en el Legislativo tan importante competencia produce los lógicos recelos ante los posibles excesos que pueden cometerse en su desarrollo<sup>405</sup>. Esto ha provocado la necesidad de desarrollar contrapesos que vigilen, ponderen y enmiende cualquier abuso que se cometa en esa labor de praxis legislativa<sup>406</sup>. En referencia a la Constitución Española, indica que se utiliza este procedimiento en el que el texto constitucional se limita a

---

<sup>404</sup> *Ibidem*. Pág. 188.

<sup>405</sup> *Ibidem*. Pág. 189. *“Entre otras razones porque la historia es testigo de que en ocasiones, la vía constitucional ha quedado relegada a un segundo plano, como ocurrió en la Tercera República francesa que, en su intento de desconstitucionalizar los derechos fundamentales, llegó a regular mediante leyes los principales derechos, tales como el derecho de información, de reunión, de asociación, de libertad de culto.”*

<sup>406</sup> *Ibidem*. *“Para resolver el problema, ciertamente peligroso, del arbitrio del legislador en la praxis política constitucional ha surgido la necesidad de desarrollar técnicas de protección constitucional de los derechos fundamentales, las cuales se sitúan en un rango superior a las normas legislativas. Hay que resaltar que en esta situación el principio de legalidad ha supuesto una importante garantía de los derechos fundamentales constitucionales al imponer al legislador la obligación de acomodarse en el proceso del desarrollo legislativo a los principios establecidos en la constitución”*.

enunciados básicos y remite al Legislador ordinario, para el desarrollo del resto de aspectos para su correcto cumplimiento y eficacia<sup>407</sup>.

Lo expuesto nos conduce a afirmar que la legislación ordinaria tiene una funcionalidad muy secundaria como vía de consolidación de la nueva generación de Derechos Humanos. Al menos desde un plano esencial y con independencia de su potencial cometido de desarrollo.

#### **2.8.4.2 Por el Poder Ejecutivo.**

En cuanto a la segunda vía de positivación de los Derechos Humanos, De Castro Cid refiere el “*nivel ejecutivo*”. Con acierto, constata una realidad, y es que la Administración Pública tiene bajo su responsabilidad una importante parte de competencia en el buen fin de la cobertura de los Derechos Humanos o Fundamentales para con los ciudadanos. Ante ello, nos encontramos con los mismos riesgos del nivel anterior, y admitiendo la evidente necesidad de la vía reglamentaria para el desarrollo de aquellos aspectos que necesitan un mayor detalle normativo para una correcta aplicación y efectividad, deben articularse instrumentos de nivelación que permita servir de corrección para cuando se constaten infracciones por exceso o insuficiencia. La primera línea de defensa viene marcada por la división de poderes y de esta forma ver controlada su acción el Ejecutivo en la creación del Derecho por medio del Poder Legislativo y en segunda línea por el Poder Judicial en cuanto su aplicación<sup>408</sup>.

En este punto, De Castro Cid, como recurso pedagógico, se autopregunta por las competencias que en esta materia son cedidas constitucionalmente al Poder Ejecutivo. Lógicamente, se ciñe a una competencia de desarrollo reglamentario en la regulación de

---

<sup>407</sup> *Ibidem*. Pág. 190. “La Constitución española de 1978, por ejemplo, prescribe en el artículo 53 que « sólo por ley que, en todo caso, deberá respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional se podrá regular el ejercicio de los derechos». Es evidente que en nuestra constitución muchos derechos fundamentales aparecen solamente enunciados y quedan remitidos a la ley tanto el alcance y delimitación de su contenido como las condiciones de su ejercicio.”.

<sup>408</sup> *Ibidem*. Pág. 191. “No obstante «conviene advertir, en todo caso, -como afirma PÉREZ LUÑO- que la separación de poderes continúa siendo una garantía importante para la defensa de los derechos fundamentales.”.

los Derechos Humanos, Fundamentales en este caso y de las libertades públicas. La historia aconseja tener desconfianza en este tipo de concesiones y de ahí que deban proveerse cautelas que garanticen el fiel cumplimiento del mandato. A tal fin, en sintonía con Pérez Luño, es necesario determinar una serie de criterios a los que debe regirse esta actividad reglamentaria a fin de no excederse en los cauces que previamente se le han establecido.

La primera cautela en este campo viene determinada por su carácter netamente residual. Está claro que la distribución competencial en materia legislativa viene determinada por la elemental determinación que a nivel constitucional se establece, siendo desarrollada ésta por ley Orgánica (u otra de rango equivalente) y por último, en aquellos aspectos que requieran de una mayor minuciosidad y detalle en su regulación, reservados al tratamiento reglamentario. En definitiva, lo que se pretende paliar es que la falta de un correcto desarrollo (entendido como adecuado, proporcionado y preciso) del Derecho Fundamental o Libertad Pública pueda conllevar situaciones de indefensión o falta de tutela a los ciudadanos, de ahí que se prevea la posibilidad de ese, más detallado, desarrollo administrativo.

Una segunda cautela viene determinada por el criterio de subsidiariedad. Ya se ha hecho referencia al orden natural de prelación de fuentes normativas en cuanto la trascendencia de los contenidos competenciales a fin de ser tratados por uno u otro instrumento normativo, por lo que una consecuencia lógica de ello, es que, evidentemente, se relega al desarrollo reglamentario aquellas cuestiones con menor significación, cualitativamente hablando, pero no por ello menos importantes, a fin de una correcta garantía de los valores protegidos. Cualquier invasión de competencias en esta materia se sanciona con la nulidad de la norma y el cese inmediato de efectos.

Un último criterio se presenta más como directriz que defina contenidos, a modo de medida de seguridad pasiva. Establece un sistema de firme control (como ya hemos citado por la experiencia histórica de abusos de esta facultad) por los otros poderes. En este caso, el Poder Judicial, a través de la propia jurisdicción ordinaria, ejerce ese

control “in vigilando” de ajuste al ordenamiento jurídico y que puede ser exigido por los propios ciudadanos de forma directa.

#### **2.8.4.3 Por vía Judicial.**

Otra de las vías de aplicación de los Derechos Fundamentales en los ordenamientos internos estatales es la judicial. De Castro Cid, constata que en los últimos tiempos se ha producido “*el progresivo reconocimiento de las facultades normativas de los jueces hasta el punto de que, en ocasiones, el poder judicial puede adquirir también una función positivadora de los Derechos Fundamentales, aunque es evidente que en menor medida que las instancias expuestas*”. Digna mención merece en este apartado la tradición inglesa de la “*Common Law*” en la que la figura del “*realismo jurídico*” que otorga al Juez prácticamente un poder integral de control sobre los hechos y el derecho para decidir lo que a su juicio sea más justo, aunque no tiene porqué ser lo más legal<sup>409</sup>. Lógicamente en este contexto ante tal facultad, es previsible deducir que tal control pueda extenderse a la aplicación (y por extensión, positivación) de los Derechos Fundamentales y potencialmente los nuevos Derechos Humanos, al margen incluso de que vengan preestablecidos en la norma interna. A nivel general, se puede concluir que la tutela judicial es una de las vías de control más efectivas, no tanto como fuente del Derecho, sino sobre todo, como controladora en su aplicación<sup>410</sup>.

Partiendo de dicha base, tampoco podemos caer en un conformismo placebo elevando a un estatus ideal a esa función de vigilancia y control, ya que, no todo está hecho y queda camino por recorrer. Así lo pone de manifiesto Pérez Luño, cuando denuncia que muchos de los Derechos Fundamentales que han sido objeto de positivación

---

<sup>409</sup> Alcantarilla Hidalgo, F.J. Óp. cit. Nota 8. Pág. 62. “*Como advierte Rolla, las cláusulas de apertura genérica al reconocimiento de futuros derechos no enumerados en el momento, se remiten a la conocida fórmula de la Constitución de los Estados Unidos según la cual la enumeración de determinados derechos no debe interpretarse como negación o restricción de otros. Dichas cláusulas confían al juez la tarea de interpretar el sentir social del momento, y permiten ofrecer a la persona una mayor y más articulada tutela a través de una interpretación evolutiva, integrativa y creativa de las disposiciones constitucionales relativas a los derechos fundamentales de la persona. Se pone de manifiesto así la constante necesidad de consentir una puesta al día el catálogo de los derechos fundamentales, en conexión con las actividades y las exigencias de la persona humana*”.

<sup>410</sup> *Ibidem*. Pág. 193. “*La importancia de los jueces no se encuentra tanto en la creación de derechos y libertades como en la tutela y garantía de los mismos*”.

constitucional no tienen una adecuada protección judicial<sup>411</sup>. Define esta incoherente situación con lo que llama “*paradoja fundamental*”. A su juicio, tanto la jurisprudencia como la doctrina constitucionalista ha tenido parte de responsabilidad, al considerar estos Derechos (en referencia a los Derecho Sociales) como meros intereses que esperan, pacientemente, ser normas con carácter vinculante en un futuro, pero que la realidad aboca a un estatus permanente de mera aspiración, sin llegar nunca a su concreción como verdaderos Derechos con plena eficacia<sup>412</sup>.

A pesar del esfuerzo integrador y de avance que puede suponer la labor jurisdiccional en el reconocimiento y protección de los Derechos Humanos de la tercera generación, en realidad no deja de ser un mero factor coadyuvante en el proceso general de reconocimiento, que deberá cumplir una función de perfeccionamiento de la norma a través de una labor interpretativa en su aplicación<sup>413</sup>. Lógicamente, para que pueda ejecutar tal misión, debe existir una previa positivación de los Derechos que permita legitimar la labor jurisdiccional en su aplicación e interpretación y para ello, actualmente no existe mejor vía de reconocimiento que su inclusión en los textos constitucionales como verdaderos Derechos Fundamentales. Es de reconocer la notable influencia que actualmente se demanda y constata de los Principios y Valores en las resoluciones judiciales, pero sin duda, la cobertura constitucional de la nueva generación de Derechos Humanos supondría una protección más integral, con la garantía de contar con todos los medios y procedimientos que mayor respaldo ofrece el Ordenamiento Jurídico Estatal. Sin duda es innegable la utilidad que supone la vía constitucional de positivación, por su posición y fuerza vinculante, adquiriendo de este

---

<sup>411</sup> Pérez Luño, A.E., Op. Cit. Nota 9. Pág. 291. “No deja de suscitar perplejidad el hecho de que muchos Derechos Fundamentales, es decir, Derechos Humanos que han sido objeto de recepción positiva en los textos de máxima jerarquía normativa de los ordenamientos jurídicos carezcan de protección judicial efectiva.”.

<sup>412</sup> Ibídem. Pág. 292.

<sup>413</sup> Ros Martínez, E. Óp. Cit. Nota 23. “Las aportaciones de la tercera generación de Derechos Humanos y sus diferencias con generaciones anteriores”. “El problema que se detecta en la actualidad no es tanto un problema de reconocimiento de los derechos sino de eficacia real de los mismos, de condiciones o garantías efectivas para su realización. Eficacia y realización que vienen condicionadas por una gran multiplicidad de factores que no siempre están sometidos al control de la acción jurídica. A este respecto, señala Martínez Morán, todos aquellos factores que facilitan, desde las estructuras institucionales del Estado un eficaz disfrute de las libertades de todo orden y que son las que Peces-Barba (citado por Martínez Morán) ha calificado de y que están integradas por los presupuestos básicos de toda sociedad democrática, así como de las condiciones jurídico-políticas y las situaciones sociales y culturales en que puede desarrollarse la vida humana individual y socialmente considerada.”.

modo la mayor garantía en cuanto su respeto dentro de los ordenamientos estatales<sup>414</sup>, de ahí que el “*nivel constitucional*” siga siendo el primero y esencial, como destaca De Castro Cid, en el camino de dotar de constricción a los Derechos Humanos<sup>415</sup>.

#### 2.8.4.4 La vía constitucional.

Es esta vía donde cobra una mayor relevancia todas aquellas iniciativas legislativas que han plasmado en sus textos constitucionales los nuevos Derechos Humanos o alguna de sus manifestaciones, dotándoles del mayor nivel de reconocimiento y el máximo grado de protección que el derecho interno puede otorgarles.

Dentro de una lógica evolutiva, es previsible que el reconocimiento de la Tercera Generación de Derechos Humanos pueda producirse tras la consolidación de los Derechos de la segunda generación. Afianzamiento que hasta el momento no ha alcanzado cuotas aceptables a pesar de que por lo general los Derechos de segunda generación sí están positivados constitucionalmente. En relación a ello, se pregunta Pérez Luño y con razón, “¿cómo negar la condición de auténticos derechos, a aquellos que han sido válidamente (positivados) en textos constitucionales?”<sup>416</sup>. Una realidad representativa del camino por recorrer la encontramos en los Derechos Sociales del Capítulo III de la Constitución Española, que tanto por la perspectiva académica como por la vigente dogmática jurídica se han definido como "*Principios Rectores de la Política Social y Económica*". Tal enunciación ha propiciado, con cierto atisbo de interés, que el operador jurídico tenga a los derechos sociales, culturales y económicos como meros enunciados, que ni tan siquiera van dirigidos a los ciudadanos y cuyo destinatario, el poder ejecutivo, debe considerarlos como objetivos latentes en su

---

<sup>414</sup> Alcantarilla Hidalgo, F.J. Óp. cit. Nota 7. Pág. 232. "Resulta claro que el nivel de respeto a los Derechos Humanos operará en cada sociedad como criterio de legitimación del poder político, de manera que aquel régimen que los vulneren carecerá de legitimidad en proporción igual al nivel de vulneración de aquellos. Con ello quiere simplemente decir que el respeto de los Derechos Humanos debe erigirse en criterio básico de actuación de los poderes públicos. Aquel régimen que los ignore y vulnere perderá legitimidad ante los ciudadanos, que estarán en su derecho de derrocarlo y sustituirlo por otro más garantista".

<sup>415</sup> *Ibidem*. Pág. 186. "Aunque, como veremos, existen otras instancias desde las que cabe formalizar derechos y libertades, es, sin duda, la Constitución el medio específico más adecuado para reconocer y garantizar (positivación) los Derechos Humanos".

<sup>416</sup> *Ibidem*. Pág. 291.



política social y económica sin pasar un control de efectividad en cuanto su cumplimiento.

Prueba de ello es que la estadística nos advierte de que sus objetivos están muy cuestionados en cuanto su nivel de realización<sup>417</sup>. Esto representa un desafío. Es necesario un cambio en nuestra convicción de que los Derechos Sociales y por extensión, los Derechos de la tercera generación, no son meras proclamas utópicas<sup>418</sup> sino que representan verdaderos principios constitucionales y/o internacionales. La falta de una positivización más efectiva no debe convencernos de que quedan fuera del alcance y aplicación en los procesos judiciales en los que se puedan ver afectados<sup>419</sup>. Sin olvidar, evidentemente, que incluso como principios deben velar por el amparo a los particulares, pero también son exigencias al poder ejecutivo en cuanto garante de los mismos. Como define Gómez Adanero<sup>420</sup>, actualmente hemos pasado al llamado "*derecho de principios*", superando de este modo la polémica iusnaturalismo-iuspositivismo, ya que esos principios (que se expresan en normas y que, a la vez, condensan los valores) han pasado a ser los verdaderos protagonistas de la actividad judicial y la "*médula del Estado democrático*".

---

<sup>417</sup> Miloon Kothari. "La privatización de los Derechos Humanos: el impacto de la globalización en el acceso a la vivienda, el agua y el saneamiento". Informe anual Social Watch 2003. <http://www.socialwatch.org/> "*Los Derechos Humanos que poseen las personas y las comunidades a la vivienda, el agua y el saneamiento (...) siguen erosionándose a medida que el proceso de privatización se profundiza y acelera.*"

<sup>418</sup> Alcantarilla Hidalgo, F.J. Óp. cit. Nota 8. Pág. 233. "*Este horizonte, sin embargo, parece pertenecer al mundo ideal de las ilusiones eternas e irrealizables del hombre. Los Derechos Humanos presentan, en definitiva, una innegable dimensión utópica y proyectiva cuyo reconocimiento se hace imprescindible para conseguir su plena realización en la práctica. Ahora bien, como señala De Julios-Campuzano, los Derechos Humanos de la generación presente no pueden realizarse a costa de los Derechos Humanos de las generaciones futuras. Se hace preciso superar el marco temporal de referencia de los Derechos Humanos como categorías jurídicas sumergidas de lleno en el presente.*"

<sup>419</sup> Figueroa Gutiérrez, E. "El Derecho, los principios y reglas. Una aproximación a la fórmula Radbruch y Robert Alexy. Artículo". Blog. <https://edwinfigueroag.wordpress.com/tag/radbruch/> (1/09/2017). "*En muchas situaciones, la contraposición de derechos resulta sumamente compleja y en tal sentido, es importante advertir que, en apariencia, la fuerza de las normas-regla parecen concurrir para resolver un caso. Si la norma- regla es lo suficientemente idónea, congruente y racional, la controversia ha de dilucidarse a partir de una inferencia silogística y se produciría el desplazamiento de los principios en el caso a resolver, razón que ya no justificaría una acción integradora de ellos pues la justicia constitucional parte de la emotio, de la propia razonabilidad y de la ponderación para resolver las cuestiones difíciles. Pero ¿qué sucede si la regla a emplear sólo brinda la opción del "todo o nada", y no deja espacio alguno para la acción de integración de los principios? Frente a esta noción pétrea, los dilemas constitucionales pueden resolverse, también, a través de fórmulas*".

<sup>420</sup> Gómez Adanero, M. "Teoría del Derecho". (obra colectiva). Uned. 2007. Pág. 65.

En este apartado cobra especial relevancia la propuesta de Rodríguez Palop de insertar en nuestro ordenamiento jurídico los Derechos de cuarta generación, por vía de normas programáticas<sup>421</sup>. Advierte que el concepto de "*principio*" ha de ser amplio, tanto para incluir bienes individuales como colectivos. Igualmente hace una valiosa apreciación de contenido, cuando establece que deberá atenerse a una estructura de "*principios programáticos*", si realmente se busca dar una efectividad práctica al mensaje, al margen de los que puedan ser "*directrices*", más centradas en una finalidad estratégica o instrumental. Al considerar que los Derechos de la nueva generación se articulan por vía de principios programáticos, cobra una esencial importancia la labor interpretativa de los Jueces, ya que son la única instancia que pueden conectar, el objetivo de los principios con las demandas sociales, a través del proceso interpretativo<sup>422</sup>.

Con motivo de la irrupción de la tercera generación de Derecho Humanos se avanza un escalón más en el reconocimiento y ampliación de los Derechos Sociales como verdaderos derechos fundamentales, sobre todo, en ese largo y tortuoso camino hasta conseguir que los mismos gocen de la defensa y eficacia de verdaderos Derechos Fundamentales<sup>423</sup>.

---

<sup>421</sup> Rodríguez Palop, M.E. Óp. cit. Nota 26. Pág. 488.- "*Está claro que cuando se afirma que los derechos de cuarta generación pueden aparecer como principios, se está haciendo referencia a los fines de la acción estatal, es decir, a los que un cierto sector doctrinal hallado principios programáticos o directrices políticas y que es posible encontrar explícitamente en el Ordenamiento Jurídico,, o extraer a partir de algunos de sus enunciados*".

<sup>422</sup> *Ibidem*. Pág. 498 y 499. "*En definitiva de acuerdo con esta línea de argumentación puede decirse que en nuestro ordenamiento es posible encontrar principios explícitos e implícitos, principios en sentido estricto y directrices (mandatos de optimización o normas programáticas) y por supuesto, principios y reglas, pero lo importante es que la distinción entre esas figuras sólo tiene un carácter cualitativo o de grado y únicamente se percibe en el proceso de interpretación y aplicación del derecho; un proceso que se da eminentemente en el ámbito judicial. Si asumimos este punto de vista, habremos de convenir en que los derechos de cuarta generación, como mandatos de optimización referidos a intereses colectivos, necesitan, para su consagración, tanto del legislador como del juez. Por un lado, su incorporación al Derecho exigiría la defensa de un programa político en el que se establecieran los medios necesarios para la consecución el fin que con ellos se persigue, aunque, por constituirse sólo como directrices, en sí mismos, no obligan a la adopción de ninguna política concreta. Por otro lado, y precisamente en su calidad de normas programáticas, reflejan derechos prima facie (pretensiones subjetivas) que toman forma y se aplican en el proceso interpretativo al que da lugar la aplicación del Derecho*".

<sup>423</sup> Pérez Luño, A.E. Óp. Cit. Nota 9. Pág. 316. "*Es más, el artículo 96.1 proclama que "Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno". Pues bien, nuestro país ratificó en 1977 el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de la ONU en el que se reconocen la mayor parte de los derechos sociales integrados en el capítulo 3" de nuestra constitución*".

Hernando Santiago considera que es la labor del Tribunal Constitucional en esta materia la que está contribuyendo a “flexibilizar” la nómina de Derechos Fundamentales y con ello, a que pueda reconocerse y protegerse nuevas manifestaciones de Derechos que estaban recogidos, consiguiendo con ello, dar un mayor ámbito de cobertura material y de este modo, respuesta a nuevas demandas sociales<sup>424</sup>.

En la realidad de España, ya sea por vía del artículo 10.2 de la Constitución Española, o por la actividad del Tribunal Constitucional, de forma complementaria se está abriendo caminos de incorporación de los nuevos Derechos Humanos, advirtiéndose de este modo cierta sensibilidad a las nuevas demandas sociales de cobertura y protección a nuevos valores e intereses. En el ámbito internacional también encontramos muestras de ello, sobre todo en la actividad jurisdiccional de los Tribunales Internacionales<sup>425</sup>. Podemos citar el pronunciamiento Corte Interamericana de Derechos Humanos *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, sentencia de 19 de noviembre 1999, pronunciamiento 144 establece que *"En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no*

---

<sup>424</sup> Hernando Santiago, F.J. Óp. cit. Nota 62. “La cuestión aquí, sin embargo, pensando en los denominados derechos de última generación, es establecer si el enunciado del art. 10.1 de la Constitución es título habilitante suficiente para reconocer cualquier nuevo derecho o, dicho en otras palabras, si todo nuevo derecho puede ser entendido como derivado del deber de respeto de la dignidad del ser humano: esta cuestión plantea zonas de incertidumbre, habida cuenta de que la dignidad humana se suele vincular directamente con los llamados derechos de primera generación (es decir, los derechos de la libertad), pero no con tanta claridad con las restantes generaciones de derechos. Es la doctrina del Tribunal Constitucional lo que más y mejor ha contribuido a flexibilizar la rigidez constitucional en cuanto a la nómina de derechos y libertades reconocidas, y el mejor instrumento para su actualización, al permitir la incorporación a su esfera de protección de nuevas situaciones susceptibles de ser sumadas al cobijo de la Constitución. En su labor, sin embargo, no deja de apreciarse cierta prudencia, un cierto self-restraint, sobre todo si se compara con la labor expansiva desarrollada desde los tribunales constitucionales de otras naciones.”

<sup>425</sup> Melo de Moraes Rego, N. Óp. cit. Pág. 123. “Aunque los tribunales internacionales aún no hayan elaborado jurisprudencias, directamente se refieren al derecho al desarrollo cuando se observan, decisiones que contemplan contenidos del derecho al desarrollo como la salud, la educación o la protección ambiental. La actuación de estos tribunales reside en la protección directa e inmediata a tales derechos reclamados y también de forma indirecta, pues al proporcionar una mejora de las condiciones de vida de esas personas que llamaron a sus puertas en búsqueda de soluciones, contribuyen a su desarrollo socio económico.”

*se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él*"<sup>426</sup>.

Con esta evolución en el reconocimiento de una nueva generación de derechos conlleva, como efecto indirecto, una reafirmación de los derechos sociales, económicos y culturales como verdaderos principios constitucionales (y en algunos casos como si derechos fundamentales se trataran). Bajo tales premisas se conmina a Jueces a motivar y fundamentar las reclamaciones de amparo, como a hacer valer estos Derechos cuyas directrices de rango constitucional deben garantizarse en todos y cada una de las etapas de los procesos judiciales<sup>427</sup>. Esta vía puede representar una oportuna puerta de entrada a los Derechos de la nueva generación, que pueden entenderse como una evolución lógica a sus precedentes y aprovechar las vías de reconocimiento y protección por lo que se han consolidado. Actualmente son pocos los ejemplos que podemos analizar donde se haya llevado a cabo iniciativas de este tipo, destacando algunas constituciones en Latinoamérica, que no solo han supuesto la positivación de uno Derechos Humanos cuya demanda se ha producido en los últimos tiempos, sino que como define Martínez Dalmau, estamos ante un “*cambio de paradigma*” porque, por primera vez en textos constitucionales, se ha reflejado la verdadera expresión social<sup>428</sup>.

---

<sup>426</sup> [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_63\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf)

<sup>427</sup> Hernando Santiago, F.J. Óp. cit. Nota 62. “*En la esfera procesal, tales intereses son dignos de protección. El art. 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece, sobre el particular, que «Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción. » En desarrollo de esta previsión, la Ley 1/2000, atribuye capacidad para ser parte (art. 6.1.7.º), así como legitimación activa, a los grupos de consumidores y usuarios afectados por un hecho dañoso cuando sus componentes estén identificados o sean fácilmente identificables, que, tratándose de derechos difusos, sólo estarán legitimadas cuando sean representativas: la tutela puede ser declarativa, de condena, en las condiciones que la ley señala, pero también cautelar y ejecutiva*”.

<sup>428</sup> Martínez Dalmau, R. “*Análisis crítico del Derechos Constitucional desde la perspectiva del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*”. Themis. Revista de Derecho. Núm. 67. 2.015. “*El nuevo constitucionalismo latinoamericano es un cambio de paradigma. En realidad, todo el nuevo constitucionalismo es un cambio de paradigma, sólo que éste empieza por América Latina... . Es decir, los pueblos han activado su Poder Constituyente para, por ejemplo: (i) integrar a los pueblos indígenas; (ii) integrar a las minorías marginadas; (iii) buscar una mejor distribución de la riqueza; (iv) conseguir una mayor participación; (v) acabar con la partidocracia; (vi) terminar con los monopolios elitistas, entre otros. Eso que en América Latina nunca pudieron hacer las revoluciones armadas ni las guerrillas ni las reformas desde los propios gobiernos, ocasionó que al final los pueblos se levantaran y plantearán como solución extrema que se vayan todos. Es decir, la necesidad de regenerar el país a través de una Asamblea Constituyente.*”

Sin duda, esta punta de lanza que se postula en la actualidad en el “*Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*”, está suponiendo un verdadero revulsivo en el avance del reconocimiento y protección de los Derechos Humanos de tercera generación, y su paso a convertirse en tangibles Derechos Fundamentales. Con ello, se facilita el estudio sobre sus contenidos, problemática, aplicación y evolución que puede servir de referente para otros Estados. Tales extremos serán objeto de mayor desarrollo y análisis posteriormente, pero en este punto es necesario advertir que la realidad que subyace a este reconocimiento, no es un afán pretencioso de engordar nóminas de derechos con un objetivo ilusorio o insustancial<sup>429</sup>, muy al contrario, no debemos perder la perspectiva que tal demanda responde a una necesidades que se están exigiendo por nuestras sociedades y a la que los Poderes Públicos se encuentran obligados a escuchar y en consecuencia, a plasmar, en aquellos casos que así se considere, dentro de los textos constitucionales<sup>430</sup>.

---

<sup>429</sup> Megías Quirós, J.J., Óp. cit. Nota 3. Pág. 130.

<sup>430</sup> Osuna Fernández-Largo, A. Óp. cit. Nota 134. Pág. 289. “*Por tanto, pensamos que la novedad de los derechos de la tercera generación no consiste en haber descubierto un nuevo valor inédito a la conciencia moral anterior, sino sólo en tomar conciencia de nuevos ámbitos de la realidad social humana, en los cuales unas situaciones de injusticia manifiesta reclaman que se instaure un derecho justo que las satisfaga y a los que llamamos derechos fundamentales*”.

### 3 CAPITULO 2.

#### 3.1 *Antecedentes Históricos NCL.*

##### 3.1.1 **Constitucionalismo Latinoamericano: Una evolución constante.**

Al igual que la evolución que se ha producido en el constitucionalismo europeo y norteamericano, la obra constitucionalista latinoamericana no ha quedado inmune al influjo de los cambios históricos, políticos y jurídicos que se han originado en el respectivo contexto de desarrollo de cada una de las figuras con relevancia en este campo. Especialmente en el periodo comprendido entre las últimas décadas del siglo XX a la actualidad, es donde se puede constatar una indudable transformación, con manifiesta repercusión, no solo a nivel de eficacia en el cumplimiento de los objetivos inherentes a cada proceso constituyente o reformista, sino que sus efectos han trascendido hasta condensar el germen de una corriente teórica que es cada vez más reconocida y que se identifica con el llamado “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”<sup>431</sup>.

Paralelamente al proceso de materialización de la nueva categoría constitucional, se ha ido generando un notable avance en algunas figuras jurídicas. Centrando ésta analítica en aquellos puntos que, por su trascendencia al objetivo general pueden contribuir a visualizar los avances concebidos de forma más evidente, se han de subrayar dos de los aspectos que simbolizan una constante evolución en el marco del constitucionalismo latinoamericano. Por un lado, el nuevo modelo constitucional atesora entre sus méritos, su aportación como el mejor ejemplo material vigente en la aplicación de los Derechos Humanos de la tercera generación. Por otro, goza de una particular singularidad, la regulación en lo que a la concreta figura del Derecho de libre determinación respecta<sup>432</sup>.

---

<sup>431</sup> En adelante se identificará abreviado “NCL”.

<sup>432</sup> Baldi, C. “*Del constitucionalismo moderno al nuevo constitucionalismo latinoamericano descolonizador*”. Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales”. ISSN 1889-8068. Año V No. 9 Enero-Junio 2013. Pág. 52. “Según James Tully, el lenguaje del constitucionalismo moderno, aquel que deriva de la Revolución francesa y estadounidense, tiene un espectro muy limitado de significados para términos tales como “pueblo”, “nación”, “soberanía popular”, “igualdad”, “reconocimiento”, “ciudadano”, “derechos” y “autogobierno”, que parecen ser tomados como “naturales” y sin controversia.... .... Los usos hegemónicos del lenguaje de este constitucionalismo, entonces, buscan eliminar la diversidad cultural y obtener, no sólo hegemonía, sino también la uniformidad cultural.... .... Este modelo –eurocéntrico– fue considerado como exportable para todos los países colonizados, en

Es en este contexto donde se han producido los mayores avances en su reconocimiento y protección, acogiendo los cambios de concepción que ha provocado la nueva perspectiva que brinda como Derecho Humano de tercera generación. En concreto nos referimos al tratamiento constitucional de los Pueblos o Tribus indígenas en el reconocimiento de sus derechos y obligaciones dentro de sus respectivos ámbitos geográficos sin que ello conlleve una ruptura en la integridad territorial del Estado. Como podremos comprobar, esta materia ha pasado a tener un papel preeminente en el constitucionalismo latinoamericano en general, si bien puede afirmarse que es un elemento esencial en lo que al NCL afecta<sup>433</sup>. Si observamos los textos constitucionales de países del entorno podremos comprobar que ninguna de las otras constituciones (Chile, Uruguay, Argentina y en menor medida Brasil, por citar algunos ejemplos), tienen un tratamiento visiblemente más endeble de los derechos reconocidos a los Pueblos Indígenas que los textos del NCL.

Estos hechos, que en principio pudieran pasar como fruto del lógico devenir de la evolución que el tiempo y el debate produce en todas y cada una de las figuras jurídicas, en el ámbito concreto del Derecho Constitucional supone un gran avance, ya que, como bien advierte Viciano Pastor<sup>434</sup>, la materia constitucional no se distingue como exponente de innovación jurídico-teórica, por lo que los progresos que se atestiguan, suponen verdaderas conquistas teóricas que cobran una particular relevancia al tratarse

---

*especial a los de la primera ola colonizadora (las denominadas Américas), dentro de una teoría de trasplantes en que estos últimos eran meros receptores de normas, teorías y doctrinas provenientes de los "contextos de producción", localizados en el Norte global, en general, y de los Estados Unidos, en particular. De lo que resultó una profunda reverencia a las contribuciones de autores del norte y una invisibilidad de las contribuciones del propio continente, no reconociendo que la misma recepción de los autores extranjeros era extremadamente selectiva y variaba de país a país. Justamente en el campo del reconocimiento de la diversidad cultural es que se fueron produciendo innovaciones jurídicas latinoamericanas, que, conforme señala Garavito, terminaron "siendo contadas muchas veces a partir de visiones de fuera de la región, y no por aquellos que las construían o las pensaron originalmente", de tal forma que "para ganar la atención de sus colegas, los autores latinoamericanos tenían primero que ser reconocidos en los medios académicos dominantes y, luego, en versiones traducidas de sus textos, reconocidos por sus propios vecinos".*

<sup>433</sup> Posteriormente se tratará la innegable relevancia que materias como la plurinacionalidad, la multiculturalidad, la realidad lingüística o la libre determinación de estos grupos han tenido a nivel constitucional.

<sup>434</sup> Viciano Pastor R, y Martínez Dalmau, R. "Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano". Editorial Nacional. 2010. Pág. 13 "Si existe una disciplina en las ciencias jurídicas que parece contar, como cualidad intrínseca, con problemas para la innovación es, desde luego, el derecho constitucional".

de una institución referida a materias tan básicas como las normas esenciales para nuestra convivencia pacífica, participación democrática y ejercicio ponderado de los poderes del Estado.

Con la anterior acotación pretendemos hacer ver que en el recorrido teórico que ofrece el análisis del desarrollo histórico-constitucionalista en Latinoamérica se posiciona, equidistante, a la evolución que ha experimentado el concepto de la “*libre determinación de los pueblos*” y que ello ha producido repercusiones, mutua y consustancialmente, adquiriendo una singularidad reconocible.

Realizada esta prevención inicial, centraremos nuestra atención en realizar un breve estudio del acontecer histórico en el ámbito del constitucionalismo latinoamericano, desde su origen hasta nuestros días. Un análisis de la materia, incluso no siendo excesivamente detallado, excedería en mucho al contenido y objetivo perseguido, por lo que desde un criterio eminentemente pragmático, nos limitaremos a exponer los grandes rasgos de los cambios más relevantes que se han producido, sin entrar en un examen minucioso de cada proceso constituyente. La finalidad de este apartado es ofrecer una panorámica general sobre los ítems más representativos, partiendo desde el prisma del reconocimiento de los Derechos Humanos y las distintas variantes que su recorrido histórico ha desarrollado. De esta forma se conseguirá el objetivo buscado de poner en contraste el tratamiento de los Derechos Humanos, entre la regulación constitucional actual con respecto a la ofrecida por las Constituciones precedentes.

Para ello, hemos optado por dividir en tres períodos la evolución experimentada en el continente sudamericano, incluyendo en una primera parte los procesos constitucionales que operaron desde sus inicios hasta las últimas décadas del siglo XX y un segundo periodo que recoge los avances constitucionales desde finales de siglo XX a la actualidad. Este segundo periodo, a su vez, se desdobra en una última etapa (tercer periodo), atendiendo al énfasis en criterios de participación democrática y a los progresos en el marco de los Derechos Humanos. La razón de optar por dicho criterio viene motivada por el anunciado fin de evidenciar la disparidad de tratamiento que han



supuesto los avances en las constituciones más recientes<sup>435</sup> con respecto a las anteriores. Con tal objetivo mostraremos dos fotografías, una primera, breve, que recogerá el desarrollo constitucional de una primera etapa, de la que pueden extraerse una características muy marcadas y con una constancia general de ciertos criterios; una segunda, que rompe claramente con las directrices impuestas hasta ese momento y que es donde se producen los grandes progresos reseñables. Éstos tienen un innegable campo de actuación en el ámbito de los Derechos Humanos e incluso puede afirmarse, con cierto consenso, que es en este contexto donde mayor desarrollo se ha producido<sup>436</sup>.

Para finalizar, recordemos que al inicio se constató que es posible sostener que entre los diversos avances constitucionales que caracterizan el constitucionalismo latinoamericano de los últimos años y que le han granjeado una identidad propia, destaca especialmente su reconocimiento de los nuevos Derechos Humanos, o si se prefiere, de las novedosas manifestaciones de éstos, convirtiéndose en el mejor exponente de la positivización real de la teoría de los Derechos Humanos de Tercera Generación. Destaquemos que una realización manifiesta de tal progreso es el Derecho a la libre determinación de los Pueblos. Plasmación teórico-práctica constitucional de los Derechos Humanos que no puede obviarse su excepcionalidad, al ser un hecho inédito y casi exclusivo de éste ámbito geográfico. Característica que apuntala, aún más, el carácter autónomo de la nueva categorización constitucional.

---

<sup>435</sup> Especialmente en cuanto al tratamiento de Derechos Humanos de Tercera Generación.

<sup>436</sup> Adrián Löffler, E. "Nueva conceptualización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos". <http://www.justierradelfuego.gov.ar/wordpress/wp-content/uploads/2014/10/Nueva-conceptualizaci%C3%B3n-del-Derecho-Internacional-de-los-Derechos-humanos.pdf>. "Desde otro ángulo, resulta determinante destacar, que el carácter universal de los Derechos Humanos constituye una cuestión vital para que se puedan cumplir las funciones del *iuscommune* internacional, dado que esta característica la impone la propia naturaleza de estos derechos que se fundan, decididamente, en la condición humana. Por cierto que, en América Latina hace tiempo que se habla de la existencia de un *iuscommune* latinoamericano, producto de una tradición común que nos vincula desde la época de las colonias como asimismo el desarrollo más o menos similar tanto normativo como institucional que actualmente se encuentra consolidado sobre la base de los Derechos Humanos. Por cierto se dijo que "en el espacio jurídico latinoamericano se está conformando una cultura jurídica común en base al cuerpo normativo, doctrinario y jurisprudencial de Derechos Humanos".

### 3.1.2 Primer Periodo. De la independencia al autogobierno. Las “cláusulas dormidas”.

En este apartado, con un contenido eminentemente histórico-político, exploraremos los distintos acontecimientos que rodearon los ítems constitucionales que operaron en el ámbito sudamericano, haciendo hincapié en aquellos caracteres que podemos identificar como representativos de las constituciones que se gestaron en dicho periodo. Para dicha labor me apoyaré en el trabajo de Roberto Gargarella<sup>437</sup>, que lejos de lo que en un principio pudiera intuirse del título del mismo, ofrece una inesperada primera y extensa parte, en la que hallamos un estudio, detallado y muy ilustrativo, del devenir histórico de todos y cada uno de los sucesos constitucionales que operaron en Latinoamérica. La riqueza de matices, y lo pormenorizado de la información lo convierten, en nuestra opinión, en verdadera referencia de la ciencia constitucional en este contexto geográfico, temporal y material.

Dicho lo cual, podemos ver que divide la etapa constitucional de Latinoamérica en cinco períodos que abarcan desde las primeras constituciones hasta nuestros días<sup>438</sup>. Por un mejor criterio funcional, hemos considerado más conveniente, a los efectos ya indicados de poder contrastar los avances operados en los últimos años en materia constitucional, englobar en dos partes los periodos reseñados. De esta forma quedaría configurado el cuadro objeto de análisis con un primer apartado, que incluiría las cuatro primeras de la clasificación de Gargarella y por otro, una segunda sección cuyo recorrido nos llevará a su quinta y última etapa, que es donde se han dado los avances más relevantes.

Encontramos el origen en 1810, con ese “*primer constitucionalismo latinoamericano*”, en la que destaca el gran número de constituciones que se gestaron en ese primer ciclo (1810-1850)<sup>439</sup>. Lógicamente, hace hincapié en la “voluble” dinámica constitucional,

---

<sup>437</sup> Gargarella, R. “La sala de máquinas de la Constitución”. Katz Editores. 2015. Páginas 10 a 68.

<sup>438</sup> En este punto el Gargarella realiza una extensa división entre períodos que se inicia desde los años 1810 a la actualidad, definiendo los períodos al primero “primer constitucionalismo latinoamericano”, al segundo “constitucionalismo de fusión”, al tercero “influencia del pensamiento positivista”, el cuarto donde se retoma la “cuestión social” y el último, lo define como de “nuevo constitucionalismo latinoamericano”.

<sup>439</sup> Hasta 103 según el autor.

que se revela como un mal síntoma, si tenemos en cuenta que un texto constitucional, sin pretender tener vocación de eterna perdurabilidad e inmutabilidad, sí que al menos se procura a priori como un texto que proporcione estabilidad política, social y jurídica para la sociedad, con visos de permanencia, por lo que difícilmente pueden conseguirse tales fines si tenemos en cuenta que en tan cortos periodos de recorrido se producen nuevas constituciones que vienen a sustituir o modificar la precedente y con ello decae cualquier intento de continuidad y consolidación en las estructuras sociales que conforma, necesarias para la paz social<sup>440</sup>. Con todo, se constata con cierto espíritu constructivo que, en ese maremágnum de textos constitucionales, se pueden extraer aportaciones relevantes que evidencian, a pesar de la diversidad generada, que fue una época constitucionalmente rica y viva.

Esta muestra de efervescencia la condensa en dos aportaciones. Una primera referida a la “*idea de autonomía individual*” y la segunda con la “*idea de autogobierno colectivo*”. Las definen como dos ideales básicos, de lo que nos permitimos añadir su plena vigencia actualmente. La respuesta constitucional antes ambas demandas fueron tres modelos de Estado (el conservador, liberal y republicano), atendiendo a su vez en cada momento al equilibrio de poderes que se producían en los distintos procesos constituyentes. Lógicamente el tratamiento de la libertad individual, los derechos colectivos y las facultades del gobierno difieren en cada modelo tendiendo a uno u otro extremo (mayor o menor reconocimiento y protección), en función del patrón por el que se rija<sup>441</sup>.

En este punto, no se puede obviar que una expresión como la idea de “*autogobierno colectivo*”<sup>442</sup>, que Gargarella configura como una directriz en el origen del constitucionalismo latinoamericano, nos conduce a múltiples sensaciones que debemos conectar con algunos de los contenidos tratados en este trabajo. Quedémonos con la idea

---

<sup>440</sup> Gargarella también refiere que tan inestable marco constitucional no ayuda a evitar la imagen de ser un continente con arraigados caudillismos y provocando que los textos constitucionales sean más una expresión autoritaria de liderazgos personalistas.

<sup>441</sup> Llama la atención la estabilidad de la Constitución de Chile (1823-1833).

<sup>442</sup> Con acierto Gargarella, no descuida la contextualización de esta reivindicación, haciendo un llamamiento a tener en cuenta que es una expresión del deseo “*frente al dominio de potencias extranjeras dominantes: Inglaterra, Estados Unidos, España*”. *Ibidem*. Pág. 21. Otro ejemplo lo cita Gargarella con el “*no taxation without representación*”. *Ibidem*, pág. 21.

de que desde su nacimiento, el constitucionalismo latinoamericano ya demostraba una solemne preocupación por la definición del binomio gobierno con los conceptos de autosuficiencia, emancipación y pluralidad<sup>443</sup>. Algo lógico en países que venían de recientes independencias y pertrechados de cierto sentimiento autárquico que se ha visto trasladado a sus constituciones, convirtiéndolo en verdadero paradigma aplicado en el tratamiento de los sentimientos de identidad diferenciada que han convergido en sus respectivos territorios<sup>444</sup>.

De la segunda etapa (segunda mitad del siglo XIX), hay que destacar el equilibrio que operó entre las fuerzas liberales y las conservadoras. Elocuente es el párrafo en el que pone el acento en la concurrencia de la armonía conseguida por concepciones tan opuestas ideológicamente. Resalta que en un primer momento, el constitucionalismo latinoamericano “mezcló”, la retórica radical-rousseauiana, con referencias a la autodeterminación y derecho inalienables de las personas, como respuesta a la “anarquía” política que intimidaba en aquellos tiempos tras la independencia, unido a fuertes llamamientos morales y religiosos como “cemento de la sociedad”. La justificación de este “constitucionalismo fusión” como lo define, la encontramos en una reacción que podríamos calificar de “sentido común” ante los excesos cometidos en las garantías de los derechos individuales y el ejercicio del poder.

De tan excepcional idiosincrasia, no debemos pensar que los textos constitucionales,<sup>445</sup> que nacieron al albur de estos acuerdos entre liberales y conservadores, fueron meramente coyunturales o de corto recorrido y sustentados por frágiles equilibrios, sino muy al contrario, con independencia de los recelos que puede generar un producto que tienen tan dispares motivaciones, lo cierto es que al final se consiguieron constituciones

---

<sup>443</sup> Gargarella R. “Lo viejo del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. Sela. [https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15\\_Gargarella\\_CV\\_Sp.pdf](https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15_Gargarella_CV_Sp.pdf). “Esa necesidad consistía en acabar con el poder político que la Europa había ejercido en este continente, empezando por la conquista y siguiendo por el coloniaje: y como medio de garantizar su completa extinción, se iba hasta arrebatarle cualquier clase de ascendiente en estos países. La independencia y la libertad exterior eran los vitales intereses que preocupaban a los legisladores de ese tiempo (Alberdi 1981, 26)”.

<sup>444</sup> En este punto extrae Gargarella una llamativa deducción. Considera que el espíritu “revolucionario” que impregnó todas las luchas reivindicativas en pro de la independencia, que dicho espíritu se mantuvo cuando se trató de conseguir las cuotas de autogobierno. De este modo, cita al historiador Gordon Wood, cuando dice que utilizaron las enseñanzas contra sus propios maestros.

<sup>445</sup> Resalta Gargarella la fecundidad del período (Argentina de 1857, la de México de 1857, la de Colombia de 1886, o la de Brasil de 1891).

que perduraron en el tiempo y que cosecharon virtudes hasta ese momento inéditas, dotando a los países de la estabilidad política, social y jurídica que en la etapa anterior no habían conocido<sup>446</sup>.

En el periodo que ocupa prácticamente el siglo XX (1930-1980) señala, sobre cualquier otro acontecimiento con capacidad influyente, “*la incorporación de las masas trabajadoras en la política*”<sup>447</sup>. La pujanza de este movimiento se tradujo en una creciente preocupación por incorporar derechos sociales en las constituciones que hasta ese momento había estado monopolizadas por criterios liberales y por la defensa de derechos, esencialmente individuales. Este cambio de modelo no se produjo sin que el viejo arquetipo tradicional conservador, se aferrara a un sistema que, si bien ya reconocía la necesidad de cambios a nivel constitucional no facilitaron los mismos, lo que conllevó que se produjeran de una forma gradual y extendida en el tiempo<sup>448</sup>. La inclusión de derechos sociales en las Constituciones, no fue acompañada de medidas efectivas para su realización, provocando en la ciudadanía en principio, una sensación de frustración o de contenida indiferencia por las nuevas inclusiones por parte de una “*élite política y social hostil al avance de tales iniciativas*”.

Termina este ciclo con varias conclusiones si bien llama la atención sobre todas una, por su innegable relevancia, en referencia a algunos contenidos de este trabajo. El establishment liberal-conservador, articuló las demandas sociales en las constituciones con fórmulas vacuas y encorsetadas, que limitaban enormemente su eficacia. Gargarella lo define como un “*mero acto de hipocresía*”. Sin duda, este primer intento de incluir derechos sociales en las Constituciones latinoamericanas resultó a su juicio, fallido. Únicamente se articularon por medio de formatos latentes, sin operatividad y con un carácter, esencialmente programático<sup>449</sup>. Consecuencia lógica de este modelo es que aboca a un sentimiento de pérdida y represión, que indiscutiblemente conlleva un

---

<sup>446</sup> En este periodo se dieron Constituciones que Gargarella considera “*exitosos*”, atendiendo a criterios de estabilidad.

<sup>447</sup> Gargarella, R. Óp. Cit. Nota 437. Páginas 199 a 262..

<sup>448</sup> En este punto Gargarella destaca que aunque las nuevas constituciones mostraban ya un claro perfil de protección social, aún, se percibía con demasiada permanencia el sesgo conservador. *Ibidem*. Pág. 202.

<sup>449</sup> “*Pura Poesía*” en palabras de Gargarella.

debilitamiento del propio texto legal, al concebirse como “*papel mojado*”, por su falta de traslación real a una sociedad que reclamaban esas implementaciones.

En este punto, es conveniente llamar la atención, sobre el paralelismo que ofrece el origen del reconocimiento y positivación de los derechos sociales en Latinoamérica en este contexto histórico, político y legal, con los llamados “Derechos Humanos de tercera generación”. Especialmente en cuanto al proceso seguido para su efectiva aplicación, en el que podemos observar similitudes en ambos procesos en su traslación a la normatividad constitucional. Sin ánimo de extendernos, debemos hacer hincapié en una cuestión, que no pasa desapercibida para Gargarella. Es la dicotomía en la que se veían inmersos los jueces, que tenían que aplicar un texto constitucional en el que se ofrecían flamantes enunciados de protección a los Derechos Sociales (*cláusulas dormidas*), pero que sin embargo no tenían medidas que garantizaran su efectividad en la vida real. Cuestión interesante y de innegable efectos a los objetivos de este trabajo, ya que al igual que lo comentado en epígrafes anteriores en referencia a las similitudes en el proceso de reconocimiento y protección de los Derechos Humanos de la segunda y tercera generación, podemos extrapolar actualmente esa misma dualidad, en lo que concierne a los actuales aplicadores del derecho, ya que cuando los textos constitucionales vigentes incluyen postulados de Derechos Humanos de la tercera generación, que pueden ser potencialmente reclamados, o pudieran serlo, demandando su aplicabilidad directa por los ciudadanos, como en aquel entonces, hoy, las soluciones que se ofrecen por los Jueces son variadas <sup>450</sup> y de las que daremos cuenta en líneas posteriores.

A pesar de lo expuesto Gargarella no abjura de estas “*cláusulas dormidas*”, muy al contrario, considera que pueden ser un instrumento del que podamos extraer conclusiones en positivo. En primer lugar, este “*constitucionalismo de aspiraciones*” como lo llama, permite constituir objetivos que, una vez marcados, pueden favorecer la realización de actuaciones y políticas tendentes a su consecución, sirviendo como guía o propósito a los Poderes Públicos. En segundo lugar, la innegable legitimidad

---

<sup>450</sup> Según Gargarella el ámbito de actuación Judicial en este apartado lo configuraban de garantes de los valores Constitucionales e incluso podían exhortar a otros poderes en el momento que consideraban que estaban conculcando tales valores.

constitucional que les otorga su reconocimiento por la carta magna los sitúa en una situación privilegiada en cuanto sus postulados, tanto para ir sumando apoyos por los actores sociales, como para visualizarse como metas alcanzables y de este modo, traducirse en realidades tangibles. Por último subraya una de las ventajas de estas “*cláusulas dormidas*”, auspiciada por cierto voluntarismo y mensaje moralista. Aunque muchas de estas cláusulas se aceptaron e incluyeron desde posiciones egoístas o alejadas de una verdadera voluntad de inclusión en el texto constitucional como efectivos Derechos, no debe subestimarse la “*potencia extraordinaria*” de los Derechos Humanos que encierran en su mayoría estos postulados, ya que en definitiva son arraigadas demandas sociales que, temporalmente han visto mermada su efectividad, pero que latentes, pueden cobrar plena vigencia alentadas por cambios en las condiciones sociales y alcanzar un completo reconocimiento y tutela<sup>451</sup>.

Sin duda, hacemos nuestro ese mensaje-advertencia, trasladándolo a los Derechos Humanos de tercera generación, en cuanto que su trasposición constitucional “*dormida*” no dejaría de ser un primer paso, insuficiente a todas luces, pero con innegable potencialidad de alcanzar, a medio o largo plazo, el pleno reconocimiento y protección. Si bien, en principio pudieran concebirse como “*dormidos*”, no podemos infravalorar la extraordinaria fuerza de los Derechos Humanos, en cuanto que postulados universales atesoran demandas básicas de nuestras sociedades y que la experiencia histórica ha demostrado que su constitucionalización, “*dormida*” o no, ha contribuido en última instancia al fin de su efectivo amparo<sup>452</sup>.

---

<sup>451</sup> Gargarella, R. Óp. Cit. Nota 437. Pág. 266. “*Para concluir, podría señalarse un último comentario a favor de la apuesta por ciertas “cláusulas dormidas”, esto es, la apuesta por la introducción de nuevas cláusulas constitucionales que, se supone, no están en condiciones de prosperar y desarrollarse, en el corto y mediano plazo. Lo aquí está en juego, no es otra que la que aparece encerrada en la ambigüedad -en la extraordinaria potencia y amenaza- de toda la idea de los “derechos universales” desde sus orígenes (Brown, 1991). Es dable esperar que en ese entonces, como sucede hoy, algunos hayan invocado la existencia de derechos universales con el solo objeto de avanzar los propios intereses, desentendidos de lo que podía corresponderle al resto, o en todo caso confiados en asegurar primero los propios beneficios. Sin embargo, la invocación universalista a favor de la adopción de derechos encierra una potencia extraordinaria, en esos abusos que lúcidamente autoriza*”.

<sup>452</sup> A pesar de lo expuesto, no debemos interpretar que Gargarella ofrece una apuesta incondicional a este modelo de inclusión de Derechos en los textos constitucionales. Si bien, reconoce sus ventajas, apostilla su preferencia sobre textos constitucionales más “*austeros*” a fin de evitar una innecesaria sobrecarga de Derechos que conlleva indudablemente sentimientos de pérdida de autoridad de la misma, al ver frustradas expectativas.

En último lugar, cierra esta etapa con una importante advertencia, conectada con su crítica fundamental al NCL. Si este periodo estuvo marcado por la aparición organizada de grupos sociales (Trabajadores) y que su influencia fue innegable en los textos constitucionales con la inclusión de los Derechos Sociales, fundamentalmente en los términos expuestos, paradójicamente destaca que ese influjo no tuvo efecto alguno en el esquema de distribución de poderes. Como insiste, la “*sala de máquinas*” quedó sellada.

### **3.1.3 Segundo Periodo. Crisis Política y Económica.**

Llegamos a un segundo periodo que es donde se produjeron los grandes avances constitucionales operados por las Constituciones Latinoamericanas. Temporalmente encuadramos dicho lapso en las últimas décadas del siglo XX, momento en el que se produjeron procesos constituyentes que por diversos motivos tuvieron el gran acierto de gozar de permeabilidad a los avances en Derechos Humanos que contemporáneamente se estaban produciendo.

Tomando como referencia la visión de Gargarella destacaremos los aspectos más relevantes que el autor subraya, desde un plano crítico y desde otro más constructivo. Abre su análisis destacando dos crisis que se produjeron en los países de este contexto geográfico y que marcaron de forma indudable, el devenir de los procesos constitucionales que se originaron en su seno. Por un lado, la crisis de Derechos Humanos motivada por la instauración de dictaduras en algunos de los países de la región, y por otro lado, la crisis económica que azotó con virulencia las economías de la zona, y de la que actualmente aún no se percibe una general recuperación<sup>453</sup>. Lógicamente las Constituciones que se dictaron en este contexto son resultado directo de los efectos de ambas trances y podemos encontrar que en el equilibrio de pesos y contrapesos al que suele tender todo texto constitucional, se enfatizan aquellos

---

<sup>453</sup> Gargarella divide en cuatro “*secciones*” las Constituciones que se constituyeron en este periodo tomando como criterio diferenciador la respuesta que desde el punto constitucional se ofreció a las dos grandes crisis. Englobando por un lado las Constituciones que buscaron compensar los efectos del autoritarismo en el poder que les había precedido y por otro, aquellas que tenían en sus postulados una clara vocación de los efectos sociales de las graves crisis económicas padecidas.



postulados que intentan remediar las secuelas que la coyuntura política y/o económica ha revelado como contrarios al propio espíritu constitucional<sup>454</sup>.

Una de las conclusiones que extrae de las Constituciones de este periodo y que merece nuestra atención, es la relativa a las contradicciones en la que los textos constitucionales incurrieron, al conjugar por un lado, un elenco de Derechos con una importante carga social, compatibilizado, sin embargo, con las políticas neoliberales, o cuando por ejemplo, el desarrollo de esas políticas sociales se simultaneaban con programas de ajuste que a la postre originaban aún mayor desigualdad social, o la que más nos interesa, cuando la Constitución recogía una avanzadísima carta de Derechos Humanos, que la realidad obligaba a desdeñar por las constatadas violaciones. La respuesta hay que buscarla en el hecho de que las Constituciones “mezclaban impropriamente” instituciones provenientes de otros modelos constitucionales. De todos modos, se puede inferir que este tipo de contradicciones es inherente a la propia existencia constitucional al tener que encontrar puntos de equilibrio a la histórica pugna operante entre poder y Derechos. Asumiendo su inevitable existencia, solo quedar suavizar o matizar la disensión por medio de políticas que permitan la coexistencia de ambas tendencias y que ayuden a la relajación de fuerzas, por lo general, opuestas.

De todas las figuras que pudieran tener envidia jurídica en cuanto al constitucionalismo más reciente en Latinoamérica tenemos dos aspectos. Por un lado, la conjugación de fuerzas entre ejercicio de poder y reconocimiento y tutela de derechos, y por otro, y he ahí su trascendencia, el relevante papel que las merítadas constituciones han otorgado a una cuestión, tan importante, como es el tratamiento de la cuestión indígena en dichos textos<sup>455</sup>. De ello podemos obtener varias conclusiones. Una primera, de índole sustantivo, es la indudable repercusión de la materia al exigir un

---

<sup>454</sup> Como muestra de ello podemos citar “*Dictadura, Derechos Humanos e Hiperpresidencialismo en Brasil 1988 y Chile 1980*” y “*De la crisis neoliberal a la reforma constitucional de carácter social. El caso de la Reforma Mexicana de 2011*”. *Ibidem*. Pág. 270 y 278.

<sup>455</sup> Viciano Pastor, R. “Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano”. Tiran lo Blanch. 2012. Pág. 30. “Sin embargo, el primer intento de transformación del constitucionalismo latinoamericano siguió consistiendo en una adaptación del constitucionalismo del estado social europeo con rasgos del constitucionalismo norteamericano en cuanto al presidencialismo. Aunque introdujo rasgos diferenciales (la preocupación y la efectiva protección de los derechos, la preocupación por el medio ambiente o las minorías indígenas, la apuesta por la integración regional o la incorporación de nuevas formas de organización estatal. (Ortiz-Alvarez, Luis y Lejarza A., Jacqueline, *Constituciones latinoamericanas*)”.

tratamiento tan trascendente como para ser incluido en la carta magna. Una segunda conclusión viene determinada por un aspecto más subjetivo, la propia voluntad del constituyente, que reconoce la envergadura de la materia de cara a la convivencia social, y una tercera es que, implícitamente, se está reconociendo a un sujeto colectivo (Pueblos Indígenas) un papel activo en el texto constitucional para erigirse como titular de derechos. Lejos de lo que en un principio pudiera parecer, el salto cualitativo que ofrecen estos textos constitucionales es de indudable relieve y de ahí, que lo considere uno de los elementos representativos de este nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Para finalizar este apartado, se desdobra este segmento temporal, a su vez, en dos periodos, determinados por los criterios ya expuestos de respuesta a las experiencias dictatoriales en primer lugar y uno segundo, centrado en paliar las crisis sociales y la desigualdad<sup>456</sup>. Lógicamente, centraremos nuestro estudio en ese segundo periodo, representándolo como una tercera fase, que es donde se produjeron los procesos constituyentes que mayor trascendencia han tenido en el reconocimiento y protección de la nueva generación de Derechos Humanos.

### **3.1.4 Tercer período. Los cimientos del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.**

Con independencia de que pueda cuestionarse que los avances producidos en el constitucionalismo latinoamericano en los últimos tiempos tengan la entidad suficiente como para dotarle de un categoría autónoma, lo que es una realidad y así es reconocido generalmente, es que dichos progresos han supuesto, no solo un giro al progreso constitucional de estos países sino que lo han convertido en referencia mundial en cuanto a modelo de integración de los Derechos Humanos de última generación en la normatividad constitucional. Una de las señales representativas que refuerzan este hecho, es que por primera vez se puede constatar un avance en materia constitucional fuera de los “*contextos históricos*”<sup>457</sup> de producción de los hitos en ésta materia. No

---

<sup>456</sup> Gargarella, R. nos indica las limitaciones para la reelección presidencial que se establecieron en algunas constituciones. (*Ecuador en 1978, Guatemala en 1985, Honduras en 1982, Colombia en 1991, y Paraguay en 1992*).

<sup>457</sup> Me estoy refiriendo con ésta afirmación a que han sido los constitucionalismos anglosajones y europeo donde se han producido los mayores hitos constitucionales, ya sea desde el origen de los textos

debe interpretarse con ello que se le esté atribuyendo una atrevida exclusividad, muy al contrario, procesos de similares características los podemos encontrar en otros entornos<sup>458</sup>, si bien en los países latinoamericanos ha cuajado de forma firme, traduciéndose en una mayor solidez y consistencia<sup>459</sup>.

Centrado el estudio en los últimos años del Siglo XX y principios del XXI, nos sumimos en un contexto de aceptación generalizada a las demandas sociales y superados los estados autoritarios, se inician nuevos procesos constitucionales en los que se puede advertir una preeminencia de los Derechos de toda índole, fruto de unas condiciones sociales y políticas que han permitido una participación democrática sin precedentes en estos países. El punto de partida de este nuevo constitucionalismo latinoamericano, viene determinado, por unos procesos constituyentes muy concretos. Con todo, no existe unanimidad en cuanto a qué procesos pueden considerarse representativos de esta categoría del NCL<sup>460</sup>, aunque sí podemos constatar que existe un

---

precusores o en cuanto al avance y mejora que se ha venido produciendo en esta materia en tales contextos geográficos e históricos.

<sup>458</sup> Martínez Dalmau, R y Viciano Pastor, T. "La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo", en *El Otro Derecho* nº 48, 2013, págs. 63-84. *"Modelos experimentales y transformadores de constitucionalismo han existido ya bastantes a lo largo de la historia. Pero es la primera vez que un modelo constitucional, experimental y transformador se da fuera de las fronteras geográficas del hemisferio norte y, concretamente, de Europa o Estados Unidos. Parece reseñable que esa novedad histórica sea remarcada al denominar las experiencias constitucionales a las que nos estamos refiriendo en este trabajo. Las condiciones que han dado a este nuevo constitucionalismo no son exclusivas de América Latina. De hecho, algunos avances en Asia (Bután), África (República Sudafricana, Túnez) y Europa (el proceso inacabado islandés) parecen apuntar hacia una concepción global de nuevo constitucionalismo."*

<sup>459</sup> Pisarello, G. "El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999: balance de una década". <http://www.rebelion.org/docs/96201.pdf>. *"Juzgados a la luz de estos principios, son muchos los retos que los nuevos regímenes constitucionales latinoamericanos tienen por delante. Sin embargo, hay que admitir que tras la ominosa experiencia de las dictaduras militares y de los regímenes política y económicamente excluyentes de las últimas décadas, se han producido avances inéditos en materia de autogobierno y democratización. Que estos avances puedan consolidarse, evitando la degradación burocrático-autoritaria o la regresión elitista, no depende de un programa doctrinario o de un voluntarismo normativo situado fuera de la historia. Depende, por el contrario, de las concretas luchas políticas y culturales que puedan darse en el seno de la sociedad, de las correlaciones que existen entre las fuerzas proclives al cambio y las fuerzas de oposición, y de la propia capacidad de aprendizaje y respuesta de los sujetos a los que los textos constitucionales apelan como fuente última de legitimidad"*.

<sup>460</sup> Salazar Ugarte, P. *"El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)"*. Ensayo. Buenos Aires, Argentina, 2012. *"El nuevo constitucionalismo latinoamericano (NCL) es la denominación con la que han sido bautizados los procesos constituyentes y el resultado de los mismos de algunos países de América Latina en los últimos años del siglo XX y la primera década del XXI. Para algunos autores, como Rodrigo Uprimny, de hecho es posible englobar con ese membrete a los cambios constitucionales que tuvieron lugar desde los años ochenta y que abarcan a países como Brasil (1988),*

mínimo consenso sobre un núcleo común que es generalmente aceptado. En este apartado se referencia los trabajos de los profesores Martínez Dalmau y Viciano Pastor que han venido abonando esta tesis y que a día de hoy, entre otros, son unos de los principales valedores de la misma.

Atendiendo a su formado criterio, datan el acta de nacimiento del NCL, en la Constitución colombiana de 1.991 y la venezolana de 1.999<sup>461</sup>. Ambas constituciones son el precedente que abrieron el camino a las otras dos Constituciones que reafirmaron y consolidaron la línea teórico-práctica seguida, como son las Ecuatoriana de 2.008 y la Boliviana de 2.009. Su fundamento esencial viene determinado, a su juicio, por la recuperación de “*poder constituyente*”, al que ambos autores otorga una preeminencia prácticamente absoluta en cuanto facultades y dominio material y procesal en el proceso constituyente, avalado por plena legitimidad democrática, que esta vez, sí viene impulsada, según califican los Autores, por “*voluntades populares emancipadoras*”, rompiendo con una larga tradición de sometimiento a los mandatos de las “*élites*”<sup>462</sup>.

Conceptualmente el NCL supone una superación del Estado Social y Democrático de Derecho y se desarrolla básicamente a través de cuatro vías “*la reivindicación del concepto de soberanía popular y su identificación con el poder constituyente; la incorporación de mecanismos de fortalecimiento de la legitimidad democrática del poder constituido, tanto a través de la participación directa en las decisiones como del*

---

*Costa Rica (1989), México (1992), Paraguay (1992), Perú (1993), Colombia (1991), hasta Venezuela (1999), Ecuador (1998 y 2008) y Bolivia (2009) porque existen rasgos que son comunes a muchos procesos constitucionales latinoamericanos recientes [y que] confieren a los ordenamientos actuales cierto aire de familia”.*

<sup>461</sup> Martínez Dalmau, R y Viciano Pastor, T. Óp. cit. Nota 458. Pág. 72. “*También el nuevo constitucionalismo*

*cuenta con su acta de nacimiento, pero en esta ocasión en América Latina. A finales del siglo XX, dos constituciones latinoamericanas podían ser incluidas dentro del nuevo constitucionalismo: la Constitución colombiana de 1991 y la venezolana de 1999. Estas constituciones democráticas fueron los precedentes que abrieron paso a los cambios constitucionales en América Latina que se dieron durante el inicio del siglo XXI, con la Constitución ecuatoriana de 2008 y la boliviana de 2009.”*

<sup>462</sup>. Viciano Pastor, R. (obra colectiva) “*Estudios sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*”. Pág. 136. “*n américa latina frente a la urgencia de desterrar la triste fórmula: “omnipotencia del mercado/impotencia de los estados/olvido de los ciudadanos”, irrumpen los procesos políticos como los examinados. Cambio de referente, que según Viciano y Martínez se han determinado por el advenimiento de nuevas fuerzas políticas y la elaboración de un nuevo pacto social, implicando una ruptura con los patrones del constitucionalismo liberal y la inclusión de contenidos extraños a las doctrinas clásicas. (Viciano y Martínez, 2010:7).”*

*control democrático del poder político organizado; la búsqueda de mecanismos de materialización y efectividad de la Constitución y la eliminación de las sombras nominalistas; y, por último, la desaparición definitiva del poder constituyente constituido o derivado (poder de reforma de la Constitución por parte de los órganos constituidos), al considerar materialmente indelegable al poder constituyente democrático*". Como puede comprobarse, se pone el énfasis en una contaminación "democrática", casi omnipresente en cuanto contenidos, procesos de creación, aplicación y control del Derecho, así como de la toma de decisiones, sellado con una cláusula de cierre de veto al Poder Constituido a las facultades del Poder Constituyente. En definitiva, estos textos constitucionales tienen la virtud de ser y solo ser, lo que el interés de sus constituyentes ha decidido darse, sin más limitación que su propia voluntad y asegurándose que se lleve al efecto sin ningún tipo de contaminación o alienación<sup>463</sup>.

No sólo la valía de las Constituciones que integran el NCL se limita a una sólida legitimación democrática, sino que auspician un impulso renovador a todos los niveles (social, económico y jurídico) haciendo de esta forma que, teniendo en cuenta los precedentes (gobiernos autoritarios y crisis socio-económica), suponga un halo de esperanza de cara al futuro. Hasta la fecha, las políticas liberales que habían tutelado prácticamente todos los cuadros de derechos recogidos constitucionalmente, se habían mostrado absolutamente insuficientes<sup>464</sup>, acreditándose en la realidad, como verdaderos

---

<sup>463</sup> Viciano Pastor, R. Óp. cit. Nota 455. Pág. 16. *"Es imposible no reconocer los avances principalmente en el constitucionalismo europeo a partir del constitucionalismo democrático iniciado en las primeras décadas del siglo XX, en la práctica ha sido en América Latina donde han tenido lugar los últimos intentos de realización práctica de estos modelos, fruto de las condiciones sociales y políticas presentes en determinados países (constitucionalismo necesario) y que por medio de asambleas constituyentes, plenamente democráticas, que han traducido a los textos constitucionales la voluntad revolucionario de los pueblos. Se trata de una aportación crucial, de relevancia reconocible, del clásicamente relegado constitucionalismo latinoamericano al nuevo constitucionalismo y que comienza a denominarse nuevo constitucionalismo latinoamericano."*

<sup>464</sup> Ringa Matías, M. "Un ensayo filosófico sobre las constituciones de Venezuela., Bolivia y Ecuador.", Lecciones y Ensayos, Nro. 94, 2015. pp. 313-343. "Para ello, pondré de manifiesto la influencia de un actor político-social, que ingresó en la escena política en este nuevo periodo: los movimientos sociales. Ellos fueron los protagonistas esenciales en la creación del nuevo contenido normativo y filosófico de estas nuevas constituciones. En ellas ya no están plasmados proyectos políticos de las élites locales oligárquicas e ilustradas que dieron forma a los Estados- nación latinoamericanos, sino más bien, de la multitud poseída y explotada que resistió desde finales de los setenta al sistema neoliberal".

ingenios creadores de desigualdad<sup>465</sup>. El NCL rompe con esa tendencia y sin complejos, asume los principios inspiradores de los Derechos Humanos como verdadero espíritu rector de los índices de Derechos Fundamentales y en este apartado es digno de mención, por ser verdadera referencia, su integración de Derechos Humanos de la nueva generación<sup>466</sup>, que se trasponen a la Carta Magna asumiendo un papel pionero y representativo, sobre todo, en palabras de Sotillo Antezana, “*inspirador*” para la ciencia constitucional<sup>467</sup>.

Destaca un aspecto precursor de este NCL que nos recuerda en gran medida a los orígenes de los Derechos Humanos de la Tercera Generación<sup>468</sup>. Si estos fueron fruto en buena parte de los movimientos sociales surgidos a partir de los años 70 del siglo XX, en los que se constató la insuficiencia de respuesta institucional para algunas de las demandas que empezaban a configurarse como “*globales*” (medio ambiente, patrimonio histórico-cultural, nuevas tecnologías, identidad de grupo, etc.) y que se

---

<sup>465</sup> Sotillo Antezana, A.R., “*La nueva clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano.*” Revista Ciencia y Cultura versión impresa ISSN 2077-3323. vol.19 no.35 La Paz dic. 2015 “*De esa manera, el nuevo constitucionalismo latinoamericano se manifiesta a través de los procesos constituyentes que se han producido en América Latina a fines del siglo XX e inicios del siglo XXI, los cuales tienen como objetivo producir un cambio social, cambiando las estructuras sociales, económicas y jurídicas que no fueron capaces de resolver problemas estructurales de la sociedad latinoamericana, como la pobreza y la exclusión de grandes sectores de la sociedad. El sistema neoliberal imperante de la región, reinante desde la recuperación de la democracia, no había sido capaz de asegurar las condiciones de igualdad entre los diferentes grupos de la sociedad, y más bien fomentó, en muchos casos desde la institucionalidad estatal, que pequeñas élites se adueñen del Estado por décadas, incluso desde el final de colonización española.*”

<sup>466</sup> Rolla, G. “*La evolución del constitucionalismo en América Latina y la originalidad de las experiencias de justicia constitucional.*” Traducción del italiano de Rosado Villaverde, C. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional ISSN 1138-4824, núm. 16, Madrid (2012), págs. 329-351. Pág. 7. “*Las Constituciones ya no se consideran sólo un documento preferentemente político y programático, sino que son un conjunto de normas supremas susceptibles de inmediata y directa aplicación; no representan un manifiesto político, un «canal de comunicación» de ideologías y principios institucionales, sino más bien un parámetro para evaluar la legitimidad de los hechos y las conductas realizadas por todo los poderes constituidos.*”

<sup>467</sup> Sotillo Antezana, A.R. Óp. cit. Nota 465. “*En ese sentido, el nuevo constitucionalismo latinoamericano se erige como un cuarto momento dentro de la evolución histórica del constitucionalismo, por lo que muchas de sus características e institutos, los cuales se han detallado previamente, han servido de inspiración para este último momento de la ciencia constitucional.*”

<sup>468</sup> Rolla, G. Óp. Cit. Nota 466. Pág. 9. “*Siempre en materia de reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo, cabe señalar la referencia a una noción más avanzada de la persona, que coloca el valor de la libertad al lado de la dignidad, y que enriquece el principio de igualdad de nuevos significados; e igualmente el fortalecimiento de los instrumentos de garantía, entre los que se encuentra la regulación en sentido garantista, de los estados de excepción, la introducción en las Constituciones de cláusulas de apertura a los ordenamientos internacionales, y la previsión de una amplia gama de instrumentos de justicia constitucional orientados a la tutela directa de los derechos.*”

exigían instrumentos de amparo y protección, en el caso del NCL, se identifica este mismo germen precursor en sus orígenes al erigirse, igualmente, como motor impulsor de los procesos constituyentes los movimientos sociales<sup>469</sup> que se produjeron en cada uno de los países<sup>470</sup> que desembocaron en los textos constitucionales que, esta vez sí, asumían nóminas de Derechos con clara vocación social y valiente impronta innovadora<sup>471</sup>. En palabras de Ringa, *“En este sentido, las nuevas constituciones ya no son producto de las élites ilustradas y políticas, sino de las bases sociales que empiezan a replantear los esquemas de dominación en una búsqueda del “camino de la justicia social, la igualdad y el bienestar de los ciudadanos”*.

Dentro de ese conglomerado de fuerzas que sustentan el impulso constitucional generalizado que ha desembocado en la cobertura a nuevas realidades, se puede destacar y esta es una idea que ya hemos referenciado, una materia que por su entidad y tratamiento se le ha dotado de una preeminencia y estatus que hasta la fecha no se le conocía, al menos a nivel constitucional. Nos referimos al concepto de identidad cultural y a los muchos apéndices de sus manifestaciones, ya sea en términos de pluralidad jurídica, plurinacionalidad, multiculturalidad, etc. Ahonda en lo expuesto, que autores como Rojas Tudela<sup>472</sup>, basándose en la propuesta de Yrigoyen Fajardo, pueda afirmar que: *“De acuerdo con Yrigoyen, el Estado de Derecho liberal del siglo XIX caracterizado por su monoculturalidad, ha dado paso a diversos estadios de reconocimiento del Estado plural”*. Como indica, se ha pasado de un *“modelo monista”* que propugnaba un sistema jerarquizado y centralizado, a un modelo descentralizado y con varios centros de toma de decisiones en la distribución

---

<sup>469</sup> *Ibidem*. “Con esos procesos de protestas históricas de los diferentes movimientos sociales, los procesos constituyentes se erigen como una respuesta a esas demandas pero desde una vía institucional y democrática que tiene como mandato ser un espacio de debate y reflexión de todos los actores de la sociedad, donde se ponga en discusión no sólo las demandas sociales sino la forma de llevar adelante, desde un texto constitucional democrático, una respuesta institucional a esas demandas”.

<sup>470</sup> Sotillo Antezana, A.R. Óp. cit. Nota 465. *“Así, Martínez Dalmau identifica tres momentos históricos como los antecedentes del nuevo constitucionalismo latinoamericano: la propuesta de la papeleta adicional en el referendo colombiano de 1991, el “Caracazo” de 1989 en Venezuela y las guerras del agua y del gas en Bolivia, a inicios del siglo XXI”*.

<sup>471</sup> Rolla, G. Óp. Cit. Nota 466. Pág. 8. *“Desde la perspectiva de la técnica de codificación de los derechos, las Constituciones latinoamericanas parecen todas favorables a la especificación de las situaciones subjetivas reconocidas como derechos: la codificación tiende a ser exhaustiva y a especificar de modo detallado los perfiles de la personalidad y del modo de obrar humano que vienen tutelados.”*

<sup>472</sup> Rojas Tudela, F. *“Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina”*. Fundación Konrad Adenauer. Participación Política Indígena. 2011. Pág. 10.

competencial. Aunque posteriormente desarrollaremos esta materia, es pertinente que destaquemos su papel esencial en la gestación del nuevo NCL.

Como indicábamos, no existe una postura unánime en cuanto las Constituciones que son exponente de ese NCL. Algunos autores incluyen la Constitución Brasileña (1988)<sup>473</sup>, si bien, existe cierta tendencia mayoritaria a incluir la de Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009). Incluso en este apartado es necesario hacer una aclaración en lo que respecta a la Constitución colombiana. Martínez Dalmau y Viciano Pastor consideran que el proceso constituyente colombiano poseyó muchas de las características que se han demostrado cómo significativas de este nuevo modelo constitucional, pero hay una de la que carece, y que motiva que ambos autores releguen al proceso colombiano, como uno de los textos constitucionales representativos del NCL. Explican que, en principio, sí podemos encontrar en el proceso colombiano ese plus de legitimidad democrática que es marchamo de identidad de las Constituciones en el NCL y que, igualmente, fue fruto del impulso de la movilización social, pero sin embargo, advierten *“por tratarse de un primer momento de una nueva construcción teórica y práctica, el proceso careció del referéndum de ratificación popular que resulta el aspecto nuclear de legitimación de la Constitución”*. Puntualizan que el hecho de que no fuera refrendada por medio de referéndum popular, veta su inclusión como exponente del NCL, a pesar de que no fue una medida descartada o no prevista, sino que la misma, no consiguió imponerse y finalmente se optó por no realizar la consulta. Consecuencia de ello es que, a juicio de ambos autores, la Constitución Colombiana no culminó el proceso democrático con un plebiscito que, a modo de cierre de círculo, obtenga el apoyo social por medio de la validación democrática. Exigencia, que si bien no enturbia la calidad y convicciones democráticas<sup>474</sup> de la Constitución y su innegable avance en el constitucionalismo colombiano como un verdadero hito. Ante la falta de ese último plus de legitimación democrática, sostienen la categoría del

---

<sup>473</sup> Belloso Martín, N. Óp. cit. Nota 172. *“La Constitución de Ecuador y la de Bolivia presentan nuevos sujetos e institucionalidades de forma más clara. Pero también la Constitución brasileña de 1998 y la de Colombia de 1991 dan cuerpo a ese nuevo constitucionalismo”*.

<sup>474</sup> En palabras de Martínez Dalmau y Viciano Pastor, *“la Constitución colombiana de 1991 se reivindicó como un texto constitucional fuerte, capaz de cambiar de forma decisiva el devenir del país. No en vano, el proceso constituyente colombiano de 1990-1991 ha sido calificado como el inicio de verdadero constitucionalismo colombiano”*.



NCL, las vigentes Constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia. Siendo éstas, la médula esencial del nuevo constitucionalismo y por lo general, así es aceptado doctrinalmente.

En este punto, me limitaré a hacer un breve bosquejo sobre cada uno de los procesos constituyentes, con el objetivo de ilustrar, someramente, su proceso histórico de gestación.

El curso llevado a cabo para la confección de la Constitución de Venezuela de 1.999<sup>475</sup>, tiene un origen común, en cuanto a una situación de grave crisis social que desemboca un proceso constituyente<sup>476</sup>. En su caldo de cultivo tenemos a una población que atraviesa un profundo y largo proceso de desgaste social y económico, que por lo general, se ve agravado con medidas que lo intensifican hasta llegar al punto de inflexión donde se produce la ruptura colectiva y la necesidad de que por los gobernantes se ofrezcan respuestas que no se limiten a las tradicionales recetas neoliberales (reducción de gasto social e incremento de los ingresos estatales con aumento de la presión fiscal). En este caso debemos añadir que se produjo un levantamiento militar<sup>477</sup> que vino a recrudecer la situación por la que atravesaba el pueblo venezolano. A pesar de ello, el devenir de los acontecimientos desembocó en un texto constitucional que aúna las virtudes de ese NCL en cuanto que goza de una extensa carta de derechos y cuenta entre ellos, con algunos de los más innovadores recogidos de la nueva generación de Derechos Humanos. Con todo, no puede decirse que el recorrido de la Constitución venezolana esté sirviendo a la consolidación de los valores constitucionales o que esté amortiguando las tensiones de poder<sup>478</sup>, abriéndose hoy un futuro incierto para la misma.

---

<sup>475</sup> A juicio de Martínez Dalmau y Viciano Pastor, es aquí donde se puede concluir que representa el inicio del primer proceso constituyente donde, puramente encontramos las características de ese NCL.

<sup>476</sup> Ringa Matías, M. Óp. cit. Nota 464. Pág. 325. *“En este sentido, todo proceso histórico revolucionario, tiene su origen en hechos políticos en donde coexisten grandes movilizaciones sociales, crisis políticas y económicas. En el caso de Venezuela, hay que remitirse a la más importante de ellas: el Caracazo. Este es el “mayor estallido social de la historia Venezolana”,<sup>28</sup> y se debió a un conjunto de medidas gubernamentales”.*

<sup>477</sup> La llamada “Operación Zamora” contra el gobierno de Carlos Andrés Pérez.

<sup>478</sup> Monge Morales, G.J. *“Análisis crítico del Derecho Constitucional desde la perspectiva del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Entrevista a Rubén Martínez Dalmau”*. THEMIS: Revista de Derecho, ISSN 1810-9934, N.º. 67, 2015. *“El caso venezolano es más complicado. Personalmente, creo que la cosa*

En lo que respecta al proceso producido en Ecuador (2008) y Bolivia (2009), de nuevo debemos reproducir en su génesis un clima de extrema conflictividad social originado por las fuertes desigualdades y crisis de poder<sup>479</sup>. Consecuencia de ello se produjeron movimientos sociales que demandaban un nuevo estatus constitucional y el que se recogieran en la carta magna una serie de derechos, lógicamente sin la perspectiva liberal, sino con mayor eficacia y protección, dotando para ello al Estado de las facultades necesarias para su cumplimiento<sup>480</sup>. No debemos interpretar que tal reivindicación se vio consumida una vez que acabó proceso constituyente en ambas constituciones, sino que le ha venido siendo demandado y controlado su plena aplicabilidad en el desarrollo de los postulados constitucionales<sup>481</sup>.

Junto con la Colombiana y Venezolana, la Constitución de Ecuador<sup>482</sup> y de Bolivia, exponentes del NCL, son un claro referente en lo que a reconocimiento de Derechos

---

*no está yendo bien ni está avanzando por un buen derrotero, y creo que en gran parte es porque la Constitución no ha sido suficientemente fuerte como para constitucionalizar el ordenamiento jurídico; eso en buena medida es por culpa de no haber incorporado un sistema de control concentrado pleno, un Tribunal Constitucional político pero independiente y diferente del resto de los poderes políticos, y de no haber creado muchas garantías de aplicación de la Constitución. Entonces, creo que en Venezuela hará falta otro proceso constituyente democrático para poder avanzar”.*

<sup>479</sup> Salazar Ugarte, P. Óp. Cit. Nota 460. Pág. 367. “Ecuador, por ejemplo, como recuerda César Astudillo, “de 1979 a 2007 ha estado gobernado por 12 presidentes, de los cuales ocho fueron electos para ese cargo directamente por sufragio popular, tres accedieron al poder a través de mecanismos de sustitución presidencial establecidos por la Constitución y uno más, Alarcón, fue designado presidente interino, aunque dicha figura no estaba contemplada en la Constitución de 1978... Cada uno de los presidentes ha durado un promedio de 2.3 años en el cargo”.

<sup>480</sup> Ringa Matías, M. Óp. cit. Nota 464. Pág. 331. “Las Asambleas Constituyentes de estos dos países andinos son producto y síntesis de grandes insurrecciones colectivas y de movilizaciones sociales que permitieron el “resquebrajamiento definitivo del horizonte liberal de comprensión y ordenamiento del mundo social” y del “monopolio de la lógica liberal-capitalista”. Esto se vio reflejado filosóficamente en la concepción suma qamaña o sumakkawsay que lograron plasmar en las cartas magnas de ambos países. Aquí rompen con los objetivos del sistema capitalista y de la modernidad al dar primacía al “vivir bien” de la sociedad sobre cualquier interés individual de lucro”.

<sup>481</sup> Gargarella, R. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”. Cepal. ISBN: 9789213233627. “De todos modos, el cortoplacismo no es un defecto atribuible a todos los proyectos reformistas aparecidos en la región durante los años 90. Por ejemplo, Constituciones nuevas como las de Bolivia y Ecuador, por tomar dos casos relevantes, sirvieron al propósito reeleccionario de quienes las promovieron, pero también fueron largamente más allá de dicho objetivo. Esto resulta más claro en el caso de la Constitución boliviana, que puede verse guiada de modo muy especial por el ánimo de terminar con la marginación político-social de los grupos indígena”.

<sup>482</sup> Monge Morales, G.J. Op. cit. Nota 478. “La Constitución ecuatoriana de 2008 es la mejor Constitución posible en el marco de Ecuador en su momento. Seguramente tiene muchas fallas –el profesor Gargarella menciona por ejemplo el tema de la concentración de poderes–, pero es, sin ninguna duda, la

Humanos se refiere y participación democrática, destacando como cualidades comunes a las tres constituciones que hoy día son un verdadero laboratorio de positivación práctica de los Derechos Humanos de la nueva generación<sup>483</sup>.

Para concluir el presente epígrafe debemos hacer hincapié en una reflexión que es esencial al objetivo del presente trabajo. Las Constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia, textos constitucionales identificativos del NCL, se distinguen por encarnar los avances que representan la “innovación” constitucional más avanzada actualmente<sup>484</sup>. Sin duda, los méritos de estos textos constitucionales superan con creces a sus defectos y ello las ha convertido en verdaderos referentes mundiales, sobre todo en el campo de los Derechos Humanos y particularmente, como exponentes de la aplicación práctica de los Derechos Humanos de tercera generación. Junto con esto, podemos constatar, como ha puesto de manifiesto la mayoría de la doctrina, la idea de asociación entre el NCL y las figuras de la plurinacionalidad, multiculturalismo o la libre determinación de los pueblos (esencialmente indígena). Estos conceptos y el tratamiento que de ellos hace el NCL, lo han convertido en faro guía para identificar los avances constitucionalistas que han obrado en los países referenciados. Son múltiples los ejemplos en los que apoyar esta reflexión pero en boca de Martínez Dalmau y Viciano Pastor cobra, si cabe, mayor legitimidad cuando manifiestan que:

*“Una nueva fase, sin duda, de los procesos constituyentes latinoamericanos, caracterizada en particular por elementos formales de las constituciones, la conforman*

---

*Constitución más avanzada que existe en la actualidad, sea en derechos, en garantías, en avances democráticos, en participación ciudadana, etc.”.*

<sup>483</sup> Artículo 71 Constitución de Ecuador. “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.”

<sup>484</sup> Méndez López, J y Zaldívar Abada, M. Obra colectiva. Viciano Pastor, R. “Estudios sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”. Tirant lo Blanch. 2.012.”. Pág. 110. “El profundizar en la dinámica constituyente y sus posibles aristas de influencia en nuestra américa, específicamente en la región andina, parte además de la pretensión de demostrar la trascendencia de las últimas experiencias constituyentes experimentadas en Venezuela, Bolivia y Ecuador, para la configuración, articulación y anclaje de un nuevo constitucionalismo latinoamericano; así como la ausencia de consenso sobre la titularidad, naturaleza y formas de ejercicio del poder constituyente y su relación los denominados poderes constituidos, desde sus concepciones originales.”

*los dos procesos que tuvieron lugar como continuación de aquéllos: el ecuatoriano de 2007-2008, cuyo texto se caracteriza principalmente por la innovación en el catálogo de derechos y por la expresa referencia, ya aludida, al Estado constitucional; y el boliviano de 2006-2009, el más difícil de todos los habidos, y cuyo resultado, la Constitución boliviana de 2009, es seguramente uno de los ejemplos más rotundos de transformación institucional que se ha experimentado en los últimos tiempos, por cuanto avanza hacia el Estado plurinacional, la simbiosis entre los valores liberales y los indígenas, y crea el primer Tribunal Constitucional elegido directamente por los ciudadanos del país”*

Con ésta última reflexión, se vislumbra ya el esbozo de la idea estructural que pretende aportar el presente trabajo. Se ha presentado una nueva generación de Derechos Humanos que incluye entre sus avances conceptos tan innovadores como la protección de valores que hasta este momento no habían sido objeto de atención en el ámbito de los Derechos Humanos (medio ambiente, nuevas tecnologías, patrimonio común, respeto a la identidad colectiva, etc.), así como el reconocimiento, con sus matices, de la capacidad para ser titulares y/o ejercer Derechos Humanos a los grupos colectivos. Dentro de esa novedosa nómina, relativamente aceptada, se encuentra el Derecho de libre determinación de los Pueblos, que junto al NCL, concretan su personificación constitucional por primera vez en la historia. Éste es un gran avance transformador, que sin estar exento de recelos y censuras, está ya recorriendo un camino día a día que colabora a su consolidación y a ofrecerse como experiencia práctica de referencia para otros contextos geográficos<sup>485</sup>.

### **3.2 Características del NCL.**

---

<sup>485</sup> Sotillo Antezana, A.R., Óp. cit. Nota 465. Pág. 173. *“En definitiva, el nuevo constitucionalismo latinoamericano es un nuevo momento en la historia del constitucionalismo porque realiza un aporte que supera conceptualmente a los institutos clásicos de la ciencia constitucional. Además, si bien se está desarrollando en América Latina, su estudio e influencia está recorriendo todo el mundo. La retoma vigorosa de la soberanía popular y la introducción de mecanismos constitucionales para el ejercicio pleno de los derechos fundamentales son los temas centrales que denotan la importancia de este nuevo constitucionalismo. Por su reciente aparición y desarrollo, es importante su estudio y discusión, ya que el mismo permite que la Constitución mantenga su vigencia y su carácter vivo dentro de las sociedades”.*

### 3.2.1 Aspectos más destacados de las Constituciones del NCL.

A los efectos del propósito de este estudio, dentro de los avances que se han producido en el denominado NCL, hay uno que cobrar una especial relevancia. El salto cualitativo y cuantitativo que ha supuesto la novedosa regulación que ofrecen de la diversidad de realidades culturales que concurren dentro del territorio de cada uno de los países. Lo cierto, e insistimos en esta idea, es que en este campo el NCL brinda un adelanto muy notorio con respecto al tratamiento ofrecido hasta este momento<sup>486</sup>. Aunque este punto, será objeto de un mayor análisis en epígrafes posteriores, al objeto de ofrecer una panorámica lo más completa del tratamiento constitucional expondré a continuación un breve comentario de los elementos destacados y/o comunes entre las tres constituciones de referencia y que vienen a apuntalar al NCL como una categoría jurídica independiente.

En esta labor de exposición, entiendo conveniente realizar dos pedagógicas advertencias. La primera es que la exégesis de los puntos más relevantes del NCL viene determinada por el ejercicio de abstracción que requiere extraer sus adelantos, desde un plano básico, no siendo necesario profundizar exhaustivamente en cada uno de las regulaciones y su articulado. Una segunda es que no puede obviarse que la ejecutividad y eficacia del mandato constitucional es una materia de indudable trascendencia y que es un punto frágil en la constitucionalidad de los Derechos Humanos de tercera generación<sup>487</sup>, pero que ello no oscurece los progresos producidos. Coherentemente con lo manifestado, abordaremos la cuestión destacando sus avances más reseñables, sobre todo aquellos en lo que a la ordenación de la realidad multicultural afecta y que tan importante papel tiene en sus respectivos países.

---

<sup>486</sup> Belloso Martín, N. Óp. Cit. Nota 172. Pág. 33. *“Las nuevas Constituciones fueron surgiendo con un fuerte carácter pluricultural, multiétnico y preservador de la biodiversidad. Junto al individualismo homogeneizador, se reconoció un pluralismo repleto de diversidad social, cultural y natural, en una perspectiva que se puede denominar socioambiental.”*

<sup>487</sup> En este punto mucho se ha criticado y es de reconocer que con bastante fundamento, la falta de eficacia de los preceptos constitucionales en el reconocimiento de unos extensos listados de derechos que en modo alguno la realidad permite llevar a la práctica con un mínimo de garantías. Como adelanto, me centraré en la cuestión del respeto de los derechos a las minorías culturales en Venezuela, Ecuador y Bolivia, desde el tratamiento constitucional, hasta su desarrollo normativo y el control de cumplimiento como expresión del reconocimiento a su libre determinación de los pueblos.

Sirve de apoyo a esta labor el trabajo realizado por Pérez Calvo<sup>488</sup>, en el que efectúa una inestimable labor de síntesis en el estudio de las características del NCL, desarrollando un recorrido sobre los elementos más relevantes de las Constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia, resaltando los puntos de conexión que las determina como un referente común. Resultado con el que coincidimos plenamente. Elementos que se resumen en:

- Protagonismo de los Derechos Fundamentales.
- Abandono de la centralización del Estado y apuesta por la descentralización y el pluralismo cultural e institucional.
- Incremento de los instrumentos de participación.
- Prevalencia de los objetivos del Estado Social frente al modelo neoliberal.
- Protección del medio ambiente y fomento de una economía sostenible.

### **3.2.1.1 Protagonismo de los Derechos Fundamentales.**

Con su propuesta el Autor nos posibilita ir perfilando ya la columna básica del presente trabajo y nos brinda una oportunidad para ir visualizándola. Se puede observar como los tres puntales del mismo los podemos localizar dentro de los elementos que la propuesta doctrinal reseña como signos identificadores del NCL.

Por un lado un estentóreo impulso a los Derechos Fundamentales, no solo desde el plano más individualista sino también colectivo<sup>489</sup>, convirtiéndose así, en una vía de expresión práctica de los Derechos Humanos de tercera generación que de este modo se transponen a los ordenamientos constitucional internos. No nos extenderemos en este aspecto ya que ha sido suficientemente expuesto en contenidos precedentes.

---

<sup>488</sup> Pérez Calvo, A. (obra colectiva) *“Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano”*. Thomson-Aranzadi. 2012. La obra recoge los debates llevados cabo dentro del Congreso Internacional “Tendencias actuales del constitucionalismo en américa latina”, celebrado los días 3 y 4 de noviembre de 2.011. Páginas 23 a 57.

<sup>489</sup> Ávila López, A.M. “Hay en américa latina un neoconstitucionalismo o un nuevo constitucionalismo”. Seminario nacional tutelas à efetivação de direitos indisponíveis. Porto Alegre: FMP, 2016, p. 10-28. Pág. 9. *“Belloso Martín afirma que los movimientos del constitucionalismo de países como Bolivia, Ecuador y Venezuela son una clara muestra de la ruptura con la lógica liberal- individualista europea, para adquirir contornos propios. Es lo que Boaventura de Sousa Santos llama de un constitucionalismo “desde abajo”.*”

### 3.2.1.2 Pluralismo, Culturalidad e Interculturalidad.

Otra de las piezas clave es una convencida apuesta por el reconocimiento de los derechos de la población con identidad cultural minoritaria por medio del respeto a sus costumbres, territorio, cultura, lengua y sobre todo, autogobierno, incluyendo su sistema judicial<sup>490</sup>. Éste, sin duda, lo podemos calificar como uno de los mayores avances en este campo si tenemos en cuenta que se eleva a tratamiento constitucional y que se presenta con un verdadero espíritu precursor en un ámbito tan sensible como el de los equilibrios de poder, territorio y reconocimiento identitario<sup>491</sup>. El Autor esgrime como nexo de unión entre las tres constituciones y a lo que nos adherimos plenamente, que el reconocimiento de las poblaciones indígenas, incluyendo toda su identidad cultural, política y jurídica, se erige como la "*principal novedad*" que aportan las Constituciones latinoamericanas. Tratamiento que supera al ofrecido para la misma cuestión a las de Canadá y Estados Unidos, y que son punto de apoyo y espejo para el resto del constitucionalismo. Se destaca así de todos los avances ofrecidos por las tres constituciones el tratamiento que las mismas hacen de la cuestión "*indígena*". Y lo hacen desde una concreta perspectiva, la del pleno reconocimiento y respeto a su cultura, territorio, lengua, sistema judicial, etc. No hay imposiciones, no hay un estatus jurídico-político implantado desde la posición preeminente, sino un gran paso para la consecución de consensos de convivencia y todo ello es simbólicamente destacado sobre cualquier otra característica que defina al NCL<sup>492</sup>. Sin duda un juicio que

---

<sup>490</sup> Gargarella, R. "Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas. Una Breve Introducción". Boletín Oñateiken No 15 - Mayo 2013. Pág. 27.

<sup>491</sup> No existe artículo, comentario o estudio en general sobre la constitución Boliviana que no subraya la trascendencia del concepto "Plurinacionalidad" que el propio texto constitucional eleva a definitorio del modelo de Estado. Sin duda, lo convierten en un verdadero hito, en una materia tan sensible como la libre determinación de los pueblos.

<sup>492</sup> Gargarella, R. Óp. Cit. Nota 490. Pág. 25. "*Y un punto más: así como el ingreso de la "cuestión social" al constitucionalismo había planteado preguntas relevantes sobre los modos en que pensar la relación entre derecho y cambio social (¿cómo concebir la relación entre reforma constitucional, estructura económica y motivaciones personales?), el ingreso de la "cuestión indígena" vino a plantear puntos todavía más extremos relacionados, por caso, con los fundamentos mismos del Estado-Nación. En efecto, mientras que la "cuestión social" había exigido nuevas reflexiones vinculadas con "cómo integrar" a los "marginados" social y económicamente, la "cuestión indígena" requería, inmediatamente, ir más allá de ese punto para plantearse entonces, directamente, si es que podían convivir en un mismo territorio –y en todo caso cómo– órdenes jurídicos y sistemas culturales diferentes, muchas veces en tensión entre sí. "*

compartimos enteramente. Además lo enmarca como referente mundial, por delante del tratamiento de la materia que le han dado constituciones como la de Estados Unidos o Canadá.

A nuestro juicio, no le viene la singularidad por plasmar el reconocimiento de un elenco de demandas más o menos amplia de los grupos minoritarios con rango constitucional, sino por el innegable acierto que lo sustenta, al ser realizadas desde el consenso, la integración y la compatibilidad, que las convierten en referente de convivencia y respeto mutuo. Son ejemplo palpable de que no hay que identificar, inexorablemente, el derecho de libre determinación de un pueblo con la secesión, sino que puede ser compatible con un estatus de libre determinación política, económica, social y judicial y, simultáneamente, mantener nexos de unión política y jurídica con el territorio en el que se encuentra asentado. En definitiva, lo que se trata es de dar contenido real a la figura de la “*autodeterminación*” decidiendo voluntaria y libremente, el estatus político<sup>493</sup>, sin que implique ruptura de los vínculos de unión con la población mayoritaria. Resaltamos que lo importante del modelo viene por la legitimidad que le otorga que haya sido fruto del convenio de las partes, sin imposiciones y asumido voluntariamente. El catalizador que ha permitido el buen fin de esta reacción se denomina NCL y hoy es una realidad.

A la vista de ello, es lógico albergar cierto sentimiento de optimismo ante esta realidad pero, por supuesto, los retos a superar imponen rehusar de posiciones triunfalistas ante un proyecto que no ha hecho más que iniciarse<sup>494</sup>. Por ejemplo, tenemos el contrapunto de otras constituciones, como es el caso de la Constitución de Brasil, que se limita en su artículo 4.III a hacer una declaración de respeto a este Derecho únicamente dentro del contexto internacional, o como los textos de Argentina, Chile, Perú o Uruguay, en los que no encontramos referencia alguna al mismo.

---

<sup>493</sup> RAE. “Decisión de los ciudadanos de un territorio determinado sobre su futuro estatuto político”.

<sup>494</sup> Goig Martínez, J.M. “Tratamiento constitucional de los Derechos en Venezuela. ¿Eficacia o desvalorización?. Revista de Derecho Uned. Núm. 15. 2014. Pág. 243 y 244. “*Importante avance ha sido el reconocimiento de derechos a los pueblos y comunidades indígenas, puesto que supone el reconocimiento de una situación social y antropológica en la comunidad venezolana, sin embargo, el alcance de los derechos reconocidos es tan amplio e impreciso, que dificulta el establecimiento de límites claros.*”



### 3.2.1.3 Modelo de Estado

Avanzando en el estudio de los elementos más innovadores de las constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia, Pérez Calvo recoge algunos puntos que ha considerado como característicos de ese NCL en la configuración del modelo estatal. Empieza por lo que denomina “*adjetivo bolivariano*”<sup>495</sup> como elemento definitorio del modelo de Estado. Indica que dicho atributo conlleva una forma determinada de concepción del modelo estatal, asociado a determinados valores (libertad, igualdad, justicia y paz internacional)<sup>496</sup>. En este punto, considero muy apropiada la expresión que ofrece la Constitución de Ecuador (sobre todo desde la perspectiva del reconocimiento de los derechos de los Pueblos Indígenas), en relación con ello, encontramos una referencia en su preámbulo cuando establece que “*Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana – sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra*”<sup>497</sup>. Podemos comprobar, que los valores integración y respeto a la identidad de los Pueblos, se introducen en el propio preámbulo de la Constitución, irradiando su influencia a todo el ordenamiento jurídico.

Por lo general, el modelo de Estado se define con calificativos de Derecho, Democrático y Social. Por extraer algunas notas singulares, en referencia al calificativo “*de Derecho*”, el propio Autor cuestiona que en el modelo venezolano se le haya añadido “*de Justicia*”. Lo considera, y nos sumamos a ello, superfluo y redundante, y por ello innecesario. Salvedad hecha de que se interprete la llamada a la justicia desde un plano más metafísico, como principio rector abstracto, más que desde una óptica material que, como bien advierte, se entiende implícitamente en el modelo de Estado de Derecho. En similares términos se pronuncia en cuanto la fórmula elegida la Constitución de Ecuador y Bolivia. Ante ello ha de admitirse que es una materia abierta al debate, pero hay que considerar que no deja de ser una cuestión meramente formal. Al margen de ello, es innegable el compromiso con el respeto y salvaguarda a los derechos, que en ningún momento es puesto en tela de juicio. En el caso de estas dos constituciones, sí

---

<sup>495</sup> Sobre todo encontramos una fuerte influencia en la Constitución de Venezuela.

<sup>496</sup> Artículo 1 de la Constitución Venezolana (1.999).

<sup>497</sup> Preámbulo de la Constitución de Ecuador (2.008).

hay un elemento que destaca sobre el resto y en el contexto objeto de estudio cobra una especial relevancia. Es el uso del término "*Plurinacional*", que podemos encontrar en el artículo 1 de la Constitución de Ecuador<sup>498</sup> y Bolivia<sup>499</sup>. Éste es, sin duda, uno de los mayores progresos en el reconocimiento de la realidad indígena, y por extensión, de las minorías integradas en territorio, ya que es la propia Constitución, desde un plano de igualdad y con un criterio de uniformidad el que establece la consideración de estas identidades minoritarias con idéntico estatus jurídico y político que el resto de población. No se utilizan fórmulas eufemísticas o individualizadas, sino que se recoge la realidad plural, desde una perspectiva de equidad, simetría y sobre todo, naturalidad.

#### 3.2.1.4 Participación

Con directa conexión con los anteriores elementos está la conformación de una estructura de participación que no solo ofrezca garantías de flujo de información desde la comunidad a los órganos de toma de decisión, sino que realmente se erija como una irreductible muestra para concertar vínculos efectivos de traslado de la voluntad ciudadana en los foros en los que se decidan las materias que directamente le afectan. Muy importante es que sea percibido por la ciudadanía como un nexo directo, plural y sobre todo, válido en la consecución de objetivos.

En lo tocante a los elementos más novedosos en materia de participación<sup>500</sup>, al margen de los procesos electorales como cauce tradicional de participación en las decisiones

---

<sup>498</sup> Constitución de Ecuador. Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

<sup>499</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

<sup>500</sup> Salazar Ugarte, P. Óp. cit. Nota 460. Pág. 350. *"Sin entrar en esa discusión —que el mismo Uprimny reconoce como compleja y poco explorada— en este ensayo asumiré que la denominación de NCL —para resultar analíticamente útil— debe constreñirse a determinadas Constituciones que comparten un conjunto de rasgos marcados y que tienen una orientación o pretensión política particular que algunos autores han calificado como "transformadora". Me refiero en concreto a los procesos constituyentes y a*

políticas, coincido cuando destaca la figura de la “*silla vacía*” que es recogido por el artículo 101 de la Constitución de Ecuador. Se trata, básicamente, en un instrumento de participación social de los ciudadanos/as en los procesos de tomas de decisiones políticas de los órganos de representación (sobre todo a nivel local), con voz y voto. Institución que solo encontramos, con esta manifestación, en el texto constitucional ecuatoriano. La figura del “*gobierno autónomo descentralizado*” define la estructura de distribución política del territorio de Ecuador<sup>501</sup>. Es un modelo de asignación de poder político territorial con un alto grado de autonomía y que puede entenderse como una estructura armonizadora de los intereses en juego que ha sabido encajar la diversidad cultural, la autogestión económica, política y administrativa y la unidad política, en un abrigo de convivencia pacífica consensuada.

De la relevancia de la “*silla vacía*”, hay que resaltar que supone por vía directa, y con cobertura constitucional, otorgar legitimidad a un ciudadano/a y a colectivos (remarcamos esto), para que puedan tomar conocimiento e intervenir en la vida política de su comunidad, con la legitimidad que le otorga la propia constitución. Por otro lado, se trata de un modo de intervención pleno, es decir, que no se limita a estar meramente de espectador o transmitir una demanda, sino que se le otorga derecho a participar en el debate, así como a tener voto a la hora de votación de la propuesta<sup>502</sup>. La iniciativa, que

---

*los textos constitucionales de Venezuela de 1999, de Ecuador de 2008 y de Bolivia de 2009. De hecho, las tres Constituciones del NCL adjetivan su versión de la democracia mediante el elemento de la participación: las Constituciones de Bolivia y Venezuela hablan de “democracia participativa” y la de Ecuador de “participación en democracia”.*

<sup>501</sup> Constitución de Ecuador. Título V. Organización Territorial del Estado. Capítulo Primero. Principios Generales. Artículo 238. “Los gobiernos autónomos descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera, y se regirán por los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana. En ningún caso el ejercicio de la autonomía permitirá la secesión del territorio nacional. Constituyen gobiernos autónomos descentralizados las juntas parroquiales rurales, los concejos municipales, los concejos metropolitanos, los consejos provinciales y los consejos regionales.”.

<sup>502</sup> Castro Montero, J.L. “*La silla vacía y el dilema de la participación ciudadana en el Ecuador*”. *IusHumani*. Revista de Derecho Vol. 4 (2014/2015), págs. 299-330. ISSN: 1390-440X – eISSN: 1390-7794. Publicación electrónica: 17-11-2015. Pág. 316. “Carlos Chacón. Secretario General del GADMU de Pedro Vicente Maldonado: *No puede venir cualquiera a solicitar la silla vacía. Estamos conscientes de que la participación se ejerce tanto de modo colectivo e individual. Pero, el problema principal es la poca participación por parte de la gente. Le garantizo que si no tuviéramos de esta forma el mecanismo, no vendría nadie. Principalmente porque la gente cuando quiere participar (...) presenta un escrito pidiendo ser recibidos en comisión general. Mediante la comisión general tienen derecho a expresarse sin voto, sobre un tema determinado. En cambio, la SV hace que yo, como Secretario, tome a los representantes por legisladores. Siempre que hay sesión, se les notifica como a los otros Concejales y al Alcalde (...). De*

requiere desarrollo normativo por parte de los entes territoriales<sup>503</sup> tiene sus ventajas e inconvenientes. En cuanto a los segundos, se le ha criticado que haya que pasar el filtro del propio órgano al que se le solicita la participación, pero no deja de ser otra instancia democrática (esta vez representativa) de decisión sobre los asuntos prioritarios, dejando al margen que quedan expeditas las acciones judiciales en defensa de los derechos vulnerados o las demandas que justamente se entiendan reivindicables<sup>504</sup>. Igualmente es cierto que la experiencia ha demostrado la falta de participación social en estas medidas<sup>505</sup>, pero éste es un síntoma<sup>506</sup> que puede tener múltiples motivaciones y que pueden ser compensadas con campañas informativas y sobre todo, dotando a la institución de una entidad y eficacia perceptible por la ciudadanía. A pesar de los importantes inconvenientes y recelos sobre su eficacia, lo cierto es que por primera vez en el contexto latinoamericano un texto constitucional habilita un instrumento de participación ciudadana en los centros de decisión política, configurándose como una muestra representativa del progreso constitucional y contextualizado en el NCL.

---

*tal modo, se garantiza la participación de delegados que fueron elegidos democráticamente en la Asamblea Cantonal. Concebimos al delegado como legislador, dentro del concejo municipal. Tiene voz y voto (comunicación personal, 7 de noviembre de 2013)".*

<sup>503</sup> *Ibíd.* Pág. 310. "El primer gobierno municipal en contar con una ordenanza que regula la SV fue Pedro Moncayo, en febrero de 2011, seguido de Rumiñahui (junio de 2011), Puerto Quito (julio de 2011), Cayambe (agosto de 2011), Pedro Vicente Maldonado y San Miguel de los Bancos (octubre de 2011) y Mejía, cuya ordenanza fue aprobada en enero de 2012."

<sup>504</sup> Tórtora Aravena, H. "Los Derechos Sociales en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano". *Revista de Derechos Fundamentales*. ISSN-e 0719-1669, Nº. 13, 2015, págs. 109-133. "Tanto Venezuela, como Ecuador y Bolivia han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual establece en su art. 25.1 lo que se conoce como derecho a la tutela efectiva: "toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales"."

<sup>505</sup> *Diario El Comercio*. 30/03/2017. <http://www.elcomercio.com/actualidad/sillavacia-municipiodequito-minima-demanda.html>

<sup>506</sup> En los últimos tiempos a pesar de los avances que se han dado en democracia participativa la realidad está demostrando que al momento de su realización, la demanda social no responde a las expectativas que se habían depositado en la misma, en función de la demanda inicial. Ello puede deberse a varios motivos, empezando y hay que contar con ello, de ese sentimiento reivindicativo que se desvanece al momento de obtener la satisfacción de la demanda o simplemente que la frustración e insensibilización de la ciudadanía ha llegado al extremo de que ni tan si quiera compense hacer los esfuerzos por medio de los cauces de participación por entender lo ineficaz, en última instancia, de todos esos instrumentos.

### 3.2.1.5 Instrumentos de Control Político.

En referencia a los instrumentos de control político que recogen las constituciones objeto de estudio, es una muestra más de su regulación avanzada, en el sentido de articular instrumentos más completos y garantistas. Destacando en este punto las Constituciones de Ecuador y Bolivia. La de Venezuela, se limita a establecer la rendición de cuentas desde un plano más formal y sin entrar en condicionantes en su desarrollo desde la perspectiva constitucional. Pérez Calvo distingue el artículo 66 de la Constitución de Venezuela<sup>507</sup>, que viene a determinar la obligación de rendir cuentas por parte de los representantes políticos a los ciudadanos/as. Esta obligación no destaca por el avance material que representa<sup>508</sup>, sino porque se ha posicionado como rango constitucional dicha obligación, dotando a la misma de la máxima relevancia normativa, coherentemente con la convicción de servidores públicos que deben presidir cualquier cargo político representativo y de este modo la Carta Magna, ya refleja la voluntad constituyente de configurar el servicio público como una prestación fiscalizada y controlada como parte nuclear del Estado.

En el caso de Ecuador, destacan en este apartado los artículos 105 y 106, que van más allá de la simple obligación de rendir cuentas y añade la prerrogativa de revocar el mandato representativo de los ciudadanos/as a sus representantes, instaurando un procedimiento para llevarlo a cabo, que termina con un referendo popular sobre su idoneidad y la vinculatoriedad del mismo. De nuevo encontramos en un texto constitucional disposiciones arbitrando procedimientos de participación ciudadana en sus instituciones, llegando, incluso, a revocar el mandato representativo, de considerar (con las garantías necesarias) que existen motivos para destituir a los representantes políticos. Esta medida hay que conectarla con lo dispuesto en el artículo 109 de la Constitución<sup>509</sup> (sigue llamando la atención encontrar disposiciones de este tipo en la

---

<sup>507</sup> Constitución de Venezuela. Artículo 66. "Los electores y electoras tienen derecho a que sus representantes rindan cuentas públicas, transparentes y periódicas sobre su gestión, de acuerdo con el programa presentado".

<sup>508</sup> Este tipo de obligaciones con distintos matices en cuanto a entidad y procedimientos, la podemos encontrar en la mayoría de los Estados democráticos.

<sup>509</sup> Constitución de Ecuador. Art. 109.- "Los partidos políticos serán de carácter nacional, se registrarán por sus principios y estatutos, propondrán un programa de gobierno y mantendrán el registro de sus

norma fundamental), en el que se establece la obligación de presentar un programa de gobierno para aquellos Partidos Políticos que se presenten a las elecciones. De este modo, las propuestas realizadas se convierten en verdaderos compromisos exigibles, y además, con consecuencias efectivas en caso de incumplimiento. Sin duda, la efectiva realización de este tipo de exigencias conlleva una problemática real que queda lejos del ámbito constitucional, pero lo importante aquí es la trascendencia de la materia que le viene determinada por su plasmación constitucional y de ahí que sea un principio característico del modelo de estado e inspirador del sistema político representativo que queda basado en principios democráticos, tanto en su elección como para su revocación.

En el modelo boliviano, su artículo 240<sup>510</sup> se mueve en similares términos que lo mantenido por el artículo 105 de la Constitución venezolana, salvedad hecha de algunas exigencias en cuanto las mayorías o el plazo hábil para su interposición.

En definitiva y remarcando la idea que ya se ha expuesto, se trata de dotar de rango constitucional a la exigencia de rendición de cuentas y revocación de los mandatarios públicos configurándose de este modo como verdadera esencia dentro del modelo de estado la idea de que la representación pública no deja de ser un servicio que se presta a

---

afiliados. Los movimientos políticos podrán corresponder a cualquier nivel de gobierno o a la circunscripción del exterior.

La ley establecerá los requisitos y condiciones de organización, permanencia y accionar democrático de los movimientos políticos, así como los incentivos para que conformen alianzas. Los partidos políticos deberán presentar su declaración de principios ideológicos, programa de gobierno que establezca las acciones básicas que se proponen realizar, estatuto, símbolos, siglas, emblemas, distintivos, nómina de la directiva. Los partidos deberán contar con una organización nacional, que comprenderá al menos al cincuenta por ciento de las provincias del país, dos de las cuales deberán corresponder a las tres de mayor población. El registro de afiliados no podrá ser menor al uno punto cinco por ciento del registro electoral utilizado en el último proceso electoral. Los movimientos políticos deberán presentar una declaración de principios, programa de gobierno, símbolos, siglas, emblemas, distintivos y registro de adherentes o simpatizantes, en número no inferior al uno punto cinco por ciento del registro electoral utilizado en el último proceso electoral. “.

<sup>510</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 2140. “I. Toda persona que ejerza un cargo electo podrá ser revocada de su mandato, excepto el Órgano Judicial, de acuerdo con la ley. II. La revocatoria del mandato podrá solicitarse cuando haya transcurrido al menos la mitad del periodo del mandato. La revocatoria del mandato no podrá tener lugar durante el último año de la gestión en el cargo. III. El referendo revocatorio procederá por iniciativa ciudadana, a solicitud de al menos el quince por ciento de votantes del padrón electoral de la circunscripción que eligió a la servidora o al servidor público. IV. La revocatoria del mandato de la servidora o del servidor público procederá de acuerdo a ley. V. Producida la revocatoria de mandato el afectado cesará inmediatamente en el cargo, proveyéndoles su suplencia conforme a ley. VI. La revocatoria procederá una sola vez en cada mandato constitucional del cargo electo.”

los ciudadanos/as y que es a estos a los que se les debe ofrecer cuentas sobre los compromisos adquiridos y que, igualmente sean los ciudadanos/as los que, en cumplimiento de la prerrogativa constitucional, tienen en su mano la revocación de un cargo electo si lo estiman oportuno.

En cuanto al resto de elementos, simplemente apuntar que en lo que a la plasmación de una visión más respetuosa con el medio ambiente y la elección de un modelo económico más igualitario, son continuas las reseñas a lo largo del desarrollo de éste trabajo que se les viene realizando, remarcando el compromiso constitucional con tales principios rectores que en definitiva definen la sustantividad del NCL.

Junto a los anteriores componentes que marcan la sustancialidad del NCL, Pérez Calvo recoge algunas particularidades coyunturales que contribuyen a conformar una idea integral de los factores desencadenantes de la nueva categoría constitucional. Por citar alguno cita la sintomática y pertinaz falta de una mínima cohesión ideológica de los grupos más representativos socialmente, de lo que extrae una inexorable consecuencia a nivel constitucional, y es que observa que el contenido de la carta magna se encuentra alejado de la realidad social a la cual debe regular, haciendo a su vez que ese sentimiento de distanciamiento aliente la resistencia a la ordenación constitucional. De esta forma, podemos deducir fácilmente que estamos ante un círculo vicioso. Una distanciada constitución de la realidad social se erige como obstáculo insalvable que a su vez retroalimenta la sensación de aislamiento. A diferencia de lo ocurrido en Europa tras la posguerra, en Latinoamérica, no se ha producido ese “*consenso básico*” general sobre unos objetivos e instrumentos para su consecución. A su juicio, incluso las constituciones de hoy tienen mucho de ese “*nominalismo*” que pone en entredicho su eficacia<sup>511</sup>.

### 3.2.1.6 Extensión. ¿Una cualidad negativa?

---

<sup>511</sup> Este es uno de los grandes dilemas del NCL. Las nuevas Constituciones han de superar aquellos textos de “*papel mojado*” con extensas cartas de derechos pero con muy poca utilidad práctica.

A pesar de las indudables conquistas que ofrecen estas nuevas Constituciones, no por ello podemos pasar por alto alguno de los puntos que se han revelado objeto de críticas. Uno de los más relevantes es la excesiva extensión de las mismas. Método que rompe con la tradicional técnica de parquedad y concreción en las redacciones constitucionales que se han elaborado anteriormente<sup>512</sup>. Entre los motivos que encontramos lo centraliza en que han sido incluidas regulaciones que bien podrían haber quedado fuera de la Constitución<sup>513</sup>. Coincidimos con ello y lo reafirmamos, ya que en este sentido podemos encontrar contenidos en la redacción constitucional que razonablemente pudieran haberse dejado a la normativa de desarrollo, ya que en principio, no existen causas que recomendarán su inclusión dentro del texto constitucional<sup>514</sup>.

Una primera consecuencia de tan pronunciado estiramiento es para la propia lectura de la Constitución, que la hace “*farragosa*” y excesivamente “*detallista*”. Aunque hay que reconocer, que tales cualidades no tienen por qué necesariamente implicar una pérdida de eficacia de la carta magna. Una lectura densa exige un mayor esfuerzo de exégesis que es compensado con algo más de detalle regulativo que ayude a desentrañar la voluntad del constituyente, por lo que no son rasgos que inherentemente conlleven un menoscabo insalvable y nocivo.

Otro de los resultados negativos de la excesiva extensión, es que al operar una regulación con mayor detalle, puede conllevar un mandato tan rígido, que el Legislador ordinario se vea completamente encorsetado, impidiendo que pueda favorecer la

---

<sup>512</sup> Monge Morales, G.J. Óp. cit. Nota 478. “Está habiendo una transformación del concepto de Derecho y del concepto de democracia. Entre los constitucionalistas, hay gente que se ha quedado atrás y considera que todo lo que sea avanzar hacia otros paradigmas es algo que no va a tener éxito. No es que no quieran entenderlo, es que no pueden entenderlo. No entienden cómo puede haber reglas en una Constitución, cómo puede hablarse en quechua en una Constitución, cómo puede hablarse de las ciclovías en una Constitución, cómo puede hablarse del SIDA en una Constitución. Hay gente que se morirá sin haberlo entendido. Otros, en cambio, han avanzado y están en un paradigma diferente, han saltado el gap y han subido el escalón”.

<sup>513</sup> Pérez Calvo, A. Óp. cit. Nota 488. Pág. 32. “Hay regulaciones que deberían haber quedado fuera de la Constitución por su escaso contenido normativo o porque, una vez hecha la afirmación fundamental por la Constitución, habría que haber dejado a los poderes constituidos, al legislador, al ejecutivo que cuanto que también produce legislación, y a los tribunales la posibilidad de desarrollar, ampliar y sacar las consecuencias pertinentes en cada momento de las afirmaciones fundamentales de la Constitución”.

<sup>514</sup> Un ejemplo bastante clarificador de este apartado lo podemos encontrar en la Constitución boliviana, que llega a un nivel excesivamente exhaustivo en cuanto a la regulación de algunos apartados, como el de “Tierra y Territorio”. Artículos 394 y ss.



necesaria modulación que el espectro político requiere. Una excesiva parcialidad en el mensaje constitucional entorpece la tan recomendable elasticidad que en términos políticos se debe mostrar, atendiendo a los cambios de las eventuales mayorías de gobierno y ello se traduce en una “*disfunción*” de la Constitución. Además, incide, que ello afectaría negativamente a los propios valores democráticos que la sustentan. No le falta razón. Coincidimos en su análisis y el riesgo que supone establecer constitucionalmente una concepción excesivamente arbitraria y prolija que cierre la posibilidad de los convenientes matices políticos que, dentro de los límites constitucionales, favorecen el desarrollo del pluralismo democrático<sup>515</sup>. En este punto, desbordaría el contenido del epígrafe entrar a un análisis para responder a la pregunta si estamos ante tal riesgo en cuanto las constituciones de referencia, por lo que, únicamente quede constancia de tal advertencia, por suponer una amenaza cierta de ineficacia de la Carta Magna<sup>516</sup>, aunque tampoco se puede dejar pasar la oportunidad de hacer constar que ante tal riesgo, existe el contrapeso democrático que representa el NCL, en cuanto que han sido textos constitucionales que han obtenido un plus de legitimidad democrática, otorgándoles un mayor apoyo social al margen del devenir político. No se elude con ello el peligro de quiebra de la convivencia ante opciones de marcado carácter ideológico, por lo que remarcamos la necesidad de una actitud prudente y flexible ante los nuevos retos a los que deban enfrentarse estos textos constitucionales.

En un segundo plano, pero remarcando el argumento que atestigua el gran volumen del texto constitucional, es la inseguridad que puede provocar que se traslade la aplicabilidad directa de normas internacionales a la Constitución. Sin filtros ni ponderación. Se advierte que ante eventuales pugnas entre Constitución y normativa internacional cedería la primera, implicando irremediabilmente, un desprestigio como norma estructural del Estado. Coincido con la innecesaridad de forzar antinomias en

---

<sup>515</sup> En el caso de las Constituciones que se han establecido como representativas del NCL, dada su corta edad, no han pasado, por el momento, por la experiencia de someterse a Ejecutivos ideológicamente alejados de aquel que tuvo la iniciativa constituyente constitucional, por lo que habrá de estar a lo que depare el futuro en este apartado.

<sup>516</sup> Un modo de compensar una redacción constitucional que conlleve un excesivo tinte ideológico, es que sea reformada, a sensu contrario, coincidiendo con las alternancias políticas, pero obviamente esto a la postre hace perder a la Constitución su verdadera esencia de marco estructural regulador de las normas básicas de convivencia.

este apartado, que comprometan la prevalencia constitucional, ya que ello apoyaría un sentimiento de incidentalidad de la Carta Magna, que va en contra de su espíritu de preeminencia<sup>517</sup>.

### **3.2.2 NCL y vías de reconocimiento de los DDHH de tercera generación: Los Derechos Implícitos, la Acción Constitucional Universal y la Legitimación Colectiva Procesal.**

En contenidos anteriores hemos referenciado las vías que actualmente se está exponiendo como las “*naturales*” en lo que a la inserción del reconocimiento y protección de los Derechos Humanos de tercera generación. Como complemento a ello, en éste rápido repaso a los avances constitucionales que está representando el NCL, traemos tres figuras que, a nuestro parecer coadyuvan o pueden contribuir a la aplicabilidad de la nueva generación de Derechos Humanos por la propia inercia constitucional. No son instituciones jurídicas pensadas *ex proceso* para la introducción efectiva de la nueva categorización de Derechos Humanos si bien, como decimos, pueden ayudar a su implantación. Sobre todo desde el plano procesal que es donde principalmente desarrollan su eficacia.

Con los “*Derechos Implícitos*” se abre la posibilidad de que por prescripción constitucional el Juzgador pueda reconocer y, más importante, proteger a los sujetos Derechos que no están consagrados de forma expresa en la Constitución. Obviamente ello abre la puerta a que se le dote de legitimidad al reconocimiento de los nuevos Derechos, salvando su falta de positivación real en el texto constitucional.

En el caso de la denominada “*Acción Constitucional Universal*” constituye un cauce procesal en el ejercicio de reclamación de la tutela judicial para supuestos de vulneración de Derechos Fundamentales. En este caso, la particularidad le viene otorgado por su extenso reconocimiento de la legitimidad activa para su interposición a

---

<sup>517</sup> En este apartado Pérez Calvo toma como referencia la postura tomada por el Tribunal de Justicia Europeo que tiene prohibido la reproducción de la normativa comunitaria para evitar tensiones interpretativas innecesarias. Óp. Cit. Pág. 35.

cualquier sujeto, individual o colectivo y lo hace desde la prevalencia que ofrece el amparo constitucional.

Una tercera figura es la “*Legitimación Colectiva Procesal*”. Recordemos de contenidos anteriores que existe actualmente un debate sobre el reconocimiento de la titularidad de los Derechos Humanos. Se han expuesto posiciones que apoyan y otras que niegan la posibilidad de su reconocimiento a entes colectivos. De ahí que el afianzamiento por parte de la Constitución, de la posibilidad de poder ejercitar procedimientos de amparo en defensa de Derechos por parte de sujetos colectivos abra la puerta al empleo de acciones en protección de los Derechos Humanos de la nueva generación, que tienen un carácter esencialmente colectivo.

Amplíemos el estudio de las figuras relacionadas.

### **3.2.2.1 Derechos Implícitos.**

Uno de los puntos más interesantes del análisis de Pérez Calvo trata de lo que denomina “*derechos implícitos*” y nos ha llamado especialmente la atención. Hace referencia al artículo 27 de la Constitución de Venezuela que utiliza la siguiente fórmula para establecer el amparo judicial para Derechos en los siguientes términos:

*“Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos”.*

De este modo, se expande exponencialmente el rango de protección constitucional a Derechos que, sin estar expresamente positivados por el texto constitucional o los tratados internacionales válidamente concertados, pudieran entenderse “*inherentes a la persona*”. No solo queda en una prescripción meramente enunciativa sino que le otorga un instrumento de protección, al establecer el Derecho de acudir a la jurisdicción en restablecimiento de las posibles vulneraciones que pudieran cometerse contra los mismos.

Una primera impresión nos conduce a reminiscencias de contenidos tratados en el presente trabajo relativos al reconocimiento y protección de los Derechos Humanos de tercera generación por vía de la actividad judicial. En relación con ello, considero oportuno reiterar la cita de Benito de Castro Cid cuando dijo que “*el progresivo reconocimiento de las facultades normativas de los jueces hasta el punto de que, en ocasiones, el poder judicial puede adquirir también una función positivadora de los Derechos Fundamentales, aunque es evidente que en menor medida que las instancias expuestas*”<sup>518</sup>. No se puede afirmar que el Autor estuviera pensando en el artículo 27 de la Constitución de Venezuela cuando realizó tan lúcida afirmación pero lo cierto es que no puede encontrarse una materialización ejemplificativa de la misma más certera que el citado artículo de la Constitución venezolana.

Al margen de la voluntad heteróclita del constituyente y del objetivo que pretendía cumplir<sup>519</sup> incluyendo una prescripción tan expansiva, lo cierto es que se ha establecido, quizás involuntariamente, una vía potencial de reconocimiento y tutela de Derechos de la nueva generación, por mor de la actividad judicial y bajo el paraguas que le ofrece la preeminencia de estar recogido dentro de la Carta Magna Venezolana.

A pesar de ello, Pérez Calvo formula unos razonables interrogantes, sobre tan ambigua formulación, por la indefinición que produce el desconocer a qué Derechos se refiere. En su labor de cuestionamiento intenta dar respuesta, con voluntad constructiva, entendiendo la referencia del artículo a los denominados “*derechos naturales*”. Opta por éstos, simplemente por descarte, razona que si eliminamos el derecho positivo, no queda más que acogernos a una posición iusnaturalista y entender que la mención está realizada a los derechos consustanciales a la naturaleza humana. En relación con esto, se

---

<sup>518</sup> De Castro Cid, B. Óp. Cit. Nota 97. Pág. 193.

<sup>519</sup> Salazar Ugarte, P. Óp. cit. Nota 460. Pág. 367. “ *El Constituyente —para retomar la idea que quedó en el aire de Viciano y Martínez— habría impuesto su voluntad soberana sobre los órganos del poder constituido con la finalidad de que muchas reivindicaciones históricamente desatendidas quedaran contenidas en la Constitución y, sobre esa base normativa, debieran ser atendidas. Con palabras de Gargarella: El nuevo constitucionalismo —con claras raíces en el siglo XIX— se mostraba ansioso por ir más allá de la función negativa que se le asignaba de modo habitual, y pretendía ponerse al servicio de la construcción de nuevas realidades sociales, más igualitarias.*”.

nos antoja dificultosa la salida, ya que si era ambigua la fórmula escogida de amparo a los Derechos, optar por un desenlace que desemboca en soluciones de “*Derecho Natural*”, induce, si cabe, a movernos en un terreno aún más especulativo que no favorece la necesaria seguridad jurídica en una materia tan esencial como la de los Derechos Fundamentales es recomendable.

En el caso de la Constitución Boliviana se opta por otra expresión pero con igual fin, en la pretensión de extender la protección constitucional de los Derechos. En su artículo 13.II se indica que:

*“Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados”.*

En este caso, la operatividad de la cláusula viene, no por una extensión positiva sumando nuevos catálogos de Derechos, sino al contrario, con una formulación limitadora del amparo de los Derechos que expresamente recoge la Carta Magna. En modo alguno debe entenderse que ello deje cerrada la puerta a que dicha protección pueda extenderse a aquellos Derechos que no tienen un reflejo material en la redacción constitucional. Lo trascendente de la cuestión y a los efectos prácticos de este trabajo, viene determinada porque en ambas constituciones encontramos fórmulas que permiten la aplicación directa por los Tribunales de Justicia de los Derechos Humanos de la tercera generación. Es decir, que ambos textos, tienen entre su articulado instrumentos de aplicabilidad directa del catálogo de Derechos de nueva generación, convirtiéndolos en verdadero referente innovador en esta materia, y en un signo distintivo del NCL<sup>520</sup>.

### **3.2.2.2 Acción Constitucional Universal.**

Otro de los elementos distintivos y sumamente interesantes es el que denomina “*Acción constitucional universal*”. Viene recogida por el artículo 439 de la Constitución de

---

<sup>520</sup> En caso del modelo boliviano, Pérez Calvo afirma que su referencia hay que entenderla a los Derechos establecidos por las normas internacionales, lo que en el caso de los Derechos Humanos de tercera generación, cobra, si cabe, aún mayor trascendencia su inclusión en el texto constitucional, porque de este modo se está ofreciendo una vía de aplicación directa por los Tribunales, de esos nuevos Derechos.

Ecuador que a con un escueto enunciado dicta “*Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente.*”. Si bien, la propia constitución no define qué instrumento es el que se configura como “*acción constitucional*”, la relevancia del precepto viene determinada por varios puntos. Uno primero en referencia a la legitimación activa procesal que otorga tanto a personas individuales como a colectivos. Esto, que parece una simplista referencia realizada con naturalidad como si se tratara de valores y principios asentados que reciben el lógico apoyo constitucional, implica superar uno de los escollos que mayor resistencia está ofreciendo al desarrollo de los Derechos Humanos de tercera generación. Es evidente que la protección de todo Derecho se inicia por articular procedimientos que permitan la restitución de la legalidad si se constata su violación o vulneración. Coherentemente con ello, se ha de arbitrar ese proceso con las distintas figuras (principalmente desde los ámbitos material, subjetivo y procesal) para que se convierta en una realidad palpable y efectiva. Podemos contar con magníficos enunciados garantistas de derechos en nuestras constituciones, que si no se concretan procedimientos de salvaguarda de los mismos, con poca eficacia contarán y de menos utilidad servirán.

### **3.2.2.3 Legitimación Colectiva Procesal.**

En este apartado, la Constitución de Ecuador, zanja una de las cuestiones que más debate está generando en la implantación de los Derechos Humanos de tercera generación, relativo a la legitimación activa de los sujetos colectivos para el ejercicio de la acción en restitución de sus Derechos. Si bien se ha avanzado en materias, como por ejemplo de Consumidores y Usuarios a nivel general, queda tiempo para ver fórmulas como la predispuesta por la Constitución Ecuatoriana en los textos constitucionales europeos o de Estados Unidos.

Sin duda, que la propia Constitución venga a reconocer la capacidad para el inicio de acciones judiciales a los entes colectivos supone uno de los referentes más importantes

en cuando la positivación de los Derechos Humanos de la tercera generación<sup>521</sup>. He aquí otro ejemplo del progreso que supone el NCL.

No pasa desapercibido del análisis una de las contribuciones de la Constitución de Ecuador que mayor repercusión ha tenido. En su artículo 10, establece que “*La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.*”. Acotar la trascendencia de este mensaje escapa a este breve análisis, pero debe llamarse la atención de que al menos, simbólicamente, encontrar esta afirmación en un texto constitucional hace crujir los pilares básicos del edificio constitucionalista. Pero en este caso, y este añadido es propio, debemos completar con el resto de redacción del artículo que le va a la par, cuando determina que “*Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales*”. Con tan concluyente expresión, la Constitución ecuatoriana zanja la problemática de la titularidad de los Derechos Humanos de tercera generación, con un reconocimiento generalizado al sujeto colectivo como apto para su titularidad. Recordaremos que, como ya expusimos en epígrafe anteriores, se estaban encontrando serias reticencias en cuanto la aceptación de la titularidad del sujeto colectivo como válido para ostentar derechos. En este apartado, la Constitución ecuatoriana da un paso adelante y resuelve la cuestión otorgando la titularidad de los Derechos que disponga la carta magna, a sujetos de objetivo carácter comunitario (cita de forma expresa a Pueblos y Comunidades como entes a los que se les concede la capacidad de ser titular de Derechos). Además, no se opta por una fórmula meramente testimonial o de soslayo tendente a satisfacer formalmente alguna demanda particular, sino que se le coloca en el frontispicio constitucional, en el título III de los Derechos, Capítulo primero de “*Principios de aplicación de los Derechos*”, haciendo ver de esta forma que la estipulación goza de la máxima preeminencia

---

<sup>521</sup> Gargarella, R. Óp. cit. Nota 490. Pág. 27. “*Esta segunda oleada de Constituciones abiertas al tratamiento de la “cuestión indígena” fue seguida por otro hecho internacional de carácter fundacional: la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por las Naciones Unidas, en el 2007. La Declaración detallaba los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, fijando estándares mínimos al respecto, concentrándose, en particular, en cuestiones tales como la identidad cultural, la educación, el empleo y el idioma de tales pueblos; a la vez que garantiza su derecho a la diferencia y a su desarrollo económico, social y cultural. Este nuevo y fundamental documento resultaría seguido por las Constituciones más avanzadas en la materia, que fueron las primeras del siglo XXI: Ecuador 2008 y Bolivia 2009*”.

constitucional y que la voluntad constituyente es que rijan todas y cada una de las normas del ordenamiento jurídico que puedan verse influida por su desarrollo o regulación, en especial, los Derechos Constitucionales. Sin duda, estamos ante uno de los referentes más nítidos que soportan el por qué el NCL es una de las principales vías actuales de positivación de los Derechos Humanos de tercera generación. Podemos ejemplificar como uno de sus máximos exponentes este artículo 10 de la Constitución de Ecuador.

Al margen de la inconclusa cuestión de la titularidad de los Derechos Humanos al que dedicamos un epígrafe anterior<sup>522</sup>, quedémonos por ahora con la extraordinaria innovación que aporta la Constitución Ecuatoriana en esta materia y los innegables efectos que se derivan de la misma, en cuanto la aplicación de los Derechos Humanos de tercera generación, que ahora sí, se les ofrece un camino constitucional real de positivación<sup>523</sup>.

Por último, una brevísimas reseña en cuanto la regulación de “*los Deberes*” de la Constitución de Ecuador que pone el acento, no en el hecho en sí de establecer deberes civiles con vinculación jurídica, sino por el origen de los mismos, que tienen una clara reminiscencia en los pueblos autóctonos. De nuevo sumamos otro elemento normalizador que favorece la convivencia al recogerse, constitucionalmente, expresiones propias de la lengua indígena como un gesto de respeto y aceptación<sup>524</sup>.

### **3.2.3 Tratamiento Constitucional de las Minorías: Organización Territorial, Base social Indígena, Plurilingüismo y Sistema Judicial.**

---

<sup>522</sup> En este apartado Pérez Calvo opta prudentemente por advertir la ruptura que implica una afirmación como la expuesta por el artículo 10 (C.Ec) con respecto a la tradición constitucionalista jurídica romana y occidental. El choque conceptual es evidente y el autor concluye que “*Pero, cuando se leen ambos preceptos el aparentemente nuevo mecanismo no deja de encajar con la tradición jurídica romana y occidental, que atribuye derechos únicamente a las personas o grupos de personas ya que, como se ha visto, son personas o grupos de personas quienes podrán exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Al fin y al cabo, serán las personas o los grupos los que tienen derecho a disfrutar de una naturaleza cuidada y no degradada y, a través de los derechos de las personas se protege la naturaleza.*”. Óp. cit. Pág. 32.

<sup>523</sup> La Constitución de Ecuador, incluye un innovador capítulo dedicado a los “Derechos de la Naturaleza” artículos 71 a 74.

<sup>524</sup> Art. 83 de la Constitución de Ecuador (2.008), “2.- *Ama killa, ama llulla, ama shwa. No ser ocioso, no mentir, no robar.*”



Por último, continuando con el esquema de Pérez Calvo, nos ocupan unos de los puntos más significativos y nexos de unión de las tres constituciones que avalan al NCL. Se trata del modelo elegido para la regulación constitucional de las materias que afectan a las minorías indígenas que operan en cada uno de los territorios de los Países del NCL. En este apartado, me limitaré a comentar de forma sucinta el tratamiento constitucional, haciendo un mayor y extenso examen en epígrafes posteriores, por su importancia a los fines del presente trabajo.

### 3.2.3.1 Organización Territorial.

Lógicamente lo fundamental de la cuestión a los efectos que interesan, no viene tanto por la distribución del poder político y administrativo en los que se asigna ese poder estatal, sino más bien, a como se ha organizado ese poder, con la coexistencia de grupos minoritarios con identidades individuales, a los que se les ha reconocido la capacidad normativa, judicial y dominio territorial y que conviven con el sistema estatal<sup>525</sup>. Por contraste, y a pesar de tener realidades relativamente semejantes en cuanto a la concurrencia de población indígena, la Constitución de Uruguay no tiene ni una sola referencia en cuanto a un eventual reconocimiento o tratamiento constitucional<sup>526</sup>.

De las tres constituciones en estudio, la de Venezuela es la única que ha optado por un modelo federalista propiamente y así lo enuncia en su Constitución, aunque las tres textos constitucionales organizan modelos de distribución política territorial descentralizados con reconocimiento de la autonomía, tanto local como de las minorías geográfica y políticamente definidas, con respeto a su autogobierno e instituciones.

---

<sup>525</sup> Ringa, M.M. Op. cit. Nota 464. Pág. 318. *“Del mismo modo, también existe una “crisis de la forma misma del Estado-nación revelada por la erosión de la democracia liberal burguesa expresada en la centralización del poder, la creciente conversión de la política electoral en simulacro mass-mediático, la crisis de legitimación demostrada en la falta de participación electoral, y la emergencia de formas locales y extra-estatales de autoridad”.* (3. Lao-Montes, A., *“Las actuales insurgencias políticas-epistémicas en las Américas: giros a la izquierda, giros anti imperiales, giros de-coloniales”*, en *Comentario Internacional: Revista del Centro Andino de Estudios Internacionales*, n° 7, Quito, Corporación Editora Nacional, 2006, p. 175. )”.

<sup>526</sup> Constitución de Uruguay. 1967 (modificada en 1989, 1994, 1996 y 2004).

En el modelo venezolano, en lo relativo a los colectivos con demandas de autonomía política y administrativa, encontramos continuas referencias en la Constitución al respecto de sus tradiciones, gobiernos, lengua, costumbres y sistema judicial, si bien, se echa en falta una fórmula que en el modelo de Estado lleve expresamente ese reconocimiento y respeto a estas realidades. Tal y como sí ocurre, en las otras dos constituciones, la ecuatoriana y boliviana.

La Constitución de Venezuela en su artículo 4<sup>527</sup> establece el modelo federal por el que se regirá la organización territorial del país, así como impone una serie de principios por los que deberán respaldar las relaciones entre los distintos territorios. Este modelo, como ya se ha indicado, no deja de ser un modelo estrictamente de distribución del poder político, administrativo y territorial del Estado, sin especialidad alguna a identificar las realidades independientes y por ello, sin reconocimiento y tratamiento expreso de las mismas.

A la vista de la redacción elegida por el constituyente venezolano, podemos extraer dos rápidas conclusiones. Una primera en cuanto al lógico contrapeso que vamos a encontrar en las tres constituciones, que si bien establecen un modelo de coexistencia de integridad territorial estatal con la autonomía de los distintos organismos territoriales<sup>528</sup> seguidamente impone un principio común de regirse bajo criterios de solidaridad y cooperación. Una segunda, más trascendente e interesante en cuanto al objetivo pretendido, viene determinado por una firme convicción de mantener la integridad del territorio nacional erigiéndolo como el primero de los principios que ha de regir toda la regulación de organización territorial venezolana. Nítida declaración de intenciones del constituyente venezolano en cuanto que respeta y asume la implantación de un modelo de convivencia pacífica, con el acatamiento de autogobiernos y existencia de instituciones de grupos minoritarios organizados política, territorial y judicialmente dentro del espacio nacional, pero imponiendo el límite infranqueable de la secesión

---

<sup>527</sup> Constitución de Venezuela. Artículo 4. "Artículo 4. La República Bolivariana de Venezuela es un Estado Federal descentralizado en los términos consagrados por esta Constitución, y se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad."

<sup>528</sup> En el modelo venezolano incluimos tanto las entidades que constituyen las distintas federaciones como entes integrantes de la estructura del Estado, como a los distintos grupos con identidad propia indígena.

unilateral. Circunstancia que se evita, aunque sea desde un plano contrafáctico, al sujetarse la convivencia en fórmulas de respeto mutuo. Contextualizado el modelo constitucionalmente seleccionado para crear un sistema de compatibilidad entre distintos pueblos, en el modelo ecuatoriano se ha optado, no por el establecimiento de un modelo federal tradicional como responde más el modelo venezolano, sino por lo que se denomina “*plurinacional*”, según el artículo 1 de su Constitución<sup>529</sup>. En este caso encontramos una fórmula que si bien se fundamenta en los mismos principios que la venezolana, se puede entender que es más avanzada, incluso en su aspecto nominal. Por el Poder Constituyente ecuatoriano se ha preferido una formulación muy ecléctica, proyectando un horizonte lo más extensivo posible, con el ánimo de que todas las sensibilidades se puedan ver positivamente reflejadas en la fórmula. Dicho lo cual, al igual que el modelo venezolano, encontramos el límite insalvable de la “*unidad*” del Estado proclamado en los mismos términos de jerarquía constitucional que la “*plurinacionalidad*” y la “*interculturalidad*”. Un ejemplo más que viene a aportar otro elemento identificador común al NCL.

En el modelo boliviano la regulación va en similares términos. El artículo 1 de la Constitución<sup>530</sup> hallamos un nuevo ejemplo de convivencia de las proclamas de la unidad del País sin que ello suponga una negación de las realidades políticas y territoriales independientes dentro del mismo. Lejos de imponer una artificiosa unidad, negadora de tal materialidad, se opta por fórmulas de compatibilidad donde se determinan en un plano de igualdad, el respeto a las identidades culturalmente autónomas y a las que se le ofrece, desde el entendimiento, la posibilidad de su desarrollo y ejercicio bajo un clima de consenso. Lejos de imponer posiciones, se ha

---

<sup>529</sup> Constitución de Ecuador. Artículo 1. “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.”

<sup>530</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 1. “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

optado por remarcar la afinidad cultural sin tener que renunciar ninguno de los grupos (el mayoritario y el minoritario) a la propia identidad<sup>531</sup>.

Si nos atenemos al sentido literal de la expresión “*autodeterminación*”, como la libertad de los ciudadanos/as de un territorio para determinar voluntariamente su estatus político, puede concluirse que el modelo que ofrece el NCL es actualmente una de las mejores muestras de respeto a la libre determinación política, económica, judicial, administrativa y territorial de los pueblos, bajo criterios de convivencia y consenso. Indudablemente, todo un referente<sup>532</sup>.

Convenientemente, Pérez Calvo, nos advierte de la difícil realidad que los modelos constitucionales, ya sean en términos de federalidad o de plurinacionalidad, que ofrecen a la hora de determinar competencias y recursos económicos. Por lo general, el texto constitucional no ofrece una delimitación limpia y suficientemente acotada de la distribución de las competencias que deben asumir cada uno de los gobiernos autónomos, por lo que se traslada la labor de concreción al legislador ordinario. Concreción, que en muchos de los casos, no quedará resuelta hasta que se produzca el lógico y previsible conflicto competencial, que deberán dirimir los Tribunales de justicia<sup>533</sup>. Sin eludir la evidente conveniencia de una regulación lo más pormenorizada

---

<sup>531</sup> Salazar Ugarte, P. Óp. cit. Nota 460. Pág. 367. “Según esta interpretación, las Constituciones del NCL, son documentos que son producto de crisis políticas severas 32 pero, además, sus normas recogen reivindicaciones históricas de grupos marginados que, una vez constitucionalizadas, sientan las bases para emprender nuevas luchas sociales. Aunque ahora esos colectivos pueden hacerlo con el texto de la Constitución en la mano.”

<sup>532</sup> Pérez Calvo, A. Óp. cit. Nota 488. Pág. 57. “En mi opinión, después de leer la Constitución, esta fórmula significa que el Estado unitario Boliviano puede reconocer autonomía a regiones (ver Art. 280) que expresen su voluntad en ese sentido y a comunidades indígenas mediante las llamadas «autonomías indígenas originarias y campesinas» (ver Art. 289 y ss.).

<sup>533</sup> *Ibidem*. En referencia al modelo venezolano “En cuanto a la distribución de competencias entre el Poder Público Nacional (federación) y los Estados, hay una competencia atribuida al primero cuyos límites parecen ser susceptibles de cualquier interpretación. El Art. 156 se refiere a las materias que son de la competencia del Poder Público Nacional. Después de una afirmación que indica el objeto del precepto, siguen 32 apartados en los que se enumeran diferentes materias... Ya he señalado antes cómo los contenidos de las materias son difíciles de precisar y por ello surgen los conflictos de competencia. Pero la materia que atribuye al Poder Público Nacional en este párrafo núm. 33 tiene un contenido de extensión prácticamente inabarcable («Toda materia [...] que le corresponda por su índole o naturaleza») y, en principio, permite al Poder Público Nacional llevar a cabo las políticas que considere convenientes. Es decir, este apartado podría arruinar completamente toda la distribución de competencias. Imagino que serán los tribunales adecuados quienes pueden poner un límite a la interpretación de este precepto.” *Ibidem*, Pág. 56, en cuanto al modelo Ecuatoriano “Es decir, aunque no

posible, que evite interpretaciones dispares en materia de competencias, no deja de ser una cuestión meramente formal o de ejecución, que no empaña las innegables ventajas de la fórmula de consenso en cuanto al modelo de respeto de la libre determinación de los pueblos que amparan los textos representativos del NCL.

### 3.2.3.2 Base social Indígena.

Dentro los avances más significativos y puntos comunes de las constituciones que integran el NCL, quedan dos propuestas de referencia, la “*base social y plurilingüismo*” y la “*organización territorial*”<sup>534</sup>. Es evidente que el tratamiento de ambas figuras por el NCL a los efectos del presente trabajo cobra una trascendencia esencial por lo que serán objeto de un detenido análisis en un capítulo posterior, si bien, por ofrecer un espectro lo más amplio posible de los elementos más relevantes y nexos de unión de las tres constituciones, dedicaremos algunas líneas a esbozar desde una perspectiva más normativa que teórica que a su vez sirva de complemento y prólogo de apoyo al epígrafe donde retomemos la cuestión.

Con todo, y siendo relevantes todos y cada uno de los elementos analizados, hay uno que es el que se sustenta toda la construcción y es verdadera ligazón de cada uno de las figuras, nos referimos a la identidad cultural que alienta el desiderátum de autonomía y respeto de cada colectivo. La cuestión indígena no cobró relevancia internacional hasta que el Convenio 169 de la OIT relativo a Pueblos Indígenas y Tribales de 1.989<sup>535</sup>, la estableció como una cuestión de Estado y de interés internacional y se acordó la necesidad de dotar internamente de un estatus de respeto y protección a la cultura

---

*se pueda decir que estamos ante un Estado compuesto o federal, tenemos distintas organizaciones territoriales dentro del Estado que producen normas jurídicas. Todas estas normas procedentes de las entidades territoriales, según parece desprenderse de lo visto en la Constitución, tienen carácter reglamentario y, por tanto subordinado a la ley que, en este caso, es monopolio del Estado. Es decir, nos encontramos con que la Constitución diseña un Estado unitario dotado de una descentralización administrativa y no política, según las expresiones doctrinales ordinarias”.*

<sup>534</sup> Pérez Calvo, A. Óp. cit. Nota 488. Pág. 46.

<sup>535</sup>

[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@normes/documents/publication/wcms\\_100910.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf)

indígena<sup>536</sup> y dio paso a la constitucionalización de sus Derechos en los procesos constituyentes que se generaron posteriormente.

En este punto interesa destacar uno de los motivos que auspician la firma del convenio y que el propio texto recoge en sus fundamentos como *“Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”*. Al final, de lo que se trata es de reconocer a un *“Pueblo”* su derecho a la libre determinación, buscando su estatus jurídico dentro de la organización territorial, política y social de un Estado<sup>537</sup>. Por lo general, ese reconocimiento constitucional de la identidad cultural del colectivo indígena se ha traducido en múltiples contraprestaciones en el ejercicio reivindicativo de protección a su entorno medioambiental, lengua y cultura<sup>538</sup>. Destacando,

---

<sup>536</sup> Gargarella, R. Óp. cit. Nota 490. Pág. 27. *“Luego de la aprobación del Convenio 169, aparece una nueva oleada de Constituciones que dan ingreso a la cuestión indígena, de un modo más articulado y profundo. Tales documentos exhiben ahora completas listas de derechos indígenas y adoptan una postura favorable al pluralismo jurídico. Pueden mencionarse aquí a Constituciones como las de Colombia, 1991; Paraguay, 1992; Argentina y Bolivia, 1994; Ecuador 1996 (y 1998); Venezuela, 1999; México 2001. Encontramos entre tales documentos Constituciones que adoptan fórmulas que definen al Estado como multicultural o pluricultural (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador) y garantizan ya sea el derecho a la diversidad cultural (Colombia, Perú), ya sea la igualdad de culturas (Colombia, Venezuela), quebrando así el diseño monocultural heredado del siglo XIX (Yrigoyen Fajardo, 2011: 132).”*

<sup>537</sup> Ponte Iglesias, M. T. *“Derechos Humanos y Pueblos Indígenas en Venezuela”*. Dereito Vol.22, nº ext.:499-531 (Noviembre, 2013) · ISSN 1132-9947. *“El panorama actual en relación con los derechos de los pueblos indígenas ofrece una progresiva internacionalización de la cuestión indígena que ha permitido a estos pueblos recuperar su identidad. Desde finales de la década de los 80, la Comunidad internacional y su ordenamiento jurídico manifestaran un renovado interés por el reconocimiento de la identidad y los derechos de pueblos indígenas, lo que ha llevado tanto a la adopción de importantes y significativos instrumentos internacionales de distinta fuerza vinculante como a la creación de órganos y mecanismos para la protección de sus derechos”*.

<sup>538</sup> Gargarella, R. Óp. cit. Nota 490. *“Entre otras disposiciones constitucionales relevantes –disposiciones que encuentran un antecedente fundamental en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989– pueden citarse algunas de las siguientes. i) Las Constituciones de Argentina (art. 75.17), Bolivia (arts. 30-6 y 394 III), Ecuador (art. 57.4), Nicaragua (art. 5°), Panamá (art. 123), Paraguay (art. 64), Peru (arts. 88 y 89) y Venezuela (art. 119), así como la Constitución de Bolivia (arts. 30.6 y 394.III), reconocieron el derecho de los indígenas a la propiedad de la tierra en la que han habitado tradicionalmente. Las de Bolivia (arts. 30.17 y 171.1), Brasil (art. 231.2), México (art 2. A. VI) y Nicaragua (arts. 89 y 180), consagran el derecho de uso y disfrute de los recursos naturales, por parte de los indígenas. ii) Las de Argentina (art. 75.17), Bolivia (arts. 30.16 y 402), Colombia (art. 330) y Ecuador (art. 57.6), afirmaron el derecho de los mismos a participar en la explotación de determinados recursos naturales. iii) “*

nuevamente, el tratamiento que las constituciones representativas del NCL han dado a la cuestión, aportando un plus de valor a ese reconocimiento y protección<sup>539</sup>.

En este apartado despuntan las evidentes similitudes que presentan los tres textos constitucionales en cuanto su regulación. En el caso de Venezuela<sup>540</sup>, la referencia al término “*Pueblo*” se hace dentro del contexto del reconocimiento de la diversidad indígena y no desde la perspectiva internacional, para evitar la posibilidad del ejercicio de un eventual Derecho de Autodeterminación. La verdad, es que esa delimitación conceptual de “*Pueblo*” no llega a alcanzar el sentido que se pretende, salvo el de un mero criterio garantista expansivo, para cerrar cualquier posibilidad de ejercicio del Derecho de autodeterminación. Supuesto que, insistimos, no se dan las circunstancias que internacionalmente se han establecido para su inicio en la realidad venezolana.

La constitución venezolana ofrece todo un capítulo a los Derechos de los Pueblos Indígenas. Ahí se encuentra el artículo 119 de la Constitución Venezolana<sup>541</sup> tiene una serie de previsiones en la materia centradas en lo que a reconocimiento de la cultura

---

<sup>539</sup> *Ibidem*. “Finalmente, y lo que es más interesante para lo que aquí nos interesa, varias Constituciones establecieron el derecho de consulta a los indígenas, en relación con la explotación de recursos naturales. En el caso de Bolivia, para los recursos naturales no renovables (art. 30.15); en Brasil, para los recursos hidráulicos o minerales (art. 231.3); en Ecuador, en relación con los recursos naturales no renovables (art. 57.7); y en Venezuela, para todos los recursos naturales existentes en los hábitats indígenas (art. 120) (Aguilar et al, 2010).”

<sup>540</sup> Constitución de Venezuela. Artículo 126. “Artículo 126. Los pueblos indígenas, como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible. De conformidad con esta Constitución tienen el deber de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional. El término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional.”

<sup>541</sup> Constitución Venezolana. Capítulo VIII. De los Derechos de los Pueblos Indígenas. Artículo 119. “ El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley.”

indígena se trata. Sobre todos ellos, destaca el Derecho que concede el artículo 125<sup>542</sup> a la participación política de los pueblos indígenas<sup>543</sup>.

La Constitución de Ecuador regula en términos parecidos el respeto a la diversidad cultural de sus pueblos. El capítulo cuarto se dedica al “*Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades*”. En su artículo 6<sup>544</sup> recoge una fórmula de consenso en la que conviven en términos de igualdad y equilibrio el reconocimiento a la nacionalidad ecuatoriana como a la nacionalidad indígena, convirtiéndolo en estado “*plurinacional*”, ejemplo de convivencia pacífica<sup>545</sup>. Llama la atención que se haya optado por el uso de la terminología “*nacional*”, por la fuerte carga política que conlleva el concepto, lo que demuestra el anhelo de implantar las bases de una convivencia entre el respeto mutuo y en equivalente posición jurídica y política.

En lo que a la Constitución Boliviana encontramos semejante tratamiento a las dos constituciones precedentes de la cuestión indígena. En su artículo 3 establece de una forma extensiva el reconocimiento de todas aquellas colectividades que tienen una identidad común o diferenciada con respecto a la mayoritaria<sup>546</sup>. En este apartado, por

---

<sup>542</sup> Constitución de Venezuela. De los Derechos de los Pueblos Indígenas. Artículo 125. “Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación política. El Estado garantizará la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena, conforme a la ley.

<sup>543</sup> Pérez Calvo, A. Óp. cit. Nota 488. Pág. 8. “*Finalmente, en el último párrafo aparece un derecho de participación de los pueblos indígenas en las decisiones del Estado cuando se trate de delimitar y definir las tierras que sean objeto de propiedad colectiva de tales pueblos. El modo de proceder recuerda a la forma en que se hizo la ya citada Ley paccionada de 1851 que definió el régimen foral de Navarra y que fue precedida de un acuerdo entre el Estado y Navarra sobre el contenido del proyecto de ley que el Gobierno de la Nación envió a las Cortes o Parlamento.*”

<sup>544</sup> Constitución de Ecuador. Artículo 6. “Todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución. La nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional. La nacionalidad ecuatoriana se obtendrá por nacimiento o por naturalización y no se perderá por el matrimonio o su disolución, ni por la adquisición de otra nacionalidad.

<sup>545</sup> Pérez Calvo, A. Óp. Cit. Nota 488. Pág. 49. “*La construcción intelectual para armonizar la nacionalidad común y las particulares es similar a la que ya se ha visto en Venezuela y corresponde, como ya he dicho, a la que se hace en los Estados federales, especialmente cuando este problema resulta controvertido e importante para la existencia del propio Estado.*”

<sup>546</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 3. “La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano.”



puntualizar alguno de sus conceptos, se cuestiona la terminología de “Pueblo”<sup>547</sup> que aquí, igualmente a lo ocurrido con la Venezolana, el uso indiscriminado del concepto sin rigor jurídico puede provocar cierto desconcierto al no tener certeza en cada contexto a qué realidad se está refiriendo, si es en términos de generalidad de todos los ciudadanos/as o en concreto de alguna de las realidades culturales independientes pero reconocidas colectivamente.

En definitiva, lo que se trata aquí de componer, lejos de un minucioso y detallista examen del tratamiento y desarrollo jurídico-social de los distintos preceptos, es la constancia de una nueva sensibilidad hacia grupos o colectivos con identidad disímil a la mayoritaria a donde se encuentran situados geográficamente, y que lejos de haber sido oprimidos o anulados jurídica, política y socialmente, se han convertido en un referente de coexistencia pacífica y de entendimiento institucional que ha se ha instrumentalizado por vía constitucional, configurándose como un verdadero marco de convivencia y concordia<sup>548</sup>.

### 3.2.3.3 Plurilingüismo.

En lo concerniente al reconocimiento de la realidad plurilingüística que opera en cada uno de los países, el tratamiento es similar en las tres constituciones. Esta materia, a pesar de que no tiene la entidad y problemática del reconocimiento de eficacia a los procesos y resoluciones judiciales indígenas, es representativo su formulación desde un plano de pleno respeto y protección a las distintas lenguas y dialectos que operan en

---

<sup>547</sup> Pérez Calvo, A. Óp. cit. Nota 488. Pág. 49. *“Por otra parte, la palabra pueblo en este contexto tiene, al menos, dos significados: el del pueblo boliviano común a todos los bolivianos y soberano y los demás pueblos que contempla la Constitución que sólo afecta a un número limitado de bolivianos y que no son soberanos.”*

<sup>548</sup> Ponte Iglesias, M.T. Óp. cit. Nota 537. Pág. 501. *“Hoy por hoy es posible afirmar que existe un régimen internacional para los pueblos indígenas. Además, es visible su impacto en las legislaciones internas de muchos Estados que cuentan con población indígena. Un buen ejemplo es la ola de reformas constitucionales y legislativas que se vienen produciendo en América Latina a raíz del reconocimiento y fortalecimiento de sociedades multiculturales como principio de reorganización del Estado, lo que sin duda ha sido aprovechado con bastante éxito por los representantes indígenas para instalar la cuestión indígena en la agenda política de sus países. Ello es particularmente visible en la región Andina, una de las más progresistas en la construcción de un espacio para el diálogo y la representatividad de los pueblos y nacionalidades indígenas”.*

cada uno de los países, como expresión cultural de los colectivos que vienen usándolos desde sus orígenes.

Podemos comprobar que las lenguas indígenas son respetadas y se ha optado por unos sistemas más o menos garantistas y protectores de su uso por las distintas constituciones. Si el modelo venezolano establece una cooficialidad lingüística de respeto mutuo y deseo de protección y apoyo a la riqueza cultural del país, ese mismo deseo se ve reforzado y alentado por el modelo utilizado en la Constitución de Ecuador y aún más en el modelo boliviano.

En el caso de la Constitución de Venezuela, su artículo 9<sup>549</sup> regula un régimen de compatibilidad entre el idioma mayoritario y oficial, el castellano, con los idiomas indígenas, estableciendo su uso oficial para los propios pueblos indígenas. Cierra el artículo una fórmula justificativa de la importancia de respetar y proteger la riqueza lingüística del país. Este es un ejemplo similar del modelo establecido por la Constitución Española<sup>550</sup>, por habilitar un modelo dual, compatibilizando una lengua oficial, con el resto usadas por varios territorios. En definitiva no deja de ser un modelo de equilibrio donde la lengua usada mayoritariamente debe convivir con aquellas otras lenguas de uso minoritario y geográficamente delimitado, desde un plano de convivencia y respeto pacífico,

Ecuador, aunque mantiene el principio característico del NCL de respeto, conservación y apoyo al plurilingüismo que se desarrolla dentro de cada uno de los países, tiene algunos matices que lo hacen específicamente más garantista. El artículo 2 de la Constitución conforma un modelo de armonización del castellano como lengua oficial

---

<sup>549</sup> Constitución de Venezuela Artículo 9. "El idioma oficial es el castellano. Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad."

<sup>550</sup> Constitución Española. Artículo 3. "1. El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla. 2. Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos. 3. La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección".

con el resto de lenguas indígenas<sup>551</sup>. En este caso, la disposición constitucional ha optado por expresar dos de los dialectos indígenas (kichwa y el shuar) y que se establecen dentro de una relación igualdad con la lengua mayoritaria. Para el resto se establece, al igual que la Constitución de Venezuela, un cláusula de co-oficialidad de lenguas, delimitando su ámbito de protección (lenguas indígenas) a su usuarios y espacios geográficos, cerrando con un mandato al Estado en cuanto su conservación y uso.

En Bolivia, la regulación de la realidad plurilingüística se realiza en similares términos a lo expuesto con las dos anteriores constituciones. En su artículo 5<sup>552</sup> determina un modelo de cooficialidad, si bien el modelo boliviano destaca por un tratamiento extensivo y muy protector, de todas y cada una de las lenguas habladas en el país. Es cierto que parte de la oficialidad del castellano como lengua mayoritaria, pero podemos observar la preocupación del constituyente por hacer un listado lo más completo posible, a fin de ofrecer la tutela constitucional, a todas y cada una de las lenguas indígenas que se hablan en el país. En este modelo, se impone la novedad de utilización de dos lenguas de las declaradas oficiales por los poderes políticos y administrativos en cada territorio. Siendo el primero el castellano, pero paralelamente, la propia constitución establece que se determinará atendiendo a la tendencia cultural mayoritaria de la población donde se halla que desarrollar la actividad política y administrativa. Imposición que hace efectiva en semejantes términos para los gobiernos autónomos.

---

<sup>551</sup> Constitución de Ecuador. Artículo. “. “La bandera, el escudo y el himno nacional, establecidos por la ley, son los símbolos de la patria. El castellano es el idioma oficial del Ecuador; el castellano, el kichwa y el shuar son idiomas oficiales de relación intercultural. Los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley. El Estado respetará y estimulará su conservación y uso.”.

<sup>552</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 5. “Son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que son el aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu’we, guarayu, itonama, leco, machajuyai-kallawaya, machineri, maropa, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco.

II. El Gobierno plurinacional y los gobiernos departamentales deben utilizar al menos dos idiomas oficiales. Uno de ellos debe ser el castellano, y el otro se decidirá tomando en cuenta el uso, la conveniencia, las circunstancias, las necesidades y preferencias de la población en su totalidad o del territorio en cuestión. Los demás gobiernos autónomos deben utilizar los idiomas propios de su territorio, y uno de ellos debe ser el castellano.

Como apuntaba, el modelo boliviano va más allá de establecer un sistema normalizado de compatibilidad de lengua mayoritaria con otras minoritarias y establece la obligación de los poderes públicos y políticos del uso de la lengua mayoritaria con la de mayor uso indígena en el territorio donde tenga competencia. Con ello, no solo se garantiza el respeto a la diversidad lingüística sino que la convierten, en términos de igualdad con respecto al castellano, en una lengua de oficialidad administrativa. Así no queda la cuestión en el respeto al mero uso, sino que impulsa su fomento y pervivencia al llevar su empleo al ejercicio de la actividad administrativa.

Tomando como base lo expuesto, debemos concluir que el NCL evidencia una defensa constatada de un modelo de compatibilidad, convivencia pacífica y respeto a todas y cada una de las lenguas minoritarias que han de coexistir con el castellano como lengua mayoritaria. Esto nos conduce a conclusiones que vienen reiterándose en el estudio del NCL en el sentido de que se refuerza un modelo de respeto mutuo a los grupos minoritarios cultural, judicial y, ahora, lingüísticamente. Esto viene a subrayar los valores que inspiraban al poder constituyente de respeto y protección de los derechos de los grupos minoritarios y sin duda, es uno de los mejores exponentes para que arraigue los principios que los Derechos Humanos de tercera generación vienen auspiciando.

#### **3.2.3.4 Sistema Judicial.**

Otro de los pilares que sustentan el modelo multicultural de convivencia en estos países es el reconocimiento de los respectivos sistemas judiciales de los colectivos indígenas. Las tres constituciones tienen preceptos en los que se establece el respeto y certificación de los sistemas de mantenimiento de la paz social del grupo, que en muchos casos responden a postulados enraizados y con ancestrales orígenes. Evidentemente puede haber supuestos donde los procesos o las decisiones puedan chocar con valores básicos protegidos constitucionalmente. En estos casos, deberán ceder ante la preeminencia constitucional<sup>553</sup>. Este pasa a ser otro punto de diferenciación con otras constituciones

---

<sup>553</sup> Pérez Calvo, A. Óp. cit. Nota 488. Pág. 49. *“Las tres constituciones consideradas recogen una organización judicial indígena propia que ejercerá sus funciones de acuerdo con sus respectivas tradiciones. Sus decisiones, como las de la Justicia ordinaria, deberán ser respetadas por cualquier poder*

como la Uruguay, que no tiene ni una sola referencia o la Argentina, que se limita a reconocer la identidad indígena y proteger las tierras que ocupen<sup>554</sup>. En caso de la Constitución Brasileña determina la competencia de los Juzgados Federales los procesos en los que se diriman cuestiones de derechos indígenas<sup>555</sup>.

En la Constitución de Venezuela, se recoge en el artículo 260<sup>556</sup> el respeto a los procesos de justicia indígenas, en base a sus tradiciones y con la coherente advertencia de que dichas decisiones se apliquen exclusivamente a sus “*integrantes*”. Como ya hemos indicado la propia constitución limita las referidas decisiones por los valores constitucionalmente consagrados, así como la propia ley y el orden público. Remite al desarrollo legal para establecer la regulación en cuanto la coordinación de los procedimientos y resoluciones indígenas con el resto del ordenamiento jurídico.

En este punto consideramos interesante destacar un hecho. Los gestos en materia constitucional son importantes porque determinan los equilibrios de poder de las distintas instituciones y ayudan a su estabilidad. En este apartado la Constitución de Venezuela regula el respeto a la justicia indígena dentro del Capítulo III de la Constitución, en el apartado del Poder Judicial y el Sistema de Justicia. De este modo se integra este reconocimiento dentro del bloque que la constitución dedica al sistema judicial general, fijándolo desde un plano de paridad al sistema judicial nacional<sup>557</sup>. En definitiva se puede interpretar que no se relega el reconocimiento del sistema judicial indígena a un segundo plano o a una regulación descontextualizada en el texto

---

*público y se mueven dentro de los límites que determina la Constitución o en el marco de otros parámetros que también obligan a la Justicia ordinaria.”*

<sup>554</sup> Constitución de Argentina. Artículo 17. “7. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

<sup>555</sup> Constitución de Brasil. Artículo 109.XI.

<sup>556</sup> Constitución de Venezuela. Artículo 260. “Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

<sup>557</sup> El artículo 260 de la Constitución de Venezuela, se inserta entre el artículo 259 que regula la jurisdicción contenciosa-administrativa y el 261 referente a la jurisdicción penal militar.

constitucional, sino que se le ofrece la preponderancia que el digno respeto hacia la identidad indígena que inspira toda la constitución.

La Constitución de Ecuador regula esta materia en su artículo 171<sup>558</sup>. Básicamente viene a establecer el respeto hacia la jurisdicción indígena en términos similares a la de Venezuela, pero tiene ciertos elementos que lo configuran como algo más avanzando a aquella. Lo primero que llama la atención es la fórmula elegida en sí. Mientras que la Constitución Venezolana se limita a decir que “*podrá*” aplicarse la jurisdicción indígena en su espacio geográfico y a sus integrantes, con los límites de los valores constitucionales, la literalidad ecuatoriana no condiciona de ningún modo el reconocimiento del sistema judicial indígena y opta por una fórmula enunciativa del reconocimiento de forma nítida y sin paliativos. Los términos básicos del reconocimiento van en la línea que la venezolana, si bien llama la atención un detalle, que destaca, en cuanto al reconocimiento y respeto a la intervención de la mujer en los procedimientos en los que pueda verse afectada. Si en un principio pudiera crear cierta sorpresa que la propia constitución en este materia realice tal acotación, lo cierto es que la aportación no es gratuita o displicente. A nuestro juicio, el apercibimiento es plenamente conveniente y muy recomendable. Es esencial que en este tipo de procedimientos, muy tradicionales, donde la figura de la mujer queda en un plano tangencial y relegado a posiciones más accidentales, que sea la propia Constitución la que restablezcan el equilibrio situándola en un plano de igualdad a la mujer le brinda un estatus jurídico de primer orden. Solo por este avance, la formulación ecuatoriana se cobra una particular preeminencia.

Otro de los aciertos de esta formulación viene determinado por su extensión de respeto, no solo a los derechos amparados constitucionalmente sino también, a todos aquellos

---

<sup>558</sup> Constitución de Ecuador. Artículo 171. “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los Derechos Humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria”.

que han sido recogidos por acuerdos y tratados internacionales. Ello la convierte en una proposición más garantista y extensiva por ser vía de introducción de los Derechos Humanos de tercera generación que vengan recogidos en instrumentos internacionales.

Por último, junto a la remisión de desarrollo normativo por el legislador ordinario, establece la obligación del Estado como garante del cumplimiento de las resoluciones judiciales indígenas. De nuevo, tenemos una normatividad más avanzada y garantista al establecer al propio Estado como sujeto activo garante del cumplimiento de las referidas resoluciones. Indudablemente ello, sumado a lo referenciado anteriormente, convierte a la fórmula ecuatoriana, como más avanzada y protectora de los derechos de los grupos indígenas.

En cuanto la opción boliviana, el modelo decidido no se limita a un artículo sino que viene recogida en todo un capítulo, (IV) denominado “Jurisdicción Indígena Originaria Campesina” y tiene una regulación bastante más extensa en cuanto las dos precedentes. Sin duda, es un tema al que los constituyentes le otorgaron un papel preponderante, revelador de una voluntad de ofrecerle una consideración fundamental. Su artículo 190.1<sup>559</sup>, recoge principalmente los términos en los que es reconocida su eficacia, competencia y efectos. En este caso no hay una referencia expresa al papel de la mujer en los procedimientos, si bien, hay otro elemento que llama la atención y que su trascendencia va más allá del estricto reconocimiento de la jurisdicción indígena. Contextualmente, en este apartado se recoge el reconocimiento de las naciones y pueblos indígenas, en su artículo 190<sup>560</sup>. La terminología constitucional no es inocente

---

<sup>559</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 191. “I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.

II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial:

1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciantes o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos.

2. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.

3. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.

<sup>560</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 190. “Artículo 190.

y en la mayoría de los supuestos el nominalismo utilizado cobra una especial trascendencia porque abre paso al análisis voluntarista del Poder Constituyente a la hora de expresarse en unos términos y no en otros. En este caso, el uso de una expresión como el de “*nación*”, tiene unas evidentes y trascendentes repercusiones que van más allá del simple reconocimiento de una realidad identitaria. Además no podemos obviar su contexto, ya que se está definiendo la realidad desde el mayor rango jurídico que el ordenamiento ofrece, a través la Carta Magna. No encontramos un ejemplo como éste en ningún otro texto constitucional, y sin duda, supone un gran avance, material y formalmente, por establecer en posiciones de igualdad jurídica a los grupos minoritarios frente al mayoritario.

La realidad “*plurinacional*” de Bolivia es un asunto al que dedicaremos una especial atención en contenidos posteriores por lo que a los efectos el presente epígrafe, quedémonos con el comentado tratamiento que hace de su sustantividad, destacando los términos de equitativo reconocimiento y posición de igualdad frente a la jurisdicción estatal. Éste es un elemento común que destacamos del NCL como signo representativo de su concepción avanzada en el reconocimiento de los derechos de las minorías en los territorios de aplicación, en una materia tan sensible como es conceder eficacia ejecutiva a las resoluciones de instituciones que quedan al margen del poder judicial del estado. Sin duda, un gran avance que viene sumarse al apuntalamiento que ofrece el Derecho de Libre Determinación de los Pueblos, en éste ámbito geográfico.

Por último resaltar la falta de atención en lo concerniente al fomento del proceso de integración latinoamericano<sup>561</sup>. Es cierto que contrasta con el esfuerzo integrador que las tres constituciones han desarrollado de cara a la convivencia pacífica de todos y cada

---

I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.

II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.

<sup>561</sup>Pérez Calvo, A. Óp. Cit. Nota 488. Pág. 57. “*Me ha sorprendido la escasa atención técnica que prestan al fenómeno de la integración latinoamericana las Constituciones de Ecuador y de Bolivia. No la olvidan pero dedican a ella varios preceptos que sólo prevén objetivos más o menos vagos para esta integración Y no prevén habilitaciones al Estado para llevar a cabo la integración que supone cesión de competencias a las nuevas organizaciones internacionales que puedan ir surgiendo o que ya hayan surgido. Esto sorprende más cuando en Europa ha habido muchos avances en la regulación de la condición de un Estado miembro en relación con la Unión Europea.*”



uno de los pueblos que se incluyen en sus territorios y que sin embargo, no se haya dedicado esfuerzo a una posible integración internacional latinoamericana<sup>562</sup>. Pero ello no oscurece los avances de este nuevo constitucionalismo. Se ha referenciado sucintamente el tratamiento que cada Constitución ofrece al modelo de Estado, a la relación de Derechos Fundamentales que incluye la participación ciudadana, el respecto al sistema judicial propia, su lengua y la solemne y representativa fórmula que condensa la probidad del constituyente de convivencia e integración que se sintetiza en la “*plurinacionalidad*” que configura al propio Estado, como corolario de un novedoso tratamiento constitucional de este tipo de realidades. Destacando, innegablemente, el dogma representativo de respeto a las minorías y a los colectivos con identidad propia en cada uno de los territorios de aplicación.

En lo que a la finalidad global del análisis, el poso debe recoger que por primera vez un modelo constitucional recoge el mandato del Derecho de tercera generación de libre determinación de los pueblos, otorgándole a un colectivo, en este caso el indígena, en el que confluyen una serie de características propias (culturales, políticas, territoriales, económicas y judiciales) un reconocimiento y estatus singular, articulado por una regulación, con expresión en la norma fundamental, que establece su autonomía y capacidad autorregulativa integral. Todo ello, dentro de un marco de normalidad institucional y de aceptación mutua, convirtiéndolo, innegablemente, en todo un referente de concertación de intereses en un clima de convivencia conciliadora.

### **3.3 NCL un cambio de paradigma.**

#### **3.3.1 NCL, un avance en el modelo constitucional.**

En el anterior epígrafe se han tratado aquellos elementos destacables o comunes de las tres constituciones que sostienen la nueva categoría jurídica calificada de Nuevo Constitucionalismo latinoamericano. Como puede comprobarse el análisis llevado a

---

<sup>562</sup> *Ibidem*. Pág. 58. “En definitiva, se observa un escaso contenido en ambas constituciones en relación con un proceso sobre el que cabía esperar un mayor compromiso y una cierta descripción de soluciones a los problemas jurídicos que plantea una integración que se pretende que sea similar a la europea.”

cabo ha tenido un marcado carácter normativo, ciñéndonos a ir destacando del articulado de las tres constituciones aquellos puntos que resultan característicos y preponderantes del NCL. Esa anterior fase, de marcado contenido epistemológico, quedaría insuficiente a falta de un apoyo teórico legitimador que la cimente y a tal fin dedicaremos algunas líneas para exponer los razonamientos que desde un plano más ontológico vienen a determinar las singularidades de la nueva categoría. Complemento a ello, realizaré un sucinto recorrido sobre alguna de las propuestas críticas con este nuevo modelo constitucional, así como, para terminar, esbozaré un breve planteamiento sobre la pugna categórica que mantiene el NCL con el Neoconstitucionalismo.

Para el fin propuesto indudablemente es una fuente de referencia las aportaciones de Viciano Pastor y Martínez Dalmau<sup>563</sup>, que vienen realizando en esta materia desde hace tiempo, por su firme convicción y motivada aportación teórica en la construcción doctrinal del NCL en la que destaca sus esfuerzos investigadores en argumentar las bases que dotan de novedad a la construcción teórica así como su sólidos impulsos para otorgarle una identidad autónoma y evolutivamente avanzada.

Si en algo inciden ambos Autores es que el NCL supone una ruptura con la antigua tradición constitucionalista que se venía desarrollando en América Latina. Se presenta un nuevo modelo con indudables elementos innovadores que lo articulan como una quiebra con la matriz que modulaba todas las constituciones que habían operado hasta este momento en los países de Latinoamérica<sup>564</sup>. Se incide especialmente en la nueva configuración que otorga al Poder Constituyente como un poder omnímodo que insufla a las nuevas constituciones una legitimidad democrática como nunca antes se había dotado a las experiencias constitucionales anteriores. Por ello podemos hablar de un constitucionalismo “*sin padres*”<sup>565</sup>. Las experiencias previas vienen marcadas por

---

<sup>563</sup> Viciano Pastor R, y Martínez Dalmau, R. “*Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*”. Editorial Nacional. 2010. Págs. 20 a 27.

<sup>564</sup> Suelen destacar en este apartado Viciano Pastor y Martínez Dalmau que el nuevo modelo que supone el NCL no responde a los modelos constitucionalistas previos que encuadran en cuatro grandes modelos (liberal-revolucionario, conservador, constitucionalismo democrático y constitucionalismo social) que contextualizan en cuatro momentos constituyentes.

<sup>565</sup> Viciano Pastor R y Martínez Dalmau, R. Óp. cit. Nota 563. Pág. 20 “Aspectos generales del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano, que ha sido calificado como constitucionalismo sin padres (cfr. Martínez, 2008: 5-15), se diferencia respecto del

carecer de procesos plenamente democráticos y normalmente conducidos por las “*elites*” respondiendo más bien a intereses particulares<sup>566</sup> que al interés público. Eran constituciones de marcado “*nominalismo*”, que provocó que no tuvieran una efectiva integración con el ordenamiento jurídico y la sociedad en general. En este apartado, resulta llamativo que Tortora Aravena califique esta nueva categoría de “*Constitucionalismo Popular*”, precisamente porque se enfrente a los poderes tradicionales con el objetivo de asegurar los derechos de participación política del pueblo<sup>567</sup>.

Al respecto, se reconocen los avances del constitucionalismo en las últimas décadas del siglo XX en Europa, aunque ha sido en América Latina donde se han producido una efectividad real de tales progresos<sup>568</sup>. Esta cuestión no debe entenderse como un mérito aislado, sino que tiene un especial alcance si tenemos en cuenta que se ha gestado en el interior de una tradición, por lo general, relegada a ser receptora de las influencias norteamericanas y europeas. En el estudio de la institución, ambos autores coinciden en que a pesar de configurarse cada una de las Constituciones representativas (Venezuela, Ecuador y Bolivia) como un “*modelo teórico-práctico*” individualizado, tienen un elemento en común. Y es su “*intachable*” proceso constituyente y directa ratificación ciudadana, que le dota de una médula, netamente democrática. Es cierto que el grado de consolidación ha sido dispar en cada uno de los países, pero es indudable, y nos unimos a tal aserto, en cuanto que defienden que el NCL supone un desarrollo axiomático de progresos en el modelo de Estado Constitucional, al ser prueba empírica de la unión de teoría y práctica constitucional.

Desde un plano más teórico califican al NCL como una Teoría del Derecho, además de subsidiaria, ya que la misma se erige como un elemento irradiador de todo el

---

constitucionalismo anterior, en el campo de la legitimidad, por la naturaleza de las asambleas constituyentes que acuñara”.

<sup>566</sup> Intereses que se veían cubiertos con la organización del poder del Estado y regulando aspectos básicos del constitucionalismo formal, pero muy alejado del reconocimiento efectivo de derechos esenciales para el desarrollo social de la comunidad.

<sup>567</sup> Tortora Aravena, H. Óp. Cit. Nota 504. págs. 109-133. Pág. 112.

<sup>568</sup> Viciano Pastor R y Martínez Dalmau, R. Óp. Cit. Nota 350. Pág. 4. Para Viciano Pastor y Martínez Dalmau esta realización práctica de un avanzado modelo constitucional en América Latina se ha visto impulsado por las condiciones sociales y políticas que ha generado unos procesos constituyentes plenamente democráticos “*constitucionalismo necesario*”.

ordenamiento jurídico. A su juicio “*“el nuevo constitucionalismo es, principalmente, una teoría “democrática” de la constitución”*. Se trata de un constitucionalismo “*rompedor*” por su innegable proceso evolutivo partiendo de posiciones “*inmutables*” que avanza en la consecución de estados de mayor justicia social, igualdad y bienestar, a pesar del “*maremágnum*” de obstáculos y dificultades, a los que tiene que hacer frente en su objetivo de “*revolucionar el status quo*” de unas sociedades que, con todas las dificultades que atraviesan, demandaban esperanzadoramente un nuevo modelo constitucional, superador del nominalismo formalista y que aunara efectividad real con plena esencia democrática.

En definitiva, estamos ante un cambio de paradigma que lejos de la previsibilidad que operaba en el constitucionalismo europeo, esta vez ha sido en el constitucionalismo latinoamericano donde se ha producido un avance integrador de democracia y constitución con plena efectividad social<sup>569</sup>. Son varios los motivos que sustentan ese nuevo paradigma:

- Primero, el “*viejo constitucionalismo*”, es un modelo para “*técnicos*”. Había una distancia entre el mensaje y los destinatarios del mismo que impedía su efectividad real y ello hacía elevar la potencial desafección hacia la misma. Esto ya no ocurre con el nuevo constitucionalismo que ha realizado un gran esfuerzo pedagógico en ese apartado para hacerlo más comprensible, sencillo y claro.
- En segundo lugar, una constitución debe ser el reflejo de todos. Únicamente tendrá viabilidad práctica un texto constitucional siempre que haya tenido sensibilidad ante todas las demandas sociales y no solo para unos sectores de población. Aunque ello conlleve textos constitucionales más largos, es un peaje que se soporta complacientemente si con ello se cubren las demandas sociales de la mayoría. En palabras de Martínez Dalmau “*mayor será la constitucionalización del ordenamiento jurídico*”.

---

<sup>569</sup> Monge Morales, G.J. Op. Cit. Nota 478.

- En tercer lugar, por primera vez una teoría de Poder constituyente acoge problemática que hasta este momento había quedado relegada a los procesos anteriores. Puede citarse como representativo el tratamiento de las realidades identitarias que operan internamente que no existen precedentes en el constitucionalismo latinoamericano, al menos con la trascendencia que ha operado en las constituciones del NCL. En este apartado, la regulación de las minorías, especialmente la indígena, se nos presenta como un modelo avanzado con enclave constitucional, que ha conseguido equilibrar tanto los intereses políticos, como las demandas sociales, económicas y territoriales de los grupos minoritarios para que se llegue a un estatus de equidad en el que se desarrolle con plena integración con la realidad estatal<sup>570</sup>. De ese modo se ha elevado a rango constitucional el reconocimiento de la diferencia, otorgándole un estatus de Derecho Fundamental, traduciéndose, a nuestro juicio, en verdadera expresión tangible del Derecho Humano de tercera generación a la libre determinación de los pueblos. Esfuerzo integrador meritorio que no pasa desapercibido por Martínez Dalmau cuando indica que, lejos de producirse como consecuencia de levantamientos armados o por la vía violenta, se ha planteado en términos democráticos y a través de sus asambleas constituyentes. De este modo, se articula un elemento definitorio de ese NCL que aún, ruptura con la tradición constitucionalista latinoamericana e innovación desde el plano de la teoría general constitucionalista y en el contexto que nos ocupa, representa una verdadera evolución en la regulación de los colectivos minoritarios desde el respeto a su identidad y la articulación de su Derecho a la libre determinación desde un modelo armonizado con la normatividad estatal.

Por último, complementando lo hasta ahora expuesto, es reveladora la aportación de Tortora Aravena considerando el primer el desafío de este NCL, el que viene determinado por dos retos de autodefinición. Uno primero en cuanto qué se quiere transmitir con el vocablo “*nuevo*” y en segundo lugar, una correcta delimitación

---

<sup>570</sup> *Ibidem*. “Es decir, los pueblos han activado su Poder Constituyente para, por ejemplo: (i) integrar a los pueblos indígenas; (ii) integrar a las minorías marginadas; (iii) buscar una mejor distribución de la riqueza; (iv) conseguir una mayor participación; (v) acabar con la partidocracia; (vi) terminar con los monopolios elitistas, entre otros”.

geográfica, ante la nebulosa que ofrece una tan genérica como “latinoamericano”. En ambos casos se aporta al listado de asuntos pendientes de la construcción teórica estos dos nuevos desafíos. El primero y más importante, en cuanto la vitola de novedoso que se pretende exhibir, que conlleva algo más que nominalismo y estética y que necesita de un soporte material teórico lo suficientemente convincente para que esa pretendida innovación constitucional pueda sostenerse<sup>571</sup>. La segunda cuestión que adelanta, con menor calado, en cuanto la imprecisa catalogación geográfica al denominarse “latinoamericano” un modelo que se circunscribe esencialmente a tres textos constitucionales y que no puede extenderse al resto de los países. En definitiva, no deja de ser una cuestión estrictamente formal.

### 3.3.2 Elementos formales y materiales del NCL.

Viciano Pastor y Martínez Dalmau, han sistematizado los elementos representativos del NCL, tanto en el ámbito formal como material<sup>572</sup>. Con su aporte, han permitido un entendimiento más integral de la nueva categoría jurídica, al definirse metódicamente sus características esenciales. Basándonos en su propuesta, relacionaremos los distintos elementos en que se compone su sustantividad formal y material.

Comenzando desde el plano formal, podemos destacar cuatro aspectos:

- La connatural cualidad democrática de sus procesos constituyentes.

---

<sup>571</sup>Tórtora Aravena, H. Óp. cit. Nota 504. Pág. 114. “Sin embargo, tal como lo explica Michelle Carducci, la idea de “nuevo” no solo se vincula con la percepción de algo reciente, sino que incluye una novedosa comprensión de la noción de Constitución. Esta concepción reacciona frente al constitucionalismo tradicional de esta zona del planeta que llamaba al ocultamiento del otro. Para ello, articula mecanismos de integración, conjugando elementos técnicamente complejos con un lenguaje accesible, con amplia participación del pueblo tanto en el ejercicio del poder constituyente, como en la dinámica de interpretación y concreción de la Constitución “no sólo por la vía judicial”. De este modo, se genera un documento que deja de ser obra unilateral de los ciudadanos, sino que se transforma en una negociación intercultural entre las diversas identidades y tradiciones jurídicas afectadas. (CARDUCCI, Michelle: “Epistemología del Sud e costituzionalismodell’alterità”. En: RivistaDirittoPubblicoComparatoed Europeo, G. GiappichelliEditore, Turín, 2012, p. 319.)”.

<sup>572</sup> Tórtora Aravena, distingue los mecanismos de ejecución del NCL en tres “Finalmente, en relación con las herramientas que utiliza el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano para lograr inclusión, participación e igualdad en el ejercicio de los derechos, las podemos agrupar en tres grandes categorías: (1) aquellas que operan en el proceso constituyente (previas a la Constitución), (2) aquellas de carácter normativo que se encuentran establecidas en el texto constitucional y, por último, (3) las que buscar hacer operativa la Carta Fundamental, por tanto, que operan durante la vigencia de la Constitución.”. Óp. cit. Pág. 113.

- La capacidad innovadora.
- La extensión de sus textos.
- La extrema delimitación del Poder constituido.

Ya se ha referenciado en contenidos anteriores algunos elementos que forman parte de la génesis del NCL, para no reiterarnos no ocuparemos únicamente de aquellos que ofrecen novedades al estudio.

En cuanto la capacidad innovadora del NCL, se presenta como una cualidad intrínseca y lo hace con características propias asociadas a la originalidad del modelo. De entre ellas podemos subrayar las siguientes. Una primera es la motivación que subyace al impulso de su innovación: un “*elemento necesidad*”. Los procesos constituyentes iniciados tienen un contenido teleológico que les otorga sentido. Básicamente son instrumentos para el cambio, por lo que se asocia al proceso un elemento finalístico. Esa finalidad se traduce en dos objetivos, incorporar nuevos conceptos e instituciones<sup>573</sup> que supongan un elemento coadyuvante en el cumplimiento del mandato constitucional y por otro lado y a nuestro juicio más importante, mejorar la calidad y condiciones de vida de los ciudadanos. De este modo el elemento “*innovación*” se integra en el NCL como una propiedad identificativa, no solo desde su aportación formal, sino también desde cierta perspectiva ideológica al reafirmarse como una cualidad pretendidamente buscada de ruptura con el anterior régimen (Dimensión Simbólica)<sup>574</sup>. Ésta impregnación valorativa se expresa en la prevalencia de los “*principios*” en detrimento de las “*reglas*”, que

---

<sup>573</sup> En este apartado destacan Viciano Pastor y Martínez Dalmau que esa capacidad innovadora se manifiesta en un doble sentido. Uno positivo al integrar nuevas figuras al texto constitucional que ayuden a una identificación ciudadana con la Constitución, y de una forma negativa, desechando aquellas instituciones del constitucionalismo precedente que queden asociados a planteamientos más tradicionales y que choquen con las nuevas perspectivas.

<sup>574</sup> Viciano Pastor R. y Martínez Dalmau, R. Óp. Cit. Nota 434. Pág. 26. “*Pero, en otro sentido, la utilidad de las constituciones se manifiesta también en su dimensión simbólica, intrínsecamente no menos adecuada que la dimensión fáctica. El hecho de que los procesos constituyentes latinoamericanos hayan insistido en la diferencia entre el Estado por destruir y el Estado por construir, en la ruptura democrática con lo viejo o lo anterior, y en la apuesta por la democracia material sobre la formal se visualiza, de hecho, con incorporaciones en los textos de componentes diferenciadores que, en muchos casos, sirven únicamente como elemento simbólico de distinción del proceso ante el rechazo del pasado inmediatamente anterior y la esperanza del futuro a que dará pie el nuevo texto constitucional.*”.

aunque necesarias, ceden el protagonismo a un modelo más axiológico<sup>575</sup>. Una característica que comparte con el Neoconstitucionalismo, pero que cobra un especial impulso en el NCL<sup>576</sup>.

Un tercer elemento formal que distinguen las constituciones del NCL es su extensión. Ya se ha referenciado esta cualidad, por lo que lo completaremos resaltando nuevos aspectos. En este caso, ambos autores relacionan la extensión a un particular punto, como es la complejidad de los textos. Se constata, que cuanto más aumenta la extensión, y por consecuencia la redacción del texto, más se simplifica y menos complicado se presenta para sus destinatarios. Junto a este esfuerzo, es signo distintivo del NCL la preocupación por sus constituyentes de elaborar una redacción que no se presente como un reto a la comprensión del ciudadano, por lo que se intenta que la misma no sea un obstáculo en sí misma. Huyendo de la brevedad de los textos anteriores como un criterio sin sentido, autoimpuesto y asociado a un falso virtuosismo, los textos constitucionales del NCL se realizan bajo una máxima, la de transmitir fielmente el mensaje del poder constituyente con la extensión que sea necesaria. De este modo, sólo transfiriendo el mensaje con la riqueza de matices que estiman conveniente al poder constituido. Se persigue que dicho mensaje no se diluya o tergiversarse, cumpliendo de este modo, con la esencia de sus postulados. Por último, acotemos el concepto “*complejidad*”, ya que está referido a una “*complejidad institucional*”, con el objetivo de superar algunos de los problemas que tradicionalmente se han venido produciendo en estos pueblos<sup>577</sup>.

---

<sup>575</sup> La importancia de un modelo basado en “*principios*” se materializa incluso en la viabilidad de su aplicación directa por los propios Tribunales de Justicia.

<sup>576</sup> Un ejemplo práctico de este nuevo modelo de “*principios*” lo encontramos en la propia definición de Estado “Plurinacional”, que se erige como principio inspirador de las relaciones, en sentido amplio (jurídicas, económicas, políticas, etc.), entre el Estado y las minorías.

<sup>577</sup> Citan en este caso Viciano Pastor, R y Martínez Dalmau, el modelo venezolano, en cuanto a su constitución de 1.999, que incorporan “*un mecanismo complejo de coordinación de las políticas fiscales y monetarias a través del denominado acuerdo de políticas macroeconómicas (arts. 230 y ss.), o cuando la Constitución boliviana de 2009 establece la elección por sufragio universal de los miembros del órgano de gobierno de los jueces –Consejo de la Magistratura (art. 194)- o del Tribunal Constitucional Plurinacional (art. 198), están planteando esta complejidad institucional, cuya razón de existir podría indagarse -sin mucho esfuerzo- en la trayectoria preconstitucional política, económica y social de esos países.*”.



La extensión y complejidad vienen acompañadas de una “*simplicidad lingüística*”<sup>578</sup>. La intencionalidad de esta redacción viene determinada por un acercamiento del texto constitucional a toda la ciudadanía, por contra de sus precedentes, que se habían convertido en textos elitistas, al alcance de sectores privilegiados de población y negando su comprensión a la gran mayoría. Sin duda, se revela ésta cuestión, lejos de ser simplemente estética, demostrativa de la voluntad del constituyente al utilizar una semántica al alcance del mayor número de población y además de utilizar este elemento como una manifestación de integración, cuando en los propios textos constitucionales se utilizan las lenguas nativas de grupos indígenas que conviven dentro del territorio nacional de aplicación<sup>579</sup>. Junto al esfuerzo de trasladar un mensaje íntegro<sup>580</sup> y que dicho mensaje sea accesible al conjunto de la población, se une un esfuerzo de adaptación, formación y adecuación del texto a sus receptores, a través de “*iniciativas formativas*”. Indudablemente, este afán pedagógico de ofrecer un conocimiento adaptado de los textos constitucionales a sus destinatarios se muestra como representativo de una preocupación por el que el mensaje constitucional sea entendido y llegue al mayor número de ciudadanos. Queda atrás, un modelo constitucional para y solo las “*élites*”.

Un cuarto y último elemento que engrosa la definición formal del NCL es, la limitación al extremo (prácticamente su eliminación fáctica) del poder constituido para la reforma constitucional. De este modo, se busca conservar en el mayor grado posible de la esencia democrática de la que gozaba el poder constituyente a la hora de determinar los contenidos constitucionales. Se evita la extendida fórmula (tanto en el viejo

---

<sup>578</sup>En este aspecto encuentro especialmente acertada y representativa la expresión de Martínez Dalmau “*Una Constitución es el reflejo de todos. Todos se tienen que ver en ella: (i) los jóvenes; (ii) los ancianos; (iii) las mujeres; (iv) los hombres; (v) los niños, etcétera. Cada uno en su rol, por ejemplo: (i) como estudiante; (ii) como ciclista –la Constitución ecuatoriana establece la obligación de que las ciudades tengan ciclovías–; (iii) como trabajador; (iv) como empresario, etcétera.*”. Revista THEMIS. Nº. 67, 2015.

<sup>579</sup>A juicio de Martínez Dalmau, el modelo boliviano que huye de expresiones en latín responde a una voluntad de claridad en la exposición para una mejor comprensión. Por otro lado el mismo modelo incorpora expresiones propias indígenas “*en lenguas aymara, quechua o guaraní*” como una clara muestra de integración.

<sup>580</sup>Al hilo del recurrente argumento censorador de la extensión de las Constituciones del NCL, Martínez Dalmau reflexiona con buen criterio “*¿Por qué un Código que hace un Parlamento tiene que tener mil artículos y la Constitución, que es la norma suprema del ordenamiento jurídico y que es la norma que legitima al resto del ordenamiento, tiene que tener veinte?*”. Para concluir con atino “*Eso es un planteamiento ideológico muy conservador: “mejor que el pueblo no decida, vamos a dejarlo en manos de los representantes, que son el Parlamento*”. Revista THEMIS. Núm. 67. 2015.

constitucionalismo latinoamericano como europeo) de abrir vías de reformulación constitucional al poder constituido que tan frecuentemente había sido utilizadas y que tan malas experiencias habían aportado. Esta “*rigidez*” constitucional en inmutabilidad del texto constitucional o indefinida perdurabilidad, sino que únicamente la modificación de éste, queda exclusivamente abierta, al poder constituyente originario.

Expuestos los cuatro elementos formales que definen el NCL, es preciso referirse a los elementos materialmente representativos de este nuevo constitucionalismo:

- Subyace un claro intento de restablecer la relación entre soberanía popular y gobierno.
- Viene marcado por profusas cartas de Derechos.
- Articulan vías de aplicación de la normativa internacional protectora de los Derechos.
- Otorga un mandato expreso al Gobierno de paliar la desigualdad.
- Destaca una firme voluntad de construcción plural

Empecemos por el intento por reponer la relación entre soberanía popular y gobierno<sup>581</sup>. En definitiva se trata de instrumentalizar vías de control del poder constituido por parte de los depositarios del poder constituyente<sup>582</sup>. Se constituyen vías de participación ciudadana en la toma de decisiones gubernamentales a fin de que puedan arbitrarse contrapesos de legitimidad democrática que permitan la intervención efectiva en las decisiones que afectan al conjunto de la ciudadanía. Lógicamente estas vías de participación no pueden sustituir ni suplantar los medios de representación, sino

---

<sup>581</sup> Viciano Pastor, R. y Martínez Dalmau, R. Óp. Cit. Nota 350. Pág. 20. “*Lo que la Constitución colombiana de 1991 denomina “Formas de participación democrática”, en el Ecuador de 1998 se denomina gobierno participativo; en Venezuela y Bolivia recibe el nombre de democracia participativa”*.”

<sup>582</sup> Viciano Pastor, R. Óp. cit. Nota 309. Pág. 82. “Los dos grandes modelos históricos, el norteamericano y el francés, marcaron diferencia entre sí en cuanto a la titularidad de la soberanía y el ejercicio mismo del poder. Mientras tanto el primero, durante la formación del estado federado se reclamó que el ejercicio del poder constituyente estuviese en manos directamente del pueblo, aunque no se negó la representación; en el francés, bajo otras condiciones sociopolíticas y culturales se sustituyó el concepto de soberanía popular por el de soberanía nación. Se establecieron las bases doctrinarias y prácticas para la democracia representativa.”

complementarlas, llegando a un equilibrio equidistante entre instrumentos de democracia más directa y los de articulación de la representación<sup>583</sup>.

Un segundo aspecto material es la profusa carta de Derechos que los textos constitucionales del NCL integran, como ruptura con el anterior modelo, más preocupado con un formalismo aparente que con una efectividad real de los mismos. Esta es uno de los elementos más representativos del nuevo modelo constitucional y a la vez, uno de los mayores reproches que ha recibido. Este NCL sí ofrece una individualización y colectivización de Derechos, dotando de protagonismo y protección a colectivos inéditos en la redacción constitucional (mujeres, niños y jóvenes, discapacitados, adultos mayores y minorías). Como ya se ha referenciado en líneas anteriores, en éste último sujeto colectivo el NCL cobra una especial relevancia no sólo en cuanto al tratamiento formal, sino a su efectiva realización, mostrándose como un verdadero punto de inflexión en comparación con la ineficaz consideración que hasta este momento habían sido objeto.

Otro de los aspectos, como elemento material distintivo, es la fórmula por la que se ha optado por las Constituciones de referencia en lo que a la interiorización de la normativa internacional<sup>584</sup>. Bajo criterios proteccionistas y garantistas de derechos se ha optado por ofrecer vías de aplicación efectiva a la normativa internacional siempre que vayan en la dirección de aumentar la esfera de protección de los derechos. De este modo, “*se reconfigura su significado y con ello su nomenclatura*” otorgando a los Derechos reconocidos un plus de efectividad bajo el abrigo normativo de la normativa estatal e internacional, bajo una directriz de maximización del ámbito material y subjetivo de los Derechos. En este apartado cobra una especial relevancia el hecho de que un Derecho Humano de tercera generación, como es la libre determinación de los pueblos, que es

---

<sup>583</sup> En este aspecto, suele ser referencia obligada por Viciano Pastor y Martínez Dalmau el descargo sobre la crítica de Edwards al NCL. Destaca que el Neoconstitucionalismo admite el uso reiterado de consultas populares, pero que en el caso del NCL, ha elevado estos instrumentos a “*característica fundamental del populismo*” al servicio del “*líder populista*” de turno.

<sup>584</sup> Resulta interesante la información que aporta Martínez Dalmau en la entrevista que le realizó Monge Morales para la revista THEMIS (núm. 67/2015). Una de las preguntas le formuló Monge Morales es relativa a los límites que pudieran representar tanto la “*Constitución histórica*” como los “*Tratados Internacionales*” para el Poder Constituyente. La respuesta de Martínez Dalmau refiere que la propia existencia de la “*Constitución Histórica*” es un elemento afianzador de la legitimidad democrática del Poder Constituyente, porque es precisamente una expresión de éste.

recogido por normativa internacional pueda tener dos vías de integración y aplicación, dentro de cada uno de los Estados.

Continuando con este recorrido toca en este momento resaltar la preocupación por uno de los ámbitos que adquiere una especial trascendencia, ya que en muchos de los casos la eficacia de una amplia nómina de Derechos reconocidos a los ciudadanos se mide en criterios estrictamente económicos. Además, recordemos, es en este apartado donde se presentan las Constituciones del NCL como modelos de superación de las desigualdades económicas y sociales. Así el tratamiento ofrecido por el NCL busca dotar al Estado de un nuevo papel en las relaciones económicas y para ello, no tiene traba alguna en expresar en extensos capítulos con un modelo sintetizador y heterogéneo que aúnan tanto el intervencionismo estatal en aquellos ámbitos en los que se considera que es necesario para acotar o evitar los riesgos potenciales generadores de desigualdades sociales, compatibilizando con ofertas a la iniciativa privada, como protegiendo a instituciones comunitaristas. Todo ello, con un elemento común, la presencia del Estado como garante final de la salvaguarda de los intereses más desprotegidos en lo que a la distribución de la riqueza nacional se refiere. No es más que responder a las demandas sociales que se instrumentalizaron por medio del poder constituyente y que buscan equilibrios equitativos en la participación de todos los actores en el desarrollo económico de cada país.

Por último, destacar la integración que el modelo constitucional ha ofrecido para aquellos grupos marginados, y en especial de los pueblos indígenas. Opinión que es reafirmada por Belloso Martín en palabras de Ávila López, cuando analiza los tres elementos representativos del NCL<sup>585</sup>. De todos ellos, sin duda, es necesario resaltar en base a la trascendencia hacia el presente trabajo el primero de ellos, el Pluralismo Jurídico. América Latina supone un supuesto concreto en el que conviven varios sistemas jurídicos en un mismo espacio sociopolítico. El ejemplo que cita Ávila López es el Derecho de los pueblos indígenas. Llama la atención que por la autora se haya podido constatar una de las hipótesis de este trabajo que pretendo validar. Se materializa

---

<sup>585</sup> Ávila López, A.M. Op. Cit. Nota 489. p. 10-28. *“Destaca como elementos identificativos en el NCL el Pluralismo Jurídico, la influencia del derecho público y del derecho privado, el fuerte y el amplio contenido axiológico de las constituciones”*.

en el hecho de cómo el NCL se identifica con una regulación respetuosa y equitativa frente a los grupos minoritarios en Latinoamérica. Es más, extrae una enseñanza con la que hemos de mostrar nuestro total acuerdo. Esta simbiosis de modelos constitucionales que puede representar el NCL, en el caso particular de la regulación del sistema indígena, puede conllevar una opción real y representativa del respeto a los Derechos Humanos, si tenemos en cuenta que la política represiva estatal en el modelo de origen europeo tiende como medida coercitiva de mayor intensidad al encarcelamiento, mientras que por contra, el sistema sancionador indígena, está centrado en objetivos de rehabilitación y reparación<sup>586</sup>. Sin duda, una reflexión que viene a demostrar lo que se viene reiterando de forma continua en el presente trabajo y es que el NCL supone un innegable avance regulatorio en el respeto e integración de los grupos minoritarios, tanto a nivel social, legal y judicial, hasta el punto, a mi juicio, de ser la mejor prueba empírica de la realidad del Derecho Humano a la libre determinación de los pueblos de la tercera generación.

Hemos optado por traer esta característica en último lugar de forma intencionada para resaltar el innegable logro que ha supuesto, no solo si atendemos a los antecedentes históricos sino al vigente contexto global de internacionalización del tratamiento constitucional en cuanto a minorías, grupos, colectivos o etnias se refiere dentro del ámbito interno del Estado. Es necesario reconocer que no supone una regulación que parta de la nada, ya que en los textos constitucionales precedentes existían referencias reguladoras de estas realidades, si bien, comparativamente, el salto cualitativo y cuantitativo en lo que a relevancia y tratamiento constitucional ha sido, sin duda, más que notable. El nuevo marco regulativo que ofrece el NCL a los colectivos indígenas, ha cobrado un merecido, necesario y ecuánime tratamiento, ofreciendo de este modo un estatus jurídico integral que garantiza derechos, reconoce identidades y protege culturalmente desde directrices de convivencia pacífica, cooperación institucional y autonomía política. Una muestra de ello lo encontramos en la Constitución De Bolivia que establece, sin complejos, prejuicios, ni temores, la plurinacionalidad del Estado en una clara voluntad de equiparación del estatus político y jurídico entre minorías y el

---

<sup>586</sup> Verificaremos este postulado en epígrafe posterior donde analicemos el sistema de justicia penal de los Pueblos Indígenas.

propio Estado<sup>587</sup>. En la misma línea podemos citar a Ávila López que, en abundamiento de lo ya expuesto, incide en el carácter pluricultural del NCL<sup>588</sup>.

Por último, añadir a modo de complemento algunos caracteres que, con menor entidad, vienen a conformar la definición del NCL y que exponemos de forma más sucinta:

- La concurrencia de una firme voluntad de eludir cualquier influencia contaminante de los modelos previos, basados en “*injertos o trasplantes*” constitucionales.
- Se han potenciado instrumentos eficaces persiguiendo que los textos constitucionales sean verdaderas herramientas de cambio en la solución de los problemas que tradicionalmente vienen acuciando a los respectivos países. Son una muestra representativa que califican de “*pérdida del miedo a la invención*”, como un recurso útil en la transformación social y en la búsqueda eficaz de soluciones.

---

<sup>587</sup> Viciano Pastor R. y Martínez Dalmau, T. Óp. cit. Nota 350. Pág. 21. “*El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Fundamentos para una construcción doctrinal*”. “*En relación con lo anterior, las nuevas constituciones plantean en mayor o menor medida, de acuerdo con su realidad social, la integración de sectores marginados históricamente, como es el caso de los pueblos indígenas. Si bien estos pueblos ya contaban con algunos de sus derechos reconocidos en los primeros ejemplos reales del nuevo constitucionalismo, el planteamiento más radical al respecto se ha producido en la Constitución boliviana de 2009, que establece un Estado plurinacional no sólo formalmente –a través de metaconceptos-, sino materialmente, con el reconocimiento de la autonomía indígena (arts. 289 y ss), del pluralismo jurídico (art. 178), de un sistema de jurisdicción indígena sin relación de subordinación con la jurisdicción ordinaria (arts. 179.II, 192, 410) -jurisdicción ordinaria que Chivi (2010: 410) ha calificado de “pesada herencia colonial”-, de un amplio catálogo de derechos de los pueblos indígenas (arts. 30 y ss.), de la elección a través de formas propias de sus representantes(art. 211), o de la creación de un Tribunal Constitucional Plurinacional con presencia en él de la jurisdicción indígena (art. 197).”.*

<sup>588</sup> Ávila López, A.M. Óp. Cit. Nota 489. “Mientras en Europa se busca defender la existencia de “una cultura europea”, especialmente frente a los grandes flujos migratorios de los últimos años, el nuevo constitucionalismo latinoamericano defiende la existencia de Estados plurinacionales, conforme calcado en las constituciones de Venezuela de 1999, Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009; C.- *Las nuevas constituciones latinoamericanas presentan “un fuerte carácter pluricultural, multiétnico y preservador de la biodiversidad” ausente en las experiencias europeas (BELLOSO MARTÍN, 2015, p. 36). Ejemplos paradigmáticos son las constituciones de Ecuador de 2008, Art. 71 Y de Bolivia de 2009 Art. 8º. No hay duda de que el contenido de esas normas refleja una vertiente pluricultural, multiétnica y preservadora de la biodiversidad mucho más rica que la experiencia europea, lo que, una vez más, comprueba las diferencias entre ambas; “.*

- Son notables las mejoras que ofrecen en lo que al tratamiento del ámbito de las instituciones. Se ha pretendido adaptar figuras que han mostrado utilidad en el Derecho comparado.
- Son Constituciones principistas, desde la perspectiva que bajo la dicción literal lo que subyace es un plano valorativo concretado en principios que marcan las directrices esenciales de todo el ordenamiento jurídico y que en definitiva no son más que la verdadera traducción de la expresión del poder constituyente.

Este conjunto de elementos forman el andamiaje teórico-jurídico de la nueva categoría y ofrece el sustento suficiente para proponerlo como nuevo paradigma en el modelo constitucional, no sólo en el contexto cierto de los respectivos textos constitucionales sino que se ha convertido, inesperadamente, en una construcción dogmática de referencia constitucional global.

### **3.3.3 La esencia del NCL: El Poder Constituyente.**

Si existe una base común que sostenga la construcción jurídica, legal y teórica del NCL esa es la nueva configuración del que se ha dotado al poder constituyente<sup>589</sup>. La Teoría General del Poder Constituyente tiene, “*intrínsecamente*” un carácter revolucionario por haber nacido al albur de las revoluciones liberales norteamericana y francesa. Con todo ello, un aspecto importante que se extrae, es que para insuflar vida a una Constitución, ciñéndonos a un plano estrictamente formal, solo necesitamos un poder con legitimidad para crearla y un proceso legalmente preestablecido que abra el camino para su materialización y aprobación. De este modo, tenemos una incuestionable validez formal del texto constitucional y todo ello ajeno al principio democrático y como consecuencia de ello, lejos del soporte de la soberanía popular. De hecho, la experiencia constitucionalista desarrollada desde sus inicios tiene incontables experiencias, con mayor o menor grado de cumplimiento de esta validez “*impostada*” que, por lo general, suele atender a unos intereses particulares.

---

<sup>589</sup> Martínez Dalmau, R. “*El Ejercicio del Poder Constituyente en el Nuevo Constitucionalismo*”. Revista general de derecho público comparado, ISSN 1988-5091, Nº. 11, 2012.

La nueva estructuración del poder constituyente en el NCL conjura esas constituciones de “cartón-piedra” al servicio de unas élites, para consagrar el poder político del Estado en vinculación directa con la legitimidad democrática que le proporciona unos estrictos cánones de participación popular en la articulación del texto constitucional. Fue con el paso a modelos constitucionalistas influenciados desde un punto de vista más material (Estado de Derecho, Soberanía Popular y Principio Democrático), los que instrumentalizaron poderes constituyentes, que por un lado gozaban de plena legitimidad democrática y por otro, dotaban al texto constitucional de un esquema de valores que posteriormente se traducirían en principios constitucionales, que emanaban directamente del fundamento axiológico que precisamente era la seña de identidad del propio poder constituyente. No es más que ofrecer una “correa de transmisión” entre la voluntad del pueblo, que recibe el poder constituyente, y su transferencia en toda su extensión y contenido al texto constitucional. Huyendo de un criterio nominalista y primando un fundamento axiológico.

En este punto, considero especialmente acertada la perspectiva en la que Martínez Dalmau encuadra este nuevo progreso constitucional. Lo define un nuevo avance gradual, como signo distintivo de progreso, como un salto evolutivo. La nueva configuración del poder constituyente, netamente democrático, se distancia del estado precedente con un adulterado sistema representativo, para convertirse en un ejemplo constatado de esencia democrática<sup>590</sup>. El Estado constitucional, sólo puede estar basado en un efectivo cumplimiento de los principios democráticos, que es a su vez, lo que le otorga la legitimidad al poder. El adelanto en la nueva construcción del poder constituyente transcurre, a través de cuatro senderos.

---

<sup>590</sup> *Ibíd.* “De hecho, es fácil constatar cómo los avances sociales y los tecnológicos evolucionan de manera extremadamente distinta, partiendo en el mejor de los casos del estancamiento social frente al espectacular progreso técnico. En su calidad, porque en algún momento denominado triunfo de las democracias, haciendo alusión a las transiciones desde el autoritarismo en los países europeos y, posteriormente, en América Latina, así como los cambios que siguieron a la caída del muro de Berlín, ha acabado derivando, salvo honrosas excepciones, más en un conglomerado de sistemas formalmente representativos que en verdaderos supuestos de participación popular y control democrático. Y en su presencia, porque la mayor parte de la población mundial sigue viviendo en regímenes no democráticos - muchas veces ni siquiera simplemente competitivos-, aun cuando se califiquen -por ellos mismos o por terceros- de esa manera”.



- Uno primero, referido a la exigencia de un nuevo concepto de soberanía popular y poder constituyente, que incorpora lo que define una “*potencialidad revolucionaria*”. Es sin duda uno de los elementos claves del NCL y al que ya he hecho referencia anteriormente, en lo relativo a ese espíritu de “*ruptura*” con la anterior “*versión*” del constitucionalismo. En este apartado, es significativo los antecedentes históricos que han operado en el precedente constitucionalismo latinoamericano en el que, como ya se ha hecho referencia, ha venido marcado con un imperante nominalismo adaptado a los intereses de unos pocos. El NCL no solo rompe con una tradición elitista en cuanto a la efectividad de derechos, sino que realiza un esfuerzo de autoimposición al eludir cualquier indicio que pueda implicar a una mínima alusión a la conformación institucional que representó el símbolo vivo del modelo constitucional que se pretende superar.
- En segundo lugar destaca el “*sendero*” de la aportación de mecanismos de fortalecimiento democrática en el poder constituido. Sin duda, uno de los mayores tributos de este nuevo poder constituyente. En líneas anteriores ya he hecho referencia a lo que supone uno de los principios distintivos del NCL en lo que se refiere a esa lluvia de “*democracia*” que empapa todos los ámbitos políticos, jurídicos y legales del NCL y que es una seña distintiva por todo lo que implica, tanto desde el punto de vista revolucionario, como de avance en la teoría constitucional y sobre todo, en la efectividad y protección de los derechos más esenciales.
- Esto último entronca con el tercer “*sendero*” por el que debe transcurrir el poder constituyente, en referencia a su finalidad, la búsqueda de los mecanismos de materialización de la constitución. Es, según nuestro estricto criterio personal, el caballo de batalla del NCL y la “*Hydra*” que debe superar el poder constituyente articulador del NCL. Como veremos posteriormente, no son pocas ni vanas las críticas que llegan al NCL, ya no solo por unas pretenciosas y extensa listas de Derechos sino porque en muchos de esos casos, la sombra del nominalismo aparece, y tenemos figuras con gran pompa retórica, pero que se la hora de cobrar vigencia real, quedan en la indiferencia más absoluta de los poderes

públicos. A nuestro juicio, este problema no ha encontrado en el NCL un contrapeso que eluda este riesgo<sup>591</sup>, salvo en apreciadas y notables excepciones. Una de ellas la encontramos en el tratamiento de la multiculturalidad en los Estados en los que opera ese NCL. Nos referimos en concreto a la regulación de la que se ha articulado al máximo nivel, el tratamiento de los grupos minoritarios (mayoritariamente indígenas) en los que se ha podido ver trasladado esos valores y principios democráticos a una normativa que de forma efectiva los transpone a la vida real, consiguiendo de este modo, que la regulación legal no sea percibida como un desnudo mandato impositivo, sino como verdadera expresión de la soberanía popular.

- Por último, “*la marginación definitiva*” del poder constituido. Dicha marginación debe ser con una asepsia de quirófano. Es decir, eludiendo tanto la posibilidad de delegación del poder constituyente y como reafirmación del propio carácter de la constitución, fruto exclusivo de ese poder constituyente. En este punto ya se ha incidido en líneas anteriores por lo que no redundaré en contenidos ya tratados.

El NCL representa un sistema que trasciende de las debilidades del modelo de Estado Social, relegitima al poder político sobre la base de un principio democrático visible y efectivo instrumentalizado a través del poder constituyente. Es, al menos como hipótesis apriorística fundamentada, un avance en el nuevo paradigma constitucional.

### **3.3.4 Puntos débiles en la construcción del NCL.**

En este somero repaso a los postulados teóricos que afianza al nuevo modelo constitucional, no podía faltar en la visión global, los principales cuestionamientos a la viabilidad del modelo y a su soporte teórico-formal. Despuntan las aportaciones que

---

<sup>591</sup> En este punto son referencia los argumentos que Roberto Gargarella ha venido realizando en cuanto los avances del NCL y especialmente en este apartado. A opinión de Martínez Dalmau “*Yo creo que el profesor Gargarella quizá no tiene en cuenta una gran parte de factores que él puede entender como adjetivos o menos sustantivos, pero desde un punto de vista evolutivo no hay ninguna duda que hay muchas más cosas diferentes entre una Constitución del siglo XIX y una Constitución del nuevo constitucionalismo, que cosas iguales, incluidas las salas de máquinas*”. Óp. cit. Entrevista a Rubén Martínez Dalmau. Revista THEMIS. Nº. 67, 2015.

Roberto Gargarella viene desarrollando, desde un plano constructivo y pedagógico, de cara a dar relevancia a los puntos exánimes de la pretendida nueva categoría jurídica. Una labor de gran valor porque sólo superando aquellas deficiencias que de forma razonada se pongan en evidencia, se podrá avanzar en su asentamiento y aceptación.

En este ligero análisis a sus contribuciones, hay que destacar, en síntesis, lo que a su juicio es el principal reproche que merece el NCL. Lo que ha llamado metafóricamente la “*sala de máquinas de la Constitución*”, que entiende no ha sido tratada de forma apropiada por los constituyentes del NCL, reprochando su falta de ambición o compromiso con los propios cambios que propugnaban, ya que “*no se ha podido o no han querido*” llegar a las exigencias reformistas que pudieran dotar de plenitud a los nuevos contenidos constitucionales. Paralelamente a ello, es reconocible un “*especial esfuerzo*” que se ha llevado cabo bajo la directriz que ha impregnado todo el proceso constituyente de mejorar las condiciones de vida de aquellos grupos más desvalidos de la sociedad. En desarrollo de las tesis del Autor, decir que se ha dedicado un gran afán argumentativo y conformador por el constituyente en la sección de los derechos de las Constituciones, y sin embargo, no se ha prestado la necesaria respuesta exigida en el apartado de organización del poder<sup>592</sup>: “*Las puertas de la “sala de máquinas” quedaron cerradas bajo candado*”, subyaciendo en dichas palabras la idea de avance en aquellos aspectos que pueden entenderse más incidentales para ofrecer un férreo control sobre todo lo concerniente a la organización de poder. Sin duda, un valioso mensaje del que, a nuestro juicio, hay que extraer una valiosa enseñanza a tener en cuenta por la experiencia constituyente del NCL<sup>593</sup>.

---

<sup>592</sup> Gargarella, R. Óp. Cit. Nota 437. Pág. 332 y ss. “*Cabe resaltar que, al concentrar su esfuerzo en el área de los derechos, los reformistas sociales prácticamente dejaron de lado un necesario trabajo sobre el área de la organización del poder... De este modo, los constituyentes tendieron a dejar intocada la “sala de máquinas” de la Constitución, esto es, el área de la Constitución en la que se define cómo va a ser el proceso de toma de decisiones democrático.*”

<sup>593</sup> Gargarella contrapone la distinta situación que operó cuando en el pasado se produjo el paradójico pacto liberal-conservador, que no vaciló en realizar cuantas modificaciones fueron necesarias, tanto para garantizar la vigencia de los derechos que consideraban esenciales para mantener el estatus jurídico que se disfrutaba (se pone el ejemplo del derecho de propiedad), para, igualmente, introducir las reformas necesarias para complementar lo anterior, en la llamada “sala de máquinas”. Cta Gargarella las palabras de Alberdi “*Era necesario, al menos temporalmente, atar las manos de la mayoría, limitar sus capacidades de actuar en política, para poder asegurar la protección de ciertos derechos económicos básicos*” y en el mismo sentido”.

Si avanzamos en el desarrollo que propone Gargarella, podemos constatar que no solo considera los procesos constituyentes más actuales en Latinoamérica como insuficientes o carentes de lo necesario para su plena eficacia, sino que incluso, puede extraerse de su análisis que lejos de estancarse el cuestionamiento en el juego de poderes establecido, a su juicio, las reformas impulsadas bajo el sello de ese NCL lo que han venido es justamente a aumentar aún más, si cabe, el desequilibrio de fuerzas existente. De todo ello se deduce, que la pretendida bandera enarbolada por el NCL de máxima pulcritud democrática evidencia, paradójicamente, un fortalecimiento de los poderes presidenciales. Para ilustrar lo expuesto, podemos analizar algunos ejemplos en constituciones en las que puede reflejarse esa dicotomía entre maximización de derechos, amplios mecanismos de participación y, por contra, una organización de poder centralizada y vertical. Entre las muestras que recoge destacan dos, por un lado la de Ecuador y la Venezuela<sup>594</sup>.

En la experiencia ecuatoriana, resulta paradójico que a pesar de que la gestación de su reforma estuviera auspiciada en un momento de empuje antipresidencialista, los esfuerzos del constituyente no fueron dirigidos a limitar los poderes presidenciales, sino más bien resultó todo lo contrario. Sorprende que en un proceso constituyente donde se establecieron directrices prioritarias de normatividad democrática y participativa, se hayan visto incrementadas las facultades presidenciales. No solo el texto ecuatoriano de 2.008 no ha restringido los poderes presidenciales, sino que en algunos casos, como en materia de judicial, instituciones autónomas o Banco Central, ha visto sus competencias reforzadas. El contrapeso que pudiera suponer la introducción de nuevos mecanismos de participación<sup>595</sup>, parece ser que no ha reequilibrado un juego de poderes con marcada tendencia la preeminencia presidencial sobre el resto. En la misma línea Manuel

---

<sup>594</sup> En este punto igualmente incluye Gargarella al proceso de reforma constitucional mejicano, si bien, destaca algunas diferencias en cuanto lo ocurrido en Ecuador y Venezuela, al final, concluye, que el proceso mejicano es una muestra más de como la “*organización institucional dominante*” puede resistir las demandas de derechos y reconocimientos democráticos.”.

<sup>595</sup> Gargarella, R. Óp. cit. Nota 437. Pág. 312. “*De modo también notable, la Constitución ecuatoriana pretende desafiar la tradicional organización “tripartita” de poderes, incluyendo una “cuarta” función del Estado: la función electoral y aquella relacionada con la participación popular, en la que concentraremos nuestra atención (Grijalva, 2012: 33). A través de esta instancia, se coordinan todos los organismos de control, y se promueven formas diversas de la participación popular (que incluye la facultad popular de revocar un mandato, o las instrucciones obligatorias: la misma Constitución se asume como fijando pautas irrenunciables, que autorizan la revocatoria de los mandatos de quienes no cumplen con su voluntad)*”.

Ringa<sup>596</sup> comparte sustancialmente esta perspectiva llegando a similar conclusión en la falta de elementos innovadores en el NCL. Denunciando las dificultades que representa una voluntarista lista de Derechos que debe entrar en pugna directa con un Poder político concentrado.

De la experiencia Ecuatoriana, concluye Gargarella, la voluntad de democratización del poder se ha visto muy limitada y en ocasiones sobrepasada por el diseño de un poder ejecutivo muy centralizado y con intangibles competencias. A su juicio, la Constitución de Ecuador muestra un claro desequilibrio, ofrece una avanzada regulación en materia de derechos, y por contra, una “retrasada” reglamentación en su parte orgánica. Este resultado se mostró previsible desde el inicio, pues los contrapesos conformados como compensación a un fuerte poder ejecutivo, no se mostraban lo suficientemente fuertes como para equilibrar la balanza. Era evidente que el desequilibrio manifiesto entre ambos conjuntos de intereses conllevara a un dispar estatus jurídico-político y de ello se extrae un mensaje nítido, “*no había razones para sorprenderse frente a una performance pálida o deslucida por parte de las nuevas cláusulas participativas*”. La práctica posterior a la aprobación de la Constitución ecuatoriana fue desalentadora para el Autor, ya que fue el propio Presidente de la República el que limitó el alcance de la participación popular, incluso, vedando los intentos de desarrollar los acuerdos de Montecristi en esta materia.

En el modelo venezolano, se incide en iguales términos en lo que al deficiente tratamiento de la definida “*sala de máquinas*” de la Constitución, en correspondencia a los Derechos establecidos y los mecanismos de participación social: “*hiperpresidencialismo trabajando en un hiperpresidencialismo más reforzado*”. La sistemática que encontramos en la Constitución de Ecuador, podemos extenderla a la

---

<sup>596</sup> Manuel Ringa, M. Óp. Cit. Nota 464. “*No se trata, sin embargo, de recitar los nombres de los principales gobernantes de la región, responsables de los derechos que no se efectivizan, bajo retóricas siempre encendidas. Se trata de denunciar un modo errado de pensar el constitucionalismo, que después de más de doscientos años de práctica no ha aprendido a reconocer lo obvio, esto es, que el poder concentrado (político, económico) no puede sino resistir la puesta en práctica de los derechos nuevos, porque ella promete socavar también el poder de quienes hoy gobiernan discrecionalmente, bajo el control de nadie.*”.

ofrecida por el texto constitucional venezolano, y extrapolando, puede inferirse que quede viciado uno de los pilares que sostienen el NCL.

A pesar de cierto pesimismo ante la categorización del NCL, Gargarella no desdeña por completo sus aportaciones. La concurrencia de un nuevo modelo constitucional, basado entre otros fundamentos, en una fuerte convicción democrática en lo que a la génesis de los procesos constituyentes, traducido en amplias nóminas de Derechos que sirven de puente entre la axiología democrática y la efectividad formal y material de la constitución y por último, como señal, netamente, identificativa de la nueva categoría jurídica la introducción de implacables sistemas de participación ciudadana que insufla democracia a las decisiones ejecutivas estatales. Si aplicamos la plantilla teórica que expone Gargarella, nuestra construcción teórica se sustenta en pilares de barro ya que, en el fondo, no ha conseguido uno de los objetivos que perseguía de dotar a la estructura de garantías de ejecutividad. El NCL no aporta ninguna novedad reseñable y lo único que ofrece son textos similares a los que precedían. Como puede deducirse, a su juicio se sigue manteniendo una estructura de poder concentrado en el ejecutivo y de centralidad en lo territorial. Añade que el Poder Judicial sigue siendo “*elitista*” y que aún existe una distancia inalcanzable entre el pueblo y sus representantes. Define estos textos en los que conviven dos intenciones claramente diferenciadas “*Constituciones de dos almas*”. En las que confluyen las ya citadas fértiles declaraciones de derecho, con una visión hermética y atrayente del poder político<sup>597</sup>. La inferencia lógica de ello es, como así afirma el Autor, que ha quedado inalterada o incluso inconscientemente potenciada “*la sala de máquinas de la Constitución*”, pero a pesar de ello, reconoce que se ha avanzado, pero sin “*innovar demasiado*”.

A pesar de ese intenso negacionismo sobre las innovaciones del NCL, Gargarella admite ciertos brotes de esperanza reconociendo que incluso esas extensas listas de Derechos hoy día están empezando a cobrar virtualidad práctica por vía de la actuación

---

<sup>597</sup> Gargarella R. Óp. Cit. Nota 481. Pág. 171. “*Sin embargo, las Constituciones latinoamericanas muestran, desde comienzos del siglo XX, «dos almas»: La primera es la descripta, la que aún se mantiene intacta, moldeada al calor de concepciones restrictivas sobre la democracia. La segunda, en cambio, aparece interesada por recuperar la olvidada «cuestión social»: una cuestión que los «padres fundadores» del constitucionalismo latinoamericano (incluyendo a figuras como Alberdi o Sarmiento) habían dejado de lado, y decidido postergar para una próxima etapa del derecho.*”

del Poder Judicial<sup>598</sup>. La voluntad constructiva del autor se muestra cuando propugna medidas que puedan paliar el déficit que denuncia. Partiendo de una realidad objetiva, el conflicto de intereses que inevitablemente se produce cuando se instan demandas democráticas y participación, frente al poder institucionalizado que, por lo general, trabaja bajo directrices de preeminencia, control y mantenimiento del estatus, sino de ampliación del mismo, hace que sea un proyecto especialmente difícil. No se han de tener posiciones maximalistas y cualquier avance, por somero que se presente, debe entenderse como un gran paso andado para la democratización de un poder al que le cuesta ceder cada milímetro de competencia. Un ejemplo de ello son las reformas operadas en las constituciones de Colombia y Costa Rica, que se puede definir como “*sigilosas, localizadas y bien dirigidas*”, aunque no deben entenderse como la única vía, pero sí como una alternativa a recorrer en aras a la reforma de la compacta “*sala de máquinas*” de la Constitución<sup>599</sup>.

Otro de los autores que mantienen una perspectiva crítica es Salazar Ugarte. Aunque en esencia viene a coincidir en lo expuesto por Gargarella, si es cierto que aporta algunas novedades en este apartado interesantes. El autor contrapone el modelo constitucional contemporáneo, en los que señala que se recogen instituciones de diferentes tradiciones (Liberal, democrática y social) que califica como “*Teoría de modelo democrático constitucional (MDC)*”<sup>600</sup> con el NCL, tomando como referencia la propuesta de

---

<sup>598</sup> Ibídem. . “La buena noticia es que, poco a poco, esas declaraciones de derechos robustas comienzan a cobrar vida, aquí y allá, despertando de un sueño de décadas, y gracias a una muy lenta activación promovida por el Poder Judicial. La mala noticia es que tenemos que abandonar toda esperanza mayor de cambios, y toda ambiciosa ilusión en materia de derechos, mientras el poder de turno se obstina (más allá de sus discursos populares) en mantener cerrada la puerta de la «sala de máquinas» de la Constitución, es decir, la parte de la Constitución en donde se organiza el poder.”.

<sup>599</sup> Ibídem. Pág. 335. “Estos ejemplos nos servirán para ilustrar, simplemente, que la entrada a la “sala de máquinas” del constitucionalismo puede asumir distintas formas y objetivos. Los casos que tomaremos en cuenta son básicamente dos: los que han tenido lugar en Costa Rica y Colombia, hacia finales del siglo XX... .. Seguramente, tanto por razón de su alcance como por razón de su contenido, las reformas que estudiaremos no serían las que debería priorizar un programa igualitario de modificaciones institucionales. De todos modos, tales reformas -que no resultan incompatibles con dicho programa, sobre todo en contextos como los examinados, muy marcados por estructuras judiciales conservadoras del statu quo- pueden servir para ilustrar una forma tan sigilosa como modesta (aunque nada irrelevante) de ingreso a la “sala de máquinas” del constitucionalismo.

<sup>600</sup> Salazar Ugarte, P. Óp. Cit. Nota 460. Págs. 347 a 370. “Un modelo complejo que reúne instituciones de diferentes tradiciones (liberal, democrática y social) y que maduró en occidente sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial. Sus elementos característicos, como vimos en el capítulo precedente, son: a) una Constitución escrita, rígida y suprema; b) un amplio catálogo de derechos fundamentales (libertades, derechos políticos y derechos sociales); c) reglas para organizar democráticamente el acceso

configuración sustentada por Viciano Pastor y Martínez Dalmau. En su opinión el NCL se asemeja a lo que denomina “*populismo constitucional*” de origen antifederalista estadounidense. En su análisis tiene aportaciones teóricas a tener en cuenta. En lo relativo al Poder constituyente, recordemos cuya estructuración sujeta un pilar básico del NCL, considera que es un elemento “*exterior y anterior*” al documento constitucional y que ello tiene importantes consecuencias. Una importante es en cuanto que queda agotado con la aprobación de la Constitución por lo que su valoración, únicamente puede realizarse en términos de índole política o ideológica, pero no mediante consideraciones de Teoría Constitucional.

Entre los elementos que mayor fragilidad presentan se pone el acento en la integración de figuras ajenas a la epistemología y ontología jurídica y cuya configuración ha de re-adaptarse para su integración en el ordenamiento jurídico. En concreto cuando la Constitución de Ecuador otorga ciertas pretensiones a la “*Pachamama*” se está articulando un modelo de derecho subjetivo de difícil enclave jurídico. Desde su consideración, no es una cuestión ideológica sino jurídica. La “*Pachamama*” no es un sujeto definido al que pueda adjudicarse derechos. Este tipo de figuras rompe con la necesaria coherencia que debe conformar la constitucionalización de proyectos o tradiciones, por su evidente complejidad, ambigüedad y contradicción. Entendemos que lo que el Autor nos transmite es que la constitucionalización de figuras, con un marcado carácter ideológico o con gran arraigo cultural, debe encontrar un enclave jurídico-teórico que le dote de una estructura con plena integración en los principios rectores del propio ordenamiento jurídico. En caso contrario pueden surgir quiebras de configuración teórica que se traduzcan en inseguridad jurídica en la aplicación efectiva del propio derecho. El NCL es una muestra de “*ambigüedad y contradicción ideológica y teórica*” que lógicamente se traduce en una constante problemática a la hora de su aplicación práctica<sup>601</sup>.

---

y la gestión del poder político; d) mecanismos de control constitucional sobre leyes (cortes o tribunales constitucionales). Se trata de un modelo que combina —además de diferentes tradiciones del pensamiento— instituciones democráticas con mecanismos de control constitucional”.

<sup>601</sup> Ibidem. “Pág. 364”. “El acuerdo político que condujo a la constitucionalización de esas disposiciones quizá fue la solución pragmática a un desacuerdo profundo —superado con la estrategia de recoger en el texto constitucional las aspiraciones de todos los actores interesados— pero sentó las bases para desacuerdos jurídicos futuros. Así que, en una paradoja relevante, el acuerdo político es el origen de los desacuerdos jurídicos que se materializarán en el seno de la comunidad que adopta esa Constitución.”.



Otro de los elementos que es objeto de crítica es el lenguaje utilizado en la redacción del texto constitucional. Ya mantuvimos que la dicción constitucional ha de ser accesible a todos y un instrumento eficaz en la superación de los conflictos. Al margen del indudable objetivo de que pueda ser entendida mayoritariamente, también deben hacerse un esfuerzo en simplificar y favorecer la tarea de los intérpretes, ejecutores y aplicadores del Derecho. Como en todo ordenamiento jurídico, los principales aplicadores del Derecho (Jueces), han de tener cierto margen de flexibilidad que en muchos casos viene a suplir carencias normativas, pero ha de estar perfectamente acotado a fin de no incurrir, en que “*que los juzgadores se conviertan en los dueños*”. Pues bien, desde esta perspectiva, en muchas constituciones del denominado MDC se incurre en este tipo de carencia, si bien, a su juicio, el NCL adolece particularmente del mismo.

En cuanto la dimensión política del NCL, se deben realizar algunos juicios sobre la efectividad de la misma. Incluir grandes listas de derechos aboca a lo que se puede calificar de “*constituciones imposibles*” al establecer pretensiones que no se pueden garantizar. De concretarse este riesgo potencial en uno real, a su juicio, el NCL estaría sacrificando su “*valor instrumental*” por su “*valor simbólico y político*” que lo convertiría en una herramienta de irrelevancia constitucional.

Uno de los temas más complejos de la justicia constitucional, en el marco del NCL es particularmente problemático: por un lado tenemos configurados unos “*rasgos elitistas de control constitucionalidad de la ley*” y por otro, unos “*fuertes presupuestos populistas del fenómeno constitucional*”. Por un lado se ofrece una extensa nómina de derechos, unido a una supremacía constitucional favorecida por una legitimidad democrática plena a la que se le ha adicionado la integración del Sistema Internacional de los DDHH (SIDH) y paralelamente, se erige a los jueces como responsables de velar por el sistema desde una posición privilegiada. Una paradoja que es impulsada por el NCL. En el fondo, subyace un conflicto de contenido axiológico en el marco de referencia constitucional, que debe concretarse con la conformación de un texto constitucional que esté amparado en reglas y principios. Obviamente, decantarse en

exceso por una u otra figura jurídica tiene sus indudables riesgos, y en el caso del NCL, es representativo de una normatividad constitucional de la que se hace, en exceso, uso del principio constitucional en detrimento de la regla, lo que puede conllevar un alto grado de inseguridad jurídica, a su juicio, inadmisibles<sup>602</sup>. Lógicamente, una facultad excesiva de juicio valorativo por el aplicador del Derecho (Jueces), consecuencia de una “*sobrecarga de normas de principios el apartado dogmático*” de las constituciones, provoca un excesivo margen de decisión judicial con el consiguiente peaje en lo que a seguridad jurídica se refiere. Se corre un “*riesgo cierto*” de que sean los Jueces Constitucionales los que ostenten un monopolio de la interpretación y aplicación de la Constitución, que deban asumir, tanto el poder constituyente como el político.

Por último, traer algunas reflexiones crítica que nos ofrece Ramírez Nardiz<sup>603</sup> dirigidas especialmente a la participación democrática. Desde su perspectiva, lejos de los que en un principio pudiera deducirse del esfuerzo emprendido en la configuración de un sistema plenamente participativo y democrático, el resultado es que su práctica, paradójicamente, ha resultado muy escasa en los países de aplicación del NCL. Con reminiscencias de la crítica de Gargarella, Ramírez Nardiz considera que el NCL es “*heredero y continuador*” del constitucionalismo latinoamericano decimonónico y que sigue pivotando sobre dos ejes vertebradores, el centralismo y el presidencialismo. Esa ficticia apariencia de democratización en la toma de decisiones, esconde una manipulación del gobernante para, de este modo, ver reforzada su posición frente al resto de poderes, con el uso de la recurrente convalidación de sus decisiones por medio de consultas populares: “*uso pervertido de la participación*”.

En desarrollo del citado argumento, realiza un recorrido por los aspectos más perniciosos de un, erróneamente idealizado, instrumento de participación democrática. Los efectos en el sentido expuesto que el Autor destaca, podemos catalogarlos en dos líneas. Una primera centrada a resaltar las dificultades que de carácter, principalmente

---

<sup>602</sup> Se apoya Salazar Ugarte en la disertación de Kelsen en esta materia, cuando disponía, en referencia a modelos constitucionales “*mucho más sobrios que el NCL*”, temía que los principios ..... pudieran “*jugan un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional*”.

<sup>603</sup> Ramírez Nardiz, A. “*Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y Democracia Participativa. ¿Progreso o retroceso democrático?*.” *Universitas*, núm. 132, enero-junio, 2016, pp. 15-56. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

formal, pueden restar eficacia a la participación popular en las decisiones gubernamentales<sup>604</sup>. Una segunda, con mayor trasfondo material y en la que, tal y como ya se ha expuesto, considera que se corre un riesgo cierto de “*Populismo*”. Denuncia que existen contingencias que pueden abocar a una utilización de estos mecanismos de participación por el poder político para legitimar sus decisiones ante los ciudadanos, debiéndose estar muy alerta ante tales riesgos.

Por último, he dejado uno de los argumentos que se califica como “*simplificación de la democracia*”, porque a nuestro juicio, es la denuncia de uno de los puntos de fractura de mayor trascendencia en el instrumento de participación democrática definido por el NCL. Por lo general, los plebiscitos de consulta suelen ofrecer la elección de posiciones contrapuestas y muy simples, sin matices ni complejidades, que por lo general, así lo es la cuestión fáctica de la que traen causa. En su mayoría, no permiten “*negociación ni transacción*” y sobre todo, no garantiza los derechos de la opción perdedora. Interesante la reflexión ahondando en lo expuesto, cuando mantiene que se cede incautamente una responsabilidad importante a los ciudadanos que actúan como “*amateurs de la política*”. De este modo la democracia pierde “*calidad técnica*” al quedar en sujetos de “*escasa preparación*”<sup>605</sup>. Si bien debemos manifestar nuestro distanciamiento ante este último argumento, es cierto y ha de reconocerse que pone el foco la necesidad de responder a cuestiones como ¿hasta qué punto el ciudadano medio puede tener elementos de juicio suficientes como para emitir una decisión meditada, razonada y de calculadas consecuencias en temas trascendentales para la política de un país?, ¿supone ésta, una forma de eludir responsabilidades por parte de la clase política gobernante?,

---

<sup>604</sup> En este punto cita Ramírez Nárdiz, la imposibilidad material en la que se puede incurrir de no contar con los medios materiales (de todo tipo) para garantizar una aplicación efectiva y universal de la consulta. Junto a ello, la falta de control sobre aspectos como la participación, en aras a garantizar mínimos de colaboración en los plebiscitos que se establezcan. Por último, lo que denomina “*la atracción de lo representativo*”, desde una perspectiva de comodidad para los ciudadanos, en cuanto que ceden el testigo de la decisión al sistema representativo y con ello se reduce a una desincentivación general.

<sup>605</sup> Ramírez Nárdiz, A. Óp. Cit. Nota 603. Pág. 48. “*Sin embargo, todos los países del NCL tienen en común poseer grandes bolsas poblacionales que viven en la pobreza y que son susceptibles de ser movilizadas mediante instrumentos participativos por parte de gobernantes cuya voluntad tal vez sea la reforma social, o tal vez utilizar esas masas populares y su relación directa con ellas para subvertir el sistema institucional o, cuando menos, fortalecer su posición frente a las restantes instituciones. Por esto, la democracia participativa vista en relación con el NCL sí que tiene unos riesgos evidentes. Puede ser utilizada para empeorar la democracia en la medida en que se debiliten las instituciones representativas.*”.

¿realmente la decisión del ciudadano es en libertad, o está influida por grupos de presión?<sup>606</sup>. Como se puede comprobar, en nuestra consideración, no se descarta el riesgo anunciado en la capacidad del ciudadano, sino en la disposición que ese ciudadano goza para emitir un juicio informado. Es objetivo que la participación democrática, por lo general, legitima una decisión como ningún otro modelo conocido actualmente, pero al menos desde nuestra perspectiva, hemos de reconocer que los interrogantes que genera su uso generalizado, hace recomendable que su opción se someta a un sosegado y meditado proceso reflexivo, sobre todo, cuando se puedan ofrecer las garantías necesarias para que el juicio sobre las opciones se haga con plena información y sopesando fielmente las consecuencias del mismo. A nuestro parecer este es uno de los elementos más importantes a tener en cuenta en cuanto la valoración global que merece los instrumentos de participación política<sup>607</sup>.

Expuestos algunos de los argumentos críticos más relevantes por la doctrina, para ir cerrando este apartado consideramos necesario aportar alguna reflexión sobre los mismos. No es momento ni se pretende rebatir reflexivamente los argumentos críticos expuestos, aunque sí entendemos que de la superación de los mismos depende la viabilidad práctica de este nuevo modelo constitucional “*en construcción*”. Es cierto como se ha declarado del riesgo de extensos listados de derechos en el texto constitucional que luego no encuentre una virtualidad práctica efectiva. Compartimos los peligros que de ello se pueden generar y que en última instancia nos acerque a consecuencias que, en origen, precisamente se pretendían evitar. Hemos de admitir que como, razonablemente aporta Gargarella, han quedado materias pendientes de tratamiento a la hora de ofrecer una respuesta global en la liza contra las desigualdades sociales, y que el excesivo uso de la axiología constitucional puede incurrir en inseguridad jurídica y en un excesivo ámbito de decisión al Juez Constitucional, pero consideramos que hay una cuestión que, a nuestro juicio, no puede quedar sin respuesta

---

<sup>606</sup> Seguramente en esta cuestión, nos viene a la mente la decisión de salida de la Unión Europea del Reino Unido. La consulta realizada sirve de objeto de estudio para en el laboratorio de análisis poder analizar todas las cuestiones lanzadas.

<sup>607</sup> El desenlace de su propuesta en referencia al NCL y centrado en uno de sus principales fundamentos, es que la democracia participativa está muy condicionada a su regulación y circunstancias de aplicación, ya que de ello dependerá su éxito. Para Ramírez Nardiz “Es posible afirmar más participación sí, pero ante todo, mejor representación”.

por la propia subsistencia de la categoría jurídica. En palabras de Gargarella “¿cuál es el gran drama que las Constituciones latinoamericanas pretenden resolver a partir de su dictado?”. El propio autor lo responde con acierto. El problema de la desigualdad.

La desigualdad es uno de los principales retos que objetivamente pueden distinguirse en la realidad social de Latinoamérica. Muchas de las medidas que consagran las Constituciones identificativas del NCL inciden en este aspecto, con medidas de lo más variado e intensidad<sup>608</sup>. Todas ellas con el único objetivo de paliar o moderar la fuerte marginación que han venido sufriendo tradicionalmente amplios grupos de población. En este aspecto, y coincido en la conclusión esperanzadora de Gargarella, por el momento la prudencia aconseja otorgar tiempo a las medidas para que pueda valorarse de sus resultados la eficacia de la mismas<sup>609</sup>. Es cierto que en definitiva se trata de medidas verticales, que viene de arriba a abajo pero en este apartado consideramos que representan un acertado primer paso en pro del objetivo final de erradicar la desigualdad existente<sup>610</sup>.

---

<sup>608</sup> Gargarella, R. Óp. Cit. Nota 481. Pág. 19. “Algunas de las nuevas Constituciones latinoamericanas han intentado, sin embargo, adentrarse en este difícil camino, y procurado actuar sobre las bases materiales de la sociedad, que son aquellas sobre las que la Constitución debe apoyarse. Para ello, han optado por dos vías principales. Por un lado, y de modo más habitual, algunas de ellas han consagrado en su texto directivas económicas intangibles, normalmente relacionadas con la propiedad pública de los recursos naturales, o el rol del Estado en la economía. 19 De modo más ambicioso, y por otro lado, algunas de tales reformas fueron acompañadas por simultáneas medidas de reforma económica, destinadas a cambiar relaciones de poder previsiblemente amenazantes sobre la Constitución. El caso más notable, en este sentido, es el de Bolivia, cuyo texto aprobado fue puesto a referéndum de la sociedad (el 25 de enero del 2009), en una jornada en donde también se preguntó a la ciudadanía cuál debía ser la extensión máxima de tierra que podría acumular un ciudadano sin estar sujeto a la expropiación: 5.000 o 10.000 hectáreas –un tema sobre el cual los constituyentes no habían logrado ponerse de acuerdo.”.

<sup>609</sup> Para Viciano Pastor y Martínez Dalmau es precisamente el objetivo de superar las desigualdades sociales y económicas lo que motiva los amplios capítulos económicos en las Constituciones del NCL. Para Tórtora Aravena “Así, tanto el art. 112 de la Constitución venezolana, como el art. 283 de la ecuatoriana, y el art. 311.II.1 de la boliviana aluden a la planificación de la economía como rol de los respectivos Estados. Esta planificación opera tanto en la intervención monetaria y financiera, como en limitaciones a libertades económicas individuales establecidas en los textos constitucionales. No obstante todo lo dicho, la versión del Estado Social de Derecho en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano supera los márgenes habituales de las tradiciones jurídico-políticas contempladas por ejemplo en las mencionadas Constituciones mexicana, brasileña y colombiana, como también las de otras latitudes como las de Weimar (1919), Francia (1958), España (1978), o Sudáfrica (1996). Preliminarmente son tres las características que marcan esta distancia, como son: (a) la igualación de los derechos sociales a los derechos civiles; (b) una nueva concepción de igualdad; y (c) la incorporación de la idea de Estado de Derecho(s) y Justicia”. Óp. cit. “Los Derechos Sociales en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”. Pág. 117.

<sup>610</sup> En este punto Gargarella hace una advertencia en cuanto el numeroso número de medidas y su intensidad dictadas por los últimos textos constitucionales, arrojando tintes de duda en cuanto que, al

En el concreto ámbito del tratamiento de las minorías, es evidente que el NCL representa uno de los hitos, comparativamente hablando con los antecedentes constitucionales precedentes, y en los que a la vista de las reformas constitucionales puede concluirse que la efectividad de las mismas es objetivable. También puede interpretarse que al regular de una forma más equitativa la diversidad poblacional, se están cumpliendo objetivos contra la desigualdad. Cuando las Constituciones disponen en amplios capítulos los derechos, obligaciones, poder político y judicial, integración y competencia de las instituciones de los grupos minoritarios, en definitiva, se está construyendo un modelo de convivencia pacífica y respeto mutuo supliendo espacios de desigualdad con tolerancia y comprensión. Además se ha valorar el esfuerzo del constituyente en el NCL por ese denominado “*constitucionalismo popular*” en su intento de aminorar la desigualdad existente en los países en cuestión. Se ha de tener muy en cuenta que es un modelo que no se circunscribe exclusivamente al ámbito latinoamericano. La efectividad de los avances, no es una construcción teórico-práctica exclusiva de Latinoamérica, sino en la individualidad de cada una de las constituciones, que son las que realmente recaban los instrumentos que adaptados a la realidad social que las contextualiza. Su ponderación nos proporcionará indicadores efectivos en aras a aminorar o erradicar la problemática social a la que particularmente se enfrentan<sup>611</sup>.

### **3.3.5 NCL, una construcción autónoma al Neoconstitucionalismo.**

Para terminar por este heterogéneo trazo en cuanto los aspectos más relevantes del NCL, entendemos que no podía faltar una breve referencia sobre una de las discusiones doctrinales que mayor atención está recibiendo. En ese camino de reafirmación emprendido por el NCL ha entrado en pugna directa con otro modelo constitucional de innegable vigencia. Me estoy refiriendo a la confrontación directa que mantiene el NCL

---

contrario de lo que se pretende conseguir, puede ser que se esté allanando el despertar de “*monstruos adormecidos autoritarios*”, como así marcó toda la historia bolivariana.

<sup>611</sup> En este aspecto lejos de lo que en principio pudiera interpretarse coincide con las propuestas de Viciano Pastor y Martínez Dalmau, ya que éstos, igualmente reconocen que el NCL no ofrece soluciones que puedan ser extrapolables a cualquier país de Latinoamérica (Viciano Pastor, R. y Martínez Dalmau, R. “El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Fundamentos para una construcción doctrinal”. Revista general de derecho público comparado, ISSN 1988-5091, Nº. 9, 2011, págs. 1-24.).

con el modelo denominado Neoconstitucionalismo y que ha sido objeto de especial atención por la doctrina. A modo de reto a superar, son numerosos y bien argumentados los artículos que han tratado el tema con resultado dispar. Por un lado, tenemos un sector doctrinal que considera que no tiene una identidad autónoma el NCL fuera del Neoconstitucionalismo, por otro, encontramos propuestas en sentido contrario defendiendo la clara independencia de ambos modelos y por último, perspectivas más eclécticas con llamamientos a la complementariedad y mutua interconexión.

Este es sin duda un tema de eminente debate doctrinal y que, a grandes rasgos, no conlleva unas consecuencias directas sobre la temática objeto de estudio en el presente trabajo si bien, como ya se ha indicado en referencias anteriores, entendemos que el tratamiento global de la exposición en los elementos más importantes del NCL no quedaría completa en cuanto una breve referencia a la presente rivalidad, al menos, desde un plano estrictamente teórico. Con tal intención se presentarán algunas de las propuestas más relevantes en la materia. Hay que partir de una extensa librería de artículos doctrinales si bien condensaremos aquellas propuestas identificativas con las líneas más significativas.

Sotillo Antezana<sup>612</sup> entiende que el Neoconstitucionalismo se establece como un concepto que intenta superar al Estado de Derecho. Pero no como un proceso pacífico de natural evolución, sino muy al contrario, define al Neoconstitucionalismo como una reformulación del Estado de Derecho, rechazando la supremacía constitucional frente al resto del ordenamiento jurídico. Reconoce que en el trasfondo de su argumentación se revela una fuerte crítica al Estado de Derecho y al positivismo que lo ha venido sustentando que abocaron a un Estado como garante de la aplicación de la ley, *“vaciando de contenido al verdadero espíritu de la noción de Estado”*<sup>613</sup>.

---

<sup>612</sup> Sotillo Antezana, A.R. Óp. Cit. Nota 173.

<sup>613</sup> *Ibidem*. “Así, Ferrajoli (2010) señala que el denominado Estado de Derecho es en realidad solo un Estado legal de Derecho, porque sólo le importa la vigencia de la ley, hecho que permitió que el régimen nacional-socialista de Alemania y el fascista de Italia también fueran considerados Estado de Derecho. Por ello el neoconstitucionalismo se erige como una superación del concepto tradicional de Estado de Derecho”.

Lascarro Castellar<sup>614</sup> considera que en América latina se ha optado por modelos mixtos (control difuso y control concentrado) que vienen a conformar una especie de síntesis del modelo norteamericano y occidental que, en las palabras de Prieto Sanchís, se considera otra tendencia de Neoconstitucionalismo. Viciano Pastor parte de la misma idea, aunque con cierta tendencia a la diferenciación, para Lascarro ha operado una “*renovación generacional*” .En línea con Sotillo Antezana muestra al modelo Neoconstitucional como crítico, contra-hegemónico y emancipatorio frente a las teorías del derecho. Centra su estudio en la experiencia colombiana al considerar que en su contexto se han hegemonizado<sup>615</sup> los postulados neoconstitucionales. A pesar de ello toma firme partido en cuanto la distinción con el modelo NCL, cuando en referencia a las Constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela las define como “*elementos descolonizadores, anticapitalistas y antiliberales*”<sup>616</sup>.

Ávila López matiza que la expresión “*Neoconstitucionalismo*” la podemos encontrar utilizada en diversos sentidos. Resalta una realidad que a veces pasa por ausente pero que tiene una vital trascendencia. Una Constitución no es axiológicamente neutra. Lógicamente la referencia valorativa que inspira todo el espíritu constitucional tiene una especial relevancia ya que será bajo sus directrices las que determinen no sólo la validez material de las normas sino que sirvan de guía en la función de orientación e integración que ocupa al Derecho.

---

<sup>614</sup>Lascarro Castellar, C. “*De la hegemonía (neo) constitucional a la estrategia del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*”. Universidad de Colombia. Recibido el 30 de junio de 2012 y aprobado el 5 de octubre de 2012.

<sup>615</sup> Ibídem. Pág. 61. “*La corte constitucional ha mostrado una amplia recepción de autores como Dworkin, en contra-vía Hart, Alexy, en contra vía Kelsen. La propia Corte ha puesto de manifiesto, entre otros aspectos, que el Estado constitucional presenta una sensibilidad en su diseño institucional, afincada en valores propios del ordenamiento jurídico, los cuales permiten, sacrificando la ley y por tanto la coherencia y sistematicidad del ordenamiento, la apelación a la justicia en casos concretos (Upegui, 2009: 74). También, desde sus inicios, hizo palmaria su posición para aceptar la vigencia del Estado social de derecho en Colombia.*”.

<sup>616</sup> Ibídem. Pág. 63. “*Al respecto, es necesario resaltar, como lo ha señalado agudamente Ricardo Sanín, los procesos de Bolivia y Ecuador (e incluso el autor hace alusión a Venezuela) “no son simples variaciones de las tipologías del constitucionalismo moderno occidental, como lo quiere hacer ver el neoconstitucionalismo –y como sí lo es la constitución colombiana–” (SANÍN, LASCARRO & otros, 2012: 217).*”.



En otro ámbito, Humberto Ávila mantiene una perspectiva crítica al Neoconstitucionalismo. Le achaca provocar una falsa apariencia principiología en la Constitución brasileña<sup>617</sup>. Ha producido una forzada fachada de principios de lo que en realidad son reglas y advierte que, un uso intenso de los “principios” en la redacción constitucional implica ceder un alto grado de discrecionalidad al legislador en su desarrollo, escapando de esa forma de la legitimidad constitucional en favor de la legislación ordinaria<sup>618</sup>. No es superflua su prevención. Al igual que en contenidos precedentes se ha reflexionado sobre el excesivo y detallado desarrollo constitucional que se reprueba a los textos del NCL, por contrario, igualmente puede caerse en un abusivo espacio etéreo en la redacción constitucional que es cubierto por el legislador ordinario, rompiendo la prevalencia constitucional. Sumado a ello debemos añadir un efecto adyacente y es que la distancia entre la normatividad constitucional y la regla ordinaria es suplida por los aplicadores del Derecho, superponiendo un nuevo criterio extra-constitucional a las prescripciones<sup>619</sup>. Es difícil imaginar un escenario más distorsionador del Poder Constituyente.

Viciano Pastor, en trabajos con Martínez Dalmau, defienden la relación que une ambos modelos constitucionales, teniendo puntos en común, si bien, como modelos independientes. Mantienen que el Neoconstitucionalismo es una “*corriente doctrinal*” que es fruto de “*años de teorización académica*” mientras que, por contra, el NCL es un fenómeno foráneo al contexto académico. El NCL es la concreción teórico-jurídica de reivindicaciones populares y movimientos sociales. Hacen hincapié en que, no por

---

<sup>617</sup> En la misma línea, Viciano Pastor, R. Óp. Cit. Nota 309. Pág. 31. “*No creemos que pueda ser un ejemplo del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano la constitución brasileña de 1988, a pesar de que presenta rasgos específicos que anuncian lo que serán las apuestas centrales de ese nuevo paradigma constitucional.*”.

<sup>618</sup> Ávila López, A.M. Nota 489. Pág. 7. “*Lo que, para Humberto, es incorrecto, ya que, si se analiza detenidamente la Constitución brasileña, podrá verse que la mayoría de sus normas presenta una estructura de regla. Entender, y a veces hasta forzar para que muchas de las normas constitucionales sean consideradas principios, provoca un antiescalonamiento del sistema jurídico, en la medida en que la concretización de estas normas tendrá que ser efectuada por medio de leyes infraconstitucionales. Es decir, será el legislador ordinario, y no el constituyente, quien muchas veces determinará el contenido de una norma constitucional, invirtiendo la jerarquía del sistema jurídico.*”.

<sup>619</sup> *Ibidem*. Pág. 17. “*Con la incorporación de normas de tipo principio, la subsunción se mostró insuficiente, debiéndose recorrer a la ponderación, es decir, al sopesamiento de las normas en conflicto para determinar, en cada caso concreto, la norma mejor aplicable. Esa situación viene, frecuentemente, derivando en un fuerte subjetivismo judicial. Es cada vez más común constatar casos en los cuales los miembros del Poder Judicial han creado normas, han legislado, violando el principio de la separación de poderes y el principio democrático.*”.

ese origen tan poco ortodoxo sus postulados tienen menos firmeza argumentativa y teórica aunque, reconocen, que su estructura no se ofrece con la cohesión y articulación que los años de depuración y análisis han producido el Neoconstitucionalismo. A pesar de ello, no se impide que puedan deducirse unos rasgos comunes entre ambos modelos.

Uno de esos rasgos identificativos del NCL, y que comparte con el Neoconstitucionalismo, es que ambos sistemas pretenden lo que los dos autores llaman una “*constitucionalización del ordenamiento jurídico*”, observando las consecuencias prácticas de ello. En el caso del Neoconstitucionalismo, se busca una transición con el modelo constitucional precedente sin ruptura y con cierto continuismo, ofreciendo el cambio como una “*tranquila*” evolución<sup>620</sup>. Se define por una “*omnipresencia*” de principios y reglas y por la reivindicación de la interpretación y aplicación de la norma constitucional distinta a la norma legal ordinaria. Las bases del NCL aportan un plus que lo configura como una corriente más empática socialmente<sup>621</sup>. Trasciende lo estrictamente jurídico para vehicular la necesidad democrática social y trasladarla al texto constitucional<sup>622</sup>. Se articula de este modo como un verdadero instrumento de expresión democrática plasmado en la constitución con indudable repercusión en la normatividad y axiología de ésta. Para Viciano Pastor y Martínez Dalmau tiene cierto carácter “*revolucionario*” ya que a su juicio, a lo que nos sumamos, le dota de mecanismos en cuanto la emancipación y el avance los pueblos. De ahí que la califiquen como una “*Teoría democrática de la Constitución*”. Solo por ello, merece la calificación de modelo autónomo con respecto al Neoconstitucionalismo.

Como se puede inferir, la propuesta de los dos Autores nos ofrece una postura claramente amparada en la defensa del NCL como una construcción constitucional

---

<sup>620</sup> *Ibíd.* Pág. 17 “De esta manera, el Neoconstitucionalismo reivindica la reinterpretación desde la Constitución del Estado de Derecho....Aspectos *generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*”. “*En definitiva, el neoconstitucionalismo pretende, sin ruptura, convertir al Estado de Derecho en el Estado Constitucional de Derecho.*”.

<sup>621</sup> “*Naturaleza extrajurídica*” lo define Viciano Pastor y Martínez Dalmau.

<sup>622</sup> Viciano Pastor, R. y Martínez Dalmau, R. *Óp. cit.* Nota 434. Pág. 19. “[NCL]... *debe generar mecanismos para la directa participación política de la ciudadanía, debe garantizar la totalidad de los derechos fundamentales incluidos los sociales y económicos, debe establecer procedimientos de control de la constitucionalidad que puedan ser activados por la ciudadanía y debe generar reglas limitativas del poder político pero también de los poderes sociales, económicos o culturales que, producto de la historia, también limitan el fundamento democrático de la vida social y los derechos y libertades de la ciudadanía.*”.

autónoma del Neoconstitucionalismo. Es por ello que reprochan a éste su falta de coherencia y de sistematización<sup>623</sup>, así como la escasez de límites analíticos en sus propuestas y su enmascaramiento de una teoría del poder bajo una aparente teoría del derecho<sup>624</sup>.

Por último, es necesario citar las voluntaristas aportaciones de Beloso Martín, en su intento de compatibilizar ambos modelos. En su propuesta se hace un sistemático recorrido de las críticas más relevantes a ambos modelos, si bien, se concluye por la autora un fundamentado apoyo a la nueva categoría que representa el NCL<sup>625</sup>, compatibilizado con un detallado análisis de puntos de conexión y diferencias entre ambos modelos para concluir, tras un concienzudo examen, con una conclusión que sirve de eje vertebrador al presente trabajo. Una diferencia notable entre Neoconstitucionalismo y NCL viene determinada por el grado de consolidación de la teoría jurídica que sustenta a uno y otro modelo. Mientras que en el Neoconstitucionalismo se encuentra en un grado de madurez bastante estabilizado, no ocurre así en el NCL, que está actualmente en construcción. Con bastante habilidad, lo extrapola al mecanismo de constitucionalización de Derechos. Derechos como la Plurinacionalidad, Pluralismo Jurídico o la jurisdicción indígena resultan de difícil

---

<sup>623</sup> Martínez Dalmau, R. y Viciano Pastor, R. Óp. Cit. Nota 434. Pág. 70. *“En cuanto al primer aspecto, Ferrajoli (2010, pp. 18-19) lo podría haber dicho más alto pero no más claro: la expresión neoconstitucionalismo “resulta, en varios aspectos, equívoca y engañosa”, puesto que, al referirse en el plano empírico al constitucionalismo jurídico de los ordenamientos dotados de constituciones rígidas, resulta asimétrica respecto del constitucionalismo político e ideológico que no designa ni un sistema jurídico ni una teoría del derecho, sino que es poco más que un sinónimo de Estado liberal de derecho. Adicionalmente, dado que, en el plano teórico, la expresión neoconstitucionalismo se identifica, generalmente, con la concepción iusnaturalista del constitucionalismo, no capta sus rasgos esenciales y que lo distinguen de su concepción iuspositivista la cual resulta, de hecho, ignorada. El autor propone el término ius-constitucionalismo o constitucionalismo jurídico para diferenciar el Estado constitucional de derecho del Estado legislativo de derecho: “El rasgo distintivo del constitucionalismo será la existencia positiva de una lex superior a la legislación ordinaria, con independencia de las diversas técnicas adoptadas para garantizar su superioridad”.*

<sup>624</sup> *Ibidem*. Pág. 71. *“Sobre la segunda de las críticas, tenemos que tener en cuenta que, aunque el neoconstitucionalismo se nos presenta específicamente como una teoría del derecho –y, por ello, despojada de cualquier elemento politológico–, es también –o consecuentemente– una teoría del poder: en particular, del poder de los jueces a la hora de interpretar la Constitución.”.*

<sup>625</sup> Beloso Martín, N. Óp. Cit. Nota 172. Pág. 35. *“Ese “nuevo constitucionalismo” busca la legitimidad de la soberanía popular antes incluso que la preocupación y la afirmación jurídica positivada. El interés por las causas sociales que motivaron los nuevos textos constitucionales, así como el ímpetu insurgente de transformación del Estado y el cambio de rumbo jurídico en favor de poblaciones a las que históricamente se les han negado necesidades fundamentales, han sido factores que originan el movimiento caracterizado como “nuevo constitucionalismo latinoamericano”.*

enclave en el modelo Neoconstitucional mientras que en el NCL han encontrado un terreno fértil para su desarrollo<sup>626</sup>. Ello no hace sino ahondar en las tesis que se viene defendiendo a lo largo de este trabajo, de que el nuevo modelo constitucional que consagra el NCL ha supuesto un avance en el reconocimiento de los Derechos de las minorías, sobre todo en cuanto al Derecho de libre determinación, que viene legitimado en origen por la calificación del mismo como un verdadero Derecho Humano de tercera generación, que ha encontrado una efectividad material y formal sin precedentes en el nuevo modelo constitucional.

---

<sup>626</sup> *Ibidem.* Pág. 37 “Una diferencia notable entre el neoconstitucionalismo y el “nuevo” constitucionalismo latinoamericano es que la sistematización consolidada del neoconstitucionalismo, articulada por especialistas en Teoría del derecho y en Derecho Constitucional es una tarea que aún está en fase de articulación en el “nuevo” constitucionalismo latinoamericano. La constitucionalización de derechos de la que parten en unos y otros textos constitucionales es muy diferente. Plurinacionalidad, pluralismo jurídico y jurisdicción indígena se configuran como categorías jurídicas de difícil encuadre en la teoría del Derecho propia del constitucionalismo europeo (valores superiores, principios jurídicos constitucionales, deberes jurídicos). El sistema de fuentes del Derecho y el principio de seguridad jurídica, propios del constitucionalismo europeo, tienen difícil encaje con el pluralismo jurídico que caracteriza a este “nuevo” constitucionalismo latinoamericano.”.

## 4 CAPITULO 3.

### 4.1 Evolución del DAD. De Principio del Derecho Internacional a Derecho Humano Universal.

Nuestro tercer gran pilar se basa en el Derecho de libre determinación de los Pueblos. Iniciamos su estudio partiendo del análisis de su progreso evolutivo<sup>627</sup>. Por lo general, se atribuyen sus orígenes, al menos nominal y públicamente, a principios del Siglo XX cuando Woodrow Wilson, Presidente de los Estados Unidos, pronunció su famoso discurso<sup>628</sup> el 8 de Enero de 1.918, en el que por primera vez se hizo referencia a la idea de la “Autodeterminación”. Remarcamos lo de idea, ya que según algunos autores, no fue en ese discurso donde germinara la referencia expresa a la noción de “autodeterminación”<sup>629</sup>, sino poco después, el 11 de febrero de 1.918, cuando Wilson se dirigía al Congreso de los Estados Unidos en su informe sobre las negociaciones de paz celebradas tras la primera guerra mundial cuando, efectivamente, sí invocó el concepto de “self-determination”<sup>630</sup>. Una posible explicación a la iniciativa del presidente estadounidense nos la ofrece Álvarez Molinero cuando indica que el mandatario tenía una concepción que cataloga de “angloamericana”, identificada con una noción de nación asociada a unos rasgos marcados por la identidad cultural basada en tradiciones, y costumbres comunes, por contraposición del modelo “germano”, constituida por estirpes de lazos de sangre<sup>631</sup>. La de Wilson tiene una conformación con mayor

---

<sup>627</sup> Llama la atención en este apartado que autores como Martínez Jiménez, A., ha podido desarrollar otras manifestaciones del DAD a lo largo de su evolución histórica. En concreto, el autor resalta la existencia de tres paradigmas: la Autodeterminación liberal, la Autodeterminación nacionalista y la Autodeterminación de Clase (ibídem. Pág. 84).

<sup>628</sup> Ha pasado a la historia como el de los “14 puntos”.

<sup>629</sup> Martínez Jiménez, A. “*El Derecho de Autodeterminación de los Pueblos en el Siglo XXI. La secesión-remedio como consecuencia de graves violaciones de Derechos Humanos*”. Thomson-Aranzadi.2014. Pág. 88. “A lo largo de su intervención Wilson utilizó muchos eufemismos e incluso en repetidas ocasiones el término “desarrollo autónomo” (autonomousdevelopment en el discurso original).”.

<sup>630</sup> Ibídem. Martínez Jiménez, A. Pág. 88. Extracto de la exposición de Wilson en su alocución al Congreso de los Estados Unidos el 11 de febrero de 1.918: “Los pueblos no pueden ser entregados de una soberanía a otra por una conferencia internacional o un acuerdo entre rivales antagónicos. Las aspiraciones nacionales deben ser respetadas; desde ahora los pueblos solo pueden ser dominados y gobernados por su propio consentimiento. La “autodeterminación” no es una simple palabra [self-determination is not a mere phrase]. Es un principio fundamental que debe guiar nuestras acciones, y que si los estadistas en adelante lo ignoran lo harán en su propio riesgo”.

<sup>631</sup> Álvarez Molinero, N. Op. Cit. Nota 148. Pág. 102. “Wilson tenía a este respecto una visión que según Pomerance puede ser calificada como angloamericana, en el sentido de que veía a la nación como a una comunidad de organización de vida y de tradiciones, por lo tanto en oposición a la tradición colectivista

expresión democrática y esencialmente más identificada con el respeto a la comunidad que comparte una identidad y cultura construida a lo largo del tiempo. De ahí que se asocie a una “*noción liberal*” de la Autodeterminación que legitima al gobierno por medio de la democracia como expresión de la voluntad del pueblo. Es objetivo reconocer que su contribución aportó al acervo internacional el origen de una de las figuras con mayor relevancia en su historia. Significación que debe ser contenida y ajustada a la realidad, ya que en el punto 5 de su discurso<sup>632</sup>, en ningún momento se habla de “Self-determination” y está más bien dirigido a contener las pretensiones que por parte de las “*colonias*” pudieran eventualmente demandarse. Con todo, es justo valorar la inédita aportación por parte del presidente de una de las potencias mundiales, de la necesidad de dotar de consideración a las legítimas pretensiones que por parte de los pueblos (coloniales en aquel momento) se exteriorizaban de respeto a su identidad, en idéntico rango que a las de los propios estados<sup>633</sup>. Es manifiesta la distancia que separa la actual concepción del DAD como un Derecho Humano de tercera generación, con la visión que Woodrow Wilson aportó en su discurso, pero la valía de su contribución marca su nacimiento como Principio en el Derecho Internacional.

Al margen de la autoría de su nacimiento, la contribución del presidente estadounidense tuvo como principal mérito trasladar un ideal al embrión de una institución jurídica, que con un imparable progreso lo convertirían en el Derecho que es hoy generalmente reconocido. Con su advenimiento, se incorporaba al debate internacional una clara referencia al respeto de las minorías y la necesidad de encontrar un estatus jurídico adecuado a su situación, que les permitiera una convivencia pacífica y un próspero

---

*alemana que hacía hincapié en la nación como comunidad de sangre y origen* 213. (213 POMERANCE, Michla, «Self-Determination...», *op. cit.*, pp. 1-2.)”.

<sup>632</sup> Khanna, V.N. “International Relations”. Apéndice I, 5th Edition. 2013. Apartado 5º. “A free, open-minded, and absolutely impartial adjustment of all colonial claims, based upon a strict observance of the principle that in determining all such questions of sovereignty the interests of the populations concerned must have equal weight with the equitable government whose title is to be determined.”

<sup>633</sup> Sáez de Santa María, P.A. “La libre determinación de los pueblos en la nueva sociedad internacional”. Curso Euro mediterráneos Bancaja de Derecho Internacional. Volumen I. 1.997. Pág. 119-174Pág. 124. “En el ámbito de las relaciones internacionales, el principio empieza a encontrar proyección en la práctica de los Estados con la I Guerra Mundial. Dejando a un lado las manifestaciones menores, hay que señalar que es gracias al presidente de los EEUU W. Wilson, como el principio político de la libre determinación va a encontrar una proyección general al hilo del proceso de redefinición del mapa mundial y particularmente europeo tras la guerra, al incluirlo en sus conocidos Catorce Puntos formulados en 1.918.”.

desarrollo, dentro del ámbito territorial, político y legal en los que se encontrara. Es probable que la intención del presidente estadounidense respondiera a motivos geoestratégicos o políticos ajenos a la inclusión en la esfera internacional de un nuevo ideario de respeto a la autonomía de los pueblos o minorías, pero, aunque fuera indirectamente, su contribución supuso una innegable revolución en lo que la introducción del concepto representó en el derecho internacional.

En el ámbito político, junto a Wilson, debemos reconocer el papel desarrollado por Vladímir Ilich Uliánov (Lenin), ya que en 1903, en el segundo Congreso del Partido Obrero Socialdemócrata de Rusia, se encuadró un apartado con el título “*Derecho de autodeterminación para dar a las naciones incluidas dentro de las fronteras del Estado*”. Lenin, en 1914<sup>634</sup> recogió el concepto y lo impulsó, obviamente desde la particular perspectiva al servicio de sus principios ideológicos, pero en lo que merece trascendencia en este apartado, hay que resaltar que años antes que lo hiciera Wilson, fue pionero en dotar de unos sólidos fundamentos del concepto de Autodeterminación, que va más allá de un vano nominalismo para arrojarle de un contenido, claramente conectado con la esencia que se ha transmitido hasta nuestros días en defensa de las

---

<sup>634</sup>“*La democracia proletaria debe tener en cuenta el nacionalismo de los campesinos rusos (no en el sentido de concesiones, sino en el sentido de lucha) ya ahora, y lo tendrá en cuenta, probablemente, durante un período bastante prolongado. El despertar del nacionalismo en las naciones oprimidas, que se ha mostrado con tanta fuerza después de 1905 (recordemos aunque sólo sea el grupo de "autonomistas-federalistas" de la I Duma, el ascenso del movimiento ucraniano, del movimiento musulmán, etc.), provocará inevitablemente un recrudecimiento del nacionalismo de la pequeña burguesía rusa en la ciudad y en el campo. Cuanto más lenta sea la transformación democrática en Rusia, tanto más empeñados, rudos y encarnizados serán el hostigamiento nacional y las discordias entre la burguesía de las diversas naciones. El singular espíritu reaccionario de los Purishkevich rusos engendrará (e intensificará) a la vez tendencias "separatistas" en unas u otras naciones oprimidas, que a veces gozan de una libertad mucho mayor en los Estados vecinos. Semejante estado de cosas plantea al proletariado de Rusia una tarea doble, o mejor dicho, bilateral: luchar contra todo nacionalismo y, en primer término, contra el nacionalismo ruso; reconocer no sólo la completa igualdad de derechos de todas las naciones en general, sino también la igualdad de derechos respecto a la edificación estatal, es decir, el derecho de las naciones a la autodeterminación, a la separación; y, al mismo tiempo y precisamente en interés del éxito en la lucha contra toda clase de nacionalismos de todas las naciones, propugnar la unidad de la lucha proletaria y de las organizaciones proletarias, su más íntima fusión en una comunidad internacional, a despecho de las tendencias burguesas al aislamiento nacional. Completa igualdad de derechos de las naciones; derecho de autodeterminación de las naciones; fusión de los obreros de todas las naciones; tal es el programa nacional que enseña a los obreros el marxismo, que enseña la experiencia del mundo entero y la experiencia de Rusia*”. Escrito: Entre febrero y mayo de 1914. Primera publicación: En los núms. 4, 5 y 6 (abril a junio de 1914) de la revista Prosveschenie. Digitalización: Aritz, julio de 2000. Esta Edición: Marxists Internet Archive, 2000.

minorías<sup>635</sup>. La propuesta de Lenin ofrecía una mayor y real sensibilidad frente a la situación de los colectivos minoritarios frente a la que presentó Wilson<sup>636</sup>.

En resumen, en este recorrido histórico hay que distinguir dos etapas claramente diferenciadas. Una primera, desde su aplicación como Principio programático del derecho internacional en la resolución de los conflictos que afectaron a las minorías y que se produjeron especialmente durante el periodo entre guerras y una segunda etapa, tras la segunda guerra mundial, esta vez como un verdadero Derecho en el marco Internacional que inspiró e impulsó el proceso descolonizador.

#### **4.1.1 Primera etapa. DAD como Principio Programático del Derecho Internacional.**

En la primera fase, la autodeterminación fue un hélico esbozo ideológico que había surgido como posible desenlace pactado a la cuestión de las minorías étnicas que, a su vez, sirvió de arma arrojada entre ambos bandos en el periodo entre guerras. Ante una realidad que exigía respuestas políticas inmediatas, sin embargo, recibía una total

---

<sup>635</sup> Martínez Jiménez, A. Óp. Cit. Nota 629. Pág. 98. *“La primera diferencia fundamental entre ambos discursos (Wilson y Lenin) la encontramos en la amplitud. En el caso de Lenin su concepto del derecho a la autodeterminación es tremendamente amplio, prácticamente absoluto podemos decir. Evidentemente apostaba por la liberación de las nacionalidades no emancipadas de los imperios, pero también abordó la cuestión colonial abiertamente, algo pionero en aquel momento, abogando por su liberación. Además, para el ruso la autodeterminación conllevaba un incuestionable derecho a la secesión unilateral. Además, otro punto diferencial entre Wilson y Lenin en torno a la Idea de autodeterminación lo encontramos en la oportunidad política de pus análisis. Wilson se aproximó al derecho a la autodeterminación de manera muy estratégica, a través de discursos muy concretos centrados en la geoestrategia de los vencedores, y como acto reflejo a las pulsiones más inmediatas que se necesitaba abordar en aquel momento. Por su parte Lenin siempre tuvo una especial atención a esta cuestión sin importarle la estrategia internacional del momento. Incluso antes de que la comunidad internacional se fijará en las minorías, como lo demuestra el hecho de que ya en mayo de 1914 redactará una carta de derechos de minorías, la declaración sobre la Igualdad de las Naciones y la Salvaguarda de los Derechos de las Minorías.”*

<sup>636</sup> Martínez Jiménez, A. Óp. cit. Nota 629. Pág. 99 *“Además, otro punto diferencial entre Wilson y Lenin en torno a la Idea de autodeterminación lo encontramos en la oportunidad política de pus análisis. Wilson se aproximó al derecho a la autodeterminación de manera muy estratégica, a través de discursos muy concretos centrados en la geoestrategia de los vencedores, y como acto reflejo a las pulsiones más inmediatas que se necesitaba abordar en aquel momento. Por su parte Lenin siempre tuvo una especial atención a esta cuestión sin importarle la estrategia internacional del momento. Incluso antes de que la comunidad internacional se fijará en las minorías, como lo demuestra el hecho de que ya en mayo de 1914 redactará una carta de derechos de minorías, la declaración sobre la Igualdad de las Naciones y la Salvaguarda de los Derechos de las Minorías.”*



indiferencia por los Estados<sup>637</sup>. En el Pacto de la Sociedad de Naciones no encontramos ni una sola referencia a la Autodeterminación<sup>638</sup>, muy al contrario<sup>639</sup>, institucionalizaba la labor de las potencias en una función paternalista de protección a las colonias que hipostasiaba su “misión sagrada de civilización”<sup>640</sup>. En este contexto se produjo uno de los casos paradigmáticos y pioneros que ayudó al despegue del planteamiento de respeto a la autonomía de las minorías dentro del marco legal del Estado<sup>641</sup>. En 1920, el

---

<sup>637</sup> Mantovani de Lima, R. y Bergamaschine Mata Diz, J. “El derecho de las minorías y los conflictos armados: la creación y puesta en marcha del Tribunal Especial para el Líbano”. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XV, 2015, pp. 571-610, Pág., 582. “Además, la ruptura de los imperios europeos antes, durante y después de la Primera Guerra Mundial, y la construcción de nuevas nacionalidades, hizo con que surgieran naciones, principalmente en Europa, pluriétnicas, pluri religiosas, y en la mayor parte de los casos, plurilingüística. Eran agrupaciones de personas constituidas hace muchos siglos y reconocidas por la evidencia empírica en sus lugares de origen y establecimiento habitacional, comunidades que se quedaron divididas por los cambios de fronteras y sometidas a los grandes imperios multiétnicos y multiculturales de fines de la segunda mitad del siglo XIX. La cuestión nacional nunca fue solventada definitiva y separadamente de la cuestión minoritaria, lo que provocó diferencias en ese periodo de fin de la Primera Guerra Mundial relativo a las naciones anteriormente constituidas, en especial en lo que se refiere a la capacidad política para constituirse en un Estado autónomo. La ausencia de mayor claridad sobre este asunto y la resolución pragmática de los conflictos surgidos a partir de entonces por parte de las nuevas potencias y la comunidad internacional, constituyó una pesada herencia que se hace presente hasta el día de hoy en muchos de los conflictos más complejos del espacio europeo, principalmente en la parte céntrica.”.

<sup>638</sup> Martínez Jiménez, A. Óp. cit. Nota 629. Pág. 100. “No obstante su traslado al ámbito del Derecho fue prácticamente nulo por no quedar consagrado finalmente en el Pacto de la Sociedad de Naciones.”.

<sup>639</sup> Remiro Brotóns, A. “Derecho Internacional”. Tirant lo Blanch. 2007. Pág. 165. “El hecho de que ni Estados Unidos ni la Unión Soviética fueran miembros fundadores de la S. de N. permitió a las grandes potencias europeas escamotear la mención en el Pacto de un principio, sin duda desestabilizador, cuya aplicación inmediata quedó reservada para la reordenación territorial de los imperios multiétnicos (austrohúngaro, otomano) derrotados, creándose nuevos Estados y propiciándose para las minorías un régimen de protección garantizado internacionalmente cuya observancia doméstica contaba con la constitucionalización de las obligaciones convencionales. En definitiva, la derrota de los imperios centrales y de sus aliados permitió generalizar hasta donde era posible—con base en el principio de las nacionalidades— la fórmula —integradora en el caso de Alemania y de Italia— que había animado los movimientos independentistas en el solar austrohúngaro y otomano y producido ya en el siglo XIX el nacimiento de Serbia (1878) y otros países.”.

<sup>640</sup> Artículo 22 del Pacto de la Sociedad de Naciones (1919). “Artículo 22. A las colonias y territorios que, a raíz de la reciente guerra, han cesado de hallar-se bajo la soberanía de los Estados que lo gobernaban anteriormente y que son habitados por pueblos aún incapaces de regirse por sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno, deberá aplicarse el principio de que el bienestar y el desarrollo de esos pueblos constituyen una misión sagrada de civilización, y deberán ser incorporadas en el presente pacto garantías para el cumplimiento de dicha misión. ...”.

<sup>641</sup> Jarillo Aldeanueva, A. “Pueblos y Democracia en Derecho Internacional”. Tirant lo Blanch. Uned. 2.012. Pág. 52. “A pesar de las invocaciones del principio en el plano de la política internacional, el informe de la Comisión de Juristas convocada por la Sociedad de Naciones para pronunciarse sobre el asunto de las Islas Aaland, al afirmar de forma categórica que no era una de las reglas positivas del derecho de gentes es paradigmático del momento embrionario en que se encontraba el principio desde un punto de vista Jurídico.”.

caso de las Islas Aaland<sup>642</sup> marcó un hito inicial en el debate internacional del DAD abriendo la puerta a su cuestionamiento y empujó a la agenda internacional las demandas de libertad de decisión de las minorías a la hora de definir su estatus jurídico-político. En el conflicto, la Comisión de Juristas expertos de la Sociedad de Naciones optó por hacer primar la integridad territorial de Finlandia y su derecho a gestionar sus asuntos internos por encima de la libre elección de la minoría que pretendía su adhesión a Suecia, territorio con el que tenían mayores lazos culturales y étnicos y del que gozaban de pleno apoyo.

Si bien en este primer envite tuvo una relevancia marcada por consecuencias más políticas que jurídicas<sup>643</sup>, sí que supuso un punto de partida inicial en el camino que posteriormente desembocaría en un Derecho pleno de reconocimiento a la identidad de las minorías, con los pronunciamientos inherentes a ello. De este modo se iniciaba el recorrido del Principio que Wilson había postulado unos años antes, otorgando visibilidad a las minorías, que amparadas por procedimientos democráticos, exigían capacidad de decisión a la hora de definir su estatus jurídico y político. En el contexto en el que se desarrolló el caso de las Islas Aaland (periodo de entreguerras), la comunidad internacional se mostraba muy reacia a ofrecer amparo a cualquier pretensión que pudiera poner en cuestión la integridad territorial interna de los países y

---

<sup>642</sup> Ruiz Sánchez, J.M. "El derecho de libre determinación o autodeterminación de los Pueblos desde las perspectivas histórica, politológica, jurídica, filosófica y teológica, con especial referencia a su tratamiento en la actual crisis nacional y constitucional que atraviesa España". Aula Política. CEU Institutos Estudios para la Democracia. *"El movimiento nacionalista de estas islas -pertenecientes a Finlandia pero de población étnicamente sueca- presentó ante la Sociedad de Naciones una propuesta de unión con Suecia, basada jurídicamente en el "principio de las nacionalidades". El Estado sueco apoyó esta propuesta, defendiendo la tesis de que debían ser los habitantes de las islas los que decidieran su futuro político. Finlandia, sin embargo, se opuso, alegando que si se admitía a trámite la petición sería un caso de intromisión interna en sus propios asuntos. La mencionada Comisión de Juristas dictaminó que "Aunque el principio de que los pueblos deben poder disponer de sí mismos ocupe un lugar importante en el pensamiento político moderno, sobre todo después de la guerra mundial, conviene hacer notar que no se encuentra inscrito en el pacto de la Sociedad de Naciones. Y la consagración de este principio en cierto número de tratados internacionales, no puede bastar para hacerlo considerar como una de las reglas positivas del derecho de gentes". El Consejo de la Liga decidió finalmente que "conceder a las minorías de lengua o religión o a otros sectores de la población el derecho a separarse del Estado a que pertenecen porque éste sea su deseo, podría destruir el orden y la estabilidad dentro de los Estados, y dar lugar a la anarquía en las relaciones internacionales".*

<sup>643</sup> Álvarez Molinero, N. Óp. cit. Nota 148. Pág. 101. *"No obstante, son varios los autores y autoras que opinan que la formulación de la autodeterminación por Wilson tuvo más de práctico y estratégico que de ejercicio de protección de los derechos de las minorías nacionales.*

a que ello pudiera desembocar en un conflicto violento o al menos político<sup>644</sup>. De ahí la meritoria contribución, al menos en su cuestionamiento.

En aquellos tiempos, y en parte sigue siendo así, las pretensiones de las minorías se apreciaban como un factor distorsionante de la estabilidad política de un Estado y con un alto potencial de derivar en enfrentamiento. Lógicamente, ante incipientes focos de disputa, la política internacional de principio y mediados de siglo XX, que pendía de difíciles equilibrios, no resultaba terreno abonado para que prosperaran las pretensiones de respeto a la identidad de las minorías. La respuesta que ofreció el estamento internacional y que se materializó en el caso de las Islas Aaland, fue la de contemplar un tímido derecho al reconocimiento y respeto a la identidad cultural minoritaria para, seguidamente, someterlo al superior valor de la estabilidad política del Estado. De ello, Álvarez Molinero deduce la acertada conclusión de que, a pesar del intento de instaurar un régimen de respeto a las demandas a la libre determinación de las minorías, se impuso por contra, la prevalencia del criterio estatal, en favor de la estabilidad internacional<sup>645</sup>. Denuncia la “caótica” situación que se instauró en un momento donde los esquemas de valores del Derecho Internacional en esta materia variaban en función del caso a que se aplicaba, ofreciendo distintas soluciones y por ello, fomentando una contraproducente inseguridad jurídica que en nada favorecía la instauración de unas directrices homogéneas que consolidaran el Principio del DAD<sup>646</sup>.

---

<sup>644</sup> Pérez Casanova, W.J. “Sálvanos Wilson. El remedio americano para la decadencia europea”. Actas del III Congreso Internacional de Historia de Nuestro Tiempo. Logroño: Universidad de La Rioja, 2012, pp. 187-196. “En resumen, Woodrow Wilson y sus ideas acerca de la autodeterminación se convirtieron en el referente que la izquierda catalanista necesitaba para poder articular su discurso. Las manifestaciones del presidente estadounidense se mantuvieron durante bastante tiempo en las líneas maestras de un nacionalismo que pretendía conseguir una autonomía más amplia a corto o medio plazo y, ya a largo plazo, incluso la independencia. No hace falta decir que la interpretación del derecho de autodeterminación por parte del nacionalismo catalán superó, de largo, las pretensiones iniciales de Wilson. (X-M. Núñez Seixas, 2001, p. 492)”.

<sup>645</sup> Álvarez Molinero, N. Óp. cit. Nota 148. Pág. 108. “Las demandas de las minorías eran peligrosas y su consideración se sujetaba a la existencia de una soberanía real y efectiva por parte de los estados. A pesar de los intentos de Wilson de elaborar un principio de autodeterminación ligado a los valores democráticos, el resultado fue que se fortaleció la idea de que los estados podían tratar a las minorías nacionales en sus territorios según sus criterios, siempre y cuando no se amenazara la estabilidad internacional.”.

<sup>646</sup> ibídem. “Si en el caso Aaland, la opinión de la población era irrelevante, en el caso de Irlanda, el tratado anglo-irlandés requería de la aprobación de la ciudadanía para dar paso posteriormente a la constitución de un estado libre dentro del Imperio británico. Esta divergencia de respuestas demuestra no sólo el aspecto oportunista y caótico de la práctica estatal, sino también el hecho de que la doctrina

En conclusión, a pesar de las reticencias que encontró en un principio el desarrollo del legítimo y a la vez innovador pensamiento de respetar y materializar las demandas de las minorías en orden a aspectos esenciales en el mantenimiento y desarrollo de sus particularidades, la idea fue avanzando hasta el definitivo impulso que recibió en el periodo tras la segunda guerra mundial por el proceso descolonizador<sup>647</sup>.

#### **4.1.2 Positivación del DAD como Pleno Derecho. Relevancia del papel de Naciones Unidas.**

Tras la segunda guerra mundial y la constitución del nuevo organismo de las Naciones Unidas, se presentó con incipiente fuerza el DAD al hilo de los procesos de descolonización que se fueron desarrollando en las décadas siguientes. Fue en esta fase donde el DAD alcanzó su máximo nivel como Derecho, aceptado dentro de la esfera internacional y convirtiéndose en una genuina figura jurídica.

La conformación como organismo internacional de “Naciones Unidas” sirvió como foro de debate y sobre todo, de canalización de las distintas contiendas que pudieran surgir dentro de las relaciones entre Estados, así como de catalizador en la búsqueda de potenciales soluciones que se logaran bajo el auspicio de la mayoría de la comunidad internacional. No quedaron fuera de esta vía de resolución de conflictos la latente problemática de las Colonias, que afloraba con especial virulencia en este contexto, atendiendo a la madurez que operaba ya en el Derecho Internacional del DAD<sup>648</sup>. En este aspecto, se suele encontrar en la doctrina cierto consenso en cuanto al

---

*suele acudir a los mismos casos para confirmar y asentar argumentaciones doctrinales que tienen como objetivo ratificar una determinada construcción del derecho de autodeterminación.”.*

<sup>647</sup> Guerra Sesma, D. “Autodeterminación y Secesión en el Ordenamiento Internacional. Los casos de Quebec, Escocia y Cataluña”. Asociación Española de Ciencia Política y de la Administración. Ponencia 11 Congreso. 20/09/2013. Pág. 2 “*La autodeterminación como principio ya se contemplaba en la Carta del Atlántico de 1941, firmada por Franklin D. Roosevelt y Winston Churchill a bordo del USS Augusta “mientras navegaban en algún punto del Atlántico”. En parte, como rescoldo del antiguo principio de las nacionalidades de W. Wilson tras la Primera Guerra Mundial. Esta declaración anticipaba el nuevo orden que, presumían sus firmantes, surgiría de la Segunda Guerra Mundial.”.*

<sup>648</sup> Sáez de Santamaría, P.A. Óp. cit. Nota 633. Pág. 127 “*Así las cosas, será la práctica posterior de la Organización la que va a producir un fenómeno sin parangón en la historia de las NU mediante el cual el principio de libre determinación de los pueblos pasará de ser programático a convertirse en un principio estructural del derecho internacional, informador del contenido de una norma de iuscogens.”*

reconocimiento del DAD a los territorios bajo dominación colonial, tanto en lo que respecta a la positivación en los textos normativos internacionales, principalmente en los emanados en sede de Naciones Unidas, como por la práctica internacional aplicable que, por lo general, siempre gozó de una actitud muy receptiva por parte de los Estados a las demandas de descolonización.

El punto de salida puede fijarse en 1945 con la firma de la Carta de Naciones Unidas en la que se recogen referencias al Principio de libre determinación de los pueblos en sus artículos 1.2 y 55. Esta traslación a un acuerdo internacional de la trascendencia de la Carta de San Francisco, supone el bautismo oficial como un Derecho de ámbito internacional en la interrelación de los Estados, así como su transformación de Principio programático a verdadero Derecho regulador de las relaciones internacionales<sup>649</sup>. Es cierto, y así se ha de constatar, que la Carta no clarifica la noción de “*autodeterminación*” y tampoco de “*pueblo*”, dejando a la hermenéutica el alcance y contenido de tales conceptos<sup>650</sup>. En este quehacer, Jorge Urbina opina que no se debe optar por una interpretación restrictiva y hay que entender las referencias a los principios de igualdad de derechos y a la libre determinación de los pueblos (comprendidos éstos como el derecho para poder definir su sistema político, económico o social de forma autónoma) de la Carta, extensibles tanto a los Estados, que encaja con el perfil aplicable a los territorios bajo dominación colonial e igualmente se legitima la aplicación, al menos puntualiza el autor, a “*territorios no autónomos y a los sometidos a administración fiduciaria*”. Extrae una fundamental consecuencia que tiene relevancia a los efectos de este trabajo y es que los redactores de la Carta conformaron un Principio de igualdad de derechos que implica la inexistencia de una jerarquía de “*Pueblos*” a los que adjudicar el derecho de forma categorizada.

---

<sup>649</sup> Hay que constatar que a pesar de los titubeantes inicios que tuvo el DAD, llama la atención que haya evolucionado hasta alcanzar el estatus mayoritariamente reconocido como norma de “*iuscogens*” del Derecho Internacional.

<sup>650</sup> Jorge Urbina, J. “Las Naciones Unidas y su contribución al desarrollo del Principio de Autodeterminación”. *Dereito* Vol. 10, núm. 1. 197-239. 2001. “Así, Kelsen interpretó estos preceptos de forma restringida, entendiendo que el nexo establecido entre “*igualdad de derechos*” y “*libre determinación*” implicaba que esta última debía referirse a la soberanía del Estado y que, por tanto, la fórmula contenida en el art. 1.2 se equiparaba al art. 2.1, es decir, al principio de igualdad soberana”.

De lo expuesto, deduce otra idea sustancial a nuestro objetivo, “*Ahora bien, tal y como está concebido en la Carta, lo que sí parece claro es que este principio no presupone la concesión de un derecho a la independencia o a la secesión a todos los pueblos no constituidos en Estados, ni siquiera a los sometidos a dominación colonial*”. De este modo se asienta doctrinalmente el pensamiento de que debe disociarse, al menos de un automatismo inicial, la noción de libre determinación de los pueblos con la de Secesión. Suponen dos realidades muy diferentes, con presupuestos y consecuencias divergentes y sobre todo, con tratamientos desde la esfera internacional, muy distanciados. Esta sustancial diferenciación será objeto de un estudio más detenido en epígrafe posterior.

Otra de las consecuencias que destaca de la Carta es que define la conexión entre el Derecho de autodeterminación y lo que llama, el “*establecimiento de relaciones pacíficas*”<sup>651</sup>. Coincidimos con el Autor en su conclusión en que el respeto al DAD es un factor de contribución al mantenimiento de la paz y representa una inestimable vía de escape de las presiones del sistema ante las lógicas tensiones que las demandas de colectivos minoritarios pueden conllevar para estabilidad del modelo. Lógicamente, aplicado al sistema colonialista se puede extraer con facilidad que análogamente la administración del DAD ayudó como un instrumento de estabilidad de las relaciones entre Metrópolis y Colonia.

Con todo, la Carta no fue una herramienta que ejerciera una fuerza coactiva lo suficientemente decidida como para atajar la cuestión colonial con la firmeza que una situación de dominación requería. Como entiende Remiro Brotons, se confinó a una regulación de “*blando talante reformista*”<sup>652</sup>. Se avanzó en el estatus jurídico de las Colonias, pasando a lo que se denominó “*territorios no autónomos*”<sup>653</sup> que implicaban, no una plena autonomía pero sí, al menos, se reconoció la posibilidad de establecer gobiernos propios. En este desenvolvimiento del DAD, volvieron a converger líneas

---

<sup>651</sup> Resolución 1514 (XV) “*La sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los Derechos Humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y de la cooperación mundiales.*”. Resolución 1541 (XV) en referencia al DAD y su vulneración, supone “*una amenaza al bienestar de la Humanidad y a la paz internacional*”.

<sup>652</sup> Remiro Brotons, A. “Derecho Internacional”. Op. Cit. Nota 639. Pág. 167-185.

<sup>653</sup> Artículos 73 y 74 de la Carta de Naciones Unidas.

antagónicas entre los que propugnaban una aplicación directa y un reconocimiento pleno de autonomía con los efectos consustanciales a dicha declaración, y por otro, los que se aferraban al nuevo sistema de “*administración fiduciaria*” que suponía en la práctica un actualizado modelo de control, pero anteponiendo el Principio de la “*jurisdicción doméstica*”<sup>654</sup>, para continuar bajo las mismas premisas de supervisión y gestión por parte de la metrópolis de sus respectivas colonias. A la vista del resultado se puede afirmar que tuvo mayor respaldo la primera opción que la segunda.

En 1.960, la Asamblea General aprobó la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales (Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 1514-XV de 14 de diciembre de 1960), que según Remiro Brotons puede catalogarse como la Carta Magna de la Descolonización. Por medio de esta Declaración, ahora sí, se huye de mecanismos paliativos de tutelas de mayor o menor intensidad para lograr, en el menor plazo posible, independencias reales y efectivas de los territorios bajo dominio colonial. En este texto internacional se aprecia un repudio absoluto del fenómeno colonialista<sup>655</sup>. De este modo y dentro del contexto de desarrollo de la presente resolución, el DAD se visualizó esencialmente como un instrumento anticolonialista y como consecuencia de ello, asociado a la idea de independencia. A pesar de los intentos posteriores de suavizar la postura de total ruptura o absoluta desconexión de la Resoluciones ulteriores, con vías menos emancipadoras, esta percepción simbiótica entre independencia y autodeterminación ha perdurado hasta nuestros días. No es infrecuente que se utilicen ambos términos indiferentemente para definir situaciones en las que más que demandas de libre determinación se auspicien voluntades secesionistas. En la actualidad, la doctrina ha intentado poner distancia entre autodeterminación e independencia, distinguiendo la llamada Autodeterminación interna y la externa, siendo ésta última, a nuestro juicio, no una verdadera autodeterminación, sino más bien un ejercicio de Secesión. De hecho, y como ya comentaremos en líneas posteriores, la mal llamada “*autodeterminación externa*” tiene un difícil enclave, tanto en el Derecho internacional como en el interno de los Estados, ya que se interpreta como un eufemismo de Secesión. En resumen ya que, como hemos

---

<sup>654</sup> Artículo 2.7 de la Carta de Naciones Unidas.

<sup>655</sup> En la línea de la Conferencia de Bandung de 1950 y nacimiento del “altermundismo”.

indicado, estudiaremos esta trascendental diferenciación para este trabajo entre Autodeterminación y Secesión con suficiente atención posteriormente, por lo que subrayar aquí la consecuencia colateral de un proceso, el de descolonización, que sirvió para asentar el DAD como un verdadero Derecho en el ámbito internacional, pero que sincrónicamente<sup>656</sup> le ha asociado el efecto de la independencia. Efecto realmente conectado, solo y particularmente, con el proceso descolonizador<sup>657</sup>.

La Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 1541-XV de 15 de diciembre de 1960, adoptada al día siguiente de la 1514, vino a templar el lenguaje utilizado por ésta, pero sin limitar su efectividad en el objetivo de articular mecanismos eficaces para la descolonización, estableciendo para ello una delimitación clara de los territorios susceptibles de aplicación así como ampliando y complementando el abanico de opciones que su antecedente, la 1514 había incorporado al Derecho Internacional. La Resolución 1541, amplió a otras posibilidades de ejercicio del DAD, ofreciendo a las Colonias otras vías al margen de la independencia efectiva. Se trataba de modelos de asociación o integración como Estado independiente, siempre que dicha decisión viniera amparada por una decisión democrática, libre e informada, ejercida por el pueblo. Como puede verse, esta Resolución incluyó referencias expresas a los Principios de democracia, libertad de elección, expresión popular, y control de Naciones Unidas (Principio IX). No debe desatenderse la trascendencia de que impusieran métodos democráticos en la toma de decisiones tan relevantes, sobre todo para una época donde no era común someter a consulta popular decisiones relevantes de los Estados<sup>658</sup>. En definitiva, la Resolución 1541, complementó la 1514, compensando también, las demandas de las Potencias Colonizadoras de modo que se pudiera ofrecer mecanismos

---

<sup>656</sup>Jorge Urbina, J. Óp. cit. Nota 650. Pág. 208. *“En la práctica reciente, observamos que la Asamblea General continúa destacando la independencia como modo de ejercicio del derecho de autodeterminación, aunque a la vista de las peculiares características de los territorios que aún quedan por descolonizar parece existir un cambio de tendencia, abogando por otras posibles alternativas.”*

<sup>657</sup> Como indica la propia Resolución su ámbito material se ciñe a Pueblos sometidos a subyugación, dominación o explotación extranjera.

<sup>658</sup> Jarillo Aldeanueva, Óp. cit. Nota 641. Pág. 64. *“Resultan de gran interés los procedimientos mediante los cuales un territorio no autónomo puede adquirir la independencia ya que en aquella época no se entendía que fuera absolutamente necesaria la celebración de un referéndum o de una consulta popular directa para determinar la voluntad popular en favor o en contra de la adquisición de la independencia. Así fue establecido por el Tribunal Internacional de justicia en el Asunto del Sahara reflejando las distintas posibilidades que eran consideradas entonces para acceder a la independencia.”*



intermedios a la completa independencia para que de este modo se pudieran mantener cierta relación más específica, sobre todo desde un plano económico<sup>659</sup>.

Poco después se adoptó la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 1654-XVI de 27 de noviembre de 1961, que con buen criterio, conformó el denominado Comité Especial<sup>660</sup> para el seguimiento y control de los procesos arbitrados por las dos resoluciones anteriores y la consecución de sus fines. Este organismo jugó un papel fundamental en el proceso descolonizador ya que ejercía una labor de vigilancia y supervisión para posterior informe a la Asamblea General, de modo que ésta contara con la información necesaria para adoptar las medidas que estimara correspondieran. Sobre todo en materia de fiscalización del grado de autogobierno del que disponían las Colonias para, de este modo, asegurarse de que la injerencia del País colonizador quedaba limitada a su mínima expresión. Llegado este punto se podía percibir de forma directa por los territorios bajo dominación colonial que aquel germen de Principio programático, de tenue influencia de las relaciones internacionales entre Estados, había adquirido su mayoría de edad pasando a cobrar plena vigencia como un verdadero Derecho regulador y sobre todo, con plena eficacia arbitrando mecanismos para su ejercicio<sup>661</sup>.

Posteriormente, se acordó la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 2625-XXV de 24 de octubre de 1970, que trajo una cuarta modalidad al abanico de opciones, en la línea de la Resolución 1541 de atemperar la opción de total

---

<sup>659</sup> Lo cierto es que estas vías más templadas de acceder a la autonomía por los territorios coloniales no tuvo mucho éxito, al menos en los años que siguieron a las Resoluciones de principios de los 60. Fue a en su fase final, donde sí se optó por este modelo de "Libre Asociación" por algunas Colonias. Sobre todo por aquellas Colonias que a pesar de anhelar un estatus de plena autonomía eran conscientes de sus limitados recursos y la necesidad de ser complementados por los bienes que pudieran ser suministrados por la Metrópolis.

<sup>660</sup> Conocido como Comité de los 24

<sup>661</sup> Remiro Brotons, A. Óp. cit. nota 639. Pág. 169. *"Analizado superficialmente el proceso histórico de la descolonización, podría decirse que la libre determinación de los pueblos coloniales barrió la soberanía del Estado. Los gobiernos que, como el portugués, se plantaron ante el jaque descolonizador manejando las prerrogativas de la soberanía (afirmación de su propia integridad territorial, reclamo de no intervención en sus asuntos internos, liberación incondicional de fuerza armada institucional dentro de sus fronteras) experimentaron la sensación de que su condición soberana se cocía al calor de un principio menos estático, el de la autodeterminación. En consecuencia, se considera que el ejercicio del derecho de autodeterminación debe derivar de la libre expresión de la voluntad del pueblo en cuestión, como se deduce de la Resolución 2625 [XXV] y ha reconocido el T.I.J. "*

independencia, esta vez, ofreciendo a los Estados la posibilidad de “*adquirir cualquier otra condición política libremente decidida por el pueblo*”<sup>662</sup>, pero sobre todo, vino a consagrar la Libre Determinación de los Pueblos como un Derecho inherente a la condición de todos los Pueblos<sup>663</sup>.

Con la Resolución 2625 (XXV) empezó el Derecho Internacional a marcar ciertas distancias entre la asociación entre Autodeterminación e independencia<sup>664</sup>, generada durante el proceso descolonizador. De este modo, comienza a dissociarse Autodeterminación e independencia, ya que se abre la posibilidad de explorar otras vías, no ceñidas a la completa emancipación. Por otro lado, como resalta Remiro Brotons, remarcó el estatus jurídico de las Colonias, como Estados independientes y no como parte de la metrópolis. Una consecuencia lógica de ello es que cuando demandan autonomía, no están ejerciendo un “*derecho de separación*” del Estado matriz, sino que la Resolución 2625 se asegura de remarcar, que tanto Colonia como Metrópolis, tienen una condición jurídica distinta, de ahí que su libre determinación no pueda interpretarse en ninguna de sus modalidades como un quebranto al Principio de Integridad Territorial.

Para Sáenz de Santamaría el valor de estas Resoluciones en el desarrollo del DAD estriba en tres puntos:

- Que por primera vez el DAD es plasmado en normas convencionales.

---

<sup>662</sup> Esta fue una fórmula nacida del consenso por voluntad de las Delegaciones occidentales.

<sup>663</sup> Resolución 2625 (XXV) “*El principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos En virtud del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, consagrado en la Carta, todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de proseguir su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta.*”

<sup>664</sup> Jorge Urbina, J. Óp. cit. Nota 650. Pág. 208. “*En el caso de Timor Oriental se observa claramente que el ejercicio del derecho de autodeterminación admite varias posibilidades, pues en el Acuerdo firmado en Portugal e Indonesia de 5 de mayo de 1999 se contempla la integración de este territorio en Indonesia con una amplia autonomía o, en caso de que la población rechace en referéndum esta opción, la independencia. Ambas posturas son igualmente válidas como ejercicio del derecho de autodeterminación por las Naciones Unidas*”

- Se estaba dotando de “*carta de legitimidad*” a la vinculación que existe entre el DAD y los Derechos Humanos. Este punto cobra una especial interés al objeto que nos ocupa si tenemos en cuenta que se viene defendiendo la íntima conexión que opera actualmente entre la configuración del DAD como un Derecho Humano de tercera generación y su aplicación práctica en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.
- En directa relación con lo anterior, tras la positivación del DAD en los textos internacionales se le ha añadido una nueva “*dimensión*” como es su “*vocación de universalidad*”. De este modo, su ámbito de aplicación se amplía de una forma general y completa a todas aquellas situaciones en las que material y subjetivamente pueda aplicarse.

Junto a las Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, podemos encontrar los Pactos de Nuevo de York o Pactos Internacionales de Derechos Humanos compuestos por dos Tratados internacionales, adoptados en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas por la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)<sup>665</sup>. En lo referente al DAD, ambos pactos venían a recoger el Derecho de todos los Pueblos a su “*libre determinación*” y contienen un mensaje a las potencias coloniales en aquellos supuestos donde aún persistieran situaciones de administración colonial, a promover su ejercicio. De este modo se consolidan dos vertientes del Derecho, por un lado la adjudicación de su titularidad a los territorios bajo algún tipo de dominación colonial, y por otro, como Derecho ejercitable del que se derivan efectos jurídicos reconocidos en la esfera internacional<sup>666</sup>.

---

<sup>665</sup> Naciones Unidas. Oficina Alto Comisionado.

<sup>666</sup> Viciano Pastor, R. “El Derecho de Autodeterminación en nuestra reciente vida constitucional: Análisis y Problemática”. Revista de Derecho Político, núm. 34, 1991, pp. 143-188. Pág. 145. “*Le denominamos «derecho» (Derecho Autodeterminación) puesto que se encuentra positivizado en el artículo 1.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), firmados y ratificados por España y publicados en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977, con lo cual, en aplicación del artículo 96.1 de la Constitución, forman parte del ordenamiento jurídico español.*”.

En el proceso de descolonización, se trató de evitar desde sus inicios cualquier conato de segregación al hilo de dicho proceso, dentro de los territorios de las propias colonias<sup>667</sup>. La aplicación de la integridad territorial ha sido una máxima que se ha garantizado, muy especialmente en cuanto lo que afecta a los territorios objeto de descolonización. Se estableció una rígida regla de salvaguarda para evitar cualquier voluntad segregacionista<sup>668</sup>. Esta actitud de imponer un férreo criterio sobre situaciones latentes de demandas de autodeterminación dentro de los propios Estados descolonizados, a juicio de Remiro Brotons, solo consiguió alargar una situación de interinidad que con el tiempo exigiría su tratamiento y solución. De una forma más gráfica, Sáez de Santamaría lo define como la “*domesticación de la libre determinación*” cuando expone el contraste entre la “*solidaridad*” con la que se trató a los pueblos colonizados en cuanto la aplicación del DAD con la inflexible pauta que imperó sobre las virtuales demandas de independencia, en el marco interno de los propios Estados en proceso de descolonización, apoyándose en el “*potencial desestabilizador*” que un Derecho como este puede llegar a manifestar si no se le aplican límites.

Es razonablemente admisible que el clima en el que se desenvuelve el proceso de descolonización, pueda animar a las pretensiones secesionistas internas y latentes de los propios territorios bajo dominio colonial, auspiciadas por un aparente ambiente más

---

<sup>667</sup> Sánchez V.M. “Autodeterminación, Secesión y Derecho Internacional”. “El 30 de junio de 1960 se declaró la independencia de la República del Congo con respecto a Bélgica. El 11 de julio de 1960 Moisés Tshombe, el presidente del partido nacionalista y secesionista CONAKAT, ganador de las elecciones en la provincia de congoleña de Katanga, declaró a su vez la independencia de esta provincia con respecto al Congo invocando el derecho a la autodeterminación de los pueblos. Katanga era la provincia más extensa y rica en minerales del Congo. El 8 de agosto del mismo año, otra provincia del Congo, Kasai del Sur, se proclamó también Estado independiente. Se trata del primer caso de “secesión” de la era de las Naciones Unidas no ligada al fenómeno de la descolonización. Era entonces una invocación novedosa del derecho a la autodeterminación de los pueblos. Se trataba de crear dos nuevos Estados de la escisión de partes del territorio de un Estado independiente, no de un territorio bajo dominación colonial... .. Su texto fijó los objetivos de la ONU ante esta crisis: “Mantener la integridad territorial y la independencia política de la República del Congo” y “Ayudar al Gobierno central del Congo a restaurar y mantener el orden público”.”. <https://laverdadofende.blog/2013/07/12/autodeterminacion-secesion-y-derecho-internacional/> consulta 15/12/2017.

<sup>668</sup> Al hilo de estas situaciones se generó un debate internacional sobre un caso particular, el de las “poblaciones sobrevenidas” tras el proceso descolonizador y su Derecho a la libre determinación. Fundamentalmente se polarizó en torno a dos líneas identificadas por un lado con las naciones que sí les reconocían el DAD (Gran Bretaña) y las que consideraban que no (Argentina y España). Naciones Unidas se posicionó con ésta última.

receptivo a tales demandas. A pesar de ello, el DAD, como todos los Derechos, ni es omnímodo ni incondicional por lo que cuenta con sus racionales y prudentiales límites<sup>669</sup> y esa marca se materializó con el Principio de Integridad Territorial de los Estados<sup>670</sup>. Pero esto, a su vez, conlleva otro riesgo. Tampoco puede obviarse que las pretensiones limitadoras de la efectividad del DAD puedan verse desvirtuadas al servicio de los intereses de las potencias coloniales, que aplicaran un criterio restringente a cualquier pretensión de reconocimiento del DAD, incluso frente aquellas que legítimamente pueden aspirar a ello<sup>671</sup> y que ven truncadas sus expectativas por un mal entendido Principio de Integridad Territorial al servicio de intereses ajenos a la estricta legalidad internacional<sup>672</sup>.

Hoy, mayoritariamente, se percibe al proceso descolonizador como un “*proceso residual*”, ya que con el tiempo y principalmente durante la segunda mitad del siglo XX, la mayoría de los territorios coloniales fueron adquiriendo su total independencia y autogobierno. Aunque no faltan voces autorizadas que consideran inconcluso aún este proceso, entendiendo que ésta última etapa no debe desdeñarse<sup>673</sup> y que muy al

---

<sup>669</sup> Viciano Pastor, R. Óp. cit. Nota 666. Pág. 148. “*No hay que olvidar que todo derecho tiene límites en su ejercicio. Consiguientemente, el derecho de autodeterminación lo pueden tener todos los pueblos pero no todos pueden estar legitimados para ejercerlo.*”.

<sup>670</sup> Resolución 1514 (XV). Apartado 6. “*Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas.*”. Resolución 2625 (XXV) “*Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menospreciar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descritos y estén, por tanto dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivo de raza, credo o color.*”.

<sup>671</sup> En la misma línea Rodríguez-Zapata Pérez, mantiene que “*Uno de los problemas de la contemplación del concepto de -pueblo» desde esta perspectiva es que conduce peligrosamente a una negación de los Derechos Humanos de quienes, una vez verificada la autodeterminación que se defiende, pasarían a constituir simples minorías de inmigrantes asentados en la comunidad autodeterminada, por no haberse integrado en un “pueblo”, entendido de esta forma.*”. Óp. cit. Nota 148. Pág. 111.

<sup>672</sup> Sáez de Santamaría, P.A. Óp. cit. Nota 633. Pág. 139. “*No cabe duda de que esto supone una matización en la aplicación del principio de libre determinación y una reducción de su potencial operatividad. Esta consecuencia ha llevado a J. Charpentier a estimar que la autodeterminación se pone al servicio de los Estados descolonizados y que es el Estado el gran vencedor del reto de la descolonización; por su parte, P.M. Dupuy ha expresado brillantemente esta contradicción en la antinomia «el pueblo, instrumento de la promoción del Estado - el Estado, instrumento de la subyugación de los pueblos.*”

<sup>673</sup> En la línea expuesta, Remiro Brotons considera que en los últimos tiempos ha habido una “pérdida de visibilidad” del Principio de libre determinación y unido a ello, una pérdida de interés institucional por extraer del mismo las necesarias consecuencias jurídicas de su aplicación a realidades que

contrario, hay que otorgarle la importancia que tiene en el sentido de que en la misma se va a ir conformando aspectos importantes en la configuración del DAD. Uno de ellos es sin duda la aparición de los Derechos Humanos de tercera generación, que si bien antes se percibía una vinculación entre DAD y Derechos Humanos desde un estudio hermenéutico de los distintos textos internacionales<sup>674</sup>, con la irrupción de una nueva generación de Derechos Humanos, se ha dado un paso más en la reafirmación de la institución jurídica. Sobre todo en cuanto a su consagración como Derecho Humano y su aplicación universal<sup>675</sup>.

Al margen del lógico recorrido de decantación que como todo Derecho es necesario, tras el proceso descolonizador, la naturaleza jurídica del Principio de Autodeterminación, transmutó a un verdadero Derecho, reconocido, protegido y efectivo. Las iniciales posiciones críticas a su inclusión como un verdadero Derecho en los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos, negándole su carácter jurídico, fue sobrepasada<sup>676</sup>. Su evolución posterior marca una clara tendencia de consolidación y

---

actualmente se ven inmersas en procesos en los que se demandan autonomía, autogobierno o independencia.

<sup>674</sup> Jarillo Aldeanueva, Óp. Cit. Nota 641. Pág. 59 “La conexión con los Derechos Humanos ya había sido establecida anteriormente por la propia Asamblea en una resolución de 16 de diciembre de 1952, la cual afirmaba en su preámbulo que “el derecho de los pueblos y naciones a disponer de ellos mismos es una condición previa del goce de todos los derechos fundamentales del hombre”. Vid. Resolución de la Asamblea General 637 (VII), Derecho de los pueblos y de las naciones a la libre determinación, de 16 de diciembre de 1952. El artículo primero de la parte A de esta resolución afirmaba de forma contundente: “La Asamblea General recomienda: 1. Que los Estados Miembros de las Naciones Unidas sostengan el principio de libre determinación de todos los pueblos y naciones”.

<sup>675</sup> Ibídem. Jarillo Aldeanueva, Óp. Cit. Nota 641. “En un sentido similar, la Asamblea General ha reiterado la influencia que ejerce la autodeterminación respecto de la promoción y el cumplimiento de los Derechos Humanos. Vid. Resolución de la Asamblea General 59/180, La realización universal del derecho de los pueblos a la libre determinación, de 3 de marzo de 2005, par. 1: “La Asamblea General [...] Reafirma que la realización universal del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, incluidos los pueblos sometidos a dominación colonial, extranjera y foránea, es un requisito fundamental para que se garanticen y respeten efectivamente los Derechos Humanos y se preserven y promuevan esos derechos”. Vid. también Resolución de la Asamblea General 59/193, Promoción de un orden, internacional democrático y equitativo, de 18 de marzo de 2005, par. 4.”.

<sup>676</sup> Gros Espiell, “En torno al Derecho de Libre Determinación de los Pueblos”. Universidad de Navarra. Archivo General. 1976. Pág. 53. “La crítica posición de un amplio sector de la doctrina en los años cincuenta respecto de la inclusión de la libre determinación de los pueblos en los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos, basada en la negación del carácter jurídico del principio de la libre determinación o en la naturaleza esencialmente distinta de este «derecho de los pueblos» con los derechos humano, ha sido ya superada. Para el Derecho Internacional de hoy, para la doctrina actual, así como para ciertos autores que pueden conceptuarse precursores en la materia, la libre determinación de los pueblos es un principio de Derecho Internacional, un derecho de los pueblos sometidos a dominación

progreso hacia nuevas manifestaciones. La ya clásica formulación de vincular exclusivamente a situaciones de dominación colonial ha evolucionado al reconocimiento de nuevas manifestaciones que adaptan tanto el plano material y subjetivo del Derecho como su vertiente de Derecho Humano. En la línea expuesta, puede citarse la “*Proclamación de Teherán*”, adoptada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán en 1.968<sup>677</sup>, que viene establecer la negación implícita de Derechos Humanos que conlleva la subsistencia de territorios bajo colonialismo y de forma simultánea, la íntima relación que se genera entre el respeto a la libre determinación y el reconocimiento de los Derechos Humanos. En la misma dirección, la Resolución 3 (XXXI) de 11 de febrero de 1975, viene a incidir en la directa relación que mantienen en su desarrollo mutuo, tanto la libre determinación de los pueblos con el respeto y amparo de los Derechos Humanos<sup>678</sup>.

La culminación del expuesto proceso de positivación y reconocimiento internacional del DAD se ha visto consumado por la general aceptación del DAD como un pleno Derecho Humano de tercera generación. Este remate ha posibilitado superar ese corsé originario de Derecho aplicable a las relaciones externas de los Estados, básicamente asociado a la independencia colonial, para ir sumando planos de aplicación, a su ya de por sí compleja estructura, conformando lo que hoy se identifica con un Derecho reconocido a los colectivos que manifiestan una identidad propia. Esta nueva formulación evolucionada del DAD le está ofreciendo una nueva contingencia que ha basculado desde posiciones que lo asociaban esencialmente con voluntades de independencia a un

---

*colonial y extranjera y una condición o prerrequisito necesario para la existencia y el goce de todos los derechos y libertades de la persona humana.”.*

<sup>677</sup> Proclamación de Teherán. Proclamada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán el 13 de mayo de 1968. Párrafo 3 “3. *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, así como otras convenciones y declaraciones en materia de derechos humanos, aprobadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas, los organismos especializados y las organizaciones intergubernamentales regionales, han establecido nuevas normas y obligaciones que todas las naciones deben aceptar;*”.

<sup>678</sup> Gros Espiell, H. Op. Cit. Nota 636. Pág. 54. “*La Comisión de Derechos Humanos en su Resolución 3 (XXXI) del 11 de febrero de 1975, ha reconocido «la particular importancia de la aplicación del principio del derecho de los pueblos a la libre determinación para la realización de los Derechos Humanos» y en sus deliberaciones se ha señalado reiteradamente que la libre determinación es un derecho de la persona humana y una condición necesaria para el ejercicio de los otros derechos y libertades”.*

nuevo plano, más identificado con manifestaciones de los Derechos de igualdad, libertad, participación y democracia.

#### **4.2 Estructuración del DAD. Estudio epistemológico.**

En el anterior epígrafe se ha realizado una breve exposición de los antecedentes que han consagrado desde un plano internacional al DAD como un verdadero Derecho, ejercitable y reconocido, desde la propia legalidad internacional. Pero como ya se indicaba al final del mismo, ese perfil original del DAD como un instrumento apto para canalizar las legítimas pretensiones de independencia de los territorios bajo dominación colonial ha evolucionado en los últimos tiempos hasta alcanzar cierta madurez como Derecho Humano. Hoy es instrumento, desde un plano equidistante con los Derechos de igualdad, libertad y democracia, para encauzar las legítimas pretensiones de aquellos colectivos que demandan el reconocimiento de su particular identidad, con los efectos consustanciales a dicho pronunciamiento. Tanto en el marco jurídico internacional como estatal<sup>679</sup>.

Para conocer algunos elementos de ese proceso que han llevado a que hoy el DAD sea reconocido como un pleno Derecho Humano de tercera generación, realizaremos un acercamiento desarrollando un ejercicio de abstracción de la teoría general de los Derechos Humanos de la tercera generación, aplicada a la estructura y conformación del DAD.

---

<sup>679</sup> Xabier Ezeizabarrena. "Derecho de libre determinación y derecho a decidir: nueva soberanía y Derechos Humanos en el siglo xxi". Cuadernos Deusto de Derechos Humanos. Núm. 90. 2017. Pág. 21. *"Este aspecto es importante en el presente análisis pues, como es conocido, el Derecho Internacional Público se ha mostrado reacio, en ocasiones, al reconocimiento del ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos para aquellos pueblos no sometidos a dominación colonial. Sin embargo, los datos actuales y la propia jurisprudencia demuestran que esta tendencia va cambiando en el tiempo y que no cabe ya una interpretación del citado derecho en el sentido histórico y teleológico del sistema de Naciones Unidas nacido en 1945, tras la II Guerra Mundial y en plena época colonial. El Derecho actual ha comenzado a relacionar el ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos no ya con la condición colonial del pueblo en cuestión, sino con la existencia de una vocación identitaria histórico-positiva de existencia como entidad diferenciada, reconocida, en el caso vasco peninsular, por los Derechos Históricos recogidos en la Constitución."*



Recordemos que la nueva generación de Derechos Humanos tiene como epicentro de su debate teórico la conformación de unos pilares, principalmente en cuanto a la titularidad de los mismos, centrada en la dialéctica en torno a su titularidad colectiva y por otro, en lo que se refiere a unos delimitados ámbitos materiales, con la intención de dotarles de una proclamada autonomía que pretenden hacer valer frente a las generaciones anteriores. En el caso del DAD, podemos concluir que igualmente emplaza su reconocimiento como Derecho integrante de la nueva generación, a la construcción teórica en ambos planos, titularidad y ámbito material, para articular un motivado y convincente sustento teórico.

Lógicamente, la complejidad de un concepto como el DAD no queda limitado a armonizar en su sustrato teórico en lo que a sus planos subjetivos y objetivos se refiere. Partiendo de que tales planos son una parte esencial en lo que a configurar cualquier figura jurídica, en este caso, la tarea se torna algo más complicada como podremos comprobar a continuación, cuando se vayan desgranando los puntos en los que actualmente se desarrolla el debate teórico del DAD y que, en todos ellos, puede observarse la coincidencia de encontrar un elemento de fricción que dificulte la consolidación de contenidos y el necesario avance. Esto conlleva a una inevitable conclusión, y es que en la mayoría de los aspectos tratados, la disyuntiva final será una cuestión de validación y de adopción doctrinal de la posición que argumentalmente más solidez ofrezca al juicio subjetivo. Algo, que por otro lado, no es ajeno al proceso de construcción teórica de cualquier figura jurídica.

#### **4.2.1 Conceptualización.**

En este proceso de acercamiento epistemológico al DAD, hay una obligada referencia como paso previo a ir avanzando en orden a delimitar la cuestión nominativa en la que se ve inmerso. Como en toda figura jurídica, la terminología tiene su trascendencia y en este caso, si cabe, aún más.

En primer lugar no podemos olvidar el camino paralelo que recorre la institución de la “*Secesión*” con la “*Autodeterminación*”, con la que comparte múltiples conexiones, y el

uso terminológico apropiado de ambos términos cobra una especial relevancia, sobre todo cuando ha de ser trasladado al difícil equilibrio que debe reinar en un derecho tan consensuado como el Internacional. El concepto “*autodeterminación*”, indudablemente tiene reminiscencias asociadas a la posibilidad de que un grupo o colectivo inicie procesos en los que alcance mayores cuotas de autonomía territorial y de gobierno<sup>680</sup>. Auspiciando, en muchos de los casos, voluntades de secesión. De ahí que, erróneamente a nuestro juicio, se hayan cobijado demandas secesionistas bajo la denominación del DAD, cuando en realidad únicamente se estaban ejerciendo reivindicaciones rupturistas que, a día de hoy, no tiene asociado ningún Derecho, ni en la legalidad internacional ni la interna. Es por ello que dentro de los objetivos propuestos en esta obra está el de diferenciar el DAD como un Derecho consolidado en el ámbito internacional, que empieza a ser reconocido por los ordenamientos jurídicos internos como un Derecho Fundamental y que es generalmente admitido como un Derecho Humano de tercera generación. Por contra, la figura de la Secesión, lejos de estar legitimada como un Derecho, no se reconoce por el orden jurídico internacional ni nacional y se considera un atentado contra el Estado de Derecho y el Principio de Integridad Territorial. Salvo muy contados supuestos<sup>681</sup>, la Secesión es una figura que se asimila la quiebra del orden jurídico establecido y a la ruptura de las normas de convivencia<sup>682</sup>. A esta cuestión dedicaremos un apartado posteriormente.

---

<sup>680</sup> Anaya, James. “Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional”. Trotta. Universidad Internacional de Andalucía. 2005. Pág. 141 *“En cada uno de estos contextos, los valores ligados a la autodeterminación definieron un estándar de legitimidad aplicable a las instituciones del estado. La autodeterminación no puede separarse de otras normas de Derechos Humanos, sino que; más bien, la autodeterminación es un principio marco o informador que se complementa con las normas de Derechos Humanos que, en su conjunto, rigen el orden institucional estatal.”*

<sup>681</sup> Se analizará posteriormente el supuesto de la “secesión-remedio” como uno de los casos en los que internacionalmente se ha admitido el ejercicio de la separación unilateral de un territorio para convertirse en un Estado independiente.

<sup>682</sup> Sáenz de Santamaría, P.A, Óp. cit. Nota 633. Pág. 139 *“En lo que atañe a la secesión, la actitud de la comunidad internacional nunca ha sido favorable, defendiéndose por el contrario el principio de integridad territorial. Así lo prueban los ejemplos de Katanga (1960), Biafra (1969) y Chipre”(1974), sin que el supuesto de Bangladesh parezca venir a desmentirlos dada la presencia en él de elementos diferenciadores como son la cruel represión ejercida por Pakistán sobre la población, totalmente marginada del gobierno del país y la decisiva intervención de la India, que colocó a NU ante el hecho consumado al tiempo que se benefició del veto soviético en el Consejo de Seguridad. Tampoco la independencia de Eritrea tras largos años de lucha secesionista contra Etiopía empaña la afirmación inicial puesto que se produjo con el acuerdo de las autoridades etíopes.”*

En segundo lugar, está acreditado cierto desconcierto en el uso de la nomenclatura, cuando indiscriminadamente se utiliza el término Autodeterminación en unos supuestos, mientras que otros, se opta por la expresión “Libre Determinación”, y siempre referidas al sujeto “Pueblo”. Ante este tipo de libre conmutación de los términos para definir una misma realidad no debe caerse en la ingenua creencia que no tiene relevancia o que su uso es una cuestión de simple estética. En este punto y con ánimo sintético, referenciaré dos opiniones doctrinales con las que me identifico plenamente.

Martínez Jiménez considera en esta materia, apoyándose en los “*textos jurídicos oficiales*” que las referencias que encontramos a esta figura jurídica se hacen siempre usando el término “*libre determinación*” y no el de “*autodeterminación*”<sup>683</sup>. La conclusión que extrae de ello, es el que la “*autodeterminación*” es una forma introducida por la doctrina y no por la legalidad internacional ni estatal. Afirmando que la traducción más correcta del término anglosajón “*Self-determination*”<sup>684</sup> es el de “*libre determinación de los pueblos*”. Con acierto, asocia la expresión “*libre determinación*” al contexto de la época colonial, cuando se aunaba a la libertad que se alcanzaba por el territorio bajo dominación colonial, mientras que “*Autodeterminación*” tiene unas reminiscencias más rupturistas, tal y como anteriormente hemos indicado. De ahí, que entienda más coherente con la actual configuración el uso del término “*libre determinación de los pueblos*”.

El otro referente doctrinal es el de Sáenz de Santamaría, en la misma línea que la argumentación expuesta, aunque con mayor pragmatismo, mantiene que la diferenciación en el uso de la terminología entre Autodeterminación o Libre Determinación de los Pueblos, puede que en el ámbito político conlleve algunas repercusiones que permita distanciar ambos términos y con ello dotar de mayor precisión terminológica su uso, pero en lo que al Derecho Internacional respecta, la utilización de una u otra expresión es indistinta, para precisar una misma realidad<sup>685</sup>.

---

<sup>683</sup> Martínez Jiménez, A. Óp. Cit. Nota 629. Pág. 130.

<sup>684</sup> En inglés no existe esta multivocidad, contando únicamente con el término “*Self-Determination*”.

<sup>685</sup> Sáenz de Santa María, P.A. Op. Cit. Nota 633. Pág. 119-174. Pág. 120. “*Para empezar con lo más sencillo, se plantea en primer lugar una cuestión terminológica pues lo mismo se habla de libre determinación como de autodeterminación o incluso, en un ejercicio de redundancia, de libre autodeterminación. Es posible que desde el punto de vista político el empleo de estos diferentes términos*

Saldamos la cuestión manteniendo que, tal y como hemos anunciado anteriormente, nos identificamos más con la línea doctrinal expuesta, que considera más apropiada la expresión “*Libre Determinación de los Pueblos*”, por ser ésta, sumado a lo que venimos defendiendo, la fórmula que mejor exterioriza la esencia del concepto en lo relativo al ser reflejo de la libre voluntad del colectivo en cuanto reafirmación de su identidad, en igualdad con el grupo mayoritario y bajo directrices democráticas. Partiendo de ello, desde un plano pedagógico de la cuestión a los efectos del presente trabajo, el uso de ambas nominaciones no conlleva disparidad alguna en cuanto la comprensión y traslado de los contenidos. Ello no opta a que en muchas de las referencias que realizaremos se escoja uno u otro término más bien como una cuestión de lealtad con la opinión científica que se esté referenciando, que por la predilección de una u otra nomenclatura motivada por razones materiales.

Superada esta inicial dualidad en cuanto la terminología, en el plano semántico, también encontramos cierta multivocidad que puede generar incertidumbre. En este aspecto, Martínez Jiménez realiza una recopilación de los distintos significados otorgados por los más importantes diccionarios<sup>686</sup>. Por lo general, todas ellas suelen coincidir en una condición común en lo referente a la capacidad de determinado colectivo para decidir, de forma autónoma, libre e independiente, su estatus jurídico, político y territorial. Destaca, con elocuente agudeza, la definición operada por la Enciclopedia de Política Exterior Americana en la que se ofrece una definición que va más allá de un plano descriptivo<sup>687</sup>. Podemos encontrar en esta explicación el significado común de capacidad autónoma para establecer el propio destino político del colectivo, si bien, va más allá, y nos anuncia las dificultades para ofrecer una determinación más completa. Por ejemplo, para fijar los titulares del derecho así como la complejidad del término que

---

*obedezca a alguna finalidad pero desde el punto de vista del derecho internacional hay que entender que todos significan lo mismo y por tanto que la diversidad terminológica no tiene consecuencias en el plano conceptual”, sin perjuicio de que la primera expresión es la utilizada en los documentos oficiales de NU y es también la más frecuente entre la doctrina científica en español.”.*

<sup>686</sup> Martínez Jiménez, A. Óp. cit. Nota 629. Págs. 124-125.

<sup>687</sup> *Ibidem*. Pág. 125 “El principio de autodeterminación se refiere al derecho de un pueblo a decidir su propio destino político. Más allá de esta definición amplia, sin embargo, no hay criterios jurídicos para determinar qué grupos pueden legítimamente reclamar este derecho en casos particulares. El derecho de autodeterminación se ha convertido en uno de los problemas más complejos que enfrentan los encargados de formular políticas en los Estados Unidos y la comunidad internacional en su conjunto”.

lo conforman actualmente como uno de los grandes retos en el derecho internacional y por extensión, añadimos, de los Derechos Humanos.

En definitiva, entendemos conveniente zanjar esta materia, que si bien no se ciñe a una cuestión meramente terminológica, sí que puede dar lugar a cierta confusión. Nos referimos al uso indistinto que actualmente se utiliza con cierto efecto “*comodín*”, del Derecho de Libre Determinación de los Pueblos, Derecho a Decidir y la Secesión. El objetivo marcado es diferenciar el Derecho de libre determinación de los Pueblos de las otras dos figuras por las evidentes y notables diferencias que existen entre las mismas, tal y como así comprobaremos. Ello nos servirá, a su vez, para dar pie a nuevos contenidos que posteriormente ampliaremos<sup>688</sup>.

En este rápido intento de ofrecer un correcto encuadre de las tres instituciones, utilizaré cuatro criterios clasificadores (naturaleza jurídica como “*Derecho*”, titularidad, contenido material y reconocimiento).

A). En el apartado de identificación como verdadero Derecho, debemos partir de que hasta ahora mismo, por lo general, se ha utilizado una noción de Derecho esencialmente individualista o liberal, que en la mayoría de los casos se postulan frente a un sujeto pasivo identificado como ese Leviatán que decía Hobbes, que es el Estado (modelo que responde los Derechos Humanos de primera y segunda generación). Ahora bien, partiendo del citado molde, debemos amoldar un andamio teórico-jurídico para la noción del Derecho de Autodeterminación, Derecho a decidir y Secesión que, al igual que los Derechos de marcada impronta personal, puedan beneficiarse de tal estructura común que los defina, tanto ontológica como formalmente, y de este modo, nos permita unir, legítimamente, las implicaciones del término “*Derecho*” a cada una de las tres realidades. Es aquí donde se inician las dificultades. Adelantamos que el Derecho a la Libre Determinación goza de una preeminencia clara, distinguible y fundamentada por contra de las otras dos figuras, que le ha permitido, impulsado por la aparición de la nueva generación de Derechos Humanos, que sea hoy un genuino Derecho Humano de

---

<sup>688</sup> Nos referimos a la conceptualización de “*Pueblo*”, la diferenciación de Autodeterminación interna y externa y el tratamiento de la Secesión-remedio.

tercera generación y que esté plenamente integrado en la dogmática jurídica. Su legitimidad no se apoya en conjeturas de ruptura de la convivencia, o de ser una mera pretensión en ciernes, sino que su génesis es expresión de libertad, igualdad, participación y del principio democrático.

B). En lo que se refiere a la titularidad, las tres pretensiones presentan problemas para definir la misma. En los tres casos se trata, indudablemente, del ejercicio de acciones por entes colectivos pero que, a pesar de ello, no cuentan con el aval de una subjetividad delimitada y diferenciada que permita atribuir, inherente a su naturaleza jurídica, ese haz de Derechos. Lógicamente, esto nos abre a un mundo especulativo en el que no existe actualmente un consenso. Un ejemplo representativo es el caso de la definición del concepto "*Pueblo*". Nos topamos con una primera dificultad que ya encuentra óbices de difícil superación, aunque tampoco debe abocar a la negación del concepto, como veremos poco después. En este apartado, de nuevo, es en el Derecho de Autodeterminación donde mayores avances podemos observar, tanto a nivel de Derechos Humanos (en este caso de tercera generación<sup>689</sup>) como en los ordenamientos estatales internos con conceptualizaciones como "*Plurinacionalidad*" en la definición del propio modelo estatal.

C). En tercer lugar, en lo referente al contenido material, el pretendido Derecho a decidir<sup>690</sup>, es una figura jurídica que no ha sido recogida en prácticamente ninguno de los ordenamientos (nacional e internacional)<sup>691</sup> por lo que su debate se ciñe estrictamente a la discusión teórica en ámbitos doctrinales y académicos, quedando muy limitado su alcance jurídico-legal<sup>692</sup>, configurándose más bien como una pretensión

---

<sup>689</sup>Ballesteros Llompart, J. Op. Cit. Nota 88. Págs. 184-199. "Los derechos de la tercera generación cuestionan la categoría de derecho Subjetivo, al no ser ni excluyentes, ni disponibles, ni precisos, sino basados en intereses difusos".

<sup>690</sup> Saura Estapá, J. "Autodeterminación y Derecho a Decidir: Reflexiones desde el Derecho Internacional". Artículo de "eldiario.es". 04/02/2013. "*Empecemos diciendo que no existe tal cosa como un "derecho a decidir" en derecho internacional. Se trata de una expresión desconocida y, en consecuencia, sin contenido jurídico. Lo que sí existe es el derecho a la autodeterminación de los pueblos, que es lo que supongo que el derecho a decidir quiere soslayar sutilmente*".

<sup>691</sup> La gran mayoría de las Constituciones democráticas, no aceptan tal figura. Solo las constituciones de Liechtenstein, Etiopía y del estado caribeño formado por las islas de San Cristóbal y Nevis prevén el derecho de separarse a una parte de su territorio.

<sup>692</sup> Sanz de Hoyos, Carlos. "El Derecho de Autodeterminación. Constitución y Normas Internacionales". Aranzadi. 2017. Pág. 57 "*Este concepto no existe en el Derecho político ni en el Derecho Internacional. Se*

política que como un verdadero derecho y, sobre todo, diferenciado del Derecho de Autodeterminación<sup>693</sup>. Cuestión distinta es la relación que se produce entre el Derecho a la Autodeterminación y la Secesión. En el caso de la Secesión, es conveniente hacer una precisión terminológica y es que se observará que en el presente trabajo, en todas sus referencias, se ha despojado que vaya precedida del término "Derecho". Simplemente, porque no se reconoce por los textos internacionales un "*Derecho a la Secesión*". De este modo, eliminamos cualquier implicación de legitimidad que pueda otorgarle el uso del referido término y con ello, que se arrogue a una pretensión, que en definitiva no es reconocida por ningún ordenamiento jurídico, ya sea interno o internacional. Por contra, cuando decimos que el Derecho de Autodeterminación despliega sus efectos en un marco político e interno, hacemos referencia a aquel estatus jurídico que reconocen la individualidad de ciertas poblaciones desde el ordenamiento jurídico estatal por su singularidad cultural, territorial, lingüística, económica o simplemente identitaria, desde un plano integrado con el resto del ordenamiento jurídico<sup>694</sup>. Se trata en definitiva de hacer compatible un marco jurídico estatal con valores y principios que asumen cierto grado de individualidad en base al respeto a la diferencia. Muy lejos queda de ello la Secesión o "*Autodeterminación externa*" que supone una quiebra total del marco de convivencia, legalidad y la integridad territorial de un Estado.

D). Por último, en el aspecto de su reconocimiento y amparo, se trata de delimitar a qué sujetos vincula los valores, principios y reglas que sustentan las distintas figuras. Es

---

*utilizó con profusión en el País Vasco como respaldo al conocido como «Plan Ibarretxe»<sup>1</sup>, y ha cobrado nuevo impulso durante el denominado “proceso” catalán. No se trata de un concepto extrajurídico, sino de un eufemismo, una especie de paráfrasis con la que se elude la referencia al auténtico objetivo, el derecho de autodeterminación. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, consciente de su verdadero sentido, lo ha enjuiciado realmente como «derecho de autodeterminación», poniendo de relieve en sus importantes análisis la inviabilidad y la improcedencia de invocar el mismo con aquel objetivo en el marco de nuestra Constitución. Por otra parte, aunque sabemos lo que se quiere proyectar con la expresión «derecho a decidir», desde el punto de vista gramatical es incompleta.....En la práctica se trata de reivindicar el derecho del «pueblo» a «decidir su futuro», expresión que, aunque sigue siendo ambigua -se entiende referida al futuro «político»-, se adopta como divisa a utilizar siempre que sea preciso. En todas las iniciativas orientadas a potenciar esta aspiración del nacionalismo aparecen estos ejercicios semánticos como soporte indispensable.”.*

<sup>693</sup>Jorge Cagiao y Gennaro Ferraiuolo "El encaje constitucional del derecho a decidir". Catarata. 2016. Pág. 65.

<sup>694</sup> Viciano Pastor, Roberto. Op. Cit. Nota 666. Pág. 160. <http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:Derechopolitico-1991-34-287D55A3/PDF> "*Que autodeterminación no es sinónimo de independencia, sino de libre decisión por un colectivo sobre su forma de organización política, social o económica*".

mayoritariamente admitido que su eficacia recae en los Estados. Esa respuesta despliega los efectos en dos ámbitos de actuación, uno nacional y otro internacional, que en cada caso, condicionan la viabilidad de las propias pretensiones. En este punto, de nuevo, el Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos vuelven a presentarse como la figura más sólida y aceptada, ya que se ha desarrollado doctrinalmente una diferenciación en cuanto sus efectos, que distingue si los mismos se aplican “*ad intra*” del Estado (DAD interna) con aquellos que se desarrollan desde la perspectiva “*ad extra*” (DAD externa). La primera, positivada y reconocida nacional e internacionalmente, es la que suministra la esencia ontológica como Derecho Humano de tercera generación, mientras que la segunda, se asocia por lo general a posturas secesionistas que, en nuestra opinión, llegan a desnaturalizar el propio concepto de Derecho de Libre Determinación de los Pueblos y que, salvo en contadas excepciones, es negada su aceptación por la comunidad internacional.

Podemos concluir que una figura como el Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos es, al margen de una institución fundamental del derecho internacional contemporáneo<sup>695</sup>, un Derecho Humano de tercera generación, reconocido a los colectivos con identidad propia, cuya pretensión se traduce en la adjudicación de un estatus jurídico-político individualizado acorde en el orden jurídico-legal estatal<sup>696</sup>. Grado de aceptación y reconocimiento que no alcanzan hoy día ni el Derecho a decidir ni la Secesión.

---

<sup>695</sup> Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, que contiene la Declaración relativa a los Principios del Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas. “Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menospreciar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descritos y estén, por tanto dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivo de raza, credo o color”.

<sup>696</sup> Recomiendo la lectura del interesante artículo del Profesor Jaume Serra, “Autodeterminación y Derecho a Decidir: Reflexiones desde el Derecho Internacional”, [“http://agendapublica.elperiodico.com/autodeterminacion-derecho-decidir-reflexiones-desde-derecho-internacional/](http://agendapublica.elperiodico.com/autodeterminacion-derecho-decidir-reflexiones-desde-derecho-internacional/)



#### 4.2.2 Titularidad. Configuración jurídica.

Uno de los primeros retos en la conformación jurídica del Derecho a la libre determinación de los Pueblos ha sido la de dar respuesta a la pregunta ¿Quién es su titular?. Cuestión que guarda bastantes puntos de similitud con la definición de la titularidad en los Derechos Humanos de la nueva generación, ya que en ambos casos se participa de un tronco común en lo que concierne al evidente carácter colectivo del sujeto. En este aspecto, puede darse por reproducido lo expuesto en el presente trabajo en contenidos precedentes. Gran parte de lo expresado es aplicable al Derecho a la libre determinación de los Pueblos en el sentido de que, por lo general, el sujeto activo del Derecho coincide con una colectividad, a la que se le reconoce la pretensión que compone el contenido material del Derecho. Particularmente, en lo que a la libre determinación quizás pueda divisarse un camino algo más allanado. Al contrario que en otros Derechos de tercera generación donde esa colectividad se presenta más difusa o en planos de confluencia con el ejercicio individual, en el supuesto del Derecho a la libre determinación de los Pueblos (en adelante DLDP) su titular aparece algo más diáfano, al otorgarse a una colectividad con identidad propia que, por lo general, se encuentra conviviendo dentro de un territorio común, junto con una mayoría social diferente. Aunque se parte de esa inicial claridad, no está exento de dificultades. La principal, es la de articular una configuración jurídica de ese grupo que quede perfilado de forma clara, en cumplimiento de los cánones de la seguridad jurídica que son aplicables a toda institución jurídica.

Una de las propuestas con mayor apoyo doctrinal es la que identifica al titular del DLDP con los “Pueblos”. Como exponente de esta aproximación, algo genérica, puede citarse a Jarillo Aldeanueva que a la pregunta responde sin ambages considerando a los Pueblos como los únicos titulares<sup>697</sup>. Pero como bien advierte, la cuestión no puede darse por esclarecida únicamente individualizando al titular de una forma tan imprecisa, sino que ahora queda pendiente una labor depurativa hasta ofrecer una noción de “Pueblo” que realmente dote a una estructura al DLDP con la suficiente firmeza teórica. Esta tarea viene desarrollándose conjuntamente junto el proceso de decantación del

---

<sup>697</sup> Jarillo Aldeanueva, A. Óp. cit. Nota 641. Pág. 71.

propio DLDP en la nueva generación de Derechos Humanos, por lo que actualmente se encuentran ambas cuestiones inmersas en una amplia discusión teórica.

Ante la expresiva y abierta noción de “*Pueblo*”, se nos muestran un abanico de situaciones potenciales a las que hay que ir acotando hasta alcanzar, en la medida que permita el consenso doctrinal, una definición lo más ajustada a la realidad que tratamos de concretar. Como ya se ha mencionado, la complejidad del término “*Pueblo*” exige un ejercicio de amoldamiento de la noción a la realidad que hoy manifiesta el DLDP. Empecemos por ser conscientes de una premisa. Jarillo Aldeanueva nos aperece que “*Pueblo*”, dentro del Derecho internacional, es un concepto “*camaleónico*”, de lo que puede deducirse que sus expresiones son variadas y que su sentido va a ir en consonancia con el contexto que se utiliza.

Partamos de una inconcusa realidad, del carácter colectivo de su titular. En este contexto, si miramos la evolución del Derecho de libre determinación se puede comprobar que han existido dos marcos de desarrollo que han influido en la determinación de “*Pueblo*” como su titular:

1º.- Si realizamos un análisis a los textos internacionales que han tratado la materia, por lo general, se asocia el DLDP, en cuanto motor legitimador de los procesos de descolonización<sup>698</sup>, a un lógico protagonismo de los “*Pueblos Coloniales*”<sup>699</sup>.

2º.- Por otro lado, la existencia de minorías en los Estados, definidas política, territorial e identitariamente, que han asumido en los últimos tiempos un reconocible papel protagonista en lo que a la titularidad del DLDP se entiende. Ofreciendo a estos “*Pueblos*” el Derecho una vía de materialización a sus demandas de autonomía y reconocimiento.

---

<sup>698</sup> Esta es la versión que recogen tanto los Pactos de Nueva York como la Propia Carta de San Francisco.

<sup>699</sup> Anaya, James. Óp. cit. Nota 680. Pág. 140. “*En su manifestación más destacada en época contemporánea, la autodeterminación promovió la caída de las instituciones del estado colonial y la emergencia de un nuevo orden político para los pueblos subyugados*”.

Como puede deducirse, ambas situaciones marcan de forma relevante el apartado de la titularidad del Derecho. Por ajustar el contenido y no extender en exceso el análisis de la cuestión, nos centraremos en el segundo apartado, que es el que cobra relevancia a los objetivos marcados y sustenta la reciente faceta del DLDP como un Derecho Humano de tercera generación.

Una primera aproximación al uso del término “*Pueblo*” obliga a diferenciarlo de su asimilación al de “*nación*”. El origen de la confusión lo podemos encontrar en el Preámbulo de la Carta de San Francisco cuando tenemos por un lado la expresión “*nosotros los pueblos*” y por otro, en su artículos 1.2 y 55<sup>700</sup>, una mención expresa a la libre determinación de los “*Pueblos*”. Lógicamente, tales referencias son patentes alusiones a los propios Estados. En este caso, el uso del vocablo “Pueblo” es evidente que su empleo en la Carta de Naciones Unidas no ofrece dudas en cuanto el sujeto referenciado. Una interpretación teleológica nos conduce al proceso descolonizador<sup>701</sup> y ello va en coherencia con las referencias a los Estados que encontramos en la Carta<sup>702</sup>. A juicio de Viciano Pastor<sup>703</sup>, esta confusión entre “*pueblo*” y “*nación*” en la Carta de Naciones Unidas es lógica si se tiene en cuenta que se trata de un foro de Estados donde se trabaja más con criterios limitadores que en la búsqueda de alternativas que permita el desarrollo. Sobre todo si éstas tienen un peligro potencial para la supervivencia de los propios Estados.

A pesar del notorio sentido del uso que realiza la Carta de “*Pueblo*”, con la perspectiva que muestra el paso del tiempo y su posterior evolución, sí que puede producir cierta confusión. Básicamente a la hora de establecer una delimitación conceptual de su

---

<sup>700</sup> Llama la atención que la Carta use en primer término de éste artículo 55 el concepto “*naciones*” para poco después, alentar la libre determinación de “*los pueblos*”.

<sup>701</sup> Artículos 73, 76 y 80 de la Carta de Naciones Unidas.

<sup>702</sup> Jarillo Aldeanueva, A. Óp. cit. Nota 641. Pág. 39. “*Para cumplir los propósitos del artículo 1.2, los capítulos XII (Régimen Internacional de Administración Fiduciaria) y XIII (El Consejo de Administración Fiduciaria)86 de la Carta establecían todo un sistema de administración controlado por Las Naciones Unidas sobre tres tipos de territorios: los territorios bajo mandato, los segregados de los países vencidos en la Segunda Guerra Mundial y los que voluntariamente quisieran ser administrados (territorios fideicometidos). Asimismo, en el Capítulo XI de la Carta de las Naciones Unidas se incluyó la Declaración relativa a territorios no autónomos. Estas remisiones al sistema de administración fiduciaria y al principio de igualdad constituyeron el marco legal que permitió desarrollo normativo del principio de autodeterminación.*”

<sup>703</sup> Viciano Pastor, R. Óp. cit. Nota 666. Pág. 149

ámbito subjetivo y material, ya que fuera de las referencias que se ha hecho mención en el párrafo anterior, no encontramos ninguna otra cita en la propia Carta que arroje claridad del término “*Pueblo*” y que ayude a dotarle de indubitado contenido. Al menos para solventar esa inicial contraposición con otros términos como “*Nación*” o “*Estado*”. Por ello, en principio, y ante la incuestionable diferencia que existe en cuanto a la sustantividad de los términos, la Carta de Naciones Unidas produce una primaria deformación al usar las prescripciones indistintamente<sup>704</sup>. Confusión que en definitiva, tiene corto recorrido ante la clara y consolidada diferenciación de las figuras (Pueblo, Estado y Naciones)<sup>705</sup>.

Hecha esta breve reseña en lo que a la original indiferenciación en el uso del término “*Pueblo*” en la Carta de Naciones Unidas, avanzamos en lo que al intento de dotar de una delimitación conceptual más clara a la figura. Uno de los primeros lances que se presentan en su conformación es que resulta ser un concepto polisémico. Consecuentemente a ello, salta la dificultad de poder ofrecer una definición con mínima pretensión de generalidad. En el marco del Derecho internacional esta dificultad no ha resultado un óbice insalvable y se pueden constatar múltiples ejemplos en los que se ha logrado reconocer a un colectivo como “*Pueblo*” para, posteriormente, otorgarle ya sea un estatus jurídico diferenciado en el ordenamiento estatal o incluso su aceptación como Estado independiente. Es necesario reconocer que la configuración de la institución no viene desde un ejercicio de construcción teórica en la que se determinen de forma homogénea sus elementos conformadores sino más bien por la suma de supuestos individuales que contribuyen a la delimitación del perfil. Es en el marco del Derecho

---

<sup>704</sup> En este punto Viciano Pastor es más tajante y llama a rechazar “de plano” la interpretación “interesada” de la Asamblea General de Naciones Unidas y realiza un llamamiento a “*centrarse en dar un contenido al término “pueblo”*”.

<sup>705</sup> Gros Espiell, H. Óp. cit. Nota 676. pág. 56-57. “*El derecho a la libre determinación, en su regulación por las Naciones Unidas, ha sido configurado como un derecho de los pueblos sometidos a dominación colonial y extranjera. No se refiere a los pueblos ya organizados bajo una forma estatal, en los que no se dé una dominación colonial y extranjera, porque la propia Resolución 1514 (XV), así como otros textos de las Naciones Unidas, condenan cualquier intento dirigido a destruir total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país.*”.

internacional donde la costumbre se instituye como una preponderante fuente material para la materialización de esta figura jurídica<sup>706</sup>.

Se ha hecho referencia a la complejidad del término, así como a su polisemia y variedad semántica, circunstancias todas ellas de las que se puede encontrar abundante investigación doctrinal en un intento de ir dotando a la institución de unas bases que permitan su asentamiento con pilares que ofrezca un mínimo de seguridad jurídica. Es manifiesto que escapa al espacio y propósito de este trabajo ofrecer una exposición detallada del extenso y variado elenco de teorías que pueden encontrarse al respecto por lo que expondremos algunas de las mismas desde un plano generalista y simbólico.

Iniciamos con la formulada por Jarillo Aldeanueva<sup>707</sup>, que basándose en la expresada por los profesores Ruiloba y Pastor, completa ésta con aportaciones, que en nuestra opinión la complementan y enriquecen. Expondremos sucintamente sus notas esenciales:

- A la vista de los antecedentes el concepto de “*Pueblo*” es una noción que indudablemente va a verse influenciando de las aportaciones de las teorías relativas al concepto “*nación*”, ante las evidentes coincidencias que entre ambas figuras operan.
- En segundo lugar, a nuestro juicio el acierto de la propuesta, es que ante las posiciones que apoyan su eje vertebrador en su contenido objetivo (Escuela Alemana) y las que se centran en su aspecto subjetivo (Escuela Francesa), la propuesta de los Autores citados opta por una posición más ecléctica conformando la noción con contribuciones de ambos ámbitos<sup>708</sup>. Por un lado se

---

<sup>706</sup> En este aspecto coincido con Jarillo Aldeanueva, cuando citando a Browlie, mantiene que a pesar de la inicial dificultad ante un término tan multívoco se puede alcanzar por medio de la práctica a un “*núcleo de certeza razonable*”.

<sup>707</sup> Jarillo Aldeanueva, A. Óp. cit. Nota 641. Pág. 42.

<sup>708</sup> *Ibidem*. Pág. 42. “*Esta posición ecléctica la resume el profesor RUILOBA en las siguientes líneas: “La voluntad colectiva de vivir como nación independiente, o la conciencia de constituir una nación o un pueblo diferenciados, es, pues, un elemento necesario al concepto de pueblo o nación. No es, sin embargo, suficiente. Se requiere una base objetiva. [...] No hay un elemento esencial o definidor que, al detectarse, cualquiera que sea la intensidad de su presencia, nos indique cualitativamente cuando un*

parte de un elemento volitivo de conformar una colectividad diferenciada, pero que de por sí no es suficiente esa voluntad de conformarse como “*Pueblo*”, siendo necesario ciertos elementos objetivos que en su conjunción, esta vez sí, permitirán adquirir la condición de tal. Concreta ese aspecto material complementario en la concurrencia de un relativo arraigo histórico que exprese una identidad diferenciada sumado a conductas sociales propias y, generalmente, asociadas a la propia identidad. Lógicamente, la intensidad de estos factores es variable y se manifiestan de forma muy heterogénea, pero coincidimos con los proponentes que su convergencia simultánea delimitará la existencia de un “*Pueblo*”.

- A las anteriores exigencias se suma la necesaria concurrencia de “*factores políticos*”. Es comprensible que la voluntad exigida se articule por medio de un poder político, legitimado democráticamente y a los efectos de correa de transmisión de la expresión mayoritaria.

Expuesta esta simbiótica propuesta, mantiene Jarillo Aldeanueva que la aparición de los factores de forma individualizada, en ningún caso pueden sustentar por sí solos, la catalogación como “*Pueblo*”<sup>709</sup>, aunque no encontramos en la citada formulación referencia alguna en cuanto a la intensidad cualitativa que se exige a tales factores subjetivos y objetivos para determinar su grado de influencia en el alcance final de la categoría jurídica. Por el contrario, en la propuesta de Viciano Pastor se entiende que la auto-conciencia como pueblo se presenta como un requisito preponderante y de notable influencia, en su reconocimiento como tal<sup>710</sup>. Mantiene que dado que el Derecho de Autodeterminación hunde sus raíces en el Principio Democrático, no encuentra mejor

---

*grupo humano es un auténtico pueblo [...] Un pueblo, al igual que una nación es pues, un grupo humano social e históricamente diferenciado por un complejo de factores, objetivos unos y subjetivos otros, cuya presencia relativa es dispar de unos casos a otros, y que, en conjunto, pueden dar lugar a una diferenciación mayor o menos también según los casos. “.*

<sup>709</sup> En este punto, la existencia de una lengua propia y diferente a la mayoritaria no apoya por sí sola la consideración como “*Pueblo*”, al igual que, aisladamente el uso de un territorio de forma mayoritaria, tampoco o una tradición histórica que deberá analizarse contextualizadamente para determinar si en su desarrollo hay elementos expresivos identitarios que permitan diferenciar al colectivo.

<sup>710</sup> Viciano Pastor, Óp. cit. Nota 666. Pág. 151 “*Consecuentemente, puesto que a pesar de buscar elementos objetivos que asienten el concepto de pueblo seguimos en la ambigüedad, debemos de concluir con Héraud que «desde la perspectiva de la democracia, un pueblo se define subjetivamente; un pueblo es toda colectividad que quiera conferirse el carácter de pueblo»”.*

elemento de expresión del mismo que la propia voluntad de configurarse como “Pueblo”. No desdeña la necesidad de que tengan que concurrir otros elementos de carácter más material, si bien, en este punto aporta una interesante visión cuando establece que la apreciación de tales elementos deberá realizarse por el propio colectivo. Poco puede ayudar a su reconocimiento que desde un plano externo se examine la concurrencia de unos requisitos, con una previsible “*tendencia psicológica*” y con manifiestos intereses ajenos al propio grupo enjuiciado. Todo ello conduce a la conclusión, que compartimos plenamente, de que el Derecho de Autodeterminación, reconocido por el Derecho Internacional a “*todo Pueblo*”, no puede a posteriori limitarse filtrando los colectivos que puedan acceder a su reconocimiento por el incumplimiento de las exigencias impuestas por el propio censor, sino que cualquier grupo humano que se defina y tenga conciencia como tal, puede ser titular del DLDP<sup>711</sup>. A lo que añade, acertadamente, que ello no conlleva inexorablemente a una arriesgada fragmentación territorial y social, sino que muy al contrario, partiendo de la diferenciación, igualmente pueden encontrarse puntos en común con el resto de comunidades que permitan la agrupación en un “*único pueblo*”<sup>712</sup>.

Para Forno Florez este elemento subjetivo, sin cobrar la esencialidad que informa en la propuesta de Viciano Pastor, también goza de cierta preeminencia ya que considera que a falta de un elemento objetivo determinante, será por medio del aspecto personal<sup>713</sup> el

---

<sup>711</sup> En la misma línea Pérez Royo, “*En mi opinión, hay que aceptar que puede constituirse en el interior del Estado una voluntad independentista, aunque la Constitución excluya expresamente esa posibilidad. Y que la velación de la existencia de esa voluntad independentista, tiene que hacerse tomando en consideración únicamente las manifestaciones de voluntad de los ciudadanos de la parte del territorio del Estado, que se convertiría en independiente.*”. Pérez Royo, J. “Entre política y derecho: El debate sobre la independencia de Cataluña”. Pág. 166. Obra colectiva. “La autodeterminación a debate”. Dirige. Juan José Solozábal. Editorial Pablo Iglesias. 2014

<sup>712</sup> Viciano Pastor, Óp. cit. Nota 666. Pág. 153. “*Puesto que hemos concluido que dicho derecho debe ser predicable de todos los pueblos, y que, ai utilizar este concepto, no debemos referirnos sólo a un grupo étnico que posea conciencia de tal, sino también a cualquier colectivo que se defina como pueblo, parece claro que, en España, no sólo los vascos, los gallegos o los catalanes, pueden ser considerados pueblos sino también los valencianos, los castellanos, los andaluces o los extremeños, por citar sólo algunos ejemplos. Y consecuentemente todos ellos pueden ser, en abstracto, sujetos del derecho de autodeterminación. Pero es que, indudablemente también, es posible que, a pesar de que dichos colectivos humanos se sientan diferenciados respecto de sus vecinos, hayan logrado superar esas diferencias, tomando como referencia las similitudes e identidades comunes que existan entre ellos, y puedan conformar un único pueblo que sea sujeto del derecho de autodeterminación.*”.

<sup>713</sup> Forno Florez, Giovanni. “Apuntes sobre el Derecho de Libre Determinación de los Pueblos”. Agenda internacional. año IX. Núm. 18. 2003. Pág. 100 “*Por eso, los defensores de la libertad de expresión lo*

que pueda dirimir la concurrencia o no de la consideración de “pueblo”. En su formulación<sup>714</sup>, a los reseñados elementos objetivos y subjetivos añade un tercero, de necesaria concurrencia para la plena identificación, referido a la “posesión de un territorio”. En este caso, los elementos señalados han de darse de forma conjunta, por lo que la abstención de cualquiera de ellos invalida la formulación. En este punto, David Copp, considera este elemento de ineludible concurrencia para que pueda hacerse efectivo el Derecho de Autodeterminación. El Autor contempla al sujeto activo del Derecho una “sociedad” en la que debe concurrir no solo un elemento político, sino también territorial<sup>715</sup>.

Forno Florez, añade una nueva e interesante perspectiva al debate. Parte de la consideración común de que tras el proceso descolonizador, urgía dotar al DLDP de una “nueva dimensión”<sup>716</sup>. Se había relegado a las “minorías” a un segundo plano, dotando de exclusivo protagonismo a los pueblos bajo dominación colonial, en lo que a la titularidad del Derecho se refiere. Se hacía forzoso operar un nuevo planteamiento del DLDP, impulsado por los cambios políticos, económicos y sociales que se habían producido, principalmente en Europa del este, que permitiera ofrecer cobertura a las minorías, que reconociera sus derechos y protegiera su identidad, sin tener que fracturar el orden jurídico estatal vigente. Bajo tales premisas se abría la puerta a un concepto de “Pueblo” adaptado a esas nuevas necesidades.

---

*consideran un elemento fundamental de la libre determinación, el de expresarse en su propia lengua, lo cual implica el derecho a conocerla. Deben rechazarse ciertas ideas que han intentado desnaturalizar esta visión, como la opinión de Van Dyke, quien afirma que pueblo tiene varios significados como «subdivisiones nacionales o étnicas» en Estados y territorios dependientes, multinacionales o multiétnicos. Por su parte, Ruiloba señala que pueblo equivale a nación, salvo en ciertos matices. Por otro lado, se tiende a confundir el término pueblo con otros, como población”.*

<sup>714</sup>Forno Florez se apoya en la noción de Obieta Chalbaud “[ ... ] se entiende por pueblo todo grupo étnico, dotado por consiguiente de los dos elementos objetivo y subjetivo, que posee un territorio determinado en el que vive la mayoría de sus miembros. El concepto de pueblo añade, pues, al de grupo étnico puro la posesión de un territorio propio. Por este último elemento, se distingue de la minoría étnica no territorial [ ... ]”.

<sup>715</sup> Allen Buchanan, David Copp, George Fletcher y Henry Shue “Autodeterminación y Secesión”. Gedisa. 2.014. Pág. 54. “He dicho antes que el derecho a la autodeterminación pertenece únicamente a los grupos que tienen derecho a controlar y a gobernar un territorio. Esto es una verdad trivial, dado que el derecho de autodeterminación implica el derecho a constituir un Estado que controle y gobierne un territorio. Sin embargo, quiero insistir en que el derecho de autodeterminación pertenece únicamente a las sociedades que son «territoriales» en el sentido que acabo de definir.”.

<sup>716</sup>Forno Florez, G. Óp. cit. Nota 713. Págs. 91-120.



Primero, se ha distinguir en tales supuestos de “Pueblo” y “Población”. El Estado multinacional se define por una “Población” que abarca diversos “Pueblos”, que únicamente comparten un nexo común, “estar bajo un mismo poder estatal”. De este modo se concierne las realidades donde una, los “Pueblos”, se les otorga una realidad preexistente al propio Estado, que éste, no tienen más que respetar y proteger en el mantenimiento de tal identidad. Es ahí donde opera el DLDP, al presentarse, no solo como un Derecho del “Pueblo” a que se proteja su cultura, sino que funciona como una relación sinalagmática donde el Estado tiene, además, el deber de que así sea. Este planteamiento es particularmente importante en los Estados multinacionales, ya que se definen por la composición plural de los pueblos que lo conforman y ello, en no pocas ocasiones, suele ser fuente de conflictos. Conflictos que han de superarse bajo la máxima de que “los Estados deben propiciar la integración nacional sin violación de Derechos Humanos o el sojuzgamiento de sus minorías nacionales”.

Una segunda y trascendente aportación la contextualiza bajo una premisa. Parte de que el ejercicio del DLDP no supone la Secesión, tal y como viene planteándose en este trabajo. Dicho lo cual, y bajo tal “principio guía” se pregunta, ¿qué pueblos son los que pueden ejercer ese DLDP”?

Intenta dar respuesta partiendo de la clásica teoría de que solo los pueblos bajo dominación colonial tienen el Derecho a “autodeterminarse”<sup>717</sup>. Los pueblos coloniales, gozan del Derecho a la libre determinación. Son figuras que responden a un supuesto muy concreto donde la identidad está claramente definida (política y territorialmente) y que, en todo caso, carecían de soberanía. Partiendo de ello, en coherencia con esa nueva dimensión del DLDP, acertadamente defiende que el Derecho de Autodeterminación no puede quedar ceñido en exclusiva a tales supuestos, ya que el marco encaja igualmente en otros casos que a pesar de no responder a criterios de dominación colonial, hablamos de colectivos diferenciados e igualmente carentes de soberanía estatal<sup>718</sup>. Quedaría de

---

<sup>717</sup>Forno Florez, G. Óp. cit. Nota 713. Pág. 105 “Cubaque y Ortiz son fieles seguidores del respeto irrestricto a la integridad territorial al concebir como sujeto del derecho a la libre determinación solo a un grupo privilegiado de pueblos, aquellos que se encuentran sometidos a dominación colonial.”.

<sup>718</sup> Ibídem. Forno Florez, G. Óp. cit. Nota 713 Pág. 107. “González Campos, Pastor Ridruejo y Obieta Chalbaud, suscriben esta corriente, que consideramos correcta. Creemos que, en su momento, las Naciones Unidas incurrieron en error al establecer limitaciones que han originado una fuente de

esta forma, extendido el ámbito subjetivo del Derecho de Autodeterminación o Derecho de libre determinación de los pueblos, a todo colectivo, grupo o minoría que se sienta como tal, al margen de que esa reafirmación se vea corroborada por la concurrencia de otros elementos objetivos, pero en un segundo orden<sup>719</sup>.

Una última propuesta es la que nos ofrece James Anaya<sup>720</sup>. Una visión que compartimos y que viene a reforzar, o al menos complementar, la de Viciano Pastor. Comienza con una pertinente advertencia, “*La Autodeterminación se refiere a seres Humanos, no sólo a individuos dotados de voluntad autónoma*”. De esta forma parte de un presupuesto que por aceptado no debe desatenderse, en cuanto que la figura de la Autodeterminación, encarna valores esencialmente destinados al desarrollo de las personas, de forma individual y colectiva. Es precisamente en su condición de “*seres sociales*” donde este Derecho tiene innegables efectos. Partiendo de éste aserto, el concepto “*Pueblo*” ha de tener necesariamente un ámbito material que pivote sobre la idea de que está amparando la demanda de reafirmación colectiva de un grupo de personas, al margen de elementos más contingentes como territorio, cultura y lengua u otros con mayor grado de artificialidad como el de Estado-Nación.

---

*permanente conflicto y tensión internacional, dándoles la espalda a la realidad y a las enseñanzas de la historia: [ ... ] esta interpretación del derecho de autodeterminación dada por la Asamblea General contradice paladinamente a 150 años de historia y de realizaciones. Ni el principio de nacionalidades como se formuló y aplicó en el siglo XIX, ni la autodeterminación que propugnó el presidente Wilson, ni el uso que de ella hizo la Sociedad de Naciones avalan la interpretación de la Asamblea General. De ser esta verdad, no existirían hoy como Estados ni Grecia, ni Italia, ni Noruega, ni Finlandia, ni Polonia, ni Checoslovaquia, ni Islandia, ya que todos ellos hicieron uso de la autodeterminación, pero ninguno de ellos fue nunca una colonia y, por otra parte, los Estados a los que pertenecían --el Imperio Turco, el Imperio Austro-Húngaro, el Reino de Suecia, el Imperio Ruso y el Reino de Dinamarca- hubiesen tenido también un derecho inviolable a su integridad territorial (cita de OBIETA CHALBAUD, José A. El derecho de autodeterminación de los pueblos. Bilbao: Universidad de Deusto, 1980, p. 48. Véase también MACKAY, Fergus. Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional. Una Fuente instrumental para las organizaciones indígenas. Lima: APRODEH, 1999. )”.*

<sup>719</sup> *Ibídem.* Forno Florez, G. Óp. cit. Nota 713. Pág. 107. “Definitivamente, el derecho de libre determinación de los pueblos, que es un derecho humano colectivo, es un derecho que posee todo pueblo por el simple hecho de serlo. Ningún pueblo puede ser privado de él porque es inherente a la colectividad y a las personas que la constituyen.”.

<sup>720</sup> Anaya, James. Óp. cit. Nota 680. Pág. 141 y ss.

Anaya no parte de lo que considera una “*posición restrictiva*”<sup>721</sup>, en contraste de una constante que viene manteniéndose en lo que a la noción de “*Pueblo*” afecta. Por lo general, siempre se ha optado por segmentos de titularidad muy restringida a ciertos sujetos que cumplieran una serie de condiciones, con consecuente exclusión de aquellos colectivos que no cumplieran tales requisitos. Desde esta esfera, entiende que existen tres variantes de la noción de “*Pueblos*”.

- Una primera se identifica con las poblaciones bajo dominación colonial y a la que se confiere en exclusiva el Derecho de Autodeterminación. Anaya rechaza esta versión de “*Pueblo*” porque a su juicio “*va demasiado lejos*” al constreñir la efectividad de la autodeterminación al proceso de descolonización limitando su alcance como Derecho Humano<sup>722</sup>. Conclusión que compartimos, incluso hiendo más allá al entender que el proceso descolonizador deformó el Derecho de Autodeterminación, con consecuencias que llegan hasta nuestros días.
- Una segunda versión mantiene que los “*Pueblos*” con Derecho de Autodeterminación son las “*Poblaciones Agregadas*” a los Estados independientes. Si bien nos ofrece una mayor amplitud en su espectro subjetivo, el Autor remarca que aún deja fuera un número importante de colectivos y que de esta forma se mantendrían sin respuesta a sus demandas de autonomía. Demandas, que pudieran encajar en el ámbito material del derecho de Autodeterminación pero que le es vetado por no tener la consideración de sujeto

---

<sup>721</sup> Anaya, James. Óp. cit. Nota 680. Pág. 142. “*Sin embargo, muchos han interpretado el uso del término -pueblos como una restricción del ámbito de aplicación de la autodeterminación. Desde esta perspectiva, el principio de autodeterminación se relacionaría sólo con «pueblos» en el sentido de un conjunto limitado de comunidades definidas de forma restrictiva, mutuamente excluyentes, y con derecho en principio a toda una gama de poderes soberanos, incluida la estatalidad independiente. Esta posición ha generado un debate muy controvertido sobre la cuestión de si los pueblos indígenas son «pueblos» con derecho a la autodeterminación.*”.

<sup>722</sup> *Ibíd.* Pág. 142. “*Limitar la aplicación del principio de autodeterminación a los pueblos de territorios de tipo colonial clásico supone negar la importancia de este principio para todos los sectores de la humanidad y, por lo tanto, debilita su carácter de principio de Derechos Humanos.*”.

activo legítimo para su titularidad. Coincido en que esta versión de la institución tiene aún demasiada carga “*estatocéntrica*”<sup>723</sup>.

- Una tercera versión parte de que la realidad social mundial viene determinada por la división entre comunidades “*mutuamente excluyentes*”, que cimentan su división atendiendo a su identidad etnográfica o que sea una comunidad que arrastra un larga experiencia como tal. Esta es una visión de “*Pueblo*” que encaja con la concepción europea tras la primera guerra mundial. Si bien ésta modalidad, que pone su acento en caracteres culturales o de identidad histórica, presenta el problema común a las tres modalidades. En definitiva, se trata de hacer primar exigencias que conllevan, inherentemente, la exclusión de comunidades que no cumplan con las mismas. No existen razones de peso que sustenten tal discriminación.

Como puede verse, en las tres modalidades presentadas siempre van a quedar colectivos fuera del ámbito subjetivo del Derecho de Autodeterminación y ello aboca a una ineludible conclusión, y es que, como acertadamente destaca, son “*incompletas y mutuamente excluyentes*”. La causa la encontramos en un modelo de pensamiento identificado con un enfoque netamente occidental, basando su configuración jurídica en una artificiosa distinción subjetiva entre Estado e Individuo. Este modelo configura al Estado-Nación como una unidad natural de medida en el plano internacional, con unas exigencias en su perfil que, lógicamente, conlleva descartar a toda aquella colectividad humana que no cumpla con los requisitos que la propia comunidad internacional ha establecido para su reconocimiento. Obviamente esto deja fuera a un buen número de comunidades a las que se les veta el acceso al Derecho de Autodeterminación por no pasar el filtro de ser un potencial “*Estado*”<sup>724</sup>.

---

<sup>723</sup> *Ibidem*. Pág. 143. “De hecho, como argumentaré más adelante, una concepción estatocéntrica de la autodeterminación supone un anacronismo en un mundo en el que las fronteras de los estados cada vez significan menos, y en el que estas fronteras no coinciden necesariamente con todas las esferas significativas de asociación humana.”.

<sup>724</sup> *Ibidem*. Pág. 145. “Desde esta perspectiva, la humanidad se ve reducida a unidades de organización definidas por un repertorio de categorías estatistas, de tal modo que termina oscureciéndose el contenido de Derechos Humanos de la autodeterminación y los valores en los que ésta se funda, en un mundo que es cada vez menos estatocéntrico.”.

Anaya opta por una configuración garantista, haciendo prevalecer el carácter de Derecho sobre cualquier limitación sintética en el marco de su titularidad, cubriendo el amplio espectro de colectivos que puedan verse inmersos en la demanda de pretensiones bajo la cobertura del Derecho de Autodeterminación. Tanto para aquellos supuestos donde se reclamen mayores cuotas de autogobierno o cuando se exija autonomía para la creación de un nuevo Estado. Lo determinante no es si el colectivo da el perfil que previamente se ha impuesto bajo unos criterios, lo importante es dotar al ámbito subjetivo de Derecho de Autodeterminación para que permita cubrir las pretensiones de comunidades, que aunque no respondan por entero al perfil de “Pueblo” que la comunidad internacional ha establecido, sí que al menos se les abra una posibilidad de amparo a sus pretensiones de libre determinación<sup>725</sup>. Restringir su acceso artificialmente supone aceptar una noción del Derecho “incompleta y distorsionada”<sup>726</sup>. En este punto, se recoge expresamente a los Pueblos Indígenas, así como otros grupos, como sujetos activos del Derecho de autodeterminación<sup>727</sup>.

Para cerrar este apartado, a modo de conclusión y apoyándonos principalmente en las propuestas expuestas de Viciano Pastor y James Anaya, nos aventuramos a definir “Pueblo”, como cualquier colectivo que individualmente así se considere por sí mismo

---

<sup>725</sup> *Ibídem.* Pág. 147. “Asumir que la autodeterminación sólo afecta a «pueblos» definidos en sentido restrictivo y mutuamente excluyentes implicaría rebajar la importancia de los valores de la autodeterminación, en un mundo que de hecho está evolucionando en otra dirección. Aunque la historia del mundo contenga momentos tanto de integración como de desintegración, la tendencia dominante parece acercarnos a una interrelación cada vez mayor”.

<sup>726</sup> *Ibídem.* Pág. 148. “Los valores de libertad e igualdad implícitos en el concepto de autodeterminación tienen sentido para las múltiples y solapadas esferas de asociación y organización políticas que caracterizan a la humanidad. Si se interpreta correctamente, el principio de autodeterminación, al igual que los valores que éste incorpora, beneficia a todos los grupos -es decir, a los «pueblos» en el sentido ordinario del término- a lo largo del espectro de la compleja red de interrelaciones y lealtades, y no sólo a pueblos definidos por fronteras de soberanía, sean éstas ya existentes o simplemente percibidas. Y en un mundo de esferas políticas cada vez más solapadas e integradas, la autodeterminación afecta a la constitución y funcionamiento de todos los niveles y formas políticas bajo los que viven las personas.”.

<sup>727</sup> *Ibídem.* Pág. 149. “Dentro de un contexto que vincule consideraciones de Derechos Humanos con consideraciones de estabilidad política, el término pueblos debe interpretarse de forma que incluya todas las esferas de comunidad, definidas por elementos de identidad y conciencia colectivas en las que se desenvuelve la vida de los pueblos; y ello con independencia de consideraciones de soberanía histórica o de postulados de soberanía preexistente”. El término pueblos se refiere por tanto no sólo a las poblaciones agregadas de los estados y territorios coloniales, sino a otras esferas de comunidad que definen la existencia humana y la sitúan en el mundo. Por lo tanto debe entenderse que el término incluye también a los pueblos indígenas ya otros grupos”.

y así demande ser reconocido, sumado a la eventual confluencia de otros elementos materiales (cultura, lengua o territorio, etc.). Su reivindicación de respeto y protección a su identidad, se instrumentaliza por medio del DLDP que, al margen de su condición de Derecho reconocido y positivado, se presenta como un deber para aquellos Estados “multinacionales” o “plurinacionales” de garantizar su efectividad.

### 4.2.3 Contenido del Derecho de Libre Determinación de los Pueblos.

El contenido del DLDP es una materia que a lo largo de este trabajo se ha venido tratando desde sus diferentes perspectivas. Se ha indicado con reiteración que el DLDP en su vertiente como Derecho Humano de tercera generación, aporta un nuevo plano, más allá de su original encuadre como instrumento al servicio del proceso descolonizador o como un Derecho de titularidad y contenido difuso, sin virtualidad práctica. Actualmente es un Derecho reconocido a “Pueblos y Minorías” que garantiza el respeto a su identidad, además de ofrecer una vía de lograr un nivel de autonomía que afiance su pervivencia como pueblo y la perdurabilidad de su cultura<sup>728</sup>.

Expondremos algunos rasgos identificativos del mismo, apoyándome en la propuesta de James Anaya en esta materia. Especialmente es relevante su aportación por centrar el análisis en la interrelación que existe entre Derecho de Autodeterminación y Pueblos Indígenas. De esta forma se ofrece una panorámica del contenido del DLDP a la luz de una materia que tiene especial relevancia a nuestros objetivos. Parte el autor del “equivoco” que supone asociar Autodeterminación a Secesión<sup>729</sup>, principalmente

---

<sup>728</sup> Anaya, J. Óp. cit. Nota 680. Pág. 170. “La profesora Erica-Irene A. Daes, la anterior presidenta del Grupo de Trabajo, ha señalado que el requisito de autodeterminación en el contexto de los pueblos indígenas constituye una forma de «construcción estatal diferida» a través de la negociación y otros procedimientos pacíficos adecuados que otorguen una participación significativa a los grupos indígenas”. De acuerdo con la profesora Daes, la autodeterminación puede concebirse como un proceso “en virtud del cual los pueblos indígenas sean capaces de unirse a todos los otros pueblos que constituyen el Estado en términos de mutuo acuerdo y justicia, después de muchos años de aislamiento y exclusión. Este proceso no requiere la asimilación de los individuos, como ciudadanos iguales a todos los demás, sino el reconocimiento y la incorporación de pueblos diferenciados a la constitución del Estado, en términos consensuados.”.

<sup>729</sup> *Ibidem.* Anaya, James. Pág. 1148. “En el fondo, la resistencia a reconocer que la autodeterminación implica derechos para literalmente todos los pueblos se basa en el equivoco de que la autodeterminación en sentido amplio equivale al derecho a la formación de un estado independiente, a pesar de que este derecho no sea de ejercicio automático o se ejerza para lograr un estatuto alternativo distinto a la estatalidad. Por lo general, este equivoco se deriva de la experiencia de la descolonización, que- supuso la transformación de los territorios coloniales en nuevos estados, precisamente con fundamento

motivado por el proceso descolonizador. Reflexión con la que nos identificamos y que venimos defendiendo haciéndome eco de la razonada y lógica doctrina que la sustenta, por lo que no nos extenderemos en el aserto, salvo para hacer constar la opinión reseñada.

Avanzando en su estudio, puede verse que distingue en el contenido del DLDP dos aspectos, los sustantivos y los reparativos. En su desarrollo, se aleja de la más generalizada división entre Autodeterminación interna y externa, ya que entiende que esta diferenciación viene marcada por un concepto de “Pueblo” anclado en una posición estatalista en la que se veta cualquier intento de equiparación para aquellos grupos que no cumplan con unos requisitos que la propia comunidad impone y valora. Este modelo excluyente es rechazado por Anaya que lo considera una “*distorsión de la realidad*”. Por contra, el esquema de una Autodeterminación constitutiva y continuada (aspectos sustantivos) no parte de una excluyente diferenciación que marque con marchamo de viabilidad a unas pretensiones frente otras, atendiendo al perfil del sujeto.

Veamos las diferencias:

- *Aspectos sustantivos*. El primer apartado engloba los aspectos “*sustantivos*” de la Autodeterminación, en la que aparece como expresión de los Derechos Fundamentales de libertad e igualdad, convirtiéndose en un “*estándar de legitimidad política*” bajo la envoltura de los Derechos Humanos. Esa faceta, viene definida por dos elementos normativos:

---

*normativo en la autodeterminación”. Por las razones que vimos anteriormente, no puede establecerse un vínculo absoluto entre la autodeterminación y los derechos o atributos de la estatalidad. Este vínculo, por otra parte, tampoco se deriva necesariamente de la experiencia de la descolonización. Dada su prominencia en la práctica internacional de la autodeterminación, la descolonización supone efectivamente un punto de referencia para la comprensión de la naturaleza y alcance de la autodeterminación. Sin embargo, como ya vimos, es un error hacer equivaler la autodeterminación con el régimen de descolonización, que estuvo asociada a un conjunto limitado de sujetos, prescripciones y procesos”. Las normas que rigieron la descolonización no representan por sí mismas la sustancia del principio de autodeterminación, sino que más bien suponen medidas para reparar una desviación específica del principio, la de la condición colonial en su forma clásica.”.*

- Un “*aspecto constitutivo*”, en la que la Autodeterminación es garantía de democracia al exigir que las instituciones del Gobierno sea un reflejo de la voluntad popular. El aspecto “*constitutivo*” de la Autodeterminación está centrado en los procedimientos para la conformación y regulación de las “*instituciones políticas*” de la comunidad. Anaya refuerza la idea de que no es un sistema que comprometa un determinado resultado sino más bien concentra sus exigencias sobre el procedimiento, estableciendo unos estándares mínimos de participación y consenso, y de esta forma, pueda avalarse sus efectos por responder a la “voluntad colectiva”.
  
- En segundo lugar, un “*aspecto continuado*”, que exige la configuración de un marco de libertad para el desarrollo de las personas. En el aspecto “*continuado*”, exige una esfera de autonomía en la toma de decisiones. Se trata de garantizar que “*Los Pueblos*” puedan tener un ámbito protegido de decisión que permita disponer de autogobierno y autosuficiencia para llevar a cabo unas decisiones que se han tomado atendiendo, únicamente, a los intereses del propio colectivo y además, que se le ofrezca de unas circunstancias en las que adquiera estabilidad y perdurabilidad.

En definitiva, uniendo ambos caracteres, de forma recíproca y mutuamente complementados, se articula un procedimiento que goce de atributos democráticos, apoyado a modo de condición “*sine qua non*” de una esfera de libertad que en su conjunción generan un marco de efectividad idóneo para el Derecho de Autodeterminación.

- “*Aspectos reparativos*”. La propia denominación lleva una alta carga intuitiva de su contenido al entender que uno de los efectos de este Derecho es “*enmendar*” situaciones en las que se ha constatado la violación de Derechos



Humanos por el simple hecho de ser o pertenecer a un colectivo diferenciado. El mejor ejemplo que puede servir de exponente, lo encontramos en el proceso de descolonización<sup>730</sup>. Si bien hay que partir que tras el proceso descolonizador las medidas reparadoras arbitradas por la Comunidad Internacional con base al Derecho de Autodeterminación, por lo general no han desembocado en la constitución de nuevos estados, en este aspecto hay que destacar que el Autor considera a la “secesión” como una opción “reparadora” si se alcanza un nivel en el que la Autodeterminación sustantiva no puede estar asegurada o que, con la escisión, se esté obteniendo un “*beneficio neto*” para el colectivo.

Como apunte final, se puede adelantar que mientras las manifestaciones sustantivas del DLDP se atribuyen a “*todos los sectores*” de la Humanidad, los reparativos, tienen un ámbito subjetivo más restringido y están destinados para aquellos colectivos que han visto transgredidos sus derechos como identidad diferenciada. Un ejemplo de éste último son los “*Pueblos Indígenas*”, en la medida que su devenir histórico está marcado por amplias etapas en las que han visto mermados sus derechos como Pueblo y de forma individual.

Como vemos, el Autor se aparta de la mayormente aceptada dicotomía Autodeterminación Interna y Externa ofreciendo un contenido al Derecho de Autodeterminación más centrado, en primer lugar en la atribución de procedimientos democráticos y, en segundo lugar, en esferas de libertad en la toma de decisiones para formar, en su conjunto, una verdadera expresión de democracia y autonomía, como la mejor especificación del Derecho de Autodeterminación. A nuestro modo de ver, ambas

---

<sup>730</sup> Anaya, J. Óp. cit. Nota 680. Pág. 156. “*El régimen de descolonización constituye un ejemplo notable en este sentido; como vimos, la descolonización supone una manifestación de aspecto reparativo del principio de autodeterminación, no tanto de sus elementos sustantivos. Si bien no se corresponden exactamente con el contenido del principio de autodeterminación, las normas promovidas por el sistema internacional para dismantelar el colonialismo fueron prescripciones reparativas específicas dentro de un contexto determinado, que surgieron precisamente de la desviación de la norma general que suponía el colonialismo. Como vimos, el colonialismo violó tanto el aspecto constitutivo como el aspecto continuado de la autodeterminación. Aunque la violación de la autodeterminación constitutiva en el contexto de los territorios coloniales tuviera un carácter histórico, estaba vinculada a una condición de opresión contemporánea que suponía una negación de la autodeterminación continuada. La descolonización demuestra que el aspecto reparativo de la autodeterminación puede alterar o imponerse a una doctrina jurídica que de otro modo resultaría aplicable.*”

clasificaciones no se anulan sino que más bien responden a una manifestación integral del Derecho de Autodeterminación. Sobre todo si tenemos en cuenta que, como hemos mantenido en líneas anteriores, consideramos como única expresión genuina de este Derecho, la encuadramos como la “*Autodeterminación interna*”.

#### **4.2.4 Una nueva dimensión del DLDP. La Autodeterminación Interna.**

Expresa Martínez Jiménez, que a partir de los años 70, surgió lo que llama “*un nuevo reclamo*” para la Autodeterminación. Que dicho acontecimiento, supuso un renovado impulso para el Derecho, que innovó su ámbito material y subjetivo para superar su original acotamiento a las premisas descolonizadoras, para ampliar su campo de titularidad y la aplicación a los “*movimientos étnicos*”. Coincide dicha apreciación con una de las máximas que vienen reiterándose a lo largo de la presente exposición y es que asociamos ese nuevo estímulo, a su progreso y adaptación contemporánea por el que el DLDP es actualmente reconocido como un Derecho Humano de tercera generación. Compartimos con el Autor en considerar que éste desafío representa uno de los mayores retos del Derecho Internacional actual y añadido, de los Ordenamientos Jurídicos internos, al tener que adaptar el DLDP a las demandas de las comunidades dentro de los propios estados soberanos. Respuesta, que en nuestra opinión, está reafirmando la conformación del DLDP como un Derecho Humano de la nueva generación, que está permitiendo, no solo su consolidación, reconocimiento y amparo en el plano internacional sino que, indudablemente, está favoreciendo su traslación a los Ordenamientos estatales y hoy día es ya un Derecho Fundamental reconocido por algunos textos constitucionales.

Como ya se ha anunciado anteriormente, en ese camino de positivación y reconocimiento del DLDP como un Derecho Humano de la tercera generación, ha tenido que ganarse una identidad propia. Podría decirse que el propio Derecho se ha visto en la necesidad de “*autodeterminarse*”<sup>731</sup> del fantasma de la Secesión y las

---

<sup>731</sup> Urbina Jorge, J. Óp. cit. nota 650. Pág. 216. “*De todos los textos mencionados se puede deducir que el principio de autodeterminación se aplica a todos los pueblos. Esto resulta evidente en el caso de pueblos constituidos en Estados y de pueblos coloniales, pero resulta más problemático si se aplica a otras categorías. Estas dificultades derivan de la inexistencia de una noción de pueblo en este contexto -algo*

implicaciones que conlleva en el marco del Derecho Internacional. Como indica Forno Florez “*cada vez que hablamos de libre determinación, pensamos involuntariamente en la disgregación de un Estado o de parte de un Estado*”<sup>732</sup>. Si bien la independencia era una opción legítima en el proceso de descolonización que se instrumentalizó por medio del Derecho de Autodeterminación, fuera de ese contexto, no es reconocida tal demanda por el orden jurídico internacional, salvo en extremos y muy contados supuestos<sup>733</sup>. De ahí que el recorrido actual del DLDP este copado por ser expresión de los Derechos de libertad, igualdad y democracia de los colectivos dentro de los propios Estados.

Un apunte necesario en este momento es el que por parte de la doctrina, dentro del debate del Derecho Internacional, se haya intentado dar respuesta a éste fenómeno creando una distinción en el propio Derecho de Autodeterminación. Por un lado se ha distinguido la categoría del Derecho de Autodeterminación que despliega los efectos de su reconocimiento dentro del ámbito interno de un Estado (Autodeterminación interna) o el modelo que tiene como objetivo el reconocimiento exterior, por lo general formando un nuevo estado independiente y soberano (Autodeterminación externa)<sup>734</sup>. Fuera de la coyuntura que ofreció el proceso descolonizador<sup>735</sup>, actualmente no es

---

*que no se hizo durante la negociación de los dos Pactos Internacionales-, y de la falta de reglas claras para el ejercicio de este derecho fuera del contexto colonial, lo que podría inducirnos a pensar que también se extiende a los grupos humanos diferenciados dentro de un Estado”. Sin embargo, ciertos Estados han sostenido que este principio se limita a los pueblos coloniales, lo que sin duda se debe a la identificación excesiva entre autodeterminación e independencia que se dio en el entorno colonial. simbiosis que. como veremos, no se producirá fuera de este ámbito.”.*

<sup>732</sup> Forno Florez, G. Óp. Cit. Nota 713. Pág. 111.

<sup>733</sup> Un supuesto es la denominada “Secesión-remedio” producida en Kosovo.

<sup>734</sup> Urbina Jorge, J. Op. cit. Nota 650. Pág. 217. “*De este modo, entendemos que. como muestra la práctica internacional, derivada, sobre todo. de la acción de las Naciones Unidas. el principio de autodeterminación tiene un alcance general y, por tanto, es aplicable a todos los pueblos, constituidos en Estados o no. Sin embargo, no acarrea en todas las situaciones las mismas consecuencias y su ejercicio no siempre conlleva la independencia del pueblo en cuestión [dimensión externa], sino determinar su propia condición política dentro del Estado (dimensión interna). Por tanto, el reconocimiento de que el principio de autodeterminación es aplicable a todos los pueblos no conlleva necesariamente la atribución de un derecho a la secesión con carácter general -salvo, como veremos, en determinadas circunstancias excepcionales-, sino que su ejercicio en el caso de grupos humanos diferenciados dentro de un Estado revestirá formas menos radicales, consistentes en la adquisición y ejercicio de una autonomía más o menos profunda, es decir, la autodeterminación en su dimensión interna.”.*

<sup>735</sup> Pleno Tribunal Constitucional Español. Sentencia 114/2017, de 17 de octubre de 2017. Recurso de inconstitucionalidad 4334-2017. Interpuesto por el Abogado del Estado en nombre del Presidente del Gobierno frente a la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre, denominada “del referéndum de autodeterminación”: “*Más allá del período de descolonización tampoco existe el derecho de autodeterminación alegado en el preámbulo de la Ley impugnada, pues el Derecho internacional ha*

admitida por el Derecho Internacional la figura de la Autodeterminación Externa, que alberga un extendido y profundo recelo, al ser percibida como un proceso que lleva a cabo un colectivo para independizarse, política, jurídica y territorialmente del Estado en el que se encontraba<sup>736</sup>. Por contra, la Autodeterminación interna se asocia al respeto de los derechos de libertad, igualdad participación<sup>737</sup>, aplicados bajo directrices democráticas, que ofrecen un estatus jurídico al grupo, de autonomía y autogobierno, y siempre dentro del orden jurídico estatal en el que se encuentra enclavado<sup>738</sup>.

---

*evolucionado, configurando el principio de libre determinación dentro de un marco de respeto a la integridad territorial de los Estados existentes y no otorga a las partes integrantes o subdivisiones políticas de base territorial de un Estado democrático el derecho a realizar unilateralmente su separación del Estado de procedencia, al menos cuando se dan, por un lado, el carácter democrático del Estado y, por otro, la teórica posibilidad de alcanzar la secesión pacífica por vías constitucionales, como es el caso español... ..Se citan las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2625 (XXV) y 1514 (XV), así como el dictamen del Tribunal Supremo de Canadá, de 20 de agosto de 1988, de conformidad con el cual las fuentes del Derecho internacional reconocidas establecen que el derecho de un pueblo a disponer de sí mismo se realiza normalmente por la vía de la autodeterminación interna, es decir, la persecución por parte de ese pueblo de su desarrollo político, económico, social y cultural en el marco de un Estado existente y que el derecho a la autodeterminación externa no nace sino en casos extremos y en circunstancias, por otra parte, cuidadosamente definidas. Se hace referencia, por último, en cuanto a este extremo, a sendos pronunciamientos de los Tribunales Constitucionales alemán e italiano sobre la titularidad exclusiva del pueblo alemán y del pueblo italiano de la soberanía nacional y ante consultas referendarias relativas a la independencia o separación de Baviera, en un caso, y en el otro del Véneto”.*

<sup>736</sup> Arteaga Jara, A. Op. Cit. Nota 162. Pág. 68 “La autodeterminación externa es la facultad que tiene todo pueblo de determinar su estatus político y su futuro colectivo en relación con otros grupos políticos.236 (236 Obieta Chalbaud, José de Obieta. Ob. cit. nota 138. p. 77. Este autor utiliza la expresión “autodisposición externa” que equivale a lo que corrientemente se conoce como autodeterminación externa.). Este aspecto presenta más dificultades pues tiende a ser asociado con el derecho a la independencia o secesión ya que habilitaría a los pueblos a determinar libremente su condición política y el lugar que deben ocupar en la comunidad internacional sobre la base del principio de igualdad de derecho de los pueblos, lo que pasaría por la constitución de un nuevo Estado.”.

<sup>737</sup> Ruiz Sánchez, J.M. Óp. cit Nota 642. Pág. 18. “La Declaración de Helsinki de 1992 de la OSCE y la Declaración final de la Conferencia de Viena de 1993. Existe una reciente práctica internacional de fomento y colaboración en procesos electorales dirigidos a la constitución de gobiernos representativos (Centroamérica, Angola, Camboya) e incluso de actuación para restaurar la democracia (Haití), lo que ha llevado a algunos autores a hablar de un “derecho emergente al gobierno democrático”, que enlaza con la perspectiva interna de la libre determinación, la cual tendría así como objetivo último la realización de la democracia. Esta nueva orientación del principio se encuentra explicitada, por ejemplo, en varios textos adoptados por las Naciones Unidas en el asunto de Camboya; así, la Resolución de la Asamblea General 46/18 solicita a las partes interesadas en el conflicto que asistan al pueblo camboyano “para ejercer su derecho a la libre determinación mediante elecciones libres e imparciales”, y en el mismo sentido el Consejo de Seguridad en su Resolución 745 (1992) se muestra “deseoso de contribuir... a la garantía del derecho a la libre determinación del pueblo camboyano mediante la realización de elecciones libres e imparciales”.

<sup>738</sup> Tribunal Supremo de Canadá de 20 de agosto de 1998, demanda de secesión de la provincia de Quebec (Canadá): “126. Las fuentes del derecho internacional reconocidas establecen que el derecho de un pueblo a disponer de sí mismo se realiza normalmente por vía de la autodeterminación interna, es decir, la persecución por parte de ese pueblo de su desarrollo político, económico, social y cultural en el

Como es de esperar, esta categorización del modelo de Autodeterminación, también ha recibido aportaciones doctrinales que la han completado. Es sobre todo en el ámbito de la Autodeterminación interna, donde más se han acrecentado las categorías incluidas, con la voluntad de dar respuesta a situaciones de hecho que exigían una cobertura jurídica. Tal es el caso de la denominada “*Autodeterminación Constitucional*” de Martínez Jiménez, la “*Autodeterminación relativa*” de Arteaga Jara, la propuesta de Soriano González de *libre determinación plena o pactada*<sup>739</sup>, o la “*Ecosoberanía*”<sup>740</sup> de Rodríguez Añez. En todos los casos suponen manifestaciones de la citada Autodeterminación interna en la que el colectivo, grupo o minoría, demanda el reconocimiento de su identidad diferenciada y ello conlleva acatar y respetar su autonomía y el derecho a elegir libremente su gobierno e instituciones. Lógicamente esa demanda tiene un claro sujeto pasivo determinado por el Estado en el que se sitúa el colectivo, suponiendo un desafío de armonización a nivel orgánico, jurídico, político y social.

Tampoco escapa la división entre Autodeterminación interna y externa a críticas doctrinales como la formulada por Soroeta Licerias<sup>741</sup>, que a su juicio, entraña una evidente contradicción, al mezclar conceptos como libertad y soberanía extranjera, en el caso de la autodeterminación externa o libertad de elección del propio gobierno con el Principio de “*una nación, un Estado*”, en la autodeterminación interna. A pesar de ser una división mayoritariamente aceptada, para el Autor no aportó una gran contribución al debate sobre la Autodeterminación. Considera que las Resoluciones 1514 (XXV) y la 2625 (XXV), junto con los Pactos Internacionales de 1.966, eran “*lo suficientemente elocuentes*” como para mantener sin fisuras que únicamente los pueblos sometidos bajo dominación colonial, extranjera o racista, eran titulares del Derecho de

---

*marco de un Estado existente. El derecho a la autodeterminación externa... no nace sino en casos extremos, y en circunstancias, por otra parte, cuidadosamente definidas”.*

<sup>739</sup> Soriano González, M. L. “El Derecho a la Autonomía Política en los Pueblos Indígenas de América Latina”. *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas* | Núm. Especial: América Latina (2013). Universidad Pablo Olavide. Pág. 3.

<sup>740</sup> Trataremos este innovador concepto en el ámbito de las Minorías y el Derecho de Libre determinación de los Pueblos.

<sup>741</sup> Soroeta Licerias, J.F. “El derecho a la libre determinación de los pueblos en el siglo XXI: entre la realidad y el deseo”. *Grupo de Investigación Sistema Universitario Vasco*. IT-196-10. Pág. 468.

Autodeterminación. No ve la necesidad de ampliar su espectro subjetivo a “*todos los pueblos*”, para seguidamente restringirlo para un supuesto concreto de Estados en los que concurren minorías diferenciadas a un gobierno democrático, cuya vulneración de derechos abriría la puerta a la autodeterminación. Sin olvidar los peligros inherentes a la dicotomía entre Principio democrático y Derecho de Autodeterminación<sup>742</sup>. Pese a ello, reconoce que éste es un debate superado, concluyendo que el Derecho Internacional no ha reconocido la dimensión externa de la Autodeterminación como un modo de llegar a la independencia. Al margen, claro está, de las soluciones consensuadas que puedan producirse.

Por último, con el fin de afianzar contenidos, recordemos que hemos mantenido que la denominada Autodeterminación interna es la que doctrinalmente se ha reconocido generalmente como la categoría con la que mejor se adecúa la nueva formulación del DLDP, en los términos que vienen exponiéndose. Partiendo de dicha premisa, entendemos conveniente realizar su análisis conjuntamente con el estudio del tratamiento de las minorías existentes en los territorios de aplicación por los textos constitucionales del NCL y elaborar tal ejercicio desde la materialización que supone en dicho contexto, como aplicación práctica del nuevo modelo más contemporáneo del DLDP.

Por otro lado, la Autodeterminación externa, es la que mayoritariamente se asocia actualmente a posiciones irrendentistas en las que se tiene, por lo general, un claro objetivo de adoptar un proceso que lleve a la independencia territorial, política y jurídica, con la consiguiente adquisición de completa soberanía como pleno Estado, emancipado y autosuficiente, y con la obvia pretensión de que así sea reconocido internacionalmente. En suma, un camino que desemboca en la secesión y constituirse como un nuevo país. Por tal causa se tratará conjuntamente con la figura de la Secesión justo a continuación.

---

<sup>742</sup> *Ibidem*. Soroeta Licerias, J.F. Nota 741. Pág. 469. “Estados Unidos justificó sus ilegales intervenciones militares en Granada o Haití sobre la base de un supuesto “derecho de autodeterminación interna” de la población”.

#### **4.2.5 Libre determinación, no secesión.**

Como ya se ha indicado anteriormente, la pretensión de este trabajo tiene como línea maestra la de presentar al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, como exponente de la materialización del Derecho Humano de tercera generación de la libre determinación de los pueblos. A nuestro juicio, ello ha sido posible por la concurrencia que pueden sintetizarse en cinco factores:

- La aparición de un nuevo modelo del Derecho de autodeterminación o Derecho a la libre determinación de los pueblos superando la original versión ofrecida durante el proceso de descolonización.
- El protagonismo a partir de los años 70 en la escena social y política de las demandas de los grupos minoritarios con identidad propia dentro de los territorios de los propios Estados.
- Coincidiendo con lo anterior, la aparición del germen de una nueva generación de Derechos Humanos en la que ha ofrecido un terreno apropiado para canalizar las reclamaciones de los grupos minoritarios.
- Sumado a lo anterior, en los últimos años del Siglo XX e inicios del XXI, se ha producido en Latinoamérica un conjunto de procesos constituyentes que han tenido la suficiente valentía y la necesaria sensibilidad para recoger en sus textos constitucionales, entre otras, el reconocimiento de un grado de autonomía a las minorías que se encuentran en sus respectivos territorios, bajo directrices de respeto, libertad, igualdad y participación política, auspiciados por el Principio Democrático que se han convertido como el mejor exponente de materialización de ese DLDP.

Junto con las anteriores circunstancias podría unirse una quinta, si bien la especificidad de la misma la define su facticidad como catalizador de todo el proceso. Nos estamos

refiriendo a la necesaria emancipación del DLDP de la figura de la Secesión<sup>743</sup>. Ya se ha señalado que la aplicación del Derecho de Autodeterminación en el proceso descolonizador, estuvo marcado esencialmente por cursos en los que se asociaba a la independencia de los territorios que estaban bajo la reducción colonial y de ahí, que tanto en el Derecho Internacional, la *opinio iuris* y el pensamiento colectivo, por lo general, se haya asociado Autodeterminación a ruptura, quiebra, del estatus quo de un colectivo en el orden jurídico y social Estatal y en éste aspecto Latinoamérica no es una excepción<sup>744</sup>. Es por ello que resulta adecuado analizar, si bien brevemente, las propuestas que se han venido presentando en el afianzamiento de la dicotomía existente entre Autodeterminación y Secesión.

Desde el enunciado del Derecho de Autodeterminación de Wilson-Lenin, han sido múltiples los supuestos a los que el Derecho internacional se ha tenido que enfrentar a situaciones, en las que mayoritariamente se han presentado pretensiones secesionistas bajo el aparente paraguas de ejercicio y titularidad del Derecho de Autodeterminación<sup>745</sup>, en las que por lo general y con la salvedad de la “*Secesión-*

---

<sup>743</sup> Encuentro especialmente acertada la referencia de Viciano Pastor que asocia la libre determinación de los pueblos a la figura de la “*libre decisión*”. “Que autodeterminación no es sinónimo de independencia, sino de libre decisión por un colectivo sobre su forma de organización política, social o económica. En este sentido, cabría la posibilidad de que una región determinara por sí sola la forma de integrarse en la unidad, excluyendo la independencia. Bastaría con que se admitiera la existencia de algún tipo de soberanía en las Comunidades ^^ . Todas estas regiones podrían incorporarse al Estado con autonomía administrativa o con autonomía política, o federándose o confederándose con el resto del Estado. En todos estos supuestos podría seguir hablándose de una unidad de la Nación española, con diferentes formas de integración de los pueblos que la forman.”. Óp. cit. Nota 44. Pág. 160.

<sup>744</sup> Anaya, James. Óp. Cit. Nota 680. Pág. 137 “*A menudo, la referencia a la autodeterminación en el discurso político contemporáneo despierta el fantasma de la inestabilidad y de la violencia. Y, en efecto, como muchos han apuntado, en la práctica la retórica de la autodeterminación ha sido invocada desde posicionamientos políticos extremistas o desde el chauvinismo étnico*”. *Es precisamente por esta razón por lo que algunos estados se han mostrado reticentes al uso expreso del término Autodeterminación para articular los derechos de los Pueblos Indígenas. Pero a pesar de la retórica extremista o de la aversión al uso expreso del término Autodeterminación, el concepto al que se refiere este término se corresponde con una serie de valores ampliamente compartidos. Estos valores, y los procesos de toma de decisión relacionados con ellos, pueden analizarse como un importante pilar del sistema internacional y, en particular, como fundamento del tratamiento de los pueblos indígenas en el derecho internacional contemporáneo.*”.

<sup>745</sup> Sanz de Hoyos, Carlos. Óp. Cit. Nota 692. Pág. 68. “*El programa de Wilson sobre el derecho de autodeterminación de los pueblos, las fronteras nacionales, los gobiernos expresión de los gobernados, etc., se recibió con muchas reservas, estimando los expertos que el derecho de autodeterminación, además de su incidencia en los Estados europeos, provocaría un violento nacionalismo entre los pueblos de color dominados por Occidente. Sin embargo, los planteamientos de Wilson en este aspecto prosperarían*”.



*remedio*” de Kosovo<sup>746</sup>, la comunidad internacional ha hecho prevalecer el Principio de Integridad Territorial, alternativa o conjuntamente con el Principio de no injerencia en los asuntos internos de los estados, para negar cualquier viso de prosperar de tales pretensiones<sup>747</sup>. Lógicamente no es objeto de este trabajo ni aportaría una información relevante el análisis pormenorizado de tales casos, por lo que resulta más conveniente realizar un ejercicio de abstracción planteando la concreción de la diferencia entre

---

<sup>746</sup> Supuesto al que dedicaremos posteriormente un breve análisis.

<sup>747</sup> Sanz de Hoyos, Carlos. Óp. Cit. Nota 692. Págs. 84-85 *“Encontramos asimismo el reconocimiento de este derecho (Autodeterminación) en algunos países del continente africano, con Constituciones que derivan del proceso de descolonización. La Constitución de Sudán (Parte 16, art. 219, y art. 222, apartado 2) reconoció el derecho de autodeterminación y de secesión de Sudán del Sur. Después de múltiples enfrentamientos entre los partidarios de la separación y los que se oponían a ella, en 2010 se celebró un referéndum con resultado positivo. Sudán del Sur alcanzó la independencia, pero no el equilibrio: desde el año 2013 está sumida en una interminable guerra civil. La Constitución de Etiopía reconoce, en el artículo 39.1, que toda nación, nacionalidad o pueblo en Etiopía posee un incondicional derecho a la autodeterminación, el cual incluye un derecho a la secesión. De acuerdo con el apartado 4 del mismo artículo se requiere una mayoría de 2/ 3 del Parlamento que solicite la secesión. Por el contrario, la inmensa mayoría de las Constituciones, como es notorio, no reconocen este derecho. Y las peticiones de secesión en los ejemplos más notables han sido desestimadas con una cerrada defensa de la Constitución. En Estados Unidos el Estado de Texas -el único que fue república independiente antes de formar parte de la Unión- presentó una petición, en el año 2012, para abandonar pacíficamente la Federación creando su propio gobierno. La fundamentación de la respuesta negativa de la Casa Blanca encierra el mayor interés: “Nuestros padres fundadores establecieron la Constitución de los Estados Unidos para formar una unión más perfecta mediante la dura y frustrante pero necesaria tarea del autogobierno. Ellos consagraron en ese documento el derecho a cambiar nuestro Gobierno nacional a través del poder del voto, un derecho por el que generaciones de americanos han luchado para garantizar a todos. Pero no establecieron el derecho a marcharse. Como explicó el presidente Abraham Lincoln en su primer discurso inaugural en 1861, “considerando la ley universal y la Constitución”, la unión de estos estados es perpetua. En los años siguientes, 600.000 americanos murieron en una guerra civil larga y sangrienta que reivindicó el principio de que la Constitución establece una unión permanente entre los estados. Y, poco después de acabar la Guerra Civil, la Corte Suprema confirmó que 'la Constitución, en todas sus disposiciones, vela por una unión indestructible compuesta por estados indestructibles’”. Peticiones similares a la del Estado de Texas fueron presentadas en distintos momentos por otros Estados de la Unión, recibiendo siempre la misma respuesta negativa por parte del Gobierno de Estados Unidos. En Italia, la región del Véneto pretendió organizar un referéndum para obtener la independencia. El Tribunal Constitucional italiano, en su sentencia número 118 de abril de 2015, resolvió que la región no tiene potestad para organizar tal referéndum, toda vez que, de acuerdo con el artículo 5 de la Constitución, la República italiana es «una e indivisible”. En Alemania se ha producido asimismo un episodio de orientación separatista en el Lander de Baviera. Una sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de enero de 2017 resolvió que la Constitución alemana no permite la separación, advirtiendo, con carácter general, que en ningún caso puede celebrarse un referéndum porque los estados no pueden separarse de Alemania. Dice la sentencia que en la República Federal Alemana los estados no son «dueños de la Constitución»; por tanto, no hay espacio en la misma para que intenten la secesión, que representaría una violación del orden constitucional. La soberanía nacional alemana es compartida por todo el pueblo alemán, y ningún Lander puede disponer de ella.”*

Autodeterminación y Secesión a través de algunas aportaciones doctrinales representativas<sup>748</sup>.

El profesor Laporta enunció con indudable acierto, la diferencia entre Autodeterminación y Secesión<sup>749</sup>. Como bien expresa, Derecho de Autodeterminación y Secesión, *“tienen cierto parecido de familia, pero no son la misma cosa”*. Conclusión directa de ello es que admite la existencia del Derecho de Autodeterminación en la Constitución Española y no la Secesión<sup>750</sup>. Esta breve referencia sintetiza, sustancialmente, la idea que se pretende transmitir. Es necesario disociar las pretensiones irredentistas del Derecho de Autodeterminación. Al menos, desde el sentido que se pretende de este trabajo de presentarlo como un reconocido Derecho Humano de tercera generación, con plena acogida en el orden internacional y con evidentes manifestaciones en los ordenamientos jurídicos internos tomando como exponentes los textos constitucionales englobados en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

---

<sup>748</sup>Gros Espiell, H. Op. cit. nota 676. Pág. 194. *“El derecho a la libre determinación sería, asimismo, un derecho humano en cuanto para el Derecho Internacional hoy todo hombre posee el derecho a que el pueblo a que él pertenece, si está sometido a una dominación colonial y extranjera, puede actuar y luchar para conseguir un status que sea la consecuencia de la consagración de este derecho a la libre determinación. Este status puede ser la independencia, pero es posible también que el ejercicio del derecho a la libre determinación conduzca a otras formas políticas. Véase Resolución 1541 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 15 de diciembre de 1960, y la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional relativos a las Relaciones de Amistad ya la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas (Resolución 2625 (XXXV), del 24 de octubre de 1970.*

<sup>749</sup>Laporta, F. *“Pues que, a no ser que alguien preso de un ataque de demagogia (que nunca falta en estos asuntos), o de paranoia (que tampoco escasea), pretenda que Euskadi o Cataluña se hallan en una situación colonial con respecto a una pretendida “metrópoli” española, ese derecho de autodeterminación, tal como se entiende en esos foros internacionales, no se les aplica a esas dos comunidades. Es decir, que, cuando se habla entre nosotros de autodeterminación, no se está hablando de eso, sino de otra cosa. Y yo pienso que quizás arrojemos más luz sobre la cuestión si hablamos con propiedad y no nos dejamos llevar por palabras prestigiosas. Creo que puede decirse sin escandalizar que de lo que se está hablando realmente entre nosotros hace ya algunos años es del derecho de secesión, es decir, del derecho de las colectividades que integran una unidad territorial, jurídica y política dada a abandonar esa comunidad, ese cuerpo político. Y eso no es lo mismo que lo otro.”*. Diario El País. Artículo 26/10/1998.

<sup>750</sup>Saura Estapá, J. Óp. cit. Nota 690. *“Cataluña tiene derecho a la autodeterminación, pero no tiene derecho a la secesión conforme al Derecho internacional. Puede “decidir”, pero sin romper la integridad del estado, salvo que sea mediante acuerdo. Que es lo que decía también el Tribunal Supremo del Canadá (1998) y la subsiguiente “ClarityAct” (2000): la decisión “democrática” del Québec sería el inicio de un proceso de reforma constitucional –pactado- que podría llevar a la secesión.”*

Jarillo Aldeanueva mantiene taxativamente que “*Ni en la costumbre, ni en los Tratados Internacionales, ni en ningún otra fuente se permite el ejercicio de la autodeterminación interna por vía de la secesión unilateral*”. Este caso merece el comentario previo aclaratorio ya que el autor considera particularmente la distinción de categorías de la figura de la Autodeterminación, definiendo la “*externa*” como aquella referida a la soberanía de los Estados como sujetos de Derecho internacional protegidos de injerencias externas, vinculada con la dominación colonial, y por otro, la interna, relacionada a valores democráticos, con el derecho a gozar de autogobierno. Rompiendo con la noción de tendencia mayoritaria, adjudica al modelo (interno) la posibilidad de que se pueda optar por la secesión, consecuencia de la propia voluntad de adquirir ese estatus de independencia. De ahí que ubique la afirmación relativa a la secesión dentro de la Autodeterminación interna.

Clarificada esta cuestión, lo relevante es que tal y como mantiene, no existe en las fuentes del Derecho Internacional disposición que ampare la Secesión: “*En todo caso, las fuentes convencionales, la costumbre o la jurisprudencia, han considerado que no existe un derecho de Secesión unilateral como forma de autodeterminación interna de un grupo étnico dentro de las fronteras de un Estado. El único reconocimiento de ejercicio del derecho a la autodeterminación interna es el reconocimiento del derecho de ese pueblo a participar en las decisiones políticas de su país, a no ser discriminado, gozar de autonomía para disponer de sus especificidades étnicas, religiosas o raciales, e incluso a gozar de algún tipo de autogobierno*”. De ello infiere dos consecuencias contenidas en el Derecho de Autodeterminación interna:

1ª.- Una *cláusula de salvaguarda*. La Resolución 2625 de Naciones Unidas ya recogía el insalvable límite que supone a todas aquellas pretensiones secesionistas del Principio de integridad territorial<sup>751</sup>.

---

<sup>751</sup> Resolución 2625 (XXV) AG de Naciones Unidas. “*Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menospreciar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descritos y estén, por tanto dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivo de raza, credo o color.*”.

2ª.- Una *cláusula de legitimidad*. Que obliga a todos los Estados al respeto de todos los colectivos que puedan tener acogida en sus respectivos territorios, en aplicación de los Principios de igualdad y democracia, sin discriminación alguna, abriendo el camino a su autonomía y participación política<sup>752</sup>.

La conclusión que extrae es clara. La Resolución 2625, con evidente vocación aperturista, ha establecido que los “*pueblos no coloniales*”<sup>753</sup>, tienen el derecho de gozar de un nivel de autonomía que permita su autogobierno, así como la participación efectiva en las instituciones y procesos de toma de decisión estatales, cumpliendo así, su derecho a la Autodeterminación<sup>754</sup>.

Reafirmando la anterior línea, se encuentra la propuesta de Forno Florez en cuanto la relación del DLDP con el Principio de Integridad Territorial. Parte de la lógica frontera impuesta por Naciones Unidas, que al evidenciar la Autodeterminación como un Derecho, le impone el insoslayable límite que supone el Principio de Integridad Territorial. La consecuencia lógica extraída de tal antecedente es que, si bien la Autodeterminación se identifica en el proceso descolonizador “*casi plenamente*” con la Secesión, por el contrario, la aplicación del DLDP puede realizarse dentro del propio Estado y encauzado por medio de vías políticas, sin que ello suponga riesgo alguno a la

---

<sup>752</sup> Resolución 2625 (XXV) AG de Naciones Unidas. “*Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menospreciar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descritos y estén, por tanto dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivo de raza, credo o color.*”

<sup>753</sup> Llama la atención que el Autor considera que “*pueblos*” y “*minorías*” son entidades diferentes. Reconoce la existencia de similitudes y su mutua contribución en la construcción del Principio de Autodeterminación pero en el caso de las Minorías, son sujetos de Derecho, que vienen recogidos con sus singularidades dentro del marco del Derecho Internacional, independientemente de “*Los Pueblos*”. Una consecuencia trascendente de ello es que a su juicio, las “*minorías*” no son titulares del Derecho de Autodeterminación, que por contra, sí tienen los “*pueblos*”.

<sup>754</sup> Jarillo Aldeanueva, A. Óp. cit. Nota 641. Pág. 174. “*Por ejemplo, en 1960, la Asamblea General de Naciones Unidas abordó un problema de minorías germanófonas en territorio italiano, la provincia de Tirol del Sur, en lo referente a su posible derecho a la autodeterminación*”. A través de este caso, en el seno de la comunidad internacional se pudo ver la opinión que existía sobre el derecho de autodeterminación en su dimensión interna. Al plantearse la cuestión en la Asamblea General de Naciones Unidas, se comprobó que la comunidad internacional entendía que la forma de garantizar la autodeterminación de ese pueblo era exclusivamente mediante el reconocimiento de su autonomía a través de posibilidades reales de autogobierno, forma material de garantizar su derecho a la autodeterminación interna, respetando siempre las fronteras y la unidad territorial como principio incuestionable del orden internacional vigente.”.

soberanía estatal. En el análisis de ésta idea, se pone de relieve un problema recurrente en relación la negación “*sistemática*” de conceder Derechos a las “*nacionalidades*” que conviven dentro de un mismo marco estatal. El efecto inmediato de ello, es que nos encontramos en una situación de conflicto latente y persistente por la opresión, marginalidad o insensibilidad a las necesidades que históricamente se han negado a estos grupos. De ello, extrae el inevitable fruto de un sentimiento de independencia que ponga fin a tal situación de vasallaje. Paralelamente, en la parte opuesta, ante unas insistentes demandas de ruptura y alejamiento, se genera una reacción contraria y proporcional, que en suma, viene a tensionar aún más las relaciones existentes entre colectivos y autoridades estatales, con los evidentes efectos adyacentes de deterioro en las relaciones sociales.

Este es el inflamable “*cóctel*” que ha operado en muchas de las situaciones en las que se ha visto inmerso el desarrollo del DLDP. Aunque los supuestos no se agotan en tales coyunturas. También puede concurrir, a sensu contrario, hipotéticos casos donde la minoría, colectivo o grupo diferenciado obtenga una respuesta de respeto, equilibrio y protección de su identidad, por lo que no tiene porqué desembocar en aspiraciones secesionistas, sino todo lo contrario, es perfectamente factible operar vínculos de unión que permita una convivencia pacífica e intercultural entre ambos grupos. Llama la atención, que el buen fin de este proceso se descargue sobre la responsabilidad Estatal, remarcando la obligación del Gobierno del Estado de llevar a cabo cuantas acciones sean necesarias para proteger los derechos de sus ciudadanos, incluidos, y especialmente, en aquellos modelos de Estado “*multinacional*”<sup>755</sup>.

En la propuesta de Martínez Jiménez, obtenemos en similares términos, la extensión del Derecho de Autodeterminación a supuestos más allá de los casos de dominación colonial, siempre con el omnipresente límite del Principio de Integridad Territorial y por consiguiente refutación del Derecho de Secesión como pretensión con sustento legal<sup>756</sup>.

---

<sup>755</sup> No descarta Forno Florez la opción de la secesión, si es para aquellos supuestos donde el propio Estado no arbitre mecanismos de convivencia y protección para la identidad de los colectivos integrantes bajo su soberanía, eso sí, debe entenderse para supuestos muy excepcionales.

<sup>756</sup> Martínez Jiménez, A. Óp. cit. nota 629. Pág. 180. “*De la misma forma se ha pronunciado el Relator Especial de la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección de minorías: “El derecho a la libre determinación de los pueblos, tal como resulta del sistema de las Naciones Unidas, existe para los*

En su caso, encuadrada en la modalidad de “*autodeterminación interna*”, mantiene que la Autodeterminación ha de ser siempre reconducida a procedimientos de obtención del reconocimiento de mayor autonomía y autogobierno, pero siempre, dentro de las fronteras estatales<sup>757</sup>. En este punto aporta una perspectiva ajena al ámbito jurídico. La “*cerrazón*” de la Comunidad Internacional de ocluir cualquier forma de secesión tiene una explicación política. En síntesis, se trataría de un mecanismo de supervivencia de la propia comunidad estatal<sup>758</sup>, impidiendo cualquier intento de ruptura del estatus quo imperante y de este modo evitar caer en un “*tribalismo moderno*”<sup>759</sup>. Concluyendo que el reconocimiento de formas de autonomía ha permitido encauzar los “*reclamos independentistas*”, que de otro modo hubieran desembocado en conflictos y luchas.

Ya se ha hecho referencia en líneas anteriores a esta función de “*válvula de escape*” para canalizar las demandas de respeto a la identidad diferenciada por medio del reconocimiento de facultades de autogobierno, protección cultural y armonización de las instituciones propias dentro del marco jurídico estatal como una efectiva vía de distender las presiones que genera la fricción política y social entre colectivos de identidad cultural distinta y conviviendo en mismo territorio. Normalmente presentada en formas de sumisión de una frente a la otra. Esa vía natural a la independencia ha mutado a manifestaciones menos rupturistas y que no solo permiten una aséptica

---

*pueblos sometidos a la dominación colonial y extranjera, es decir, que no viven bajo la forma jurídica estatal. El derecho a la secesión, con respecto a un Estado existente miembro de las Naciones Unidas, no existe como tal en los textos y en la práctica seguida por la Organización porque, si se pretendiera invocarlo para romper la unidad nacional y la integridad territorial de un Estado, se estaría haciendo una aplicación abusiva del principio de la libre determinación, contraria a los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas”.*

<sup>757</sup> Martínez Jiménez, A. Óp. cit. nota 629. Pág. 180. “*Por lo tanto, se entiende que “siempre que el Estado permita a un grupo minoritario el derecho a hablar su lengua, practicar su cultura de una manera significativa, y efectivamente participar en la comunidad política, se entiende que ese grupo ha cumplido su autodeterminación interna”. Por lo tanto, se entiende que “por ejemplo, autonomía y derechos de las minorías pueden ser considerados formas de autodeterminación interna”.*

<sup>758</sup> Como gráficamente define Remiro Brotons “*Pero si el Derecho Internacional es obra, en primer lugar de los Estados, no cabe presumir su disposición para autoflagelarse*”.

<sup>759</sup> Martínez Jiménez, A. Óp. cit. nota 629. Págs. 181-182. “*Pero sobre todo, porque como reconoce el Center for International Development and Conflict Management, de la Universidad de Maryland, en los datos de 2010 de su informe Peace and Conflict: Hay 1.000 grupos étnicos en el mundo, todos y cada uno de las cuales podrían buscar una ruptura brusca con los Estados existentes [...] hay 132 organizaciones que dicen hablar en nombre de los 132 grupos minoritarios que en este momento buscan su autodeterminación, solo algunos utilizan la protesta (99 grupos) o medios violentos (18 grupos) [...] la tendencia internacional ha sido hacia la solución de tales controversias con autonomía y acuerdos de poder compartido, antes que permitir prolongadas guerras secesionistas.*”.

coexistencia sino que ha favorecido la exploración de opciones multiculturales e interculturales que fomenta la cooperación e interrelación mutua. En palabras de Ridaó i Martín, “*La autonomía es la mejor prevención contra las demandas de secesión*”<sup>760</sup>. Una manifestación que se identifica esencialmente con el nuevo Derecho Humano de tercera generación del DLDP.

Según Remiro Brotons, la posibilidad de que el ejercicio de la Autodeterminación, se canalice mediante opciones distintas a la independencia, y se concrete en el reconocimiento de niveles de autogobierno o autonomía, respetando la unidad e integridad territorial, es una opción “*constructiva y componedora de intereses generalmente muy contrapuestos*”<sup>761</sup>. A pesar de ello, parte de una manifiesta desconfianza a que se instrumentalicen esta vía por parte del Derecho Internacional, que sigue rigiéndose por el Principio de Autoorganización del Estado<sup>762</sup>. Ello no obsta a que mantenga un firme rechazo al ejercicio de la Secesión, o “*Derecho de Separación*”, como lo define, bajo un inexistente amparo legal internacional. A su juicio, ni tan siquiera, los pueblos coloniales lo tuvieron<sup>763</sup>, menos aún, los “*nacional-separatistas*” que en los últimos tiempos han mutado su configuración de “*pueblos étnico*” a “*pueblos territoriales*”, para sostener sus pretensiones sobre la base de un territorio definido como elemento material que afiance la viabilidad de una potencial independencia<sup>764</sup>. Vacua pretensión, a su entender, por la neutralidad del “*utipossidetis iuris*” a las pretensiones secesionistas. Criterio que es una aplicación directa de la noción de “*Pueblo*” que se ha venido a mantener en líneas anteriores en la que se prioriza su

---

<sup>760</sup> Ridaó i Martín, Joan. “La juridificación del Derecho a decidir en España. La Sentencia del Tribunal Constitucional 42/2014 y el Derecho a aspirar a un proceso de cambio político del orden constitucional”. UNED. Revista de Derecho Político. N.º 91, septiembre-diciembre 2014, págs. 91-136.

<sup>761</sup> Remiro Brotóns, A. Óp. cit. Nota 639. Pág. 188.

<sup>762</sup> Remiro Brotóns, ejemplariza esta tendencia en el modelo Español.

<sup>763</sup> Remiro Brotons, A. Op. cit. Nota 639. Pág. 189. “*Formalizada la independencia, todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad y la integridad territorial del Estado se considera incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las NU*”. (Resolución 2625 (XXV) y Resolución 50/6 de la AG).

<sup>764</sup> *Ibidem*. Pág. 195. “*La llamada Comisión Badinter (v. Cap. II) brindó algún aliento a esta doctrina cuando consideró que “en el caso de un Estado de tipo federal, que abarca comunidades con cierta autonomía y, más aún, participan en el ejercicio del poder político en el marco de las instituciones comunes de la Federación, la existencia del Estado implica que los órganos federales representan a los componentes de la Federación y ejercen un poder efectivo” (dictamen n2 1).*”.

elemento subjetivo sobre el objetivo<sup>765</sup>. Creer que una clara y definida delimitación territorial puede allanar las pretensiones secesionistas es, como define gráficamente, “poner el carro antes que los bueyes”, y va en contra de una “práctica histórica”, donde primero ha de quedar concretado el sujeto político y posteriormente sus límites.

Partiendo del contorno infranqueable en el que se ha de desarrollar el Derecho de libre determinación de los Pueblos, Remiro Brotons, reconoce que las minorías étnicas o nacionales, tiene reconocidos sus derechos internacionalmente de respeto a su identidad cultura, participación y no discriminación, que “no solo son compatibles, sino consustanciales con la libre determinación de la población del Estado de que forman parte”. En este punto son elocuentes las palabras que el Autor expone al hilo de la cuestión y que compartimos plenamente, cuando manifiesta que “Los conflictos secesionistas son hechos sociales; los Estados, productos históricos. El supuesto (independencia), no tiene que ver con el principio de la libre determinación de los pueblos, sino con el reconocimiento del Estado, con los efectos que de ello se derivan y con la regulación de los siempre complicados asuntos hereditarios de la secesión”.

En el mismo sentido Jorge Urbina mantiene que el hecho de que se reconozca el Derecho de Autodeterminación como un Derecho de todos los pueblos no debe entenderse como un presupuesto habilitante para un hipotético Derecho a la secesión. Fuera de los supuestos coloniales, no existe tal Derecho a la independencia<sup>766</sup>. El Principio de Integridad Territorial se ha convertido, en sus palabras, en un “compañero de viaje inseparable” del Derecho de Autodeterminación. Esta férrea noción de integridad territorial queda incorporada, conjuntamente, con el deber de respeto de los

---

<sup>765</sup> Payero López, L. “El Derecho de Autodeterminación en España: Breve explicación para extranjeros estupefactos y naciones incautos”. REAF núm. 23, abril 2016, p. 46-79. Pág. 53. “Si el derecho de autodeterminación se funda en el derecho individual de asociación política es posible, si se lleva el argumento al extremo, incurrir en una reducción absurda que en último término conduciría a admitir la reclamación autodeterminista efectuada por un individuo. Para evitar este inconveniente suele exigirse el requisito de la viabilidad, lo cual implica necesariamente la existencia de un grupo. Por ello parece más acertada la teoría que fundamenta el derecho de autodeterminación en la autonomía colectiva del grupo”.

<sup>766</sup> Jorge Urbina, J. Óp. cit. Nota 650 Pág. 218. “Esta es una posición que se ha visto reiterada por la práctica de los órganos de las Naciones Unidas. Además, este es uno de los pocos aspectos donde prácticamente todos los Estados han estado de acuerdo a la hora de interpretar el principio de autodeterminación, como lo ha puesto, en evidencia la decisión de 20 de agosto de 1998 del Tribunal Supremo de Canadá en relación con la secesión de Quebec”.



derechos del colectivo minoritario por parte de las políticas estatales. Contextualiza este “*deber*” impuesto al Estado, bajo la dimensión externa de la Autodeterminación, apercibiendo que queda “*latente*” ante un hipotético supuesto en que se llegara al extremo de que el colectivo minoritario se viera violentado en su convivencia hasta el punto de hacer necesaria una “*secesión-remedio*”<sup>767</sup>.

Como corolario a lo planteado, hacer referencia a dos aportaciones doctrinales que sirven de epílogo para consumar la reafirmación del DLDP como un Derecho vigente, eficaz y reconocido.

Una primera la del abogado José María Ruiz Soroa<sup>768</sup> que con una lógica razonable entiende que sería un “*absurdo*”, que la Comunidad Internacional reconociera en origen el Derecho de Autodeterminación a todos los pueblos para, seguidamente, volverlo puramente “*ilusorio o formal*”, ciñendo su aplicación en exclusiva a los pueblos bajo dominación colonial, y cerrar la puerta a los colectivos dentro de un Estado soberano<sup>769</sup>. Ante ello, afirma que cabe otra interpretación del Derecho de Autodeterminación. Una que no lo convierta en una “*burla sarcástica*”, que no tiene nada que ver con un supuesto “*Derecho a la independencia*”, sino más bien, con lo que define como un “*derecho de todos los pueblos a la democracia*”. En línea con algunas propuestas doctrinales ya expuestas, incide en valorar la manifestación del Derecho de Autodeterminación bajo los principios de democracia, libertad, igualdad y participación de todos los ciudadano/as. De cumplirse tales exigencias por la legalidad estatal, estaríamos ante una eficacia plena del Derecho de Autodeterminación<sup>770</sup>, por lo que no

---

<sup>767</sup> Jorge Urbina, J. Óp. cit. nota 650. Pág. 223. “*De esta forma, la violación de la dimensión interna de la autodeterminación podría hacer resurgir ésta en su dimensión externa.*”.

<sup>768</sup> Ruiz Soroa, J.M. “El derecho de autodeterminación”. Obra colectiva. “La autodeterminación a debate”. Dirige. Juan José Solozábal. Editorial Pablo Iglesias. 2014. Pág. 168 y ss.

<sup>769</sup> *Ibidem*. Ruiz Soroa, J.M. Pág. 170 “*El precepto sería entonces algo así como una burla: los pueblos poseen el derecho de autodeterminación pero no pueden ejercitarlo en democracia (salvo situaciones coloniales o de ocupación por un Estado extranjero)*”.

<sup>770</sup> *Ibidem*. Ruiz Soroa, J.M. Pág. 173. “*En tanto que la autodeterminación traduce en términos jurídicos la pretensión de unos ciudadanos de elegir por quién ser gobernados y de no ser gobernados arbitrariamente (el “derecho a la democracia”), la secesión no es sino la pretensión de unos ciudadanos de elegir con quién quieren vivir y con quién no dentro de un determinado ámbito territorial: se trata de cuestiones profundamente diversas.*”.

tendría sentido, expresar más su contenido material, en busca de una, inadmitida, secesión<sup>771</sup>.

Por último, referir una muy particular perspectiva aportada en este tema por Pérez Royo, cuando hace una definición del Derecho de Autodeterminación que encaja plenamente en el concepto de “*holística*”. En su opinión, el Derecho de Autodeterminación en democracia, es un Derecho que se integra dentro del haz de Derechos que como ciudadanos/as disfrutamos. Como tal Derecho, no admite cuestionamiento y bajo el Principio Democrático, todos y cada uno ejercemos las facultades propias del Derecho, que han de armonizarse en una convivencia común. Cuestión distinta es el marco jurídico en el que se desarrolla tal Derecho. Discusión que aflora, especialmente, en los procesos constituyentes democráticos, que es el momento en que se perfila un rol que será aplicado y desarrollado en la posterior etapa de vigencia<sup>772</sup>. Con buen criterio, presenta al Derecho de Autodeterminación de estructura raquídea cuyas ramificaciones se expande, no solo por la Constitución, sino por todo del Ordenamiento Jurídico<sup>773</sup>. Este imbricado sistema se sujeta en el Estado Constitucional, que es la masilla que permite su ejercicio dentro del marco común de convivencia.

Una importante consecuencia que extrae es que el Derecho de Autodeterminación se ve influido por la estructura administrativa y territorial que se ha determinado constitucionalmente<sup>774</sup>. Ante el nítido mensaje de “*la articulación territorial del Estado*

---

<sup>771</sup> Ibídem. Ruiz Soroa, J.M. Pág. 172. “ *El Derecho Internacional se preocupa de aclararlo: la autodeterminación se agota en su ejercicio interno, y sólo cuando existe una situación colonial (pueblos distintos y separados) o de ocupación extranjera por la fuerza puede entenderse que la autodeterminación lleva a la independencia... Esta interpretación es la asentada desde hace muchos años en la doctrina y en la práctica internacionales: no se trata de que el derecho de autodeterminación encuentre un límite pragmático o prudencial en el respeto a la integridad de los Estados existentes, sino que se trata de otra cosa: de que ese derecho no tiene relación alguna con la reivindicación de una hipotética secesión o independencia en un Estado existente que se rij a internamente de manera democrática.*”

<sup>772</sup> A juicio de Pérez Royo el Derecho de Autodeterminación “*no se detiene nunca y se proyecta en todas las direcciones imaginables*”.

<sup>773</sup> Pérez Royo, J. Óp. cit. nota 711. “Entre política y derecho: El debate sobre la independencia de Cataluña” Pág. 162. “*No nos autodeterminamos menos mediante el ejercicio del Derecho al matrimonio o la libertad de expresión o de creación artística que mediante el Derecho al sufragio*”.

<sup>774</sup> Dentro del Estado de las Autonomías Español, para Pérez Royo, “*Son las mismas posiciones jurídicas fundamentales de todos independientemente de la Comunidad Autónoma en la que residan o del municipio del que sean vecinos, pero hay diferencias como consecuencia de la autonomía municipal y de nacionalidad o región*”.

*incide en el ejercicio del Derecho de Autodeterminación*". Una consecuencia directa es que no puede ejercitarse "*simultáneamente*" el Derecho de Autodeterminación de un colectivo minoritario, con el Derecho de Autodeterminación del grupo mayoritario, bajo un mismo marco jurídico<sup>775</sup>. Inferimos una enseñanza práctica de esta reflexión. Que la aplicación del vigente DLDP como un Derecho Humano de tercera generación, es expresión del reconocimiento del Derecho de Autodeterminación de los colectivos o grupos diferenciados dentro de un mismo marco jurídico Estatal que, en un plano de igualdad, simplemente están ejercitado el mismo Derecho a la Autodeterminación que el propio Estado. Lógicamente, y como bien aprecia Pérez Royo, la diferenciación vendrá dada por el diferente marco jurídico otorgado, desde el proceso constituyente y su posterior aplicación y desarrollo. Modelo que encontramos con una especificidad propia y representativa en el tratamiento dado por los textos constitucionales del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y su regulación de la personalidad diferenciada de las minorías asentadas en sus respectivos territorios. A través de dicha fórmula hallamos un punto de equilibrio que, con los inmanentes conflictos a la lógica fricción competencial ejecutiva, ofrece una vía de respeto a una esfera de libre albedrío que se presenta como la mejor expresión del Derecho de Autodeterminación, por supuesto, abjurando de pretensiones secesionistas.

#### **4.2.6 La Secesión-Remedio.**

A lo largo del anterior epígrafe se han hecho varias referencias a una excepción en cuanto al modelo del DLDP presentado como figura ajena a la Secesión. Esa excepción viene determinada por la concurrencia de unas circunstancias de especial vulneración de los Derechos más esenciales de los ciudadanos/as, que por lo general, vienen acompañadas de un componente claramente discriminatorio. En este apartado se ha de

---

<sup>775</sup> Pérez Royo, J. Óp. cit. Nota 711. Pág. 165 "*Quiere decirse, pues, que la independencia en democracia no es ejercicio del derecho de autodeterminación del que se está privado, sino ruptura del marco común de ejercicio del derecho de autodeterminación. Los catalanes no está privados del derecho de autodeterminación o del derecho a decidir, sino que está ejerciendo ese derecho conjunta y simultáneamente con castellanos, andaluces, valencianos, etcétera. Los catalanes son titulares de los mismos derechos que los habitantes de las demás comunidades autónomas y los ejercen asimismo en condiciones de igualdad.*".

remarcar que la denominada “*Secesión-remedio*”<sup>776</sup>, nada tiene que ver con el modelo de libre determinación que sustenta el Derecho Humano de tercera generación. Se trata de una modalidad de Secesión singular, donde las excepcionales condiciones que concurren hacen prevalecer la defensa de los Derechos personales básicos sobre el Principio de Integridad Territorial. En aquellos supuestos en los que se han constatado graves violaciones de los Derechos Humanos, con atentados sistemáticos a las más elementales reglas de convivencia hacia poblaciones diferenciadas étnica, política o territorialmente por parte de un poder Estatal, se ha avalado la Secesión unilateral y así ha sido aceptado mayoritariamente por la comunidad internacional.

A lo largo del tratamiento doctrinal de esta materia podemos encontrar el caso paradigmático, y de natural referencia en la materia, de la Secesión operada por Kosovo<sup>777</sup>. Este proceso remarcó el camino abierto por Bangladesh, confirmándose como un precedente con potencialidad aplicable para otros casos<sup>778</sup>. La Resolución 1244 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de 10 de junio de 1999, reconoció el Derecho de Kosovo a una “*Autodeterminación externa*” en los términos que anteriormente se han expuesto. De modo que por parte de Serbia se admitiera y respetara su derecho a un autogobierno y autonomía. A pesar de mediar una intervención militar auspiciada por Naciones Unidas y de constantes violaciones de Derechos por el Gobierno Serbio sobre los Albano-Kosovares, se optó primeramente por una modalidad de Autodeterminación interna, exigiendo autonomía para este colectivo y a su vez, respetando la soberanía e integridad territorial de Yugoslavia. Se arbitró una administración internacional, a fin de garantizar una supervisión externa, neutral y aparentemente más efectiva, que en realidad se mostró como un fracaso diplomático y político, ya que no evitó las continuas y flagrantes infracciones de Derechos sobre la minoría<sup>779</sup>. Ello provocó que el 17 de febrero de 2.008, el Parlamento

---

<sup>776</sup> A juicio de Ruiz Miguel no es correcta la traducción realizada en España de la figura como “*Secesión-remedio*”, siendo más apropiado de Secesión garantía. Al margen de dicha apreciación he optado por la denominación “*Secesión-remedio*” por su uso extendido doctrinalmente, y por su carga intuitiva de la realidad que define.

<sup>777</sup> Martínez Jiménez, A. Óp. cit. Nota 629. Pág. 199. “*Probablemente no encontremos un proceso político que haya marcado más el Derecho Internacional contemporáneo que Kosovo*”.

<sup>778</sup> Abjasia y Osetia del Sur o Sudán del Sur.

<sup>779</sup> Martínez Jiménez, A. Óp. cit. Nota 629. Pág. 229. “*En contra de los informes de autocomplacencia que seguían emitiendo la KFOR y la UNMIK, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en el*

Kosovar, declarara la independencia, acordando su escisión de Serbia. Tal pronunciamiento se hizo en contra del régimen de Administración creado por la Resolución 1244. De esta forma, una decisión tomada por el órgano de representación<sup>780</sup>, declaraba la Secesión de un territorio de un Estado soberano. Esta decisión, tuvo un reconocimiento mayoritario internacional, a pesar de que quebraba las normas internacionales sobre Autodeterminación (Resoluciones 1514 y 2625 de Naciones Unidas y Pactos de Derechos Civiles), pero en la que se entendió que concurría una “*causa de justificación*” plausible<sup>781</sup>.

Actualmente 110 Estados de los 193 que engloban Naciones Unidas han reconocido a Kosovo. En la Unión Europea, 23 de los 27 lo han aceptado como país independiente<sup>782</sup>. Para la doctrina, por lo general, es un supuesto excepcional y paradigmático donde estaba plenamente justificada la quiebra de la integridad territorial, por una flagrante vulneración de Derechos Humanos de su población.

En nuestra opinión, es difícil establecer que estamos en el supuesto de Kosovo ante una manifestación del Derecho de Autodeterminación, más bien se erige como una excepcional aplicación de la figura de la Secesión. Se trató de una fractura del Principio de Integridad Territorial y del Principio Internacional de no injerencia en los asuntos internos por unas muy cualificadas circunstancias. De hecho se constató la insuficiencia o incompetencia de la aplicación del Derecho de Autodeterminación en su versión interna, abocando a la inexorable decisión de independizarse<sup>783</sup>.

Al margen del supuesto referido, y cumpliendo con el criterio de ofrecer una visión global, quedaría incompleta esta panorámica si no se referenciarán propuestas que, al

---

*marco de la fiscalización del cumplimiento del PIDCP, emitió en 2006 un informe titulado Lista de cuestiones que deben abordarse al examinar el informe de la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo sobre la situación de los Derechos Humanos en Kosovo desde junio de 1.999”.*

<sup>780</sup> No fue en ningún momento refrendada por el pueblo.

<sup>781</sup> Martínez Jiménez, A. Óp. cit. Nota 629. Pág. 231 “*De hecho, WELLER, presente en las negociaciones, reconoce que la concepción de una autonomía sustancial para Kosovo, en el marco de la concepción de la autodeterminación en el plano interno, fue la salida que la gran mayoría de países tenía en la cabeza.*”.

<sup>782</sup> España no ha reconocido oficialmente a Kosovo.

<sup>783</sup> Otros casos son como el de Bangladesh que alcanzó la independencia en 1971 tras haberse constatado la flagrante violación de Derechos Humanos.

margen de que puedan o no conculcarse Derechos Humanos de los colectivos minoritarios, reclaman la concesión del “*Derecho de secesión*”, si así es formulado mayoritariamente por el grupo en cuestión. Esta es la postura que mantiene Viciano Pastor al entender que prevalece el valor democracia y libertad sobre cualquier otra contingencia que pueda percibirse subjetivamente como instrumento de sometimiento u opresión sobre una colectividad<sup>784</sup>.

David Copp reflexiona sobre la posible existencia de un Derecho a la Secesión “*más básico*”, al margen de la justificación anterior, pero con igual legitimidad ante violaciones graves de Derechos Humanos<sup>785</sup>. Para ello presenta un ejercicio, en el que un imperio A, se desintegra en provincias y un imperio B, plantea anexionarse alguna de esas provincias. Es una hipótesis de disolución y absorción, en la que analiza si con carácter previo las provincias contaron en algún momento con un Derecho a la Autodeterminación. Y el Autor estima que sí. No considera el hecho de atravesar un proceso de disolución o segregación que posicione a la provincia en momento político y territorial de independencia frente a otro Estado, sea lo que legitime su Derecho a la Autodeterminación. La entidad, tiene ese Derecho desde siempre, por ser tal entidad<sup>786</sup>. Basa su pretensión esencialmente en directrices democráticas, junto al elemento objetivo del territorio. En este aspecto, Allen Buchanan se plantea, pedagógicamente, el

---

<sup>784</sup> Viciano Pastor, R. Óp. cit. Nota 44. Pág. 184. “Podremos pensar que no tiene sentido objetivamente, pero no podemos olvidar que lo tiene para los interesados. Nos encontramos fundamentalmente ante un problema de psicología social. Posiblemente, si un pueblo, partiendo de una situación política descentralizada o federal, ejerce Defendida nuestra postura favorable a que, incluso en un Estado democrático descentralizado, se deba reconocer, y por tanto reivindicar, el derecho de autodeterminación de un determinado pueblo hoy el derecho de autodeterminación, tendrá que articularse, más tarde o más temprano, en una fórmula política que, en la práctica, tendrá la misma configuración que la actual. Pero lo que a un pueblo le provoca el sentimiento de opresión es el hecho de que no se le dé la oportunidad de elegir libremente entre todas las alternativas políticas que, en abstracto, son posibles... .. Defendida nuestra postura favorable a que, incluso en un Estado democrático descentralizado, se deba reconocer, y por tanto reivindicar, el derecho de autodeterminación de un determinado pueblo...”.

<sup>785</sup> Allen Buchanan, David Copp, George Fletcher y Henry Shue. Op. cit. Nota 715. Págs. 19 y ss.

<sup>786</sup> *Ibíd.* David Copp. “Autodeterminación, Secesión y Primacía del Derecho”. Pág. 31. “En los siguientes apartados, consideraré argumentos que sostienen que tanto «los grupos culturales» como «las naciones» tienen derecho a la autodeterminación. Por último, como he dicho, intentaré mostrar que los valores que sustentan la democracia apoyan la idea de que las sociedades de carácter «territorial y político» tienen ese derecho. En este apartado, he intentado presentar argumentos convincentes en favor de que los legítimos Estados existentes tienen derecho a la autodeterminación. He utilizado el ejemplo de las provincias para argumentar que, si los Estados existentes tienen ese derecho, entonces ciertas entidades que no son Estados también lo tienen. Y he argumentado que una entidad puede tener derecho a la secesión incluso en aquellos casos que no implica la comisión de injusticias o fechorías.”.

reto de “¿Por qué no aceptar un derecho a la secesión de carácter más liberal?”. Para ello, analiza la propuesta de dos teorías<sup>787</sup>. Por un lado las centradas en las perspectivas del consentimiento y por otro las de la perspectiva del gobierno democrático. Su estudio lleva a la conclusión final de que, a pesar de los sólidos argumentos en las propuestas anteriores, es la teoría de la reparación o agravio la que mayor legitimidad dota a las pretensiones secesionistas y la que mejor acogida tiene actualmente en la esfera internacional<sup>788</sup>. En definitiva, viene a remarcarse la configuración de un Derecho de Autodeterminación centrado en su dimensión interna frente a la figura de la Secesión abierta, únicamente, a impedir casos de vulneración flagrante y reiterada de Derechos Humanos de los ciudadanos.

#### **4.2.7 Aplicación práctica: La difícil convivencia entre Secesión y Autodeterminación.**

A lo largo de los epígrafes anteriores se ha tratado de exponer bajo un imperante criterio pragmático, una síntesis de las distintas propuestas en cuanto la Autodeterminación y la Secesión. Con espíritu simplificador y casi esquemático, se han ido exponiendo la perspectiva mayoritaria que existe en cuanto ambas figuras, hasta concluir que ha

---

<sup>787</sup> *Ibidem*. Allen Buchanan. “Autodeterminación, Secesión y Primacía del Derecho”. Pág. 85.

<sup>788</sup> *Ibidem*. Allen Buchanan. “Autodeterminación, Secesión y Primacía del derecho”. Pág. 93 “*Por el contrario, pese a que las teorías democrática y del consentimiento que defienden el derecho internacional legislado a la secesión apelan a los principios de una obligación basada en el consentimiento y al derecho al gobierno democrático, cuestiones ambas que tienen una amplia aceptación, no logran vincular sus propuestas relacionadas con la secesión a esos principios como plausible justificación de esta última. En el caso de la teoría del consentimiento, sea cual sea el atractivo de que disfrute la idea de que la obligación política ha de basarse en el consentimiento, ésta no explica cómo genera el consentimiento un derecho a una porción del territorio del Estado. Y en el caso de la teoría democrática de la secesión, el vínculo entre el derecho al gobierno democrático en el interior de un Estado y el supuesto derecho a determinar las fronteras del Estado mediante la regla de la mayoría es igualmente débil. Además, este último derecho resulta dudoso desde el punto de vista moral, ya que equivale a dar a la mayoría el derecho a cambiar unilateralmente la nacionalidad de otros contra su voluntad, al hacerles ciudadanos de un nuevo Estado (o al convertirles en extranjeros) en lo que hasta entonces había sido su propio país, incluso en el caso de que ni ellos ni su Estado hayan cometido injusticia alguna. Considerados todos los factores, por tanto, la teoría del derecho de reparación o la teoría del agravio parecen obtener una puntuación más alta que sus competidoras desde el punto de vista de una valoración comparativa. No obstante, incluso en el caso de que, desde el punto de vista de su sencillez moral general, las propuestas se encontrasen empatadas, la teoría del derecho de reparación o la teoría del agravio salen claramente vencedoras desde el punto de vista del mínimo realismo y desde el de la evitación de los incentivos perversos.*”

quedado acreditado la distancia legal, doctrinal y jurídica que las separa, tanto en el plano interno como internacional.

A partir de estos planteamientos, consideramos conveniente complementar la información expuesta con algunos de los casos más relevantes a los que la comunidad internacional se ha tenido que enfrentar o que las Autoridades estatales han experimentado desde un plano interno. En este aspecto la casuística que nos ofrece la experiencia es variada y se muestra con distintos supuestos en los que, tanto los gobiernos internos como los organismos internacionales<sup>789</sup>, han ofrecido una variedad de soluciones, lógicamente atendiendo al caso concreto, pero en los que por el momento se puede certificar una constante que viene a reafirmar las tesis ya apuntadas, de separación entre Autodeterminación y Secesión.

Tras un estudio de los casos planteados en el panorama internacional en cuanto demandas de autodeterminación y especialmente de secesión, la reacción por lo general de parte de la comunidad internacional es la de cerrar cualquier intento de disgregación alegando la inviolabilidad del Principio de Integridad Territorial, así como que ésta es una cuestión que, salvo excepciones, son asuntos vedados a la injerencia exterior por ser materias de competencia exclusiva interna. Por el contrario, ratificando la doctrina señalada, las opciones de demanda de autodeterminación han visto amparadas sus pretensiones con mucha mejor predisposición hasta el punto de que hoy se puede constatar su reconocimiento como un verdadero Derecho Humano de tercera generación, avanzando en su positivación bajo la legitimidad democrática y el principio de igualdad y no discriminación que lo sustenta. Hoy, es un sólido Derecho con garantías de eficacia.

A pesar de ello, de los casos más relevantes se pueden extraer algunas interesantes aportaciones que han servido para ir conformando y confirmando el devenir en la configuración del Derecho a la libre determinación de los Pueblos. Gran parte de los mismos se pueden calificar como irresueltos sin que hasta el momento se hayan alcanzado puntos de desagravio que complazcan a las partes en conflicto.

---

<sup>789</sup> Éstos como instrumento de expresión de la legalidad internacional,



Principalmente se debe a razones que traen causa en las demandas en juego, fundamentalmente secesionistas. Ello no obsta a que, como se ha expuesto, se puedan extraer significativas contribuciones para ir perfilando la instantánea jurídico-política de la institución.

Podemos exponer algunos casos paradigmáticos, con vocación de representatividad. Uno de los aspectos que se ha de remarcar y es común a todos ellos, es que, en nuestra opinión, no estamos ante verdaderos supuestos de “*Autodeterminación*”, sino más bien de “*Secesión*”. Ello, de por sí, explica las dificultades que han operado en cada una de las experiencias para alcanzar soluciones a las mismas. De hecho, incluso en los tres grupos en los que han sido clasificados, se ha llegado a distintos desenlaces ante una, esencialmente, misma pretensión.

Un primer grupo incluye los representativos casos de Canadá y Escocia. Nos encontramos ante procesos en los que la Comunidad Internacional ha sido un mero espectador y en los que, a pesar del intrínseco conflicto de demandas secesionistas, se han desarrollado por cauces de normalidad, consenso y democracia. Analicemos brevemente los caracteres que aportan elementos de interés a este estudio.

El proceso de independencia iniciado por la provincia de Quebec en Canadá es, desde un plano teórico-práctico, un asunto que ha supuesto un punto de inflexión en cuanto el análisis de los distintos componentes (objetivos y subjetivos) en la Autodeterminación y/o Secesión. Consideramos que, lejos de lo que pudiera aparecer en una primera aproximación, lo cierto es que arroja más confusión a la hora de determinar la necesaria separación entre las figuras de la Autodeterminación y Secesión. Al menos en lo que a los definidos límites que se vienen manejando desde el plano internacional. Y ello se debe a que, por un lado se pueden extraer criterios explícitos para la conformación de la figura de la Autodeterminación y por otro lado de la Secesión, pero no con una funcionalidad biunívoca, por lo que en realidad lo único que hacen es aportar mayor desorden.

Analicemos con mayor profundidad las referencias relevantes en el caso de Quebec. En esta labor se brinda una extensa panorámica doctrinal, ofreciendo una variada gama de perspectivas, si bien nos apoyaremos en la propuesta de Calonge Velázquez<sup>790</sup>, al encontrarse en sintonía con la idea que pretendemos transmitir, en referencia a que ha quedado la cuestión completamente abierta. Especialmente como pretensión con inequívocos tintes secesionistas, y de ahí que, por el momento, remarcamos ésta locución adverbial, se encuentre irresuelta.

Por razones de espacio y porque tampoco aportaría elementos de juicio relevantes a los fines de éste trabajo, no vamos a extendernos en un estudio de los antecedentes históricos que atestiguan la identidad diferenciada de la provincia de Quebec en Canadá. Sin ánimo exhaustivo, Quebec es una provincia de Canadá<sup>791</sup> que desde mediados del siglo XVII tiene una marcada impronta cultural francesa<sup>792</sup>. Este sesgo, se ha revelado como un elemento identitario pleno entre el colectivo que ha ido marcando las diferencias culturales, lingüísticas, políticas, religiosas y jurídicas con el resto de las

---

<sup>790</sup> Calonge Velázquez, A. "El Derecho de Secesión en Canadá: Una regulación jurídica completa y un problema político sin resolver". Revista de Derecho de la Unión Europea. Madrid ISSN 1695-1085. nº 25 - julio-diciembre 2013, págs. 107-124.

<sup>791</sup> De Este a Oeste de Canadá, el país cuenta con las siguientes provincias: Newfoundland and Labrador (Terranova y Labrador), Nova Scotia (Nueva Escocia), Prince Edward Island (Isla del Príncipe Eduardo), New Brunswick (Nuevo Brunswick), Quebec, Ontario, Manitoba, Saskatchewan, Alberta y British Columbia (Columbia Británica). Por su parte, los tres territorios del norte de Canadá son Nunavut, Northwest Territories (Territorios del Noroeste) y Yukon. <https://www.canadalandia.com/provincias-canada/> Consulta. 20/01/2018.

<sup>792</sup> Calonge Velázquez, A. Óp. cit. Nota 790. Pág. 109. " *A mediados del siglo XVII, Canadá fue declarada provincia francesa, después que comenzaran a hacerse viajes comerciales anuales para la explotación de las pieles. Cuando el monopolio pasó a manos de la monarquía, la provincia de Canadá pasó a convertirse en la colonia de la Nouvelle France. Los franceses reclamaron un territorio que se extendía desde el Lago Superior hasta el golfo de México, estableciéndose a lo largo del río San Lorenzo y alrededor de los Grandes Lagos. Mientras tanto, los británicos crearon en 1670 la Hudson's Bay Company, y se anexionaron los territorios del Noroeste, incluidas las que serían las Trece colonias. Con el Tratado de Utrecht, en 1713, Francia e Inglaterra se repartieron Canadá. El dominio británico se extendió a la parte continental de Nueva Escocia, así como a los territorios contiguos a la bahía de Hudson y Terranova.... En 1867, el 1º de julio, la British North America Act (BNA), que es el resultado de las Conferencias de Charlottetown y de Quebec, dio a luz a la moderna y autónoma Canadá. Dicha ley constitucional indicaba que las provincias de Ontario, Quebec, New Brunswick y Nueva Escocia acordaban crear el «Dominio» de Canadá... En los años siguientes pasaron a formar parte del «Dominio» de Canadá nuevos territorios, como ya hemos tenido ocasión de señalar, y en paralelo se irían produciendo una serie de acontecimientos que tendrán un primer hito el 11 de diciembre de 1931 con la promulgación del Estatuto de Westminster que determinó la total independencia de Canadá con el nombre de Dominio de Canadá, denominación que dejaría de usar en 1967. Y, más adelante, concluirán con lo que se conoce como la patriación o repatriación de la Constitución de Canadá con la promulgación de la Canadá Act de 1982, que fue asumida por todas las provincias excepto por la de Québec...* "

provincias canadienses, hasta el punto de que haya cuajado un sentimiento secesionista que se ha manifestado de forma constante en el tiempo y que ha arraigado con fuerza, manteniéndose actualmente latente. Esta afección por la independencia, cobró una especial trascendencia en las últimas décadas del siglo XX, adquiriendo una notable repercusión, tanto interna como externa, que fue alcanzando fuerza conforme se iba avanzando en su recorrido político<sup>793</sup>.

Al margen del lógico devenir de los acontecimientos para procesos de éste tipo donde se suceden los distintos acontecimientos, especialmente políticos, con avances y retrocesos que van definiendo su transcurso, hay uno que sobresale de forma notoria. Nos referimos al dictamen de la Corte Suprema Canadiense de 20 de agosto de 1.998, en el que, sin precedentes nacionales o internacionales, se daba respuesta a las consultas que el Gobierno Federal canadiense planteó, a fin de determinar la idoneidad del proceso secesionista y la legitimidad de sus protagonistas. La resolución marcó su progreso, así como el posterior referéndum<sup>794</sup>.

Con carácter previo a ir desgranando las singularidades del recorrido, se ha de remarcar un elemento que distingue su desarrollo de forma importante. Nos referimos al contexto político. Contrariamente a lo que suele ser lo común en estos casos, el clima político en el que se desarrolló la demanda secesionista encontró un proactivo Gobierno Federal,

---

<sup>793</sup> *Ibidem*. Pág. 111. "A principios de la década de los sesenta del siglo pasado es cuando podemos situar el origen del movimiento secesionista, aunque otros opinan que, en realidad, las ideas separatistas parten desde 1763, en el instante mismo en que Francia cede sus posesiones canadienses a Gran Bretaña. En estas fechas, amplios sectores de la comunidad francófona de Québec comenzaron a verse no como una minoría dentro de Canadá, sino como una mayoría dentro de su propio país, Québec; y, en consecuencia, reclamaron la consideración de una «sociedad distinta» y el respeto a esta peculiaridad; en definitiva, reconocimiento y respeto a formar «una nación dentro de la nación»".

<sup>794</sup> Xabier Ezeizabarrena. Óp. cit. Nota 679. Pág. 36. "Para el Tribunal Supremo de Canadá, un eventual proceso de secesión podría ser autorizado por la propia Constitución, sin que dicho proceso pueda considerarse una «destrucción» del modelo constitucional... Para el Tribunal Supremo de Canadá, un proceso unilateral de secesión sería aquel en el que no se producen negociaciones previas con el resto de provincias canadienses ni con el Gobierno Federal. Existe pues, y con anterioridad, un deber recíproco de negociación política para poder proceder a cualquier tentativa o proceso de secesión unilateral. A estos efectos, se considera que un referéndum, por sí mismo, no tendría un efecto jurídico directo suficiente para proceder a la secesión; dicho esto, el principio democrático demanda otorgar un considerable peso a la expresión clara de una determinada voluntad democrática. Esto implica, igualmente, despojar a la consulta de cualquier atisbo de ambigüedad. Lógicamente, ni el derecho a secesionarse puede considerarse un derecho absoluto de Quebec, ni su voluntad popular democráticamente manifestada puede considerarse inocua o intrascendente política y jurídicamente. La solución se sustancia en la obligación recíproca de negociar entre las partes implicadas en el proceso."

con firmes convicciones democráticas y que, sin duda, favoreció el desarrollo por cauces, relativamente sosegados<sup>795</sup>.

El gobierno canadiense, por medio del Decreto Federal C.P. 1996-1497 de 30 de septiembre de 1.996, solicitó un pronunciamiento de la Corte Suprema, básicamente sobre tres cuestiones:

1º.- Una primera, en cuanto la legitimidad democrática de los distintos órganos representativos (Federal y Provincial), de adoptar una decisión declarando unilateralmente la independencia de la provincia de Quebec, encontraba apoyos en la Constitución Canadiense.

2º.- La segunda en cuanto si hay soporte en el Derecho Internacional, para adoptar una decisión unilateral de independencia, o si existe un derecho de autodeterminación internacionalmente reconocido que legitime tal decisión.

3º.- Por último, ante un conflicto de aplicación, entre el Derecho interno y el Derecho Internacional, cual debía prevalecer.

Ante tal desafío la Corte emitió su dictamen el 20 de agosto de 1.998, del que se pueden extraer interesantes aportaciones.

En cuanto la primera cuestión:

A.- La Corte fundamentó la existencia de un hipotético Derecho a la Autodeterminación, con base en el Principio Democrático. Pero matizó la base ontológica de dicho principio al extender su ámbito material en la influencia que ejerce

---

<sup>795</sup> *Ibidem*. Pág. 114. "Ante esta situación, el primer ministro canadiense, Jean Chretien, puso en marcha una serie de iniciativas que trataban de convencer a los quebequeses de la necesidad de permanecer dentro de la federación, como, por ejemplo, la aprobación de una Resolución de las dos Cámaras federales que reconoce el carácter de «sociedad distinta» de Quebec o, si se prefiere, el reconocimiento de «twonations» en Canadá e instaba al legislativo y al ejecutivo a tomar nota de ello y actuar en consecuencia; al tiempo que, cambiando de estrategia y dando origen a lo que se ha llamado el Plan B para retener a Quebec dentro de Canadá, decidió acudir a la Corte Suprema para que aclarara tanto las condiciones de un posible nuevo referéndum como las de un eventual proceso de secesión."

sobre otros Derechos constitucionales<sup>796</sup>. Existen evidentes lazos de interrelación entre los ciudadanos de la provincia de Quebec y el resto del país, por lo que *“una decisión democrática de Quebec a favor de la secesión comprometería esos lazos”*. Rechaza, de este modo, que al amparo de la Constitución canadiense se adopte una medida de secesión unilateral por cualquiera de las provincias. Al margen de los efectos de dicho pronunciamiento sobre la figura jurídica de la Autodeterminación o Secesión, consideramos particularmente relevante la interpretación, con vocación *“holística”*, de la Corte Suprema canadiense principalmente gravitando sobre la Constitución. Supone un avance de su exégesis al ampliar su perímetro de influencia más allá de lo estrictamente jurídico y emplazarla como clave de bóveda de todo el sistema político, jurídico y, sobre todo, social. Constituye una de las mejores expresiones del *“Estado Constitucional”*<sup>797</sup>.

B.- En segundo lugar, afirma que no existe un Derecho a la Autodeterminación unilateral, pero ante la demanda de un colectivo, que mayoritaria e indubitadamente solicita la adopción de su independencia, el Estado soberano ha de respetar dicha petición ante una voluntad legítima y democrática. En el caso de que el texto constitucional en el que se produzca dicha circunstancia, no admita tal posibilidad (como es el caso canadiense), el Gobierno estatal está obligado a llevar a cabo las reformas constitucionales que permitan la acogida de tales pretensiones. En el proceso negociador que se abriría con tales premisas, se habrá de tener en cuenta los intereses, relaciones y derechos de todos los ciudadano/as, tanto los de la provincia secesionista como el del resto del Estado.

---

<sup>796</sup> *Ibidem*. Pág. 115. *“La democracia existe en el contexto de otros valores constitucionales: ninguno de estos principios pueden ser definidos haciendo abstracción de los otros y ninguno de estos principios puede impedir o excluir la aplicación de los demás.”*

<sup>797</sup> Guerra Sesma, D. Op. Cit. Nota 647. *“La Corte Suprema anuncia en su sentencia (Reference Re Secession of Quebec) 11 que la fuente de la misma no es únicamente jurídica (“La Constitución no es solo lo que está escrito”), sino que tiene en cuenta el contexto socio-político para arbitrar un pronunciamiento no sólo constitucional sino también viable, de acuerdo con las fuentes del federalismo, la democracia, la constitución, la primacía del derecho y el respeto a las minorías. En puridad, la Corte contestó negativamente a las dos primeras preguntas, dejando sin efecto la tercera: ni el Quebec tiene derecho a la secesión unilateral ni el derecho internacional la ampara. Sin embargo, la inconstitucionalidad de la unilateralidad no niega -afirma la Corte- la posibilidad de la secesión si ésta es el resultado de una voluntad clara y manifiesta, lo que obligaría a ambos gobiernos, el de Quebec y el de Canadá, a negociar un proceso reglado para poder expresarla y encauzarla legalmente mediante la oportuna reforma constitucional.”*

Las distintas contingencias, como son la valoración del porcentaje válido necesario, como la conjugación de los distintos intereses, son competencias claramente políticas que los actores participantes deberán velar por su equidad y por la consideración de los distintos derechos en juego.

En lo referente a la segunda pregunta, la Corte emite algunas afirmaciones que, a primera vista sorprende por desvincularse de la tradición histórica, sobre todo en cuanto la determinación de los colectivos como “Pueblos”. Hipotéticamente reflexiona sobre aquellos que apoyan la validez de una secesión unilateral, fundamentando su posición en el Derecho a la Autodeterminación, ya que es internacionalmente “reconocido a todos los pueblos”. En este apartado, la Corte se desliga de tal concepto, manteniendo que la “Secesión” no tiene su sostén en el Derecho de Autodeterminación de los Pueblos consagrado en los tratados internacionales, salvo los consabidos supuestos de dominación colonial, violación flagrante de Derechos Humanos o negación de la autonomía y/o participación de la minoría en el gobierno del Estado<sup>798</sup>. En otros supuestos y, con plena coherencia con la línea argumental que se viene exponiendo, “los pueblos deben ejercer su derecho de autodeterminación en el marco del Estado al que pertenecen”. Fuera de los supuestos anteriormente descritos, prevalece el Principio de integridad territorial de los Estados<sup>799</sup>.

---

<sup>798</sup> Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge “Sobre el derecho de autodeterminación y su compatibilidad con la Constitución”. Teoría y realidad constitucional. núm. 3, 1º semestre 1.999. PP. 103-124. “Acoge el Tribunal canadiense, para esta tercera dimensión, la opinión expresada por Luzius Wildhaber, en su informe emitido como experto ante el propio Tribunal el 19 de febrero de 1997. Manifiesta Wildhaber, en aquel momento Juez por Suiza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en su voto concurrente con el entonces Presidente Rysdall a la sentencia del citado Tribunal Europeo de 18 de diciembre de 1996 (caso Loizidou contra Turquía), había expresado ya que en los últimos años ha empezado a surgir un consenso en el Derecho internacional contemporáneo para admitir que, junto a los supuestos de descolonización y ocupación extranjera, los pueblos también pueden ejercer un “derecho a la autodeterminación» si sus Derechos Humanos son violados de forma manifiesta e importante o si carecen de representación política o se encuentran infrarrepresentados en el gobierno del territorio al que pertenecen, de una forma antidemocrática y discriminatoria. Esta nueva acepción del derecho a la autodeterminación serviría así -en el voto de Wildhaber que se comenta- como una herramienta poderosa para asegurar los principios internacionales emergentes de democracia y de respeto a los Derechos Humanos”. Aceptando también esta tercera, y última, dimensión, el Tribunal Supremo de Canadá ha logrado precisar el contenido del denominado “derecho de autodeterminación, en términos aceptables para la doctrina internacionalista”.”.

<sup>799</sup> Soroeta Licerias, J.F. Óp. cit. Nota 741. Pág. 471. “En conclusión, Quebec no constituye un pueblo colonizado u oprimido, y no se puede pretender tampoco que a los quebequenses se les niegue un acceso

Aplicada esta teoría para Quebec, es manifiesto que no se trata de un pueblo bajo yugo colonizador, no es un supuesto manifiesto de quebranto de los Derechos Humanos e igualmente, no supone un caso en el que no se le otorguen derechos de representación democrática en el Gobierno estatal, sino más bien al contrario. La conclusión ante tales presupuestos es nítida, no es aplicable a Quebec el Derecho de “Autodeterminación”, por lo que abre la vía al de “Secesión”<sup>800</sup>.

A la vista de lo manifestado en las dos primeras cuestiones, no es necesario ni tan siquiera entrar a valorar la tercera, relativa a la correspondencia del Derecho interno canadiense y el Derecho internacional<sup>801</sup>.

A juicio de Calonge Velázquez, la decisión ha sido “salomónica”. Por un lado se reconoce la legitimidad democrática que puede avalar una petición secesionista para, a renglón seguido, negar la posibilidad de su viabilidad, al no concurrir los casos que, al amparo del Derecho internacional, habilita una petición de tal sentido. De tal consideración pueden deducirse algunas consecuencias. Por un lado se conformó a la posición más beligerante con la pretensión secesionista al cerrarse dicha posibilidad por parte de la Corte Suprema, pero por otro lado se ofreció una vía de alcanzar la independencia si, democráticamente, se lograba una mayoría suficientemente amplia

---

*real al gobierno para asegurar su desarrollo político, económico, cultural y social [...] Por ello la Asamblea Nacional, la legislatura, o el Gobierno de Quebec no poseen, en virtud del Derecho internacional, el derecho de proceder unilateralmente a la secesión de Quebec de Canadá. Esta interpretación, que compartimos plenamente, es, tras más de cuatro décadas desde la aprobación de la Resolución 2625 (XXV), la única referencia de cierta relevancia internacional a la cláusula de salvaguardia, y apunta a la posibilidad mencionada de que, cuando un Estado deniega el ejercicio del derecho de autodeterminación interno a un pueblo, y viola masivamente los Derechos Humanos de su población, abre a ese pueblo las puertas al derecho de secesión. En nuestra opinión, bien podría ser el caso de Kosovo, pero no el de otros conflictos que analizamos en este estudio.”*

<sup>800</sup> *Ibidem*. Pág. 117. “En estas circunstancias, ni la Asamblea nacional, el poder legislativo o el gobierno de Quebec poseen, en virtud del Derecho internacional, el derecho de proceder unilateralmente a la secesión de Quebec de Canadá.”

<sup>801</sup> Xabier Ezeizabarrena. *Óp. cit.* Nota 679. Pág. 38. “En consecuencia, dado que tanto el Derecho Constitucional canadiense como el Derecho Internacional Público dan respuestas muy similares a las preguntas planteadas, no hay necesidad de responder a la tercera de las cuestiones sobre un eventual conflicto de ordenamientos que no se producía en el caso canadiense. Quebec no ostenta un derecho a la secesión unilateral de Canadá, pudiendo ejercerse la citada libre determinación en el caso de un proceso debidamente negociado y pactado entre las partes o, en su caso, tras un rechazo por el Estado del ejercicio del derecho de libre determinación democráticamente planteado por Quebec..”

que lo respaldase<sup>802</sup>. De esta forma la cuestión queda en terreno neutral ya que, en cierto modo, se avalan las legítimas pretensiones, tanto de aquellos que consideran que no procede aceptar una declaración unilateral y, por otro, los que entienden que hay aval democrático suficiente para, al menos, iniciar tal proceso<sup>803</sup>. De esta forma, se deja todo a una compleja reforma constitucional, que lógicamente deberá ser fruto del consenso<sup>804</sup>.

De todo ello podemos obtener algunas consecuencias a modo conclusión.

---

<sup>802</sup> Ibídem. Pág. 117. *“Adoptada la decisión que acabamos de exponer por la Corte Suprema, federalistas y nacionalistas hicieron una lectura de la misma, desde la óptica de sus intereses. Los primeros, consideraron cerrado el derecho de secesión por la vía del referéndum, salvo que hubiera una mayoría «clara» favorable a la secesión como respuesta a una pregunta también «clara»; los nacionalistas pusieron el acento en el reconocimiento que el dictamen de la Corte Suprema había hecho al derecho democrático a separarse de Canadá. Ni unos ni otros se mantuvieron inactivos y, primero, los federalistas promulgaron la Ley nº 26, de 29 de junio de 2000, por la que se da efecto a la exigencia de claridad formulada por el Tribunal Supremo de Canadá en su dictamen sobre la Remisión relativa a la Secesión de Quebec, más conocido como Ley sobre la Claridad (ClarityAct); y, en respuesta a ésta, los nacionalistas quebequenses aprobaron en la Asamblea de Quebec la Ley de 23 de diciembre de 2000, sobre el ejercicio de los derechos fundamentales y las prerrogativas del pueblo y del Estado de Quebec.”.*

<sup>803</sup> Corretja Torrens, M. *“El fundamento democrático del Derecho de los Catalanes a decidir”*. Obra colectiva. Jorge Cagiao y Gennaro Ferraiuolo. Pág. 71. *“En definitiva, la Corte Suprema de Canadá, después de negar que Quebec tuviera reconocido un derecho a la autodeterminación en el Derecho internacional así como de que pudiera realizar una declaración unilateral de independencia, establece la necesidad de interpretar de forma conjunta y evolutiva los principios constitucionales que informan su sistema constitucional y la existencia de la Federación. En este sentido, la Corte subraya la existencia de cuatro valores de los que extrae las reglas para que los ciudadanos de Quebec puedan ejercer su derecho a decidir y, si se cumplen dichas reglas, establece las obligaciones que resultarían del ejercicio del derecho a decidir, tanto para Quebec como para la Federación canadiense. Dichos valores son el principio del federalismo, del que se desprende tanto el reconocimiento de Quebec como una de las naciones fundadoras y, por lo tanto, de su demos diferenciado, como el carácter bilateral del acto federal; el Principio democrático, que infiere legitimidad a la decisión que se adopte; el principio de constitucionalidad y primacía del Derecho, que impone la necesidad de canalizar legalmente y mediante las oportunas reformas la decisión adoptada; y el principio de respeto a las minorías, que obliga a contemplar los derechos de todas las partes afectadas.”.*

<sup>804</sup> Rodríguez-Zapata Pérez, J. Óp. cit. Nota 798. Pág. 115. *“Insiste el Tribunal Supremo en que la exigencia de una mayoría aclara» en tal referéndum tiene una significación esencial: El referéndum debe estar libre de toda ambigüedad tanto en la pregunta que se formule a los electores, como en la mayoría que se exija en quienes lo apoyen. Por ello rechaza el Tribunal Supremo, al mismo tiempo, dos afirmaciones radicales y erróneas. No puede admitirse que, como consecuencia del resultado del referéndum, las restantes provincias y el Gobierno federal tengan la obligación de aceptar sin más la secesión de la provincia de Quebec como un hecho consumado, sirviendo la negociación únicamente para pactar los detalles de la misma. Resulta también inadmisibile la afirmación contraria de que una voluntad clara de autodeterminarse por parte de Quebec no genere obligaciones en las demás provincias y en el Estado federal. La forma de conciliar los intereses contrapuestos que se acaban de expresar es, en definitiva, una negociación de la reforma constitucional, en la que ninguna de las partes trate de prevalecer a ultranza sobre las otras. Vuelve así el Tribunal Constitucional de Canadá al principio de interdependencia.”.*



Una primera, que toma sentido la afirmación que “*ab initio*” habíamos formulado que el supuesto canadiense arroja cierta confusión o quizás cierta frustración ante unas expectativas, que en un primer momento se les ofrece cierta esperanza, para al poco, reprimirlas. En relación a ello, Rodríguez-Zapata Pérez considera que uno de los motivos que ha generado ese desconcierto haya sido una deformada aplicación de la calculada ambigüedad de los textos internacionales, sobre todo en los que considera que los artículos 1 y 55 de la Carta de Naciones Unidas o el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales, estuvieran garantizando un pretendido “*Derecho a la Secesión*”<sup>805</sup>. A nuestro entender, no es más que una expresión de ese intrincado uso entre Secesión y Autodeterminación, en ocasiones interesado, pero que sin embargo siempre concluye con la misma determinación<sup>806</sup>.

En segundo lugar, la Corte Suprema Canadiense (CSC), que en un inicio ofrece ciertas expectativas innovadoras en cuanto la Secesión, refrendando las peticiones que vienen avaladas con plena validez democrática, realiza una transmutación, para pasar a sustentar su decisión en el Derecho de Autodeterminación, con plena sintonía con las directrices marcadas por el Derecho Internacional e imponiendo unos deberes, como recalca Corretja Torrens<sup>807</sup>, para así lograr su aceptación.

---

<sup>805</sup> Rodríguez-Zapata Pérez, J. Óp. cit. Nota 798. Pág. 107.

<sup>806</sup> *Ibidem*. Nota 148. Pág. 107. “En otro informe de 19 de febrero de 1997, como experto ante el Tribunal Supremo de Canadá, el internacionalista James Crawford pone de manifiesto que la reconocida Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 2.625 (XXV), del 24 de octubre de 1970, reconoce, junto al derecho de autodeterminación de los pueblos, una “cláusula de salvaguardia” básica en el Derecho Internacional contemporáneo. En virtud de la misma, un Estado cuyo Gobierno represente a su población en condiciones de igualdad cumple con el principio de autodeterminación en relación a la totalidad de la misma, y tiene derecho a la protección de su integridad territorial. El pueblo -o los pueblos- de dicho Estado se autodeterminan mediante su participación democrática en la forma de gobierno. La declaración del Tribunal Supremo canadiense acoge esta idea y la desarrolla con apoyo en textos positivos....”.

<sup>807</sup> Corretja Torrens, M. Óp. cit. Nota 803. Pág. 71. “En definitiva, la Corte Suprema de Canadá no impide la posibilidad de secesión de Quebec pero sí que le impone unas reglas: en el caso de obtener el respaldo de la población afectada, la secesión debe conseguirse mediante un proceso de negociación de buena fe”.

En tercer lugar, mantiene la desconcertante innecesaridad del concepto de pueblo, para enjuiciar pretensiones secesionistas<sup>808</sup>.

Por último y más importante, hay que preguntarse ¿en el caso de que el referéndum<sup>809</sup> llevado a cabo en Quebec hubiera arrojado una mayoría sólida a favor de la secesión, se hubiera reconocido su Derecho a la Secesión?. Desde una óptica coherente la respuesta debería ser positiva. Es razonable pensar que, ante tal eventualidad, implicaba recorrer un camino hasta ahora inexplorado y con efectos de difícil cuantificación.

¿Y ahora qué?, se pregunta retóricamente Calonge Velázquez, y nos sumamos a dicho recurso. Una primera deducción es que el problema queda lejos de resolverse. Quizás, con espíritu constructivo, el supuesto canadiense haya sido el origen de los que podría denominarse un “*Derecho constitucional a la Secesión*”. Germen que actualmente no ha tenido recorrido y del que a día de hoy se puede calificar en gestación o incluso “*en nacimiento*”<sup>810</sup>. A los efectos de las posturas que se vienen sosteniendo en este trabajo, reafirma la diferenciación entre Derecho de Libre determinación de los pueblos y la figura de la Secesión.

---

<sup>808</sup> Xabier Ezeizabarrena. Óp. cit. Nota 679. Pág. 37. “La clave, en línea con lo que vengo apuntando, no es tanto el concepto formal de «pueblo», sino el comportamiento democrático del Gobierno de un determinado Estado y su respeto a los Derechos Humanos. Según el párrafo 130 del Dictamen, y de acuerdo con el propio Derecho Internacional Público, un Estado cuyo Gobierno representa sin discriminación a todos los pueblos y ciudadanos de su territorio y que respeta igualmente su derecho a la autodeterminación interna, tiene derecho a su integridad territorial. Por contra, un Estado que no garantice y tutele los derechos y garantías constitucionales e internacionales de las que se ha dotado, podría ver atacada democráticamente su integridad territorial mediante el ejercicio de la libre determinación (normalmente interna) por uno de los pueblos integrantes de dicho Estado.”.

<sup>809</sup> *Ibidem*. Pág. 117-118. “... los federalistas, siguiendo la doctrina establecida en la decisión de la Corte Suprema de 1998, aprobaron la Ley sobre la Claridad, que es un texto breve, puesto que consta de un preámbulo y tres artículos, que, como su propio nombre indica, pretende determinar en qué consisten una pregunta y una mayoría claras –términos y exigencias formulados en el avis de la Corte Suprema– en el marco de un referéndum sobre la secesión celebrado en una provincia.”.

<sup>810</sup> *Ibidem*. Pág. 123. “Con estas visiones tan dispares no podemos concluir sino que el partido está completamente abierto, al menos, desde le punto de vista político. El federalismo canadiense ha señalado las reglas del derecho a la secesión y el nacionalismo quebequés no las acepta. La pelota sigue, pues, en el tejado”.

En el caso escocés, existen lógicas diferencias con respecto al canadiense en cuanto el nacimiento y evolución cronológica que sostiene el sentimiento independentista<sup>811</sup>, pero con evidentes similitudes en cuanto la naturaleza jurídica del derecho ejercitado<sup>812</sup>. Este caso hunde sus raíces con mayor profundidad en la historia, al tratarse de un conflicto diacrónico que se arrastra desde tiempo ancestral y donde ha permanecido subyacente a las relaciones jurídicas, políticas y sociales entre Escocia y Reino Unido. Obviamente, no resultaría apropiado ni rentable al fin de este trabajo pormenorizar los detalles de esta vinculación, por lo que centraremos el foco en cuanto el desarrollo de los últimos años, que desembocaron en el referéndum secesionista celebrado el 18 de septiembre de 2014<sup>813</sup>. En este aspecto, sí tiene bastantes puntos en común con el modelo canadiense, sobre todo en cuanto la necesidad de un previo y preceptivo referéndum que avale democráticamente las pretensiones secesionistas. En las últimas décadas del siglo XX, se avivó un latente sentimiento nacionalista en Escocia que fue adquiriendo progresivamente mayor relevancia y que tuvo su reflejo a nivel legislativo<sup>814</sup>. En 2.011,

---

<sup>811</sup> Perfecto García, M.A. "A propósito de Braveheart y el mito de la Escocia independiente: reflexiones sobre el nacionalismo escocés contemporáneo". Revista Scientia. nº 4, Revista de la Universidad Ricardo Palma. Lima, Perú, 2004. Pág. 324. *"En cuanto al sueño continental de los reyes ingleses se debía a su relación con los enormes dominios que detentaban en Francia, y lo que es más importante con el mantenimiento del nuevo mundo económico creado por los normandos desde Flandes a Inglaterra pasando por Escocia y Francia. En este ámbito europeo económico, político, e incluso religioso, van a intervenir la mayoría de los reyes ingleses desde el siglo XI al siglo XIV, intentando mantener un imperio que se desmorona a medida que la monarquía francesa se enfrente a dichos propósitos (guerra de los Cien Años). Esta ambición imperial de los reyes anglo-normandos tendrá repercusiones internas importantes, entre otras, la independencia del reino de Escocia respecto a Inglaterra, así como la construcción de una alianza franco-escocesa que perduró, prácticamente hasta el derrocamiento de los Estuardo a fines del siglo XVII.... La independencia de Escocia se mantuvo, no tanto por ese éxito militar, ni siquiera por la protección papal, sino por los disturbios políticos que afectaron a la corona normanda inglesa, deposición del rey Eduardo II por Roger Mortimer y la reina Isabel, asesinato de Mortimer por el joven Eduardo III, etc; sin contar la participación activa del rey francés en los asuntos ingleses que dio lugar a la Guerra de los Cien Años, al reclamar Eduardo III de Inglaterra el trono de Francia al morir el rey Carlos IV de Francia, el último rey de la dinastía de los Capetos (1328)."*

<sup>812</sup> Corretja Torrens, M. Óp. cit. Nota 803. Pág. 72 *"El caso de Escocia se fundamenta igualmente en principios constitucionales y democráticos, similares a los de Quebec"*.

<sup>813</sup> *Ibidem*. Nota 157. Pág. 331. *"Tras la segunda Guerra Mundial, y sobre todo, después de los comienzos de la desindustrialización escocesa que se inicia en los años 60, surge un movimiento literario nacionalista, vinculado al Partido Nacional Escocés (SNP) que pretende reinventar los mitos escoceses como Inglaterra terrible colonizadora de una Escocia víctima. A partir de estos momentos, el discurso nacionalista muy pegado a reivindicaciones sociales del presente se nutre de la búsqueda de un hilo conductor que permita unir "la pléyade de "Escocias virtuales" para conseguir una identidad estable y unificadora."*

<sup>814</sup> Guerra Sesma, D. Óp. cit. Nota 647. Pág. 9-10. *"El proceso se inició tímidamente en los años 70, con la redacción del informe Kilbrandon, de 1973, que proponía la devolución competencial y la elección de un Parlamento y Gobierno propios. La Scotland Act de 1978, ley resultante de dicho informe fue sometida a referéndum popular ese mismo año, pero no se llegó al 40% de quórum requerido (solo votó el 32%), por*

el SNP<sup>815</sup>, partido político de carácter nacionalista que se ha erigido como principal recurso político de la secesión de Escocia frente a Reino Unido, consiguió aglutinar los suficientes apoyos legislativos como para impulsar su bandera programática de un referéndum de independencia. Ante tal desafío el Gobierno estatal respondió, al igual que en el modelo canadiense, con un programa, el “*Devo Plus*” que venía a ofrecer mayores cuotas de autonomía y avances en el autogobierno escocés, lógicamente, manteniendo su estatus jurídico bajo soberanía británica. Es llamativo que conceptos como el de “*Plurinacionalidad*”, “*autogobierno*”, “*Autonomía*”<sup>816</sup> pasaron al ideario colectivo británico con naturalidad, asumiendo la irrestricta realidad de la pluralidad social de la que se nutre la sociedad británica.

En octubre de 2012, tras varios intentos, el Gobierno británico y el Gobierno escocés, pactaron la celebración de un referéndum cuyos puntos básicos fueron:

- La competencia para convocar el referéndum le correspondía al Parlamento británico. Para que pudiera llevarse a cabo por convocatoria del Parlamento escocés fue necesario una delegación de aquel a éste por medio de una “*Order in council*”.
- Se optó por una pregunta para ser respondida en sentido afirmativo o negativo.

---

*lo que la ley fue derogada. Hubo que esperar a 1995 y a un nuevo informe –el Scotland’sParliament, Scotland’sRight-, más ambicioso que el de 1978. En 1997, el nuevo gobierno de Tony Blair impulsó el proceso y el informe se aprobó en referéndum de 11 de septiembre, votando un 74’3% de electores a favor de recuperar el Parlamento y un 60’2% por tener algunas competencias fiscales, lo que dio como resultado el Scotland Bill de 1997 y la Scotland Act de 1998. Ambos textos reconocen la autonomía escocesa dentro de la unión del Reino Unido, la jefatura del Estado de la Reina y la preeminencia soberana del Parlamento de Westminster, al que se reservan importantes competencias reservadas y por lo tanto no devueltas.”.*

<sup>815</sup> Page, Alan. “El referéndum de independencia escocés”. UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 37, 2016, pp. 437-448. Pág. 438. “*El Partido Nacional Escocés -partido independentista- fue fundado en 1934 (como resultado de la fusión del Partido Nacional de Escocia y el Partido Escocés) pero tuvieron que pasar tres décadas más antes de que éste consiguiera una cierta entidad en las urnas. En noviembre de 1967 el partido obtuvo una agónica victoria en la ciudad de Hamilton sobre la base de exigir al entonces Gobierno laborista que creara una Comisión Constitucional «para examinar las funciones que ejercen actualmente los poderes legislativo y ejecutivo centrales respecto a los diferentes países, naciones y regiones que forman el Reino Unido» y para valorar «si es deseable algún tipo de modificación en dichas funciones o, si no, en las actuales relaciones constitucionales y económicas».*”.

<sup>816</sup> *Ibidem*. Pág. 10. “... el nuevo gobierno de Gordon Brown elaboró un informe, el Scotland’s Future in the United Kingdom: Building on ten years of Scottish devolution, en el que se reconoce la plurinacionalidad del Reino Unido y la necesidad de mayor autogobierno para Escocia sin llegar a la separación.”.

- Se aplicaría la normativa electoral de Reino Unido y fijó una edad mínima de 16 años.

Al igual que en la experiencia canadiense, el Gobierno británico acordó la celebración de un referéndum, incluyendo el contenido de las preguntas bajo las directrices de respeto al Principio democrático. En este caso, de nuevo, la práctica quedó tumbada al ganar el “no” en el referéndum y evitando así la continuidad del procedimiento y la eventual existencia de una secesión, democráticamente consensuada.

Antes de entrar a comentar otros supuestos, entendemos oportuno hacer un breve inciso en cuanto al tratamiento de la cuestión de la potencial secesión a la que se han tenido que enfrentar tanto Canadá como Reino Unido. En ambos casos se puede constatar que política y socialmente, por lo general, han sido procesos asumidos primando una conciencia democrática,<sup>817</sup> desde la naturalidad que es inherente a una plena aceptación del Estado Plurinacional, y que ante el reto que supone tal desafío, no han optado por un enroque obstinado a posiciones intransigentes reafirmadoras de la propia identidad sino que, como se ha podido comprobar, la respuesta constitucional y democrática de los respectivos Gobiernos es un reflejo de una firme convicción en valores democráticos<sup>818</sup>. En consonancia con esta reflexión, puede entenderse el razonamiento que Corretja Torrens realiza tras el análisis de los procesos llevados al efecto en Canadá y Escocia. Realiza una valoración en el contexto del “*Derecho a decidir*” del que extraemos la interesante reflexión de que, en ambos supuestos, las pretensiones no vienen legitimadas por el Derecho Internacional, sino que en Estados compuestos y democráticos, es el marco constitucional interno el que avala las demandas de autonomía en todo su recorrido<sup>819</sup>. Esto viene a reafirmar uno de los puntales de este trabajo, manteniendo que

---

<sup>817</sup> Xabier Ezeizabarrena. Óp. cit. Nota 679. Pág. 40. “*Como en el caso del Reino Unido, hay otra cuestión vivamente presente en la sociedad del Quebec: la cultura democrática. Sin ella, ni la ingeniería jurídica más afinada puede ser capaz de encontrar respuestas a los problemas inherentes a toda comunidad social que se relaciona.*”

<sup>818</sup> Soroeta Licerias, J.F. Óp. cit. Nota 741. Pág. 489 “*El Tribunal (canadiense) deja a un lado la cuestión de la legalidad de la consulta para abordar la de la legitimidad. No sólo no hay nada que objetar a este planteamiento, sino que nos parece una auténtica lección de democracia.*”

<sup>819</sup> Corretja Torrens, M. Óp. cit. Nota 803. Pág. 72. “*En consecuencia, no es el Derecho internacional sino el Derecho constitucional interno en Estados compuestos y democráticos el que proporciona los principios sobre los que se sustenta el derecho a decidir. Este derecho, por lo tanto, implica establecer un cauce o procedimiento a través del cual la población afectada pueda expresar su voluntad y, en su caso,*

actualmente encontramos en textos constitucionales una aplicación del Derecho Humano de tercera generación a la libre determinación de los pueblos, reconociendo a colectivos minoritarios su identidad y dotándoles de autogobierno y autonomía.

Nuestro segundo conjunto de supuestos se desenvuelve en un plano interno e internacional muy distinto. Si en los procesos canadiense y escocés primaba un espíritu, relativamente conciliador, en este segundo grupo despunta todo lo contrario, con conflictos estancados sin que la actuación internacional y mucho menos los propios implicados, permitan albergar visos de solución. Nos referimos a los casos de Palestina y Sahara Occidental.

Palestina, nunca tuvo un estatus jurídico de colonia, administración fiduciaria o territorio no autónomo. Consecuentemente no pudo acogerse al Derecho de Autodeterminación, tal y como fue configurado por los textos internacionales tras la segunda guerra mundial. A pesar de ello, coincido con Remiro Brotons, cuando valora a Palestina como uno de los casos actuales más “*complejo y delicado*”<sup>820</sup> de descolonización pendiente. La ocupación de territorios palestinos por Israel, ha generado que Naciones Unidas se haya pronunciado reiterada e insistentemente declarando la ilegalidad de tal actuación y reivindicando los derechos de Palestina<sup>821</sup>. En el mismo sentido, han sido varias las Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, reconociendo e instando al respeto de los derechos del Pueblo

---

*como señaló la Corte Suprema de Canadá, si así lo desea la mayoría, abrir una negociación de buena fe para alcanzar la secesión.”. La Autora entiende que en caso de España, la Sentencia del Tribunal Constitucional 42/2014, igualmente consagra esta posibilidad. “En la STC 42/2014 se menciona de forma expresa el derecho a decidir una aspiración política legítima que tiene cabida en la Constitución española y a la que sólo puede llegarse, según dicha sentencia, mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional con respeto a los principios de legitimidad democrática, pluralismo y legalidad”.*

<sup>820</sup> Remiro Brotóns, A. Óp. cit. Nota 639. Pág. 182. “*Palestina fue uno de los cuatro mandatos de tipo A establecidos en territorios del antiguo Imperio Otomano al término de la Gran Guerra (dos bajo administración francesa: Siria y Líbano, y dos bajo administración británica: Irak y la citada Palestina). Todos ellos debían acceder a la plena independencia, como Estados soberanos, después de la segunda guerra mundial, pero uno de ellos —Palestina— debía convertirse en Jordania al este del Jordán y por decisión de la AGNU (res. 181-11, de 1947) dividirse en dos al oeste: Israel y la propia Palestina. Como se sabe, esta decisión condujo a la primera de las guerras árabe-israelíes, que concluyó con el reforzamiento territorial de Israel (que entró en la ONU en 1949) y el reparto de los restos del nonato Estado palestino entre Egipto (Gaza, bajo administración militar) y Jordania (Cisjordania y Jerusalén oriental, anexionados en 1950). Estos restos revirtieron a Israel como consecuencia de la llamada guerra de los seis días (1967), ocupándolos desde entonces.”.*

<sup>821</sup> Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 497-1981.

Palestino<sup>822</sup>. Así como a la Organización para la Liberación de Palestina (OLP)<sup>823</sup> y a su representante<sup>824</sup>.

En el caso palestino no nos encontramos con un modelo que sea aplicable el patrón que se ha venido desarrollando. Salvando las distancias, no estamos ante un supuesto en el que un grupo minoritario se encuentra en un territorio política y jurídicamente bajo distinta identidad. Es un caso de ocupación ilegal de un territorio y del que, mayoritariamente se viene reconociendo su ilegalidad, pero que sin embargo, el juego de los intereses políticos y geoestratégicos de las potencias mundiales ha llevado a que se enquistase dentro del Derecho Internacional, aunque concurre la premisa esencial de todo proceso de reconocimiento de independencia, su derecho al reconocimiento de su autonomía y el respeto a su libre e igualitaria voluntad. La falta de una respuesta definitiva a la ocupación ilegal de territorio palestino no tendría que tener especiales tintes, tal y como así ocurre con otros casos. Sin embargo, esta situación perentoria a la espera de avanzar en la consecución de soluciones se dilata en el tiempo y alcanza cotas de inhumanidad, ante la férrea política de boicot y restricciones que impone Israel.

Han sido varias las Conferencias de Paz que han buscado una solución pactada a este conflicto sin que las mismas hayan alcanzado cuotas de éxito que permitan poner fin a la contienda<sup>825</sup>. Las palabras de Remiro Brotons son elocuentes *“La situación de*

---

<sup>822</sup> Resoluciones 3236 (XXIX), 2535-(XXTV), 2672-(XXV) y 2787-(XXVL). Entre otras.

<sup>823</sup> Brieger, Pedro. *“El Conflicto Palestino-Israelí. Cien preguntas y respuestas.”*. Editorial Capital Intelectual. 2010. Pág. 36. *“El gran mérito de la OLP fue el de recuperar la identidad palestina fragmentada y atomizada a raíz de la dispersión. Esto lo lograron al colocar la “cuestión palestina” en el centro de la política mundial con espectaculares acciones armadas, como los secuestros de aviones. En los países árabes se los glorificaba y en el mundo los conocían como “la resistencia palestina”. En octubre de 1974 la séptima cumbre de la Liga Árabe en Rabat, Marruecos, reconoció a la OLP como el “único y legítimo representante del pueblo palestino”, dándole una legitimidad formal que hasta ese momento no tenía. Al poco tiempo las Naciones Unidas invitaron a Arafat a un plenario de la Asamblea General donde se trató la “cuestión palestina”, y se le otorgó a la OLP el estatus oficial de observador, que le permite participar de la Asamblea sin derecho a voto.”*

<sup>824</sup> Resolución de Naciones Unidas 3375 (XXX).

<sup>825</sup> Remiro Brotons, A. *Óp. cit.* Nota 639. Pág. 183. *“En octubre de 1991, consumada la guerra del Golfo (v. Cap. XVII) en la que Israel había estado al alcance de los cohetes irakíes, se abrió en Madrid una Conferencia para la Paz en Oriente Próximo que giró fundamentalmente sobre la cuestión palestina. Los frutos se vieron cuando en septiembre de 1993 Israel y la OLP firmaron en Oslo una Declaración de Principios para la instauración de una Autoridad Nacional Palestina (ANP) con competencias limitadas en partes de Cisjordania y en Gaza por un período transitorio hasta la consecución en un plazo de cinco años de un “arreglo permanente”, jas to, global y duradero, “fundado en las res. 242 y 338 del C. de S.”.*

*Palestina ya no es un problema, es una tragedia*". Ante la impasible mirada de la Comunidad Internacional, se asiste a una imagen congelada en la que por un lado se justifica el uso continuado de la fuerza, con quiebra del Estado de Derecho y por otro, se ofrece una respuesta marcada por la violencia como único modo de supervivencia. La realidad es una y rotunda. La población civil Palestina, sufre la escasez de bienes básicos y los servicios públicos son precarios, insuficientes y mínimos, por lo que el caldo de cultivo que proporciona hostilidad como combustible al relato está garantizado. De este modo se perpetúa un conflicto en el que las partes implicadas han demostrado su incompetencia y que solo una decidida respuesta por parte la Comunidad Internacional ofrece visos de lograr una salida, que no una solución.

La otra experiencia que compone este segundo grupo es el proceso llevado a cabo en el Sáhara Occidental. Con parecidos tintes al palestino y del que, igualmente, no se avista resolución. En el caso del Sahara Occidental<sup>826</sup>, sí es reconocido por parte de la Comunidad Internacional su condición oficial de "*territorio no autónomo*"<sup>827</sup>. Incluso a tal carácter, puede sumarse el de territorio bajo ocupación extranjera<sup>828</sup>. En definitiva, se dan las condiciones necesarias para otorgar al Pueblo saharauí como sujeto jurídico el "*Derecho a la Autodeterminación*". En este caso, de las distintas vías que articulan las Resoluciones de Naciones Unidas en el proceso descolonizador para materializar la autonomía se ha entendido como la más apropiada una plena independencia del Sahara

---

*Las Declaración se consideró por muchos como el embrión del futuro Estado palestino (que, por otra parte, había sido proclamado por el Consejo Nacional palestino en el otoño de 1988, una vez que Jordania renunció a todo derecho sobre Cisjordania). Paz por territorios fue el eslogan simplificador del objetivo perseguido. Las sucesivas rondas de negociaciones por un estatuto final no han prosperado y los acuerdos derivados de la Declaración de Principios (Oslo, 1993) sólo han servido para la continuación del conflicto sobre nuevas bases. El desencuentro sobre todas las cuestiones pendientes para normalizar la relación de Israel con el pueblo palestino y con sus vecinos árabes se ha evidenciado una y otra vez."*

<sup>826</sup> Mohamed-Fadelulud Ismail Uld Es-Sweyih, "El primer Estado del Sáhara Occidental". Traducción de Nathnaël Raballand y Carmen Astiaso. Ediciones L'Harmattan, París, 1998. Pág. 9. "*Limitado al norte por Marruecos (500 km de fronteras), al noreste por Argelia (70 km de fronteras), al este y al sur por Mauritania (1570 km de fronteras) y al oeste por el Océano Atlántico, el territorio de la RASD se extiende sobre una superficie de 266 000 km<sup>2</sup>."*

<sup>827</sup> Ruiz Miguel, C. "El Principio y Derecho de Autodeterminación y el Pueblo del Sáhara Occidental". Anuario Español de Derecho Internacional. Vol. 31. 2015. Págs. 267-296. "*Posteriormente, en relación a los Territorios No Autónomos, en el asunto del Sahara Occidental, el Tribunal dijo que: «en el ejercicio de sus funciones (el Tribunal) está llamado a tomar en cuenta las reglas existentes del Derecho Internacional que están directamente conectadas con los términos de a solicitud y son indispensables para una adecuada interpretación y comprensión de su Opinión»"*

<sup>828</sup> Soroeta Licerias, J.F. Óp. cit. Nota 741. Pág. 497.



Occidental y su conformación como un nuevo estado<sup>829</sup>. En este caso, el proceso ha encallado en el preceptivo referéndum<sup>830</sup> impuesto por Naciones Unidas para ofrecer un sostén democrático a la pretensión de independencia<sup>831</sup>.

Históricamente se trata de un colectivo con una identidad reconocida y singular que viene luchando desde la colonización Española y posterior ocupación Marroquí<sup>832</sup>. Durante las últimas décadas del siglo XX a la actualidad, se sigue un proceso político en el que se ha intentado dotar de autonomía territorial, política y jurídica al Pueblo Saharaui. La realidad es que actualmente nos encontramos con un territorio dividido<sup>833</sup>

---

<sup>829</sup> Ruiz Miguel, C. Óp. cit. Nota 170. Pág. 290. *“El «derecho a la autodeterminación» del «pueblo del Sahara occidental» fuera reconocido por primera vez en 1966, cuando el territorio se hallaba bajo dominio español. Desde 1965, la Asamblea General consideró la cuestión del Sahara Occidental bajo la «Declaración para la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales». Sin embargo, con el objeto de evitar cualquier confusión intentando decir que la «independencia» debería alcanzarse mediante la integración del Sahara Occidental en otro país, los órganos de las Naciones Unidas reconocieron expresamente que el pueblo del Sahara Occidental tiene un «derecho a la autodeterminación y a la independencia». Para disipar cualquier duda sobre el derecho a la independencia del pueblo del Sahara Occidental, la Asamblea General preguntó al Tribunal Internacional de Justicia «qué vínculos jurídicos existían entre este territorio (el Sahara Occidental) y el Reino de Marruecos y el complejo mauritano».*

<sup>830</sup> Melik Ozden y Christophe Golay, “El Derecho de los Pueblos a la Autodeterminación y la Soberanía permanente sobre sus recursos naturales desde la perspectiva de los Derechos Humanos”. Colección del Programa Derechos Humanos del Centro Europa - Tercer Mundo (CETIM). 2010. Pág.18 *“Dicho esto, tal como recuerda el Tribunal Internacional de Justicia en el asunto del Sáhara occidental, uno de los elementos más importantes en el ejercicio del derecho a la autodeterminación es “la expresión libre y auténtica de la voluntad de las poblaciones del territorio” afectado. La Corte ya había expresado esta opinión en el asunto de Namibia, ocupada en ese momento por Sudáfrica”.*

<sup>831</sup> Rodríguez Añuez, M. “El derecho a la libre autodeterminación de los pueblos y el caso fallido del Sahara Occidental. Los límites del cosmopolitismo y la ecosoberanía como propuesta alternativa”. Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, año 19, nº 37. Primer semestre de 2017. Pág. 384. *“Desde la firma del alto al fuego en 1991 bajo los auspicios de la ONU se está en la espera del Referéndum de Autodeterminación del pueblo saharai. Una lucha diplomática que ha llevado más de 25 años y que la ONU con su Consejo de Seguridad no ha dado soluciones concretas.”.*

<sup>832</sup> Mohamed-Fadelulud Ismail UldEs-Sweyih, Óp. cit. Nota 826. Pág. 16. *“El proceso de descolonización del Sahara empezó en 1956 en Naciones Unidas, cuando España ingresó en la ONU. Madrid negó durante casi tres años su calidad de país colonizador. A partir de noviembre de 1958, reconoció que poseía ‘provincias ultramarinas y declaró el 7 de noviembre de 1960 que estaba dispuesta a transmitir a la ONU información sobre estos territorios. El 18 de noviembre de 1961, el representante permanente adjunto de España en la ONU dio, por primera vez, delante de la Comisión de información sobre los territorios no autónomos, un informe muy detallado sobre el Sahara. Desde aquel entonces, España siguió transmitiendo regularmente a la ONU, hasta 1975, informaciones sobre el Sahara como territorio no autónomo.”.*

<sup>833</sup> Anaya, J. Óp. cit. Nota 680. Pág. 158-159. *“En el caso del Sahara Occidental”, la Corte Internacional de Justicia afirmó que la autodeterminación otorga precedencia las aspiraciones actuales de los pueblos agraviados sobre a las instituciones del pasado. En su opinión Consultiva, la Corte sostuvo que el Sahara Occidental no era terra nullius en el momento en el que fue adquirido por España a finales del siglo XIX, ya que existieron toda una serie de contactos entre los europeos y los líderes políticos indígenas que*

y en la que la voluntad internacional de alcanzar soluciones se encuentra actualmente estancada<sup>834</sup>, que contrasta con otros supuestos, como es el caso del citado Bangladesh, Timor Oriental o Kosovo, donde sí hubo una decidida y eficaz respuesta internacional<sup>835</sup>.

Este proceso, desde su inicio, ha contado con la oposición por parte de Marruecos, que ha venido presentando una actitud de confrontación y dilatación en los Organismos internacionales de todas las actuaciones normativas y acciones ejecutivas que pudieran suponer un avance en el reconocimiento de la autonomía del Pueblo del Sáhara

---

*demuestran el reconocimiento de la existencia de comunidades organizadas". La Corte se negó a validar la teoría jurídica de aquel período, que consideraba a todos los territorios fuera del control de un soberano occidental como si fueran *terra nullius*. La Corte identificó la existencia de «vínculos históricos» jurídicamente relevantes entre la población del Sahara Occidental y las comunidades políticas que hoy se corresponden con los estados de Marruecos y Mauritania". Sin embargo, la Corte concluyó que estos vínculos históricos de comunidad y lealtad políticas se encontraban subordinados a los deseos actuales del pueblo del Sahara Occidental respecto a la descolonización del territorio". La Corte subrayó que la autodeterminación, el principio decisivo para la descolonización del Sahara Occidental, requería el respeto a los deseos libremente expresados de la población del territorio, independientemente de su carácter o condición política en el período inmediatamente anterior a la descolonización".*

<sup>834</sup> Rodríguez Añuez, M. Óp. cit. Nota 831. Pág. 384. "El derecho a la libre autodeterminación de los pueblos y el caso fallido del Sahara Occidental. Los límites del cosmopolitismo y la ecosoberanía como propuesta alternativa". Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, año 19, nº 37. Primer semestre de 2017. Pág. 383. "Marcado por la administración colonial española, la lucha por la reivindicación de la independencia del pueblo saharauí se inició en 1975 cuando España transfirió la administración del Sáhara Occidental a Marruecos y Mauritania. Desde este momento empezaron los enfrentamientos donde el Frente Popular –conocido como Frente Polisario– creado en 1973, representaba el movimiento de independencia y el brazo político armado. Fruto de esta lucha por la independencia se establece el Estado Saharauí con la creación de la República Árabe Saharaui Democrática (RASD) en 1976 el representante legítimo del pueblo saharauí. En 1979, Mauritania abandona la contienda bélica y desde entonces el conflicto quedó entre Marruecos y el Frente Polisario hasta que en 1991 se firmó el alto al fuego. A partir de este momento, el Sahara Occidental se encuentra dividido territorialmente en dos partes –por un muro construido por el Gobierno marroquí. – que delimita la parte oeste controlada por Marruecos que representa casi el 80 % del territorio saharauí y la parte este –20% de territorio desértico al interior– controlada por el Frente Polisario y la RASD –los llamados territorios liberados–. Como consecuencia del conflicto, a partir de 1976 se produjo un importante éxodo de la población saharauí hacia el Suroeste de Argelia donde viven alrededor de 120.000 saharauis instalados en campamentos de refugiados. Así, la población saharauí quedó separada entre la zona ocupada por Marruecos, la zona liberada y los campamentos de refugiados en Tindouf, Argelia".

<sup>835</sup> *Ibidem.* Rodríguez Añuez, M. Nota 831. Pág. 394. "Sin embargo, la evidencia internacional reciente corrobora que es en los escenarios de escalada del conflicto como en la ex Yugoslavia o en Timor Oriental, cuando los organismos multilaterales se involucran con soluciones definitivas a los reclamos soberanistas. En este sentido, resulta paradójico que habiendo seguido los planteamientos cosmopolitas que auguran un régimen de gobernanza global institucional, la solución para un Sahara Occidental libre siga condenada a la inacción."

Occidental<sup>836</sup> y los efectos que ello conlleva de entregar su autonomía y territorio a sus legítimos representantes. Ello ha llevado incluso a plantear la “*secesión-remedio*”, de la que se ha referenciado su máximo exponente en la experiencia internacional con Kosovo<sup>837</sup>. Los elementos necesarios para adoptar una decisión de tal importancia, a juicio de una parte importante de la Comunidad Internacional, concurren y son mayoría las voces que vienen demandando una decisión unilateral, a la vista, primero del atrofiamiento del proceso y en segundo lugar, y más importante, la constatada vulneración de Derechos Humanos<sup>838</sup>.

En este contexto, se presentan esperanzadoras las propuestas como la de Mohamed-Fadil para el hipotético supuesto que la celebración del Referéndum se abandone o se constate inviable. Mantiene el autor, y no le falta razón, que el conflicto no es tan “*imposible*” o no está tan “*verde*” como se aduce por sectores doctrinales, pudiendo alcanzarse una solución que evite su perpetuación. Hay que partir, que el Pueblo

---

<sup>836</sup> Mohamed-Fadeluld Ismail UldEs-Sweyih, Óp. cit. Nota 826. Pág. 20. “*Por su parte, la Corte Internacional de Justicia declaró en el veredicto hecho público al día siguiente, el 16 de octubre de 1975, que los elementos e informes dados a su conocimiento no establecen ningún lazo de soberanía entre el territorio del Sahara, por una parte, y el Reino de Marruecos y el conjunto mauritano, por otra. La Corte no constata, pues, la existencia de lazos jurídicos que pudieran modificar la aplicación de la resolución 1514 (XV) en cuanto a la descolonización del Sahara Occidental y particularmente la aplicación del principio de autodeterminación, gracias a la expresión libre y auténtica de la voluntad de las poblaciones del territorio. Esta decisión del Tribunal Internacional de Justicia es tan significativa que fue tomada en ausencia de la principal parte concernida, el pueblo saharauí agredido, mientras que Marruecos, el agresor, estaba omnipresente.*”.

<sup>837</sup> Ruiz Miguel, C. Óp. cit. Nota 827. Pág. 295. “*La idea de una «independencia garantía», aunque no formulada en estos términos fue avanzada ya por el anterior presidente sudafricano, Thabo Mbeki, en su carta al rey de Marruecos de 1 de agosto de 2004, en la que le dice que, a la vista del bloqueo por Marruecos del proceso referendario para la autodeterminación con la opción de independencia, Sudáfrica considera que la posición marroquí es una denegación del derecho a la autodeterminación.*”.

<sup>838</sup> *Ibidem.* Ruiz Miguel, C. Nota 827. Pág. 296. “*En pocos casos como el del Sahara Occidental, la independencia aparece ya no sólo como un derecho, sino como una auténtica garantía para poner fin a una situación de violaciones sistemáticas, e impunes, de los Derechos Humanos*”. Mohamed-Fadeluld Ismail UldEs-Sweyih, Óp. cit. Nota 826. Pág. 40. “*El empeño de las autoridades marroquíes de ocupación contra los Saharauis de las zonas ocupadas está motivado en gran parte por la lucha clandestina llevada por estos últimos desde la invasión militar de su país. Esta lucha, dirigida por la organización secreta del Frente Polisario no ha dejado de dar que hablar, a pesar del muro de silencio erigido contra ella para callar su voz e impedirle llegar al exterior. Todas las ocasiones, en efecto, son oportunas para manifestarse, para reaccionar contra la ocupación marroquí. En este contexto, a principios del año 2000 nació un Comité de coordinación de los Saharauis víctimas de la desaparición forzada y de la detención arbitraria. Sus miembros dirigentes son regularmente perseguidos. En el momento en que escribimos estas líneas, ocho de ellos están la cárcel a causa de su participación en una manifestación convocada por organizaciones marroquíes de derechos del hombre para el Día conmemorativo de la Declaración universal de los derechos del hombre (10 de diciembre de 2000).*”.

saharaui solo admite la independencia plena como única resolución al proceso, descartando la integración y otras soluciones intermedias. La opción de una federación o confederación, también se ha barajado si bien el inicio de una negociación con tal fin debe partir del ineludible compromiso de reconocer la plena soberanía sobre el total territorio de la República Árabe Saharaui Democrática (RASD). Si no se parte de tal presupuesto, difícilmente se podrá iniciar una negociación equitativa y realizable. Queda reducida la cuestión a una propuesta que obviamente satisfaga a ambas partes (RASD y Reino de Marruecos). En este marco, propone Mohamed-Fadil la negociación de un periodo de interinidad, en el que, con la supervisión de actores internacionales, reconocidos y legitimados por ambas partes, pueda conformar una etapa de adaptación en el que, progresivamente, se vaya consumando una efectiva independencia de ambos Estados<sup>839</sup>. Con todo, no deja de ser una voluntarista proposición en un conflicto el que a día de hoy no se auspicia una resolución, ni tan siquiera, perentoria.

Cerrando este analítico recorrido, engloba un tercer grupo las experiencias en las que se ha aplicado la doctrina de la “Secesión-remedio”<sup>840</sup> o “Secesión-Garantía”. No son supuestos como los del primer grupo donde primó el consenso, pero tampoco son exponentes del segundo grupo donde el conflicto se ha convertido en sistémico. Tomamos como exponentes, el caso de Bangladesh y el de Timor Oriental, salvedad del más reciente e importante de Kosovo, ya comentado.

---

<sup>839</sup> Mohamed-Fadeluld Ismail UldEs-Sweyih, Op. cit. Nota 826. Pág. 88. *“Estos dos Estados pueden estar ligados por cierto tiempo por lazos particulares, en el terreno económico y/o de la seguridad, definidos y aceptados de común acuerdo y bajo una garantía internacional que definir. Pueden ser ligados por la persona del rey actual, clase de commonwealth entre Mohamed VI y el Sahara a semejanza de la reina de Inglaterra con Australia o Canadá.”*

<sup>840</sup> Sanz de Hoyos, Carlos. Op. Cit. Nota 692. Pág. 77. *“Por lo tanto, el Derecho Internacional establece los criterios que determinan, en el marco del proceso de descolonización y sin posibilidad de interpretaciones interesadas, la esencia y el desarrollo del derecho a la libre determinación de los pueblos. Se ha especulado sobre la existencia real del pretendido derecho de autodeterminación en territorios no coloniales, lo que realmente sería un derecho de separación; de las normas anteriores se deduce que no existe tal derecho a la luz del Derecho Internacional. Otras corrientes consideran que existía un derecho de separación cuando el gobierno de un Estado no represente al conjunto de la población o discrimine a una parte, actuando así en contra de la propia Resolución 2625 (XXV). En estos supuestos la separación se convertiría en instrumento de defensa de los derechos humanos; estaríamos ante la separación “como remedio”. La obtención por esta vía de la soberanía, que no es un fin en sí mismo, sólo se justificaría en cuanto sirviera a tales objetivos”*.

Bangladesh fue el origen de la “*Secesión-remedio*” o “*Secesión-Garantía*”. En este supuesto, de nuevo, nos encontramos concurriendo una grave vulneración de Derechos Humanos a una población por un Estado, en este caso, de ocupación de un territorio, en el que se requirió la respuesta internacional, especialmente de la India, para poner a fin a la crisis humanitaria<sup>841</sup>. Este puede considerarse el primer caso donde puede aplicarse la doctrina de la “*Secesión-remedio*” como una quiebra del Principio de Integridad Territorial basado en el “*uti possidetis*”. Al contrario que el caso de Kosovo, esta primera experiencia pasó a la práctica internacional sin mayor trascendencia y con la percepción de que se trataba de un singular asunto, que en nada cuestionaba los fundamentos del asentado y sólido Principio internacional de la integridad territorial. Solo las posteriores experiencias, especialmente la de Kosovo, determinarán que lo aprendido en Bangladesh fue un esbozo analítico que aportó el origen de una figura jurídica de trascendencia internacional y que abría una justificada y necesaria brecha, sobre él, hasta ese momento, inquebrantable Principio de Integridad Territorial.

Para cerrar este apartado, hacer un breve apunte de otro de los casos que ha tenido cierta relevancia en el contexto internacional. Nos referimos al proceso de Timor del Este y el proceso que siguió para su independencia de Indonesia. De nuevo nos encontramos con un colectivo identificado cultural y territorialmente, al que Naciones Unidas le otorgó la calificación de “*territorio no autónomo*”<sup>842</sup>. En este caso, es de resaltar que, en contraste con lo ocurrido con Palestina o con el Pueblo Saharaui, aquí, la Comunidad Internacional<sup>843</sup> tuvo un imprescindible y contundente protagonismo en el proceso de

---

<sup>841</sup> Martínez Jiménez, A. Óp. cit. Nota 629. Pág. 191. “*El caso de Bangladesh y la autodeterminación tras graves violaciones de Derechos Humanos a través de una declaración unilateral de independencia, guarda un precedente determinante con lo que hoy está convirtiéndose en una norma internacional mutadora de la autodeterminación, la conocida como doctrina de la secesión-remedio*”.

<sup>842</sup> Jarillo Aldeanueva, A. Óp. cit. Nota 641. Pág. 100. “*Jurídicamente, fueron muy importantes los tratados que, entre 1815 y 1913, dividieron la isla y delimitaron la frontera entre el territorio portugués y el holandés. En los años posteriores a la constitución del nuevo estado de Indonesia, no hubo un sólido movimiento independentista, si bien Naciones Unidas incluyó a Timor Oriental entre la lista de territorios no autónomos. Lo timorenses tenían en común un conjunto de factores históricos, sociales y culturales que incluían, entre otros muchos, una lengua (tetum) y una religión (católica) comunes y diferentes de los pueblos vecinos, en concreto de Indonesia; estas características comunes y diferenciadas de las comunidades vecinas (en particular, de Indonesia) permitieron que se desarrollara un sentimiento de pueblo en la sociedad. Sin embargo, hasta el año 1974 Portugal insistía en considerar Timor-Leste como “provincia de ultramar”.*

<sup>843</sup> Con especial mención hacia Portugal, como potencia colonizadora.

independencia de ésta isla de Indonesia<sup>844</sup>. En el caso de Timor del Este, quedó constatada la violación grave de Derechos Humanos que legitimaba la actuación internacional y la concesión de plena independencia, ante unos antecedentes de continuas y sucesivas ocupaciones extranjeras<sup>845</sup>.

Sintetizamos las conclusiones que según Jarillo Aldeanueva se pueden extraer de esta experiencia y que podríamos extrapolar como un estándar de actuación ante tales casos:

1º.- Ante un acto ilegal (ocupación Indonesa) se arbitró una firme respuesta de la Comunidad Internacional en defensa del Principio de Legalidad.

2º.- La situación “post-conflicto” cobra una trascendencia de igual o mayor importancia en estos supuestos, donde la retirada del soporte internacional tras la resolución del conflicto, estrictamente soberanista, abre una dura etapa, marcada por crisis humanitarias, que requiere una especial atención de auxilio y apoyo.

---

<sup>844</sup> Ruiz Miguel, C. Óp. cit. Nota 827. “Y, de hecho, el Tribunal (TIJ) consideró que la resolución 1514 y otras resoluciones de la Asamblea General directamente relacionadas (1541, 2625) eran el Derecho aplicable. Finalmente, esta evolución jurídica ha sido confirmada en el caso de Timor Oriental donde el TIJ afirmó que: «en opinión del Tribunal, la afirmación de Portugal de que el derecho de los pueblos a la auto-determinación tiene un carácter erga omnes, tal como ha evolucionado a partir de la Carta y de la práctica de las Naciones Unidas, es irreprochable. El principio de la auto-determinación ha sido reconocido en la Carta de las Naciones Unidas y la jurisprudencia del Tribunal (ver Consecuencias Jurídicas de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia (África del Sudoeste) a pesar de la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, Opinión Consultiva, I.C.J. Reports 1971, pp. 31-32, paras. 52-53; Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, pp. 31-33, paras. 54-59); es uno de los principios esenciales del Derecho internacional contemporáneo»”.

<sup>845</sup> Xabier Ezeizabarrena. Óp. cit. Nota 679. Pág. 24. “Si bien el denominado derecho a decidir no ha sido abordado hasta la fecha por el TIJ, una referencia significativa y relativamente reciente sobre el derecho de libre determinación es la de la Sentencia del TIJ, en el asunto de Timor Oriental, Sentencia de 30-6-1995 (Portugal v. Australia), donde se analiza el derecho de libre determinación de los pueblos a la luz del citado PIDCP y demás normativa internacional, configurando el mismo como «derecho erga omnes» que ha tenido una determinada evolución histórica hasta la actualidad y que constituye uno de los principios esenciales del Derecho Internacional Contemporáneo (fundamento jurídico 29). La existencia del citado derecho respecto de Timor es incuestionable para el TIJ, tratándose de un territorio no autónomo directamente legitimado para esgrimir tal derecho según el Derecho Internacional. Se reconoce igualmente que el citado derecho ha sufrido y viene sufriendo una evolución histórica desde 1945.”.

3°.- Es esencial conformar mecanismos de respuesta rápida. Son conflictos donde cada día puede suponer la diferencia entre la vida y la muerte de muchos ciudadanos, y es imprescindible contar con celeridad e instrumentos eficaces de intervención.

4°.- En estos supuestos de democracias “*en ciernes*”, la articulación de sistemas de participación política cobran una especial relevancia. Se trata de este modo de legitimar con el mayor grado y apoyo democrático la difícil tarea que comporta consolidar el nuevo estatus jurídico, político, social y territorial. De ahí que la consolidación de un sistema electoral sea un factor que contribuya a la normalización del sistema democrático.

En definitiva lo que se trata es que la cobertura internacional no puede limitarse a evitar los factores causantes de violación de Derecho Humanos, sino que el objetivo principal es el de consolidar un nuevo proyecto bajo formas de convivencia democrática.

## 5 CAPITULO 4.

### 5.1 *Derecho de Autodeterminación en el NCL: Reconocimiento y protección de los Pueblos Indígenas.*

Una vez implantadas las bases teóricas generales de los conceptos que venimos manejando (Derechos Humanos de Tercera Generación, Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y Derecho de Libre Determinación de los Pueblos), llega el momento de realizar el ejercicio de materialización y transformar todo ese cuerpo teórico a su praxis, que es, en definitiva, lo que le permite el salto de su teórica a virtualidad práctica.

Para llevar a cabo dicha labor iremos realizando un ejercicio de subsunción de los contenidos teóricos generales que se han expuesto a lo largo de los epígrafes precedentes sobre la realidad jurídica, política y social que se han venido a plasmar en los textos constitucionales exponentes del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, en lo que se refiere al reconocimiento de los Derechos de las minorías en cada uno de los respectivos ámbitos territoriales, entre otros avances<sup>846</sup>. Lógicamente todo este ejercicio de abstracción gravitará sobre la idea central del reconocimiento del Derecho de libre determinación, en su vertiente como Derecho Humano de tercera generación.

A modo de recapitulación podemos refrescar, de forma sucinta, algunos contenidos sobre los que vamos a sustentar los posteriores desarrollos. Recordemos que a partir de las últimas décadas del Siglo XX brotó una demanda social que exigía un profundo debate sobre la necesidad de dar cobertura a bienes jurídicos que hasta ese momento no tenían un soporte protector o no se hallaba cobertura en los ordenamientos jurídicos (nacional e internacional) con la suficiente eficacia<sup>847</sup>. Esa demanda se tradujo en un

---

<sup>846</sup> Melik Ozden y Christophe Golay, Op. Cit. Nota 830. Pág. 13 *“A modo de ejemplo, podemos mencionar el hecho de que algunos Estados latinoamericanos – Bolivia, por ejemplo (véase capítulo IV.D) pero también Ecuador y Venezuela – han nacionalizado y/o renegociado recientemente sus contratos con compañías petroleras extranjeras. Los beneficios obtenidos de esta manera se han invertido en gran medida en satisfacer derechos económicos, sociales y culturales de las poblaciones de sus países (alimentación, vivienda, educación, salud, etc.).”*

<sup>847</sup> Sánchez Rubio, David y Cruz Zúñiga, Pilar (eds.). *“Pueblos Indígenas, identidades y derechos en contextos migratorios”*. Icaria. 2012. Pág. 13. *“Si por un lado, pese a que históricamente ha habido una continua y sistemática violación de los derechos indígenas, a nivel normativo, en los últimos años se ha*



desafió a los Derechos Humanos a fin de ofrecer una respuesta desde el campo jurídico a estas nuevas realidades. Este fenómeno desembocó en la aparición de una nueva generación de Derechos Humanos (mayoritariamente clasificada como la tercera). El Derecho a la libre determinación de los Pueblos, fue una de las demandas que más pujó por su inclusión en el marco jurídico que engloba la nueva generación de Derechos Humanos.

Paralelamente a ello y contemporáneo al referido hecho, se ha producido en los últimos años la concurrencia de una serie de circunstancias en algunos países de Latinoamérica que han propiciado el desarrollo de procesos constituyentes en los que se ha tenido una especial sensibilidad con la nómina de Derechos de la nueva generación, que han desembocado en texto constitucionales, en los que se han incluido tales Derechos o expresiones claramente identificables con los mismos. Uno de ellos es el Derecho de libre determinación de los Pueblos, que podemos identificar de forma precisa en la asunción de valores como la plurinacionalidad o el respeto a las poblaciones indígenas que conviven dentro de los territorios de cada uno de estos Países<sup>848</sup>. Este fenómeno no se ha mostrado de forma aislada, sino que se ha configurado con unas pautas claramente reconocibles y de ahí que puedan deducirse unos caracteres identificables con un patrón que lo ha asociado a la noción de Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Como certeramente han entendido Amezúa Amezúa y Andrés Santos, estas constituciones surgidas en la segunda mitad del siglo XX han sabido encarnar los valores de la pluralidad étnica y cultural en los Estados latinoamericanos con indudable “*alcance*” jurídico. No se trata de un fútil reconocimiento de la realidad plurilingüística o de ámbitos restringidos de autonomía competencial sobre territorio recursos naturales, la absorción es más profunda. Hablamos de una inyección en la médula estatal al abrir su

---

*transitado de un contexto de despojo, exclusión y genocidio a un paulatino incremento de textos jurídico positivos de reconocimiento de sus derechos en el ámbito internacional....”.*

<sup>848</sup> Anaya, J. Op. Cit. Nota 680. Pág. 136. “*Ninguna consideración acerca de los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional sería completa sin una consideración del principio de autodeterminación -recogido en varios instrumentos internacionales como la libre determinación-, un principio fundamental del ordenamiento jurídico internacional contemporáneo. Los pueblos indígenas han articulado reiteradamente sus demandas en términos de autodeterminación, y, a su vez, las normas relativas a la autodeterminación han respaldado el movimiento internacional a favor de estas demandas. Proclamada en la Carta de Naciones Unidas’ y otros instrumentos jurídico-internacionales relevantes, resulta generalmente aceptado que la autodeterminación constituye un principio de derecho internacional consuetudinario, e incluso de ius cogens, es decir, una norma imperativa”.*

núcleo a introducir en su esencia la multiculturalidad y plurinacionalidad. La entidad de la transformación tiene efectos palmarios de gran calado en la definición jurídica del modelo estatal y con incontestables consecuencias en el marco convivencial de los pueblos que concurren en su territorio. Coincidimos con ambos Autores que supone un hito el que por vía de la regulación constitucional se está dotando al Derecho de Autodeterminación de manifestaciones no alcanzadas hasta este momento<sup>849</sup>.

Como ya se ha indicado en el epígrafe anterior, para que un Derecho con las connotaciones como el de la Libre Determinación de los Pueblos haya podido ser positivado dentro de los textos constitucionales, se ha tenido que realizar una labor de adaptación en la que se le haya despojado de su inicial configuración de instrumento al servicio del proceso descolonizador, para pasar a constituirse como expresión de respeto a los Derechos de Igualdad, Participación y Libertad. Esta transformación se ha instrumentalizado por medio de la construcción teórica de la figura de la “*Autodeterminación interna*” o si se prefiere de una “*nueva dimensión*” del Derecho de libre determinación de los Pueblos.

---

<sup>849</sup> Luis Carlos Amezúa Amezúa y Francisco J. Andrés Santos. “Algunas reflexiones en torno al multiculturalismo y a los derechos colectivos en el primer constitucionalismo iberoamericano. Obra Colectiva”. *Derechos Humanos: Problemas Actuales. Estudios homenaje a Benito de Castro Cid*. Universitat. 2013. Pág. 1349. “*Las nuevas constituciones (segunda mitad siglo XX) han ido estableciendo un marco de reconocimiento de la pluralidad étnica y cultural en el seno de los Estados americanos que tiene sus repercusiones también de alcance jurídico. Los Estados no solo se limitan a admitir el uso como lenguas co-oficiales de las lenguas indígenas o a comprometerse a dotar de espacios propios a los pueblos indígenas en los que puedan desarrollar sus tradiciones culturales y sus modos de producción, sino que incluso llegan a reconocer su carácter multicultural y plurinacional y, en consecuencia, admitir en muchos casos la posibilidad de que los pueblos indígenas conserven y desarrollen sus sistemas tradicionales de organización social y su derecho consuetudinario. No se trata solo del reconocimiento del derecho a la “libre determinación” de esos pueblos, es decir, en la línea de las Declaraciones internacionales de derechos posteriores al año 1960, en que las Naciones Unidas proclamaron la ilicitud del colonialismo y el derecho de los pueblos a la propia emancipación. A partir de ese momento comienza a hablarse en este sentido de la aparición de un derecho humano de carácter colectivo, donde surge un nuevo tipo de sujeto de derecho que rompe con la dicotomía del modelo vatteliano: ese nuevo sujeto de derecho serían los “pueblos”, entendidos como agregaciones humanas que poseen unos elementos de cohesión prepolíticos (es decir, culturales) y que no necesitan constituirse como Estados (es decir, no necesitan de una Constitución como tal) para presentar una existencia diferenciada y exenta de cualesquiera otras entidades y reclamar derechos en cuanto tales. Se entiende que el derecho de cada pueblo a la libertad colectiva es un requisito necesario para la libertad individual, es decir, para los espacios de libertad de unos seres cuya vida y su propia individualidad no surge ni se desarrolla en el seno de una humanidad indiferenciada, sino en culturas propias y particulares de índole nacional o comunitaria.*”.

Como venimos defendiendo, ha sido la articulación de la denominada “*Autodeterminación interna*” la que ha permitido eludir connotaciones secesionistas<sup>850</sup> a la figura de la “*Autodeterminación*” de los Pueblos, y amoldarla a un encaje más “*amigable*” de cara a su aceptación por los Estados, recelosos de su integridad territorial y soberanía<sup>851</sup>. En ese proceso ha habido que ejercer una especial labor de modelación en aspectos esenciales como la delimitación del sujeto activo, su conformación como un Derecho colectivo así como de dotarle de un contenido en sintonía con la esencia democrática y participativa del mismo. Lógicamente ese trabajo de perfilación debía estar, igualmente, en coherencia con los caracteres de un Derecho Humano de la tercera generación<sup>852</sup>.

Stavenhagen considera que para culminar con un éxito productivo la inclusión de los que denomina “*Derechos étnicos*”<sup>853</sup> como una “*instancia especial*” de los Derechos Humanos se ha de responder a una serie de cuestiones<sup>854</sup>:

- Definir la necesaria conexión entre “*Derechos étnicos*” y Derechos Humanos.

---

<sup>850</sup> Ibídem. Pág. 19. “*Sin embargo, para un determinado pueblo, la mejor manera de hacer efectivo su derecho a la autodeterminación no es forzosamente constituyéndose en Estado independiente. Es cierto que si cada uno de los pueblos que hablan una de las 6.000 lenguas censadas en el mundo (si se establece este único criterio para definir a un pueblo) eligieran esta vía, la gestión de las relaciones internacionales se complicarían sin ninguna duda. En este mismo orden de ideas, hay que preguntarse sobre la capacidad de muchos mini Estados o la de Estados fuertemente endeudados de ejercer realmente su soberanía y de participar en la toma de decisiones a nivel internacional. De nuevo, en ausencia de una definición de “pueblo” en derecho internacional, las cuestiones planteadas son más políticas que jurídicas.*”

<sup>851</sup> Sáez de Santa María, P.A. “La libre determinación de los pueblos en la nueva sociedad internacional”. Curso Euro mediterráneos Bancaja de Derecho Internacional. Volumen I. 1.997. Pág. 119-174. Pág. 152. “*Pese al monopolio ejercido durante años, la versión anticolonialista de la libre determinación no es la única acogida por el derecho internacional; por el contrario, existe otra perspectiva con pretensiones de aplicación general que se ha ido consolidando en sucesivos textos.*”

<sup>852</sup> Amezúa Amezúa, L.C. y Andrés Santos, F.J. Óp. cit. Nota 633. Pág. 1341. “*De ahí por tanto que, que verter una mirada sobre los procesos a través de los cuales esos Estados latinoamericanos, afrontaron la cuestión desde sus mismos orígenes tal vez pueda aportarnos algunas lecciones útiles a la hora de ver cómo se ha diseñado la arquitectura de la moderna teoría de los Derechos Humanos, que por necesidad se ha debido producir históricamente y conforme a unos parámetros dictados por circunstancias históricas concretas - si bien al mismo tiempo estas se han visto mediatizadas a menudo por ideologías o convicciones dominantes en un momento dado, como tendremos ocasión de ver.*”

<sup>853</sup> Bautista Cruz también utiliza la expresión “Derechos Étnicos” para basar los Derechos de los “Pueblos Indígenas” precisamente en su “indigenidad”.

<sup>854</sup> Stavenhagen, Rodolfo “Los Derechos Indígenas: Algunos problemas conceptuales”. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 3 (octubre 1995), pp. 109-128.

- Determinar el valor “*indigenidad*” como un elemento legítimamente a la hora de ser titular de tales Derechos.
- Aclararse la relación Derechos individuales y colectivos<sup>855</sup>.
- Definir los ámbitos conceptuales de “*Minoría*”, “*Pueblo*” y “*Pueblo Indígena*”.
- Poner en valor la importancia de la normativa interna en el reconocimiento de los “*Derechos indígenas*”.
- Por último, se han de relacionar los conceptos Autodeterminación y Autonomía dentro del marco estatal y territorial actual.

Como puede comprobarse, el Autor ha estructurado el andamiaje teórico que se viene analizando y desarrollando a lo largo de este trabajo, aplicado en el marco de los Derechos de los “*Pueblos Indígenas*”, por lo que nos apoyaremos en su planteamiento, en el objetivo de afianzar nuestra propuesta de que actualmente el Derecho de libre determinación de los pueblos es un Derecho Humano de tercera generación<sup>856</sup> que se ha reconocido por los textos constitucionales del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

---

<sup>855</sup> Stavenhagen, R. Óp. cit. Nota 854. Pág. 119. “*En primer lugar es preciso reconocer que ciertos Derechos Humanos individuales solamente pueden ser ejercidos plenamente en forma colectiva. Así, los derechos políticos (el derecho a la libre asociación) y los económicos (el derecho a pertenecer a un sindicato) no pueden concebirse más que como ejercicio colectivo. En segundo lugar, siendo la naturaleza del ser humano eminentemente social, las principales actividades alrededor de las cuales se ha construido el debate sobre los Derechos Humanos se realizan en grupos y colectividades con personalidad propia. En consecuencia, el ejercicio de números Derechos Humanos solamente puede realizarse en el marco de estas colectividades que para ello deberán ser reconocidas y respetadas como tales por el Estado y la sociedad en su conjunto...”... Existen situaciones en que los derechos individuales no pueden ser realizados plenamente si no se reconocen los derechos colectivos; o dicho de otra manera, en que el pleno ejercicio de los derechos individuales pasa necesariamente por el reconocimiento de los derechos colectivos. Así lo entendieron de hecho los redactores de los dos pactos internacionales de Derechos Humanos ya que el artículo primero de ambos pactos es idéntico y reza así: Todos los Pueblos tienen el derecho de libre determinación.”.*

<sup>856</sup> Bautista Cruz, S. “Los Pueblos Indígenas y Derechos lingüísticos en México”. Obra colectiva “Estudios Homenaje a D. José Emilio Rolando Ordoñez Cifuentes”. Coord. María Carmen Macías Vázquez y Marisol Anglés Hernández. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2013. Pág. 75 y ss. “*Los Derechos Humanos de los pueblos indígenas se inscriben en el denominado derecho social y más contemporáneamente en los derechos de “solidaridad” y autodeterminación de los pueblos. El punto de partida de su fundamentación debe ser el derecho a la diferencia, esto es, el derecho a ser, y a ser considerados diferentes del resto de la población. Algún autor ha propuesto incluso la denominación de derecho a la existencia cultural alterna.”.*

### 5.1.1 Multiculturalidad en el NCL: La Identidad Indígena.

En el estudio del tratamiento de la diversidad indígena en el contexto latinoamericano, se ha de tener en cuenta de que la configuración actual, que ha conseguido romper con el arquetipo de “*ciudadanos de segunda*”, no ha sido un proceso instantáneo o producto de un momento o hecho social espontáneo y concreto. Muy al contrario, su desarrollo ha venido de la coexistencia de unos antecedentes con un marco normativo y social que revela una firme voluntad de cambio. Veamos algunos de los elementos que han contribuido a esa renovación.

Por un lado, como se ha expresado en anteriores contenidos, la existencia de una nueva corriente de compatibilidad e interacción cultural que se presenta como un instrumento eficaz, en su función de organizar a los colectivos diferenciados dentro de un espacio común. La multiculturalidad se nos ofrece como un modelo superador de los intentos asimilacionistas etnocentristas para construir un ámbito de sinergias bidireccionales que fomente el conocimiento, la aceptación y el respeto de las distintas culturas<sup>857</sup>. Sin duda, un instrumento que se revela como necesario y esperanzador en las inevitables relaciones sociales cada día más frecuentes y naturales entre sujetos de diferente identidad cultural<sup>858</sup>.

Bautista Cruz entiende que esta “*Pluralidad Cultural*” viene a ejercer una prueba de resistencia al modelo clásico de Estado-nación<sup>859</sup>. Y nos unimos a su afirmación. Dos

---

<sup>857</sup> Sanz de Hoyos, Carlos. Op. Cit. Nota 692. Pág. 20. “*Todo grupo nacional arranca de un pasado histórico constituido por tradiciones, costumbres y, sobre todo, por vinculaciones forjadas a través de los siglos que aparecen como imprescindibles para la consolidación como nación. La convivencia durante mucho tiempo, con momentos gloriosos y luctuosos, es un factor determinante, con los demás elementos que concurren, para fomentar los lazos de solidaridad que, con el paso del tiempo, pueden formar una nación*”.

<sup>858</sup> Ballón Aguirre, Francisco “Introducción al Derecho de los Pueblos Indígenas”. Programa de Comunidades Nativas. Lima, Perú, setiembre 2003. Pág. 11 “*Las preguntas sobre los derechos de los pueblos indígenas (¿derechos culturales?, ¿derechos de minorías?, ¿derechos étnicos?, ¿derechos raciales?) suelen contestarse de modo que las premisas en las que se apoyan sus argumentos quedan sin explicación. Ideas respecto a la cultura, a las etnias, a las razas, a las minorías etc. se acomodan silenciosamente en los escritos y discursos, tal como si de ellas se desprendieran nociones neutrales, naturales, un orden de ideas plenamente sintonizado. Nada más equivocado y contraproducente al desarrollo de la teoría jurídica del derecho que la mezcla temática a gusto del expositor.*”.

<sup>859</sup> Bautista Cruz, S. Op. cit. Nota 856. Pág. 75 y ss. “*En la actualidad, minorías nacionales, inmigrantes y pueblos indígenas reivindican el respeto a sus culturas frente a las culturas mayoritarias con las que conviven. Estas reivindicaciones demuestran que en nombre de la igualdad se han eliminado y se*

son los condicionantes para la obtención del reconocimiento diferencial de los “*Pueblos Indígenas*”. Por un lado, la inextricable aceptación del “*pluralismo Cultural*” y que viene a romper el clásico dogma liberal del arraigado Estado-Nación y por otro su carácter como “*Pueblo*”, como base del Derecho de Autodeterminación.

La cultura indígena en Latinoamérica no es ajena a esta nueva tendencia. Stavenhagen lo viene recogiendo en sus trabajos resaltando una base común, la de defender lo que denomina “*ciudadanía multicultural*” en Latinoamérica como una opción, perfectamente viable, en el marco de las sociedades democráticas<sup>860</sup>. Reincidiendo en contenidos que ya se han tratado, el Relator considera que la cultura indígena fue injustamente relegada en el proceso de construcción nacional de América Latina. Es más, no solo se trató apartar a los “*Pueblos Indígenas*” en cuanto la conformación del modelo de Estado sino que se desvalorizó de forma interesada su relevancia<sup>861</sup> y fue objeto de un intento de homogeneización cultural que los postergó a un plano de total indiferencia en cuanto Derechos, necesidades y protección de su identidad.

El concepto “*Indigenidad*” es mirado con desconfianza por los Gobiernos ya que su “*construcción conceptual*” se asocia a pueblos originarios que ven usurpada su autonomía por la imposición de la soberanía estatal como un modo de despotismo

---

*eliminan culturas enteras mediante políticas asimilacionistas, etnocidas o genocidas: México, Guatemala, España, Kurdistán, Yugoslavia o Senegal son algunos lugares del planeta donde en un momento pasado o presente, una cultura nacional ha intentado eliminar o discriminar a otros grupos étnicos.”.*

<sup>860</sup> Stavenhagen, R. “Identidad indígena y multiculturalidad en América Latina”. Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, vol. 4, núm. 7, primer semestre, 2002. Universidad de Sevilla.

<sup>861</sup> *Ibidem*. Pág. 14. “De acuerdo con estimaciones recientes, los indígenas de América Latina llegan a unos 40 millones, representando aproximadamente el 10% de la población total de la región. Su distribución es desigual, concentrándose en los países andinos, México y América Central. En dos países - Bolivia y Guatemala- los indígenas son mayoría, mientras que en otros (Ecuador y Perú) conforman cerca del 50% de la población. En México vive el mayor número de indígenas, que se concentran fuertemente en el centro y el sudeste de país, y representan el 12% del total de población. En otros países, tales como Brasil (menos del 1%) y Argentina, conforman sólo un pequeño porcentaje de la población. Las estimaciones también varían en cuanto al número de pueblos indígenas existentes. Sobre la base de criterios lingüísticos se pueden distinguir unos 400 grupos diferentes, divididos a su vez en varios miles de comunidades locales. Algunos idiomas (como el maya y el quechua) son hablados por millones de individuos, mientras que otros (como los de numerosas tribus amazónicas) están en vías de extinción”.

postcolonial<sup>862</sup>. Al margen de que pueda verse con recelo cualquier institución, demanda o colectivo que pueda poner en entredicho la soberanía Estatal, el exclusivo gobierno o el etnocentrismo hegemónico, lo cierto es que, y en este aspecto coincidimos plenamente con Stavenhagen, la “*indigenidad*” ha supuesto dos expresiones. Una primera, un altavoz de denuncia de las injusticias cometidas contra los “*Pueblos Indígenas*” y uno segundo, y más relevante a los efectos que interesa destacar, una demanda de derechos específicos que garanticen el estatus jurídico de una identidad diferenciada<sup>863</sup>. Esto último no desde la perspectiva de afianzar una posición privilegiada<sup>864</sup> sino como la única vía de ofrecer un futuro en el que se asegure la pervivencia cultural del colectivo y su identidad<sup>865</sup>.

Junto a la refundación del marco convivencial que supuso la irrupción de la multiculturalidad, veamos la particular evolución histórica en el tratamiento del colectivo indígena y que ha contribuido a su conformación actual.

---

<sup>862</sup> Stavenhagen, R. Óp. cit. Nota 854. Pág. 116. “*La India por ejemplo rechaza que los adivasis de las regiones tribales (concepto introducido por el colonizador británico) sean más indígenas que la población hindú de milenaria presencia en estas áreas. Lo mismo acontece en Bangladesh con referencia a las relaciones entre la población bengalí y las comunidades de la región de Chittagong (Chittagong Hill Tracts). En Sri Lanka tanto cingaleses como tamiles se disputan la ocupación originaria de la isla (hace más de dos mil años), pero el Estado reconoce oficialmente la existencia de los vedas aborígenes*”.

<sup>863</sup> Cayuqueo, P. “La Autodeterminación Mapuche en el marco de un Estado multinacional”. Ponencia Foro “Estado y Pueblo Mapuche: Derecho Indígena, Territorio y Autonomía”. Universidad Academia de Humanismo Cristiano. Santiago de Chile. 23 de junio de 1999. “*Pese a ello, resurge y prospera hoy en Latinoamérica la reivindicación del derecho indígena, es decir, del convencimiento de que los pueblos olvidados tenemos nuestros propios sistemas jurídicos, los cuales de ser reconocidos y respetados pueden hacer sin duda un gran aporte al fortalecimiento mismo de la democracia*”.

<sup>864</sup> Gómez Rivera, M. M., “El derecho indígena frente al espejo de América Latina”, en *Dimensión Antropológica*, vol. 13, mayo-agosto, 1998, pp. 75-103. Pág. 97 “*Suele responderse a la demanda por el reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas que las constituciones nacionales contienen un avanzado capítulo sobre garantías fundamentales para todos los individuos, incluidos, por supuesto, los indígenas. Por lo tanto, pedir reconocimiento de derechos diferentes es cuestionar el principio de universalidad, es crear inaceptables regímenes de excepción, derechos especiales, establecer discriminación positiva y, en última instancia, vulnerar uno de los pilares del orden jurídico. Todo ello sería válido si se plantearán derechos para los indígenas en tanto personas. Sin embargo, se está buscando el reconocimiento constitucional a una realidad social que permanece a contrapelo de la pretensión de homogeneidad y de igualdad. Los pueblos indígenas persisten, han practicado y practican formas de organización social y política, y cuentan con culturas diferentes que por lo demás están en nuestras raíces como nación. Ninguna de las llamadas garantías individuales permite la adaptación a estos derechos colectivos, a estos derechos de pueblo, a este nuevo sujeto jurídico*”.

<sup>865</sup> Stavenhagen, R. Óp. cit. Nota 854. Pág. 117. “*El discurso de la indigenidad fundamenta y legitima la demanda de Derechos Humanos específicos de los Pueblos Indígenas*”.

Los primeros indicios se perciben a partir de la segunda mitad del Siglo XX, cuando los órganos de Naciones Unidas empiezan a poner el foco en la deplorable situación de los “Pueblos Indígenas”. Ha de reconocerse que el Derecho Internacional ha supuesto un verdadero impulsor del Derecho Indígena<sup>866</sup>. En 1957 se aprobó el Convenio 107 de la OIT para la protección de los Pueblos Indígenas. Con el Convenio 169 de la OIT de 1989 se exhorta a los Estados a respetar los territorios indígenas y se avanza en el respeto competencial de los “Pueblos Indígenas” sobre los recursos naturales que se encuentren dentro de sus respectivos territorios. Este último apartado es de vital importancia. Gran parte de la conflictividad que ha operado a lo largo del tiempo ha tenido su causa en la extracción de materias primas dentro de sus hábitats de vida y caza por lo que admitir la autoridad indígena sobre su recursos, supone un inestimable avance en la construcción jurídica y política de su autonomía<sup>867</sup>. En 1977, se produce un proceso de “internacionalización” de los Derechos de los Pueblos Indígenas con la Conferencia Internacional de Organizaciones No Gubernamentales sobre la discriminación de los pueblos indígenas de las Américas<sup>868</sup>. Posteriormente, tras la creación de grupos de trabajo, comisiones y mandatos a relatores especiales, se fue constituyendo un acervo normativo que permitió la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas (septiembre 2007).

En la actualidad asistimos a un “resurgimiento” de las Organizaciones Indígenas<sup>869</sup> que se muestran orgullosos de sus raíces y que reclaman el reconocimiento de su identidad y

---

<sup>866</sup> Bautista Cruz, S. Óp. cit. Nota 856. Pág. 78. “No se puede negar que el derecho internacional ha sido un motor para el desarrollo del derecho indígena: “hoy día encontramos diversos procesos políticos bajo el liderazgo indígena y con una creciente alianza con otros sectores de la sociedad, algunos pretenden ampliar los marcos normativos constitucionales, otros alcanzan la ratificación del Convenio 169 de la OIT o bien avanzar en su reglamentación a través de legislaciones secundarias”.

<sup>867</sup> Colmenares Olivares, R. “El Derecho a la Autonomía de los Pueblos Indígenas en Venezuela”. Revista Cenipec. Núm. 21. Enero-Diciembre 2002. Pág. 196. “Por estas razones, la noción de autonomía que reclaman los indígenas del país se asocia indiscutiblemente al concepto de territorio, hoy conocido con el término de “hábitat”, pues no se puede ejercer control y autoridad (jurisdicción) si no existe plenamente demarcada un área o espacio natural donde aplicarlo (competencia). Ambas son demandas políticas, que van en busca de mejorar el desarrollo económico y cultural de las naciones originarias.”.

<sup>868</sup> A juicio de Bautista Cruz un “hito histórico”. (Óp. cit. Nota 10. Pág. 78).

<sup>869</sup> *Ibidem*. Pág. 18. “A mediados de los años 90 existían varios cientos de asociaciones, de todo tipo y forma: organizaciones locales, intercomunales y regionales, grupo de defensa de intereses estructurados formalmente, federaciones nacionales, ligas y uniones, alianzas transnacionales y coaliciones, con intensos contactos y actividades internacionales. Ciertamente, puede afirmarse que esas organizaciones indígenas, sus líderes, sus objetivos, actividades e ideologías emergentes constituyen un nuevo tipo de movimiento social y político en la América Latina contemporánea, cuya historia aún no ha sido analizada



su Derechos connaturales. El resurgimiento, puede ser y a nuestro juicio lo es, como un paso en la “*transformación del Estado*” a nuevas formas más democráticas<sup>870</sup>. Conceptos como multiculturalidad y plurinacionalidad son ahora incorporados a los textos constitucionales con natural acogimiento, algo impensable no hace muchos años atrás<sup>871</sup>.

En las últimas décadas se ha podido constatar la transformación que ha operado tanto a nivel interno como externo que ha transfigurado la facticidad de la comunidad indígena en la esfera pública latinoamericana<sup>872</sup>. Un resurgir del impulso social indígena, junto al simultáneo estímulo que ha supuesto la incorporación de nuevos bienes jurídicos protegidos por medio de una nueva generación de Derechos Humanos, que ha supuesto un revulsivo del que no han rehusado el reto de integrar la nueva hornada de Constituciones de la zona<sup>873</sup>.

---

*en detalle. Un nivel más reciente de organización es la confederación indígena nacional. Nuevamente, la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) ha estado a la vanguardia de esas actividades políticas, organizando varios grandes "levantamientos" indígenas pacíficos en Ecuador, en 1990, 1993 y 1999, que prácticamente paralizaron el país y forzaron al gobierno nacional a negociar con los pueblos indígenas acerca de temas agrarios y otros. Aún más importante fue la alianza del movimiento nacional indígena Pachakutik con un grupo de mandos medios del ejército para expulsar de su cargo al presidente de Ecuador, en enero de 2000. La Unión de Naciones Indígenas de Brasil (UNI), que congregaba a numerosas tribus de la Amazonía, desempeñó un papel crucial en las discusiones políticas para la redacción del artículo dedicado a los pueblos indígenas en la nueva Constitución del Brasil (1988). En forma similar, la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) tuvo parte activa en los debates políticos nacionales que llevaron a la nueva Constitución de Colombia en 1991. Las organizaciones indígenas han traspasado también las fronteras nacionales, desarrollando actividades a nivel internacional. “.*

<sup>870</sup> *Ibidem.* Pág. 2. “En los comienzos de un nuevo milenio, los países latinoamericanos se ven confrontados ahora con la tarea de redefinir esa relación a la luz de las nuevas identidades indígenas que resurgen, articulando antiguas reivindicaciones y planteando nuevos reclamos. Las teorías del cambio social otrora de moda -la modernización y la construcción de la nación que predominaron en las ciencias sociales durante más de medio siglo, son desafiadas hoy por los nuevos movimientos sociales de los pueblos indígenas y sus idearios políticos.”.

<sup>871</sup> *Ibidem.* Pág. 2. “*En la nueva Constitución boliviana, el país es definido como multiétnico, plurilingüe y multicultural.*”.

<sup>872</sup> Aparicio Wilhelmi, M. “Derechos y pueblos indígenas: avances objetivos, debilidades subjetivas”. *Revista de Antropología Social* Núm. 24. 2015. Págs. 127-147. “*En el continente americano, pese a no contar con previsiones normativas específicas de ámbito regional, en los últimos años la Comisión y la Corte Interamericana han desarrollado una labor muy relevante. Una etapa que se abre con la sentencia de la Corte Interamericana en el caso AwasTingni, de 31 de agosto de 2001, primer pronunciamiento de un tribunal internacional de Derechos Humanos que reconoce los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre tierras y recursos naturales.*”.

<sup>873</sup> *Ibidem.* Aparicio Wilhelmi, M. Pág. 128. “*En el ámbito interno, deben destacarse las reformas emprendidas por buena parte de los países latinoamericanos. Solamente en cinco de los veintiún textos constitucionales no aparece mención alguna a los derechos de los pueblos indígenas. Es cierto que en*

Enrique Valencia asocia este movimiento a una estimulante expresión como es la “*ciudadanización de la sociedad civil*”<sup>874</sup>. Son tres las causas que motivaron este fenómeno: la acumulación de recursos, un Estado “*conspicuo*” y unos patrones culturales unidos a unas prácticas políticas actualizadas a las demandas contemporáneas. Bajo este contexto, la comunidad india reclama una nueva relación entre Estado y los “*Pueblos étnicos*”. No es tanto por el reconocimiento de la “*multiétnicidad y pluriculturalidad*” sino por su reafirmación de la identidad como pueblos originarios. No era una cuestión de regulación social, sino una demanda de construcción de un marco jurídico-político que enmendara una trayectoria de abusos para pasar a un estatus jurídico de reconocimiento de Derechos y de participación en la conformación del propio Estado. Partiendo de la certificación de esta realidad con un nuevo marco, aporta una interesante perspectiva. Entiende que esa inicial solicitud ha sido dirigida por dos caminos y a su vez antagónicos. Por un lado, se obtuvo una respuesta confusa, marcada por un “*paternalismo*” que garantizaba estabilidad a cambio de dilatar un modelo que se había mantenido en la vertiente tradicional y anclada en el pasado. Por otro canalizaba el potencial de cambio a través del desarrollo de esa etnicidad, en el convencimiento de que el “*Pueblo Indígena*” tiene plena capacidad para autogestionar sus propios recursos<sup>875</sup>. Ésta última, junto una decidida apuesta por el “*etnodesarrollo*”, se ofrece como la vía más adecuada para, por un lado evitar conflictividad y por otro, guiar y orientar las demandas de autonomía con encuadre dentro del marco jurídico estatal.

En opinión de Bautista Cruz, el proceso de desarrollo experimentado por los “*Pueblos Indígenas*” durante la segunda mitad del Siglo XX a la actualidad, ha servido de caldo

---

*algunos casos las previsiones se limitan a enunciados generales de tipo más bien simbólico o a lo sumo programático, pero en otros se reconocen auténticos derechos, de manera incluso pormenorizada, como en los casos de Colombia (1991), Venezuela (1999), Bolivia (reforma de 1994 y Constitución de 2009) y Ecuador (1998 y 2008)”.*

<sup>874</sup> Valencia, E. “Etnicidad y Etnodesarrollo. La experiencia de México”. Obra Colectiva: “Pueblos indígenas y derechos étnicos. VII Jornadas Lascasianas”. Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando Coordinador. Universidad Nacional Autónoma de México.

<sup>875</sup> Valencia, E. Óp. cit. Nota 874. Pág. 120. “*En otras palabras, esta posición proponía y auspiciaba el etnodesarrollo como la estrategia más adecuada para replantear las relaciones entre los pueblos étnicos y el Estado, en un contexto creciente de dificultades de éste para desarrollar una política indigenista congruente con su política social y de aquellos para mantener una adscripción semipasiva a la práctica benefactora del Estado.*”

de cultivo del “*Etnocentrismo*”. La irrupción de nuevas propuestas ha ido sustentando la idea de la “*pluriculturalidad*” como un elemento con natural encaje dentro del modelo estatal. De este modo, se refrenda la reivindicación del Derecho de los Pueblos a la Autodeterminación así como otras manifestaciones de éste, como a preservar su cultura o fortalecer su identidad. En este punto, Cruz también proscribe cualquier indicio que induzca legitimar posiciones secesionistas<sup>876</sup>.

Con similares tintes se presenta el razonamiento en esta materia de Antona Bustos<sup>877</sup>. Partiendo del notable protagonismo que han adquirido los “*Pueblos Originarios*” considera que no ha venido acompañado de una mejora de su calidad de vida ni tampoco han extirpado los elementos discriminatorios a los que venían haciendo frente<sup>878</sup>. Ante tal realidad, los Derechos Humanos cobran un especial protagonismo y, coincidimos en su afirmación, que en este contexto los instrumentos de Derecho Internacional han supuesto una inestimable herramienta de cambio contra la marginación histórica<sup>879</sup>. Su incorporación a los Órganos consultivos de Naciones Unidas ha favorecido su visualización mundial y ha generado un “*movimiento*”

---

<sup>876</sup> Bautista Cruz, S. Óp. cit. Nota 10. Pág. 92. “*Ahora bien, la autonomía y la libre determinación no significan de ninguna manera que su propongamos la creación de reservas para asegurar a los pueblos indígenas; tampoco plantea la creación de Estados propios, no establece la fragmentación indígena o nacional ni propicia el temido separatismo o la desintegración de los Estado-nación. Por el contrario, la Declaración Universal propone una nueva visión del Estado contemporáneo que armoniza los diferentes aspectos y sectores de una verdadera sociedad pluricultural y pluriétnica, donde la unidad esté basada en la diversidad cultural y no en la integración y asimilación de los diferentes sectores de la sociedad que lo forman.*”

<sup>877</sup> Antona Bustos, J. “Los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. El AzMapu y el caso Mapuche”. Universidad Católica de Temuco. 2014.

<sup>878</sup> Sánchez Rubio, David y Cruz Zuñiga. Óp. Cit. Nota 847. Pág. 22-23. “*En lo que nos interesa, todos los grupos humanos son étnicamente autocentros y esta centralización contiene como tendencia política un etnocentrismo que lleva a los portadores de una cultura a considerar como “naturalmente humanas” sus prácticas y menos adecuadamente humanas, “naturales”, las del otro. Los diversos grupos étnicos (que no resultan necesariamente de pueblos o naciones) suelen producir de esta manera un tipo especial de ceguera respecto de sí mismos y también de los “otros”. Esta ceguera puede alimentar formas de discriminación y violencia como, por ejemplo, el racismo y el jingoísmo.*”

<sup>879</sup> *Ibidem*. Pág. 47. “*Éste es uno de los motivos por el que los Derechos Humanos representan un valor capital pues han visto los mecanismos jurídicos internacionales los mejores instrumentos para superar esta situación de marginación histórica, puesto que la persistencia del colonialismo interno y el etnocentrismo no han cejado en la tarea de tratar de disolver las identidades plurales en el «crisol» de la identidad nacional correspondiente. Hay que tener en cuenta, como bien señala Morales (2001: XVII), que «los Derechos Humanos son la única instancia mediadora para tratar integralmente la relación entre los pueblos indígenas y la interdependencia global».*

*mundializado*” revelador de la simbiosis entre “*Pueblos Indígenas*” y sociedad civil<sup>880</sup>. Todo éste fenómeno se ha traducido en el denominado “*proceso de vernaculización de los Derechos a partir de los usos locales que se hace de los discursos globales*”. En definitiva se trata de reconocer la legitimidad de una demanda que busca reafirmar su identidad a través de la obtención de un marco regulatorio que atienda a otorgarle un estatus jurídico, político y social acorde con su carácter de “*Pueblo*”. Categoría que le ha sido denegada históricamente y que en contexto actual, con el impulso que está provocando los órganos y textos internacionales y los procesos de multiculturalización e interculturalidad<sup>881</sup>, está empezando a ser reconocido por el derecho interno<sup>882</sup>.

Superada una etapa inicial de rechazo a la universalidad de los Derechos colectivos, actualmente son reconocidos como plenos Derechos Humanos<sup>883</sup>. En el caso del Derecho de autodeterminación, en su vertiente de Derecho Humano de tercera generación<sup>884</sup>, ha tomado cuerpo a raíz del reconocimiento internacional del mismo junto a una regulación interna que le ha atribuido materialidad. Especialmente en cuanto los Derechos reconocidos constitucionalmente a los “*Pueblos Indígenas*”. Los Derechos

---

<sup>880</sup> *Ibidem*. Pág. 49. “*La alianza estratégica entre las organizaciones indígenas y la sociedad civil global ha sido altamente acertada y productiva para el avance de los derechos indígenas en los organismos internacionales; esa alianza es la que llevó a la Asamblea General de la ONU a aprobar en 2007 la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) (7 de septiembre de 2007, A/61/L.67) culminando una de las aspiraciones más anheladas. El movimiento indígena, tras años de presiones y negociaciones, consiguió insertar en la agenda de las instituciones globales la universalización de unos derechos sin precedentes, en tanto que los sujetos de estos derechos ya no eran estrictamente los individuos sino los pueblos indígenas, sus culturas y sus espacios vitales y espirituales.*”

<sup>881</sup> *Ibidem*. Pág. 57. “*Dentro de esta estrategia, la interculturalidad se encuentra en el centro del discurso, pero esta interculturalidad, más que una idea que denota la simple interrelación o comunicación entre culturas y pueblos diferentes, como suele ser entendida tradicionalmente por los países euro-norteamericanos, para los indígenas y negros de América Latina indica procesos de construcción de un «conocimiento otro» y de una «sociedad otra», como bien señala Walsh: «una forma otra de un poder social (y estatal) otro y una sociedad otra; una forma otra de pensamiento relacionada con y contra la modernidad/colonialidad, y un paradigma otro que es pensado a través de la praxis política» (2007: 47).*”

<sup>882</sup> *Ibidem*. Pág. 53. “*Sieder y Witchell (2001:58-59) afirman que el proceso de incorporación y “vernaculización” de valores políticos globalizados como el multiculturalismo y los Derechos Humanos se debe a que ofrecen un importante recurso para sus luchas ante los gobiernos nacionales.*”

<sup>883</sup> Amezúa Amezúa, L.C. y Andrés Santos, F.J. *Óp. cit.* Nota 849. Pág. 1342. “*Ello ha de llevarnos forzosamente a efectuar una reflexión en torno a la supuesta existencia de los llamados “derechos (humanos) colectivos” (una categoría técnico-jurídica, pero sobre todo filosófico-política de gran relevancia en los últimos tiempos, como han puesto de relieve autores como Will Kymlicka, Charles Taylor, Jacob Levy O Raine-Bauböck) y hasta qué punto estos suponen una pieza indispensable para la ordenación jurídica de sociedades multiculturales complejas en este mundo globalizado.*”

<sup>884</sup> *Ibidem*. Pág. 113. “*Los Derechos Étnicos (entre ellos los derechos indígenas) se inscriben entonces en el marco de una ampliación y consolidación del núcleo básico de los Derechos Humanos.*”

Étnicos<sup>885</sup>, como los define Stavenhagen, son básicamente instrumentos de canalización de Derechos Humanos con la finalidad de paliar la situación abusos, discriminación y de histórica desigualdad que han venido sufriendo las comunidades indígenas en Latinoamérica. La trascendencia del Derecho de Autodeterminación no pasa inadvertida para el Autor que lo considera el Derecho básico de donde se derivan los demás<sup>886</sup>. Si bien mantiene tal afirmación en el contexto de la descolonización y por ello, como ya se ha incidido anteriormente, queda lejos de la vertiente del Derecho de Autodeterminación con anhelos secesionistas<sup>887</sup>. En todo momento se mantienen las pretensiones en el adecuado reconocimiento constitucional y dentro del marco regulatorio estatal<sup>888</sup>. Es en este ámbito donde mayor tarea pendiente existe. Aunque

---

<sup>885</sup> Stavenhagen, R. Óp. cit. Nota 854. Pág. 112 *"La noción de "derechos étnicos" surge entonces como referente obligado para enunciar los Derechos Humanos de los grupos étnicos cuya situación es particularmente vulnerable debido precisamente a las desventajas y violaciones que sufren como entidades con características étnicas propias, distintas de los de la sociedad dominante. En el marco de las labores de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU se están elaborando actualmente (1992) sendos instrumentos relativos a los derechos de los pueblos indígenas y a los derechos de las minorías, que pueden ser considerados como un esfuerzo colectivo de la comunidad internacional para enriquecer y consolidar el edificio básico de la protección de los Derechos Humanos"*.

<sup>886</sup> Stavenhagen, R. Óp. cit. Nota 854. Pág. 119. *"Así lo entendieron de hecho los redactores de los dos pactos internacionales de Derechos Humanos ya que el artículo primero de ambos pactos es idéntico y reza así: "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación.. Al plantearlo de esta manera, se reconoce que todos los demás derechos enunciados en estos instrumentos internacionales están sujetos a, y se derivan de, un derecho colectivo primordial: el de los pueblos a la libre determinación"*.

<sup>887</sup> *Ibídem.* Pág. 127. *"Pero la autodeterminación externa no significa necesariamente independencia política; puede significar la negociación en igualdad de circunstancias entre un pueblo y el estado al que se encuentra vinculado. El resultado puede ser una nueva forma de convivencia política en el marco de una unidad política diferente. Como ejemplo actual podría citarse el caso de Quebec. Entre los pueblos indígenas de América, el caso que más se acerca a esta posibilidad es la Comarca Kuna San Blas de Panamá. La autodeterminación también puede ser "interna", es decir, referirse a la forma de organización política y económica interna de un pueblo, sin que necesariamente sean afectadas las relaciones externas ya establecidas."*.

<sup>888</sup> *Ibídem.* Pág. 21 *"El derecho de los pueblos a la autodeterminación es entendido por las organizaciones indígenas mayormente como el derecho a la autonomía local y regional, y nunca ha sido interpretado como un derecho a la secesión o separación de Estados nacionales existentes... ...Los pueblos indígenas de América Latina ni buscan ni exigen la secesión de los Estados nacionales. Luchan por los Derechos Humanos, pero por más que derechos individuales iguales a los del resto de la población. A través de las nuevas constituciones y legislaciones progresivas buscan definir una nueva relación con los Estados nacionales, en la que sean garantizados sus derechos colectivos y reconocidos sus identidades. En ese sentido, los movimientos indígenas no son "nacionalistas", pero constituyen un desafío a la noción dominante de Estado-nación. Sus exigencias de autonomía territorial -en algunos casos- es una cierta forma de autodeterminación, pero no en el sentido que prescribe el derecho internacional. Los indígenas exigen un nuevo tipo de ciudadanía, que por tanto tiempo les fue negada. Algunas de las nuevas organizaciones indígenas tienen como objetivo el acceso al poder político, pero viendo que es improbable tanto a través de elecciones como de medios no democráticos la mayoría de*

los últimos procesos constitucionales han supuesto un avance extraordinario en el reconocimiento de Derechos a los “*Pueblos Indígenas*”, es la normativa de desarrollo la que no ha mantenido un nivel de eficacia a la altura de las disposiciones constitucionales y mucho menos la necesaria adaptación institucional al nuevo marco regulatorio<sup>889</sup>.

En coincidencia con Aparicio Wilhelmi, Antona Bustos mantiene una visión del Derecho de Autodeterminación, que igualmente compartimos. Lo presenta como un medio que articula las demandas de los “*Pueblos Indígenas*”, dotándoles de legitimidad, legalidad y estructura frente al Estado. Las manifestaciones de este proceso son variadas y heterogéneas pero todas en el objetivo común de preservar la identidad del colectivo<sup>890</sup>.

Otro estudio sobre la materia que aporta elementos interesantes es el que realiza Soriano González en el contexto de la potestad política como manifestación del Derecho de Autodeterminación<sup>891</sup>. En este ámbito analiza la relación existente entre la Autonomía Política y la libre determinación, partiendo de que son dos figuras diferentes. Considera que Autodeterminación o Libre determinación, son términos que provocan “*suspicias*” al estar asociadas a la demandas de independencia política. Para paliar

---

*ellas se limita a exigir una mayor participación política. Aun a efectos de obtener esos beneficios tan modestos como limitados será necesario que cambie la naturaleza del Estado-nación latinoamericano.* “.

<sup>889</sup> *Ibidem*. Pág. 48. “*Incluso, en algunos países, estas reformas han tenido efectos perversos, ya que tras el reconocimiento formal y aprovechando la ausencia de un desarrollo legislativo específico se han consumado actuaciones que contradicen las obligaciones contraídas por los gobiernos con los Derechos Humanos y los derechos indígenas (Irigoyen, 49). Uno de los subterfugios que encierran las políticas de reconocimiento es superponer diferentes leyes estatales a las legislaciones específicas en materia de derechos indígenas a las que se otorgan «mayor rango» para facilitar la ejecución de proyectos de «interés nacional» que suelen conllevar daños irreversibles contra los recursos naturales de los territorios amerindios; los casos que afectan a los pueblos de las tierras bajas de América suelen ser los más citados para ilustrar esta situación, aunque este proceder está bastante generalizado en todo el Continente.*”.

<sup>890</sup> *Ibidem*. Pág. 62 “*Por tanto, si hubiera que resaltar un elemento común al discurso del movimiento indígena sobre los Derechos Humanos, éste se encuentra en el derecho a la libre determinación vinculado al territorio, al estar convencidos de que este derecho es el único que garantiza un control efectivo de los recursos sobre sus tierras ancestrales. Las nociones de autonomía, derecho a la libre determinación o a la autodeterminación ofrecen por tanto otros topos secundarios con posibilidades interculturales, pues a partir de él cada pueblo trata de hacer viable un proyecto de vida acorde con su cultura. Coincidimos con Aparicio (2.007: 248) en que la autonomía que demandan los pueblos indígenas no se plantea como «fin en sí mismo sino como medio de asegurar las condiciones materiales que aseguren la diversidad cultural»*

<sup>891</sup> Soriano González, M.L. Óp. Cit. Nota 739.

este temor inicial, la Autora propone el término de Autonomía. Según su criterio, es un término menos “*ambicioso*”, ya que desarrolla su esfera efectiva dentro de un marco regulatorio bajo el control de un orden superior. No tiene connotaciones de quiebra al demandar capacidad de decisión pero siempre bajo la sujeción a un sistema compartido y legitimador de un marco político, jurídico y administrativo mutuamente aceptado.

Para justificar su propuesta de distinción entre libre determinación y autonomía, toma de referencia el artículo 2 de la Constitución Mexicana<sup>892</sup>, ya que es el propio artículo el que somete los efectos de la libre determinación a un compartimento definido por reglas de la Autonomía desde un plano de igualdad. Para la Autora, no son términos que se autoexcluyan sino complementarios. Si aplicamos la tesis al contexto latinoamericano, debemos tener en cuenta que los Pueblos y Comunidades indígenas cuando demandan libre determinación, no es la independencia, sino el respeto a su cultura y forma de vida, en convivencia pacífica y bajo el marco regulatorio estatal. La conclusión subsecuente es que solicitan “*Autonomía*”.

Funda su propuesta con varias aportaciones doctrinales que pueden sintetizarse<sup>893</sup>:

- Cueva Garosa atribuye la categoría de principio básico a las Comunidades Indígenas el ejercicio de su autonomía.
- Jiménez Barlett y Luis Villoro apuestan por el consenso entre la Comunidad Indígena y el Estado a fin de alcanzar cuotas de autonomía y autogobierno para aquellos.
- Borrero García mantiene que los “*Pueblos Indígenas*” orientan sus reclamaciones hacía su reconocimiento como “*entidades colectivas*”, legitimadas para el ejercicio del Derecho de Autodeterminación, siempre, con el respeto al marco legal estatal.
- Díaz-Polanco y C. Sánchez, entiende que la relación entre la Comunidad Indígena y el Estado se basa en cuatro pilares (*unidad de acción, igualdad de trato, igualdad entre sí y solidaridad*).

---

<sup>892</sup> Artículo 2. Constitución Mexicana “El Derecho de los pueblos a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía”.

<sup>893</sup> Soriano González, M.J. Óp. cit. Nota 739. Pág. 5 y ss.

Tras esta profusa argumentación científica sustentadora, propone distintos planos de la Autonomía que engloba las diferentes manifestaciones en las que se puede materializar (*Lingüística, Educativa, Territorial, Recursos y Política*). En conclusión, opta por una figura jurídica en la que puede comprobarse que existe una evidente correlación con la libre determinación, tanto en su estructura material como subjetiva, confluyendo objetivos comunes y presentada como herramienta<sup>894</sup> en la salvaguarda de la identidad de los Pueblos Indígenas de forma integral, apostando por un “*modelo comunal*”<sup>895</sup>.

Una propuesta que enriquece el debate es la que nos ofrece Villavicencio Peña en cuanto la opción del modelo federal para la regulación del marco normativo, competencial y relacional de los “*Pueblos Indígenas*”<sup>896</sup>. El Autor inicia su razonamiento desde la premisa que es un modelo que neutraliza la diversidad política, jurídica y cultural de los “*Pueblos Indígenas*”, desarrollando su argumentación para llegar finalmente a un desenlace que ratifica la premisa. Conclusión que compartimos enteramente. En el desenvolvimiento del razonamiento nos aporta interesantes elementos. Atendiendo a varias propuestas doctrinales sintetiza las características del federalismo tradicional en:

- Mantener la unidad por instinto de “*autoconservación*”.
- Participación como instrumento de pluralidad.
- Descentralización político-administrativa que conlleva una relativa autonomía.
- Nivel político-administrativo en base a la territorialidad.
- Cada entre federal tiene su propia constitución.
- Instrumentos de participación en la “*voluntad federal*”.

---

<sup>894</sup> Ibidem. Pág. 14. “*La autonomía es un proceso. Su alcance está en función de una serie de factores: el número de integrantes del pueblo o comunidad que la reivindica, su capacidad de negociación con las autoridades del Estado, su fuerza e impulso, el atractivo exterior de la demanda de autonomía, la resistencia del Estado a la demanda, etc. Por eso la autonomía hay que verla como una película que muestra el proceso reivindicador.*”.

<sup>895</sup> Ibidem. Pág. 13. “*Este modelo de comunidades indígenas o modelo comunal es el que interesa a los Estados y a aquéllos, que defienden una única nación bajo el Estado, pues reconocer la autonomía por encima de las comunidades es crear las condiciones, para que las comunidades se unan y se fortalezcan políticamente.*”.

<sup>896</sup> Villavicencio Peña, Amanda “El Sistema Federal: Un obstáculo para la pluralidad jurídica latinoamericana y una negación de la autonomía indígena de México”. Revista Crítica Jurídica. Núm. 36. UNAM. Julio-Diciembre 2013.



Este modelo permite un sistema descentralizado del poder político y administrativo que otorga a los entes políticos detentar un alto grado de autonomía (Policentrismo). Lejos de presentarse como una opción viable y respetable con la consustancial autonomía que exige el reconocimiento de una identidad diferenciada, a su juicio conlleva caer en un error si se aprecia como una manifestación de pluralidad. Representa un ejercicio de ilusionismo embaucador que atribuye a los sujetos una vana sensación de autonomía y mucho menos de autogobierno<sup>897</sup>. El “*Policentrismo*” implica múltiples centros de poder pero no por ello se alcanza cuotas de autonomía ya que, cualitativamente, les une un criterio de sometimiento a criterios superiores que por lo general, refuerza el autogobierno alejándose de cuotas de autonomía, mínimamente aceptable. En resumen, los entes son formalmente independientes pero no responde a un sistema plural de descentralización del poder<sup>898</sup>. Para la doctrina federalista, por definición, el Estado es unitario, otra cosa es la distribución competencial entre los distintos entes, pero sin perder el criterio uniforme de una unidad legal. La ordenación política, administrativa y territorial depende de un ejecutivo central, que determina la ordenación<sup>899</sup>. No existe realmente pluralidad, ni plurinacionalidad. En sus palabras es “*una forma sofisticada de control*”.

Sin mostrar un total desacuerdo con la propuesta de Villavicencio Peña, sí puede convenirse que el sistema federal no responde a los principios de respeto a la identidad y autonomía que demandan los “*Pueblos Indígenas*” como expresión del Derecho a la libre determinación de éstos. Hay que reconocerle ciertas ventajas, pero con objetividad,

---

<sup>897</sup> Ibídem. Pág. 176. “*Así, asombrando al mundo en algún tiempo, se llegó a considerar al federalismo como una ventaja para lograr la real descentralización de poder, algo que no ocurre como se irá analizando más adelante.*”.

<sup>898</sup> Ibídem. Pág. 178. “*Sin embargo, a pesar de esta perversidad, el modelo federal reproductor de la hegemonía y dominación fue adoptado por distintas naciones en el mundo, incluyendo países de América Latina entre ellos, Venezuela, Brasil y Argentina, por tratarse aparentemente de un modelo que pretende evitar la centralización del poder al interior de una sociedad que, se dice, queda consolidada como nación indivisible y que se asienta en grandes extensiones territoriales.*”.

<sup>899</sup> Ibídem. Pág. 180. “*Esta multiplicidad competencial no significa precisamente una descentralización de poder, sino una mejor forma de mantener el control de los miembros de la federación dando a cada uno las competencias que determina la ficción del pacto federal en su constitución escrita denominada Constitución Federal, como ley suprema sobre las otras constituciones de los miembros, sin considerar y respetar las formas organizativas originarias de los miembros antes del pacto federal, como sucede con las formas organizativas de los pueblos indígenas existentes antes del pacto y con sus propios sistemas normativos.*”.

también es un sistema que uniformiza a los entes bajo criterios de relativa igualdad bajo un patrón común. No es un modelo sensible a las particularidades de cada Pueblo que exige un trato diferenciado en función de sus manifestaciones culturales, demanda de autogobierno o incluso de competencia jurisdiccional<sup>900</sup>. Homogeniza a los entes. No hay una adaptación del sistema al sujeto diferenciado en virtud a ese Derecho de libre determinación, sino que es el sujeto el que se adapta al sistema bajo los parámetros que éste ofrece y exige.

No podemos concluir esta breve exposición sobre la aceptación de la diferencia del “*Pueblo Indígena*” sin hacer referencia a las debilidades del proceso. Expondremos dos propuestas en este sentido.

Por un lado, Aparicio Wilhelmi, citando a Hermann Heller recoge su máxima en cuanto que difícilmente puede atajarse una desigualdad por la norma si aquella es insalvable<sup>901</sup>. Situación que a su entender, concurre generalmente cuando se trata de “*concertar*” los intereses de las multinacionales con las comunidades indígenas. Complicada tarea la de otorgar un estatus jurídico de legítima autonomía cuando se imponen estatalmente criterios de obligada asunción en la explotación de los recursos naturales. También responde a la premisa una situación donde la norma avanza en el reconocimiento de unos derechos que no tienen un soporte económico que sostenga las pretensiones que ampara. Ese “*cálculo estratégico*” que exige Wilhelmi a la hora de planificar la cobertura de demandas bajo derechos, conmina no sólo la formalidad de unos textos normativos sino que es necesario una “*fuerza acumulada*” para su plena efectividad. Este es un tema recurrente y como ya se ha especificado en contenidos anteriores uno de los puntos de inconsistencia de este nuevo modelo. Al margen del necesario y reflexivo debate que exige esta materia, en este aspecto me parece pragmática y constructiva la

---

<sup>900</sup> Valencia, E. Óp. cit. Nota 874. Pág. 117. “Un intento por comprometerse en la participación y autogestión indígenas se produjo durante esta secuencia adaptativa, con la implantación de un proyecto general de etnodesarrollo. Se buscaba revertir no sólo la falta de participación de las comunidades indias en la política indigenista sino, sobre todo, dinamizarlas de tal manera que, a partir del control autónomo de sus recursos culturales, propios y apropiados, pudieran diseñar e implementar sus programas de desarrollo. Este control de sus recursos culturales buscaba también liberar las fuerzas de la comunidad indígena para presionar y controlar al personal del Instituto Indigenista, que en el campo mal actuaba como agente de cambio.”

<sup>901</sup> Aparicio Wilhelmi, M. Óp. cit. 872. Pág. 142

actitud con la que Aparicio Wilhelmi aborda esta cuestión. Lanza retóricamente la siguiente interpelación ante las trabas señaladas : “¿invalidamos los resultados y los procesos o tratamos de reforzar esos nuevos sentidos normativos como líneas de legitimación para la acción colectiva que debe seguir empujando para cambiar las relaciones de poder?.

Para articular su respuesta, toma como referencia la Constitución de Bolivia. Califica, con buen criterio, de indudables sus avances y, encontramos particularmente acertada la expresión, “su importancia es evidente en términos de sentido común”. En plena sintonía con lo que se viene manteniendo en el presente trabajo, considera al texto constitucional con una relevancia que va más allá de la mera influencia normativa, para, a su juicio, “plasmear una nueva hegemonía discursiva”. Supone una prueba palpable de progresos en materias como la superación de la concepción liberal del Estado o de los Derechos como “atributo de la individualidad”. Su trascendencia es remarcada, alegando con acierto, que estamos ante una transformación cultural. Amplía el horizonte de los efectos del cambio más allá de la propia supervivencia cultural de los “Pueblos Indígenas” manifestando que está en juego “la continuidad de la vida misma”. En su magma, subyace una pugna entre el modelo capitalista y un sistema de reconocimiento de Derechos, con visibles efectos y que su resolución se presenta incierta<sup>902</sup>.

Junto estas valiosas contribuciones, otra interesante y reflexiva aportación sobre las flaquezas del armazón teórico, nos la ofrecen Amezúa Amezúa y Andrés Santos. Ambos Autores constatan dos líneas críticas con la actual regulación del fenómeno indígena en Latinoamérica.

En primer lugar reflejan el malestar que opera en un sector de esta comunidad con las Declaraciones Internacionales, que en su opinión, han constreñido el Derecho de Autodeterminación sólo para aquellos territorios sujetos a la administración colonial<sup>903</sup> y en segundo lugar, que estas Declaraciones han eludido el tratamiento de las “Minorías” centrándose en pueblos que constituye una población mayoritaria en un

---

<sup>902</sup> Aparicio Wilhelmi considera que es en este contexto en el que el capitalismo libra un de sus principales batallas.

<sup>903</sup> En línea con la propuesta de James Anaya comentada en el epígrafe anterior.

espacio determinado. Ello ha motivado la aparición de un “*nuevo paradigma indigenista*” que esté alentando la reivindicación de nuevas Declaraciones en las que, ahora sí, se recoja de forma “*inequívoca*” al “*Pueblo indígena*” como un sujeto titular del Derecho de Autodeterminación de forma plena. Una segunda fragilidad se centra en la demanda de una parte del indigenismo que entienden que no son suficientes las reformas constitucionales<sup>904</sup> que han operado en los últimos años, principalmente en lo referente a los Derechos de los Pueblos Indígenas, presentándose el modelo “*federal*” como una opción viable a cubrir las necesidades demandadas.

Tomando como partida las dos debilidades expuestas, ambos Autores se posicionan planteando dos “*graves objeciones*” a ese “*nuevo paradigma*”.

- a) Una primera objeción es que, a su juicio, puede conllevar una grave vulneración del principio de igualdad, de estimarse una serie de “*privilegios*” para aquellas comunidades que, en base a su identidad diferenciada, se les otorgue un estatus jurídico-político más ventajoso que al resto de la población<sup>905</sup>.
- b) La segunda, reprochan que supone una deformación del principio democrático, ya que está quedando sometido el criterio sustentado por la mayoría, a las demandas de la minoría. Implica una mutación del sistema de creación del Derecho que se adapta a criterios de legitimidad cualitativa y no a unos “*parámetros objetivos*”<sup>906</sup>.

---

<sup>904</sup>Amezúa Amezúa, L.C. y Andrés Santos, F.J. Óp. cit. Nota 849. Pág. 1349. “*Es este el modelo al que apuntan las últimas reformas constitucionales en América Latina, en países como Ecuador (1978 y 2008), Guatemala (1985), Nicaragua (1987), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), México (1992 y 2001), Perú (1993), Bolivia (1994 y 2009) y Venezuela (1999)*”.

<sup>905</sup> Ibidem. “*Tal solución lesionaría gravemente el principio de igualdad. Los derechos constitucionales en el marco del Estado (democrático) de Derecho se fundan en el igualitarismo político, porque esa es la única forma de garantizar un óptimo de libertad para todos los miembros de la comunidad política. La consideración diferenciada de los individuos en función de su adscripción a una u otra comunidad cultural en el seno de la comunidad política conlleva la existencia de diferentes esferas de libertad para los distintos miembros del grupo en función de su pertenencia a un subconjunto del mismo, lo que implica tanto la posible reducción de las libertades de los miembros individualizados de tal subconjunto como un grave riesgo de ruptura de la propia comunidad política.*”.

<sup>906</sup> Ibidem. “*Ese planteamiento supone la supeditación de las mayorías a los criterios de las minorías (al menos, donde los pueblos indígenas sean propiamente minoritarios). La ley como expresión de la voluntad general debe ceder el paso ante formas de creación del Derecho que no responden a parámetros de medición objetivos, sino variables en función de coordenadas cualitativas incontrastables.*”.

Tomando como base la información que aportan ambas objeciones, la conclusión conduce a que las reformas llevadas a cabo en los últimos años por los textos constitucionales en aras a un mayor y mejor reconocimiento de los “*Pueblos Indígenas*” no han sido suficientes o no han supuesto un avance con respecto la posición de origen. Incluso puede sustentarse la idea de que se haya retrocedido a niveles de la etapa colonial, por lo que podemos ser testigos de lo que denominan ambos autores “*neocolonialismo postmoderno*”<sup>907</sup>.

A modo de resumen, una vez expuestas las líneas argumentativas que sostienen la legítima diferenciación de los “*Pueblos Indígenas*” para atribuirles un estatus diferenciado, que no preferencial, así como algunos óbices que reprochan ese tratamiento desigualitario al que puede abocar una regulación que contenga prerrogativas que puedan interpretarse como ventajosas con respecto al resto de la población, es necesario destacar el espíritu constructivo de Wilhelmi que considera los retos a los que se enfrenta la población indígena como propósitos de trabajo en la consecución de sus respetables aspiraciones.

Concluimos defendiendo la manifestación de Stavenhagen que compendia la idea nuclear que pretendemos transmitir: “*Autonomía, Autogobierno, Autodeterminación constituyen términos relativos que actualmente son considerados como esenciales para el pleno desarrollo de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas.*”.

---

*Ello trae como consecuencia, como en el caso anterior, una ruptura de un elemento constructivo esencial de la comunidad política organizada como Estado de Derecho, que exige el imperio de la ley discutible en el espacio público como pieza fundamental de garantía de la libertad de los ciudadanos y su seguridad jurídica.”.*

<sup>907</sup> *Ibidem.* “*No podemos entrar a discutir aquí estas cuestiones con detalle, pero lo que sí parece claro es que la lectura de la historia hace pensar que las recientes reformas constitucionales en la línea de un mayor reconocimiento de los “derechos colectivos” de los pueblos indígenas en los Estados iberoamericanos, en la medida en que estas se han operado, no suponen necesariamente un progreso en la ampliación de los derechos de libertad de los ciudadanos, como cabría esperar de cualquier proceso democrático, sino más bien el retorno a fórmulas del pasado en la articulación jurídica que recuerdan vivamente a las de la época colonial. Al colonialismo encubierto con fórmulas constitucionales de las Constituciones de la Emancipación le ha sucedido un neocolonialismo postmoderno que, en nombre del respeto a los derechos tribales frente a los ciudadanos, puede conducir a un regreso de formas de sumisión y sujeción personal de los individuos concretos pertenecientes a esos pueblos que tal vez deberían considerarse superadas.*”.

### 5.1.2 Sujeto activo del Derecho de Libre Determinación de los Pueblos en el NCL: Los Pueblos Indígenas.

En contenidos anteriores ya hemos tratado el elemento “*titularidad*”, tanto en lo que al Derecho a la libre determinación de los Pueblos estrictamente se refiere como a su carácter de Derecho de Humano de tercera generación. Una de las conclusiones que pudimos extraer es que toda su construcción teórica gravita sobre una idea, la de identidad colectiva y que, por lo general, es asociada a un sujeto, el “*Pueblo*”. Al margen de la distinción teórica que se ha establecido para legitimar jurídicamente esa titularidad, diferenciando entre sujeto activo y ejercicio del Derecho, es conveniente aludir a toda la teoría general que se expuso en referencia a ambos elementos (titularidad y ejercicio), porque el uno y el otro, componen el sustrato sobre el que se asienta la base teórica de la titularidad del Derecho de Libre determinación de los Pueblos, como un Derecho Humano “*colectivo*” de tercera generación en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

Para evitar redundar en aspectos ya tratados, fijaremos un punto de asiento, marcando de forma resumida su contenido básico. Nuestra afirmación de partida puede establecerse en que todos los pueblos son titulares del Derecho a la libre determinación de los Pueblos. Ésta es una aseveración que puede sintetizar la idea matriz de origen, al estar en perfecta congruencia con lo expuesto a lo largo de los temas precedentes y teniendo en cuenta los atributos de la analizada “*dimensión interna*”<sup>908</sup>, como única

---

<sup>908</sup> Ibídem. Pág. 156 “*Esta dimensión de la libre determinación a la que venimos refiriéndonos es calificada por un sector doctrinal como interna por contraposición a la externa reconocida los pueblos coloniales. A. Cassese, uno de los primeros en recurrir a esta distinción, explica de la siguiente forma: «Internal self-determination means the right to authentic self-government, that is, the right for a people really and freely to choose its own political and economic regime... It is an ongoing right. Unlike external self-determination for colonial peoples -which ceases to exist under customary international law once it is implemented- the right to internal self-determination is neither destroyed nor diminished by its having already once been invoked and put into effect.»*” Para A. Rosas, se pueden distinguir tres fundamentos de la libre determinación interna: «1) The (construed) right of the people to constitute its own political system (*pouvoir constituant*); this right may become ‘consumed’ when the choice, be it the constitution of a dictatorship, has been made. 2) The right of the people to have a say in amending the constitution, including the right of resistance against tyranny and oppression. 3) The right of the people to govern and to take part in the conduct of public affairs, including participation in elections, referenda, and so on.>”.

expresión posible y reconocida por el ordenamiento internacional y el NCL del Derecho a la Libre determinación de los Pueblos. El denominador común o simbólico, como bien aprecia Sáez de Santamaría, es su actual e inequívoco “*aspecto democrático*”, que a su juicio, ha encontrado su expresión más “*afinada*” en el Principio VIII del Acta Final de Helsinki y en la Carta de París para una nueva Europa en el ámbito de la OSCE<sup>909</sup>. En el contexto del continente americano, la OEA ha propiciado la aceptación de la figura dentro de sus principios al incluir por medio del Protocolo de Cartagena de 1985 una modificación en la Carta de la OEA para introducir dentro del ámbito competencia de la propia organización velar por los principios de la democracia representativa<sup>910</sup>.

En definitiva, se está construyendo sobre la base de la citada “*dimensión interna*” del Derecho a la libre determinación de los Pueblos, todo el andamiaje teórico y muy especialmente en lo que atañe a ámbito subjetivo, al quedar determinado su contexto de desarrollo dentro del propio Estado y con la voluntad constatada de que no se pretende la constitución de un nuevo Estado sino ser expresión del respeto a la identidad diferenciada bajo criterios democráticos y de igualdad, en perfecta coexistencia con la mayoría social y marco regulatorio estatal<sup>911</sup>.

---

<sup>909</sup> *Ibidem*. Pág. 157. “Estos documentos y sus desarrollos contribuyen a delinear criterios específicos para un modelo de sociedad democrática pluralista subrayando la existencia de una vinculación íntima entre libre determinación y democracia a la que se alude en el Documento de Helsinki 1992 cuando se afirma que “las aspiraciones de los pueblos a determinar libremente su estatuto político interno y externo han llevado a la propagación de la democracia”. Esta relación entre ambos conceptos parece constituir la orientación general actual en relación con la libre determinación interna. Así, la Declaración final de la Conferencia de Viena sobre Derechos Humanos de 1993 afirma que «la democracia se basa en la voluntad del pueblo, libremente expresada para determinar su propio régimen político, económico, social y cultural, y en su plena participación en todos los aspectos de la vida».

<sup>910</sup> *Ibidem*. “En este sentido, es particularmente significativa la Resolución adoptada por el Consejo de la OEA en relación con la crisis haitiana provocada por la sublevación militar contra el régimen constitucional del presidente Aristide, en la que se acordaba: “1. Reiterar la enérgica condena efectuada por el Consejo Permanente respecto de los graves hechos sucedidos en Haití, que ocasionan el desconocimiento del derecho a la libre determinación de su pueblo y exigir la inmediata vigencia del estado de derecho....”.

<sup>911</sup> *Ibidem*. Pág. 158. “La presencia de este conjunto de datos explica que muchos autores llamen la atención sobre esta dimensión y la señalen como el cauce por donde seguirá desarrollándose el derecho de libre determinación. En este orden de ideas, T. M. Franck vincula este derecho con lo que denomina el «derecho emergente al gobierno democrático», afirmando que «the idea of self-determination has evolved into a more general notion of internationally validated political consultation, one that is beginning to be applied even to independent (postcolonial) states»”.

Establecido este cimiento raíz, resulta preciso abordar una cuestión que consideramos que va más allá de la mera indeterminación conceptual y que tiene evidente relevancia jurídica. Nos referimos a la aparente dicotomía que se ofrece en este punto entre “*Minoría*” y “*Pueblo*”, como potenciales sujetos activos del Derecho.

Una primera variante, la encontramos en propuestas doctrinales en las que en su análisis de la titularidad del Derecho a la libre determinación de los Pueblos, cierran la cuestión apoyándose en una conceptualización positivista en base a los textos internacionales sobre la materia. Concluyen taxativamente que en base al artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos<sup>912</sup>, se establece que únicamente son los “*Pueblos*” los titulares del DLDP y no las minorías<sup>913</sup>.

Por otro lado, se puede ir apreciando que cobran solidez propuestas que se alejan de esa inicial e irrestricta condición, que vetaba la posibilidad de que las “*Minorías*” puedan ser sujeto activo del DLDP junto con los “*Pueblos*”<sup>914</sup>. En origen, la coyuntura en la que se diseñó el Derecho de Autodeterminación, tanto por la Carta de Naciones Unidas, posteriores Resoluciones y los Pactos de Derechos Civiles Políticos y Derechos

---

<sup>912</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Art. 27 “*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.*”.

<sup>913</sup> Amezúa Amezúa, L.C. y Andrés Santos, F.J. Óp. cit. Nota 849. Pág. 159 “*En esta dimensión, el concepto de pueblo abarca a todos los que viven en Estados mientras que los trabajos preparatorios de los textos que la configuran ponen de relieve que no se extiende a los grupos y minorías étnicos, nacionales, culturales o lingüísticos, cuya existencia no es tomada en cuenta a estos efectos, siendo canalizados sus derechos hacia el artículo 27 del Pacto de derechos civiles y políticos o 'hacia las disposiciones y mecanismos específicos articulados en el ámbito de la OSCE, según el caso'.*”.

<sup>914</sup> *Ibidem*. Pág. 190. “*Si bien, como hemos visto hasta ahora, los textos internacionales y la práctica de los Estados en materia de libre determinación contemplan como titulares de este derecho a los pueblos, ya sea los coloniales o los constituidos en Estados, excluyendo por tanto a otros grupos humanos, sin embargo las nuevas orientaciones de la sociedad internacional tienden a borrar las distinciones entre unos y otros, confluyendo todos en los nuevos aspectos de la libre determinación. Tanto las minorías como los pueblos indígenas se ven afectados positivamente por esta nueva situación que confirma la afirmación de I. Brownlie según la cual: «In fact, there is a sort of synthesis between the question of group rights as a human right matter and the principle of self-determination. The recognition of group rights, more specially when this is related to territorial rights and regional autonomy, represents the practical and internal working out of the concept of self-determination. Such recognition is therefore the internal application of the concept of self-determination.*”.



Económicos, Sociales y Culturales<sup>915</sup> respondía a la imperante necesidad de dotar de una estructura jurídica al proceso de descolonizador, adjudicando para ello a los sujetos activos de la legitimidad que les otorgaba ser titulares de un reconocido y amparado internacionalmente Derecho a su Autodeterminación de la potencia colonial<sup>916</sup>, y a la vez, proscribiendo cualquier conato de pretendida independencia de aquellos otros colectivos integrados, a su vez, dentro de los países objeto de descolonización. Lógicamente, esta conceptualización inspiraba una clara intención proteccionista de la integridad territorial de los nuevos y liberados Estados. Con ello se cumplía una doble finalidad<sup>917</sup>. Por un lado, se evitaba una interpretación extensiva del Derecho de Autodeterminación y por otro, se aseguraban ciertas garantías de estabilidad política, territorial y social a los Estados que iniciaban su andadura totalmente emancipados de la autoridad colonial<sup>918</sup>. Consecuentemente la titularidad del DLDP quedaba reducida a

---

<sup>915</sup> *Ibíd.* Pág. 190. “En contraste con el sistema de protección de las minorías desarrollado durante la época de la Sociedad de Naciones como paliativo para aquellos colectivos que no se habían beneficiado de procesos de libre determinación, en la época de las NU se polarizó el reconocimiento de esta en relación con los pueblos, quedando por tanto eliminada cualquier consideración de las minorías desde la óptica de la libre determinación. En esta vía, los Pactos de 1966 acogen una distinción tajante entre las categorías de «pueblos» y de «minorías» que se traduce en la exclusión de estas de la aplicación del artículo I común y en su acomodo exclusivo en el artículo 27 del Pacto de derechos civiles y políticos el cual, como es sabido, habilita como titulares de los derechos en él reconocidos a las personas que pertenecen a las minorías y no al grupo mismo y además se limita a proteger el derecho a mantener la identidad cultural, lingüística y religiosa de aquéllas, sin contemplar su proyección sobre el ejercicio de su condición política, económica o social.”

<sup>916</sup> Sanz de Hoyos, C. Op. Cit. Nota 692. Pág. 22. “La doctrina de las Naciones Unidas se ha ocupado de la emancipación de los pueblos sometidos a situaciones coloniales (artículos 1 y 2 de la Carta). Según la Resolución 1541 (XV) un pueblo en situación colonial será aquél en el que concurren dos criterios básicos: la separación geográfica entre la colonia y la metrópoli (territorio ultramarino), y la existencia de diferencias étnicas o culturales. Además, se tendrán en cuenta aspectos de carácter administrativo, político, jurídico e histórico, al objeto de establecer sin lugar a dudas que el territorio ha sido colocado de manera arbitraria en una posición de subordinación. De todo lo anterior se derivaría la presunción de que se trata de un territorio colonial”.

<sup>917</sup> *Ibíd.* Pág. 191. “Hay unanimidad en considerar que la razón principal que explica la regulación establecida en los Pactos está en el temor de fomentar secesiones invocando el principio de libre determinación, de forma que como recuerda L.B. Sohn.”.

<sup>918</sup> Melik Ozden y Christophe Golay, Op. cit. Nota 830. Pág. 12. “En virtud de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por el Consejo de Derechos Humanos en junio de 2006 y por la Asamblea General en septiembre de 2007. los pueblos indígenas tienen derecho a la autodeterminación y derechos sobre sus tierra y recursos (véase más adelante, parte III). No es este el caso de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, cuyo derecho al goce de su propia cultura, a la profesión y práctica de su propia religión o al empleo de su propia lengua se consagran en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No hay que confundir el derecho de las minorías con el derecho a la autodeterminación de los pueblos. Además, el art. 8.4 de la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1992, excluye cualquier interpretación en este sentido”.

estos “*Pueblos*” bajo dominación colonial y, simultáneamente, quedaba vedada a las “*minorías*”.

Con los antecedentes expuestos, veamos la evolución de ambas figuras (“*Pueblos*” y “*Minorías*”), como sujetos titulares de Derechos Colectivos, haciendo un especial hincapié en cuanto su concreción en el ámbito de los “*Pueblos Indígenas*”.

En principio, si observamos la normativa internacional que ha tratado el tema, la Carta de Naciones Unidas, las Resoluciones del mismo órgano con número 1514 (XV) “Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales” y la 2625 (XXV) “Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas” junto con los dos Pactos adoptados en 1966, puede verse reflejada una evolución en el DLDP, que sustenta una propuesta más extensiva en cuanto a su titularidad, que la restrictiva al sujeto “*Pueblo*” construido en el proceso de descolonización.

Ampliación que se ha visto corroborada por otros textos internacionales:

- Resolución 2542 (XXIV) de 11 de Diciembre de 1969 “Declaración sobre el progreso y el Desarrollo en lo Social”<sup>919</sup>.
- “Declaración sobre el derecho al desarrollo” de 4 de diciembre de 1986. ACNUH<sup>920</sup>.

---

<sup>919</sup> Artículo 3. “*Se considera que constituyen condiciones primordiales del progreso y el desarrollo en lo social:*

*a) La independencia nacional, basada en el derecho de los pueblos a la libre determinación;*

*b) El principio de la no injerencia en los asuntos internos de los Estados;*

*c) El respeto a la soberanía e integridad territorial de los Estados;*

*d) La soberanía permanente de cada nación sobre sus riquezas y recursos naturales;*

*e) El derecho y la responsabilidad de cada Estado y, en lo que les concierne, de cada nación y cada pueblo, de determinar libremente sus propios objetivos de desarrollo social, fijar sus propias prioridades y escoger, conforme a los principios de la Carta de las Naciones Unidas, los medios y métodos para lograrlos, sin ninguna injerencia exterior;*

*f) La coexistencia pacífica, la paz, las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados, cualesquiera que sean las diferencias existentes entre sus sistemas sociales, económicos o políticos. “*

- “Declaración y el Programa de Acción de Viena”. Acordada en la 2ª Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos en Junio de 1.993<sup>921</sup>.

A nivel regional podemos encontrar:

- “Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos”. Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana<sup>922</sup>.
- “Acta final de Helsinki” de 1 de agosto de 1975, es el Acuerdo Internacional por el que se constituye la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE)<sup>923</sup>.

---

<sup>920</sup> Artículo 5, “1. Los Estados adoptarán enérgicas medidas para eliminar las violaciones masivas y patentes de los Derechos Humanos de los pueblos y los seres humanos afectados por situaciones tales como las resultantes del apartheid, todas las formas de racismo y discriminación racial, el colonialismo, la dominación y ocupación extranjeras, la agresión, la injerencia extranjera y las amenazas contra la soberanía nacional, la unidad nacional y la integridad territorial, las amenazas de guerra y la negativa a reconocer el derecho fundamental de los pueblos a la libre determinación. “.

<sup>921</sup> “2. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. Habida cuenta de la situación particular de los pueblos sometidos a dominación colonial o a otras formas de dominación u ocupación extranjeras, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce el derecho de los pueblos a adoptar cualquier medida legítima, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, encaminada a realizar su derecho inalienable a la libre determinación. La Conferencia considera que la denegación del derecho a la libre determinación constituye una violación de los Derechos Humanos y subraya la importancia de la realización efectiva de este derecho. Con arreglo a la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, nada de lo anterior se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción alguna.

<sup>922</sup> Artículo 20. “1. Todos los pueblos tendrán derecho a la existencia. Tendrán el incuestionable e inalienable derecho a la autodeterminación. Decidirán libremente su status político y procurarán su desarrollo económico y social según la política que ellos mismos hayan escogido libremente.

2. Los pueblos colonizados u oprimidos tendrán derecho a liberarse de las ataduras de la dominación recurriendo a cualquier medio reconocido por la comunidad internacional.

3. Todos los pueblos tendrán derecho a la ayuda de los Estados firmantes de la presente Carta en su lucha por la liberación de la dominación extranjera, ya sea política, económica o cultural. “.

<sup>923</sup> “a) Declaración sobre los Principios que Rigen las Relaciones entre los Estados Participantes. VIII. Igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos.

Los Estados participantes respetarán la igualdad de derechos de los pueblos, y su derecho a la libre determinación, obrando en todo momento de conformidad con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y con las normas pertinentes del derecho internacional, incluyendo las que se refieren a la integridad territorial de los Estados.

- “Carta Organización de los Estados Americanos”. Suscrita en Bogotá (Colombia), el 30 de Abril de 1948<sup>924</sup>.

Junto a estos y, desde ámbitos más cerrados, tenemos dos Acuerdos internacionales que son a piedra angular del Reconocimiento del DLDP a los Pueblos Indígenas y que han servido de referencia a los textos constitucionales del NCL. Nos estamos refiriendo al Convenio 169 de la OIT (Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de 27 de junio de 1989) y la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 13 de septiembre de 2007.

En el plano doctrinal interesa destacar propuestas representativas, que asignan la titularidad tanto a “*Pueblos*” como a “*Minorías*”, como sujetos aptos para el goce de Derechos Colectivos, ya sea con perspectivas indiferenciadas o autoexcluyentes.

Comencemos con las opiniones que apoyan la asignación de la titularidad sobre la figura de los “*Pueblos Indígenas*”, centrados en su carácter de “*Pueblos*”, a fin de ofrecerles el acceso a la titularidad de Derechos colectivos, y particularmente, al de libre determinación. En este punto, interesa remarcar la propuesta de Figuera Vargas, de la que destaca su pragmatismo, materializando una concepción que viene encajar con la idea de Minoría y Pueblos que vengo manteniendo, fundamentalmente relativizando el alcance de la denominación y primando la esencialidad identificativa como colectivo. En referencias a la población indígena, la Autora parte de una realidad objetiva. En el Derecho Internacional no podemos encontrar una definición que haya sido acogida de

---

*En virtud del principio de la igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos, todos los pueblos tienen siempre el derecho, con plena libertad, a determinar cuándo y cómo lo deseen, su condición política interna y externa, sin injerencia exterior, y a proseguir, como estimen oportuno, su desarrollo político, económico, social y cultural.*

*Los Estados participantes reafirman la importancia universal del respeto y del ejercicio efectivo de la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos para el desarrollo de relaciones amistosas, tanto entre ellos como entre todos los Estados; asimismo recuerdan la importancia de eliminar cualquier forma de violación de este principio. “.*

<sup>924</sup> Artículo 30 “*Los Estados miembros, inspirados en los principios de solidaridad y cooperación interamericanas, se comprometen a aunar esfuerzos para lograr que impere la justicia social internacional en sus relaciones y para que sus pueblos alcancen un desarrollo integral, condiciones indispensables para la paz y la seguridad. El desarrollo integral abarca los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico, en los cuales deben obtenerse las metas que cada país defina para lograrlo. “.*

forma mayoritaria de ambos términos. Constatamos que expresiones como “Poblaciones Indígenas”, “Pueblos Tribales” y “Pueblos Indígenas” viene a utilizarse con cierta versatilidad, aportando ambigüedad a la noción e incluso algunas reticencias<sup>925</sup>. Con todo, mantiene con firmeza que en la actualidad puede afirmarse que el Derecho Internacional al “*unísono*” reconoce a los indígenas como Pueblos<sup>926</sup>. Pero durante el periodo de modelación de la regulación hasta los términos vigentes, han ido apareciendo otras expresiones que no han llegado a cristalizar por su falta de apoyo. Un ejemplo de ello lo tenemos con el breve recorrido que tuvo el cambio por “Poblaciones” que realizó el Convenio 169 de la OIT. No solo no tuvo permanencia sino que incluso no fue aceptada de forma unánime, volviéndose a la terminología de “Pueblos” por la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos Pueblos Indígenas de 2007<sup>927</sup>.

Otro intento fue el de encuadrar a los Pueblos Indígenas como “*Minorías Nacionales*”. Igualmente no llegó a aceptarse esta terminología por las reminiscencias a una comunidad diferenciada con un innegable vínculo de subordinación a un poder estatal. Junto a ello, no puede obviarse la diferenciación que en el marco jurídico internacional ha supuesto el hecho de calificar al colectivo como Pueblo o como Minoría. Pueden encontrarse propuestas en el sentido de clasificar al colectivo indígena en una u otra

---

<sup>925</sup> Figuera Vargas, Sorily Carolina “Los Pueblos Indígenas: Libre determinación y Subjetividad internacional”. Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid. nº 22, 2010-II, pp. 105-123. Pág. 107 “La distinción se encuentra en que quienes se consideran pueblos tribales no pueden afirmar que descienden de habitantes aborígenes de un territorio. Igualmente, los vocablos tribu o tribal pueden ser percibidos como un insulto para los indígenas, de hecho, su admisión es relativa. En los Estados Unidos es plenamente aceptado el término tribu para denominar a los indígenas de este país, pero en Canadá no es admitido con consenso, inclinándose por el empleo de la locución Primeras Naciones.”.

<sup>926</sup> *Ibidem*. “Circunscribiéndome a las definiciones oficiales, el Convenio N° 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre Poblaciones Tribales y Semi – tribales en Estados independientes de 1957, a lo largo de su contenido hacía alusión a las “poblaciones indígenas”, circunstancia que nunca convenció a los indigenistas, ya que, una de sus grandes demandas ha sido el ser reconocido como pueblos. En realidad la imprecisión del Convenio N° 107 y su evidente carga integracionista originó un descrédito entre los indígenas, que en definitiva desembocó en la corta historia del Instrumento. Fue así como, en 1989, la OIT adoptó el Convenio N° 169 sobre “Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” (1989), sustituyendo al Convenio N° 107. El Convenio N° 169 sustituyó el término “población” por el de “pueblo”, trayendo implicaciones que van más allá de la mera semántica.

<sup>927</sup> De ambos textos internacionales por su evidente trascendencia en el tratamiento de la regulación jurídica de los Pueblos Indígenas, se trataran de forma más detallada en un epígrafe posterior.

figura jurídica<sup>928</sup>. Figuera Vargas entiende que no pueden desligarse los conceptos y que existen evidentes puentes de conexión entre ambas, pero establecido ese nexo, no puede generalizarse la conexión hasta hacerla parte de la propia definición convirtiendo el término en vago, impreciso y sobre todo equívoco. Hay situaciones en las que queda marcada la disparidad de circunstancias concurrentes y de ahí el mejor encaje de uno u otro término. De hecho, no podemos olvidar que el desarrollo normativo internacional en referencia a los Pueblos y a Minorías ha sido diferente, con distinto marco legal y sobre todo, en el haz de Derechos reconocidos<sup>929</sup>.

Partiendo de los evidentes lazos de conexión que tienen tanto los Pueblos como las Minorías, en el caso de los indígenas, Figuera Vargas se decanta, con buen criterio a nuestro juicio, por su clasificación como Pueblos. Los “*Pueblos Indígenas*” han reivindicado desde siempre su identidad como Pueblos originarios, asociados a un territorio, cultura y lengua, de la que, a pesar de les fuera arrebatada su autonomía en el proceso de conquista y colonización, nunca han perdido su identidad y sentido como colectivo diferenciado, trasponiendo esa realidad, a sus demandas e inclusión dentro de la configuración estatal contemporánea<sup>930</sup>. Ello ha supuesto una continua pugna con el

---

<sup>928</sup> Figuera Vargas, S.C. Óp. cit. Nota 925. Pág. 109. “*La inclusión de los pueblos indígenas dentro de los beneficiarios de los derechos que exigen las minorías étnicas o nacionales ha sido motivo de cuestionamiento doctrinal. Por una parte, se ha establecido que con el progresivo reconocimiento de los indígenas como pueblos en distintas normativas internacionales, se ha superado de manera definitiva su consideración como minorías. Pero otro sector ha expresado que, tratar de forma paralela e independiente el tema de los derechos indígenas y el de las minorías carece de fundamento, pues no es sencillo refrendar que un pueblo indígena no sea una minoría étnica dentro de un Estado soberano. En este particular estimo que deben ser estudiados y comparados todos los casos, pues si bien es cierto que el pueblo Yanomami podría ser considerada una minoría étnica en Brasil y Venezuela, no es menos cierto, que en Bolivia la mayoría de su población es indígena, con un aproximado de 62% y un ciudadano indígena como es Evo Morales llegó a la jefatura del Estado.*”

<sup>929</sup> Puede constatarse tomando como referencia los dos textos normativos internacionales de base en la regulación de cada una de las figuras. Por un lado la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (1992) y por otro la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007).

<sup>930</sup> Ballón Aguirre, F. Óp. cit. nota 858. Pág. 14. “*Ahora bien, el sentido que tiene el enunciado pueblo indígena en el texto que sigue, se refiere a una entidad generadora, de condiciones político-jurídicas extremadamente altas, equiparables únicamente a los derechos que corresponden a la persona humana. Se trata de una categoría específica e inconfundible, precisa e identificable por sus características y consecuencias particulares que no se asimila, en modo alguno, a la idea de poblaciones, culturas, grupos étnicos, minorías étnicas, comunidades campesinas o nativas, los otros, las culturas originales. Dicha categoría remite a un sujeto jurídicamente preciso -con derechos típicos- que se distingue de otras realidades jurídicas y sociales... ...Con la palabra indígenas se cubre a una gran variedad de pueblos propiamente dichos, andinos como el huanca y los quechuas, amazónicos como los nomatsiguenga, con muy distintos lazos tendidos con la sociedad civil, pueblos con profundas vinculaciones y otros llamados*

concepto liberal de “Estado-Nación”<sup>931</sup>, en la que los últimos avances, sobre todo con la nueva hornada de Derechos Humanos y la inclusión en la misma del Derecho de Autodeterminación con una clara identificación de los Pueblos Indígenas como sujetos activos del Derecho, está suponiendo un rotundo reconocimiento, aceptación y respeto a sus Derechos. Impulso que se ha visto intensificado, consolidado y desarrollado por el nuevo modelo Constitucional que se está abriendo en Latinoamérica.

Otro de los autores que encuadran a los “*Pueblos Indígenas*” en la categoría de “*Pueblos*”, es Aparicio Wilhelmi, en plena sintonía con Figuera Vargas<sup>932</sup>. Para sustentar tal declaración parte de la propia voluntad del colectivo indígena que siempre se ha reivindicado como un “*Pueblo*” y no como una minoría. En este caso, el argumento antes citado de la ruptura que operó en un momento de su historia en cuanto la quiebra que supuso a su autonomía, su posterior incorporación en el modelo de Estado-Nación moderno, es un alegato en favor de su diferenciación con las “*Minorías*” y una ratificación a su identidad como “*Pueblo*”<sup>933</sup>. En este punto, incide en que no debe caerse en la superficialidad de dar por asentada la caracterización como “*Pueblo*”, ya que desde la perspectiva jurídica, remarcando un razonamiento que ya anteriormente se ha expuesto, es una realidad con similitudes a la de “*Minorías*” y por ello puedan aplicarse razonamientos y conclusiones, de forma indistinta. Como por ejemplo, en materia de Derecho de Autodeterminación, nos permitimos añadir. Esta relación biunívoca de ambos conceptos no responde a una cuestión numérica sino a la

---

*no contactados como los isconahuas. Naturalmente, ningún pueblo usa como su nombre propio el término indígena. Cada pueblo tiene su modo de llamarse a sí mismo y reafirmar su identidad. Por ello, emplear las palabras indígenas u originarios o autóctonos o ancestrales o nativos, es indiferente desde el punto de vista singular. El ser indígenas u originarios o como prefiera llamarse a ese conjunto, supone que todos ellos comparten una raíz histórico-jurídica en común: pre-existen al proceso de expansión colonial europeo.”.*

<sup>931</sup> Cayuqueo, P. Óp. cit. Nota 863. “*El Estado no se ha creado para hacer desaparecer a los pueblos que lo preexistían y constituir un nuevo pueblo. El Estado no se ha establecido con el fin de que se desarrolle a sí mismo violando los Derechos Humanos de quienes lo componen. La idea de que el Estado existe por sí y para sí, a costa del sacrificio de personas y pueblos, pudo tal vez aceptarse en la época del Rey Sol, pero hoy no puede compaginarse de ninguna manera con el respeto a los Derechos Humanos. Esa idea es puro totalitarismo e imperialismo.”.*

<sup>932</sup> Aparicio Wilhelmi, M. “*El Derecho de los Pueblos a la libre determinación*”. Pueblos Indígenas y Derechos Humanos. Universidad de Deusto. Bilbao. 2006.

<sup>933</sup> *Ibíd.* Pág. 4. “*...reivindican el título de “pueblo” como colectividad de personas unidas conscientemente por una comunidad de origen, historia, tradiciones, idioma, religión, etc., que se afirma como sujeto de derechos culturales, políticos y económicos, resaltando, en primer lugar, el derecho a la libre determinación.”.*

circunstancia de base que comparten de estar ambos colectivos bajo una “*relación de subordinación*” con respecto al poder estatal<sup>934</sup>.

Lejos de un espejismo inicial de confluencia conceptual entre “*Pueblo*” y “*Minoría*”, Wilhelmi constatan diferencias entre ambas figuras que avalan su distinta regulación. Desde un plano sustancial, al hablar de “*Minorías*” hacemos referencia a situaciones en la que concurren un “*desmembramiento*” de un Pueblo o la existencia de una “*Minoría dispersa*” consecuencia de flujos migratorios u otro tipo de “*éxodos*”<sup>935</sup> por lo que bajo tales premisas, difícilmente puede catalogarse como “*Pueblo*” lo que responde a tales elementos causantes.

Al margen de este elemento material, entiende que la diferencia central descansa por el hecho subjetivo en cuanto “*el tipo de aspiraciones que el colectivo humano comparte*”. Defiende que lo que distingue a un “*Pueblo*” es la propia voluntad de constituirse como tal. Bajo un territorio definido, un autogobierno y una identidad propia. Ese ejercicio de autoafirmación tiene un claro sujeto pasivo identificado con el Estado que implica, por lo general, una relación de conflictividad en el que hay una inherente dialéctica de confrontación en el desiderátum de ser reconocido por el adverso como un “*Pueblo*”, en igualdad de condiciones y de derechos<sup>936</sup>. Es en ese contexto donde se radican las relaciones de los “*Pueblos Indígenas*”.

Por el contrario, la “*Minoría cultural*” no exige al Estado receptor, un dominio político, jurídico sobre un territorio y población, sino que se limita a exigir un trato de respeto en

---

<sup>934</sup> *Ibidem*. Pág. 4. “*Así, por ejemplo, en Sudáfrica, la minoría blanca en los tiempos del apartheid no podía ser tratada jurídicamente como minoría cultural; igualmente, en los países del continente africano, sólo pueden ser tratados como pueblos indígenas los descendientes de los pueblos originarios que se hallen en una situación de no dominación*”.

<sup>935</sup> Aparicio Wilhelmi recoge la definición de Minoría de Francesco Capotorti como una de las que mayor aceptación ha recibido. “*Un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, en situación no dominante, cuyos miembros, súbditos de un Estado, poseen desde el punto de vista étnico, religioso o lingüístico una característica que difiere de las del resto de la población y manifiesta incluso de modo implícito un sentimiento de solidaridad con objeto de conservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma*”.

<sup>936</sup> Wilhelmi, A. *Óp. cit.* Nota 932. Pág. 6. “*Hasta el momento la relación se ha dado en el marco de Estados “etnocráticos”, término que implica no sólo que la etnia dominante ejerza el poder a expensas de otras etnias, sino que además pretende adueñarse y autoidentificarse con el Estado-nación en su conjunto (como manera de legitimación); “el problema entre el Estado y la nación étnica no es la diferencia cultural sino la lucha por el poder y la legitimidad.”*



lo que se refiere a su identidad diferenciada<sup>937</sup>. De este modo se descarga en el Estado la configuración de un modelo de convivencia, que permita la compatibilidad de las manifestaciones a esa identidad diferenciada y a la búsqueda de puntos de compatibilidad desde un plano, principalmente social y jurídico. Muy al contrario, en la figura de los “Pueblos”, son éstos los que marcan sus exigencias y reivindicaciones. Wilhelmi es firme en cuanto la especificidad de los “Pueblos Indígenas” como categoría jurídica de “Pueblos”, de lo que extrae dos importantes conclusiones. Por un lado, porque dependiendo del Sujeto se define el marco de convivencia y en segundo lugar, porque generan una sinergia de realidad que se impone en un marco jurídico preestablecido para la igualdad formal.

Veamos otras propuestas de la doctrina científica que consideran a las “Minorías”, al menos concurrentes con los “Pueblos”, en cuanto aptitud para la titularidad de Derechos colectivos.

Empecemos con la propuesta de Álvarez Molinero, que opta por el uso de “Minorías nacionales”<sup>938</sup> para referirse a los “grupos culturalmente diferenciados”. En línea con la propuesta de Kymlicka, la Autora matiza que dicha denominación está reservada para aquellos colectivos que previamente gozaban de autonomía y fueron integrados en un Estado. Lógicamente, estos colectivos que disponían de un grado de autogobierno que vieron mermado en mayor o menor medida cuando fueron incorporados bajo la soberanía del Estado, demandaban y demandan la recuperación de esa libertad e identidad, aunque sea por mero instinto de supervivencia. Justifica la elección de “Minorías nacionales” por la identidad común que distingue al colectivo al englobar un grupo diverso pero que comparte un patrón común. El de haber visto mermada su autonomía por estar supeditados a la soberanía del Estado. Añade, que en muchos casos, el propio Estado no reconoce la identidad diferenciada y en otros, incluso, se constatan firmes intentos de homogeneizar cultural, territorial y políticamente a la minoría con el modelo cultural mayoritario o imperante por lo que, a su juicio, el uso de la expresión

---

<sup>937</sup> *Ibidem*. Pág. 7. “Para Deschênes el elemento clave en la definición de minoría, es que el grupo humano diferenciado del resto tenga como voluntad colectiva su integración (aunque en base al respeto de la diferencia) en el esquema de igualdad con el resto de la sociedad estatal.”.

<sup>938</sup> Álvarez Molinero, N. Óp. Cit. Nota 232.

“*Minorías Nacionales*” se torna, en expresión reafirmante y reivindicativa de una identidad que se intenta diluir.

Es cierto y compartimos que la categoría “*Minorías*” es una figura jurídica que el Derecho Internacional ha dejado relegada en el ámbito subjetivo del Derecho de Autodeterminación en favor de la de “*Pueblos*”. Sin embargo, tal y como preserva Álvarez Molinero, no concurre una exigencia distintiva que permita sostener la distinción entre “*Minorías*” y “*Pueblos*” que implique dejar fuera de su ámbito a aquellas. Además las políticas aplicables tiene un tronco común de base en la identidad diferenciada, por lo que del análisis de la aplicación del Derecho de Autodeterminación a los Pueblos Indígenas, se podrán extraer conclusiones aplicables exclusivamente a éstos y en otras ocasiones, serán extensibles a todo el colectivo (*Minorías*) en general<sup>939</sup>.

Por último, expondremos una ponderada propuesta, la que en esta materia nos ofrece Mendoza Antúnez<sup>940</sup>. Inicia su reflexión sobre el debate de la titularidad del Derecho de Autodeterminación en referencia a *Minorías* y Poblaciones Indígenas recordando la insoslayable regla de que, en sede de Derecho Internacional, sólo se admite la titularidad del Derecho de Autodeterminación a los “*Pueblos*”. Deduce por tanto, que solo una “*mayoría compacta*”, asociada a un territorio, es el único sujeto admitido por la Comunidad Internacional como titular del mencionado Derecho. Por oposición, las “*Minorías*”, rodeadas por una “*población extranjera*” y dispersas, no encaja en el perfil hábil para gozar de la citada titularidad. A partir de esta certeza construye la armazón que determina a los “*Pueblos*” como único titular, jurídicamente reconocido, del Derecho de Autodeterminación por el Derecho Internacional. En este caso considera, con cierta conexión con Wilhelmi, que la conflictividad innata en la relación con el Estado, en la pugna del reconocimiento de su identidad, encuentra un instrumento reivindicativo en el propio Derecho de Autodeterminación<sup>941</sup>. Esto se presenta como

---

<sup>939</sup> *Ibidem*. Pág. 14.

<sup>940</sup> Mendoza Antúnez, C. A. “El Derecho de Autodeterminación: Un Derecho Humano de los Pueblos Indígenas”. Obra colectiva “Estudios Homenaje a D. José Emilio Rolando Ordoñez Cifuentes”. Coord. María Carmen Macías Vázquez y Marisol Anglés Hernández. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2013. Pág. 1 y ss.

<sup>941</sup> *Ibidem*. Pág. 9. “Así es que conflictos que atentan contra la integridad estatal, y que el derecho internacional busca evitar, son ocasionados porque los diferentes pueblos incluidos en Estados multinacionales, se percatan que están sometidos al poder de un Estado al que ellos no se han asociado

motivo capital por el que los “*Pueblos Indígenas*” se les han considerado “*Minorías étnico-culturales*” dentro de los Estados y no como “*Pueblos*”. De ésta forma, se consigue un triple objetivo. Primero, se veta la posibilidad de ejercer cualquier facultad inherente al Derecho de Autodeterminación, en segundo lugar, se obtiene una conveniente estabilidad política y se esquivan los miedos de la desmembración territorial y por último, se soslayan eventuales reclamaciones internacionales por el incumplimiento de la aplicación de un Derecho que es, aceptado mayoritariamente, con eficacia “*erga-omnes*”.

Distingue la Autora, que la noción de “*Minoría*”, viene determinada por un factor externo. Un elemento objetivo, en función del criterio que se tenga para cuantificar. Es una idea de “*relación con*”. En el caso de grupos minoritarios, si aplicamos esta idea, se definen por las “*relaciones intersubjetivas*” que operan por los integrantes del grupo minoritario con el grupo mayoritario. En el caso de los “*Pueblos Indígenas*”, conforman una “*Minoría*” en cuanto que su relación con el Estado se determina por un vínculo entre desiguales en el que las concesiones otorgadas a uno de los sujetos dependen de la voluntad del otro. Puede extraerse que se remarca la dualidad que existe en cuando los perfiles del sujeto, confluyendo caracteres tanto de “*Minoría*” como de “*Pueblo*”, optándose por éste último casi por un criterio de utilidad si tenemos en cuenta que en el Derecho Internacional ha tenido mejor acogida, en lo que a la atribución de Derechos, sin que de ello deba deslucirse la inestimable contribución que las “*Minorías*” y su labor, han tenido en la lucha y respeto por sus Derechos<sup>942</sup>.

Cerrando la breve referencia, la propuesta de Mendoza Antúnez llama la atención por su uso del término “*Poblaciones*” para definir a los “*Pueblos Indígenas*”. El Convenio 107 de la OIT utilizó este término en 1957<sup>943</sup>, que es interpretado por la Autora con

---

*de manera voluntaria y que los discrimina y/o margina. Por lo tanto, estos pueblos buscan la manera de expresar su desacuerdo, utilizando el derecho de autodeterminación como un principio democrático al que tienen derecho.”*

<sup>942</sup> *Ibidem*. Pág. 10. “*Asimismo, no debemos restar importancia al hecho de que fue precisamente el tema de minorías el que ha llevado a la práctica, la evolución de los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional.”*

<sup>943</sup> Artículo 1.1. “*1. El presente Convenio se aplica:*

*(a) a los miembros de las poblaciones tribuales o semitribuales en los países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los*

reminiscencias integracionistas o asimilacionistas<sup>944</sup>. Se percibía a los “*Pueblos Indígenas*” como culturas de segundo nivel, abocadas a la desaparición y sin capacidad de desarrollo social y económico. Percepción que fue disminuyendo hasta su completa expiración conforme fueron avanzando los trabajos de la propia OIT en los que se dio participación a miembros de los propios “*Pueblos Indígenas*” y de este modo pudo tenerse un conocimiento directo de una realidad que se manejaba con distancia<sup>945</sup>. Relegando el uso de “*Poblaciones*” y escogiendo el término de “*Pueblos*”, como más adecuado para englobar la realidad de su ámbito material y subjetivo. Arteaga Jara igualmente rehúye del término “*Poblaciones*” para los “*Pueblos Indígenas*”. Lo considera un concepto “*estadístico*” e insensible a la heterogeneidad cultural, étnica y lingüística<sup>946</sup>, considerando como más adecuado el de “*Pueblo*”<sup>947</sup>, como pauta que ha

---

*otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;*

*(b) a los miembros de las poblaciones tribuales o semitribuales en los países independientes, consideradas indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país, o en una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización y que, cualquiera que esa su situación jurídica, viven más de acuerdo con las instituciones sociales, económicas y culturales de dicha época que con las instituciones de la nación a que pertenecen.*

*2. A los efectos del presente Convenio, el término semitribual comprende los grupos y personas que, aunque próximos a perder sus características tribuales, no están aún integrados en la colectividad nacional.*

*3. Las poblaciones indígenas y otras poblaciones tribuales o semitribuales mencionadas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo se designan en los artículos siguientes con las palabras las poblaciones en cuestión.”.*

<sup>944</sup> Ballón Aguirre, F. Óp. cit. Nota 858. Pág. 59 “*Algunos instrumentos jurídicos creados entre los Estados pueden contener una parte de las legítimas aspiraciones del movimiento indígena, no obstante, debe recordarse que se trata de expresiones limitadas por el contexto en que son generadas: una asamblea de representantes estatales cuyos acuerdos, desacuerdos y transacciones se expresan en tales documentos. Algunos de esos productos han sido abiertamente contrarios a los derechos históricos de los pueblos indígenas, tal como lo fue el Convenio 107 de la OIT, del año 1957.”.*

<sup>945</sup> Fruto de esta colaboración fue el Convenio 169 de la OIT.

<sup>946</sup> Arteaga Jara, A. Óp. Cit. Nota 162. Pág. 47. “*También el concepto de pueblo se diferenciaría de el de “poblaciones” que se refiere al “conjunto de personas que de modo permanente habitan el territorio del Estado y están en general unidas a éste por vínculo de la nacionalidad”. En éste se incluye a una diversidad de pueblos sin considerar las particularidades de cada uno. Es un concepto estadístico que determina las personas que viven en un Estado específico y que no da cuenta de la heterogeneidad cultural, étnica y lingüística de ellas. Es por esto que no se estima adecuado para referirse a los pueblos indígenas”.*

<sup>947</sup> *Ibidem*. Pág. 48. “*En otras palabras, es posible encontrar puntos de diferenciación entre “indígenas” y “minorías”, pero no entre “indígenas” y “pueblos”, sobre la base de los esfuerzos de las organizaciones internacionales por definir estos términos en el presente siglo”.*

imperado en Naciones Unidas<sup>948</sup> en el debate de titularidad del Derecho de Autodeterminación.

Hoy se puede afirmar que el Derecho a la libre determinación de los Pueblos, tiene vocación generalista, que se ha despojado de la carga que suponía su asociación a la secesión o independencia colonial<sup>949</sup>, y ha basculado a una vertiente más democrática. Actualmente se alza como un faro que marca el camino en lo que a las relaciones, tanto para Minorías, Pueblos y en general cualquier colectivo que voluntariamente se considere con una identidad colectiva diferenciada, dentro de sus respectivos Estados<sup>950</sup>. Ha pasado de ser una cuestión meramente territorial y soberana, a ser un criterio de cuantificación de la salud democrática de un País.

---

<sup>948</sup> *Ibidem*. Pág. 49. “Este es el criterio que ha predominado en el ámbito de Naciones Unidas. Si bien la cuestión indígena fue tratada dentro de las labores de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (cuyo nombre fue cambiado posteriormente por la de Promoción y Protección de los Derechos Humanos), la utilización frecuente del término “pueblos” y el reconocimiento explícito del derecho a la libre determinación tanto en el proyecto como en la Declaración finalmente aprobada, así como los debates en los Grupos de Trabajo, entre otros antecedentes, dan cuenta del reconocimiento de las particularidades de estos pueblos que impiden asimilarlos a las minorías.”.

<sup>949</sup> Ballón Aguirre, F. *Óp. cit.* Nota 858. Pág. 24. “Es decir, un pueblo puede inclinarse en última instancia hacia la secesión política de sus vínculos con el Estado. Una minoría (o mayoría) étnica o un grupo racial que no pueden alegar este tipo de derechos, deberán acudir a otros referidos a la condición étnica o la igualdad racial para resarcir sus derechos. Para alegar autodeterminación y derivar la secesión política es condición previa el que se trate de un pueblo jurídico quien la sostenga. Pero el derecho de autodeterminación supone tanto la secesión como su contraparte la composición, la unión. Desafortunadamente la distorsión ideológica lleva a concebir a la autodeterminación como sinónimo de secesión. Pero debe primar el camino del Estado plural, aquel sistema jurídico nacional que admite las variantes manteniendo su unidad.”.

<sup>950</sup> Sánchez Rubio, David y Cruz Zúñiga, Pilar *Óp. Cit.* Nota 847. Pág. 106 “Sin embargo, la idea de la identidad o de un «sí mismo» independiente de su contexto social sigue siendo muy fuerte en el mundo occidental. Para las culturas occidentales industrializadas (Myers, 2008) la identidad está muy autocontenida. Bajo este concepto, si nos trasladáramos a otro país, la identidad propia como individuo único con determinadas habilidades, características y valores permanecería intacta. La psicología de las culturas occidentales celebra el individualismo y ha reforzado la idea de que la construcción de la identidad depende más de sí mismo que de las expectativas de los otros. Pero las culturas oriundas de Asia, África, América Central y Sudamérica (como la población indígena originaria) asignan un mayor valor al colectivismo, donde no consideran al individuo de forma aislada sino embebido en su contexto social y familiar, donde la identidad es interdependiente y se define en la relación con los demás. Lo que importa no es tanto la realización individual sino las metas del grupo y la solidaridad, donde las responsabilidades son compartidas y las relaciones sociales muy valoradas.”

Con ello, se ha dado apertura a un amplio espectro de sujetos activos del Derecho, mucho más allá de lo que puede conceptuarse como “*Pueblo*” desde la perspectiva internacional, abarcando a las Minorías que conviven en el territorio común del País<sup>951</sup>.

Centrándonos en lo que respecta a los Pueblos Indígenas, a pesar de la fragilidad que caracteriza estos primeros momentos de asentamiento de las Minorías como titulares del DLDP, Sáez de Santa María considera que es, en este aspecto, donde “*más firmes*” desarrollos se están obteniendo. Recalca que dichos progresos se pueden apreciar, no solo en cuanto la configuración del sujeto “*Pueblo*”, sino también en cuanto la conformación de su titularidad del DLDP. A lo que nos permitimos añadir, que un exponente de dicho avance lo podemos encontrar en el tratamiento que los textos constitucionales de Venezuela, Ecuador y Bolivia hacen de ésta cuestión, tal y como se irá desgranando a continuación.

La caracterización de los Pueblos Indígenas como sujetos activos y reconocidos de Derechos ha sido un proceso prolongado y complejo. La necesaria armonización de conceptos como Minorías, Minorías Nacionales, Poblaciones o Pueblos, ha jugado siempre en contra de la propia configuración de la titularidad del DLDP, ya que ha propiciado cenagosos debates teóricos que únicamente han servido para la devaluación del potencial del sujeto activo que trataba de definir cada realidad. El hecho de optar por una u otra conceptualización implicaba asociarle limitaciones en cuanto la extensión de los derechos de los que gozaba y con ello acotar su ámbito material y subjetivo<sup>952</sup>.

Si traspasamos esa inicial capa en la que los matices realmente no marcan diferencias de naturaleza, se podrá comprobar que en el fondo, bajo todos los sujetos, se ofrece una

---

<sup>951</sup> Ballón Aguirre, F. Óp. Cit. Nota 858. Pág. 198. “*Con todo, junto al firme rechazo de la secesión, se pueden observar algunos elementos que abonan la tesis de la aproximación del derecho de las minorías al de libre determinación en su manifestación interna, a través del impulso de un derecho de participación en las diferentes parcelas del funcionamiento del Estado. Del conjunto de los textos de los que se infiere, sin valor jurídico obligatorio en la mayor parte de los casos, se desprende que se trata, claro está, de una tendencia que intenta encontrar acomodo en el corpus del derecho internacional. Por otra parte, aunque obviamente distinta en su materialización, esta línea de actuación enlaza con la emprendida por la Sociedad de Naciones de protección de los grupos a los que no se les había reconocido su pretensión de convertirse en Estados a la que ya nos hemos referido.*”

<sup>952</sup> Muestra de ello es la diferenciación que los textos internacionales marcaron en cuanto al Derecho de Autodeterminación al inicio del proceso descolonizador de la segunda mitad del Siglo XX, que sí fue reconocido a los “Pueblos” pero no a las minorías”.

misma realidad. Con independencia de la eventual morfología en la que se presenten, una sustantividad común se ha venido manteniendo de forma diacrónica. En esencia, hablamos de una colectividad que comparte una identidad y que se afirman desde su propia voluntad y conocimiento, al que de forma contingente se le puede asociar otros elementos, un territorio, cultura, tradición histórica, lengua, etc., que son en su conjunto, lo que le dota de esa identidad diferenciada.

Partiendo de tal premisa, debemos preguntarnos si atendiendo a la normatividad del Derecho Internacional y en su caso, Estatal, los Pueblos Indígenas son sujetos titulares del Derecho de libre determinación de los Pueblos<sup>953</sup>.

Un primer aspecto a resaltar, es que la propia denominación tiene relevancia e implicaciones. La dicción cobra una especial importancia en cuanto la trascendencia jurídica de los términos y hasta a ese nivel, es necesario justificar el uso conjunto de los conceptos en aras a una correcta definición del sujeto. La unión de los dos vocablos en la expresión “*Pueblo Indígena*” tiene su sentido. En este aspecto, Horacio Larraín hace un interesante estudio, que a pesar del tiempo transcurrido, compartimos plenamente en su conclusión<sup>954</sup>. El autor, analiza de forma separada los términos “*Pueblo*” e “*Indígena*”, tratando de encontrar razones que permitan sostener si individualmente definen suficientemente al sujeto o por el contrario, su conformación nace de la aportación operada por la conjunción de ambos términos.

Empieza con el término “*Pueblo*” y hace una llamativa reflexión en cuanto que considera que el concepto “*Pueblo*”, ha sido “*absorbido*” por el de “*Nación*”. Ya en el epígrafe anterior se hacía referencia a la inicial confusión en el ámbito internacional que operó entre “*Pueblo*” y “*Nación*”, y lo multívoco de ambos términos, pues bien, esa original confluencia ha tenido su repercusión, y se ha de añadir que con tintes negativos. En un contexto diferente, Mendoza Antúnez llega una conclusión similar, en el sentido de que “*Pueblo*” y “*Nación*” tienen zonas de confluencia con similitudes en su

---

<sup>953</sup> Figuera Vargas, S.C. Óp. cit. Nota 925.

<sup>954</sup> Horacio Larraín, B. “¿Pueblo, etnia o nación? hacía una clarificación antropológica de conceptos corporativos aplicables a las comunidades indígenas”. Revista de Ciencias Sociales (CI), núm. 2, 1993. Universidad Arturo Prat., pp. 28-53.

configuración<sup>955</sup>. A su juicio, basándose en el estudio de Naciones Unidas sobre el desarrollo del Derecho de Autodeterminación, y la noción de “Pueblo” de su relator, Aureliu Cristescu, mantiene que sociológicamente tanto “Pueblo” como “Nación” les une la cualidad común de ser comunidades humanas que comparten un pasado y que anhela un futuro colectivo<sup>956</sup>.

El diccionario de la RAE, nos ofrece una definición de “Pueblo”<sup>957</sup>, que en opinión de Horacio Larraín “no calza” con lo que considera debe ser el sentido de “Pueblo Indígena”. Si nos fijamos en todas las acepciones de la voz, se puede comprobar que, efectivamente en todos ellos falta un contenido relacionado con su carácter “étnico y cultural”. Sentido que, coincidimos con el autor, es de vital trascendencia a la hora de conceptualizar, adecuadamente, la realidad que se pretende acotar. Es decir, falta un sentido antropológico en la noción que aboca al término a adolecer de un carácter, invalidándolo a los efectos de delimitar de forma precisa al sujeto objeto que pretende definir. Choca, por contra, que ese contenido sí lo hallemos en la definición que el mismo diccionario realiza de “Nación”, incluyendo, ahora sí, ese matiz antropológico<sup>958</sup>. La conclusión que podemos extraer de ello es que, si atendemos a la definición que ofrece el diccionario de la RAE del término “Pueblo”<sup>959</sup>, la misma queda

---

<sup>955</sup> Mendoza Antúnez, C. A. Óp. cit. Nota 940. Pág. 8.

<sup>956</sup> A raíz de esos puntos de confluencia entre Pueblo y Nación, en el contexto del Derecho de Autodeterminación, Mendoza Antúnez sostiene que, aunque en un principio se reconozca por el Derecho Internacional como único titular del Derecho a los “Pueblos”, se está reconociendo como titulares de forma implícita a las Naciones y los Estados, ya que son figuras jurídicas que se alcanzan, por el desarrollo del propio Derecho de Autodeterminación.

<sup>957</sup> Nos ofrece cinco acepciones (actualización 2017): “1. m. Ciudad o villa. 2. m. Población de menor categoría. 3. m. Conjunto de personas de un lugar, región o país. 4. m. Gente común y humilde de una población. 5. m. País con gobierno independiente.”.

<sup>958</sup> Horacio Larraín, B. Óp. cit. Nota 945. Pág. 43. “Curiosamente la connotación antropológica que nos permite hablar de un “pueblo mapuche” o de “un pueblo aymara”, que supera incluso las fronteras nacionales, ha sido conservada, como última acepción, en el Diccionario de la Lengua Española (edición 1984) bajo la voz “nación”... .... Por lo tanto, mientras la voz “nación”, que ya adquirido predominantemente un sentido de Estado Nacional independiente, todavía posee-aunque bastante aletargada, la acepción antropológica que sirve a nuestro propósito, la voz “pueblo”, la deja de lado de modo francamente inexplicable. Porque basta un somero análisis de las acepciones que trae el Diccionario, para que veamos que la referencia inmediata es a localidad geográfica, o, a lo más, a un conjunto de personas de una cierta región o país. Nada aquí que no indique identificación con un conjunto de costumbres, tradiciones y lengua, en un territorio dado que se posee desde tiempos inmemoriales.”.

<sup>959</sup> En su estudio Horacio Larraín expresa el contraste que supone en cuanto al tratamiento que diccionarios de procedencia anglosajona hacen del término “Pueblo”, en los que sí podemos encontrar



incompleta y de ahí que debamos atender a examinar otras acepciones, que permitan, siquiera complementariamente, suplir la inicial falta de un ingrediente esencial, hasta el punto que define su sustantividad. Más si nos percatamos de que estamos analizando la eficacia de una expresión, a la que le exigimos una validez integral.

A la vista de lo expuesto, resulta acreditada la insuficiencia del término “*Pueblo*” por sí solo para encuadrar la realidad que pretendemos definir. Queda por ver si acompañado con la expresión “*Indígena*”, permite dar por enteramente delimitada la entidad. En este ámbito, Horacio Larraín reflexiona si expresiones como “*culturas indígenas*”, “*comunidades indígenas*” o simplemente “*indígenas*”, ofrecen un significado con el que quede cubierta la definición. La respuesta es negativa.

El término “*Pueblo*” añade un sentido de “*colectividad*” a la expresión, que es consustancial a la propia realidad que se está definiendo. De otro modo, se estaría dando pie a interpretaciones en las que pueden caber referencias a sujetos individuales<sup>960</sup>. En palabras del Autor estamos ante “*una identidad que se compone de varias identidades*”, por lo que de negar su vertiente grupal, estamos cercenando su carácter como colectivo y, en consecuencia, su propia identidad como tal. Lo que implicaría coartar la vía de acceso a derechos esenciales reconocidos como el de Autodeterminación<sup>961</sup>.

Por lo que puede concluirse que la expresión “*Pueblos Indígenas*” recoge de forma plena la completa identificación del sujeto como titular de derechos incluyendo tanto su vertiente como colectivo, como su carácter identitario, culturalmente diferenciado.

---

significados con referencias definitorias a su identidad como etnia cultural. Un ejemplo de ello lo encontramos en los mapas de la National Geographical Society en Washington.

<sup>960</sup> Horacio Larraín, B. Óp. cit. Nota 104. Pág. 45 “*En nuestra opinión, hay una diferencia sustancial entre decir “indígenas”, “culturas indígenas” y aún “comunidades indígenas” y decir “pueblos indígenas”. En el primer caso (“indígenas” o “culturas indígenas”) es perfectamente dable pensar en Indígenas como seres individuales. Y su cultura podría venir a ser la sumatoria de las expresiones culturales de individuos. Así, puede haber en un país “indígenas” que no constituyan agrupaciones que reclamen derechos y exijan el respeto a su identidad.*”.

<sup>961</sup> Horacio Larraín, B. Óp. cit. Nota 945. Pág. 46 “*Si omitimos el término “pueblo indígena” o algún equivalente, igualmente rico de contenido y significación, es obvio que destruimos la identidad grupal. Y esto es extraordinariamente grave. Les negaríamos el derecho de auto-definirse, auto-identificarse, auto-agruparse, auto-organizarse. Estaríamos negando un derecho fundamental humano: el derecho a la identidad. El cual es un derecho por ser una necesidad vital de los grupos humanos*”.

Marcada la idoneidad del sujeto “*Pueblo Indígena*” para ser titular de Derechos, resulta conveniente concluir ofreciendo una noción del mismo que nos permita consagrar su ámbito, para que, a modo de “*cierre*”, eluda la indeterminación que ha venido caracterizando todo su desarrollo. Para tal fin, en línea con Figuera Vargas, nos apoyaremos en la que Anaya ha propuesto, de la que podemos destacar los siguientes elementos distintivos<sup>962</sup>:

- Constituyen un grupo culturalmente diferenciado marcado por una estirpe ancestral. De esta forma se incorpora a su concepto la esencial caracterización étnica a la que ya se ha hecho referencia.
- Una autoconsideración como indígenas (Criterio de Pertenencia Indígena). Esta cualidad que nos evoca la primacía del elemento subjetivo a su consideración como Pueblo que ya tratamos en el epígrafe anterior, nos conduce a reflejar la íntima conexión que existe, no solo en su identidad sino en los pilares que la sustentan como su consciencia evolutiva, la conexión ancestral con su hábitat y una profunda devoción por su cultura<sup>963</sup>.

Completamos con la propuesta de Arteaga Jara, que viene a sumar a los anteriores requisitos<sup>964</sup>:

- la unidad cultural.
- identificación de sus miembros con una cultura común.
- un proyecto común (histórico y futuro)
- asentado en un territorio geográfico delimitado.

---

<sup>962</sup> Figuera Vargas incluye el elemento denominado “La Colonia”. Sin embargo, a mi juicio, es difícil destacar la contribución en la construcción final del concepto “Pueblos Indígenas”. La propia Autora reconoce la dificultad de ubicarlo como una aportación que sirva a los fines de la estructura final de la idea.

<sup>963</sup> Figuera Vargas, S.C. Óp. cit. Nota 925. “*Los criterios expuestos son una constante en las caracterizaciones de pueblos indígenas presentes en distintos instrumentos internacionales y leyes estatales sobre esta materia. Como muestra, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (literal b, del artículo 1.1); el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe (segundo aparte del numeral 1.1, del artículo 1); la Directiva 4.20 adoptada por el Banco Mundial; la Constitución de México de 2001 (artículo 2); y la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas venezolana (artículo 3.1)*”<sup>21</sup>, entre otros. “.

<sup>964</sup> Arteaga Jara, A. Óp. Cit. Nota 162.

Obviamente, la evolución que se ha expuesto, de forma muy simplificada, no está exenta de los lógicos altibajos, así como de los inmanentes reproches dialécticos a un proceso de consolidación. Debe advertirse, que en modo alguno debe entenderse que la inclusión de las Minorías en el ámbito subjetivo del Derecho supone un avance en cuanto al Derecho de Autodeterminación “externa” o “secesión”<sup>965</sup>. Al margen de ello, si hay una idea que ha de quedar reforzada con lo mostrado a lo largo de la exposición del presente epígrafe, es que al margen de la conceptualización como “Pueblo” o “Minoría”, los “Pueblos Indígenas” son actualmente sujetos activos en la titularidad de los Derechos Colectivos y en especial del Derecho de libre determinación de los pueblos, como así tienen reconocido la legalidad internacional, los textos constitucionales del NCL y mayoritariamente la doctrina científica.

### **5.1.3 Instrumentos Internacionales de Protección de la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas.**

Ya avanzamos en el anterior epígrafe una afirmación que en realidad se viene trasluciendo en muchos de los contenidos que anteceden. Si en los últimos años ha habido un estímulo al progreso en el reconocimiento de derechos de Pueblos y Minorías, ese ha venido por parte de la esfera internacional. Tanto desde un plano orgánico como normativo. Este debate multibanda en el que se ha ido avanzando en la consagración de los elementos subjetivos y materiales, especialmente de los Derechos Humanos de la tercera generación, ha tenido varios focos candentes. Podemos destacar, centrándonos en el Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos y su titularidad, por un lado la pugna entre derecho individual y derecho colectivo y por otro en cuanto a la perfilación del sujeto titular del mismo. De forma análoga se ha ido decantando un ámbito material en el DLDP del que se ha despojado de su original ropaje asociado a la secesión e independencia, fruto de su función en el proceso descolonizador, para

---

<sup>965</sup> Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Artículo 1.3 “*La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.*”.

avanzar en la conquista de una esencia axiológica más democrática y garantista de los Derechos de libertad y participación de las comunidades, grupos, etnias, colectivos y pueblos y en general cualquier grupo humano social que se identifique con unos rasgos culturales, tradición, instituciones propias, etc., dentro de un marco de convivencia y jurídico armonizado estatalmente.

En el campo internacional ya se hizo mención de algunos de los instrumentos e instituciones internacionales que habían tenido un activo protagonismo en la conformación actual del Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos. Bajo tal base, expondremos a continuación las referencias normativas más simbólicas en cuanto los progresos que ha habido en los últimos tiempos en el tratamiento de la realidad indígena como colectivo y su acceso a la libre determinación. Todo ello parte, de un mismo sustrato, la conquista del “*derecho colectivo*” como figura teórico-jurídica que se ha visto auspiciada en diferentes textos internacionales permitiendo así dotarle de una estructura onto-formal que asegure su viabilidad efectiva como Derecho. Debate que es expresión de una misma realidad, la del reconocimiento de los Derechos Humanos de tercera generación en general y del DLDP en particular<sup>966</sup>.

Partiendo de ello iniciamos nuestro recorrido con una breve referencia al artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>967</sup>, ya que puede marcarse como el punto de partida en el reconocimiento de los derechos colectivos y con ello, se abría la puerta a la conformación del DLDP tal y como hoy es reconocido. Si bien no deja lugar a la interpretación el sujeto activo de los Derechos que consagra, sí supone un avance en cuanto que se recoge como sujeto jurídico a las “*Minorías*”. De este modo gestaba el embrión de la figura que irá avanzando en su conformación jurídica como sujeto titular

---

<sup>966</sup> Alva Arévalo, A. “El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Derecho Internacional”. Cuadernos Deusto Derechos Humanos. Núm. 76. Bilbao. 2014. Pág. 20 “ *Los derechos colectivos son diferentes, sus titulares son grupos de personas que pueden invocar su respeto y cumplimiento solamente mediante una entidad colectiva y los agentes autorizados de dicha entidad.*18 *Los derechos colectivos tienen su fundamento en la protección del enfoque particular de grupos como los pueblos indígenas, que tienen sus propias relaciones interpersonales, sociales y políticas.*19 *Para los fines de este estudio, debo señalar que soy partidaria de la existencia de derechos colectivos y que los pueblos indígenas pueden ejercerlos, ya que reúnen condiciones especiales.*”.

<sup>967</sup> Anaya, J. Óp. cit. Nota 680. Pág. 191. “*El Comité de Derechos Humanos ha reforzado la norma de integridad cultural reflejada en el artículo 27 al exigir el reconocimiento de las particularidades de las culturas indígenas en la aplicación de otros artículos del Pacto*”.

de Derechos. En el caso de los “*Pueblos Indígenas*”, el avance en el reconocimiento de un estatus jurídico que supusiera un verdadero progreso en su situación, recorrió un camino paralelo en la segunda mitad del Siglo XX, centrado, principalmente, en el impulso que recibió desde organismos internacionales<sup>968</sup>.

Realizado este sucinto apunte, debemos centrar nuestro análisis en los tres instrumentos internacionales que realmente han supuesto una conquista en el estatus jurídico de Pueblos y Minorías en lo que al contexto latinoamericano afecta<sup>969</sup>. Nos referimos al Convenio 169 de la OIT<sup>970</sup>, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>971</sup> y la reciente Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>972</sup>.

### **5.1.3.1 El Convenio 169 OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales.**

Resulta algo insólito que una organización internacional dedicada a la temática laboral se haya preocupado por la situación de los Pueblos Indígenas en Latinoamérica desde comienzos del siglo XX. Lógicamente la punta de lanza de ese avance ha venido

---

<sup>968</sup> Bautista Cruz, S. Óp. cit. Nota 856. Pág. 87. “*El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas ha sido resultado de un lento proceso de toma de conciencia de la comunidad internacional. Este tema pasó así a ocupar un lugar destacado en la agenda internacional de los Derechos Humanos y el desarrollo. Las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales desplegaron desde los años sesenta, una serie de actividades que influyeron directa o indirectamente, en la fijación de normas para las poblaciones indígenas cuyo producto preponderantemente lo constituyen sin duda los dos Pactos sobre Derechos Humanos adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966.*”

<sup>969</sup> Me he centrado en el contexto Latinoamericano por afrontar el estudio de la regulación de los derechos de las minorías en correspondencia con los textos constitucionales más recientes, a fin de ofrecer una visión del conjunto y por convertirse en un exponente avanzando de los últimos progresos en la materia. Este enfoque del objeto de estudio no es excluyente de otros ámbitos en los que de forma paralela y continua se avanza en el reconocimiento de Derechos a Minorías y Pueblos. Un exponente de ello lo podemos encontrar en la Resolución de la Asamblea de Naciones Unidas (47/135), de 3 de febrero de 1993, sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas o en el marco Europeo los avances de la OSCE (puede referenciarse el Documento de la Reunión de Copenhague de la Conferencia sobre la dimensión Humana de la CSCE de 1990).

<sup>970</sup> C169 - Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Entrada en vigor: 05 septiembre 1991) Adopción: Ginebra, 76ª reunión CIT (27 junio 1989) - Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Técnicos). El Convenio puede ser denunciado: 05 septiembre 2021 - 05 septiembre 2022. Fuente: OIT.

<sup>971</sup> Aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007.

<sup>972</sup> OEA AG/RES. 2888 (XLVI-O/16) “Declaración americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”. Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016.

determinada principalmente por cuestiones laborales que, al fin y al cabo no resulta inesperado si tenemos en cuenta la precariedad y el abuso, en general, al que eran sometidas estas poblaciones.

Tras la primera constatación de reconocimiento de la individualidad a las “*Minorías*” que supuso el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y políticos<sup>973</sup>, podemos encontrar un primer hito en el avance normativo de protección de sus derechos con el Convenio 107<sup>974</sup> de la OIT de Junio de 1959, que es considerado el antecedente al 169. El Convenio 107 fue el primer texto internacional que abordó de forma integral y exclusiva la situación de los Pueblos Indígenas, que hasta ese momento no había tenido atención alguna en lo que a instrumentos de ámbito internacional respecta. A pesar de que tiene el relativo mérito de haber puesto la primera piedra en lo que a la visualización de las graves violaciones de Derechos Humanos a las que eran sometidos los Pueblos Indígenas, lo cierto es que ha sido criticado la visión, un tanto “*supremacista*” , con la que abordaba su planteamiento. Así lo ha recogido Alva Arévalo cuando analiza algunos de los contenidos que podemos encontrar en su preámbulo<sup>975</sup>. La autora acepta al Convenio 107 como un avance normativo

---

<sup>973</sup> Díaz Müller, Luis T. “Minorías y Globalización: Problemas Cognitivos en la Sociedad del Siglo XXI”. UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3536/19.pdf> Pág. 407. “*Fue así como el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos estableció el derecho de las minorías a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, y a usar su propio idioma. Con posterioridad, surgieron diversos instrumentos internacionales destinados a la protección de estos grupos:*

1. *La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948).*
2. *El Convenio 107 de la OIT relativo a las poblaciones indígenas (1957).*
3. *La Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza (1948).*
4. *La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1945).*

Por último, debe mencionarse la labor del Grupo de Trabajo sobre Comunidades Indígenas, dependiente de la Subcomisión, que ha venido desarrollando un interesante trabajo en materia de protección de minorías indígenas, en particular respecto de la abrogación del Convenio 107 y de la situación de las minorías en el mundo,<sup>47</sup> que vino a ser paliada con la aprobación del Convenio 169 de la OIT de 1969.”.

<sup>974</sup> C107 - Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957 (núm. 107)

Convenio relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribuales y semitribuales en los países independientes (Entrada en vigor: 02 junio 1959) Adopción: Ginebra, 40ª reunión CIT (26 junio 1957) - Estatus: Instrumento que ha sido superado (Convenios Técnicos). El Convenio puede ser denunciado: 02 junio 2019 - 02 junio 2020. Fuente: ONU.

<sup>975</sup> Alva Arévalo, A. Óp. cit. Nota 966. Pág. 32. “*El texto de los tres considerandos controvertidos es como sigue: «Considerando que en diversos países independientes existen poblaciones indígenas y otras poblaciones tribuales y semitribuales que no se hallan integradas todavía en la colectividad nacional y cuya situación social, económica o cultural les impide beneficiarse plenamente de los derechos y las oportunidades de que disfrutaban los otros elementos de la población; Considerando que es deseable,*

internacional, pero en el que se optó por un modelo “*integracionista*” considerado como el más apropiado para el sostenimiento y mejora del modelo de vida de los “*Pueblos Indígenas*”. La deducción consustancial a ello es que, en aquel momento, el debate se inclinó por un modelo paternalista y de superioridad que construyó una relación entre un ente director, el Estado, que conduce a sus ciudadanos incapaces, marcándoles el camino a seguir y determinando un marco regulatorio atendiendo al objetivo de mejorar su situación, desde un criterio asistencial<sup>976</sup>. Como bien se ocupa de remarcar, lo que inspira todo el procedimiento es la percepción que se tiene de que los “*Pueblos Indígenas*” no tienen las aptitudes necesarias para dictaminar qué es lo que les favorece, ni las competencias adecuadas para llevarlo a cabo. De ahí que se haya optado por un modelo de libre determinación “*teledirigido*” en el que se establecen las pautas a seguir desde la posición dominante y con mejor perspectiva, marcando la dirección en la que transitar.

Una lectura somera del convenio ratifica esta impresión de estar regido por principios integracionistas al establecer, en su mayoría, medidas que tienden a la asimilación del modelo cultural y su estandarización al modelo imperante estatalmente. Por ejemplo puede citarse como ejemplos de esta adhesión los siguientes, entre otros<sup>977</sup>:

---

*tanto desde el punto de vista humanitario como por el propio interés de los países interesados, perseguir el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo de esas poblaciones ejerciendo una acción simultánea sobre todos los factores que les han impedido hasta el presente participar plenamente en el progreso de la colectividad nacional de que forman parte; Considerando que la adopción de normas internacionales de carácter general en la materia facilitará la acción indispensable para garantizar la protección de las poblaciones de que se trata, su integración progresiva en sus respectivas colectividades nacionales y el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo; (...)*».

<sup>976</sup> Alva Arévalo, A. Óp. cit. Nota 966. Pág. 32 “*En esta parte se manifiesta la preocupación de la comunidad internacional sobre la falta de integración de las poblaciones indígenas a la colectividad nacional, y se sostiene la idea que la integración es el medio más idóneo para mejorar el nivel de vida de estas poblaciones. En otras palabras, este instrumento defiende la idea de superioridad de unos (no indígenas) frente a otros (indígenas), debido a que estos solo podrán alcanzar su desarrollo y su bienestar bajo la protección de los primeros.*”.

<sup>977</sup> Bautista Cruz, S. Óp. cit. Nota 856. Pág. 88 “*Se señala también el derecho de los pueblos indígenas a decidir sus prioridades de desarrollo, en la medida que no afecte sus vidas, sus tierras, creencias, instituciones, etcétera, y a controlar su propio desarrollo participando en la formulación, aplicación y evaluación de los planes que los afecten directamente. En este mismo precepto se prevé el establecimiento de medios para que los pueblos interesados puedan participar libremente en todos los niveles y diferentes instancias, en la adopción de soluciones que les conciernan.*”.

- El artículo 8 recoge el respeto al sistema de represivo indígena siempre que sea compatible con el estatal.
- El artículo 11 prevé traslados de territorio si la normativa estatal así lo dispone.
- El artículo 13 establece la admisión de transmisión de derechos de propiedad y disfrute de la tierra siempre que se adecúa a la legislación nacional.
- En materia de educación es donde más expresivo se manifiesta el modelo asimilacionista cuando los artículos 21 y siguientes instituyen un sistema educacional de total integración en el modelo estatal<sup>978</sup>.

A pesar de que las directrices que impulsaron el Convenio 107 de la OIT abocaban a un modelo integracionista que conduciría a la progresiva desaparición de la cultura indígena hasta una total absorción por el modelo mayoritario, coincidimos con Alva Arévalo en reconocer el avance que supuso en la protección de las poblaciones indígenas. Desde un balance global, fue positivo. Supuso un primer intento en esta dirección y edificó un esquema de protección que sigue vigente actualmente en muchos de los países que lo ratificaron, pero si de algo puede calificarse esta innovación es que abrió el camino para ir mejorando y perfilando un modelo con menor carga asimilacionista y mayor intercultural<sup>979</sup>.

Una diferencia esencial entre el Convenio 107 y el 169 de la OIT, es que en éste último se contó con representantes de los Pueblos Indígenas. Este papel no se limitó a una participación testimonial sino que tuvieron una contribución esencial en lo que al

---

<sup>978</sup> Convenio 107 OIT. Artículo 22. 1. Los programas de educación destinados a las poblaciones en cuestión deberán adaptarse, en lo que se refiere a métodos y técnicas, a la etapa alcanzada por estas poblaciones en el proceso de integración social, económica y cultural en la colectividad nacional. 2. La formulación de tales programas deberá ser precedida normalmente de estudios etnológicos.

Artículo 23. 1. Se deberá enseñar a los niños de las poblaciones en cuestión a leer y escribir en su lengua materna o, cuando ello no sea posible, en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. 2. Se deberá asegurar la transición progresiva de la lengua materna o vernácula a la lengua nacional o a una de las lenguas oficiales del país. 3. Deberán adoptarse, en la medida de lo posible, disposiciones adecuadas para preservar el idioma materno o la lengua vernácula.

<sup>979</sup> Alva Arévalo, A. Óp. cit. Nota 966. Pág. 33 *“Durante el período que se inició la revisión del C107 y elaboración del C169, otros órganos de las Naciones Unidas también empezaron a interesarse en estos asuntos. Es el caso de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías que encargó al Relator José Martínez Cobo la realización de un estudio sobre la discriminación a las poblaciones indígenas. Este estudio llegó a ser un documento crucial para el fortalecimiento de los requerimientos de los pueblos indígenas y, al mismo tiempo, facilitó el camino para que el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas cree el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas.”*



cambio de paradigma que inspira el Convenio, al formalizarse un modelo menos asimilador y más respetuoso con la cultura e identidad indígena<sup>980</sup>. En general supuso un objetivable avance<sup>981</sup>. Sobre todo en cuanto el reconocimiento de los “*Pueblos Indígenas*” como sujetos de Derechos<sup>982</sup>.

En principio, el Convenio 169 no hizo ninguna referencia formal al término libre determinación o una expresión con sentido similar<sup>983</sup>. Sí aparece en el preámbulo de la Declaración un reconocimiento expreso a los derechos de los “*Pueblos Indígenas*” en el sentido de dotarles de autonomía sobre sus recursos, forma de vida y desarrollo<sup>984</sup>. A juicio de Alva Arévalo, ello obtuvo la compensación por parte de los redactores de dar cobertura a otros derechos importantes (Desarrollo y Participación, entre otros), que en definitiva no deja de ser manifestaciones de la libre determinación. Por ejemplo, puede

---

<sup>980</sup> *Ibidem*. Pág. 34. “Por un lado, los Estados podrían mejorar sus estándares de respeto a los derechos de los pueblos indígenas y, por otro, las organizaciones indígenas podrían inspirarse en ella para continuar con su lucha contra la marginación, las violaciones a sus derechos y para plantear una nueva concepción de ciudadanía, que implique el respeto a la multiculturalidad.”

<sup>981</sup> Bautista Cruz, S. Óp. cit. Nota 10. Pág. 856 “Para los especialistas en derechos internacional el asunto de “los aborígenes” fue un tema al que le otorgaron poca atención y lo hicieron desde un enfoque meramente tutelar o humanitario. Recientemente las cosas empezaron a cambiar, y el derecho positivo se ha ocupado ya de esta cuestión. El reconocimiento de nuevos derechos como el derecho a la diferencia o los colectivos y la adopción de nuevos instrumentos internacionales como el Convenio núm. 169 de la OIT que es el más acabado en cuanto a protección internacional y nacional de los pueblos indígenas.”

<sup>982</sup> Ballón Aguirre, F. Óp. cit. Nota 858. Pág. 61 “Otro rasgo general del texto es que el pueblo indígena aparece como un sujeto pasivo con relación al Estado. Por la técnica empleada y el origen del Convenio, el sujeto al que se dirige es al gobierno del Estado el cual deberá tomar medidas, aplicar, consultar, reconocer, proteger, etc. Es decir, las disposiciones se refieren a lo que los gobiernos deben hacer o dejar de hacer con relación a los derechos allí descritos, lo cual resta capacidad de acción a los supuestos beneficiarios pero corresponde bien a la idea del establecimiento de las obligaciones y responsabilidades de los Estados respecto a los pueblos indígenas. Si los Estados que crearon el Convenio le quieren llamar del derecho de los pueblos indígenas, ese es otro asunto. Pero no queda duda de la importancia que ese Convenio significa en la dirección correcta del reconocimiento de los derechos de los indígenas como pueblos. De manera que, un juicio sobre el Convenio -si reconoce sus debilidades- debe admitir que posibilita un amplio margen de acción que habría sido imposible antes de su ratificación y que, ha servido a muchos de los avances en las legislaciones nacionales.”

<sup>983</sup> Alva Arévalo, A. Óp. cit. Nota 966. Pág. 27.

<sup>984</sup> “Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores; Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven; Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los Derechos Humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión; Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales;”

citarse el Artículo 7<sup>985</sup> en el que se usa el término de “*Pueblo*” y por el que se prescribe un mensaje a los Estados de respeto a la autonomía de aquellos, así como a contar con ellos a la hora de tomar decisiones sobre los asuntos que les afecten, responsabilizarse de sus propias instituciones y que deban tener en cuenta en los planes globales las particularidades que presenten estos grupos diferenciados en el sentido de mantenerlas, potenciarlas y protegerlas.

En cuanto algunos aspectos destacables del Convenio 169 de la OIT pueden relacionarse:

- El artículo 1.2 establece un modelo de reconocimiento subjetivo a aquellas comunidades indígenas que así presente una “*conciencia*” como tales.
- El artículo 1.3 establece el insoslayable límite de la integridad territorial aclarando que las referencias a la figura de los “*Pueblos*” en modo alguno debe atenderse en la configuración que pueda interpretarse en otros textos internacionales, asimilados, generalmente a los Estados.
- Impone la obligación de los Estados de contar con las comunidades indígenas en la configuración del marco regulatorio que les afecte (Art. 2.1).
- Establece una cláusula de salvaguarda de los Derechos de los Pueblos Indígenas (Art. 3.1).

---

<sup>985</sup> Artículo 7.

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

- Tiene en cuenta el carácter distintivo de estas poblaciones y que dicho carácter sea tenido en cuenta en la formulación de la normativa que les concierna, así como el respeto a su cultura y tradiciones y la obligación de consultarles de forma efectiva (Arts. 4, a 8).
- El sistema penal estatal deberá tener en cuenta las características económicas, sociales y culturales (Arts. 9 a 12).
- Se modela un sistema más proteccionista de los Derechos de los Pueblos Indígenas en cuanto a sus tierras y recursos naturales<sup>986</sup>.

Por lo general, tanto en lo que a las condiciones de empleo, seguridad social, salud, educación y administración, ofrece un modelo más garantista, proteccionista y respetuoso de la identidad indígena<sup>987</sup>. Por ejemplo, la diferencia con el Convenio 107 de la OIT es evidente si tenemos en cuenta la regulación de las imposiciones para el traslado de la población<sup>988</sup>. De este modo se establece un proceso que exige para ello el

---

<sup>986</sup> Anaya, J. Óp. cit. Nota 680. Pág. 205 *“En cambio, en el derecho internacional actual, las nociones contemporáneas de integridad cultural, autodeterminación y no discriminación se vinculan a las normas sobre la propiedad para articular un reconocimiento específico de los derechos indígenas sobre la tierra y los recursos. Por las características especiales de los pueblos indígenas y la historia de su discriminación que han sufrido, estos derechos son de naturaleza sui generis como queda patente en el Convenio 169 de la OIT”*.

<sup>987</sup> Alva Arévalo, A. Óp. cit. Nota 966 Pág. 20-21 *“Así, el Convenio No. 169 «rompe con el paradigma tradicional de los derechos fundamentales, que siempre consideraron a un ciudadano como un individuo aislado de su comunidad o pueblo y de sus relaciones culturales».*<sup>23</sup> *Este instrumento se aparta de su antecesor, el Convenio No. 107, que solo reconoce derechos a los miembros de las poblaciones indígenas, mas no a los pueblos considerados como una colectividad. Tal como lo advierte Anaya, el C107 sostiene «la dicotomía normativa entre individuo/Estado de origen europeo y la correspondiente noción de un Estado-nación culturalmente homogéneo». En este sentido, los derechos colectivos vendrían a ser una evolución del concepto individualista concebido tempranamente en las Naciones Unidas bajo la Declaración Universal de los Derechos Humanos.”*

<sup>988</sup> Artículo. 16. 1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan. 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. 3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación. 4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concederles dicha indemnización,

consentimiento de los Pueblos Indígenas como máxima expresión del respeto a su autonomía<sup>989</sup>.

Bautista Cruz sintetiza, a modo de resumen, los avances que supuso el Convenio 169, centrado en lo que respecta a los Pueblos Indígenas<sup>990</sup>:

- Es un instrumento internacional que apoya la configuración de los Estados Plurinacionales y Pluriculturales.
- Rechaza las políticas integracionistas y/o asimilacionistas.
- Supone un “*compromiso interno*” de los Estados firmantes regido de un mecanismo de control.
- Tiene un valioso contenido social.
- Es el primer proceso internacional de conformación de Derechos y Obligaciones de los Colectivos Indígenas en el que los propios Pueblos participaron de forma activa.
- Destierra cualquier concesión a la Secesión, por el lastre que suponía a los avances en el reconocimiento de derechos a los propios pueblos<sup>991</sup>.
- El Convenio se ha erigido como una inestimable plataforma en la que apoyarse en la reclamación de las demandas de los Pueblos Indígenas.
- Es actualmente un estándar mínimo de protección al mantenerse vigente, dando origen a otros instrumentos y organismos internacionales en el asentamiento y desarrollo de los principios que contiene<sup>992</sup>.

---

con las garantías apropiadas. 5. Deberá indemnizar plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

<sup>989</sup> Bautista Cruz, S. Óp. cit. Nota 856. Pág. 89-90 “*Uno de los aspectos más relevantes lo constituye el hecho de que se ha abandonado la concepción integracionista que se enunciaba en el Convenio núm. 107, lo que se refleja en el uso del término “pueblos” respecto de “poblaciones” utilizado en el citado documento. De igual manera, recoge los conceptos básicos de respeto y participación. Respeto a la cultura, a la religión, a la organización social y económica y a la identidad propia: sus premisas se fundamentan en la existencia perdurable de los pueblos indígenas y tribales.*”.

<sup>990</sup> *Ibidem*. Pág. 90-91.

<sup>991</sup> *Ibidem*. Pág. 90. “

<sup>992</sup> (FILAC). “*El Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y El Caribe (FILAC), es un organismo internacional de derecho público creado en 1992 por la II Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Madrid, España con el fin de apoyar los procesos de autodesarrollo y promoción de los derechos de los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas de América Latina y El Caribe, cuyos órganos de gobierno y funcionamiento se basan en relaciones paritarias entre Estados y Pueblos Indígenas.*”. Filac.org

- Resaltar que el Convenio 169 de la OIT haya dedicado una especial atención en materia igualitaria entre mujeres y hombres, en el desarrollo social de la comunidad indígena<sup>993</sup>.

Por último destacar el “*deber de consulta*” que se ha impuesto a los Estados en aquellas materias que puedan afectar a la población indígena<sup>994</sup>. En este aspecto, Rosas Martínez y Romero Pérez, destacan dos acotaciones que consideramos importantes para determinar el alcance de las exigencias. Por un lado que el Convenio 169 de la OIT no establece un derecho atribuido al Pueblo Indígena sino más como un “*deber*” impuesto a los Estados, que recibe su legitimidad de otros Derechos que el propio texto internacional consagra<sup>995</sup>. En segundo lugar, que a pesar de que las referencias que operan son realizadas a los “*Pueblos Interesados*”, que se entiendan hechas tanto a los “*Pueblos Tribales*” como a los “*Pueblos Indígenas*”.

---

<sup>993</sup> Pérez Contreras, María de Montserrat “Comentarios a la legislación sobre los Derechos Humanos de las Mujeres Indígenas en México vs. Usos y Costumbres”. Obra colectiva “Estudios Homenaje a D. José Emilio Rolando Ordoñez Cifuentes”. Coord. María Carmen Macías Vázquez y Marisol Anglés Hernández. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2013. Pág. 205 y ss. “*En el marco de los Derechos Humanos, en el ámbito internacional, en 1989 fue adoptado el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales. En un primer acercamiento observamos que el Convenio regula las obligaciones de los Estados parte en el sentido de conminarlos a adoptar todas las medidas para lograr que las personas pertenecientes a estos pueblos gocen de los derechos a la igualdad de oportunidades, a la igualdad de trato para hombres y mujeres, así como de protección contra cualquier tipo de discriminación.*”.

<sup>994</sup> Rosas Martínez, A y Romero Pérez, X. “*Implementación de la Consulta previa en Colombia y su debate actual. A propósito de los Pueblos Indígenas y Tribales*”. Obra colectiva. Nota 79. Pág. 26. “*El Convenio 169 de la OIT establece, como una medida general, el deber de los gobiernos de consultar a los pueblos interesados cuando se trate de medidas legislativas o administrativas que les afecte directamente. También, este instrumento internacional establece, como obligaciones específicas, el deber de los gobiernos parte de consultar a los pueblos interesados sobre: 1) prospección y explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras; 2) transmisión de los derechos sobre la tierra; 3) organización y funcionamiento de programas de formación profesional de aplicación general; 4) programas y servicios de educación, y 5) medidas concernientes a la enseñanza a leer y escribir.*”.

<sup>995</sup> *Ibidem*. “*el derecho a participar en la adopción de decisiones (artículo 6o.); el derecho a los recursos naturales, que comprende la utilización, administración y conservación de éstos en sus tierras (artículo 15); los derechos sobre la tierra, que comprende la posesión, el uso, la enajenación y la transmisión de ésta (artículo 17); el derecho a la educación, que comprende la creación de las propias instituciones y medios de educación y la facilitación de recursos apropiados para ello (artículo 27), así como la relación de este derecho con el derecho al trabajo, que comprende el acceso voluntario a programas de formación profesional de aplicación general (artículo 22), y en relación con los derechos de los niños, que comprende la enseñanza a leer y escribir en la lengua indígena o aquella que se hable en el grupo al que pertenecen (artículo 28).*”.

Queda claro que la voluntad de los redactores fue la de ofrecer un concepto de “Pueblo” lo más amplia posible, no tanto en su ámbito subjetivo sino material, ya que el Convenio se encarga en su artículo 1 de ofrecer un espectro de manifestaciones del concepto bastante amplio. Se deduce un sujeto que abarca una cultura diferenciada, que aprecia su trascendencia histórica y sobre todo, que cuente con una voluntad de autoafirmación como expresión de una identidad propia como signo de distinción<sup>996</sup>. Innegablemente, la opción de reconocer a un “Pueblo” por un marcado carácter subjetivo, es una opción que va notoriamente consiguiendo mayor aceptación entre la doctrina científica<sup>997</sup>.

Con todo, no podemos obviar que citando el caso del “Derecho a la consulta”, el Convenio no lo reconoce como tal Derecho aunque, y he aquí una de sus principales virtudes, ello ha permitido que sí se haya albergado en algunos ordenamientos jurídicos internos como tal, es el caso de Colombia.

En definitiva, si bien el texto internacional se ha visto limitado por razones geopolíticas, es indudable su meritoria labor al ofrecer un incipiente embrión en el reconocimiento de los Derechos de los Pueblos Indígenas, siendo traspuestos e impulsados en la normativa interna estatal, alcanzando el nivel de legítimos Derechos Fundamentales y amparados por la protección que ofrece los respectivos textos constitucionales<sup>998</sup>. Reafirmando al

---

<sup>996</sup> Mendoza Antúnez, C.A. Óp. cit. Nota 940. “En el artículo 1º, se definen las características que se identifican con la denominación pueblo indígena, que coincide con el informe de Naciones Unidas sobre el desarrollo histórico del derecho a la autodeterminación de 1981, mencionada anteriormente, pero este texto es más específico ya que incluye la relación con el territorio, el aspecto cultural y el hecho de descender de pueblos originales”.

<sup>997</sup> Díaz Müller, Luis T. “Minorías y Globalización: Problemas Cognitivos en la Sociedad del Siglo XXI”. UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3536/19.pdf> Pág. 401 “Por mi parte, he preferido privilegiar al criterio grupal y comunitario, al intentar una definición preliminar de “comunidad” o “pueblo indígena”, integrando los siguientes elementos: “Comunidad indígena: Es un grupo social, que se reconoce a sí mismo, asentado históricamente en un territorio, y que comparte una lengua y valores culturales comunes, rigiendo autónomamente su vida en comunidad”. En esta línea de análisis, he considerado a la etnia como un “grupo social”, en donde la “frontera demarcatoria” con otros pueblos o naciones viene dada por la conciencia de grupo (comunidad) y el respeto al principio de la autodeterminación interna y externa.”.

<sup>998</sup> Ibídem. Pág. 43. “El Tribunal Constitucional d Colombia empleó la figura del bloque de constitucionalidad para otorgar rango constitucional al Convenio 169 de la OIT. Así de las obligaciones que se desprenden de ese Convenio, en particular del deber de consulta de los Estados parte, junto con la caracterización del Estado social de Derecho colombiano, como un Estado Pluriétnico y multicultural, se estructura el derecho fundamental a la consulta previa.”.

Convenio 169 de la OIT como uno de los instrumentos que mayor avance han supuesto, no solo en el reconocimiento formal, sino en la plasmación de sistemas de protección de Derechos de los Pueblos Indígenas y en particular, su Derecho a la libre determinación<sup>999</sup>. Además, no queda constreñido exclusivamente al ámbito internacional, sino que sus efectos han tenido un claro empuje en las legislaciones internas que se han visto compelidas, desde cierta coerción moral, a trasponer la nómina de Derechos y dotarles de eficaz amparo.

### **5.1.3.2 Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.**

Los antecedentes de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI) vienen marcados por la lucha del colectivo indígena, especialmente en Latinoamérica, por el reconocimiento de sus derechos, la defensa de sus tierras y la demanda de respeto a su cultura e instituciones. No vamos a redundar en la denuncia sobre la vulneración a sus Derechos Humanos más esenciales desde la etapa Colonial, Postcolonial y hasta bien adentrado el Siglo XX que es cuando se empezó a otorgar cierto protagonismo a sus demandas. Es indudable que la aparición de los Derechos colectivos que ha impulsado la nueva generación de Derechos Humanos, el paralelo empuje de la figura de las “*Minorías y/o Pueblos*” en el contexto internacional como titulares de tales Derechos y el reconocimiento de una nueva perspectiva del Derecho de Autodeterminación, han provocado un nuevo clima más receptivo a sus demandas, propiciando la redacción de textos internacionales centrados en sus necesidades. Junto a ello, recientes procesos constitucionales<sup>1000</sup> se han mostrado permeables a esta

---

<sup>999</sup> Ballón Aguirre, F. Óp. cit. Nota 858. Pág. 64 “*De manera que, encontramos en la producción internacional de instrumentos y declaraciones dos posturas: en una parte están aquellos que definen a los pueblos y la libre determinación definida y ampliamente, y de la otra, aquellos que la mediatizan y subordinan al derecho a la conservación de la unidad y territorio de los Estados. El Convenio 169 sigue esta segunda tendencia, pues precisamente, entre los derechos que pueda conferirse a los pueblos en el derecho internacional figura el de la libre determinación.*”

<sup>1000</sup> Zalaquett Daher, J “La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas”. Núm. 13 (2017): Anuario de Derechos Humanos 2017. Universidad de Chile. Pág. 140. “*Por otra parte, mientras en el ámbito de las Naciones Unidas se llevaban a cabo, a lo largo de dos décadas, esfuerzos por producir la declaración que aquí se comenta, paralelamente se desarrollaban en América, a nivel local y regional, postulados académicos y, en especial, campañas, acciones y litigios en pro del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Este proceso condujo, en varios países de la*

sensibilidad y con ello, a trasladar a su articulado un marco de reconocimiento y respeto a sus derechos, cultura y tradiciones.

Un texto de referencia en el ámbito internacional es la DDPI aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su 107 sesión plenaria el 13 de septiembre de 2007<sup>1001</sup>. Este documento, a pesar de que no contiene una definición de “*Pueblo Indígena*”<sup>1002</sup>, sí viene a reunir las demandas de éste colectivo que durante todo el siglo XX optaron por el ejercicio de una secular lucha convencida y constante hasta que en 2007 pudieron ver fruto a sus aspiraciones con un texto de alcance internacional<sup>1003</sup>. Un acuerdo que necesitó de un especial esfuerzo de los Estados para alcanzar una redacción de consenso, pero que actualmente se muestra como un faro guía en cuanto el reconocimiento de Derechos a los “*Pueblos Indígena*”<sup>1004</sup>.

---

*región, así como en el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos, a distintas reformas constitucionales, estándares jurisprudenciales y políticas públicas. “.*

<sup>1001</sup> “Manual Básico sobre la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”. Fundación TukuiShimi, Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) y Fundación IPES-ELKARTEA de Navarra. Quito 2010. Pág. 2. “*Finalmente, en 1982 el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas estableció el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas con el propósito de promover los Derechos Humanos de los pueblos indígenas y en 1985 empezó los primeros pasos del proyecto para redactar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que fue aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre de 2007.*”.

<sup>1002</sup> Goza de general aceptación la noción que el relator especial José Martínez Cobo: “*Las comunidades indígenas, los pueblos y las naciones son aquellos que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sociales las instituciones y el sistema legal.*”. (Burger, Julián. “*La Protección de los Pueblos Indígenas en el Sistema Internacional* “. *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables*. University of Essex, UK. Pág. 214).

<sup>1003</sup> *Ibidem*. Pág. 4 “*143 países votaron a favor de la Declaración de los derechos de los pueblos indígenas, sólo se opusieron 4 países (EE.UU., Australia, Nueva Zelanda y Canadá), y se abstuvieron 11 (Azerbaián, Bangladesh, Bután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, la Federación Rusa, Samoa, Ucrania). Los gobiernos de los países que más se opusieron a la Declaración fueron los cuatro que votaron en contra de la Declaración, además Rusia. Durante mucho tiempo trataron de obstaculizar el proceso de adopción de la Declaración, e incluso a su votación. Curiosamente, son algunos de los países que más conflictos mantienen con sus pueblos indígenas y que menos reconocimiento de sus derechos colectivos –especialmente respecto a los derechos territoriales– les otorgan.*”.

<sup>1004</sup> Burger, J. “*La Protección de los Pueblos Indígenas en el Sistema Internacional* “. *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables*. University of Essex, UK. Pág. 218. “*Tras la adopción de la Declaración por la Subcomisión, los debates dirigidos por los gobiernos bajo los auspicios de la Comisión de Derechos Humanos continuaron durante otros 11 años. El proyecto de Declaración fue adoptado por el Consejo de Derechos Humanos en su primer período de sesiones celebrado en junio de 2006 por 30 votos a favor, 2*



Con la Declaración, se abrió la posibilidad de avanzar en la consagración de los Derechos reconocidos por el Convenio 169 de la OIT. Respecto a ello, los “*Pueblos Indígenas*” lo vieron como una oportunidad de mejorar la fórmula que había ofrecido el Convenio de la OIT<sup>1005</sup>. En la recurrente discusión en cuanto cuál de los dos textos ofrece un mayor avance en el reconocimiento de Derechos al colectivo indígena, lo único en lo que hay cierto consenso es en sus diferencias<sup>1006</sup>.

Su artículo 43 es paradigmático porque enuncia la base sobre la que se asienta todo el engranaje de reconocimiento y eficacia de los Derechos que recoge el texto cuando establece que: “*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.*”. Se trata, como bien indica el artículo, un texto de mínimos que no debe considerarse como una concesión de tintes integracionistas, sino que impone un entorno básico en orden<sup>1007</sup>, primero a una cuestión de subsistencia ya que los antecedentes marcaban una inexorable ruta hasta la constante y progresiva extinción del colectivo. En segundo lugar, porque su identidad diferenciada les hace partícipes de la

---

*en contra y 12 abstenciones.11 En septiembre de 2007, la Declaración fue adoptada finalmente por la Asamblea General, con sólo cuatro Estados (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y los Estados Unidos de América) manifestando voto en contra.”.*

<sup>1005</sup> En este aspecto Wilhelmi destaca una particular perspectiva, ya que a su juicio el motivo por el que los “*Pueblos Indígenas*” no encontraba apropiada la noción de libre determinación de los pueblos plasmada por el Convenio 169 de la OIT, era porque éste limitaba tal Derecho a su dimensión “*interna*” y de ahí que fuera interpretado como una forma de verlos como “*Pueblos*” de segunda categoría (Aparicio Wilhelmi, M. “La libre determinación y la autonomía de los Pueblos Indígenas. El caso de México”. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLII, núm. 124, enero-abril de 2009, pp. 19).

<sup>1006</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos. “Constitucionalidad y Derechos de los Pueblos Indígenas”. Informe de la Relatoría. Taller “Constitucionalismo y Derechos de los Pueblos Indígenas”. Guatemala. 7/8-Marzo de 1994. Pág. 152. “*Se discute la naturaleza del Convenio y de la Declaración Universal de los pueblos indígenas. ¿Cuál es más completa en reconocimiento de derechos?. Hay varias diferencias: mientras uno genera un sistema de derechos y garantías, en un discurso declarativo, el otro establece procedimientos para el ejercicio de ciertos derechos, y por ello, el problema de ratificar el 169 es un asunto más político que jurídico*”.

<sup>1007</sup> *Ibidem*. Pág. 219. “*Esto no quiere decir que la Declaración adoptada finalmente sea un documento indígena, ni mucho menos. Los textos que fueron aprobados en primer lugar por los expertos del Grupo de Trabajo en 1993, y luego por el Consejo de Derechos Humanos en 2006 y finalmente por la Asamblea General en 2007 constituyen el consenso que era aceptable para los expertos y las delegaciones gubernamentales. Es un documento que está muy por debajo de los derechos que muchas delegaciones indígenas querían, pero, sin embargo, se considera que representan un nivel mínimo. No obstante se puede decir que los pueblos indígenas tienen un fuerte sentido de propiedad con respecto a la Declaración - un hecho que contribuye a su compromiso de verla implementada a nivel nacional.*”.

titularidad del derecho a su libre determinación, y se convierte de este modo, en una cuestión de respetabilidad a una cultura diferente, que como tal, merece consideración y conservación.

Hay que hacer constar que no supone un tratado vinculante para los países sino que tiene el alcance jurídico de una “*Declaración*”, por lo que su fuerza impositiva es muy limitada. Al margen de la inestimable fuerza moral<sup>1008</sup> que puede presentar, se pueden mencionar algunas prescripciones que impulsan la actuación de los Estados firmantes. Un ejemplo lo tenemos en el artículo 42 que establece:

*“Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, incluso a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia.”*

De este modo se descarga la responsabilidad sobre los Gobiernos y Organizaciones internacionales e internas, para llevar a cabo lo establecido por la Declaración<sup>1009</sup>. Con todo, no puede soslayarse que muchos de los Derechos recogidos por la Declaración, son Derechos que se encuentran anteriormente amparados por normativa internacional como es el propio Derecho a la libre determinación de los Pueblos, formando, por ello un bloque de “*Derecho consuetudinario internacional*”<sup>1010</sup>.

---

<sup>1008</sup>Zalaquett Daher, J. Op. cit. Nota 1000. Pág. 142 “*Por tanto, si bien una declaración de Naciones Unidas puede calificarse, dado que estrictamente carece de fuerza vinculante, de softlaw o “derecho blando”, habitualmente da impulso a un proceso que culmina en una convención internacional vinculante. Más aún, en la práctica, los derechos y estándares proclamados en una declaración determinada comienzan a invocarse desde ya por organizaciones no gubernamentales y movimientos de Derechos Humanos en sus campañas en pro del respeto de determinados derechos, independientemente de su carácter jurídico de softlaw; del mismo modo, las declaraciones contribuyen al desarrollo de opiniones doctrinarias y, por esa y otras vías, influyen en los razonamientos y decisiones de tribunales nacionales y de las cortes u otros órganos de protección de los Derechos Humanos, sean internacionales o regionales. Como se verá más adelante, tal ha sido el caso en relación con los informes y sentencias generadas dentro del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos en lo que toca a peticiones concernientes a derechos de los pueblos indígenas.”*

<sup>1009</sup> En correspondencia se encuentra el artículo 38 “*Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración.”*

<sup>1010</sup> “Manual Básico sobre la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”. Óp. cit. Nota 1001. Pág. 5. “*Al margen de estos debates, los pueblos indígenas cuyos territorios se encuentran dentro de alguno de los Estados sujeto al sistema interamericano de Derechos*

La realidad ha atestiguado que se ha mostrado como una guía marco de obligada referencia<sup>1011</sup> y que los avances que ha propiciado en el ámbito interno en el esfuerzo de adecuar las normativas estatales a las prescripciones de la Declaración, han sido numerosas y trascendentes, con evidentes avances constitucionales en esta materia, como muestra el NCL<sup>1012</sup>. Como punto singular podemos citar a Burger que mantiene que otras de las virtudes de la Declaración viene marcada por representar una “*democratización*” en la construcción de los tratados, porque, según mantiene “*sacó a la luz el proceso predominantemente no-transparente de negociaciones entre Estado*”<sup>1013</sup>.

El Derecho a la libre determinación de los Pueblos viene recogido en la Declaración en su artículo 3<sup>1014</sup>:

---

*Humanos, deben saber también que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso de la Comunidad Saramaka vs. Surinam en noviembre de 2007 decidió que en los casos de aplicación del consentimiento previo, libre e informado hay que tener como referencia lo establecido por la Declaración. Lo cual viene a situar a la Declaración entre las fuentes del derecho para la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto fortalece el carácter jurídico de la Declaración frente a aquellos países que pretenden relegarla al ámbito de los principios éticos o morales.*

<sup>1011</sup> Zalaquett Daher, J. Op. cit. Nota 1000. Pág. 139. “*En muchos sentidos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas constituye un progreso normativo. Para algunos, es un avance de mucha importancia. José Aylwin declara, en un artículo reciente, que se trata de “un hito de gran significación en la construcción de un consenso internacional sobre Derechos Humanos, en este caso, sobre los derechos de pueblos históricamente negados y discriminados, los que están integrados por más de 300 millones de personas en todo el planeta”.*

<sup>1012</sup> “Manual Básico sobre la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”. Óp. cit. Nota 1001. Pág. 6. “*Los pueblos indígenas que son parte de los países que apoyaron la Declaración de la ONU esperan que sus Estados asuman esta Declaración como Ley de sus respectivos países o que al menos se respete los derechos mínimos expresados en este documento. Hasta la fecha, de lo que se conoce, tan solo el Estado de Bolivia ha adoptado la Declaración como ley.*”. En el sentido opuesto puede citarse a Perú. Pág. 7. “*Uno de los casos recientes es lo ocurrido en Perú con la Ley del Derecho a la Consulta a los Pueblos Indígenas u Originarios Reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. En mayo de 2010, el Congreso peruano, de manera consensuada con los pueblos indígenas, aprobó esta Ley que luego fue enviada al Presidente de la República para su aprobación. Pero el Presidente realizó varias observaciones fuertes a la Ley a tal punto que el Relator Especial de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, James Anaya, hizo críticas a las observaciones del Presidente e instó a los dos poderes (Ejecutivo y Legislativo) aprobar dicha Ley tal como está consensuada. A la fecha de la presente publicación dicha Ley está en espera de su aprobación.*”.

<sup>1013</sup> Burger, J. Óp. cit. Nota 1004. Pág. 219.

<sup>1014</sup> Complemento al artículo 3, indicar los artículos 4, 5 y 6 que vienen a reforzar el marco de autonomía que consagra la Declaración, como expresión del Derecho a la libre determinación de los Pueblos.

*“Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.”.*

Anaya lo considera una pieza fundamental<sup>1015</sup> en el avance de un estatus jurídico pleno de Derechos de los Pueblos indígenas. Su reconocimiento como “*Pueblos*” ha sido un pilar “*central*” para la obtención de ese estatus como fruto a una lucha que dura años y en el que el Derecho a la libre determinación se ha convertido en lo que el Autor define en un “*principio fundador*” que viene a ser el receptáculo del conjunto de Derechos que son expresión de su autonomía, libertad y democracia. En este punto debemos llamar la atención sobre un aspecto que no podemos obviar. La Declaración viene a definir un concepto de libre determinación en los parámetros establecidos para el modelo “*interna*” con los requisitos, efectos y condicionantes que ya se han comentado en líneas anteriores. Todo ello en perfecta sintonía con el perfil del Derecho de Libre determinación de los pueblos que forma la esencia del Derecho Humano de tercera generación<sup>1016</sup>.

Remarca Anaya que la plasmación del artículo en los términos finalmente expresados no fue una tarea fácil. Fue objeto de una agria polémica y de intensa negociación por las innegables connotaciones que un término como es la libre determinación conlleva en lo referente a elementos de “*estatalidad*”. Afortunadamente, los fantasmas que las implicaciones secesionistas derivan del término fueron apartados y se consiguió una fórmula que cuadraba perfectamente con la voluntad, tanto del sujeto activo como el

---

<sup>1015</sup> Anaya, J. “El Derecho de los Pueblos Indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración”. Claire Chambers y Rodolfo Stavenhagen “El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas”. IWGIA. 2010.

<sup>1016</sup> Galarza Quezada, P.M y Paronyan, H. “El Derecho de los Pueblos Indígenas a la libre determinación en el Derecho Internacional”. Innova ResearchJournal. Vol. 2. Núm. 12. 2017. Págs. 38-48. Pág. 42. “*Ciertamente revolucionario en el derecho internacional puede ser el tema de la situación de garantizar el derecho a la libre determinación "interna" para los pueblos indígenas. De este modo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas proclamando el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación "interna", al mismo tiempo establece la forma y los límites de la realización de este derecho. De esta manera al esbozar una gama bastante amplia sobre los derechos de los pueblos indígenas, y al mismo tiempo la fijación de los límites de su aplicación, la Declaración, por lo tanto, establece las obligaciones respectivas del Estado, que deben ser considerados como responsables de la aplicación de tales derechos. En este sentido, la Declaración puede considerarse suficientemente específica, equilibrada y progresiva. Se fija claramente la existencia del derecho a la libre determinación interna de los pueblos indígenas y la falta de ese derecho a la libre determinación externa.”.*

pasivo del Derecho en lo que a su configuración legal y social se pretende. De su enunciado, va desgranando unas consecuencias que consideramos interesante resaltar brevemente y con las que comparto su fundamento.

1º.- En primer lugar destaca que la formulación por la que se ha optado del DLDP en aplicación a los “*Pueblos Indígenas*” no difiere de otras modalidades manejadas por el Derecho Internacional, ni tampoco se ha elegido una concepto “*ad hoc*” aplicable de forma exclusiva para la comunidad indígena. Con base en el Principio de Igualdad, es un reflejo de la que en su día se plasmó en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966. De ello extrae una acertada reflexión, a la que nos sumamos cuando dice que “*La Declaración se basa en la premisa de que existe un Derecho Universal de libre determinación y, a partir de esta premisa, afirma la extensión de ese Derecho Universal a los Pueblos Indígenas*”. Salvedad, como siempre, de que tal Derecho no implica una voluntad de independencia en términos de soberanía<sup>1017</sup>. Zalaquett Daher considera que las reservas que puede generar el desarrollo de la libre determinación en todo caso son infundadas. Por un lado, son variados y numerosos los ejemplos en los que se ha habilitado un ejercicio efectivo del Derecho a la libre determinación de los Pueblos, conjugado proporcionalmente con el marco regulatorio estatal y la distribución de la Soberanía. Tampoco hay que olvidar, y en este punto coincidimos especialmente con el Autor, en que el hecho de que se establezcan medidas que repongan la titularidad a los “*Pueblos Indígenas*” de territorios que le fueron expropiados o retraídos de forma despótica, se estaría, en todo caso, reponiendo un abuso por aplicación de principios de justicia y equidad<sup>1018</sup>. Lo cierto, e igualmente expresamos nuestra sintonía, las

---

<sup>1017</sup> *Ibidem*. Pág. 195. “*Si hay un Derecho Universal de libre determinación que se extiende a los Pueblos Indígenas y, por tanto, no puede ser un derecho que implique necesariamente el Derecho a un Estado independiente; aunque ese Derecho, si es de hecho el mismo que operó en el contexto de la descolonización, debe de algún modo estar vinculado con el resultado de creación de estados independientes en ese contexto*”.

<sup>1018</sup> Zalaquett Daher, J. Op. cit. Nota 1000. “*Finalmente, el derecho de libre determinación o el derecho a un estatus de autonomía política levantan el espectro del debilitamiento de la soberanía, la fragmentación del Estado o de “una nación dentro de otra nación”. Las resistencias recién mencionadas son, por lo general, infundadas. Por una parte, hay ejemplos de países que han enfrentado (aunque imperfectamente) los derechos de libre determinación sin que se produjeran los efectos temidos. Por otra, si bien una solución que realice efectivamente los derechos indígenas requiere de cuantiosos recursos (por ejemplo, para la recuperación de tierras o el otorgamiento de tierras alternativas) ello constituye un imperativo de justicia. Con todo, no puede ignorarse que tales resistencias existen, aunque*

reticencias que pueden generar la aplicación de la libre determinación a colectivos de identidad diferenciada por parte de los Estados, actualmente no tiene trabas que razonablemente puedan estar amparadas por recelos ante la desestructuración del propio Estado, sino más bien por cuestiones políticas ajenas al propio Derecho. De todos modos la presión que Organizaciones No Gubernamentales, amplios sectores de población y movimientos asociativos realizan frente posturas recelosas al reconocimiento de Derechos del colectivo indígena, están reduciendo el margen de resistencia de los Gobiernos en el progreso de reconocimiento y protección de Derechos<sup>1019</sup>.

2º.- En segundo lugar, la consideración de la libre determinación como un Derecho Humano, implica una interpretación más extensiva que circunscribirla a un concepto de “Pueblo” centrado de forma exclusiva en su carácter “corporativo o asociativo”. En línea con la configuración como Derecho Humano “colectivo” que se ha expresado en líneas anteriores, Anaya entiende más apropiado que esta referencia que la Declaración hace a los “Pueblos” se ha de entender atribuida a los seres humanos, y son éstos, los que en su ejercicio colectivo, dotan de efectividad práctica al Derecho a la libre determinación<sup>1020</sup>.

---

*por lo común no son admitidas abiertamente, e influyen en la posición de los Estados respecto del reconocimiento internacional de los derechos de los pueblos indígenas.”*

<sup>1019</sup> Sánchez Rubio, David y Cruz Zúñiga, Pilar. Óp. Cit. Nota 847. Pág. 43 “En cuarto lugar, destacar, por un lado, los nuevos procesos de reivindicación y lucha emprendidos por los pueblos indígenas en las últimas tres décadas desde sus organizaciones y movimientos políticos para cuestionar la dominación étnica (que ha construido discriminaciones estructurales de carácter institucional y cotidianos) y acabar formulando proyectos nacionales que involucran a toda la sociedad. En este sentido, sus reivindicaciones y logros apuestan por la transformación y redefinición de la política y de los imaginarios, y plantean apelaciones a las condiciones y posibilidades del reconocimiento de su diferencia étnica dentro de la democracia y el estado nacional”.

<sup>1020</sup> *Ibidem*. Pág. 197. “Al pertenecer a los “pueblos”, el derecho de libre determinación, y otros derechos afirmados en la Declaración, son derechos colectivos pero, en cualquier caso, son en el fondo Derechos Humanos o, al menos, se derivan de ellos o son instrumentales para los mismos. El carácter de Derechos Humanos de la Declaración se evidencia en su preámbulo y otras disposiciones, que fundamentan el instrumento en la preocupación por los Derechos Humanos, en las discusiones que se dieron durante su elaboración y en el hecho mismo de que su génesis se produjera dentro del régimen de derechos humanos de las Naciones Unidas. Los derechos colectivos de los pueblos indígenas, incluido el derecho de libre determinación, son Derechos Humanos que les corresponden a ellos y a sus miembros de acuerdo con sus propios vínculos de comunidad.”.

3°.- En tercer lugar, considera que “*estatalidad o soberanía*” no son la “*esencia*” del Derecho de libre determinación. Partiendo de tal premisa, la Declaración ofrece una noción de “*Pueblo*” que apoya su sustantividad en el carácter de “*comunidad transgeneracional*” determinada por unos caracteres de cohesión política y cultural, que tiene como su objetivo principal su mantenimiento, desarrollo y protección<sup>1021</sup>. Concordamos plenamente con la idea de que la formulación actual de la libre determinación tiene su base en los Derechos emanados de la libertad, igualdad y democracia. Anaya enriquece el modelo al defender que éste planteamiento traspasa el clásico corsé de Sujeto-Estado para expandirlo a expresiones de interculturalidad y órdenes políticos y sociales<sup>1022</sup>.

4°.- En cuarto lugar la Declaración da un carácter al DLDP, esencialmente “*reparatorio*”<sup>1023</sup>. Compartimos tal afirmación, deduciendo que de la conformación del DLDP que hace la Declaración, no puede deducirse un trato preferente para los “*Pueblos Indígenas*”. En definitiva, lo que se está realizando cuando se reconoce el DLDP al colectivo indígena, es aplicar un Derecho reconocido internacionalmente a una comunidad, que ha visto vulnerados sus Derechos como colectivo desde hace demasiado tiempo<sup>1024</sup> y que ahora, con la positivación de este Derecho por vía del

---

<sup>1021</sup> *Ibidem*. Pág. 198. “*Por lo tanto, los textos internacionales de Derechos Humanos que afirman la libre determinación para “todos los pueblos” y las decisiones autorizadas que han respondido a las demandas de libre determinación, apuntan a valores fundamentales de libertad e igualdad que son relevantes para todos los grupos humanos en relación con las configuraciones políticas, económicas y sociales en las que viven.*”.

<sup>1022</sup> *Ibidem*. Pág. 199. “*Según esta teoría política, la libre determinación no implica un estado independiente para cada pueblo, pero tampoco se deja a los pueblos sin estado con tan solo los derechos individuales de los miembros de esos grupos. Por el contrario, los pueblos como tales, incluidos los pueblos indígenas, con sus propios tejidos orgánicos sociales y políticos, deben ser participantes plenos y en igualdad en todos los niveles de construcción y funcionamiento de las instituciones de gobierno bajo las que viven.*”.

<sup>1023</sup> Esta visión, está en coherencia con la distinción que Anaya hace en cuanto las manifestaciones del DLDP, distinguiendo en sustantivas y reparatorias y descartando la más generalista Autodeterminación interna y externa.

<sup>1024</sup> Sánchez Rubio, David y Cruz Zúñiga, Pilar. Op. Cit. Nota 847. Págs. 24-25. “*No crean que exagero. Un solo ejemplo: en un país como Bolivia, durante todo el siglo XX y en la práctica, no existió efectivo acceso a la educación formal para los indígenas de habla quechua o aymara. Si querían salir del analfabetismo, que enfatizaba su discriminación y pobreza, tenía que ser aprendiendo a hablar y escribir el castellano. Y con la lengua, ustedes lo tienen claro, va parte primordial y significativa del modo de existencia. La «escuela indígena» en esa Bolivia incluía en su currículo oculto que los indígenas debían aprender independizarse de sí mismos. Debían despreciar su manera de ser humanos, su lengua, su cultura, sus afectos... Todo eso, para la Bolivia oficial, no era propiamente humano. Luego, cuando hablo de identificaciones «nacionales», en el contexto de las emigraciones de individuos y sectores de los pueblos*

Artículo 3 de la Declaración, se está contrarrestando esa injusticia diacrónica arrastrada desde hace siglos y que, lejos de instaurar un sistema privilegiado, en realidad está nivelando una imperante, constatada e inveterada desigualdad y de injusta represión de la que han sido objeto estos “*Pueblos*”<sup>1025</sup>.

5º.- Por último, tomando como base todo lo expuesto, la Declaración tiene un claro mensaje de responsabilidad para los Estados en cuanto la adopción de unas medidas “*especiales*” que terminen con una situación injusta. Por todo el texto normativo de la misma se hace un buen número de llamamientos a la cooperación, a la consulta previa, al respeto a la autonomía, instituciones y autogobierno<sup>1026</sup>, conformándose un modelo bajo unas “*medidas especiales*”<sup>1027</sup>. La aplicación de estas medidas, ofrecen una doble

---

*indígenas de América Latina, estoy hablando de identificaciones que han excluido sistemáticamente de la nación y de la patria a sus sectores indígenas. La Bolivia referida no es un caso excepcional. La situación es semejante en Chile, Guatemala o Colombia, por mencionar cuatro países. En Ecuador las cifras de finales del siglo XX son las siguientes: analfabetismo urbano: 6 %. Analfabetismo indígena: 43%. Y de las mujeres indígenas: 55%. Cuatro de cada diez ecuatorianos urbanos terminaban su educación secundaria. Cuatro de cada cien indígenas varones rurales hacían lo mismo. Y de las mujeres indígenas, menos de tres por cada cien. Ah, y sobre quienes no hablaban castellano no existen cifras ciertas. Las razones básicas para que esta discriminación feroz ocurriera y ocurra se siguen de que la sensibilidad de las sociedades latinoamericanas, su clima “cultural”, es oligárquico, clasista y racista. Y a los pueblos y culturas indígenas se los considera derrotados, pobres o miserables rurales y de raza inferior. Podemos agregar un referente: Estado y nación no se construyen en América Latina a partir de una común ciudadanía sino mediante cooptaciones derivadas de la propiedad/ riqueza, lugar de residencia (urbe, capital), prestigio, sexo, edad, capacidad de fuego, etc. Se trata de estados/ naciones señoriales y clientelares, falsamente etnocentros porque no incorporan a las naciones indígenas originarias (ni tampoco a los pobres de la ciudad y del campo, otro tipo de “raza” inferior) y también falsamente ciudadanos porque en ellos existen sectores e individuos por encima de la ley y otros sectores e individuos para los cuales la ley consiste en un trato discriminatorio que puede llegar hasta considerarlos no-personas.”*

<sup>1025</sup> Anaya, J. Óp. cit. Nota 1015. Pág. 202 “*La propia existencia de la Declaración, y su explícita afirmación en el Artículo 3 de que los pueblos indígenas, en particular, tienen un derecho de libre determinación, representa el reconocimiento de la negación histórica y presente de ese derecho y de la necesidad de remediarla.*”.

<sup>1026</sup> Burge, J. Óp. cit. Nota 1004. Pág. 223. “*En la práctica, existen numerosos ejemplos de estados que reconocen los órganos de decisión de los pueblos indígenas, si están bien establecidos, siendo el caso de la Comarca Kuna de San Blas en Panamá o los Parlamentos sami -más recientes- en Noruega, Suecia o Finlandia, que sirven como órganos consultivos. Algunos estados también tienen escaños reservados en el Parlamento, por ejemplo, en Nueva Zelanda, Colombia y Burundi.*”.

<sup>1027</sup> *Ibidem*. Pág. 203. “*Entre las medidas especiales requeridas están las de garantizar la “autonomía o autogobierno” de los pueblos indígenas en “sus asuntos internos y locales” de acuerdo con sus propias instituciones políticas y patrones culturales. Se exigen también medidas para asegurar los derechos de los pueblos indígenas a “participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado” y a participar en todas las decisiones que les afecten. La Declaración especifica que “[l]os Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.*”.



vertiente de la Declaración. Por un lado, toda la regulación en materia de “*gobierno autónomo*” y por otro, potenciar una faceta “*participativa*”. La conclusión a la que conduce es tremendamente acertada y es que la comunidad indígena no debe tener la consideración de un colectivo aislado, distanciado y marginal del resto del sustrato social y político, con el que convive simultáneamente. Aquí encontramos una aplicación directa y palpable del modelo intercultural, cuando se defiende que la diferencia no debe conllevar distanciamiento o alejamiento como colectivo. Todo lo contrario, la convivencia común entraña vinculación, interrelación e interacción a todos los niveles (político, social, institucional, jurídico, etc.). De ahí que, con buen criterio, la Declaración prescriba medidas que salvaguarden las manifestaciones de identidad diferenciada (protección de las tierras y recursos, cultura, instituciones, gobiernos, religión, salud, etc.) y que por otro lado, se establezca un nutrido grupo de medidas que estén encaminadas a la necesaria y conveniente interacción social<sup>1028</sup>.

Cerramos este apartado, añadiendo tres breves reflexiones del Autor que enmarca, tanto la propia Declaración como el tratamiento del Derecho a la libre determinación de los Pueblos, y con las que mostramos nuestra total concordancia.

- a) La Declaración, “*era necesaria*”, para paliar los años de agravio que este colectivo ha sufrido y viene padeciendo.
- b) La Declaración no es un documento constitutivo de Derechos sino lo que viene es a confirmar y reforzar Derechos que ya han sido reconocidos a los “*Pueblos Indígenas*” previamente por otros textos internacionales.
- c) La Declaración ha venido a positivar no solo una demanda histórica o una deuda de justicia, sino que, en cuanto al Derecho a la libre determinación de los pueblos, ha supuesto la confirmación y consolidación de este Derecho,

---

<sup>1028</sup> *Ibidem*. Pág. 204. “Al particularizar los derechos de los pueblos indígenas, la Declaración intenta conseguir lo que debiera haberse logrado sin ella: la aplicación de los principios universales de los Derechos Humanos de tal modo que se valore no solo la humanidad de las personas indígenas sino también los vínculos comunitarios que poseen. En esencia, la Declaración contextualiza los Derechos Humanos teniendo en cuenta los patrones indígenas de identidad grupal y asociativa que los constituyen como pueblos.”.

reconociendo su titularidad a los “*Pueblos Indígenas*” y dotándole de un contenido amparado en ideales de libertad, igualdad y democracia con el objetivo final de buscar un marco de convivencia que favorezca la interculturalidad.

### **5.1.3.3 Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.**

Un tercer texto internacional de referencia en la protección de los “*Pueblos Indígenas*”, viene referenciado por la Declaración aprobada por la OEA el 14 de junio de 2016. Sus inicios se remontan a 1999, por lo que se han necesitado 17 años para la gestación de un acuerdo que regula los más de 50 millones de personas que se consideran “*indígenas*” en el contexto latinoamericano según la propia OEA, aunque hay opiniones que ponen sus inicios bastante antes<sup>1029</sup>.

Su corto recorrido aplicativo implica que su alcance aparezca aún difuso<sup>1030</sup>, por lo que nos limitaremos a remarcar los efectos normativos más relevantes que ha venido aportar

---

<sup>1029</sup> Clavero, B. “La Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas: el reto de la interpretación de una norma contradictoria”. Revista Pensamiento Constitucional. Núm. 21. 2016. PP. 11-26. “*En realidad han sido necesarios unos cuantos años más. Fue en 1989, una década antes, que la misma Asamblea General encargó a su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos la preparación de un Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de las Poblaciones Indígenas, encargo que se participó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al Comité Jurídico Interamericano y al Instituto Interamericano de Derechos Humanos. La previsión inicial era la de que la Declaración se acordaría el año emblemático de 1992. Lo ha sido veinticuatro años más tarde.*”.

<sup>1030</sup> Según la OEA los puntos claves de la Declaración se pueden resumir en: “*La autoidentificación como pueblo indígena es determinante para determinar a quiénes aplica la Declaración; Los indígenas tienen derecho a la libre determinación; Igualdad de género: las mujeres indígenas tienen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos; Las personas y comunidades indígenas tienen el derecho de pertenecer a uno o varios pueblos indígenas, de acuerdo con la identidad, tradiciones y costumbres de pertenencia a cada pueblo; Los Estados reconocerán plenamente su personalidad jurídica, respetando las formas de organización y promoviendo el ejercicio pleno de los derechos contenidos en la Declaración; Tienen derecho a mantener, expresar y desarrollar libremente su identidad cultural; Tienen derecho a no ser objeto de forma alguna de genocidio; Tienen derecho a no ser objeto de racismo, discriminación racial, xenofobia ni otras formas conexas de intolerancia; Tienen derecho a su propia identidad e integridad cultural y a su patrimonio cultural; Tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en cuestiones relacionadas con asuntos internos; Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial, tienen derecho a permanecer en dicha condición y vivir libremente y de acuerdo a sus culturas; Tienen los derechos y las garantías reconocidas por la ley laboral nacional y la ley laboral internacional; Tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.* Fuente: [http://www.oas.org/es/centro\\_noticias/comunicado\\_prensa.asp?sCodigo=C-075/16](http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-075/16) (02/03/2018)

en lo que a la figura de la libre determinación, en el contexto de los “*Pueblos Indígenas*”.

Por lo general, en el ámbito de la OEA siempre se ha mantenido una actitud muy receptiva en cuanto las demandas de libre determinación de los colectivos minoritarios en el ámbito americano, bajo un criterio rector de respeto a los Derechos Humanos. Con la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, se puede considerar conquistado un nuevo peldaño, al tratarse materias que quedaron fuera de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, o que no recibieron la atención suficiente<sup>1031</sup>.

La Declaración cuenta con 41 artículos y 6 secciones y tiene un extenso abanico de concesión de Derechos a los “*Pueblos Indígenas*”, tanto individuales como colectivos. Si centramos nuestra atención en lo que a la libre determinación respecta, en su artículo III se establece que:

*“Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. “.*

Lo primero que salta a la vista es la identidad, en cuanto formulación del Derecho de libre determinación de los pueblos reconocido con la Carta de Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas, y su plena sintonía con la formulada por artículo 1 de los Pactos de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos. A pesar de éste paralelismo en el reconocimiento del Derecho de libre determinación, la Declaración Americana no identifica a los “*Pueblos Indígenas*” dentro del marco generalista de “*Pueblo*” y por ello, asociado a la titularidad del Derecho de libre determinación que,

---

<sup>1031</sup> Galarza Quezada, P.M y Paronyan, H. Óp. cit. Nota 1016. Pág. 44 “*El 15 de junio de 2016, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) adoptó la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, después de décadas de laboriosas negociaciones. Aprobada casi diez años después de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNU DPI), la Declaración Americana aborda asuntos que no fueron cubiertos por la DNU DPI, incluyendo situaciones específicas relevantes para la región como los derechos de los pueblos indígenas en “aislamiento voluntario” y los pueblos indígenas afectados por los conflictos armados (Declaración Americana, arts. XXVI, XXX).”.*

por contra, sí hacía la Declaración de Naciones Unidas<sup>1032</sup>. Como ya se ha apuntado en otro punto, la sensibilidad ante esta cuestión siempre ha sido perceptible en los debates de redacción y ha requerido un trazo más fino. Clavero apunta que en los trabajos preparatorios siempre se habló de “*poblaciones*” y de “*comunidades*” pero no de “*Pueblos*”. Sin embargo el uso de “*Pueblos*” fue una terminología que venía precedida de una configuración jurídica que paulatinamente fue adquiriendo solidez, sobre todo con los trabajos de la OIT y sus Convenios en los cuales sí aparecía el concepto de “*Pueblo*” en referencia al colectivo indígena. Lógicamente y como ya se ha referenciado reiteradamente, siempre se hacía constar un llamamiento aclaratorio a fin de evitar las inevitables suspicacias que dicho término puede generar al vincularlo con los sujetos activos en Derecho Internacional<sup>1033</sup>.

Llama la atención que la figura del Derecho a la libre determinación se incorporara a los foros de discusión de la Declaración Americana de forma muy tardía. En concreto a partir de 2015. Una explicación plausible la ofrece Clavero al entender que al inicio del proceso de composición del texto (1999) era “*inimaginable*” que una Declaración de la OEA pudiera hacer referencia a la libre determinación. Aquí puede traerse convenientemente el impulso que tantas veces se ha indicado a lo largo del presente trabajo llevado a cabo por organizaciones no gubernamentales, movimientos sociales y lógicamente por los propios “*Pueblos Indígenas*” que ha propiciado un clima donde los términos “*libre determinación*” puedan aparecer asociados a la figura de “*Pueblo*” sin

---

<sup>1032</sup> Galarza Quezada, P.M y Paronyan, H. Óp. cit. Nota 1016. Pág. 44. “*Sorprendentemente, sin embargo, no reconoce a los pueblos indígenas como pueblos “iguales a todos los demás pueblos”, como lo había hecho la DNUDPI, haciendo explícito el vínculo entre los pueblos indígenas como pueblos y el derecho a la autodeterminación. Al hacerlo, la DNUDPI reconoce que los pueblos indígenas, al igual que otros pueblos, tienen pleno derecho a ejercer la libre determinación, incluso en su dimensión externa, si se cumplen las condiciones (Anaya, 2009).”*

<sup>1033</sup> Clavero, B. Óp. cit. Nota 1029. Pág. 12. “*Tal identificación de pueblos ya estaba en uso por la Organización Internacional del Trabajo desde una década antes, desde 1989, por virtud de su Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, bien que privándole de su sentido jurídico: “La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”, declaraba el mismo (art. 1.3). Fue en 2001 cuando el Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de las Poblaciones Indígenas cambió el nombre de sus sujetos al de Pueblos Indígenas sin que su sentido, tras fuerte debate, tampoco se parangonara con el propio del derecho internacional.”*

que ello suponga levantar los temidos recelos gubernamentales en cuanto la integridad territorial y política de un Estado<sup>1034</sup>.

En lo que al Principio de Integridad Territorial la Declaración Americana lo establece inmediatamente después (Artículo IV) al pronunciamiento del Derecho de libre determinación, erigiéndolo como límite insoslayable a cualquiera de las interpretaciones que puedan extraerse del citado artículo III. Coincide con la de Naciones Unidas en establecer un modelo de libre determinación cuyos efectos la encuadran en el ámbito de la autodeterminación “*interna*”, en plena consonancia con el modelo traspuesto en la nueva generación de Derechos Humanos.

En este apartado se puede observar como la Declaración Americana establece, inmediatamente posterior al artículo III, la cláusula de salvaguarda, algo que no hace la Declaración de Naciones Unidas<sup>1035</sup> que la incorpora a la parte final de su articulado (artículo 21). La experiencia nos aconseja afinar nuestro sentido crítico ante esta forma de proceder en la composición de un texto internacional. Clavero así lo entiende y lo hace con buen criterio, al entender en principio, que ambas Declaraciones hayan optado por redacciones similares no es excepcional, aunque sea por un criterio de antecedente normativo internacional en que se basa la posterior sobre la anterior, si bien, el hecho que la Declaración americana haya preferido establecer la cláusula de salvaguarda justamente después del artículo que reconoce la libre determinación de los pueblos, denota una voluntad de preeminencia de aquella, que puede tener implicaciones que afecten en lo “*sustantivo*”. Deducción que compartimos enteramente.

---

<sup>1034</sup> Wilhelmi, A. Óp. cit. Nota 932. Pág. 25 “*El punto de partida se ha situado en una realidad simulada, la impostura permanente de una nación única y homogénea, donde el Estado se ha presentado como síntesis imaginada de la sociedad y ha basado su poder en un "principio ético-político de unificación de criterios que otorga al Estado como un hecho de verificación legítima de esta integración histórica, la titularidad final de los recursos y las decisiones sobre las formas de gestión de esos recursos". Frente a tal simulación, emerge una realidad de sujetos colectivos diversos, cuyas relaciones de convivencia exigen superar el viejo y superado esquema del Estado-nación, basado en la pétrea identificación entre pueblo, nación y Estado. La imposibilidad de seguir negando la presencia de pueblos diversos, de distintas culturas, en una misma realidad estatal, ha de llevarnos a poder entender que es posible concebir una organización política basada en la coexistencia de una pluralidad jurídica fruto de distintos sujetos colectivos. Sujetos que en su libre determinación optan por conformar un espacio común de convivencia, respetuoso de sus identidades, pero a la vez capaz de englobarlos permitiendo un diálogo intercultural entre iguales que fundamente la legitimidad de los poderes.*”.

<sup>1035</sup> Nos referimos en éstos términos a la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas

Resumidamente podemos destacar de la Declaración tres principios rectores:

- Establece el Derecho de los “*Pueblos Indígenas*” a regirse por sus propias instituciones jurídicas.
- Consagra el respeto a mantener sus modelos curativos y de salud en general.
- Mantiene el respeto a los sistemas educativos propios.

Por lo general insta un modelo, con sesgo continuista, del que ya avanzó la Declaración de Naciones Unidas en el que se fragua una estructura de convivencia interrelacionada mutua y donde ambos sistemas arbitran vínculos de interrelación en una indispensable conexión por la más que justificada, convivencia pacífica.

Puede destacarse que abiertamente define la existencia de Derechos colectivos (sección segunda), en el que ampara una serie de derechos de eminente ejercicio colectivo y con el objetivo claro de proteger la identidad grupal. Sección que no puede obviarse la íntima conexión que le une con el desarrollo o efectos inherentes al Derecho de libre determinación. Siendo especialmente su artículo 7 una materialización escrita de su autonomía<sup>1036</sup>. La sección tercera está dedicada a la identidad cultural, complemento indisoluble de la libre determinación y parte sustancial de su esencia en cuanto que es la base legitimadora de su diferenciación.

En el artículo XXI (Derechos organizativos y políticos) se hace un manifiesto en favor del respeto y desarrollo a las instituciones propias y con un imperante derecho de consulta en cualquier decisión que pueda afectarles de forma directa o indirecta. Muy conectado con la libre determinación, y así lo expresa el propio artículo, consagra una regla de oro en cuanto que determina de forma expresa el Derecho de los “*Pueblos*

---

<sup>1036</sup> Artículo VI. Derechos colectivos. Los pueblos indígenas tienen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos. En este sentido, los Estados reconocen y respetan, el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo; a sus sistemas o instituciones jurídicas, sociales, políticos y económicos; a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; a usar sus propias lenguas e idiomas; y a sus tierras, territorios y recursos. Los Estados promoverán con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas la coexistencia armónica de los derechos y sistemas de los grupos poblacionales y culturas.

*Indígenas*” a su autogobierno, autonomía, mantener sus propias instituciones y a ser consultados ante cualquier materia que implique afectar a sus Derechos.

Para cerrar establece una fórmula generalista en cuanto su equiparación a la categoría de “*Pueblos*” a los efectos de participación en las instituciones u organismos estatales. Ese punto se ve complementado con la delimitación que prescribe el Artículo XXII que dota del ámbito material en el que deberá ejercerse ese Derecho a la Consulta. A juicio de Galarza Quezada y Paronyan, articula una limitación de alcance en cuanto a la participación de los “*Pueblos Indígenas*” a un marco cerrado de materias que no encontramos en la Declaración de Naciones Unidas<sup>1037</sup>. En la misma línea puede indicarse la opinión de Clavero que considera que la Declaración de Naciones Unidas tuvo un tratamiento de la cuestión del Derecho de Consulta más equitativo y al que se le otorgó una significación y alcance a la altura del resto de Derechos (libre determinación, autonomía, autogobierno, etc.) Consideración que se encuentra en la Declaración Americana que lo conforma desde una perspectiva subsidiaria al Derecho de participación<sup>1038</sup>.

Por último, evaluando los avances o retrocesos que puede suponer la Declaración Americana frente a la de Naciones Unidas, Clavero señala uno que entendemos particularmente significativo para la cuestión que tratamos. Advierte en la Declaración de Naciones Unidas que los dos artículos precedentes al reconocimiento del Derecho a

---

<sup>1037</sup> Galarza Quezada, P.M y Paronyan, H. Óp. cit. Nota 1016. Pág. 45. “*En cambio, como señaló el Relator Especial de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas al referirse a las disposiciones de la DNUDPI y a otros instrumentos, los pueblos indígenas participarán en los procesos de toma de decisiones "siempre que una decisión del Estado afecte a los pueblos indígenas. Esto puede ocurrir "cuando los intereses o condiciones de los pueblos indígenas que son particulares a ellos están implicados en la toma de decisiones, incluso cuando la decisión puede tener un impacto más amplio, como en el caso de ciertas legislaciones (Anaya, 2009)."*

<sup>1038</sup> Clavero, B. Óp. cit. Nota 1029. Pág. 16. “*En la primera, la de Naciones Unidas, el consentimiento es complementario ante todo del autogobierno. Sentada en cambio la participación como premisa, la misma resulta un imperativo no sujeto a la libre determinación indígena, como si fuera ante todo deber y sólo derivadamente derecho. En consecuencia, el acento recae en la consulta, mediante la que se participa, mientras que, de presidir en cambio el derecho de libre determinación, lo hace en el consentimiento. La Declaración de Naciones Unidas, en línea que no seguirá la Americana, considera que la participación es estrictamente un derecho y, por tanto, opcional para su sujeto: “Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”. Exactamente: si lo desean. Es el artículo quinto, tras el de libre determinación y el de autogobierno.”*

la libre determinación (art. 3) son los que establecen el Principio de Igualdad de Derechos Humanos y la no discriminación entre Pueblos e individuos, indígenas o no. En cuanto la Declaración Americana su inicio es diferente, como ya hemos comentado anteriormente, se pronuncia sobre la atribución del Derecho de libre determinación para renglón seguido establecer sus límites en cuanto la integridad territorial del estado y ceñidos sus efectos a los “Pueblos” desde un ámbito “interno” de la libre determinación. Destaca de esta formulación que son los “Pueblos” a los que se cataloga de “*pluriculturales*” y no a los Estados (artículo 2). De este modo se produce una extensión de la diversidad de los “*Pueblos Indígenas*” a la propia conformación del Estado. El autor entiende que la etiqueta de “*pluriculturalidad*” viene a ser una nomenclatura que define la simbiosis de convivencia entre el colectivo minoritario y mayoritarios que coincide en el territorio estatal<sup>1039</sup>.

En conclusión, la Declaración de Naciones Unidas de los Pueblos Indígenas sí deja de forma más nítida asentados los fines de la Declaración en cuanto objetivo común entre Estado y Pueblos Indígenas, sintetizada en la fórmula “*Se trata del objetivo de la libre determinación de estos segundos que se ejerce a través del autogobierno y se garantiza mediante el consentimiento libre, previo e informado*”. Este propósito condensado en una frase, define de forma perfecta la voluntad marcada en la Declaración de Naciones Unidas en la que se ofrece una pauta que se erige como un criterio rector que compendia el sustrato axiológico que se ha trasladado por el Derecho Humano de tercera generación. No encontramos tal diafanidad en el objetivo perseguido en la Declaración Americana. La cuestión analizada de que se haya puesto de forma paralela y simultánea tanto el reconocimiento como la limitación del Derecho de libre determinación de los “*Pueblos Indígenas*” es un claro síntoma de desconfianza por parte de los Estados y por otro lado, definir pluriculturales a los “*Pueblos Indígenas*” es una premisa que a juicio

---

<sup>1039</sup> Clavero, B. *Ibidem*. Pág. 17. “*Lo que debiera ser una constatación de hecho, de resultarlo realmente, se erige en un principio de derecho que se sienta como premisa de la libre determinación, la cual así queda en la Declaración Americana embutida entre los artículos segundo y cuarto, entre la pertenencia presunta de los pueblos indígenas a las sociedades de los Estados de una parte y, de otra, el principio que ya hemos visto de la unidad e integridad de los Estados.*”



de Clavero esconde un tenue aire de integracionismo que obviamente empaña las manifestaciones de la libre determinación<sup>1040</sup>.

Podemos indicar que a pesar de lo expuesto, indudablemente la Declaración Americana ha supuesto un gran paso en el reconocimiento de Derechos de los “*Pueblos Indígenas*”, avanzando en el camino que ya han abierto previamente tanto la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas como el Convenio 169 de la OIT. Textos normativos que han venido perfilando la sustantividad del Derecho a la libre determinación por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos que con sus pronunciamientos ha tenido un papel, que puede calificarse que ha ido más allá de una mera función orientadora, interpretativa o protectora para erigirse como una institución garante de la efectividad de los Derechos reconocidos a los “*Pueblos Indígenas*”<sup>1041</sup>.

Tampoco puede obviarse el mecanismo de los “*Relatores*”<sup>1042</sup>, que con su labor más directa y susceptible a las demandas de los colectivos han proporcionado una valiosa información en el objetivo de que llegara a los órganos de debate y decisión una mejor afección sobre la realidad que estaban manejando<sup>1043</sup>.

---

<sup>1040</sup> Clavero, B. *Ibidem*. Pág. 19. “*Dicho de otro modo, en la Declaración Americana se perfila un escenario y augura un horizonte de carácter integracionista, lo cual no se dibuja en cambio por la de Naciones Unidas. He ahí unos fines de integración solapando a los de autonomía y libre consentimiento.*”.

<sup>1041</sup> Clavero, B. *Ibidem*. Pág. 21 “*Lo dicho sobre la Declaración de Naciones Unidas puede decirse del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, esto es, que se ha convertido en instrumento interamericano sobre derechos de los pueblos indígenas gracias a la labor jurisprudencial de la Corte Interamericana yendo más allá de lo que permiten las numerosas ratificaciones por Estados americanos. Y otro tanto vale para la mismísima Convención Americana sobre Derechos Humanos. Nada dice ésta sobre derecho indígena ni nadie imaginó en su momento que pudiera llegar a cubrirlo. Sin embargo, desde 2001, la Corte Interamericana viene interpretando que su registro de derechos debe participarse a indígenas con la modulación del caso al tratarse de sujetos colectivos.*”.

<sup>1042</sup> Burger, J. *Óp. cit.* Nota 1004. Pág. 232. “*La exposición pública de violaciones de Derechos Humanos en el Grupo de Trabajo llevó a los gobiernos a buscar formas más convencionales de canalizar quejas y reducir la presión sobre ellos en estas sesiones anuales. La decisión de crear un relator especial sobre los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, se discutió por primera vez en 2000 y finalmente fue confirmado en 2001, y fue defendido por dos gobiernos de América Latina - México y Guatemala - ambos conocidos por su mal trato de los pueblos indígenas en el país. Tal vez los modestos cambios democráticos en ambos países estimularon el deseo de mejorar su imagen internacional. En cualquier caso la Comisión de Derechos Humanos adoptó la decisión de nombrar un relator especial.*”.

<sup>1043</sup> Burger, J. *Ibidem*. Pág. 232-233. “*El hecho de que los pueblos indígenas tengan una persona dedicada a transmitir sus preocupaciones a los gobiernos en los casos de presuntas violaciones de los Derechos Humanos es, sin duda, un avance sobre la situación que prevalece en el GTPI que*

Otra de las instituciones que han contribuido en la mejora de las condiciones de vida de los “*Pueblos Indígenas*” ha sido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de Naciones Unidas. Una institución creada en 1993 por mandato de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, para que se tuviera un espacio en el que de forma directa pudiera recibirse las demandas de los “*Pueblos Indígenas*”. Con una función asesora, tuvo un incipiente inicio que el paso del tiempo lo han convertido en una valiosa correa de transmisión de las demandas de los “*Pueblos Indígenas*”<sup>1044</sup>.

Un último organismo que referenciaremos por su utilidad es el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas. En 2002, el Grupo de trabajo de técnicos que se constituyó para el acopio de material para la posterior Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, formado por expertos y tras ser un instrumento de valiosa participación en todo el proceso, incluso al margen de intereses gubernamentales, se entendió que tras 25 años de servicio debía dar paso a otro organismo, en el que se constituyó un “*Mecanismo de expertos*” que recibió el encargo de preparar un estudio sobre los “*Pueblos Indígenas*” y la educación. Al contrario que las instituciones precedentes el “*Mecanismo de expertos*” no ha tenido una contribución objetivable o concretable como puede ser las Declaraciones comentadas, si bien, el hecho de que sea un ente que está formado principalmente por expertos en la materia, al margen de cualquier sesgo político o partidista, le confiere un estatus que en

---

*reiteradamente ha venido señalando que carece de mandato para actuar sobre los estados a pesar de la gravedad de los abusos. A diferencia de los comités que supervisan los tratados de Derechos Humanos, los relatores tienen una flexibilidad considerable en la promoción de los derechos que no pueden ser claramente definidos. El Relator Especial que ocupó este cargo antes de la adopción de la Declaración era capaz de reconocer derechos sobre la tierra, sobre la base de que estos eran derechos que emergían como un consenso internacional y regional.”.*

<sup>1044</sup> Burger, J. *Ibidem*. Pág. 235 “*La primera sesión del Foro Permanente, en 2002, fue un triunfo. Veinte años después de que los pueblos indígenas comenzaran su paso por la ONU, se había logrado lo que otros actores de la sociedad civil sólo podían envidiar - un organismo de alto nivel para discutir sus preocupaciones, una membresía dominada por sus propios representantes y una alta visibilidad en la Sede de las Naciones Unidas. Ahora, diez años después, el órgano se constituye como la institución por excelencia para las cuestiones indígenas y atrae en su período de sesiones anual de dos semanas a más de un millar de participantes, ofreciendo un espacio de debate sobre todos los temas de relevancia: cambio climático, objetivos de desarrollo del milenio, impacto de las industrias extractivas, tierra y derechos sobre los recursos, etc.”.*

nuestra opinión puede ser un contrapeso especializado que a todas luces resulta conveniente<sup>1045</sup>.

## **5.2 *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y Derecho a la libre determinación.***

En varias ocasiones se ha hecho hincapié en los pilares que sustentan la base teórica del presente trabajo. Desde la irrupción de la nueva generación de Derechos Humanos que ha dotado al Derecho a la libre determinación de una configuración axiológica y ontológica adaptada a los nuevos tiempos, hasta la innovadora recepción de esta corriente que ha operado por el NCL, traspasando la frontera intangible y a veces impenetrable del Derecho Interno<sup>1046</sup>. Sobre todo si tenemos en cuenta de que hablamos de una figura con una génesis con marcado carácter internacional a la que se le ha proporcionado de un evidente estímulo desde las últimas décadas del siglo XX a la actualidad.

Con carácter previo entendemos necesario hacer una breve referencia a la sensibilidad constitucional que ha aflorado en el contexto latinoamericano y que ha propiciado la inclusión de un Derecho con tantas aristas, a una configuración de plena efectividad. En este punto es necesario dar por reproducido el estudio que se realizó en contenidos anteriores sobre toda la evolución operada por el Constitucionalismo Latinoamericano, desde su emancipación de la larga sombra del colonialismo hasta su liberación de los intereses partidistas de gobiernos autocráticos que deformaban hasta límites inadmisibles el verdadero espíritu constitucional, transmutando su esencialidad democrática, igualitaria y participativa.

---

<sup>1045</sup> Burger, J. *Ibidem*. Pág. 237 “No está clara la contribución del Mecanismo de Expertos al avance de la causa de los pueblos indígenas. Si bien los estudios son adecuados, añaden poco a la información y el análisis que generalmente se conoce. El Mecanismo no ha definido su objetivo primordial, ni ha explotado el único punto de presión que tiene como foro integrado por expertos indígenas con acceso directo a los gobiernos en el Consejo de Derechos Humanos. Dicho esto, las instituciones de la ONU se desarrollan lentamente y sin duda hay expectativa de que el Mecanismo de expertos pueda definirse a sí mismo y contribuir a lo que sigue siendo una presencia efectiva indígenas en las Naciones Unidas”.

<sup>1046</sup> Gómez Rivera, M. M. *Óp. cit.* nota 864. Pág. 77. “La inserción de normas relativas a Derecho Indígena en el orden constitucional latinoamericano expresan avances en el terreno de las reivindicaciones de los pueblos indígenas, pero su ejercicio se ve limitado precisamente porque están inmersas en un orden jurídico que obedece a la lógica de la homogeneidad cultural”.

El NCL supuso un innegable avance, no solo en lo que a la conquista de Derechos que se entienden inherentes a democracias consolidadas, sino por su valentía en acoger en los textos constitucionales demandas que hasta ese momento, únicamente se habían consolidado desde un plano internacional sin que se hubieran articulado vías de constitucionalización en ningún proceso constituyente, ni tampoco en procesos de revisión o reforma. Dentro de las reclamaciones una de las que mejor recepción tuvo fue el Derecho a la libre determinación de los Pueblos. El Informe de la Relatoría del Instituto Interamericano de Derechos Humanos supo plasmar esta realidad<sup>1047</sup>. En él se recoge una máxima que a nuestro entender puede servir de lema representativo de todo este proceso cuando afirma que “*Democracia y Estado de Derecho no están opuestos al reconocimiento de la Pluriculturalidad*”<sup>1048</sup>. Esta idea es la que inspira todo el informe de la Relatoría y viene a combinar en una convergencia necesaria y posible “*Pueblos Indígenas*”, Constitución, Derechos Humanos, Pluriculturalidad y libre determinación<sup>1049</sup>. Fabián Volio defiende en el informe que una Constitución democrática ha de ser un instrumento de garantía del “*bien común*”, y en base a esa máxima, cuando nos encontramos con una realidad social “*multiétnica*” resulta del todo necesario que el texto constitucional tenga la suficiente permeabilidad para que tenga acogida las prescripciones que garanticen el mantenimiento y pervivencia de la diversidad. Para ello sugiere que se articulen mecanismos que permitan la aplicación directa tanto de las medidas constitucionales como de los tratados internacionales que permitan una defensa más eficaz de los derechos indígenas. Ante ello, el propio informe en 1994 lanzaba un interrogante “*¿las constituciones o los legisladores de América*

---

<sup>1047</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos. “Constitucionalidad y Derechos de los Pueblos Indígenas”. Óp. cit. Nota 254. Pág. 143 y ss.

<sup>1048</sup> *ibídem*. Pág. 143. “La estrategia general se basa en el fortalecimiento del desarrollo democrático, de naturaleza diversa y culturalmente plural, por lo que el IIDH ha promovido el proyecto del documento interamericano “Derechos indígenas y Derechos Humanos” como contribución al debate propuesto por la Comisión Interamericana para la elaboración de un instrumento interamericano. En este proceso se ha encontrado que las demandas de los pueblos han venido incrementándose, que varios países han consagrado el reconocimiento constitucional de algunas demandas no sólo reivindicativas sino globales”.

<sup>1049</sup> *ibídem*. Pág. 144. “El doctor Rodolfo Piza, miembro del Consejo Directivo del IIDH, por su parte subrayó que la libertad es diversidad, n para ser iguales pero sí para tener oportunidades iguales que respeten los diversos matices de la identidad, todo lo cual es parte de la dignidad humana. Como constitucionalista reconoce que los problemas constitucionales son problemas de Derechos Humanos y que el Estado de derecho es un Estado pluriétnico y, en consecuencia, los pueblos indígenas tiene derecho a un constitucionalismo que refleje esta realidad”.

*latina son capaces de tolerar el reconocimiento explícito a los derechos colectivos?”*. La respuesta que ofrece el propio texto a la vista de la realidad contemporánea es francamente negativa. A pesar de ello, ya se apreciaban indicios en aquellos años que permitían alentar una pequeña esperanza de cambio que atisbaban los síntomas que se percibían<sup>1050</sup>.

Ahondando en la cuestión, se ha constatado según el informe que hay un “*notorio desfase*” entre lo que se reclama y lo que realmente llega a otorgarse por vía de los textos constitucionales<sup>1051</sup>. Brecha que, al menos en parte, se ha ido minorando al albur de la evolución normativa constitucional. Adentrándonos en el análisis más próximo de la realidad constitucional en Latinoamérica y en concreto del NCL resulta de referencia los trabajos que Yrigoyen Fajardo viene realizando en esta materia para entender desde un plano jurídico-político la confluencia de los factores que se ha producido desde una perspectiva global para entender las mejoras que han operado en las últimas décadas<sup>1052</sup>. Realiza un estudio del constitucionalismo latinoamericano desde una perspectiva que cobra una especial relevancia en cuanto nuestro objeto de estudio, al tratarlo desde el prisma del multiculturalismo. Empieza su examen de lo que denomina “*constitucionalismo pluralista*”, elocuente y acertada expresión con la que manifiesta el “*cambio de paradigma*” que ha supuesto con respecto al modelo “liberal monista” que imperó durante el siglo XIX y buena parte del XX en los textos constitucionales de Latinoamérica. Este es un hecho, en el que se ha incidido en líneas anteriores, destacando éste momento la llegada de un nuevo modelo, el del “*pluralismo jurídico*” que irrumpe dentro del marco de convivencia único del espacio estatal para establecer

---

<sup>1050</sup> *Ibidem*. Pág. 149. “Hasta ahora, se afirmó, ninguna Constitución reconoce el derecho indígena como tal; puede no ser reconocido pero existe, está ahí, vivo, no obstante en las nuevas experiencias constitucionales. Movimientos como la descentralización que es parte de la reforma del Estado están colocando en primer plano algunos temas como el del territorio, el autogobierno, la defensa del medio ambiente, la jurisdicción administrativa, el problema de la lengua materna y natal, el derecho consuetudinario. Los tiempos son favorables para algún tipo de progreso jurídico en estos temas”.

<sup>1051</sup> Como ejemplo de ello se pueden citar las Constituciones de Colombia y Brasil que han acogido con amplitud las demandas de autonomía sobre tierras y recursos del colectivo indígena y otra muestra reseñable es Bolivia que avanza en el camino de ir aceptando un mayor reconocimiento en su autogobierno.

<sup>1052</sup> Yrigoyen Fajardo, R. Z. “El horizonte del constitucionalismo pluralista: el multiculturalismo a la descolonización”. Capítulo de “El derecho en América Latina Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI”. César Rodríguez Garavito Coordinador. Obra colectiva. Siglo 21 Editores. 2011.

un sistema que se abastece de fuentes materiales más allá de la arraigada exclusividad estatal.

Éste “*constitucionalismo pluralista*” cobra vigor con los procesos constituyentes de finales de siglo XX a la actualidad y la Autora los ha dividido en varios procesos. Un primer proceso denominado “*constitucionalismo multicultural*” abarcaría entre los años 1982 a 1988, un segundo proceso “*constitucionalismo pluricultural*” entre los años 1989 a 2005 y un tercero, “*constitucionalismo plurinacional*” desde los años 2006 a 2009. Todos ellos tienen un componente común, vienen a expresar, en mayor o menor medida, las demandas indígenas que son, en realidad, las que a su juicio impulsan los procesos de reforma constitucional. Lógicamente también advierte que son procesos en los que se puede constatar que han concurriendo voluntades reticentes e intransigentes provenientes de reductos anclados en principios del viejo colonialismo, originando las previsible tensiones entre avance, estancamiento o retroceso. Todo ello exigió y exige una flexible voluntad de consenso que permita dar paso a una nueva concepción estatal y, nunca más apropiada, pluralista.

En desarrollo de las etapas hacia ese “*constitucionalismo pluralista*” vamos a exponer, brevemente, sus principales caracteres.

Un primer periodo de “*constitucionalismo multicultural*”, se produjo en los años 80 y coincide con el impulso que ofreció la corriente multiculturalista en apoyo a las demandas de los pueblos indígenas<sup>1053</sup>. Muestra de este modelo puede citarse a la Constitución de Canadá que recoge la “*multicultural heritage*” que permite reconocer derechos a los aborígenes canadienses. En este modelo se pueden incluir las Constituciones de Guatemala (1985) ni la de Nicaragua (1987)<sup>1054</sup>. A pesar de ser

---

<sup>1053</sup> *Ibidem*. Pág. 141 “En este ciclo, las Constituciones introducen el concepto de diversidad cultural, el reconocimiento de la configuración multicultural y multilingüe de la sociedad, el derecho –individual y colectivo– a la identidad cultural y algunos derechos indígenas específicos.”.

<sup>1054</sup> *Ibidem*. “La Constitución de Guatemala reconoce la configuración multiétnica, multicultural y multilingüe del país y “el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural”, así como ciertos derechos específicos para grupos étnicos y comunidades indígenas. La Constitución de Nicaragua reconoce también la “naturaleza multiétnica” del pueblo, así como los derechos culturales, lingüísticos y territoriales de las comunidades étnicas del Atlántico, para que puedan organizarse según “sus tradiciones históricas y culturales” y desarrollar un régimen de autonomías.”.

Constituciones que mostraron cierta sensibilidad hacia la corriente multicultural como vía de positivación constitucional de las demandas del colectivo indígena, no llegaron a transformar ese empuje en un modelo realmente pluralista en el ámbito jurídico. Lo más que se pudo acercar al modelo, es por la vía que optaron algunos países como Perú, que arbitraron mecanismos de legislación ordinaria para darle cierto reconocimiento a la jurisdicción indígena, pero de forma muy limitada.

En un segundo período denominado de “*constitucionalismo pluricultural*”, las Constituciones ya recogen una haz de Derechos asignados a la clásica titularidad individual pero a la vez, ya cada vez más Derechos son reconocidos a un titular colectivo<sup>1055</sup>. Aparece por primera vez en los textos constitucionales la noción de “*Estado Pluricultural*”. Las implicaciones de ello supone un punto de inflexión ya que es ahora la Constitución la que determina un modelo de Estado bajo los Principios de Pluralismo y Diversidad Cultural que otorga carta de legitimidad a las demandas que se presenten por parte de los “*Pueblos Indígenas*”, amparadas ahora ya sí, por la propia Constitución<sup>1056</sup>.

Coincidimos en que la novedad más importante que presentan estas Constituciones es la articulación de un modelo pluralidad jurídica que rompe con el clásico sistema monista liberal. De este modo se acepta a la autoridad indígena, así como su derecho consuetudinario y sus reglas procesales. Se presenta, de esta forma, una nueva versión o actualización de la tradicional división de poderes, en la que el Estado se erigía como único sujeto legítimo no solo en la ostentación del poder, sino también en que a la creación y aplicación del Derecho concierne. Lo más relevante es que la idea de pluralidad viene amparada por el soporte constitucional que le otorga una preeminencia en cuanto que sus efectos son irradiados a todo el Ordenamiento Jurídico. La cuestión del respeto a otras formas de administrar justicia por sujetos ajenos al Estado se ofrece igualmente como una vía privilegiada de materialización y consolidación de la propia

---

<sup>1055</sup> Según Yrigoyen se desarrollan los conceptos de nación “*multiétnica*” y “*multicultural*”.

<sup>1056</sup> Yrigoyen Fajardo, R. Z. Óp. cit. Nota 1052. Pág. 142. “*Las Constituciones de este ciclo incorporan un nuevo y largo listado de derechos indígenas, en el marco de la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989). Esos derechos incluyen la oficialización de los idiomas indígenas, la educación bilingüe intercultural, el derecho sobre las tierras, la consulta y nuevas formas de participación, entre otros.*”.

multiculturalidad. Un ejemplo de ese modelo son las Constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela, entre otras.

La plasmación de concepciones multiculturalistas en cuanto al respeto de los sujetos con identidad diferenciada y la pérdida de la exclusividad estatal en el ámbito de la creación y aplicación del Derecho no debe inducir la idea de que ahogaron la posibilidad de medidas de corte liberal en las reformas constitucionales. Al hilo de los nuevos procesos constituyentes o revisorios se produjo una nueva oportunidad de introducir preceptos de corte más neoliberal en lo económico y una consecuencia directa de ello fue la implantación de intereses corporativos en demanda de los recursos naturales de muchos de los territorios indígenas<sup>1057</sup>.

Al margen de la inevitable conjunción de intereses en la búsqueda de equilibrios de poder, debemos quedarnos con el innegable avance que supuso pasar de un modelo estatal liberal y monista a un sistema que partía de la multiculturalidad en su conformación y sobre todo, en la materialización de ese espíritu basado en la diversidad, con el consiguiente reconocimiento de derechos por asignación a una colectividad diferenciada y autónoma. Tal y como mantiene Gómez Rivera, no se trata de meras demandas “*culturalistas*”. Es necesaria una reforma de la propia concepción de Estado<sup>1058</sup>.

---

<sup>1057</sup> Ibidem. Pág. 143. “Ello incluyó la contracción del papel social del Estado y de los derechos sociales, la flexibilización de los mercados y la apertura a las transnacionales, como ocurrió en Bolivia y Perú. Así, por ejemplo, la Constitución peruana de 1993, si bien reconoció por un lado el carácter pluricultural del Estado y el pluralismo jurídico, por otro eliminó las garantías de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que tenían las tierras indígenas desde las Constituciones de 1920 y 1930. En la práctica, esto posibilitó que un gran número de corporaciones transnacionales se instalaran en los territorios indígenas para realizar actividades extractivas, dando lugar a nuevas formas de despojo territorial bastante similares a las del siglo XIX. Es decir que la simultánea adopción de planteamientos neoliberales y derechos indígenas en las Constituciones, entre otros factores, tuvo como consecuencia práctica la neutralización de los nuevos derechos conquistados. Súmense a esto otros factores como violencia interna, las acciones de poderes materiales locales, el narcotráfico, los paramilitares, etc.

<sup>1058</sup> Gómez Rivera, M.M. Óp. cit. Nota 864. Pág. “Hay sin duda mucha ignorancia, prejuicio y discriminación en las posiciones oficiales, pero sobre todo existe conciencia de la contradicción que entraña para sus aspiraciones neoliberales y globalizadoras el compromiso de reconocer a unos sujetos de derecho que demandan autonomía constitucional para decidir los asuntos fundamentales relacionados con la vida de sus pueblos, entre los que destaca su inserción en la vida política nacional para garantizar su adecuada relación con la naturaleza, el acceso al uso y disfrute de los recursos naturales, la posibilidad de participar en la toma de decisiones en los proyectos de desarrollo. Como vemos, no se trata de simples demandas culturalistas ni susceptibles de reducirse al folklore inofensivo



A esta aprobación formal, se intentó proveer de las necesarias garantías para dotarles de una mínima efectividad en su existencia, aunque la realidad es que ese primer paso de constatación material de Derechos de los “*Pueblos Indígenas*”, se quedó en un plano meramente descriptivo sin que se articulara un repertorio de instrumentos de protección que les permitiera alcanzar un estatus jurídico pleno, quedándose ciertamente en un esbozo, meramente enunciativo. Como era previsible la formulación de Derechos constitucionales al más puro estilo decimonónico originó un alto grado de conflictividad por la demanda de ejercicio de unos Derechos huérfanos de defensa<sup>1059</sup>.

Un tercer ciclo es el denominado “*constitucionalismo plurinacional*”. Su periodo de efectividad se centra entre 2006 y 2009 y puede decirse que es cuando se produjeron los avances constitucionales más significativos en materia de diversidad y reconocimiento de Derechos. Este periodo, está copado en exclusiva por dos procesos constitucionales que se erigen como fundamento del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Se trata de los procesos constituyentes de Ecuador y Bolivia. En estas dos Constituciones los términos diversidad, multiculturalismo o plurinacionalidad cobran una especial trascendencia más allá de ser enunciados meramente epistemológicos para integrarse en la conformación ontológica del propio Estado.

La especificidad de los “*Pueblos Indígenas*” es reconocida, identificándolos como “*naciones originarias o nacionalidades*” con Derecho a la libre determinación. En palabras de Fajardo, como “*sujetos políticos colectivos con derecho a definir su destino, gobernarse en autonomías y participar en los nuevos pactos de Estado*”. Ahora, el Estado se define como “*Plurinacional*”. No se trata de una instauración formalista y

---

*de los usos y costumbres o la contratación de maestros que hablen lengua indígena. Por ello se ha planteado que se requiere una reforma del Estado.”.*

<sup>1059</sup> Yrigoyen Fajardo, R.Z. Óp. cit. Nota 1052. Pág. 143. “*Los nuevos derechos conquistados y la atribución de potestades que antes eran privativas de los órganos del Estado a los indígenas han provocado un sinnúmero de disputas legales y políticas, aún no resueltas. Así, por ejemplo, el Poder Legislativo en varios países sigue reclamando atribución soberana para promulgar leyes sin estar condicionado o limitado por el derecho de consulta de los pueblos indígenas. Hasta ahora, ni las leyes ni las Cortes han logrado especificar la extensión de este derecho. Lo mismo pasa con el tema de la jurisdicción indígena o los conflictos sobre la interpretación de los Derechos Humanos. En estos campos hubo grandes avances, pero también quedan numerosas preguntas pendientes.”.*

vana que pretenda aparentar una realidad antagónica al contenido constitucional, sino muy al contrario, es la propia configuración desarrollada en el articulado constitucional el que, ahora sí, de forma efectiva concilia el calificativo de “*Plurinacional*” con una conformación real del modelo estatal<sup>1060</sup>.

Una primera consecuencia de ello la podemos inferir del relieve que adquiere el sujeto “*indígena*” como ente reconocido y legitimado constitucionalmente, en igualdad con el propio estado. De inexorable acierto Yrigoyen Fajardo los denomina “*sujetos constituyentes*” con pleno derecho en la construcción del modelo de Estado y en un plano de igualdad que se presenta a la hora de definir la relación bilateral generadora derechos y obligaciones con el Estado. Se viene a paliar de esta forma un injusto olvido y en muchos casos desprecio, hacia los colectivos indígenas que a pesar de constituirse como un verdadero “*Pueblo*”, se les ha tratado con una total displicencia e innecesario paternalismo, en un constante intento de asimilación, hasta que se ha podido alcanzar una situación de respeto y reconocimiento a su identidad.

Seguidamente la Autora hace una reflexión que conecta de forma directa su argumentación con el desarrollo de los Derechos Humanos de tercera generación. Actualmente, y de forma paralela, se ha producido la aparición de nuevas demandas, más allá de las que responden estrictamente al modelo de Estado Social. Ahora se reclama a los Estados unos nuevos derechos que enlacen con necesidades, que hasta este momento no se había tenido consciencia de su trascendencia<sup>1061</sup>. Un ejemplo de lo expuesto nos lo ofrece la Constitución de Ecuador en la que se recogen derechos para nuevos sujetos (Pachamama), así como el derecho al “*buen vivir*”, entre otros, o la

---

<sup>1060</sup> Sánchez Rubio, David y Cruz Zúñiga, Pilar. Op. Cit. Nota 847. Pág. 69. “*También se derivaría un hecho positivo con dimensión prospectiva y de futuro: la necesidad de sensibilizar y concienciar sobre la importancia de los derechos indígenas, así como reivindicar las obligaciones de los estados de respetar y garantizar estos derechos. Todo ello junto con la necesidad de crear un marco normativo de derechos más amplio donde se tenga en cuenta el rostro de Jano con el que se expresa la migración indígena...*”.

<sup>1061</sup> Yrigoyen Fajardo, R. Z. Óp. cit. Nota 1052. Pág. 149 “*Luego de la crisis del modelo de ajuste estructural y de las políticas neoliberales, la población en general reclama al Estado derechos sociales y un papel activo frente a las transnacionales y los poderes materiales. Esta demanda se traduce en nuevos derechos sociales que incorporan la perspectiva indígena, como el derecho al agua, al “buen vivir” y a la seguridad alimentaria, entre otros. Y asimismo reconocen el ejercicio del derecho propio en el marco de la cosmovisión indígena.*”.

Constitución de Bolivia que garantiza un mismo plano de igualdad entre justicia estatal e indígena.

Llegado este punto resulta conveniente hacer un conciso recorrido sobre los aspectos más destacables de las Constituciones que integran el NCL<sup>1062</sup>, lógicamente desde un plano o como expresión del Derecho a la libre determinación de los Pueblos. En tal labor, nos asistiremos de los criterios implantados por Anaya en su análisis del contexto internacional en orden al tratamiento de los “*Pueblos Indígenas*” y su Derecho de Autodeterminación, trasladándolos al estudio de la normatividad constitucional interna. Se trata de cinco grandes bloques temáticos<sup>1063</sup>: no discriminación, integridad cultural, tierras y recursos, desarrollo y bienestar social y autogobierno. El tratamiento de esas materias son las que van a definir el estatus jurídico de los “*Pueblos Indígenas*” globalmente.

### **5.2.1 Primer bloque temático: No discriminación.**

Como primer bloque temático dedicado a la no discriminación, Anaya considera como referente a seguir en esta materia la necesidad de evidenciar, al menos desde un plano normativo, un tratamiento diferente en función de los sujetos destinatarios por parte de las políticas oficiales. En este aspecto las tres Constituciones coinciden en firmes enunciados declarativos de respeto a la identidad diferenciada de su comunidad indígena.

---

<sup>1062</sup> Como contrapunto complementario, considero conveniente traer la aguda opinión crítica de Gómez Rivera en cuanto su perspectiva del constitucionalismo latinoamericano y el tratamiento del colectivo indígena. “*En lo general encontramos ausencias de políticas nacionales, de Estado, frente a los pueblos indígenas, salvo los casos de Brasil y México,, las políticas gubernamentales en América Latina son recientes, erráticas y muy dependientes de las preferencias o inclinaciones de quienes tienen a su cargo las instituciones. No parece encontrar un punto de encuentro la nueva dinámica de derechos de los pueblos con las instituciones y proyectos indigenistas de los Estados, éstos tienden a valorar como peligroso el compromiso por el pleno ejercicio de estos derechos ante la evidencia de que su impulso conlleva a la confrontación con la lógica imperante en el conjunto de instancias gubernamentales. Mientras los gobiernos de Bolivia y Colombia parecen estar dispuestos a definir una política y una línea institucional de nuevo tipo y acorde al marco constitucional de derechos, siempre con la tensión de la insuficiente participación directa de representaciones de los pueblos indígenas, el de Ecuador que, como ya señalamos tiene un precario marco constitucional, hace poco tiempo asumió la decisión de crear una instancia cuya dirección estaría orgánicamente ligada al movimiento indígena del país,....”.*

<sup>1063</sup> Anaya, J. Óp. cit. Nota 680. Pág. 175. “*Las normas internacionales relativas a los pueblos indígenas que desarrollan los elementos de la autodeterminación pueden encuadrarse dentro de las siguientes categorías: no discriminación, integridad cultural, tierras y recursos, desarrollo y bienestar social, y autogobierno.*”

En la Constitución boliviana, por lo general más extensa y detallada en el tratamiento de la cuestión indígena, encontramos en su preámbulo una fórmula reafirmativa del modelo estatal basado en su “*composición plural*”, e incluso resulta llamativo que se haga constar el espíritu revolucionario que ha presidido la lucha indígena en su voluntad de despojarse del yugo colonial<sup>1064</sup>. Su ánimo de respeto a la diversidad queda patente al incorporar en la cabecera constitucional (artículos 1, 2 y 3) el marcado carácter intercultural que impregna la sociedad boliviana, definiendo la propia esencia del modelo estatal<sup>1065</sup>. Destaca sobre todo la referencia directa al respeto de la libre determinación (la Constitución Boliviana no utiliza la expresión Autodeterminación) en su artículo 2, dotando a los “*Pueblos Indígenas*” de un ámbito material conforme a su autonomía, autogobierno, cultura, reconocimiento de sus instituciones y validación de sus ámbitos territoriales<sup>1066</sup>. No encontramos tan firme compromiso con la multiculturalidad en ninguno de los otros textos constitucionales, si bien, es justo destacar que, aunque en menor medida, todas ellas dejan traslucir en sus fundamentales artículos iniciales, esa voluntad de expresar la diversidad que convive en cada País.

---

<sup>1064</sup> Constitución de Bolivia. Preámbulo “El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.”.

<sup>1065</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

Artículo 2. Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley.

Artículo 3. La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano.

<sup>1066</sup> López Fuentes, J.L. “Los Derechos de los Pueblos Indígenas”. Servicio de Publicaciones Diputación de Málaga. 2006. Pág. 94. “*La Constitución (boliviana) solo declara que somos una sociedad multiétnica y pluricultural, no detalla ni explica más. Las características de “multiétnica y pluricultural” están junto a las de “libre, independiente y soberana”. Esto quiere decir que son principios básicos sobre los cuales el resto de la constitución debe irse formando*”.

La Constitución de Ecuador opta por incluir en el modelo de estado la calificación de “*Intercultural y Plurinacional*”<sup>1067</sup>.

En la Constitución de Venezuela no encontramos en su Título I ninguna referencia a la diversidad social que compone el País, optando por una fórmula, relativamente clásica, sin concesiones a la multiculturalidad<sup>1068</sup>. Tenemos que irnos al artículo 9 para encontrar el único otorgamiento a la diversidad cuando establece la oficialidad de los idiomas indígenas e impone su respeto en todo el territorio nacional<sup>1069</sup>. Reconocimiento que en la Constitución Boliviana se recoge en el artículo 5.I de una forma más detallada, haciendo mención expresa a todos los idiomas y dialectos y el artículo 2 de la Constitución de Ecuador utiliza una fórmula más generalista como la Venezolana. Un punto en común a todos es que optan por el castellano como lengua co-oficial<sup>1070</sup>.

En cuanto al tratamiento diferenciado adaptado a la identidad de la Comunidad Indígena, las tres constituciones tienen apartados ex profeso para atender a las necesidades del colectivo y para ofrecer una regulación que cubra su singularidad. En la Constitución de Bolivia se dedica el Capítulo IV (Título II De los Derechos Fundamentales y Garantías) a los Derechos de las Naciones y Pueblos Indígena originario campesinos. Llama la atención este apartado ya que es la propia Constitución la que crea una nueva figura jurídica, la de “*Pueblo Indígena Originario*

---

<sup>1067</sup> Constitución Ecuador. Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

<sup>1068</sup> Constitución Venezuela. Artículo 2. Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los Derechos Humanos, la ética y el pluralismo político

<sup>1069</sup> Constitución de Venezuela. Artículo 9. El idioma oficial es el castellano. Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad.

<sup>1070</sup> Vargas Gamboa, V.N. y Gamboa Alba, S. “El Derecho de los Pueblos y Naciones Indígena originario campesinos en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia”. Obra Colectiva “Manual Protección Multinivel de los Derechos Humanos “. Pág. 405 y ss. Pág. 412. “*Otro de los cuerpos que más ha desarrollado los derechos indígenas es la Constitución de la República del Ecuador (CE), que si bien reconoce al kichwa y al shuar como idiomas oficiales de relación intercultural, lo hace después de establecer que el idioma oficial es el Castellano, dejando a los demás idiomas ancestrales la oficialidad en las zonas en las que habitan los pueblos indígenas que las hablan, de acuerdo a regulación específica (Art. 2 CE). Por lo que en este sentido la CPE (Bolivia) es mucho más amplia en cuanto a su protección.*”.

*Campeño*”(PIOC)al que dota de una particular configuración, atribuyéndole unos derechos y unas competencias, en algunos casos de titularidad exclusiva. No encontramos algo así en las otras dos Constituciones.

La Constitución de Ecuador indica en su Capítulo cuarto (Título II Derechos) los Derechos de los Comunidades, Pueblos y Nacionalidades y la Constitución de Venezuela en su Capítulo VIII (Título III De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes) los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Como puede comprobarse, todos los textos constitucionales han incluido en sus apartados de Derechos Fundamentales reconocidos a la comunidad indígena en una clara intencionalidad de otorgar un estatus de igualdad en cuanto establecer un modelo que dote les dote del máximo reconocimiento y garantía constitucional, al igual que al resto de Derechos Fundamentales.

El Capítulo Cuarto (Título II) de la Constitución de Bolivia puede erigirse como un referente real del tratamiento de la diversidad por parte de una Constitución<sup>1071</sup>. Su extensa lista de Derechos, plasmados de forma expresa, son una buena muestra de la voluntad de dotar a la comunidad indígena de un estatus jurídico prevalente y amparado constitucionalmente de todos aquellos Derechos que se le han venido negando sistemáticamente a lo largo de los últimos siglos<sup>1072</sup>. Mantienen Vargas Gamboa y Gamboa Alba, como *“si la intención de Bolivia a través de la Constitución sería la de borrar todo el lapso de tiempo comprendido entre el inicio de la colonización y la promulgación de la nueva CPE”*. Este texto, cuenta con un apartado dedicado a la *“integración”*, que dispone por el artículo 265 la obligación estatal de fomentar una

---

<sup>1071</sup> Ibídem. Pág. 405. *“La lucha de los sectores indígenas, por la reivindicación de sus formas de vida, ha propiciado en Bolivia la incorporación de numerosos los preceptos en su cuerpo constitucional. Dichos preceptos han cambiado radicalmente la situación legal que tenían estos sectores... Resulta evidente la amplitud del catálogo de derechos atribuido a los sectores indígenas”*.

<sup>1072</sup> Ibídem. Pág. 408. *“En septiembre de 2004 se formó el Pacto de Unidad Programático, que elaboró, en ese momento, una propuesta de Ley de Convocatoria a la Asamblea Constituyente bajo el lema: «los excluidos no vamos a excluir a los excluidores de siempre». Allí se decidió que la Asamblea Constituyente debía ser soberana para que no esté sometida a los poderes constituidos; participativa para borrar la lacra histórica de un país construido por una pequeña élite blancoide; y originaria y fundacional, para evitar que se trate de una Asamblea que intente poner parches a la estructura del Estado. Teniendo una participación activa durante todo el proceso constituyente.”*

relación “*justa, equitativa y reconocedora de asimetrías*” en cuanto los vínculos de conexión que han de unir al colectivo indígena con el resto de la población, a escala latinoamericana<sup>1073</sup>. En su artículo 30.II.3<sup>1074</sup> es el que establece, el que Vargas Gamboa y Gamboa Alba han definido como “*derecho a la autoidentificación cultural*”. De forma que se facilite al máximo la afirmación de pertenencia al colectivo indígena como una señal de identidad. En su artículo 30.II.4 coloca a la “*libre determinación*” como un Derecho del que gozan los “*Pueblos Indígenas*”<sup>1075</sup>. Siempre partiendo de la acotación que supone el infranqueable límite que impone la unidad del Estado que el propio artículo 30 nos recuerda en su apartado II<sup>1076</sup>.

Mención expresa merece la nueva categoría denominada “*Pueblo indígena originaria campesino*”, que viene a definir jurídicamente a aquellas comunidades indígenas que cuenten con unos requisitos que, extrañamente, la propia Constitución se encarga de desarrollar en el Capítulo séptimo del Título I Parte Tercera, dedicada a la Estructura y Organización Territorial del Estado. El artículo 289<sup>1077</sup> define la “*autonomía indígena*

---

<sup>1073</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 265. I. El Estado promoverá, sobre los principios de una relación justa, equitativa y con reconocimiento de las asimetrías, las relaciones de integración social, política, cultural y económica con los demás estados, naciones y pueblos del mundo y, en particular, promoverá la integración latinoamericana.

II. El Estado fortalecerá la integración de sus naciones y pueblos indígena originario campesinos con los pueblos indígenas del mundo.

<sup>1074</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 30.II.3 “A que la identidad cultural de cada uno de sus miembros, si así lo desea, se inscriba junto a la ciudadanía boliviana en su cédula de identidad, pasaporte u otros documentos de identificación con validez legal”.

<sup>1075</sup> Además podemos destacar entre los Derechos que la Constitución de Bolivia reconoce a los “*Pueblos Indígenas*”, el de a la identidad cultural, religiosa y tradiciones, al respeto a sus instituciones, tierras y territorios, propiedad intelectual, educación, sistema políticos, participación y salud, entre otros.

<sup>1076</sup> Vargas Gamboa, V.N. y Gamboa Alba, S. Óp. cit. Nota 1070. Pág. 421. “*Se configura constitucionalmente en Bolivia el derecho a la libre determinación y territorialidad de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (Art. 30.II.4 CPE). Cuyo fundamento se encuentra en su existencia precolonial y su dominio ancestral de los territorios; sin embargo, en todo momento se reconoce que el ejercicio de este derecho queda sujeto a la unidad del Estado boliviano. Es así que, con respecto al derecho de libre determinación, no pueden generarse elementos de discordia, puesto que al ser interpretado de forma abierta y acorde con el contenido integral de la CPE, permite a los pueblos y naciones de Bolivia la autorrealización autónoma, evitando innecesarias burocracias e intervenciones de élites, de esta manera, concede libertades reales para lograr niveles eficientes de transparencia en el desarrollo social bajo condiciones sociales dignas, justas y libres. En este sentido, el derecho de la autodeterminación en Bolivia tiene como resultado la autonomía indígena originaria campesina, como ejercicio de su autogobierno (Arts. 2 y 289 CPE).*”.

<sup>1077</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 289. La autonomía indígena originaria campesina consiste en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias.

*originaria campesina*” en la atribución del “*autogobierno*” como expresión del Derecho de libre determinación para aquellos “*Pueblos*” que compartan unas condiciones (territorio, lengua, cultura, historia, etc.) que legitimen la singularidad de su identidad. Como complemento, el 290 fija la base en la ascendencia histórica de los “*Pueblos Indígenas*”, sumado a un trascendental elemento subjetivo conformado por la propia voluntad del grupo, debiendo ser ratificada por consulta, con arreglo a la Constitución y Ley<sup>1078</sup>.

El artículo 291 adjudica esta nueva categoría a los municipios y las regiones que así lo decidan por el procedimiento que legalmente se habilite para ello. Permitiendo que varios municipios puedan integrarse en una sola “*Autonomía indígena originaria campesina*”. Como órgano supramunicipal, de la misma categorización, es posible constituir la “*Región indígena originario campesina*”. El procedimiento para ello es similar al recogido para la “*Autonomía*” y en todo caso, ambos entes contarán con autonomía para establecer su propio estatuto de funcionamiento<sup>1079</sup>.

No encontramos figuras análogas en las Constituciones de Ecuador y Venezuela. La Constitución de Ecuador opta por considerar la igualdad de todos sus ciudadanos/as, combinando con el reconocimiento expreso a la “*nacionalidad indígena*” en su artículo 6 como unidad del Estado Plurinacional como modelo de estado elegido<sup>1080</sup>. En su Capítulo IV del Título II relativo a los Derechos desarrolla el tratamiento que el texto constitucional brinda a la comunidad indígena reconociéndole un extenso haz de Derechos. Inicialmente llama la atención algunos aspectos.

---

<sup>1078</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 290.I. La conformación de la autonomía indígena originario campesina se basa en los territorios ancestrales, actualmente habitados por esos pueblos y naciones, y en la voluntad de su población, expresada en consulta, de acuerdo a la Constitución y la ley.

<sup>1079</sup> Constitución de Bolivia. Artículos 292 a 304.

<sup>1080</sup> Constitución de Ecuador. Artículo 6.- Todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución. La nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional. La nacionalidad ecuatoriana se obtendrá por nacimiento o por naturalización y no se perderá por el matrimonio o su disolución, ni por la adquisición de otra nacionalidad.



El primero es que el artículo 56<sup>1081</sup> establece la indivisibilidad y unidad del Estado, principio paradigmático que moldea el marco de colaboración con la libre determinación. Uno segundo en cuanto el artículo 57<sup>1082</sup>, realiza una referencia directa a reconocer de forma expresa los “*derechos colectivos*”. Figura que se refleja a lo largo del articulado de la Constitución dotándola de un relieve notorio al relacionarlos como tales en el propio artículo 57. No hallamos esta firme apuesta por la institución en las otras dos Constituciones.

En la de Bolivia hay una sola referencia a los “*Derechos Colectivos*” en su artículo 394.III dedicado a los “*Derechos Colectivos*” y está más asociada una noción civilista que constitucional. En la Constitución de Venezuela no hay una sola referencia a los mismos.

La Constitución de Venezuela dedica el Capítulo VIII del Título III a los Derechos de los “*Pueblos Indígenas*” optando por un modelo más cerrado y escueto en lo que se refiere a Derechos reconocidos. En el rango de los artículos 119 a 126 se reúne el elenco de Derechos reconocidos, estableciendo un modelo más sucinto y concentrado, con postulados más generalistas y condensados (recursos naturales, identidad étnica y cultural, salud, prácticas económicas, propiedad intelectual y participación). Cierra el capítulo el artículo 126 en el que se expresa la rígida cláusula de salvaguarda estableciendo la indivisibilidad del Estado y reconociendo a éste como único entre soberano. Podemos encontrar otras referencias a Derechos reconocidos a la comunidad indígena en otros artículos repartidos a lo largo del articulado (organización territorial y municipios artículo 169, distribución del poder político en el artículo 186, justicia artículo 260, defensoría del pueblo artículo 281 y fronteras artículo 327).

---

<sup>1081</sup> Constitución de Ecuador. Artículo 56.- Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.

<sup>1082</sup> Constitución de Ecuador. Artículo 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de Derechos Humanos, los siguientes derechos colectivos....

Al margen de la extensión y detalle en el tratamiento de los Derechos atribuidos a las respectivas comunidades indígenas, a nuestro entender pueden considerarse como suficientemente tratados y respetados por cada uno de los tres textos constitucionales, evidenciando de que no solo es una cuestión de formalidad constituyente sino que en todos los textos constitucionales se ha articulado una estructura protectora de la identidad indígena que rezuma un sentimiento de preocupación y responsabilidad por restituir una situación de desequilibrio irrazonable como un criterio reparatorio. Puede darse por sobradamente cumplida por los tres textos constitucionales, que han consagrado un espíritu no solo conciliador, sino que se ha puesto una especial atención en que el texto constitucional garantice un plano de igualdad y respeto a la comunidad indígena, aunque para ello haya tenido que reconocer su singularidad. Una buena muestra de ello, y resalta sobre los demás, es el texto boliviano que ha modelado lo que puede considerarse la máxima expresión de la libre determinación reconocido como un efectivo Derecho Humano de tercera generación.

### **5.2.2 Segundo bloque temático: La “integridad cultural”.**

En cuanto al análisis del segundo bloque temático para examinar, la efectividad del reconocimiento del Derecho de libre determinación, se centra sobre la “*integridad cultural*”. En este punto, de nuevo, debemos coincidir en que los tres textos constitucionales pertrechan un modelo multicultural desde la convicción y creencia que es la mejor vía para el correcto desarrollo social del país.

La Constitución de Bolivia, al margen del reconocimiento más solemne del artículo 2, dispone en su artículo 30.II apartados 1, 2, 3, 12 y 3 los Derechos reconocidos a la identidad cultural, hasta el punto que pueda hacerse constar dentro del documento personal de identidad, como un signo distintivo reafirmante de su condición personal como parte integrante del colectivo indígena (no encontramos nada parecido o en similares términos en el resto de Constituciones). El apartado II del artículo 98 se muestra como toda una declaración de intenciones al reconocer la idiosincrasia que rodea a una cultura ancestral con un origen precolonial y que merece respeto y

protección<sup>1083</sup>. El artículo 100.I integra ese patrimonio como parte del propio ser estatal<sup>1084</sup>.

La Constitución Ecuatoriana, dentro de su redacción más simplista en cuanto la especificidad de Derechos reconocidos pero no por ello menos garantista, establece en su artículo 57 apartado 2, una cláusula expresa de veto a cualquier causa generadora de discriminación que esté fundada en el origen, identidad étnica o cultural del colectivo indígena. Posteriormente, en su apartado 13<sup>1085</sup> encontramos una referencia expresa a patrimonio cultural que atesora la comunidad indígena colectivo y que por vía de mandato constitucional es integrado dentro del colectivo estatal, en similares términos que la boliviana. Al margen de referencias complementarias en materia de educación, no encontramos más menciones de forma expresa de respeto y/o protección en materia de identidad cultural en la Constitución ecuatoriana.

En lo que concierne a la Constitución de Venezuela su artículo 119<sup>1086</sup> realiza una formulación genérica de protección a todas las manifestaciones identitarias de la cultura indígena<sup>1087</sup>. De una forma más precisa el artículo 121 engloba en el respeto a las expresiones culturales la atribución del Derecho a mantener y desarrollar su identidad

---

<sup>1083</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 98.- II. El Estado asumirá como fortaleza la existencia de culturas indígena originario campesinas, depositarias de saberes, conocimientos, valores, espiritualidades y cosmovisiones.

<sup>1084</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 100.- I. Es patrimonio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos las cosmovisiones, los mitos, la historia oral, las danzas, las prácticas culturales, los conocimientos y las tecnologías tradicionales. Este patrimonio forma parte de la expresión e identidad del Estado.

<sup>1085</sup> Constitución de Ecuador. Artículo 57.13.- Mantener, recuperar, proteger, desarrollar y preservar su patrimonio cultural e histórico como parte indivisible del patrimonio del Ecuador. El Estado proveerá los recursos para el efecto.

<sup>1086</sup> Constitución de Venezuela. Artículo 119.- El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley.

<sup>1087</sup> Colmenares Olivar, R. Óp. cit. Nota 867. Pág. 192 *"En este sentido, el artículo 119 de la Constitución Bolivariana reconoce por primera vez la autonomía organizativa social, política y económica de los pueblos indígenas..."*.

étnica y cultural, cosmovisión<sup>1088</sup>, espiritualidad e incluso se hace constar de forma expresa en el artículo los “lugares sagrados y de culto”<sup>1089</sup>. Seguidamente se utilizan las típicas formas voluntarista en cuanto que el Estado “fomentará” su valoración y difusión, enmarcado del Derecho a su propia educación. Por último, el artículo 126 viene establecer esa cláusula de integración<sup>1090</sup> como cultura propia estatal que encontramos en las dos Constituciones por la que se reconoce a la cultura indígena patrimonial de la cultura nacional. Si bien es cierto que ello es aprovechado por la dicción del artículo para establecer la conspicua integridad estatal y proclamar al Estado y al Pueblo venezolano, como únicos poderes soberanos<sup>1091</sup>.

Con mayor o menor detalle puede concluirse que en general los tres textos constitucionales consolidan el respeto a la identidad indígena con fórmulas más o menos pormenorizadas pero que, a pesar de las asimetrías, en esencia reconocen de una forma solvente el respeto a la identidad cultural indígena.

---

<sup>1088</sup> Sánchez Rubio, David y Cruz Zúñiga, Pilar. Óp. Cit. Nota 847. Pág. 108 “Para entender la identidad indígena tal vez sea necesario contextualizar la cosmovisión andina que la define. Primero que todo, debemos entender que el indígena andino es un sujeto colectivo que vive en comunidad y que está afectado por el microcosmos y el macrocosmos y desde pequeño aprende a vivir en medio de estas dos dimensiones. Dentro de la cosmovisión andina, la Pachamama es la madre cósmica, la madre del macrocosmos, mientras las Allpamama es la madre terrenal, la madre del microcosmos. De la Pachamama surge la Allpamama y como parte de la Gran Madre Naturaleza hereda sus características de bondad procreadora y mantenedora de vida. Por lo tanto, para el indígena, la tierra tiene connotaciones materiales y espirituales, ella es la madre porque sostiene la vida de los seres vivos e inertes, sin ella la vida del hombre, la naturaleza e incluso los elementos inertes no podrían existir (Japón, S.F.). Según Japón (S.F.) los principios de la racionalidad andina que explican en gran parte su cosmovisión son: la relacionalidad, la correspondencia, la complementariedad y la reciprocidad.”

<sup>1089</sup> Colmenares Olivares, R. Óp. cit. Nota 867. Pág. 193 “Este derecho tiende a confundirse e identificarse con el Derecho al Desarrollo, pues implica que los demás Estados nacionales reconozcan que los pueblos indígenas puedan decidir democráticamente respecto a los valores, objetivos, prioridades y estrategias que presidirán y orientarán su propio desarrollo, como sociedades distintas que son. En este sentido preferimos hablar de derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, pues abarca en su globalidad al segundo”.

<sup>1090</sup> *Ibidem*. Pág. 194. “Por su parte, algunos constitucionalistas venezolanos pensaron que el término “nación indígena” se inclinaba “... a un uso interventor en detrimento de la integridad de la unidad nacional”. Sin embargo, una Comisión mixta integrada por los representantes de los pueblos indígenas y miembros de la Comisión de Seguridad y Defensa de la Asamblea acordó la aprobación de una cláusula de salvaguarda que se integró al texto del artículo 126.... .... Con esta norma el Constituyente dejó claro que los pueblos indígenas no tienen una autodeterminación en términos absolutos sino una autonomía relativa, a través de la participación política consagrada en el artículo 125, debido a la limitación legal establecida en dicha norma y de la cual se hablará más adelante.”

<sup>1091</sup> Constitución de Venezuela. Artículo 126.- Artículo 126. Los pueblos indígenas, como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible. De conformidad con esta Constitución tienen el deber de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional.

### 5.2.3 Tercer bloque temático: Tierras y Recursos Naturales.

El tercer apartado está dedicado al reconocimiento de Derechos en el ámbito de tierras y recursos naturales<sup>1092</sup>. Junto con autogobierno, ésta es una materia delicada y que ha generado generalmente uno de los puntos donde más sensibilidad se ha mostrado por parte de los “*Pueblos Indígenas*”. De ahí que su expresión constitucional, sea un fiel reflejo de la importancia que deja traslucir y sobre todo, de la atención que recibe la cuestión indígena por parte del constituyente y el Estado.

En la Constitución boliviana, fiel a su metodología de otorgar extensos y detallados marcos regulatorios a cada uno de los temas, en particular, el tema de tierras y recursos tiene un apartado expreso para regular esta materia denominado “*tierra y territorio*”, desde el artículo 393 al 404, aunque la temática recibe múltiples reseñas en todo el articulado, como es el caso del apartado posterior, “*Desarrollo rural integral sustentable*”, con indudable conexión con la materia. Mismo engarce podemos encontrar, tanto en la larga lista de Derechos reconocidos plasmada por el artículo 30.II<sup>1093</sup>, como en las competencias reconocidas a la figura de la Comunidad o Pueblo indígena originario campesino. Especialmente el artículo 304 señala las competencias exclusivas de éste ente y puede comprobarse que muchas de ellas tienen un evidente nexo con tierras y territorio<sup>1094</sup>. Otro punto de conexión es el apartado denominado “*tierras protegidas*” que reciben una especial atención y amparo al catalogarlas como de patrimonio natural y cultural de país.

---

<sup>1092</sup> Gómez Rivera, M.M. Óp. cit. nota 864. Pág. 95-96. “*Respecto del Derecho al territorio, su reconocimiento y ejercicio es necesario para garantizar la existencia misma de los pueblos indígenas por ser éste el espacio donde ejercen control político y el derecho a la propia cultura, a la posibilidad de mantener y desarrollar su relación con la naturaleza, sus expresiones artísticas, sus creencias, su historia misma, su versión de la historia.*”.

<sup>1093</sup> Derecho a la titularidad colectiva de la tierra y territorios o del uso, participación y aprovechamiento de los recursos naturales renovables. .

<sup>1094</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 304. Puede citarse “*Gestión y administración de los recursos naturales renovables, de acuerdo a la Constitución, elaboración de Planes de Ordenamiento Territorial y de uso de suelos, en coordinación con los planes del nivel central del Estado, departamentales, y municipales, mantenimiento y administración de caminos vecinales y comunales, planificación y gestión de la ocupación territorial, vivienda, urbanismo y redistribución poblacional conforme a sus prácticas culturales en el ámbito de su jurisdicción*”.

En definitiva se puede observar como la Constitución de Bolivia ha puesto un especial énfasis en todo lo que supone la protección del territorio indígena así como el respeto a su titularidad como tierras de explotación y recursos naturales para la subsistencia del propio pueblo. Un aspecto destacable por su, siempre escabroso tratamiento, viene determinado por el tema de la explotación de los recursos naturales, ya sea por el puro y simple aprovechamiento o porque ello conlleve la necesidad de traslados y cambios de asentamiento. En este aspecto el artículo 30.II apartado 15 establece un deber de consulta genérica y uno particular, cuando sea necesario por la explotación de los recursos naturales dentro del territorio de ocupación indígena. Además, en línea con la ideología protectora inspiradora de todo el texto boliviano en esta materia, se establece de forma obligatoria y previa. El artículo 403 se pronuncia en similares términos si bien, echamos en falta que se debiera haber recogido la vinculatoriedad de la consulta o al menos una referencia para los hipotéticos casos en los que resulte una negativa a la opinión. Aunque fuera como una llamada o una exhortación a la vía del consenso.

Con todo, el texto boliviano se muestra, una vez más, como uno de los más respetuosos y perceptivo a toda la problemática que rodea la materia de ocupación de tierras y recursos naturales que atañe a los “*Pueblos Indígenas*”.

En lo que concierne a la Constitución de Ecuador, sin llegar a la casuística que explora la boliviana casi con vocación reglamentaria, igualmente se muestra garantista en cuanto el tratamiento que ofrece al tema de tierras y recursos naturales. En su artículo 57 apartado 4, se establece el derecho a sus tierras, con la salvaguarda de que son inembargables, imprescriptibles e indivisibles. En su sección 5, mantiene el respeto a la posesión que vienen detentando desde tiempos “*ancestrales*” así como a obtener de forma gratuita su titularidad<sup>1095</sup>. En el apartado 6, al igual que la Constitución boliviana les atribuye su uso, administración y conservación de todos los recursos naturales cuya explotación sea necesaria para el correcto mantenimiento de la vida indígena en todo su territorio.

---

<sup>1095</sup> El artículo 60 reconoce igualmente la propiedad comunitaria de la tierra.

Siguiendo el mismo patrón que la boliviana, el punto 7 establece la necesidad de una consulta previa a la hora de realizar cualquier actuación sobre el territorio indígena y que pueda afectarles. Se prescribe una consulta anticipada, libre e informada, obligatoria y oportuna constitucionalmente. Y en este caso, sí se hace un oportuno llamamiento para el supuesto de que la misma resulte infructuosa en su resultado o proceso, marcando que en tal caso se deberá proceder conforme a Constitución y Ley. Lejos de ser satisfactoria la solución, de la que goza de un alto grado de indefinición, al menos se establece una autoreferencia a la Constitución. Constitución que en la sección 11 del artículo 57 establece de forma clara y precisa, el Derecho a “*No ser desplazados de sus tierras ancestrales*”. Al menos, se entiende que la explotación de los recursos, no conllevará, en ningún caso, un abandono de sus asentamientos.

La Constitución de Venezuela, la más estatista de las tres en este ámbito, concentra en su artículo 119, todo lo relacionado con la materia relativa a las tierras indígenas. Tanto lo que se refiere al reconocimiento de su titularidad, su vertiente como fuente de recursos naturales para su sustento, así como la declaración de bienes inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles.

El artículo 120<sup>1096</sup> establece la obligación de arbitrar mecanismos por parte del Estado que en ningún caso puedan ser agresivos con la integridad cultural, social y económica de los “*Pueblos Indígenas*” y además, establece igualmente un sistema de consulta, que en este caso se hace más endeble a los fines de garantía de derechos, al regularse únicamente una obligación de información previa.

Salvo una breve referencia a tierras baldías en el artículo 181<sup>1097</sup> no encontramos más referencias en la Constitución venezolana, constituyéndose de este modo como el

---

<sup>1096</sup> Constitución de Venezuela. Artículo 120.- El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a la Constitución y a la ley.

<sup>1097</sup> Colmenares Olivar, R. Óp. cit. Nota 867. Pág. 203. “*Dichos bienes son inalienables e imprescriptibles, de conformidad con lo establecido en el artículo 181 de la Constitución Bolivariana, en concordancia con los artículos 543 del Código Civil y 110 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal. Sin embargo, las tierras*

anclaje normativo más débil en cuanto la protección de tierras y territorios indígenas en su país. A pesar de ello, los tres textos constitucionales establecen un principio constitucional esencial de acatamiento a la titularidad y explotación de las tierras indígenas, prescribiendo un sistema garantista en cuanto su posesión y conservación de su titularidad. Imponen a su vez, el deber de respetar la explotación de sus recursos económicos por parte del colectivo indígena en cuanto que modo de obtener los recursos necesarios para su subsistencia, así como, un mecanismo de respaldo ante cualquier proyecto que pueda afectar a tales bienes de modo que, con carácter previo y de forma informada, deban ser consultados.

#### **5.2.4 Cuatro bloque temático: Desarrollo y Bienestar social.**

Un cuarto apartado está dedicado a sondear el tratamiento de las materias dedicadas al desarrollo y bienestar social, para valorar su grado de cumplimiento como expresión de los valores de multiculturalidad y plurinacionalidad que preconizan. En esta materia, pueden incluirse temáticas principalmente como educación, salud y economía, así como cualquier otra que pueda entenderse que va en la dirección de dotar a los “*Pueblos Indígenas*” de un mayor nivel de desarrollo o calidad de vida.

Continuando con la sistemática que venimos empleando, iniciaremos nuestro análisis de las materias en cuestión con el tratamiento que la Constitución Boliviana realiza de las mismas. En sintonía con su naturaleza, claramente multicultural y plurinacional, recoge una serie de artículos en lo referente a salud y educación que articulan un sistema garantista y extenso en lo que al reconocimiento a éstos Derechos se refiere.

En lo relativo a la salud, es reconocido el Derecho a toda la colectividad indígena a la salud universal y gratuita (Artículo 37.II.13). Encontramos la Sección Segunda del Capítulo quinto (Derechos sociales y económicos), en el que el artículo 35<sup>1098</sup> en su

---

*correspondientes a las comunidades y pueblos indígenas fueron exceptuadas y dejaron de ser consideradas ejidos por mandato imperativo del artículo 181, único aparte de la Carta Magna.”.*

<sup>1098</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 35.

I. El Estado, en todos sus niveles, protegerá el derecho a la salud, promoviendo políticas públicas orientadas a mejorar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso gratuito de la población a los servicios de salud.



apartado segundo recoge que el sistema de salud es único y que debe entenderse incluido en el mismo la “*medicina tradicional*” de las “*Naciones y de los Pueblos Indígena originario campesinos*”. Avanzando en la Sección, hallamos el artículo 42<sup>1099</sup> que alberga una obligación al Estado de promoción, mantenimiento y desarrollo de la medicina tradicional, con especial mención en cuanto al conocimiento práctico indígena que suele operar en este orden. Una buena prescripción es la que menciona en el segundo apartado de éste artículo 42, que sorprende el descenso al detalle que expone de un texto constitucional, cuando crea el denominado “*registro de medicamentos naturales y de sus principios activos*”, desde lo que consideramos un buen criterio motivado desde la pragmática determinación de contar con un fichero que pueda reunir la información transmitida entre generaciones y que sin duda ayudará a su conservación y evolución.

Complementando a lo anterior, el artículo 304.III establece la competencia concurrente relativa a “Organización, planificación y ejecución de políticas de salud en su jurisdicción” como una de las que “*podrán*” ejercer las “*autonomías indígena originario campesinas*”.

En materia de educación, también observamos un modelo asentado de respeto y reconocimiento al sistema indígena. En el artículo 30.II.12 se enuncia el Derecho a la educación intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo. Una fórmula de amplio espectro de modo que puedan estar acogidas todas aquellas demandas educativas que pueda ofrecer la variedad de cada una de las colectividades indígenas. El artículo 80 especialmente su apartado II<sup>1100</sup>, instrumentaliza la educación

---

II. El sistema de salud es único e incluye a la medicina tradicional de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

<sup>1099</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 42.

I. Es responsabilidad del Estado promover y garantizar el respeto, uso, investigación y práctica de la medicina tradicional, rescatando los conocimientos y prácticas ancestrales desde el pensamiento y valores de todas las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

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.

III. La ley regulará el ejercicio de la medicina tradicional y garantizará la calidad de su servicio.

<sup>1100</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 80.- I La educación tendrá como objetivo la formación integral de las personas y el fortalecimiento de la conciencia social crítica en la vida y para la vida. La educación estará orientada a la formación individual y colectiva; al desarrollo de competencias, aptitudes y habilidades

como una vía que ayude y fomente la idea de unidad, desde la diversidad. Prescribe un sistema educativo en el que todas las identidades se van reflejadas en cuanto que respalda sus bases identitarias a la vez que orienta a que todo ello conduzca, de forma paralela, a afianzar la propia identidad unitaria. Una acertado planteamiento por su carácter inclusivo de todas las identidades que son animadas, desde el respeto individual a cada una, a lograr un sistema educativo que fomente los valores de multiculturalidad y plurinacionalidad, como máxima expresión de la identidad estatal. Valores que se hacen extensibles a los centros educativos por medio del artículo 86<sup>1101</sup>.

Sobre este particular, choca el detalle de que a nivel constitucional se materialicen articulados como el del artículo 83<sup>1102</sup>, en el que se prescribe el Derecho de participación (extendido a Padres) en el sistema educativo.

Encontramos la “*rara avis*” de que un texto constitucional dedique unos artículos a prescribir el sistema de educación superior. Lógicamente aquí debemos resaltar que dentro del planteamiento que ofrece no excluye, sino más bien tiene muy presente en su articulado muestra una gran sensibilidad a las necesidades que en esta materia pueden demandar el colectivo indígena<sup>1103</sup>.

---

físicas e intelectuales que vincule la teoría con la práctica productiva; a la conservación y protección del medio ambiente, la biodiversidad y el territorio para el vivir bien. Su regulación y cumplimiento serán establecidos por la ley.

II.- La educación contribuirá al fortalecimiento de la unidad e identidad de todas y todos como parte del Estado Plurinacional, así como a la identidad y desarrollo cultural de los miembros de cada nación o pueblo indígena originario campesino, y al entendimiento y enriquecimiento intercultural dentro del Estado.

<sup>1101</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 86.- En los centros educativos se reconocerá y garantizará la libertad de conciencia y de fe y de la enseñanza de religión, así como la espiritualidad de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y se fomentará el respeto y la convivencia mutua entre las personas con diversas opciones religiosas, sin imposición dogmática. En estos centros no se discriminará en la aceptación y permanencia de las alumnas y los alumnos por su opción religiosa.

<sup>1102</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 83.- " Se reconoce y garantiza la participación social, la participación comunitaria y de los padres de familia en el sistema educativo, mediante organismos representativos en todos los niveles del Estado y en las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Su composición y atribuciones estarán establecidas en la ley."

<sup>1103</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 91.

I. La educación superior desarrolla procesos de formación profesional, de generación y divulgación de conocimientos orientados al desarrollo integral de la sociedad, para lo cual tomará en cuenta los conocimientos universales y los saberes colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Artículo 93.

Por último indicar que esta puede ser una de las competencias concurrentes que establece el artículo 304.III<sup>1104</sup>. En materia económica, se pueden advertir los artículos 307<sup>1105</sup>, por el que el Estado deberá de respetar, proteger y promover la “*organización económica comunitaria*”. El artículo 319.I<sup>1106</sup> en el que se limita la industrialización que pueda afectar a la comunidad indígena para que se lleve a cabo desde directrices medioambientales de respeto y protección. El artículo 337<sup>1107</sup> regula la materia turística, imponiendo que deba regirse por la conservación y la defensa de los valores de los “*Pueblos Indígenas*”. Para cerrar, el artículo 374.II<sup>1108</sup>, en materia de “*aguas*” establece, una vez más, que deberá respetarse los usos y costumbres que las “*organizaciones indígena originaria campesinas*” puedan ser aplicables, en cuanto a derecho, manejo y gestión.

En el análisis de la Constitución de Ecuador en relación al bloque de desarrollo y bienestar social, debemos resaltar los siguientes aspectos. En primer lugar, siguiendo

---

IV. Las universidades públicas, en el marco de sus estatutos, establecerán programas de desconcentración académica y de interculturalidad, de acuerdo a las necesidades del Estado y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Artículo 103.

III. El Estado, las universidades, las empresas productivas y de servicio públicas y privadas, y las naciones y pueblos indígena originario campesinos, desarrollarán y coordinarán procesos de investigación, innovación, promoción, divulgación, aplicación y transferencia de ciencia y tecnología para fortalecer la base productiva e impulsar el desarrollo integral de la sociedad, de acuerdo con la ley.

<sup>1104</sup> Organización, planificación y ejecución de planes, programas y proyectos de educación, ciencia, tecnología e investigación, en el marco de la legislación del Estado.

<sup>1105</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 307.- El Estado reconocerá, respetará, protegerá y promoverá la organización económica comunitaria. Esta forma de organización económica comunitaria comprende los sistemas de producción y reproducción de la vida social, fundados en los principios y visión propios de las naciones y pueblos indígena originario y campesinos.

<sup>1106</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 319.I.- La industrialización de los recursos naturales será prioridad en las políticas económicas, en el marco del respeto y protección del medio ambiente y de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y sus territorios. La articulación de la explotación de los recursos naturales con el aparato productivo interno será prioritaria en las políticas económicas del Estado.

<sup>1107</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 337.- I. El turismo es una actividad económica estratégica que deberá desarrollarse de manera sustentable para lo que tomará en cuenta la riqueza de las culturas y el respeto al medio ambiente.

II. El Estado promoverá y protegerá el turismo comunitario con el objetivo de beneficiar a las comunidades urbanas y rurales, y las naciones y pueblos indígena originario campesinos donde se desarrolle esta actividad.

<sup>1108</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 374.II.- El Estado reconocerá, respetará y protegerá los usos y costumbres de las comunidades, de sus autoridades locales y de las organizaciones indígena originaria campesinas sobre el derecho, el manejo y la gestión sustentable del agua.

con la técnica legislativa con la que viene planteándose el tratamiento de los Derechos, vuelve a concentrar en pocos artículos la composición del haz de facultades que son atribuidas para cada Derecho. En el caso de la “salud” no encontramos en el texto ecuatoriano una referenciada adaptada a las particularidades de la comunidad indígena. Fuera del reconocimiento genérico del Derecho (artículo 3.1. y 32 de la Constitución), se echa en falta una perfilación específica atendiendo a las circunstancias de la comunidad indígena. Con todo, el texto hace continuas referencias al Derecho a la salud, garantizando su universalidad y gratuidad a todos los/as ciudadanos/as<sup>1109</sup>. Claro está, que no es comparable con el extenso y cuidado detalle que ofrece la Constitución de Bolivia a este respecto.

En cuanto al aspecto educacional sí encontramos referencias expresas atendiendo a la singularidad que supone el marco indígena. Una muestra de ello podemos localizarla en el artículo 57.14<sup>1110</sup> que mandata al Estado a “desarrollar, fortalecer y potenciar” el sistema educativo intercultural bajo principios de diversidad cultural y con el “cuidado y preservación de las identidades”. En el apartado 21<sup>1111</sup> del mismo artículo tenemos una nueva referencia, esta vez para que la diversidad que opera en todo el espectro social del país se vea reflejada en el sistema educativo.

---

<sup>1109</sup> No de forma expresa pero sí pudiera interpretarse que el artículo 57 en su apartado 12, en cierto modo está dotando de un nivel de protección a esa cultura no escrita y transmitida durante generaciones, en la que se puede incluir lo que se denomina “*medicina tradicional*”. Constitución de Ecuador. Artículo 57.12. “Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora. Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas”

<sup>1110</sup> Constitución de Ecuador. Artículo 57.14.- “Desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, con criterios de calidad, desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, conforme a la diversidad cultural, para el cuidado y preservación de las identidades en consonancia con sus metodologías de enseñanza y aprendizaje. Se garantizará una carrera docente digna. La administración de este sistema será colectiva y participativa, con alternancia temporal y espacial, basada en veeduría comunitaria y rendición de cuentas”.

<sup>1111</sup> Constitución de Ecuador. Artículo 57.21 “21. Que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones se reflejen en la educación pública y en los medios de comunicación; la creación de sus propios medios de comunicación social en sus idiomas y el acceso a los demás sin discriminación alguna.”.

Por último citar el artículo 391, que en la parte final del texto establece en cuanto a la población y movilidad humana un marco de garantías basado en la “*autodeterminación de las personas y la diversidad*”.

El articulado de la Constitución de Venezuela, en línea con la metodología de la de Ecuador, concentra su redacción en artículos en los que recoge varias materias de forma más concisa, pero no menos efectiva. Tal es el caso del artículo 121 en el que podemos encontrar en primer lugar el reconocimiento a los “*Pueblos Indígenas*” del Derecho a su propia identidad y cultura. Además, se añade al anterior en el mismo artículo la obligación del Estado de “*fomentar*” las manifestaciones culturales indígenas junto a su Derecho a la educación que libremente consideren de acuerdo a su propia cultura desde un vínculo superior intercultural que siempre deberá tener en cuenta, sus valores y tradiciones.

En el caso del artículo del 122<sup>1112</sup>, con la misma técnica, se recoge primero el Derecho de los “*Pueblos Indígenas*” a la salud que autónomamente consideren, según sus propios conocimientos y prácticas. Además, el artículo, en un alarde concreción, establece asimismo que el Estado reconocerá su medicina y terapias. Un simple, pero efectivo modelo de reconocimiento que cumple con la exigencia de que se articule una protección de rango constitucional, al sistema de salud que vengán desarrollando de forma individualizada los “*Pueblos Indígenas*”.

A continuación el completo artículo 123<sup>1113</sup> fija, en primer lugar, una cláusula de respeto a las “*prácticas económicas*”, que deberán realizarse con criterios de reciprocidad y solidaridad. A continuación, determina el Derecho de los “*Pueblos Indígenas*” a la formación profesional, para, en último lugar, de forma expresa, descarga sobre el Estado el mandato de que garantice el acceso a los Derechos que les pueda otorgar la normativa laboral, a los “*Pueblos Indígenas*”. De forma concentrada

---

<sup>1112</sup> Constitución de Venezuela. Artículo 122. “Los pueblos indígenas tienen derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas. El Estado reconocerá su medicina tradicional y las terapias complementarias, con sujeción a principios bioéticos.”

<sup>1113</sup> Colmenares Olivar, R. Óp. cit. nota 867. Pág. 209. “*La autogestión que plantean los pueblos indios viene a constituir otra de las manifestaciones hacia la autodeterminación étnica y se identifica propiamente con el desarrollo económico.*”

pero efectiva, si articula una vía de atribución de Derechos de forma expresa al colectivo indígena, como un indicativo de que la voluntad constituyente tenía claro el objetivo de que la singularidad que supone la identidad indígena tuviera un tratamiento diferenciado, incluso en lo que a la redacción del texto constitucional. Igual adaptación tiene la materia de la “*propiedad intelectual*” que es recogido el Derecho por el artículo 124, así como los “*recursos genéticos*” y cerrando la redacción del artículo la prohibición expresa de que puedan atribuirse patentes sobre este conocimiento que viene evolucionando a lo largo de los siglos y que se evita de este modo el oportunismo mercantilista de que pudiera ser objeto.

Aunque con tres modelos distintos, uno más extenso y detallado como es el caso de Bolivia, con otro, más denso y concentrado como el de Venezuela, y con el de Ecuador, algo más simplista, todos cumplen con una máxima común de absoluto respeto en materia de educación, salud y economía a la identidad indígena, estableciendo su rotundo Derecho a fijar de forma autónoma las directrices que deben marcar su desarrollo y la aplicación de los Derechos a sus integrantes. Potestad que es respetada, reconocida y amparada por los tres textos constitucionales como fundamento de esa idea común inspiradora de la interculturalidad, que viene, en definitiva, a proveer de un marco de convivencia en el que se puedan articular vínculos de conexión y sin que ello suponga la negación o asimilación de la identidad más débil o minoritaria.

### **5.2.5 Quinto bloque temático: Autogobierno.**

Continuando con la sistemática queda un último y trascendente apartado dedicado al Autogobierno. Materia importante y generadora de tensiones, que podemos adelantar que ha sido solventado por las tres constituciones de forma suficientemente aceptable. Los textos constitucionales en estudio, revelan un irreductible avance en esta materia de autogobierno<sup>1114</sup>, por lo que éste aspecto se presenta con una trascendencia especial, en

---

<sup>1114</sup> Gómez Rivera, M.M. Óp. cit. Nota 864. Pág. 89. “*Floriberto Díaz, líder mixe (†), afirmaba categórico: Desde lo indígena, el desarrollo no tiene futuro cuando se decide finalmente desde el Estado. Por ello, tenemos la certeza de que si somos nosotros quienes decidimos realmente, podemos armar y ejecutar proyectos eficientes [...] La ciencia y la tecnología modernas no están opuestas al desarrollo de los pueblos indígenas. Tampoco nos sentimos condenados a abandonar nuestra cultura si las adaptamos y usamos para reforzar nuestra comunitariedad para un desarrollo a la altura de los tiempos. Así pues,*

comparación con los anteriores. En relación directa con el Autogobierno está el Derecho de participación<sup>1115</sup> como instrumento para dotar de una efectividad real a la concurrencia de los colectivos indígenas en los procesos de elección de representantes a órganos políticos, por lo que expondremos conjuntamente su consideración constitucional.

La Constitución de Bolivia inicia el tratamiento de esta temática otorgando un Derecho de participación a toda la comunidad indígena cuando deban elegir a sus representantes, tanto en las instituciones estatales, como en aquellas de índole propia (artículo 26.II.4<sup>1116</sup>). Deja claro el espíritu democrático inspirador de plena participación<sup>1117</sup> en todos los organismos administrativos y políticos que puedan tener un grado de influencia en la vida de la comunidad indígena<sup>1118</sup>. Los artículos 146 y siguientes tratan sobre la participación indígena en los procesos de elección de representantes a órganos políticos. Al margen de las prescripciones relativas a circunscripciones y sistemas de cómputo de voto, destaca el artículo 147 que establece el igualitario Derecho a ser elegido tanto para hombres como para mujeres. Proposición en nada superflua.

---

*relativizar el planteamiento del Derecho indígena con el argumento de que lo verdaderamente urgente son los recursos económicos, parece inexplicable cuando lo que pretenden los pueblos indígenas es participar con plenos derechos en todos los ámbitos y niveles de gobierno, donde se decide, entre otras cosas, la política económica de la nación"*

<sup>1115</sup> *Ibíd.* Pág. 89 "Uno de los problemas nodales en la relación de los Pueblos Indígenas con el Estado nacionales es el de la democracia, esto es de su posibilidad de participación en la toma de decisiones y en la ejecución de todo aquello que les afecte".

<sup>1116</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 26.II.4.- "I. Todas las ciudadanas y los ciudadanos tienen derecho a participar libremente en la formación, ejercicio y control del poder político, directamente o por medio de sus representantes, y de manera individual o colectiva. La participación será equitativa y en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres.

II. El derecho a la participación comprende: La elección, designación y nominación directa de los representantes de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo con sus normas y procedimientos propios."

<sup>1117</sup> Vargas Gamboa, N.V. y Gamboa Alba, S. Óp. cit. Nota 1070. Pág. 418 "Las naciones y pueblos indígena originario campesinos, han asumido el reto no solo de existir en el Estado, sino también de participar en él activamente, formando parte de los Poderes Públicos para conseguir un mayor peso en la toma de decisiones. Ya en la Asamblea Constituyente, se ponía de manifiesto que la estructura del nuevo modelo de Estado Plurinacional implicaba que los pueblos y naciones indígena originario campesinos debían tener representación directa en los poderes públicos, debiendo reconocerse la existencia y ejercicio de sus sistemas políticos propios con pleno respeto a sus usos y costumbres, a través del voto universal (Art. 30.II.14 y .18 CPE)."

<sup>1118</sup> Este Derecho se le reconoce de forma expresa a la comunidad indígena, igualmente por vía de los Derechos reconocidos por el artículo 30 de la Constitución, en este caso por el apartado 18 ("a la participación en los órganos e instituciones del Estado").

A partir del artículo 209 encontramos un apartado denominado "*Representación Política*" que de forma más específica articula el Derecho de Participación de la comunidad indígena. En el meritado artículo se establece las condiciones de igualdad en las que deben acceder los candidatos/as propuestos por los denominados "*naciones y pueblos indígena originario campesinos*".

Otro artículo que merece ser destacado por la especialidad que supone frente a la normativa general, es el artículo 211.III cuando impone al órgano electoral, que vele por el que los candidatos/as que procedan de los pueblos y naciones indígena originario campesinos, sean consecuencia del fiel cumplimiento de los procedimientos que los propios órganos indígenas se han auto concedido. Resulta llamativo que la Constitución exhorte a un órgano administrativo a que se cerciore del cumplimiento de la legalidad, para el supuesto concreto de los candidatos/as procedentes de la comunidad indígena y siempre, bajo el cumplimiento de su propia normativa. Se entiende como un representativo síntoma de que la voluntad del constituyente boliviano fue el garantizar que los candidatos seleccionados siempre cuenten con la legitimidad de sus electores, imponiendo un deber concreto al órgano electoral, para que así lo verifique.

Como aditamento, la Constitución boliviana recoge expresamente un apartado dedicado a las "*relaciones internacionales*"<sup>1119</sup>. Su trascendencia está relacionada con el reconocimiento a la comunidad indígena de ciertas facultades en orden a los vínculos que el país pueda entablar en la esfera internacional y que puedan afectar a dicha comunidad. En esa sección el artículo 255 recoge e impone en su apartado 4 que los tratados internacionales que firme el Estado deberá regirse por una serie de principios en los que aparece, en el citado apartado, uno que enuncia "*Respeto a los derechos de los pueblos indígenas originarios campesinos*". No tiene una fuerza vinculante ni otorga un poder influyente decisorio, pero sí remarca la actitud de respeto a la diversidad obrante en la sociedad boliviana y de ahí que se tenga en cuenta, incluso en materia internacional<sup>1120</sup>.

---

<sup>1119</sup> En el caso de la Constitución Venezolana, es una cuestión más de seguridad fronteriza, que propiamente relaciones internacionales entre Estados.

<sup>1120</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 264.I. "El Estado establecerá una política permanente de desarrollo armónico, integral, sostenible y estratégico de las fronteras, con la finalidad de mejorar las condiciones



En contenidos anteriores ya se ha hecho referencia a la preferencia por el texto boliviano por la elaboración de amplios listados de competencias para los órganos descentralizados territorial y políticamente, incluidos en ellos la figura de la autonomía indígena originaria campesina. Esta distribución responde a criterios funcionales en cuanto que pueden ser ejercidas de forma exclusiva (artículo 304), con un listado que engloba un variado y extenso número de competencias (23). De la relación constitucionalmente atribuida en régimen de exclusividad puede señalarse la primera de ellas, consistente en la facultad de elaborar el “*estatuto*” que regirá el ejercicio de su propia autonomía, lógicamente con sujeción a la propia Constitución y la legalidad vigente. Continúa con un amplio espectro competencial (recursos naturales, caminos, deporte, patrimonio cultural, turismo, impuestos, territorio, cooperación con otros pueblos, etc). Se trata de uno de los modelos que asignan un mayor grado de autonomía a la comunidad indígena en las materias dentro del campo de su libre determinación.

En materia de competencias exclusivas se ve complementado con otras dos secciones relativas a facultades asignadas en régimen “*compartido*” y en otro caso, por competencias “*concurrentes*”. De esta forma se extiende el número de competencias hasta el punto que abarca prácticamente cualquier decisión que pueda afectar al desarrollo de la comunidad indígena. Puede afirmarse que este modelo es la mejor expresión actual del Derecho Humano de tercera generación a la libre determinación con especificación constitucional.

Completa el modelo las siguientes materias:

- El artículo 340 establece que los recursos fiscales que procedan de la propia comunidad indígena, no se centralizará en el “*tesoro nacional*” y están sometidos al objetivo de sufragar sus propios presupuestos.
- El artículo 385 determina la protección de lo que denomina “*áreas protegidas*” por su especial valor como patrimonio natural y cultural, que en los supuestos

---

de vida de su población, y en especial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos fronterizos.”.

que dichas áreas puedan situarse dentro de territorio indígena que su gestión será compartida con las autoridades estatales.

- El artículo 392.I formula un mandato al Estado para que establezca políticas en beneficio de la comunidad indígena que promueven la reactivación, incentivo, industrialización, protección y conservación de los “*productos extractivos*” que procedan de los territorios indígenas.

Como decíamos, este puede ser el modelo de referencia como expresión de reconocimiento y respeto a la multiculturalidad materializada en un texto constitucional actualmente<sup>1121</sup>.

Como ya se viene señalando, la Constitución ecuatoriana ha optado como concentrar sus enunciados, incluyendo varias referencias materiales en cada uno de los artículos. En lo que atañe al autogobierno indígena encontramos en el extenso listado de Derechos del artículo 57, el apartado 15 parte del reconocimiento de las organizaciones indígenas como expresión de la diversidad y multiculturalidad social del Estado. Este apartado lo podemos relacionar con el artículo 96<sup>1122</sup> que con una expresión más clara, convincente y declaradora de intenciones es a nuestro juicio, una de las mejores expresiones del Derecho Humano de tercera generación en el texto constitucional ecuatoriano.

En primer lugar otorga legitimidad a “*todas las formas*” de organización que operan en la sociedad. A continuación, sustenta este reconocimiento como expresión de la soberanía popular, con un objetivo, el de “*desarrollar procesos de autodeterminación*”. Termina el artículo ensamblando el esquema la facultad de poder de intervención de las organizaciones en todos los niveles (entendemos administrativos, políticos y sociales), asociado a una declaración de intenciones al basar toda la esencia de lo expresado en los

---

<sup>1121</sup> Colmenares Olivar, R. Óp. cit. Nota 867. Pág. 195. “*Por supuesto, debemos insistir que el derecho a la autodeterminación que exigen nuestros pueblos indígenas no requiere de la estructura occidental para salvaguardar su identidad, organización social, cultura y demás valores: lo único que piden es respeto por sus derechos colectivos, sus tierras y la misma subsistencia.*”.

<sup>1122</sup> Constitución de Ecuador. Artículo 96.- “*Se reconocen todas las formas de organización de la sociedad, como expresión de la soberanía popular para desarrollar procesos de autodeterminación e incidir en las decisiones y políticas públicas y en el control social de todos los niveles de gobierno, así como de las entidades públicas y de las privadas que presten servicios públicos. Las organizaciones podrán articularse en diferentes niveles para fortalecer el poder ciudadano y sus formas de expresión; deberán garantizar la democracia interna, la alternabilidad de sus dirigentes y la rendición de cuentas.*”.

principios de democracia, alternabilidad de sus dirigentes (nueva expresión de democracia) y la rendición de cuentas. Sin duda, este artículo 96 de la Constitución ecuatoriana se muestra como una manifestación corpórea del Derecho de libre determinación que une participación, soberanía popular, reconocimiento de sujetos colectivos y Estado bajo el paraguas global del principio democrático.

Continuando, llegamos al apartado 16 en el que se reconoce el Derecho de participación de los representantes en los organismos oficiales. Este punto ha optado por utilizar la expresión “*en la definición de las políticas públicas que les concierna*” acotando el ámbito material de esa participación en lo que puedan verse afectados.

Junto al apartado 16, el apartado 17 establece el deber de consulta a la comunidad indígena de forma previa a la realización de iniciativas legislativas por las que puedan verse afectados en lo que a sus “*derechos colectivos*”, indica de forma expresa la propia constitución.

Por último, al igual que la boliviana, tenemos en la Constitución de Ecuador, el artículo 416, en el que se indica en el contexto de las relaciones internacionales del Estado ecuatoriano, deberá respetar la “*autodeterminación de los Pueblos*”.

En lo que a la Constitución de Venezuela cuenta, con vocación algo más centralista, como ya hemos podido comprobar con anteriores materias, con una técnica legislativa más en línea con la ecuatoriana, concisa y con enunciados que concentran el reconocimiento de varios derechos. Bajo esta directriz, llegamos al Capítulo II (Título IV Del Poder Público), el artículo 156, en el que se relaciona todas las competencias atribuidas al denominado “*Poder Público Nacional*”. En su punto 32 se encuentra la de “*pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos*”. Atribuida la competencia de forma exclusiva al Estado en materia de “*Pueblos Indígenas*”, el artículo 166, compele a la creación del llamado “*Consejo de Planificación y Coordinación de las Políticas Públicas*” que estará integrado por representantes de los órganos políticos y territoriales y en los que se expresa deberán participar “*las comunidades organizadas, incluyendo las indígenas donde las hubiere*”.

En la misma línea integradora, el artículo 169 en el contexto de la organización municipal, establece que la legislación relativa a esta materia deberá tener en cuenta lo que llama los “*elementos históricos y culturales*” y hace una mención expresa, sobre los municipios con población indígena que articulará un sistema en el que se garantice la participación de éstos en la toma de decisiones. Participación que viene reconocida como Derecho de forma expresa por el artículo 125<sup>1123</sup>. Aun así, el 169 con excesiva parquedad en nuestra opinión, no señala en qué modo y qué fuerza deberá tener esa participación en la toma de decisiones, se limita a exigir que sea democrática, y con una fórmula algo indeterminada, que “*responderá a la naturaleza propia del gobierno local*”.

Hasta este punto se puede comprobar que la regulación de la capacidad de autogobierno de los “*Pueblos Indígenas*” es algo limitada y ceñida prácticamente al gobierno municipal, con un ensamble muy básico, reducida a una fórmula declarativa de participación, igualmente, muy simplista.

Avanzando en el análisis hallamos el Título V relativo a la organización del poder público nacional, en su capítulo I, Sección Primera (Disposiciones Generales), el artículo 186 ofrece la posibilidad de que por los “*Pueblos Indígenas*” puedan nombrarse tres diputados/as para la Asamblea Nacional. El procedimiento tendrá en cuenta sus tradiciones y costumbres pero, igualmente, sujeto a la normativa electoral estatal venezolana.

Por último, topamos con una insólita referencia en materia de fronteras, cuando el artículo 327 señala el establecimiento de una “*franja de seguridad de fronteras*” que deberá respetar en su constitución los hábitats de los pueblos indígenas, gozando de una especial protección en este aspecto.

---

<sup>1123</sup> Colmenares Olivar, R. Óp. cit. Nota 867. Pág. 207. “*El derecho de participación política, mediante la participación ciudadana, ya se encontraba reconocido en varias leyes de Venezuela, sobre todo a partir de 1988, cuando se sancionó la Ley sobre Elección y Remoción de Gobernadores de Estado y se reforma la Ley Orgánica de Régimen Municipal en 1989, para elegir en forma directa a los Alcaldes y demás concejales, separada de las elecciones nacionales.*”.

Como viene siendo una constante, la Constitución venezolana se muestra algo más simplista y limitada en el reconocimiento de Derechos a los “*Pueblos Indígenas*”. En este punto, quizás sea por ser anterior a las otras dos, no ha sido tan permeable como la Ecuatoriana y mucho menos que la Boliviana a las últimas tendencias en la protección de las colectividades indígenas en los territorios nacionales. Con todo ello, puede darse por asentada una corriente que las reconoce como identidades diferenciadas con el Derecho a su autonomía y autogobierno reconocido internacionalmente como un real y efectivo Derecho Humano de tercera generación y en muchos de los textos internacionales. El avance, no está en su protección desde la clásica visión paternalista e integradora, sino que el progreso viene marcado por la defensa y tratamiento de su identidad como un sujeto activo en el marco nacional e internacional, en igualdad que los propios Estados y con capacidad como para poder ejercer las competencias que como “*Pueblo*”, se le han de ser reconocidas. Las tres constituciones beben de ésta idea inspiradora. Es de reconocer que la boliviana se muestra como más receptiva y expresa de su esencia pero en general, no cabe duda de que los tres textos constitucionales han sabido plasmar la expresión de respeto a la colectividad indígena como colectivo al que proteger, pero sobre todo, al que respetar como un “*Pueblo*” soberano<sup>1124</sup>. Respeto, que puede concluirse, ha sido suficientemente traspuesto por los articulados constitucionales. Suficiencia que es destacable, ya que como se ha indicado en varios apartados precedentes, siempre ha estado abocado a una posición marginal y resignada a las graciosas concesiones que le han sido otorgadas por el poder estatal bajo la concepción liberal.

Entre los cinco apartados de análisis precedentes no hemos incluido uno dedicado a la conformación del “*pluralismo jurídico*” en el marco estatal, que a nuestro juicio es uno de los que más trascendencia tiene cuando se ha de examinar la idoneidad del reconocimiento como entidad diferente al colectivo indígena. Tal es así, que lo trataremos de forma independiente en un epígrafe posterior, centrándonos en la

---

<sup>1124</sup> Gómez Rivera, M.M. Óp. cit. Nota 864. Pág. 102 “*El reconocimiento a los pueblos indígenas implica otorgarles un estatus de derecho público como entidades políticas con derechos colectivos diferentes a los que están destinados a ejercerse por los individuos, por lo tanto el principio de generalidad de la ley no puede tener aplicación. Igual sucede con el concepto de soberanía que en el sentido tradicional, clásico, se refiere a la soberanía externa, frente a otros países, y que en el caso de los pueblos indígenas implicaría territorialidad, espacio donde se ejerce el poder político, la libre determinación.*”.

composición que han articulado cada una de las tres Constituciones, que es preciso reconocer que en los tres supuestos ha sido objeto de una atención expresa. Es evidente que el ideario que consagran y reflejan ofrece una percepción mucho más multicultural y respetadora de la diversidad que indudablemente favorece la convivencia y la interculturalidad.

Por último, como corolario, no puede obviarse una cuestión, que merece una particular reflexión. Lo expresado hasta el momento no debe provocar la complacencia de dar por cumplido un trabajo. Estamos muy lejos de ese punto. Coincidimos con Gómez Rivera, al constatar la existencia de un problema de fondo que resalta sobre todo lo demás. Lo “*verdaderamente grave es la pobreza*”, más que la concurrencia o ausencia de Derechos en el texto constitucional, nos permitimos añadir. Está claro que los minuciosos y vastos catálogos de Derechos no van a solucionar una situación endémica de precariedad, pobreza y necesidad de bienes básicos que se viene arrastrando desde años. Los avances en su erradicación, deben ser el verdadero instrumento de medida en cuanto a determinar los objetivos cumplidos. De poco sirve proteger los territorios de la comunidad indígena cuando se le está relegando a una pobreza sistémica. Coincidimos con la autora en que no es una cuestión de dotar de recursos económicos, sino más bien de que la voluntad formal de mejorar la vida de estas personas se traduzca en medidas concretas que puedan ser evaluadas desde criterios objetivos y de efectividad. Y todo ello, no se puede hacer al margen del modelo económico que ha sustentado el sistema en las últimas décadas.

### ***5.3 El Pluralismo Jurídico como expresión de la libre determinación de los Pueblos en el NCL.***

En el epígrafe anterior hemos ido desgranando los distintos criterios que, desde un plano normativista, son la expresión fáctica de la libre determinación de los Pueblos dentro de la realidad indígena que opera en los países cuyos textos constitucionales integran el denominado Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Las pautas establecidas en su análisis nos llevan a la conclusión de que el avance con la regulación vigente es significativo desde una perspectiva global, aunque en modo alguno puede

darse por enteramente acabada la tarea de reconocer, proteger y respetar a los grupos con una identidad diferenciada dentro el ámbito estatal.

En el cometido que nos ocupa, nos quedaría por completar el estudio hacer un resumido análisis en cuanto la aplicación del Derecho, el sistema jurisdiccional. Si bien, ésta es una expresión netamente colonial, con marchamo de cultura “*occidental*” *colonizante*, por lo que sería más apropiado hallar un término más neutro, quedándonos con el de “*resolución de conflictos*”, lógicamente dentro del contexto de la singularidad cultural que presenta el colectivo indígena. Siendo ésta la dimensión con la que más comúnmente se asocia al Derecho dentro de la tridimensionalidad que definió M. Reale, cobra un especial valor la precisión de su marco regulatorio en los respectivos ordenamientos, así como la hermenéutica asociada al mismo, validándose de este modo como verdadero patrón calibrador del respeto a su identidad. En términos teórico-jurídicos nos referimos al “*pluralismo jurídico*” en cuanto que sistema en el que cohabitan, junto al estatal, otros órdenes de resolución de conflictos, reconocidos, amparados y ejecutados al abrigo del mismo ordenamiento jurídico<sup>1125</sup>.

No requiere un especial esfuerzo argumentístico hacer entender que todo lo concerniente a la dinámica de resolución de conflictos, tanto desde un plano material como institucional, se presenta como una materia con una significativa importancia en lo que la materialización del Derecho a la libre determinación de los pueblos respecta. Para Lucía Colazo la noción pluralista del Derecho trae causa en un triple motivo, por un lado, el Convenio 169 de la OIT, junto con la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas y por último, las reformas constitucionales progresistas de algunos países andinos, que trasladaron a la redacción constitucional valores como la diversidad cultural, los derechos indígenas y la propia “*jurisdicción colectiva*”. De hecho, puede constatar que la relevancia que ha adquirido todo lo concerniente a la compatibilidad de sistemas de resolución de conflictos armonizados con el orden estatal, viene siendo una materia recurrente en todos los países donde hallamos identidades diferenciadas que

---

<sup>1125</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos. “Constitucionalidad y Derechos de los Pueblos Indígenas”. Informe de la Relatoría. Taller “Constitucionalismo y Derechos de los Pueblos Indígenas”. Guatemala. 7/8-Marzo de 1994. Pág. 154. “*En su fase final, el profesor Kuppe indicó que la alternativa más saludable sería la de dar espacio libre a los balances y equilibrios de las sociedades no estatales, reconociendo su funcionamiento en vez de crear nuevas potencialidades de opresión*”.

cuentan, entre su elementos definatorios, con un derecho consuetudinario ancestral, que por lo general se viene transmitiendo de forma oral y que se ha demostrado autosuficiente y eficaz en la consecución del orden de la comunidad.

Esta realidad ha sido recogida por la doctrina científica que ha verificado la existencia de una demanda justa al legislador estatal en orden a trasladar los solemnes enunciados de respeto a las Pueblos o comunidades minoritarias existentes dentro del territorio del Estado, al ámbito del reconocimiento de los distintos sistemas de resolución de conflictos que han venido aplicándose por cada uno de estos Pueblos y Comunidades de forma secular, cumpliendo su objetivo de mantenimiento del orden, de orientación e integración social, y uno muy importante, el de resocialización de los infractores.

Una muestra de ello nos la ofrece Stavenhagen que considera en esta materia que *“Los pueblos indígenas reclaman decidida y persistentemente el reconocimiento de sus cultural y sistemas jurídicos consuetudinarios en la administración de la justicia”*<sup>1126</sup>. Esta exigencia, que en principio puede parecer sustancialmente lógica en cuanto al espectro de elementos que vienen a sustentar el respeto a su identidad, en muchos casos, despierta una actitud reacia a reconocerle un estatus que lo sitúen en plano de igualdad al orden estatal, bajo el falaz argumento fruto de un examen superficial, de que el sistema indígena es arcaico, rudimentario e incapaz de alcanzar las cuotas de efectividad y justicia que el ordenamiento estatal ofrece. A juicio de esta perspectiva impregnada de estatalismo, el ordenamiento jurídico del estado no puede compararse y mucho menos ser reemplazado en algunos colectivos por un Derecho que se entiende de segundo o tercer orden. De este modo impera una noción monista cerrada a cualquier expresión de pluralismo jurídico que en realidad, lo que irradia es una voluntad de conservar una posición de preeminencia monopolística que relegue a una categoría meramente residual la presencia del sistema jurídico indígena.

Una consecuencia directa de esta posición obstruccionista al sistema de resolución de conflictos indígena, es que lo desplaza inexorablemente a una situación de marginalidad suponiendo su debilitamiento y en general a un estado prácticamente de clandestinidad,

---

<sup>1126</sup> Stavenhagen, Rodolfo. “Los Pueblos Indígenas y sus Derechos”. Unesco. México. 2008. Pág. 86 y ss.



forzando a un orden que viene aplicándose desde hace siglos, no a la ilegalidad, pero sí alegalidad y sobre todo, a una instauración ilegítima de cara a la autoridad estatal. Stavenhagen define esta fricción como de trato discriminatorio que provoca la lógica protesta de los “*Pueblos Indígenas*” para que se respete su autonomía en la impartición de justicia en aquellas materias que les afecta de forma directa, como son las de familia, ganado, agricultura, tierras y las penales. Lógicamente, la repercusión de tales reclamaciones tiene indudables vínculos con el reconocimiento de Autogobierno y en general, con la libre determinación<sup>1127</sup>, ya que no dejan de ser ámbitos irreductibles de ésta. Afortunadamente, puede inferirse del tratamiento de la cuestión que brindan un buen número de Estados, que la posición del inalterable sistema jurídicamente monista es minoritaria y que contrariamente, se pueden comprobar alentadores avances en el reconocimiento del pluralismo jurídico.

Veamos algunos ejemplos extraídos del estudio que Stavenhagen realiza sobre esta materia.

Empecemos por lo que considera un “*ejemplo positivo*”, referido al tratamiento que de esta cuestión realiza el gobierno de Groenlandia. A pesar de que está administrado por la autoridad danesa, se muestra como respetuoso con el derecho consuetudinario de los indígenas groenlandeses (Inuits) que viene caracterizado por los principios de reintegración social y por ser un sistema muy abierto, favoreciendo la participación ciudadana lega en justicia<sup>1128</sup>.

---

<sup>1127</sup> Colazo, T.L. “El reconocimiento constitucional del derecho y la jurisdicción indígena como afirmación de la autodeterminación de los pueblos indígenas”. Revista Alegatos, núm. 87, México, mayo/agosto de 2014. Pág. 247. “Los Pueblos Indígenas tendrán, de cierta manera, el control de sus instituciones de desarrollo político, social y económico superando el tratamiento tutelar que colocaban las naciones como objetos de policías fórmulas por terceras personas. *En ésta óptica, los derechos garantizados internacionalmente a los pueblos indígenas y admitidos por los estados se atendieron por el principio de la autodeterminación representada por la misma gente en libertad, es decir, un derecho fundamental para su existencia sin que pierdan su riqueza como culturas propias... ...Para los Pueblos Indígenas el derecho a la libre determinación tiene la opción de decidir qué tipo de organización política quiere adoptar en los países en que viven. Es decir, la tendencia general no ha sido por la separación y la formación de un Estado nacional independiente. Como así explica Molina, los derechos a la autonomía y el pluralismo legal: “son una combinación inseparable [...] porque implican una amplia renovación de la estructuras estatales existentes y una revisión de los conceptos liberales democráticos”.*

<sup>1128</sup> *Ibidem*. Pág. 87. “Groenlandia tiene 16 juzgados de distrito locales que se ocupan de muy diversos tipos de causas, tales como las de derecho penal y las de derecho de la familia. Se pide a los ciudadanos que actúen como jueces de distrito, jueces legos y abogados defensores mientras que la policía local

En el caso de Canadá, recoge el fallo de su Tribunal Supremo en el caso “*Delgammukw*”, que objetivó como requisitos para legitimar un título indígena de propiedad sobre la tierra tanto la ocupación efectiva de la misma, siempre que así fuera reconocido por el propio Derecho indígena<sup>1129</sup>. En este caso se aceptó como prueba la tradición oral transmitida generacionalmente, situándola en un plano de equivalencia frente a los documentos históricos. Así lo interpreta el Autor y nos sumamos a ello, representando un modelo en el que por parte de la justicia ordinaria, entendida como la estatal, se acepta la eficacia procesal y probatoria con efectos resolutorios de elementos fácticos aportados por la tradición indígena. Se ofrece como una muestra de respeto a su Derecho como expresión de identidad.

En el Sudáfrica, otro país donde la población indígena tiene una fuerte implantación en el marco social del país, admite la validez de los tribunales “*consuetudinarios*” tanto en la jurisdicción civil como penal, instaurando una “*versión*” integral de justicia indígena, al imponer que tanto los integrantes de los órganos judiciales sean miembros de la propia comunidad indígena así como el proceso y el Derecho a aplicar sea la costumbre indígena. Igualmente encontramos el insoslayable límite que suponen los valores constitucionales.

En Guatemala, la cultura maya sigue aplicando su sistema de resolución de conflictos, basado esencialmente en el diálogo y la negociación.

En Estados Unidos, llama la atención la concurrencia de una elevada población reclusa indígena. Podemos extraer unas breves conclusiones de ello. En primer lugar se ofrece como una inequívoca señal de que el tratamiento de este colectivo por las distintas

---

*asume las funciones de ministerio público. El presidente del tribunal es un juez lego que cuenta con la asistencia de dos asesores también legos. Cuando la causa se presenta al Tribunal Supremo de Groenlandia en Nuuk, es analizada y examinada por fiscales, jueces y abogados con formación jurídica. En 1994, la Comisión de Revisión de la Justicia recomendó, entre otras cosas, que los jueces locales tuvieran conocimientos de la comunidad local y de sus valores culturales, así como conocimientos del idioma groenlandés”.*

<sup>1129</sup> Posteriormente comprobaremos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha acogido un criterio similar como parte de la protección que se brinda a las comunidades indígenas en Latinoamérica.

normas que se han ido desarrollando a lo largo de los años ha supuesto un fracaso de cara a aplicar un modelo intercultural. Por otro lado, el modelo asimilacionista o integrador imperativo genera un choque desestabilizador en el que la minoría cultural recibe la peor parte. La experiencia nos ha demostrado que ante la voluntad integracionista de una sociedad dominante sobre una minoría, ésta tiende a periclitar con el tiempo y a ir siendo confundida progresivamente hasta su parcial o completa extinción<sup>1130</sup>.

En Nueva Zelanda, el modelo de interacción con la cultura aborígen maorí se ciñe exclusivamente a las testimonios en materia lingüística que se puedan producir dentro de los procesos judiciales (testificales, asistencia jurídica, traducción...), reconociendo, únicamente, el derecho a utilizar su propia lengua.

Por lo general, Stavenhagen enfatiza que una vez realizado este retrato de la situación en cuanto el reconocimiento de modelos de pluralismo jurídico con respecto a los sistemas de resolución de conflictos indígenas en coexistencia con el modelo jurisdiccional oficial, se ha podido constatar una mejor y mayor eficacia en los objetivos marcados, sobre todo en el ámbito del derecho civil y familiar, y en menor medida, pero no descartable, en la jurisdicción penal. Ello no obsta para que se formule la prudente advertencia de que existen amplios sectores en los que la aplicación de un Derecho consuetudinario despierta los mayores recelos, centrando su ariete argumentístico en una materia que merece atención. Nos referimos a los constatados puntos de fricción entre numerosas regulaciones contenidas en el Derecho consuetudinario que entra en franca pugna con Derechos básicos consagrados constitucional e internacionalmente. Es cierto y ya se ha hecho referencia a este punto en contenidos anteriores de que la conciliación con la tradición ancestral no debe estar reñida con el respeto a los Derechos Humanos y mucho menos debe servir como patente para su vulneración, por muy arraigada y atávica que ésta se presente. Los Derechos Humanos, son valores con vocación de estabilidad y permanencia, reconocidos y plasmados como expresión de

---

<sup>1130</sup> En lo que a la población indígena reclusa, Stavenhagen recoge que sus demandas por lo general se ciñen a la de asistencia espiritual con ministros de culto nativos, aplicación de la medicina propia (sagrada) e incluso a que se les permita realizar lo que consideran ceremonias concernientes a su cultura, como la de "*la pipa*".

nuestras normas más esenciales de convivencia y no puede verse atemperados en su respeto y aplicación por muy enraizado que esté un modelo de interculturalidad. Esta concepción genera un estándar divisorio y disuasivo contra aquellas conductas que puedan entrar en su reproche y cuestionamiento. La asimetría se zanja de forma aséptica y efectiva en cuanto el dilema que supone sopesar entre Derecho consuetudinario y Derechos Humanos, concluyendo que aquél debe ceder, en pro de éstos<sup>1131</sup>.

A raíz de lo expuesto, se ha de entender que las posibles zonas grises en las que se pueda constatar que entran en liza las prescripciones del Derecho indígena con valores básicos amparados por los Derechos Humanos no puede conllevar, irrestrictamente, a la total aversión de aquellos, ya que, la experiencia ha venido a demostrar los beneficios generales de la coexistencia de ambos modelos en un sistema jurídico plural, alcanza cuotas de mayor eficacia en los objetivos marcados, que repercute en un mejor clima social y sobre todo, en la reprobación constructiva de las conductas y la resocialización de sus autores<sup>1132</sup>.

Un punto de confluencia del Autor en materia de pluralismo jurídico, con las tesis que venimos expresando a lo largo de éste trabajo, la encontramos en su afirmación de que *“Los pueblos indígenas han reivindicado nuevos derechos basados en el reconocimiento de sus características culturales y étnicas. En este contexto los tribunales tribales se han convertido en expresión y cauce de la libre determinación y el autogobierno, aspecto no siempre es considerado positivo por los Estados”*<sup>1133</sup>. En

---

<sup>1131</sup>Stavenhagen, R. Óp. cit. Nota 1126. Pág. 90. *“En respuesta al argumento de que el reconocimiento especial de las instituciones jurídicas indígenas puede ser incompatible con el principio de la no discriminación, el derecho internacional reconoce la necesidad de adoptar medidas positivas para proteger los derechos de las minorías y políticas orientadas a subsanar las deficiencias que impidan u obstaculicen el pleno ejercicio de sus derechos. La adopción de medidas positivas, en especial para los Pueblos Indígenas, se prevé también en el Convenio nº 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales”*.

<sup>1132</sup> Ibídem. Pág. 90 *“Sin embargo, según algunos, el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas no ofrece suficientes garantías para la protección de los Derechos Humanos individuales universales. Pero aún si eso fuera una afirmación cierta basada en pruebas suficientes, no debería esgrimirse para negar por completo el valor del Derecho consuetudinario indígena, sino como un reto para aproximar ambos enfoques haciéndolos más eficaces para la protección de los Derechos Humanos, tanto individuales como colectivos. El pluralismo jurídico en los Estados es una oportunidad para permitir a los sistemas jurídicos indígenas funcionar eficazmente, ya sea como parte de los sistemas jurídicos nacionales o paralelamente a éstos.”*.

<sup>1133</sup> Ibídem. Pág. 91.

plena consonancia con lo expresado, se puede decir que en la valoración global que descompone cada uno de los elementos que se incorporan al objetivo de alcanzar la máxima expresión de la libre determinación, cuenta con una preponderante posición la contribución llevada a cabo por el reconocimiento del pluralismo jurídico. Está acreditado que en aquellos órdenes constitucionales, que se han dotado de una visión intercultural en cuanto el respeto a los sistemas de resolución de conflictos indígenas, alcanzan mayores cuotas de entendimiento y eficacia en el objetivo de mejorar la vida de sus ciudadanos/as, no solo en el marco de la resolución de conflictos, sino en la defensa de valores primarios de convivencia y en la función de orientación y legitimación que otorga a sus respectivos sistemas jurídicos, en planos de mutuo reconocimiento y respeto<sup>1134</sup>.

A modo de conclusión de este prólogo introductorio, nos hacemos eco del pensamiento de Stavenhagen que viene a compendiar la idea que pretendemos transmitir y con la que nos identificamos especialmente. El sistema de justicia, entendido como la globalidad de la estructura de resolución de conflictos al servicio de los/as ciudadanos/as, debe articularse, no como un instrumento de “*control*”, sino que debe explorarse e integrarse una función, nada residual, de “*protección y promoción*” de los Derechos de los “*Pueblos Indígenas*”. No debe verse como un modelo impuesto, ajeno y asimilacionista que protege parcelas exclusivas del poder estatal, sino todo lo contrario, debe alentarse como muestra de la interculturalidad que rige las relaciones entre los pueblos que conviven en un marco territorial, político y en este caso, a efectos jurídicos<sup>1135</sup>.

### **5.3.1 Antecedentes del Sistema Jurídico Indígena: El Derecho Indiano.**

Si hay una afirmación, a la que dotar de visos de facticidad esa es la que el Derecho es hijo de su tiempo. Que el Derecho es una producción esencialmente social, es un

---

<sup>1134</sup> Una muestra de ello el propio Stavenhagen recoge el modelo colombiano, en el que los “*Pueblos Indígenas*” tiene el Derecho constitucional a su propia justicia y a la aplicación de su propia normativa y procesos. Lógicamente dentro del marco de los Derechos constitucionales.

<sup>1135</sup> Stavenhagen, R. Óp. cit. Nota 1126. Pág. 93. El propio Stavenhagen utiliza la tercera persona, entiendo que con ánimo de enfatizar la expresión de su desiderátum cuando dice que “*El Relator Especial invita a los Estados Miembros a emprender cada vez más activamente la remodelación de sus sistemas de justicia indígena a fin de actuar equitativa y generosamente ante el reto histórico que tienen ante sí*”.

postulado epistemológico, que puede admitirse o no, pero de lo que no puede huir es de las innegables secuelas de la contemporaneidad social que enraízan en la concepción jurídica que se autoimpone un grupo social<sup>1136</sup>. Bajo esta solemne premisa, es lógico pensar que un Derecho como el indígena latinoamericano, que es fruto de la evolución durante siglos, sin influencias externas importantes, salvedad hecha del periodo de dominación colonial, que se ha transmitido oralmente y que basa su acervo en la experiencia, es razonable deducir que su especificidad tiene una marcada impronta por la contextualización social que lo envuelve. Sobre todo si lo comparamos con la tradición jurídica continental románica o anglosajona<sup>1137</sup>.

López Fuentes considera, con buen criterio, que es necesario hacer un repaso histórico del Derecho consuetudinario indígena para hacernos idea de lo que ha influido su proceso de producción en su propia configuración. Inexorablemente su recorrido tiene un obligado punto de partida en referencia al periodo colonial en el que se vio forzado el Derecho consuetudinario indígena a convivir con otro sistema jurídico diferente (el romano-canónico) y bajo una posición de subordinación frente a éste.

En este apartado hay que destacar la especial consideración que se otorgó al Derecho aplicable en Latinoamérica por parte de la Corona de España, constituyendo una adaptación del Derecho Romano-Canónico y que recibió la denominación de Derecho Indiano<sup>1138</sup>. Estaba definido por el conglomerado formado por las aportaciones que recibía, tanto por el lado del modelo jurídico de la metrópolis como el continuo flujo de contribuciones del modelo consuetudinario indígena. De esta forma podemos distinguir

---

<sup>1136</sup> López Fuentes, J. L. Óp. Cita. Nota 1066. Pág. 37. *"Hay que entender que el derecho es una construcción social. Es decir, las sociedades en su afán de organizarse reproducen, inventan o combinan normas de vida y de conducta que les permitan tener cierto control y dominio sobre las otras dimensiones de la vida social. Obviamente los contextos sociales, políticos, culturales y económicos no son marginales a la construcción jurídica, sino que, hacen parte integrante de ella. O, como señala Novoa, la política y la economía determinan el contenido del derecho y, a su vez, el Derecho se convierte en un instrumento de la política y de la economía."*

<sup>1137</sup> Ballón Aguirre, F. Óp. Cit. Nota 858. Pág. 137. *"la idea del derecho depende del aparato teórico con el que se le mide. En efecto, para el pensamiento anglo-sajón lo consuetudinario es en sí mismos el derecho: una repetición judicialmente válida (la corte puede cambiar la norma precedente creando una distinta de resolver un caso). En la tradición del derecho romano, canónico y napoleónico, el contar con normas escritas creadas expresamente se consideró una conquista contra la "arbitrariedad" de una justicia "judicial". De manera que, para que sean normas de derechos se deben expresar en forma amoldada a las reglas de producción, Así, en ambos casos, estamos ante un sistema de normas que se expresan eslabonadamente y condicionan su producción, adjudicación y cambio al sistema mismo"*.

<sup>1138</sup> Expresión tomada del trabajo de López Fuentes, J.L.

tres canales que nutren al Derecho Indiano en su composición. Por un lado, el que es establecido por la autoridad estatal y que viene amoldado a las especialidades sociales y territoriales de las colonias. Un segundo el Derecho matriz (el Derecho Castellano) que sirve de base sobre la que ir tomando como referencia la perfilación de las distintas figuras jurídicas y por último, lógicamente, la aportación que recibe por parte de la tradición y costumbre indígena en la resolución de sus conflictos<sup>1139</sup>.

De esta forma, el Derecho Indiano se presenta, no como una aplicación mimetizada del orden jurídico del estado colonizante, sino como un compendio permeable en el que vienen a confluír las influencias de varios modelos, convirtiendo al orden jurídico aplicable a la colectividad indígena durante el periodo colonial, en un modelo articulado “ad hoc” y con un perfil claramente misceláneo, legitimado por un sujeto prevalente generador de derechos y obligaciones<sup>1140</sup>. Es precisamente ésta cuestión, la que debe centrar nuestra atención, en el sentido de la especialidad que nos ofrece, en cuanto desentrañar los motivos que han llevado a tal nivel de pragmatismo ofreciendo una solución heterogénea pero sensible a su destino. López Fuentes encuentra tres posibles argumentos que pudieran explicar tal singularidad.

- A. Uno primero nos lo ofrece la sensata reflexión de que resulta del todo aconsejable que el sistema de resolución de conflictos que ha venido desarrollándose ancestralmente durante los siglos previos a la ocupación colonial, que, de forma consecuente, pudiera continuar administrando en todo aquello que no supusiera un conflicto con el orden del estado ocupante. Este intento de compatibilizar ambos órdenes alienta cierta esperanza de que el

---

<sup>1139</sup> López Fuentes, J.L. Óp. cit. Nota 1066. Pág. 38. “Como se ve, era parte componente del derecho indiano el “derecho indígena”, es decir, entendido como las costumbres de los indígenas. Estas costumbres abarcaban a ciertas instituciones, como por ejemplo: el cacicazgo, el yanaconaje, la mita, formas tributarias prehispánicas, la minga o mingaco, sistemas sucesorios, sistemas de repartimiento de agua, etc.”.

<sup>1140</sup> Ibídem. Pág. 50 “Entonces, el Derecho es todo ese conjunto de normas que un grupo social señala como tal. En el caso de comunidades indígena existen prácticas a través de las cuales se imponen castigos ante algunas faltas cometidas. Tienen formas de organización peculiares que hacen suponer la existencia de normas de convivencia muy vigentes. Los modos de organización suponen, además, la existencia de autoridades y autoridad sobre la comunidad indígena. El ejercicio de la autoridad y la aplicación de normas de convivencia suponen también la vigencia de una tradición normativa. Entonces, muchas comunidades indígenas que tienen unas tradiciones normativas y organizativas vigentes pueden ser consideradas comunidades productoras de Derecho.”.

dominio de un nuevo Derecho no se perciba como una nueva imposición colonial en detrimento de una ya apocada cultura<sup>1141</sup>.

- B. Una segunda razón, se ofrece en cuanto que el Derecho Indiano era extremadamente “*casuístico*”. Al basarse en una práctica muy adaptada a cada uno de los supuestos, flexible e individualizable que presenta un empirismo amoldado a la variedad de situaciones y sujetos a los que debía enfrentarse<sup>1142</sup>.
- C. Por último, no debe infravalorarse la pugna que por parte del colectivo indígena siempre se ha mantenido en la voluntad del respeto de su forma de vida, cultura y orden normativo de resolución de conflictos. Esto llevó a que se constituyera un sistema de concesiones en el que se podía intuir cierto grado de dispensa en el mantenimiento de algunas instituciones jurídicas propias, de forma que se pretendía por el Estado colonizador ameritar cierto grado de indulgencia con el ánimo de obtener un punto de equilibrio que favoreciera la convivencia. Sin que de ello pueda deducirse que se aceptaba la excepcionalidad sino más bien al contrario, la estructura en la que se desarrollaba todo el sistema de resolución de conflictos estaba flanqueada por un definido marco de actuación regido por las directrices que el colonizador había dispuesto.

A pesar de gozar de cierto aperturismo la realidad es que el “*estatuto jurídico del indígena*” estaba férreamente marcado por su posición supletoria, tanto en lo que a la normativa estrictamente se refiere como al tratamiento en sí que ofrecía de la realidad indígena, de la que se revela una clara posición dominante de los ocupantes frente a las

---

<sup>1141</sup> Ibídem. Pág. 41. “*Otro paso fue el de reconocer que los indígenas tenían formas de administración y organización jurídica propias. Estas formas de organización que los españoles llamaban “usos y costumbres” fueron reconocidas oficialmente en 1530, 1542 y 1555 .32 Sin embargo el reconocimiento del “derecho indígena” tenía fundamentalmente dos limitaciones. La primera es referida a la religión Las costumbres indígenas no debían contradecir la religión cristiana. La segunda es referida a la legislación del reino de España, y esto lo vemos con un ejemplo. En Chile, en 1580, se establecieron pueblos de indios (para usar el término de la época) y se les permitió ejercer su propia organización política y, expresamente, se les permitió juzgar de acuerdo a sus usos y costumbres, siempre que éstos no sean contrario al derecho natural.” Así, en la mentalidad del tiempo de la colonia estaba claro que los usos y costumbres de los indígenas debían subordinarse a los principios religiosos cristianos y a las leyes.”*

<sup>1142</sup> No hay que olvidar que la comunidad indígena no es homogénea sino que se integra con multitud de diferentes colectivos en los que cada uno tiene sus particularidades, no sólo en cuanto cultura, sino también, en lo referente a sus sistemas de resolución de conflictos.



categorías inferiores en los que se encuadraba la población indígena<sup>1143</sup>. Para Luzia Colazo en el fondo, la creación de un Derecho pretendidamente adaptado a las circunstancias de sus destinatarios no era más que otro intento de asimilación, encubierto bajo un orden jurídico, que realmente nunca fue pensado para una sociedad heterogénea<sup>1144</sup>.

A pesar de ello, ya fuera por puro interés partidista o por una voluntad real de arbitrar un sistema más conciliador, lo cierto es que la coexistencia operada entre ambos órdenes llevó incluso al que el Derecho castellano recibiera la influencia directa de ciertas manifestaciones del Derecho indiano e incorporándolas.

Una segunda etapa de desarrollo, tras el proceso de descolonización está marcada por las lógicas influencias de los aires liberales que imperaban a durante el siglo XIX y buena parte del XX, con una impronta evidente en los textos constitucionales que se desarrollaron en esa etapa. Es previsible pensar, que al igual que el resto de los textos constitucionales que fueron naciendo en ésta época, que las Constituciones latinoamericanas recibieran un fuerte influjo de la ideología liberal materializada por los textos de derechos que fueron auspiciados en ese contexto.

Como grandes rasgos percibibles de dicho influjo, López Fuentes destaca esencialmente dos:

- Uno, el que operó con una “*uniformización de la población*”. Tras la marcha de la ocupación colonizadora, dejó tras de sí la potencialidad de concebir un modelo social, algo más equitativo y donde imperara un principio igualitario, al

---

<sup>1143</sup> López Fuentes, J.L. Óp. cit. Nota 1066. Pág. 40 “*Esta visión de los privilegios estaba ligada a una incapacidad del gobierno colonial de mantener el control directo y constante en las tierras colonizadas. Esta incapacidad obligó a los colonizadores a mantener, como habíamos señalado antes, “semi autonomías” en el ejercicio del derecho; es decir, una especie de “pluralidad jurídica” en la cual los indígenas tenían libertades relativas para ejercer sus propios modos de administrar el Derecho.*”.

<sup>1144</sup> Colazo, T.L. Óp. cit. Nota 1127. Pág. 246. “*Fue trasplantado a América el modelo de derecho europeo moderno, que representaba el producto de una sociedad homogénea de nación, con un sistema jurídico único, aplicable a todos los ciudadanos, creado y dirigido por el Estado. por tanto las formas de solución de conflictos que utilizaban los indios, su derecho consuetudinario, se consideró una costumbre que debía ser eliminada para una mejor “asimilación” del indígena en la sociedad nacional*”.

margen de la diversidad étnica que concurría en la mayoría de los territorios de Latinoamérica<sup>1145</sup>.

- Un segundo elemento es el del “*control territorial*”. En relación inversa a la función que cumple el Derecho de servir a la fluidez pacífica de las relaciones sociales, en este caso, el Derecho se ofrece como un instrumento cohesionador de la diversidad social al legitimar tanto los poderes públicos, el territorio y el propio ordenamiento jurídico. De este modo es el orden jurídico el que ofrece un elemento que enlaza las elementos del Estado concluyendo en una argamasa yuxtaponedora que sienta las bases de la convivencia común y de la propia identidad. En palabras de López Fuentes, “*el Derecho se convierte en garante del respeto a la soberanía y en instrumento de unificación*”.

Como adelantamos, las ideas liberales empaparon la ideología que arropaba los textos constitucionales latinoamericanos, con una notable influencia en lo que a la configuración del propio Estado. Si bien, como ya se ha dejado expuesto, su funcionalidad se dejó traslucir en la propia cohesión del Estado aunque no se llegó a alcanzar una “*masa crítica*” suficiente en cuanto a su firmeza y solidez. En lo atinente al orden jurídico, que no operará una uniformidad completa, lejos de ser un objetivo incumplido es, sin duda, un buen punto de partida de cara al reconocimiento del pluralismo jurídico. Lo reprochable es que ese pluralismo en lo jurídico que formalmente era reconocido en la aceptación de coexistencia de los órdenes jurídicos estatales e indígenas, en la realidad distaba mucho de su equiparación. Ésta idea, que no es exclusiva de éste contexto, se ha venido aconteciendo en muchas de las democracias latinoamericanas, haciendo que, el hecho de que se hayan dado pasos en el reconocimiento e igualdad efectiva del orden jurídico indígena, se pueda interpretar en la actualidad como un hecho destacable y como un claro síntoma de progreso<sup>1146</sup>.

---

<sup>1145</sup> Caracteres de esa uniformidad López Fuentes cita una lengua común oficial, un sistema de valores compartido, un modelo educativo y el arraigo de una “*conciencia nacional*”.

<sup>1146</sup> López Fuentes, J.L. Óp. cit. Nota 1066. Pág. 43 “*Es importante destacar que, a pesar de la influencia de las revoluciones europeas, en las gestas libertarias de América Latina y en los ideales de construcción de Estados modernos, no se lograron los objetivos de unificación jurídica y política y de homogeneización de la población. Aunque oficialmente se intentó unificar el derecho en un solo sistema jurídico, monopolizado (controlado) por el Estado, se mantuvieron ciertas estructuras coloniales. En el caso del*

Por último, ahondando en este acercamiento al Derecho indígena, el Autor hace una clasificación marcada por el ámbito territorial de aplicación. Resulta conveniente, sobre todo para tomar conciencia de la eficacia funcional del orden indígena, aunque responde a la clásica división administrativo-política (local, nacional e internacional). Su utilidad viene marcada por la información que aporta, destacando el ámbito local, donde el Derecho indígena alcanza una mayor cuota de aplicación. De ahí que el propio autor distinga al Derecho indígena del ámbito local, como Derecho indígena en singular, en contraposición con los otros dos ámbitos, el nacional e internacional, que los incluye en el llamado Derecho indígena en plural. Mientras que el primero está referido al Derecho estrictamente indígena, emanado y aplicado directamente por las comunidades, el segundo, el plural, tiene un carácter más generalista y está integrado por el conjunto de derechos que por parte del Estado o la esfera internacional, es reconocido y positivado.

El anterior desdoble exige la necesaria matización en cuanto al objeto de estudio en el presente epígrafe, advirtiendo que nos centraremos en la categoría de Derecho indígena, “*en plural*”, con el objetivo de ofrecer una breve descripción sobre el mismo, concentrada sobre todo, en el aspecto de su materialización como cuerpo jurídico, al que se le dota de la suficiente legitimidad, tanto por el sujeto creador como aplicador del mismo, en armonía con el orden jurídico estatal y como expresión del Derecho de libre determinación. El apartado de Derecho indígena “*en singular*”, escapa al objeto de nuestro análisis, por ser mucho más casuístico, atomizado y porque, en definitiva, viene englobado por la concepción teórico-jurídica del indicado como “*plural*”. No obstante, en contenidos posteriores dedicaremos atención a algunos modelos representativos (Aymaras, Quechuas y Guaraníes).

En línea con lo expuesto, Luzia Colazo mantiene que el Derecho consuetudinario indígena es “*múltiple*”, precisamente por la misma razón que López Fuentes, al integrar dentro de su contenido material una gran variedad de concepciones, correspondientes a

---

derecho se mantuvo el “*pluralismo jurídico*” en la práctica, aunque esa realidad era oficialmente ignorada o negada desde el Estado.”.

la multiplicidad de grupos étnicos que lo contienen<sup>1147</sup>. Ello da pie a lo que la propia autora defina como “*resultado de identidades parciales*”, ya que el orden jurídico indígena no es un cuerpo homogéneo sino que es fruto de la suma de “*varias identidades*” que corresponde cada una de esa identidad a cada comunidad diferenciada. Un problema añadido es que existen casos donde las propias “*identidades parciales*” pueden entrar en contradicción en cuanto la normatividad de algunas propuestas en la resolución de los conflictos que surgen, ya que no puede olvidarse la perspectiva de que estamos tratando con un Derecho histórico que se ha venido formando precisamente desde la conformación que la práctica ha ido generando tras el paso del tiempo y que ello viene muy marcado por la propia experiencia de la comunidad conformadora de la propia identidad.

### **5.3.2 Derecho Indígena. Un sistema jurídico propio y autónomo.**

En este ligero recorrido sobre la realidad jurídica de los colectivos indígenas, así como por su definición y encaje dentro del Derecho estatal, es necesario analizar, siquiera someramente, su concepción como un sistema idóneo para convertirse en un instrumento eficaz en la resolución de conflictos, en sana competencia con el estatal y sobre todo, como un orden jurídico al que se le reconoce y respeta. Lejos del papel complementario que la moral y los usos sociales suelen jugar en la correspondencia con el orden jurídico estatal, el Derecho indígena es un cuerpo autónomo que ha venido desempeñando la función de resolución de conflictos de forma activa y que la experiencia ha operado en el mismo a modo de decantación hasta alcanzar cuotas de eficiencia, incluso mayores que la del propio Derecho estatal<sup>1148</sup>.

---

<sup>1147</sup> Luzia Colazo incluso advierte que puede haber grupos étnicos donde exista un sistema jurídico diferente te, ya que en algunos casos, el propio grupo étnico incluye diferentes comunidades.

<sup>1148</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Óp. cit. Nota . Pág. 150. “*En éste punto, la posición manifestada es categórica (Bartolomé Clavero): se entiende que sólo las jurisdicciones pertenecientes a la propia cultura e identificadas con ella, las jurisdicciones por lo tanto indígenas, han de ser las competentes*”.

En este punto, coincidimos con Soriano González<sup>1149</sup> en que es necesario efectuar un análisis que arroje luz sobre el Derecho indígena en cuanto a si realmente atraviesa el tamiz que lo eleva como un verdadero cuerpo jurídico autónomo e independiente. Para ello, partimos de la necesidad del estudio sobre los elementos que avalan la referida tesis, tanto de un plano más global como en el ámbito más concreto. Tomando para ello dos piezas de juicio, su jurisdicción y la regulación del que puede denominarse “*Derecho de resolución de conflictos*”.

En el desarrollo de la hipótesis de trabajo, avanzamos en ese primer escalón en lo que al reconocimiento como orden jurídico autónomo y encontramos nuestra primera cota a superar. Suele catalogarse al Derecho indígena como un sistema jurídico “*informal*”<sup>1150</sup>. Lógicamente la falta de una constancia explícita de una fuente de normatividad conlleva unos caracteres particulares, inherentes a su causa. Una importante es que, al contrario de los sistemas “*formales*”, en aquellos no contamos con un sistema de legitimación que valide tanto el emisor de las normas como al proceso por el que se crean y aplican, y por último, a la propia regla, siendo la cuestión de las fuentes formales y materiales un asunto en el que se ha de confiar en el propio Derecho consuetudinario y en el modo que éste es transmitido y aceptado. De esta forma se asocia la validez del sistema a una cuestión empírica y que obtiene su legitimidad por el propio proceso de consolidación de la costumbre, entendida ésta desde un plano global e integral.

Esta configuración, en la que opera como un sistema jurídico independiente, recibe el nombre de “*derecho alternativo*” en América latina<sup>1151</sup>. Este “*derecho alternativo*” no se presenta con la misma intensidad en todas las comunidades indígenas ya que no hay el mismo grado de diferenciación con respecto al Derecho estatal<sup>1152</sup>. Mientras que en

---

<sup>1149</sup> Soriano González, M.L. “El Derecho a un sistema Jurídico Propio y Autónomo en los Pueblos Indígenas de América Latina”. Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº 16, julio 2012, ISSN 1698-7950, pp. 183-213.

<sup>1150</sup> En este punto Soriano González advierte que no debe interpretarse de que se englobe dentro del carácter de “*informal*” a la totalidad del sistema jurídico indígena, ya que hay constancia de que en algunos casos, por alguna comunidad, se ha pretendido trasladar a escritura el conocimiento práctico.

<sup>1151</sup> Soriano González describe la realidad latinoamericana con el aserto “*América latina es la patria del derecho alternativo al derecho hegemónico del Estado, así como Europa lo es el denominado uso alternativo del Derecho*”.

<sup>1152</sup> Ballón Aguirre, F. Óp. cit. Nota 13. Pág. 117. “*El principal peligro del movimiento indígena es el faccionalismo. Una facción es un conjunto de personas que trabajan para obtener ventajas en beneficio*

algunos casos sí existe una modalidad de casi pleno solapamiento del Derecho del Estado, en otros casos, se ofrece una amplia gama de niveles de complementariedad y supletoriedad en los que, con mayor o menor intensidad, se articulan mecanismos de aplicación que ofrecen una compatibilidad bastante más pacífica. Más problema presenta cuando encontramos puntos de inflexión donde se evidencia la existencia de pugna en cuanto la aplicación de uno u otro de los sistemas jurídicos y es en estos casos donde se necesita el trazo fino para el sostenimiento del sistema plural jurídico, aunque por lo general, en el fondo lo que se persigue por la comunidad indígena es lo que con acierto define Soriano González un “*Derecho a la autonomía*”<sup>1153</sup>, más que el conflicto.

La existencia de una “*alternativa*” al sistema jurídico estatal en Latinoamérica, no ciñe sus motivos únicamente a una cuestión meramente jurídica, sino que la base de su fundamento se extiende a un plano sociológico, que a nuestro modo de ver, es el que de forma más relevante e influyente sostiene la concurrencia del pluralismo jurídico en gran parte de los países de la zona. De hecho, así es reconocido por algunas de sus constituciones. Lógicamente, avanzar en la pluralidad jurídica desde un ámbito sociológico conlleva abrir nuestro campo de visión a otras variables que podemos integrar desde un espacio más global en la ya citada interculturalidad, siendo de este modo, que solo el tratamiento de la transversalidad de éste concepto en el ámbito concreto de los sistemas jurídicos concurrentes, permitirá alcanzar cuotas de mayor complementariedad.

En ese proceso, Soriano González, destaca la necesidad de que concurren dos aspectos. Uno primero, en cuanto que las Constituciones sostengan y protejan la independencia del Derecho indígena, con total autonomía del sistema estatal. Un segundo elemento

---

*propio, de su familia o de su grupo de interés. El faccionalismo se reproduce enquistándose en las dirigencias basadas en un éxito transitorio en el manejo de proyectos en lugar de programas, de modo que, el avance del movimiento indígena se reduce a la obtención de beneficios para el desarrollo económico y la utilización de fondos que siendo necesarios, son insuficientes en el terreno de las condiciones jurídicas a modificar. Igual problema surge cuando la escena oficial se expande y copta el movimiento o un sector de él, y actúan indiferenciadamente”.*

<sup>1153</sup> Soriano González, M.L. Óp. cit. Nota 25. Pág. 185 “*En la mayoría de los casos en América Latina las minorías pretenden un derecho complementario o al margen del derecho estatal, pero no contrario a él, porque las minorías persiguen que el Estado respete sus formas de vida, la organización de su vida social, las normas que la regulan y las autoridades propias que velan por su cumplimiento, pero nada más; un derecho a la autonomía, a ser diferente”.*

que ha de concurrir, es que la legalidad realice una distribución de competencias, lo suficientemente flexible para que ofrezcan cierto grado de adaptabilidad a las situaciones, pero con la necesaria claridad para que minimice la zona de colisión competencial y el grado de conflictividad que ello pueda conllevar.

Estas dos premisas se presentan indudablemente como puntos de partida esenciales en lo que a la configuración del sistema plural jurídico basado en realidades en las que concurren un sistema oficial y una alternativa indígena<sup>1154</sup>. En definitiva, no es más que levantar mecanismos moldeables para aquellos supuestos donde el asentamiento del Derecho consuetudinario indígena viene marcado por un fuerte arraigo, lo que implica por la vía de hecho, prácticamente un veto a la aplicabilidad del Derecho estatal y con ello, una zona virtual de incertidumbre legal, que puede evitarse con la potencialidad de arbitrar mecanismos que permita la pluralidad jurídica, claro está, partiendo de los dos anclajes en su construcción, que anteriormente se han reseñado. No es más que ofrecer un reflejo normativo a una realidad que viene desarrollando desde hace siglos y que no existen motivos políticos, ni jurídicos de entidad, como para sustentar la imposición del sistema estatal sobre el indígena. En palabras de Soriano González *“convertir en derecho de Estado lo que es el derecho real y vivo de las comunidades”*.

La Autora centra su estudio en dos aspectos diferenciados, como las variables que nos sondearán el grado de salud que goza el pluralismo jurídico en el ámbito estatal. Por un lado, los caracteres del Derecho indígena y por otro, un examen del reconocimiento y validez de su sistema jurisdiccional. En cuanto los caracteres, desde un propósito básicamente descriptivo, nos limitaremos a exponerlos:

1º.- El derecho indígena está marcado por un sesgo esencialmente colectivo. Tanto desde el plano activo como pasivo, la colectividad es un ente al que se le reconoce

---

<sup>1154</sup> Soriano González, M.L. Óp. cit. Nota 25. Pág. 186 *“Coincido con la opinión de los expertos más progresistas en el tratamiento de los derechos alternativos indígenas, entre los que destaco las palabras de Luis Villoro: “Se necesita, por lo tanto, un reconocimiento en la Constitución de esos dos niveles; su separación y complementariedad deberían establecerse en los estatutos de autonomía pactados entre los pueblos y el Estado plural”. Habría que ir a más: instancias paritarias compuestas por representantes de las autoridades estatales y autoridades de los pueblos indígenas para la interpretación normativa de los textos jurídicos estatales referentes al derecho indígena.”*

capacidad procesal, así como capacidad para ser titular y ejercitar derechos. Lógicamente no es que tal concepción sea incompatible con el reconocimiento de derechos individuales, pero sí que se ofrece como un punto de divergencia con el modelo estatal, caracterizado con una mayor impronta individualista liberal<sup>1155</sup>. En este apartado, es de destacar que incluso el Derecho de libre determinación de los pueblos, se ofrezca más como un catalizador que permite la perfecta coexistencia de derechos colectivos e individuales<sup>1156</sup>.

2º.- Es un Derecho alternativo frente al del Estado. Alternancia entendida como la existencia de otro modelo que sin tener vocación de exclusividad, si se siente con mayor legitimidad y especialidad.

3º.- Es un Derecho esencialmente consuetudinario, transmitido de forma oral. Aunque se ha de hacer constar, que en los últimos años se han iniciado varios proyectos de codificación como intento de acumular todo ese saber práctico, compilarlo y afianzarlo.

4º.- Es un Derecho “*evolutivo*”. Entendido conforme a las distintas generaciones que han ido aplicándolo, se ha ido adaptando y perfeccionando, a la par que se iban paliando sus debilidades. Este Derecho no requiere de actos formales para su creación ni derogación. Es la propia experiencia la que va marcando la efectividad de sus medidas y de ahí que el paso de tiempo ofrezca un valiosísimo instrumento de perfilación y decantación que lo ha ido perfeccionando.

5º.- Es un Derecho “*concatenado*”. Sería estéril intentar una aproximación al Derecho indígena desde la sistemática de división en disciplinas (social, civil, penal, tributaria....) a la que estamos acostumbrados en el Derecho Estatal. Lejos de esa

---

<sup>1155</sup> En este punto Soriano González ofrece una serie de argumentos (6) en los que reflexiona sobre la viabilidad jurídica y epistemológica de los derechos colectivos. Aspecto que por haberlo tratado en contenidos anteriores no volveré a tocar, por no redundar en el mismo.

<sup>1156</sup> Soriano González, M.L. Óp. cit. Nota 25. Pág. 196. “*Los indígenas no ven que los derechos de los pueblos sean un riesgo para los derechos individuales, pues en realidad no separan unos de otros. Conciben que los derechos colectivos, los que denominan derechos de los pueblos, son derechos que hacen posibles sus derechos como personas. “La promulgación del derecho de los pueblos a su autodeterminación –dice Luis Villoro- no se opone, por tanto, a la protección de las libertades individuales. Por el contrario (...) es una condición para garantizar su cumplimiento”*”.



clasificación, el orden jurídico indígena se presenta como un todo, con normas “*entrelazadas*” en la que los Derechos y las obligaciones se muestran interconectados, siendo ésta una característica que se ha revelado como sinónimo de efectividad tras la experiencia acumulada durante siglos. La razón de ésta “*concatenación*”, se ha de buscar en la necesidad de adaptación del Derecho indígena al modelo estatal, con un significado y lenguaje distinto.

6°.- Es un Derecho “*coherente*”. Lejos de lo que en un principio pudiera transmitir, el Derecho indígena goza de un orden en su estructuración, proceso y materia que permite una aplicación natural y efectiva. Lógicamente, no puede verse desde la perspectiva de los Derechos de corte continental europeo o anglosajón que distan bastante de aquel modelo. Su sistemática se adapta a su configuración, un derecho de conocimiento y práctica transmitida oralmente y muy especializado, con una forma que ofrece una respuesta adaptada a cada caso.

7°.- Es un Derecho “*relevante*”. Es un hecho incontestable que los últimos textos constitucionales han dotado al Derecho indígena de una zona de autonomía y desarrollo, como anteriormente no se había percibido. Este esfuerzo de ofrecer una circunscripción integral autónoma se ha visto condicionado en muchos de los casos, por la voluntad del constituyente, ofreciendo una gama de mayor a menor autonomía dependiendo de cada caso. Por lo general, se puede observar que existen bastantes reticencias por los Gobiernos para permitir el enjuiciamiento de delitos graves con acuerdo al Derecho indígena, relegando a éste, a aquellos tipos delictivos con menor impacto social. Ofrecer un plano de igualdad en el tratamiento de los delitos con mayor erosión en el grupo social, implicaría implícitamente reconocer al Derecho indígena como un verdadero sistema jurídico-normativo, en paridad al Estatal y ésta es una concesión que no todos los Estados están dispuestos a admitir o explorar. Como dice Soriano González, el Derecho indígena se percibe como un “*Derecho de andar por casa*”, que difícilmente puede equipararse al sistema estatal desde la posición de preeminencia que le otorga la fuerza vinculante legitimidad por el Poder estatal.

Lo cierto, es que los últimos textos constitucionales, en especial los que estamos tratando componedores del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, han superado esa acomplejada situación de superioridad, otorgando al Derecho indígena una posición de relevancia, a semejanza que la dispuesta para el Derecho estatal<sup>1157</sup>. De este modo, se concede al Derecho indígena un estatus jurídico plenamente aplicable a todos los conflictos que puedan surgir dentro del colectivo indígena. Un estatus que siempre ha tenido y que gozaba, incluso con anterioridad a la propia creación del vigente Derecho Estatal<sup>1158</sup>. Como bien dice Luzia Colazo, “*la jurisdicción indígena en América, siempre ha existido...*”<sup>1159</sup>, expresada por medio del Derecho Indígena y como una manifestación de su Derecho a la libre determinación.

8°.- Una última característica lo define como un Derecho “*valioso*”. Este, a pesar de ser uno de los caracteres con menor sustancia jurídica, coincidimos plenamente con la autora, en que el Derecho indígena es un bienpreciado y que merece la mayor de las protecciones que pueda brindar la sociedad que lo posee. Partiendo de la situación de abuso impuesta por la dominación colonial que relegó la cultura indígena a un papel testimonial, incluido su orden jurídico, para posteriormente enfrentarse a un largo camino de lucha donde reivindicar su autonomía e identidad, se puede realizar una valoración global de que es en la actualidad, y por causa de las Constituciones que venimos analizando, cuando ha alcanzado un estatus de condiciones mínimas de emancipación, reconocidas y amparadas por el propio Estado.

Hoy día la cultura indígena, y siendo su sistema jurídico una expresión importante de la misma, se la concibe como un bien patrimonial cultural, que merece el esfuerzo protector de todos los poderes estatales. No es solo una cuestión de libre determinación de una colectividad con una identidad diferente a la mayoritaria, sino que el

---

<sup>1157</sup> Soriano González, M.L. Óp. cit. Nota 25. Pág. 202. “*De esta manera se superaría el sentido folklórico del derecho indígena y su relegación a meras costumbres. Como dice Magdalena Gómez “el reconocimiento constitucional otorgaría validez jurídica a las decisiones comunitarias y estatus de derecho público. Quedaría así claro que la justicia indígena no es una justicia entre particulares.”*”

<sup>1158</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos. “Constitucionalidad y Derechos de los Pueblos Indígenas”. Informe de la Relatoría. Taller “Constitucionalismo y Derechos de los Pueblos Indígenas”. Guatemala. 7/8-Marzo de 1994. Nota 254. Pág. 146. “*El Estado reconoce algo que es preestatal; es decir, que existía antes que apareciera la legislación nacional.*”

<sup>1159</sup> Colazo, T. L. Óp. cit. Nota 1127. Pág. 242.

conocimiento indígena es parte de la esencia definitoria del propio Estado y así ha sido percibido por los propios textos constitucionales. Ante tal panorama, la valía del Derecho indígena queda consagrado al propio ser estatal, definido como plurinacional y encontrando su correlato en la concepción pluralista jurídica<sup>1160</sup>.

A pesar de lo expuesto, hoy se ha de realizar un balance global negativo en cuanto el reconocimiento de su autonomía. Las trabas que se han venido acumulando a lo largo de una etapa dilatada en el tiempo han sido variadas<sup>1161</sup>. A juicio de Soriano González se pueden concretar los siguientes obstáculos en la consolidación en el Estado de un sistema jurídico, efectivamente plural.

1º.- A pesar de que haya una consagración formal de derechos en la Constitución para la población indígena, la realidad es que no hay un desarrollo que permita su efectividad.

2º.- Existe un evidente conflicto en la conformación de la legitimidad procesal entre el modelo estatal y el indígena. Mientras que el modelo del Estado se basa en un perfil individualista a la hora de reconocer la capacidad procesal, el Derecho indígena tiene un fuerte componente colectivo y en razón al cual, reconoce esa colectividad con entidad para ejercer Derechos y exigir obligaciones.

---

<sup>1160</sup> Soriano González, M.L. Óp. cit. Nota 739. Pág. 204. *“Sirva de muestra López Fuentes, que después de hacer un estudio de casos jurídicos indígenas llega a compendiar las notas de derecho indígena de esta manera: - El derecho indígena es integral porque engloba a toda la comunidad. - Está basado en la tradición cultural de la comunidad. - No es sólo oral, pues las sentencias quedan registradas en actas. - Es dinámico y versátil, adaptándose a la situación del momento, a la propia dinamicidad natural de la práctica comunitaria. - Promueve la reinserción del individuo antes que el rechazo o castigo; las sentencias son negociadas buscando siempre la mejor manera para la reinserción en la comunidad. - Promueve la armonía comunitaria, ya que la autoridad debe obedecer a lo que la comunidad establezca en la asamblea.”*

<sup>1161</sup> *Ibíd.* Pág. 187. *“La conquista del derecho propio indígena está lastrada por la oposición estatal a su eficacia por medio de tres procedimientos: la remisión a un desarrollo normativo que no llega, el obstruccionismo de los poderes públicos y las limitaciones por la necesaria compatibilidad del derecho indígena con el derecho estatal. A destacar la eficacia de las dos últimas técnicas apuntadas: la obstrucción de los poderes del Estado y la necesaria sujeción de las decisiones de esta jurisdicción indígena a las limitaciones impuestas en las constituciones y las leyes, que presentan un doble agravante: a) suelen ser limitaciones genéricas y no concretas, lo que expande el alcance de la estrategia de oposición, y b) la interpretación de la colisión del derecho indígena con el derecho estatal corre a cargo de los jueces del Estado.”*

3°.- La lentitud de la justicia estatal se presenta como un genuino lastre a los ojos de la población indígena, acostumbrada a un modelo de resolución de conflictos, no solo más personalizado, sino también mucho más ágil y diligente. La inmediatez que demanda el modelo indígena, no se limita al directo conocimiento de los hechos por parte de la instancia revolvedora, sino a la necesidad de ofrecer respuestas inminentes que eviten la perjudicial dilatación en el tiempo en la resolución de un conflicto.

4°.- Inherente a la falta de un adecuado desarrollo normativo es la inseguridad jurídica que crea. Sobre todo en la parte más “*débil*” que no goza del acceso y el conocimiento suficiente como para encontrar en una legislación parca e interesada<sup>1162</sup>.

Los motivos expuestos básicamente pueden resumirse en dos, por un lado, una persistente labor obstruccionista por el Estado en el reconocimiento de las decisiones jurisdiccionales indígenas y por otro, el recelo estatal a los pronunciamientos que escapan a su esfera de dominio.

Un segundo elemento de análisis, aunque con indudable conexiones con el anterior, conduce al examen de la evolución y situación actual en torno a la jurisdicción indígena. Inicialmente nos lleva al plano internacional, en el que se puede constatar que actualmente hay avances importantes en el reconocimiento de la jurisdicción indígena como un sistema independiente y autónomo para resolver sus propios conflictos. Luzia Colazo hace un breve repaso en este sentido señalando dos hitos normativos de la esfera internacional que vienen a sustentar la anterior afirmación y que han tenido una indudable influencia en los textos constitucionales latinoamericanos<sup>1163</sup>.

---

<sup>1162</sup> *Ibíd.* Pág. 189. “Esta serie de obstáculos explica que los expertos aconsejen la doble vía de la jurisdicción estatal y la jurisdicción indígena. Una vía intermedia que se está llevando a cabo es que los pueblos indígenas presentan sus reclamaciones como quejas de Derechos Humanos al procurador de derecho humanos o al defensor del pueblo para que éstos puedan hacerlas objeto de sus peticiones ante las autoridades estatales.”

<sup>1163</sup> Colazo, L. *Óp. cit.* Nota 1127. Pág. 249. “Los tratados y convenciones internacionales han influido la legislación interna de los estados latinoamericanos. El primer país en reconocer el pluralismo jurídico y otorgar facultades jurisdiccionales a los pueblos indígenas fue Colombia (1991), después Perú, (1993),

- La evolución del reconocimiento de la independencia del sistema jurídico indígena se ha de iniciar con el Convenio 169 de la OIT. No solo supuso un progreso evolutivo en cuanto a la propia identidad sino que conllevó un avance en la consolidación del principio de que sean los “*Pueblos Indígenas*”, los que resuelvan sus propios conflictos. En éste aspecto, el Convenio 169 lo principia como una mera recomendación y siempre que se mantenga el insoslayable límite de los derechos consagrados desde el orden jurídico estatal<sup>1164</sup>. En la misma línea se mantienen Clara Galvis y Ramírez Ángela, que defienden la obligación de que por parte del legislador estatal se respete el Derecho de los “*Pueblos Indígenas*” en lo que supone a su propio “*sistema de justicia*”, si bien, no puede obviarse el marco insalvable que implican los Derechos fundamentales<sup>1165</sup>. Ahondando en la idea de armonizar un sistema que conjugue tanto el Derecho a su propio sistema de justicia dentro de un marco general de respeto a los Derechos Fundamentales ambas autoras recogen un pronunciamiento de la Corte Constitucional de Colombia<sup>1166</sup> que sintetiza la idea de forma apropiada: “*“los límites mínimos que en materia de Derechos Humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales responden, a juicio de la Corte, a un consenso intercultural sobre lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre”*”. Al margen de que puedan hacerse ciertas concesiones<sup>1167</sup>, existen

---

*enseguida Bolivia (1994, 2003 y 2009), Ecuador (1998) y Venezuela (1999). Más adelante las constituciones de Paraguay (1992) y de México (1992), que también reconocieron con ciertas variantes los derechos de referencia y el pluralismo jurídico.*<sup>26</sup> Pero, Ecuador y Bolivia realizaron reformas integrales relacionadas con la diversidad étnica y el pluralismo jurídico.”.

<sup>1164</sup> Aquí Colazo hace hincapié de la polémica que suscita ese doble criterio, en cuanto que por un lado el Convenio 169 de la OIT propugna ciertas esperanzas para la aceptación de la pluralidad jurídica mientras que por otro, mantiene la preeminencia del sistema jurídico estatal.

<sup>1165</sup> Clara Galvis, M. y Ramírez, A. “Manual para defender los Derechos de los Pueblos Indígenas”. DueProcess of Law Foundation. Diciembre 2.011. Pág. 18. “*Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales, incluyendo sus propios sistemas de justicia. Tales sistemas deben ser reconocidos por el Estado, siempre que se encuentren en concordancia con las normas internacionales de Derechos Humanos. El derecho a la vida, la prohibición absoluta de la tortura y el debido proceso son derechos que no pueden ser desconocidos por los sistemas de justicia propios de los pueblos indígenas (Convenio 169, arts. 8.2 y 9.1).*”.

<sup>1166</sup> Sentencias T-349 de 1996 y T-532 de 1997.

<sup>1167</sup> Clara Galvis, M. y Ramírez, A. Óp. cit. Nota 1165. Pág. 19. “*Teniendo en cuenta el criterio anteriormente expuesto, la Corte ha aceptado ciertos castigos físicos como parte de la tradición jurídica de algunas comunidades indígenas en Colombia. En relación con el fuste aplicado por la comunidad*

Derechos básicos en la convivencia, como son el de la vida, la integridad física, la igualdad, prohibición de esclavitud y la tortura o el Derecho al debido proceso (legal), entre otros, que son pilares esenciales infranqueables para la buena salud de las relaciones sociales y para mantener una adecuada paz social.

- Un segundo punto de inflexión viene marcado por La Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales de la ONU, en la que se citan a las instituciones jurídicas de los pueblos indígenas, pero como una manifestación del Derecho de la Libre Determinación de los Pueblos<sup>1168</sup>.

En un contexto más jurisdiccional, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se han pronunciado en sintonía con la tendencia que se viene exponiendo de respeto al ejercicio de un sistema jurídico propio. Incluso sus pronunciamientos han sido garantes de que por parte de los “*Pueblos Indígenas*” se produzca una adaptación a los valores consagrados constitucionalmente desde un plano de respeto y concierto multicultural<sup>1169</sup>.

---

*Páez, la Corte concluyó que “[aunque indudablemente [la medida] produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía. En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo.”.*

<sup>1168</sup> Colazo, L. Óp. Cit. Nota 1127. Pág. 249. “Los artículos 3 y 4 de la Declaración se refieren al derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, que delegan su derecho a determinar libremente su condición política y decidir por su desarrollo económico, social y cultural, en un marco de autonomía y autogobierno, en cuestiones relacionadas con los asuntos internos y locales, así como la de lograr medios económicos para disponer y financiar sus funciones autónomas. Sin embargo, estos derechos se ejercerán de conformidad con el derecho internacional. El artículo 5 hace una conexión con los derechos relativos a mantener y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales. Más adelante la Declaración, en su artículo 33, asigna el derecho a determinar su propia identidad, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos. Por su parte, el “artículo 34, permite a los pueblos indígenas “promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus [...] procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de Derechos Humanos”. Y el artículo 13 se refiere a la obligación de los Estados para garantizar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en su propia lengua, en toda acción política, jurídica y administrativa, proporcionando, si es necesario, intérpretes u otros medios similares. “.

<sup>1169</sup> Clara Galvis, M. y Ramírez, A. Óp. cit. Nota 1165. Pág. 22.”En el caso del pueblo Saramaka v. Surinam, la Corte Interamericana consideró que no son adecuados ni eficaces para reparar presuntas violaciones del derecho de propiedad comunal, aquellos recursos judiciales que sólo están disponibles para las personas individuales que reclaman la violación de su derecho a la propiedad privada. La Corte

Como conclusión, a pesar de los innegables avances en el reconocimiento de derechos a los “*Pueblos Indígenas*”, el balance global, si comparamos con otras materias, es que el repertorio competencial que constitucionalmente se ha venido a reconocer a las comunidades indígenas en materia jurisdiccional es el que “*peor parte*” se ha llevado, entendido como que se encuentra en una fase primigenia en lo que a su reconocimiento y respeto corresponde, que contrasta, con el progreso que se ha podido constatar en otras materias<sup>1170</sup>. La inevitable consecuencia es evidente, y es que a pesar de la evolución experimentada, aún hoy la realidad muestra una manifiesta ineficacia y con ello la frustración de la población indígena que no comprende el contrasentido de que exista un sistema constitucional que defiende un pretendido reconocimiento a su identidad y paralelamente se le esté vetando el respeto a sus sistemas de resolución de conflictos.

### 5.3.3 Del Monismo al Pluralismo Jurídico.

La propia expresión, “*Pluralismo jurídico*” deja intuir la materialidad que está acotando en la misma definición, al asociarla a la idea de que estamos ante una realidad en la que coexisten más de un sistema jurídico. Correas Vázquez mantiene que es una situación perfectamente compatible con una Teoría General Derecho<sup>1171</sup>, si bien, vamos a encontrar una fuerte resistencia por parte de los defensores de la noción de la “*soberanía*” ante la posibilidad de que en un mismo territorio puedan armonizarse más de un sistema jurídico. Haciendo un ligero apunte de presentación, el concepto de

---

*encontró que el pueblo Saramaka no tuvo la oportunidad de utilizar el recurso disponible al interior del Estado como entidad colectiva con el objeto de garantizar de forma efectiva el derecho a la propiedad comunal de sus integrantes. En consecuencia, la Corte le solicitó al Estado “otorgar a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran, con el propósito de garantizarles (...) el acceso a la justicia como comunidad, de conformidad con su derecho consuetudinario y tradiciones”.*

<sup>1170</sup> Soriano González, M.L. Óp. cit. Nota 739. Pág. 187. “*La jurisdicción indígena es el último peldaño en el proceso, que va del reconocimiento constitucional a la aplicación de las normas indígenas protectoras de los derechos indígenas. Y en este proceso en etapas sucesivas es claro que a la jurisdicción indígena le cabe la peor parte, porque recoge las omisiones y fisuras de las etapas anteriores. Si no hay una política de previas implementaciones en el proceso, esta jurisdicción se convierte en plenamente ineficaz.*”.

<sup>1171</sup> Correas Vázquez, Óscar “La Teoría General del Derecho frente a la Antropología Política”. Revista Pueblos y Fronteras Digital, vol. 6, núm. 11, junio-noviembre, 2011, pp. 89-115 Universidad Nacional Autónoma de México. Pág. 25.

“soberanía” conlleva, ineludiblemente a un vínculo de sometimiento entre un “señor” y un “vasallo” por utilizar la terminología de origen en el que se gestó este nexo. En su génesis, la noción de “soberanía” fue un modo de establecer un vínculo excluyente entre el Rey y sus soberanos, de forma que se creará una alianza por la que quedaban sometidos a la voluntad del órgano superior, a cambio de la protección que éste asumió frente sus súbditos. En definitiva, no encierra nada más que una idea monopolística del poder de forma que evita duplicidades en el control, garantizándose, de éste modo, un acatamiento pleno a la figura superior.

Partiendo de ésta premisa, y como el propio Correas Vázquez mantiene, “*el estado moderno es el heredero del rey y se ha constituido alrededor de la idea de soberanía: no hay ningún poder por encima de él*”. La consecuencia directa que puede extraerse de esta afirmación, es que actualmente el poder que genera la soberanía es un “*poder normativo*”, es decir, la prerrogativa exclusiva de emitir normas arropadas por el principio de legalidad como directriz básica de acatamiento. Bajo ésta concepción, es difícil que crezca la idea de que pueda existir un orden jurídico más allá del propio estatal, salvo que sea una concesión legitimada por éste, y por ello, parte del mismo<sup>1172</sup>. Más si tenemos en cuenta que tampoco viene a haber coincidencia con el de soberanía territorial del Estado<sup>1173</sup>. Pero la realidad es que no es inviable la conjunción del sistema estatal, con el orden normativo indígena, ya que éste dispone de los caracteres de un sistema normativo pleno. Cuenta con normas, órganos y el uso legítimo de la coercibilidad para su cumplimiento.

---

<sup>1172</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Óp. cit. Nota 1. Pág. 146. “*En muchas legislaciones nacionales al reconocimiento de la normatividad indígena pareciera producirse un reconocimiento por delegación de poder, en el sentido de que es el Estado el que acepta el reconocimiento de las instituciones indígenas y de sus derechos. Esto debería cambiar por el reconocerse de lo que existe por derecho propio*”.

<sup>1173</sup> Ballón Aguirre, F. Óp. cit. Nota 858. Pág. 127. “*En efecto, los territorios indígenas suponen un concepto totalmente distinto al de soberanía territorial del Estado. Pero lo que más difícil de entender para los estatistas es que el “territorio” del Estado no coincide con la idea de fronteras externas del país, “mapa de los espacios” del territorio peruano o con una “propiedad extensa “ de la Nación o con la “geografía de las tres regiones naturales” del Perú. en sentido preciso y clásico, territorio estatal es el “ámbito espacial de validez del orden jurídico” que “e n modo alguno es geográfico... .... Así pues, el concepto jurídico de territorio estatal no calza, ni se opone o contradice al concepto indígena de territorio”.*”.



Si cumple con las exigencias de un sistema normativo el orden indígena, ¿por qué no aceptarlo como tal?<sup>1174</sup>. Correas Vázquez, lo atribuye a simples cuestiones políticas, más que a razones científicas y a nuestro juicio no va mal encaminado. No existe un reproche de entidad suficiente que pueda sustentar la negativa para que se produzca la simultaneidad del orden jurídico estatal con el indígena. Es cierto que estamos ante formas de presentación distintas, uno, el estatal, básicamente escrito, mientras que el consuetudinario es un Derecho transmitido principalmente de forma oral, pero ello no obsta para que pueda articularse como un verdadero sistema normativo, tal y como ha ocurrido con el sistema anglosajón, que basa su perfil en un importante apartado consuetudinario<sup>1175</sup>.

Correas Vázquez ofrece dos perspectivas a la hora de analizar la convivencia de ambos sistemas en un mismo territorio. Por un lado está la vía jurídica y por otra la sociológica. Desde un plano sociológico, no se presentan inconvenientes de entidad. El gran esfuerzo intercultural de los últimos tiempos llevado a cabo por las sociedades de los países en los que hay una fuerte comunidad indígena ha permitido un clima de convivencia, en el que se constata un respeto mutuo, que facilita la convivencia y que se tiene por asumido la naturalidad del respeto a lo diferente. Nada idílico pero sí factible.

Desde el plano jurídico la respuesta se presenta aún más flexible en cuanto que la coexistencia de dos sistemas normativos con sus propios instrumentos de resolución de conflictos concurriendo en un mismo espacio y tiempo, es admisible por la Teoría General del Derecho, siempre y cuando existe un nexo común de base que armonizan su acomodación por medio de un sistema de aplicación en modalidad “*alternativa*”, atendiendo a las circunstancias y destinatarios<sup>1176</sup>.

---

<sup>1174</sup> *Ibidem*. “Zaffaroni ha comprobado que más del 90% de los presos de Latinoamérica cometieron delitos contra la propiedad privada, valor que no existe del todo en las comunidades indígenas. Este es un ejemplo de falta de mínima racionalidad de la ley. Por eso él, propone que se desaplique el derecho penal a los indígenas”.

<sup>1175</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Óp. cit. Nota 1. Pág. 146. “El Derecho, aunque sea constitucional, puede no tener eficacia y no aplicarse, y el consuetudinario puede responder a necesidades de la comunidad y tener plena vigencia. Lo esencial del derecho es su obligatoriedad, pues lo que hace respetable un sistema jurídico es la *opinio juris*, lo que supone que no se puede imponer contra las costumbres de la mayoría”.

<sup>1176</sup> Correa Vázquez, O. Óp. cit. Nota 1171. Pág. 26. “Definiremos el fenómeno del pluralismo jurídico como la coexistencia de dos o más sistemas normativos que pretenden validez en el mismo territorio”. El

En línea con lo expuesto y defendido igualmente por Soriano González, Correas Vázquez considera al Derecho indígena un “*Derecho alternativo*”, ya que constata la existencia de diferentes normas que “*modelizan deónticamente*” las mismas conductas. En definitiva, se trata de la distinta respuesta de la consecuencia jurídica a conductas que son encuadrables dentro de una misma catalogación o tipificación de la norma, dependiendo del sistema normativo de aplicación.

Con esta procedimentalidad, el Derecho indígena se convierte, en la mayoría de los casos en un “*Derecho alternativo*” al estatal, ya que para una misma conducta prevé una “*alternativa*” consecuencia jurídica. En este apartado consideramos importante la reflexión del Autor, ya que partiendo de la alternancia del Derecho indígena, no lo considera un “*Derecho subversivo*”. Está claro que el hecho de que la oferta de una aplicación alternativa a conductas similares amparadas por la aplicación de sistemas normativos diferentes, no debe conllevar a la erosión de uno frente al otro. La diferencia legitimadora viene marcada por las dispares circunstancias que habilitan el dispar tratamiento. No hay desigualdad en la aplicación, sino que hay desigualdad en los presupuestos habilitantes y ello permite la aplicación alternativa de otro sistema normativo sin que ello suponga una negación de sistema normativo “*primario*”<sup>1177</sup>, si se nos permite el calificativo. Esto es importante de cara a la armonización de la coexistencia de ambos sistemas si se pretende que la misma pueda tener perdurabilidad<sup>1178</sup>.

Para finalizar este breve comentario a la propuesta de Correas Vázquez, reproducir el desiderátum, que lanza ante la que considera, inviable propuesta positivista<sup>1179</sup> de que el

---

Autor utiliza el verbo “*pretenden*”, porque a su juicio, ha de dejarse a la sociología o antropología, la valoración de la eficacia que alcanza cada sistema.

<sup>1177</sup> Encuentro más apropiado el uso de “*primario*” y “*secundario*”, sin connotaciones jerárquicas, en favor del uso de “*derecho dominante*” que utiliza Correas Vázquez.

<sup>1178</sup> Correa Vázquez, O. Óp. cit. Nota 1171. Pág. 37. “*Si sucediera lo contrario, si la plena eficacia del sistema alternativo implicaría la desaparición o ineficiencia del sistema dominante, estaríamos en el caso de un sistema jurídico subversivo como lo fueron los producidos por las insurgentes de la independencia, por los revolucionarios mexicanos de la segunda década de este siglo, o por el ejército rebelde comandado por Fidel Castro a fines de los cincuenta en Cuba*”.

<sup>1179</sup> Ballón Aguirre, F. Óp. cit. Nota 858. Pág. 134. “*Algunos recalcitrantes positivistas dudarán que toda colectividad humana tenga un conjunto de normas que se aplican entre sus miembros (¿normas*

Estado de Derecho solo permite un sistema normativo, y en caso contrario se estaría atentando contra la unidad y soberanía del Estado. Responde a ello, “... *podemos avanzar en estas ideas y romper con el mito de la unidad del Estado y con el obsoleto concepto de soberanía.*”.

Otra propuesta relativa al modelo de pluralismo jurídico que podemos encontrar en algunos países de Latinoamérica nos la ofrece Raquel Irigoyen. La Autora considera que su reconocimiento se debió básicamente a la convergencia de cuatro factores:

- La exigencia indígena de que se le reconociera su propio orden jurídico.
- El desarrollo internacional de apoyo y reconocimiento de las demandas indígenas.
- La irrupción del multiculturalismo.
- La renovación de las estructuras estatales y en especial, en el ámbito de la justicia.

Por desarrollar brevemente cada uno de los puntos citados, iniciamos el recorrido con el primero, en referencia a la existencia de una demanda indígena constatada de reconocimiento, tanto de los derechos inherentes a su identidad diferenciada como, en particular, lo que afecta a todo su sistema de resolución de conflictos. Durante el siglo XX se vivió una evolución en las reclamaciones indígenas que pasaron, en origen, de ser una limitada actitud reivindicativa centrada en las tierras, para posteriormente a territorios, alcanzando la exigencia integral de respeto a su identidad y a los Derechos que globalmente han de ir asociados a la misma (salud, educación, cultura, patrimonio,, representación y participación, etc.). Estas reivindicaciones han ido avanzando<sup>1180</sup>

---

*primarias?). Normas que pueden estar vinculadas a tradiciones religiosas, genealógicas, económicas... pero que no son consideradas plenamente jurídicas. ¿Por qué todo pueblo habría de tener normas jurídica si sus estructuras internas no las necesitan. En las nuevas circunstancias un sistema normativo puede ser creado, cambiado, adaptado o suprimido.”.*

<sup>1180</sup> Como bien defiende Ballón Aguirre “*Un pueblo sin un sistema jurídico complejo puede lograr el mismo resultando empleado otros elementos. Este es el asunto fundamental. Si fuera necesario o si el pueblo indígena así lo considera, se halla facultado para organizarlo y, el Estado, obligado a apoyar su implementación.*”. Óp. cit. Nota 13. Pág. 135.

paralelamente al resto de demandas hasta certificar la configuración de una concepción pluralista jurídica<sup>1181</sup>.

Un segundo elemento, coincidiendo con contenidos anteriores<sup>1182</sup>, destaca la constatada influencia que los progresos que se han producido en la esfera internacional han tenido innegables repercusiones en las normativas internas en favor del establecimiento de un sistema plural jurídico. Yrigoyen vuelve a destacar los avances del Convenio 169 de la OIT, sobre todo en cuanto al respeto del Derecho consuetudinario indígena y su delimitación dentro del marco legal que determinan el respeto a los Derechos Fundamentales constitucionalmente amparados<sup>1183</sup>. Hay que resaltar que en esta propuesta, se incide sobre todo en éste segundo aspecto<sup>1184</sup>.

En el tercer apartado tenemos el asentimiento y fortalecimiento de la corriente del multiculturalismo que impulsa un paradigma de convivencia y en especial, por su capacidad innovadora en cuanto las relaciones desde un sentido más allá que las estrictamente sociales. Apoyado en la diversidad cultural e impulsada por políticas públicas inclusivas que favorezcan los nexos de interrelación entre identidades, se ha forjado en el campo jurídico una expresión de su esencia interactiva. Consideramos especialmente útil la referencia al trabajo realizado tanto por Taylor como Kymlicka dotando de argumentación jurídica a las teorías de la diversidad desarrollada por los grupos culturales, de las que ya nos hemos ocupado en apartados anteriores y que limitaremos la referencia a hacer constar su vital aportación en la construcción de la

---

<sup>1181</sup> Yrigoyen Fajardo, R. Z. Óp. Cit. Nota 1052 Pág. 144. *“De allí que una importante demanda indígena y campesina fuera el reconocimiento de sus sistemas normativos, de autoridad y de justicia, tanto para frenar la criminalización de las autoridades indígenas y campesinas que administraban justicia como para afirmar derechos territoriales”*.

<sup>1182</sup> Concretamente con la propuesta de Luzia Colazo, en la que igualmente se mantiene la trascendencia que los avances en esta materia han operado en el plano internacional.

<sup>1183</sup> Yrigoyen Fajardo, R.Z. Óp. cit. Nota 1052. Pág. 147. *“La Constitución peruana es la única que guarda consistencia con el Convenio al establecer que la jurisdicción especial no debe vulnerar los derechos de la persona (artículo 149), mientras que las demás Constituciones andinas son más restrictivas: limitan el reconocimiento de la jurisdicción o justicia indígena a no contradecir “la Constitución y las leyes”. Y Venezuela va más allá al incluir el orden público”*.

<sup>1184</sup> *Ibíd.* Pág. 144. *“El Convenio 169 sólo limita el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena a la no vulneración de los Derechos Humanos y fundamentales, superando la restricción establecida por el Convenio 107 de 1957”*.

multiculturalidad e interculturalidad como una corriente que cimienta las bases de un mundo mejor<sup>1185</sup>.

Por último, las reformas operadas tanto en la configuración del propio Estado, tendiendo a posiciones de mayor respeto a la diversidad identitaria que concurren en los distintos territorios bajo concepciones de pluralidad, de las que la justicia no ha escapado a esa fuerza irradiadora. Yrigoyen Fajardo lo define de forma muy expresiva en cuanto la pujanza de esta renovación, al suponer “*una nueva mirada sobre el Poder Judicial y su capacidad para administrar justicia*”. En última instancia, se reduce al reconocimiento de un sistema “*alternativo*” de justicia, concretados en nuevos mecanismos de arbitraje, tanto en la esfera internacional como la local, marcados por criterios de mayor flexibilidad, baratos y cercanos.

Una importante vía de canalización de este impulso renovador se articuló por medio de los procesos constituyentes más modernos que lograron “*superar el fantasma del monismo*”, para así incorporar fórmulas de pluralismo jurídico de diferente intensidad. Lógicamente no obvia los límites como la integridad territorial del Estado como los valores consagrados por Derechos Humanos y Derechos Fundamentales<sup>1186</sup>.

En cuanto al modelo de pluralismo jurídico consagrado constitucionalmente está definido por el respeto a las instituciones indígenas propias con funciones jurisdiccionales así como a su capacidad para la resolución de conflictos de acuerdo con sus propias normas. Para ello, los textos constitucionales les reconocen una serie de potestades<sup>1187</sup> legitimadoras de la facultad de ser juzgados por sus propios órganos y en base al sistema ordenamiento jurídico indígena<sup>1188</sup>.

---

<sup>1185</sup> Ibídem. Pág. 145. “*Pensadores canadienses como Taylor (1993) o Kymlicka (1995,2001) desarrollaron teorías que permiten plantear políticas de reconocimiento de la diversidad y los derechos de diversos grupos culturales en el marco de una “ciudadanía multicultural”; teorías que, por otra parte, se exportaron a distintos países. El multiculturalismo favoreció el reconocimiento de derechos de grupo para los colectivos indígenas, incluyendo el derecho a su propio derecho y justicia, en tanto los indígenas eran concebidos como “grupos culturalmente diversos”.*”

<sup>1186</sup> Ibídem. Pág. 145. “*En este ciclo, todos los países andinos (excepto Chile) incluyeron alguna fórmula de reconocimiento del pluralismo jurídico interno en sus textos constitucionales: Colombia en 1991, Perú en 1993, Bolivia en 1994, Ecuador en 1998 y Venezuela en 1999*”.

<sup>1187</sup> Ballón Aguirre, F. Óp. cit. Nota 858. Pág. 134. “*La potestad indígena de autonomía interna no supone la clonación de la estructura estatal sino, el mantenimiento de las condiciones que tipifican a un pueblo*”

La renovación supone la transmutación del sistema decimonónico liberal, a una configuración más acorde con la corriente multicultural de finales de siglo XX a la actualidad, identificada con el denominado “*pluralismo jurídico*”. La autora termina haciendo una prudente y conveniente advertencia. Las reformas que se han producido hasta el momento no son suficientes como para dar por válido plenamente el modelo pluralista jurídico actual. En primer lugar no aparece con la mismo nivel en todas las Constituciones y en segundo lugar ese modelo plural no se ha extrapolado a otras secciones, más allá de la estrictamente definidora del poder judicial<sup>1189</sup>. De ello se puede extraer una primera y rápida consecuencia de que se ha de continuar en el asentamiento y profundización en ésta línea de ir reflejando las expresiones del valor multicultural a todos las materias esenciales para la convivencia social<sup>1190</sup>.

#### **5.3.4 Pluralismo Jurídico en el NCL.**

Ya en contenidos anteriores se realizó un examen sistemático de aquellos puntos relevantes de las Constituciones que integran el denominado Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano en cuanto el tratamiento de la diversidad que converge en sus respectivos territorios. En aquel momento se relegó a contenidos posteriores la ordenación del pluralismo jurídico que cada Constitución presenta, por lo que realizaremos dicha labor a continuación.

---

*como una sociedad particular. Si para mantener esa condición particular de existencia requiere un sistema sofisticado de adjudicación de derechos, de creación de normas y de imposición de sanciones, en buena hora será su derecho el tenerlo. Del mismo modo, el pueblo que considera en aplicación de ese derecho que es mejor optar por un modo de resolución e imposición normativa regida por principios y pautas culturales distantes al modo tradicional de entender su resolución, estará también en su voluntad así decidirlo. En estas eventualidades, el límite establecido siempre lo es el cuerpo de los Derechos Humanos reconocidos globalmente”.*

<sup>1188</sup> Con el reconocimiento de éstas facultades, según Yrigoyen Fajardo “*las Constituciones quiebran la identidad Estado-Derecho impuesta desde el siglo XX*”.

<sup>1189</sup> Como puede ser la de la función jurisdiccional, competencia territorial o la competencia material.

<sup>1190</sup> Yrigoyen Fajardo destaca como meritorio en papel que ha jugado el texto constitucional de Colombia como el primero que distinguió entre la jurisdicción estatal y la indígena (denominada por la propia Constitución como “*especial*”). Resalta el camino que inició y que fue seguido por otras Constituciones como la de Perú, primero y la de Bolivia después.

No puede soslayarse que, como defiende Yrigoyen Fajardo, el muro de carga de la construcción se sustenta en el Derecho de libre determinación de los Pueblos<sup>1191</sup>. Afirmación con la que coincidimos plenamente, ya que la estructuración del modelo plural jurídico no se limita a ser una manifestación de la diversidad cultural sino que va más allá, para convertirse en eje vertebrador de la propia configuración de la identidad diferenciada con respecto al tratamiento de tal pluralidad por el ordenamiento jurídico estatal. La justicia indígena tiene un papel destacado en cada uno de los textos constitucionales, por lo que realizaremos un pequeño recorrido explicativo de la estructuración que cada Constitución plasma en esta materia.

La Constitución de Ecuador tiene un apartado específico titulado “*Función social y Justicia indígena*”, en el Título IV sobre Participación y Organización del Poder, Capítulo IV, dedicando la Sección segunda a la Justicia indígena propiamente.

En su artículo 171<sup>1192</sup> se condensa la contingencia de aplicación de la Justicia indígena desarrollando el Derecho a aplicar su propio sistema de resolución de conflictos. La concentración de prescripciones en el artículo recomienda su disección para tomar conocimiento de lo que, a nuestro juicio, es el modelo de pluralidad jurídica más avanzado, junto al boliviano, que existe actualmente:

- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales.

---

<sup>1191</sup> Yrigoyen Fajardo, R.Z. Óp. cit. Nota 1052. Pág. 150. “*El Pluralismo jurídico en las Constituciones de Bolivia y Ecuador (y personalmente extendiendo a la venezolana), ya no radica solamente en la diversidad cultural, que también es recuperada a través del principio de interculturalidad, sino sobre todo en el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas u originarios a la autodeterminación (Ecuador) (añado Venezuela) o libre determinación de los pueblos (Bolivia)*”.

<sup>1192</sup> Constitución de Ecuador. Artículo 171. “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los Derechos Humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.”.

- Lo harán con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial.
- Deberán tener en cuenta la participación y decisión de las mujeres.
- Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos.
- Las normas y procedimientos no serán contrarios a la Constitución y a los Derechos Humanos reconocidos en instrumentos internacionales.
- El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas.
- Las decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad.
- La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

La elocuencia y claridad de las prescripciones vienen a definir un sistema de justicia plural, en el sentido de que a la colectividad indígena se le garantiza constitucionalmente su derecho a la aplicación de su propio sistema de resolución de conflictos, de acuerdo con sus procedimientos y normas. Lógicamente con las fronteras infranqueables que se erigen tanto los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales que la propia Constitución garantiza<sup>1193</sup>.

Sumado a ello merecen ser destacados tres puntos.

- a) Uno primero en cuanto la garantía expresa de participación y respeto de la mujer en todo el desarrollo de impartición del sistema jurídico indígena. Necesario y conveniente contrapeso a una posición que por lo general, siempre ha quedado relegada a un segundo plano y que resulta del todo acertado que el propio texto constitucional, de forma explícita, le otorgue una situación de igualdad, reveladora de la propia necesidad de garantizarlo.

---

<sup>1193</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Óp. cit. Nota 1. Pág. 147. *“Los temas de los Derechos Humanos no fueron establecidos, no son endógenos a la cultura indígena, pues su visión tiende más a los derechos colectivos, que es básicamente el reconocimiento de los derechos culturales. Si se reconoce que existe un estado pluricultural, esto no sólo debe reflejarse en la Constitución, sino en la estructura misma del Estado, en su naturaleza.”*



- b) En segundo lugar reseñar el mandato de la Constitución a los Poderes Públicos para que garanticen la efectividad de las resoluciones de la jurisdicción indígena. De esta forma se instituye un sistema de aplicación efectiva avalado por la propia Constitución como distintivo de una voluntad determinada por espíritu de marcada interculturalidad y no meramente formalista.
- c) Por último, nuevo encargo constitucional al ejecutivo estatal para que lleve a cabo cuantas normas de desarrollo sean necesarias para que todo el sistema pueda articularse con un mínimo de eficacia. De este modo se descarga al grueso de la responsabilidad en el Estado, a la hora de arbitrar mecanismos de cooperación y coordinación que permitan vías de comunicación entre ambos sistemas, a fin de que se pueda conformar un nexo que dote al conjunto de mayor solidez, validez y vigencia.

Cerrando el análisis del modelo ecuatoriano citar dos aspectos complementarios.

- El primero, la cláusula de salvaguarda de la justicia indígena que encontramos en el artículo 189 de la Constitución<sup>1194</sup>, que regula las atribuciones de los Jueces de Paz, pero que todas ellas, cederán cuando de materias relacionadas con el “*Pueblo Indígena*” se refieran.
- El segundo, la garantía del Principio “*Non bis in idem*” que la Constitución recoge en su artículo 76.7.i<sup>1195</sup>, y que deberá tener en cuenta lo juzgado por la justicia indígena, para que nadie pueda ser juzgado más de una vez por unos mismos hechos.

---

<sup>1194</sup> Constitución de Ecuador. Artículo 189. “Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravenciones, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley. En ningún caso podrá disponer la privación de la libertad ni prevalecerá sobre la justicia indígena.”.

<sup>1195</sup> Constitución de Ecuador. Artículo 76.7.i. “Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.”.

En el caso de la Constitución de Bolivia se puede catalogar suficientemente como un modelo pluralista. En nuestra opinión se encuentra a la par que la ecuatoriana, ya que establece el reconocimiento y el respeto hacia el orden jurídico indígena, de forma firme y convencida, al menos desde un plano constitucional.

El artículo 179 de la Constitución boliviana<sup>1196</sup> viene a establecer la igualdad jerárquica de ambos ordenamientos jurídicos (el estatal y el indígena), y así, de forma expresa lo enuncia la propia constitución. En la misma disposición se indica que la impartición de la justicia indígena queda en manos de sus propias autoridades. Una parca regulación que si bien es reflejo de una voluntad de articulación de un sistema de pluralidad jurídica, parece ceñirse a la mínima expresión de la misma. Entendiendo por tanto que deja al legislador estatal su desarrollo y lógicamente, su configuración.

Su artículo 190<sup>1197</sup> prescribe por un lado la facultad de la jurisdicción indígena de ejercer su facultad de acuerdo a sus normas y procedimientos. Paralelamente impone la obligación de respetar algunos Derechos básicos de forma explícita (Vida y Defensa adecuada) y en general, todos aquellos consagrados por el propio texto constitucional.

Por su parte, el artículo 191<sup>1198</sup> desarrolla el ejercicio de la jurisdicción indígena boliviana bajo dos criterios:

---

<sup>1196</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 179. "I. La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y juez agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley.

II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía.

<sup>1197</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 190. "I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.

<sup>1198</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 191. "I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.

II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial:

1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciante o querellante, denunciado o imputado, recurrentes o recurridos.

- Descarga la competencia en un vínculo personal de pertenencia al “*Pueblo Indígena*”.
- Define su ámbito material por medio de la Ley de Deslinde Jurisdiccional.

Podemos constatar que con el particular modelo boliviano de creación de la figura orgánica de las “*autonomía indígenas*”, titularizado todas las competencias que le son reconocidas constitucionalmente como expresión de respeto a la identidad diferenciada que suponen los “*Pueblos Indígenas*”, la impartición de la justicia es una de las que se adjudica, y así encontramos en el artículo 304, apartado 8<sup>1199</sup>, la asignación de que sean las normas y procedimientos indígenas los que se apliquen en los procesos judiciales en los que se vea inmerso este colectivo. Igualmente se salvaguarda su aplicación de acuerdo a los valores constitucionales y lo prescrito legalmente a tal efecto.

Hallamos en el texto constitucional Boliviano desarrollo en esta materia, empezando con la proclama voluntarista en el artículo 192.III<sup>1200</sup> en cuanto que el Estado “*promoverá y fortalecerá*” la justicia indígena. Tenemos los clásicos tiempos verbales de futuro cargado de intencionalidad y poca sujeción, sin que suponga compromisos cerrados, que sí encontramos en el modelo ecuatoriano en el que se determina el para qué y quién, quedan sujetos al mandato constitucional.

En el mismo artículo se establece la obligación de vinculación a las decisiones de la jurisdicción indígena, así como que impone la facultad de los órganos jurisdiccionales

---

2. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.

3. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.

<sup>1199</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 304.8. “8. Ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina para la aplicación de justicia y resolución de conflictos a través de normas y procedimientos propios de acuerdo a la Constitución y la ley.”

<sup>1200</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 192. “I. Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina.

II. Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado.

III. El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.”

de requerir la ayuda necesaria de las instituciones estatales en el desempeño de su labor. Prerrogativas, con menor riqueza expositiva que la ecuatoriana pero con la misma intencionalidad.

El artículo 199<sup>1201</sup> garantiza la participación indígena en la presentación de candidatos/as al Tribunal Constitucional Plurinacional.

En un menor nivel, en su artículo 209<sup>1202</sup>, prescribe el veto de participación indígena en la elección de candidatos a las más altas instancias judiciales y constitucionales del País. Contrasta con el espíritu constitucional de ofrecer un alto grado de participación, con el hecho de cercenar la participación en la elección de los candidatos indígenas al órgano judicial y Tribunal Constitucional del País. Se presenta como una traba, para alcanzar el modelo más avanzado de pluralismo jurídico que sí se estructuró con la Constitución de Ecuador.

Como decimos, quizás no con el detalle que encontramos en la regulación constitucional ecuatoriana, el modelo Boliviano cumple con los estándares razonables que una concepción pluralista jurídica. Si bien, con una técnica más dispersa a lo largo del texto constitucional, el modelo boliviano reúne los tres pilares básicos. Reconoce la jurisdicción indígena, le asigna la competencia para aquellos procesos en los que se vean afectados su población e instituye la salvaguarda al respeto de los valores constitucionalmente consagrados.

---

<sup>1201</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 199. "I. Para optar a la magistratura del Tribunal Constitucional Plurinacional se requerirá, además de los requisitos generales para el acceso al servicio público, haber cumplido treinta y cinco años y tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos. Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia. II. Las candidatas y los candidatos al Tribunal Constitucional Plurinacional podrán ser propuestas y propuestos por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos."

<sup>1202</sup> Constitución de Bolivia. Artículo 209. "Las candidatas y los candidatos a los cargos públicos electos, con excepción de los cargos elegibles del Órgano Judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional serán postuladas y postulados a través de las organizaciones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, las agrupaciones ciudadanas y los partidos políticos, en igualdad de condiciones y de acuerdo con la ley".

En la Constitución de Venezuela se localiza un único artículo en referencia a esta materia. El artículo 260<sup>1203</sup> establece el sistema de pluralidad jurídica regulado en Venezuela. En este caso, de forma más sintética y concentrada a las otras dos Constituciones, en un mismo artículo se reúnen las exigencias esenciales de conformar un modelo pluralista en lo jurídico:

- Otorga la exclusividad de la resolución de conflictos a las propias autoridades indígenas. Es cierto que lo hacen con cierta condicionalidad, pero en definitiva se está otorgando la exclusividad en cuanto ámbito subjetivo y material indígena.
- Establece la atribución de que las resoluciones se basen y apliquen su propio Derecho consuetudinario.
- Se fija el insoslayable marco de desarrollo dentro de los valores constitucionales y la legalidad vigente.
- Se mandata al legislador estatal para que desarrolle las anteriores prescripciones, con mención explícita al modo de coordinación con el sistema nacional.

En conclusión, y una vez ofrecido un rápido repaso del tratamiento de la pluralidad jurídica de las tres Constituciones se puede determinar, que si bien el modelo ecuatoriano es el que con mayor profusión, detalle y pertinencia ha sabido definir el modelo de pluralismo jurídico desde el plano constitucional, el boliviano se presenta prácticamente a la par, salvo una redacción más diseminada en su articulado y el venezolano, algo más parco pero en esencia cumplidor la sensibilidad común de ofrecer en su redacción la articulación de modelos en los que, con mayor o menor rotundidad, se construye un molde de pluralismo jurídico que respeta, la jurisdicción indígena, su Derecho consuetudinario, los procesos indígenas, así como conjugando ceder al

---

<sup>1203</sup> Constitución de Venezuela. Artículo 260. “. Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”.

legislador estatal el desarrollo de los nexos de coordinación y desarrollo más detallado del modelo<sup>1204</sup>.

Por último, traer como corolario dos importantes aportaciones que la reflexión de Yrigoyen Fajardo nos ofrece y que insuflan algo de realidad a la percepción, en cuanto la paradoja que ha supuesto la instauración de un sistema pluralista en lo jurídico, que se prevé algo avanzando e intercultural y que encontrara bastantes reticencias por parte de los estamentos políticos:

- a) En lo que a Bolivia se refiere, el primer borrador del texto constitucional ofrecía una concepción de pluralismo jurídico, avanzada, progresista y respetuosa con la identidad y derechos indígenas<sup>1205</sup>. A pesar del salto cualitativo que suponía tan avanzada regulación, chocó frontalmente con una pertinaz resistencia que sólo a través de importantes concesiones logró alcanzar su aprobación. Se redujo la autonomía indígena, a juicio de la Autora, de *“modo inconsistente”* con respecto al Derecho de libre determinación de los Pueblos. Además se introdujo una cláusula de limitación al ejercicio de la jurisdicción indígena a todos los niveles (competencias, personal y material). Reveladora, según Yrigoyen Fajardo, de una latente mentalidad colonial. Un peaje que debió pagarse para asegurar, al menos, un paso en la consecución del modelo plural jurídico.
- b) En Ecuador, encontramos otro tanto de lo mismo. De nuevo, se presenta un debate ofreciendo por un lado posturas más progresistas y con la voluntad de avanzar en el reconocimiento de los Derechos de los *“Pueblos Indígenas”* vehiculizando dicha expresión con la conformación de un modelo plural

---

<sup>1204</sup> Yrigoyen Fajardo, R.Z. Óp. cit. Nota 1052. Pág. 151. *“A diferencia de las Constituciones precedentes, que apenas tenían un artículo sobre el derecho y la justicia indígena, estas nuevas cartas constitucionales, sobre todo la de Bolivia (no trata en su artículo Yrigoyen la de Venezuela), tienen varios artículos específico si también menciones al derecho indígena que atraviesan todo el texto constitucional. En lo atinente a los poderes que se consideraban privativos del Estado --y hacían colisión con las potestades que reclamaban los pueblos indígenas--, las Constituciones, en particular la de Bolivia, han transversalizado el reconocimiento de potestad que hacían colisión con el organismo legislativo, ejecutivo y judicial”.*

<sup>1205</sup> *Ibidem*. Pág. 153. *“Asimismo, esa versión preveía el principio del pluralismo jurídico, la igualdad de jurisdicciones y la conformación paritaria del Tribunal Constitucional Plurinacional con representantes de la jurisdicción indígena y originaria”.*

jurídico. En frente, un modelo más conservador y centralista, temeroso de perder cuotas de poder y que solo ante la conquista de concesiones de corte tradicionalista<sup>1206</sup> en el modelo cede a su aprobación. Aun así, como se ha podido comprobar, se rompe la tendencia continuista durante años, para acometer la estructuración de un modelo plural en lo que al orden jurídico se refiere, entre otras manifestaciones del Derecho de libre determinación de los pueblos.

Para culminar con un sabor más esperanzador, la autora nos habla de los retos a los que se enfrentan estos modelos constitucionales conformadores de la pluralidad jurídica.

Resumidamente podemos destacar:

- La necesidad de construir herramientas que faciliten la interpretación y el desarrollo doctrinal desde la perspectiva pluralista.
- Salvar las limitaciones garantizando un pluralismo igualitario y el proyecto descolonizador<sup>1207</sup>.
- Instrumentalizar el proceso a través de normas secundarias, jurisprudencia y políticas públicas.
- Fortalecer los sistemas indígenas.
- Fomentar el diálogo intercultural.
- Construir espacios plurinacionales efectivos.

Nos adherimos a la lúcida reflexión con la que cierra su comentario, “*no es corto el horizonte, ni poca la tarea*”.

### **5.3.5 La resolución de conflictos por los “Pueblos Indígenas”. Breve referencia a las comunidades Aymara, Quechua y Guaraní.**

---

<sup>1206</sup> Se limitaron las competencias territoriales y materiales, ciñéndose éstas, a “*sus conflictos internos*”.

<sup>1207</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Óp. cit. Nota 1. Pág. 147. “*Hay que preguntarse en consecuencia si el derecho dominante es realmente la última etapa del desarrollo jurídico. El pluralismo jurídico no admite tal perspectiva y la existencia del mundo indígena es su mejor refutación y el desafío entonces es incorporar las costumbres indígenas al derecho nacional y terminar con el colonialismo jurídico*”.

Complementariamente a la exposición realizada sobre el tratamiento de la pluralidad jurídica por los tres textos constitucionales, a fin de ofrecer una visión más global, completaremos el planteamiento desde una doble perspectiva. Por un lado comentando brevemente algunos de los sistemas jurídicos de los “*Pueblos Indígenas*” más relevantes y por otro, citando representativos pronunciamientos en referencia a ésta materia por los Tribunales nacionales e internacionales, que han venido a marcar la trayectoria en el reconocimiento y aceptación del pluralismo jurídico en sus respectivos países<sup>1208</sup>.

Comencemos con los sistemas de resolución de conflictos de algunas de las poblaciones indígenas con mayor relevancia en Latinoamérica. Iniciamos este recorrido con el “*Pueblo Boliviano de los Aymara*”, sustentándose en los comentarios realizados al respecto por el profesor López Fuentes<sup>1209</sup>. El Autor sistematiza su estudio haciendo un breve análisis de las autoridades que ejercen la función jurisdiccional, el procedimiento a seguir y las sanciones más comunes que llevan asociadas la perpetración de los hechos reprobados.

La primera de las instrucciones con la que se ha de partir es el cambio de paradigma que opera en cuanto la visión que lo inspira, no solo el sistema jurídico indígena, sino su propia concepción de vida. Los “*Pueblos Indígenas*” se caracterizan por una perspectiva denominada cosmológica o una cosmovisión del universo que desplaza de la base central al sujeto, propia de un enfoque más antropomórfico de sistemas liberales, para ofrecerse como una panorámica, donde la persona queda inmersa, como una pieza más

---

<sup>1208</sup> Ballón Aguirre, F. Óp. cit. Nota 858. Pág. 66. “*En cuanto las funciones jurisdiccionales, en Latinoamérica se aplican varias fórmulas: “Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas...” (Bolivia), “Las autoridades de los Pueblos Indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales...” (Colombia), “Las autoridades de los Pueblos Indígenas ejercerán funciones de justicia...” (Ecuador). Parece evidente la tendencia a delimitar esa capacidad a los pueblos-comunidades antes que ampliarla a cualquier grupo organizado, lo cual vulneraría varios principios generales del Derecho vinculados al debido proceso”.*

<sup>1209</sup> López Fuentes, J.L. Óp. cit. Nota 1066. Pág. 8. “*El sistema jurídico aymara, como una forma de administración de justicia, ha sido estudiado sobre la base de casos concretos. La investigación alentada por el Ministerio de Justicia y ejecutada por el PROA en la región de Jesús de Machaca enfrenta el tema del sistema jurídico aymara desde el concepto de “justicia comunitaria”. En otro trabajo Marcelo Fernández y su equipo de investigación desarrollaron su trabajo en tres regiones: la marca Yaku (Provincia Loayza del departamento La Paz); el ayllu Laymi-Puraka (Provincia Bustillos del norte de Potosí) y la comunidad SicaSica (Provincia Aroma del Departamento de La Paz).”.*



de un gran puzle, con la naturaleza, los animales y el universo global formando un collage, perfectamente armonizado y en el que la quiebra se ve, más que como la conducta asocial de un sujeto, que como una ruptura del equilibrio en todos sus elementos<sup>1210</sup>.

Siguiendo la sistemática<sup>1211</sup> ha establecido que las Autoridades con potestad para la impartición de justicia en la comunidad Aymara se basa en su idea de vida denominada “*suma qamaña*”, donde la organización institucional es un aspecto fundamental. De esta forma las organizaciones se integran en la comunidad de vida, siendo parte de la misma y desarrollándose junto a ésta. A nuestro modo de ver es una forma de legitimarse, en el sentido de que se nutren del respeto de su comunidad, precisamente porque son parte de la misma y adquieren una obediencia, no por imposición, sino por su capacidad para ir adquiriendo un acatamiento convencido y respetado. Lejos del modelo liberal, en que se ofrece un poder judicial aislado y exclusivista, ajeno a la realidad social, la versión indígena es cercana, personal y directa.

La máxima autoridad se denomina “*Jilaquía*” (*el crecido*). Entre las funciones más importantes, está la de garantizar la integridad territorial de la comunidad, así como la de decidir en los conflictos que se presenten. Otra autoridad es “*Kamaña*”. Dedicado éste al tema de agricultura.

No todas las organizaciones aymaras presentan una misma distribución de poder. En el caso del Cantón de SicaSica, es la Comunidad la encargada de ésta labor. Dentro de su percepción de existencia de un mundo sobrenatural, el buen desarrollo de la comunidad queda supeditado a que se cumplan con los ritos necesarios para dar por satisfechos a las deidades y espíritus que habitan ese mundo más trascendental. De esta forma, la faceta espiritual-religiosa adquiere una especial trascendencia a la hora de impartir justicia. Es cierto que ello arroja un alto grado de volatilidad en sus decisiones, si bien, es algo fuertemente arraigado en su cultura y por ello, parte de su esencia.

---

<sup>1210</sup> Ibídem. Pág. 9 “Desde la cosmovisión aymara la justicia no es entendida sólo como una forma de resolver conflictos, mucho menos sólo como una forma alternativa. La justicia es un modo de vivir una vida integral y en reciprocidad con todos los otros seres y todos los otros elementos de la vida.”

<sup>1211</sup> El Autor, realiza su examen analizando autoridades, conflictos, procedimiento y sanciones.

El apartado conflictos queda centrado, por lo general, por el ámbito familiar. Dentro del hogar familiar el espectro se basa básicamente en los conflictos que genera la convivencia (pareja, golpes, riñas, insultos, etc.). Fuera de éste ambiente la conflictividad tiene que ver principalmente con materia de tierras, casas y cultivos<sup>1212</sup>.

El tipo de procedimiento, va en función de la autoridad que tenga competencia en dirimir el asunto. Para ello, se articulan tres niveles, el privado, para asuntos más privados y suele solucionarse en la propia vivienda de los afectados. Un segundo nivel en el que se da el paso a lo público, ya participan otras autoridades de la comunidad y por último, el comunitario, que se centra en aquellos conflictos de mayor relevancia y que por lo general, es resuelto por la Asamblea. Por lo general son procedimientos cortos, directos y centrados en el asunto y las circunstancias materiales y personales en los que se ha desarrollado y desenvuelve. Son sistemas de resolución amistosa por lo general, en los que se zanja por medio de conciliación o arbitraje las disputas. Incluso los problemas más importantes se intentan superar mediante el consenso por la propia Asamblea.

En lo que concierne a las sanciones, igualmente se encuentran divididas en tres grupos. Un primer grupo más liviano en lo punitivo, se limita a sanciones morales<sup>1213</sup>. Un segundo nivel, más patrimonial, conlleva el castigo de hacer entregar parte del ganado. En tercer lugar, son las sanciones económicas<sup>1214</sup>. Destacar que el objetivo del sistema punitivo, no es la mera represión, sino que su finalidad es la de reintegrar al sujeto culpable dentro de la vida social de la comunidad.

El segundo gran “*Pueblo Indígena*” es el de los “*Quechuas*”. También dentro del territorio boliviano, se puede encontrar a esta Pueblo que viene a coincidir,

---

<sup>1212</sup> López Fuentes destaca del estudio que se llevó a cabo por el PROA (“Los Aymaras de Machaca”. Ministerio de Justicia de Bolivia. 1997), que destaca el robo como un delito de los calificados de mayor gravedad, teniendo muy poca relevancia conductas como el suicidio y el aborto.

<sup>1213</sup> “*chicotazos*”, multas simbólicas, deshonra (se hace vestir al varón con ropa de mujer).

<sup>1214</sup> Esta modalidad ha venido a sustituir las penas más graves de muerte o destierro.

sustancialmente, con lo expuesto para los Aymaras, en lo que al modelo impartición de justicia basado en un Derecho consuetudinario<sup>1215</sup>.

Las Autoridades son una mezcla entre la organización y sindicatos de carácter campesino. Dentro de ésta última, tenemos una jerarquía sindical institucional, partiendo del dirigente sindical hasta el Secretario ejecutivo. Supeditados a éstos están el Alcalde de campo y el Corregidor<sup>1216</sup>.

La variedad de conflictos que pueden presentarse dentro de esta comunidad, vuelve a estar marcada por aquellos que se producen dentro del ámbito familiar y los externos a él. En éste último ámbito, igualmente queda centrado en enfrentamientos en materia de tierras, ganado o de cultivos. También en este caso, tiene gran trascendencia los efectos que puedan producir el devenir de la satisfacción o insatisfacción de las entidades espirituales-religiosas en la resolución de los conflictos.

En procedimiento, en el caso de los “*Quechuas*” depende del conflicto en el que deba ser aplicado. López Fuentes extrae un procedimiento estandarizado en el que se pueden distinguir la etapa de inicio o exposición, análisis de la norma que es objeto de presunta vulneración, valoración del daño, enjuiciamiento de la concurrencia de culpa, y por último, primando una solución consensual, la resolución por medio de conciliación<sup>1217</sup>.

Las sanciones suelen atender a un criterio de flexibilidad. No existe un catálogo como tal que prescriba las conductas a las que asociar un castigo. Lógicamente hay un número de éstas que se aplican con mayor regularidad, al operarse sobre conductas que, por lo

---

<sup>1215</sup> Ballón Aguirre, F. Óp. cit. Nota 858. Pág. 136. “*En resumen, se le llame derecho consuetudinario, sistema jurídico indígena o normas primarias de coexistencia, su carácter jurídico proviene del hecho de ser producidas, admitidas, administrados por un sistema cultural indígena en uso de su derecho como pueblo reconocido por el Estado. Lo relevante es que cualquier que fuera su forma empleada, la forma misma es un derecho. En buena cuenta, que el modo adoptado sea más o menos sofisticado o más cercano a un sistema o mejor definido como una costumbre es secundario, la cuestión de fondo es que el derecho a que sea de uno u otro modo le corresponde al propio pueblo*”.

<sup>1216</sup> Siendo estas figuras anteriores a la creación de la estructura sindical. En el caso del Alcalde de Campo ciñe su actuación a conflictos de menor entidad (riñas menores, extravío de animales, etc.), mientras que el Corregidor se ocupa de los delitos que puedan encontrar una tipificación en el orden jurídico estatal (robos, homicidios, lesiones, etc.).

<sup>1217</sup> Suele ser común la asistencia de testigos.

general de menor entidad, pero que suelen reproducirse en la vida diaria de la comunidad<sup>1218</sup>.

Por último, con la misma sistemática comentaremos el sistema de resolución de conflictos “*Guarani*”<sup>1219</sup>. Respecto a ésta comunidad, destaca la autoridad de la “*Asamblea YemboatiGuasu*”. En este caso, incluso tiene algunas facultades administrativas y fiscales, junto a la de ser máxima autoridad en la resolución de los conflictos que surjan en la comunidad<sup>1220</sup>. Debajo del orden jerárquico culminado por la Asamblea, se sitúa el denominado Capitán Grande “*MburuvishaGuasu*”<sup>1221</sup>. Tiene una labor, principalmente de mediador entre la comunidad y su “*entorno social*”. Tiene atribuida la representación de la comunidad, en aquellos supuestos donde haya de realizar algún tipo de gestión de cara al exterior de la misma. Bajando al ámbito más local, encontramos el denominado Capitán de Comunidad “*Mburuvisha Teta*”. En cuanto al ámbito material, tiene esencialmente las mismas labores que sus superiores jerárquicos, si bien, adaptadas todas ellas al territorio local. También, representa a su población dentro de la Asamblea General de capitanes.

Ésta distribución de poder jurisdiccional, queda complementado por otras autoridades, con menor potestad en la resolución de conflictos, pero con indudable influencia en la misma, como son el Alcalde comunal, el Corregidor, el Subalcalde, asesores y los Chamanes.

En referencia a la tipología de conflictos que suelen aparecer en este Pueblo, de nuevo, suele hacerse una diferenciación entre la conflictividad ad intra de la familiar con respecto la que se produce fuera de tal entorno. Como se puede comprobar, no echamos mano de la típica clasificación por disciplinas del Derecho continental y anglosajón

---

<sup>1218</sup> Amonestaciones, arresto y muy excepcionalmente el linchamiento como amenaza y tortura. La expulsión de la comunidad solo está previsto para infracciones importantes contra la paz de la comunidad.

<sup>1219</sup> Comunidad del Izozog (Bolivia)

<sup>1220</sup> Además, puede realizar trámites en cuanto la titularidad de las tierras, proponer el nombramiento de nuevas autoridades así como elaborar proyectos de desarrollo.

<sup>1221</sup> Junto al Capitán Grande, existen otros, de menor rango (Capitanes segundos). Normalmente complementan al Capitán Grande e incluso pueden sustituirlo en aquellos casos en los que aquel esté impedido temporalmente para ejercer su labor.

(civil, penal, mercantil, laboral, administrativo, fiscal, etc.), sino que el carácter más personalista, directo y adaptado a las necesidades de la comunidad, marca la estructuración de la clasificación de la problemática. En la Comunidad Guaraní, tenemos la distribución de conflictos, adaptada a la autoridad que debe resolverlos. Es decir, se distribuyen los conflictos separadamente que deberán ser resueltos por la instancia familiar, la comunitaria o la de la “*Capitanía Grande*”. Se repite la casuística que ya se ha venido referenciado en las anteriores comunidades, siendo esencialmente de carácter familiar (herencias, riñas, pareja, etc.) con la relacionada a tierras (titularidad principalmente) y la temática sobre los cultivos o la ganadería. En referencia a éste, se considera uno de los delitos más graves el robo de ganado.

Destaca López Fuentes que en la percepción guaraní, lo importante del conflicto es analizar las causas motivaciones, más que los efectos que pueda conllevar en la convivencia de la comunidad. Igualmente, debemos incidir en la trascendencia de todo lo sobrenatural como un indicio claro de la voluntad interpretada o representada a la hora de valorar la pertinencia o no de las conductas<sup>1222</sup>.

El procedimiento que generalmente suele ser usado está marcado por su carácter religioso o no. Cuando no está impregnado de idiosincrasia religiosa se asocia su resolución al Capitán de la Comunidad. De nuevo, nos encontramos con procedimientos muy sumarios, sin exigencias formales ni procedimentales, en la que las partes se limitan a exponer sus pretensiones al Capitán, y éste, resuelve según su saber y entender. Si el culpable persiste en su labor infractora, entonces pasa al órgano superior, la Asamblea y será objeto de un castigo más contundente que, pretendidamente, ponga fin a la cuestión.

Al igual que ocurre con los otros Pueblos, se tienen interiorizado que el castigo de por sí no supone una solución recomendable al conflicto, sino que lo verdaderamente trascendente es que se analicen las causas y se pongan las medidas a fin de evitar la reproducción de la acción infractora. Para aquellos supuestos en donde se constate una

---

<sup>1222</sup> Entre la problemática de origen sobrenatural que puede producirse dentro de la Comunidad Guaraní, por lo general suele estar relacionada con las enfermedades, plagas y muertes por causas asociadas a la brujería.

carga más espiritual, el procedimiento en esencia es el mismo. Salvo que la autoridad que primero entra a conocer es el Corregidor o el Chamán. Salvo que no se encuentre una solución efectiva y los síntomas se mantengan, será pues cuando el problema pase ya, de nuevo, a la Asamblea o al Capitán General<sup>1223</sup>.

En cuanto la diversidad de las sanciones que pueden operar generalmente en la comunidad guaraní, nos encontramos que el objetivo esencial de las mismas no es su faceta represiva, sino más bien preventiva y paliativa, en el sentido de que se busca que la conducta se repita y que se ofrezca un medio el resarcimiento del daño que se haya podido ocasionar con su realización. Una primera sanción, para aquellos supuestos menos graves consiste en la mera amonestación o llamada de atención. En caso de reiteración de la conducta se pueden imponer multas, que puede consistir, tanto en dinero, como trabajo o productos a entregar a la comunidad. La expulsión, sanción que por lo general está reservada para aquellos supuestos más graves, es posible y siempre por decisión de la Asamblea Comunal y por consenso<sup>1224</sup>.

Con estas breves referencias tanto a la autoridad, procedimiento y tipología sancionadora en las Comunidades citadas, terminamos el epígrafe, extrayendo algunas conclusiones. Estamos ante un sistema jurídico integral. Como ya hemos indicado anteriormente, no responde a la clasificación del Derecho continental o anglosajón sino que, desde una visión más global, analiza las necesidades que pueden ir surgiendo en la vida diaria de la comunidad, tanto desde el ámbito personal, familiar, comunitario e incluso trascendental, y a raíz de su evaluación propone unas soluciones. Resultados que, al ser fruto de la experiencia y basadas en el fin último de la buena salud de la propia comunidad, se antojan como las mejores medidas en cuanto el mantenimiento de la convivencia pacífica dentro del propio Pueblo. Ello se ve complementado con una deducción que venimos reiterando. Que el Derecho nace, desde y para la comunidad<sup>1225</sup>.

---

<sup>1223</sup> En estos casos se puede optar por la expulsión del Brujo/a, o incluso, la pena de muerte.

<sup>1224</sup> El robo de ganado que es una de las conductas más típicas en estas comunidades en este caso está sancionado con la devolución del animal a su legítimo propietario y la imposición de una multa al infractor. En el caso de que el animal ya no esté disponible para ser devuelto, se optará por otro equivalente o por el pago de una indemnización que cubra su valor.

<sup>1225</sup> En palabras de López Fuentes es un Derecho “*producido comunitariamente*”.

Es un sistema normativo basado en la costumbre<sup>1226</sup>, los hechos naturales, decantado a lo largo de siglos<sup>1227</sup> y que tiene tres importantes ventajas:

- Su efectividad en cuanto la solución adaptada al caso concreto y por otro, su agilidad y eficacia en la aplicación,
- Su celeridad impide la enquistación del conflicto y las consecuencias negativas de ello.
- Es un Derecho que continuamente se adapta a las necesidades de la comunidad.

Por último, no puede obviarse la finalidad esencial del mismo y que se ha constatado en los tres supuestos tomados como representativos. Siempre se trata de alcanzar el objetivo de la rehabilitación del sujeto infractor. No es un sistema punitivo que sanciona gratuitamente o que se basa en el castigo con ánimo de infundir el miedo que garantice el orden. Muy al contrario, siempre se ha hecho referencia, en que entre sus principios, está la resocialización del sujeto, la búsqueda de las causas origen del conflicto o la infracción para ser atajadas con el ánimo de que no se reproduzcan. Fruto de ello es que en la mayoría de los casos se buscan soluciones consensuadas y por conciliación. De este modo se consiguen medidas pacificadoras y no represivas.

### **5.3.6 La protección jurisdiccional de la identidad de los Pueblos Indígenas.**

Como apéndice final, resulta conveniente hacer algunas referencias a resoluciones jurídicas en cuanto la defensa de la identidad de los “*Pueblos Indígenas*” en Latinoamérica que hayan marcado su avance. Para ello, considero una referencia obligada los pronunciamientos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado en ésta materia.

---

<sup>1226</sup> No debe interpretarse que no existen textos escritos. Mayoritariamente, muchos de los conflictos, una vez resueltos, son trasladado a actas y acuerdos.

<sup>1227</sup> Ballón Aguirre, F. Óp. cit. Nota 858. Pág. 135. “*Lo que sí debemos resaltar es que estamos ante mecanismos contemporáneos, creados fusionando tradición y modernidad, perfectibles en muchos aspectos por la voluntad de los miembros y sostenidos por su credibilidad y legitimidad social*”.

En esta labor, sirve de piedra de apoyo el trabajo realizado por Lima Báez<sup>1228</sup> que ha conseguido extractar algunos de los pronunciamientos más relevantes en la defensa de la identidad cultural de los “*Pueblos Indígenas*”. Se estructura su trabajo en la disección que ha llevada a cabo tomando como referencia el reconocimiento que ha realizado la Corte<sup>1229</sup> en función de los Derechos a la vida, la participación y al uso comunitario de la tierra.

Desde el punto de partida de que la Corte IDH sólo puede conocer de los asuntos planteados contra aquellos Estados que han ratificado la Convención Americana y que, lógicamente, han aceptado la jurisdicción de la propia Corte, ello conlleva que el número de asuntos con acceso a su enjuiciamiento pueda ser, relativamente, limitado. Además, a ello, hay que sumar el filtro que realiza la Comisión Interamericana de Investigación<sup>1230</sup> que se encarga de seleccionar los casos que merecen el trámite de la Corte IDH.

Coincidimos en que la Corte IDH no ofrece una protección directa sobre los Derechos de los “*Pueblos Indígenas*”, si bien, sí ha habido varios pronunciamientos en los que se han tratado reclamaciones indígenas que han marcado pautas normativas y de comportamiento a los gobiernos en general, y especialmente, al Estado afectado en particular. Lo trascendente, es que ha realizado una interpretación extensiva de la cobertura de los Derechos enjuiciados, hasta cubrir las necesidades en el caso concreto que se planteaban por la población indígena<sup>1231</sup>.

---

<sup>1228</sup> Lima Báez, N. “La protección a la identidad cultural de los Pueblos Indígenas en la Corte Interamericana a través de Derechos individuales ejercidos colectivamente”. Obra colectiva “Estudios Homenaje a D. José Emilio Rolando Ordoñez Cifuentes”. Coord. María Carmen Macías Vázquez y Marisol Anglés Hernández. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2013. Pág. 127 y ss.

<sup>1229</sup> Mantiene Lima Báez que la protección de los Derechos que ha llevado a cabo la Corte IDH ha sido por medio de lo que denomina “*par ricochet*” o por rebote. Una técnica iniciada por la Corte Europea de Derechos Humanos. Se trata de extender (*rebotar*), la protección de Derechos básicos, a otros Derechos que en principio, no tienen la habilitación normativa para acceder a tales instrumentos de protección.

<sup>1230</sup> Órgano integrante de la propia Corte de IDH con sede en Washington DC.

<sup>1231</sup> Lima Báez, N. Óp. cit. Nota 1228. “*La protección de la identidad cultural deviene efectiva a partir del momento en que la Corte de San José reconoce la importancia de sancionar los derechos violentados que vulnera la identidad cultural de los pueblos indígenas y cuyos efectos pueden provocar hasta la pérdida de su propia existencia como entidad social y cultural*”.



Llama la atención que la estructura jurídico-teórica que los “*Derechos Colectivos*” no estén reconocidos por la Convención Americana. Limitación, que la Corte ha sabido sortear, en el sentido de que han prolongado el campo de protección del Derecho individual, obteniendo cobertura para una nueva faceta del mismo, la colectiva, a modo de nueva expresión. En palabras de Lima Báez, estos derechos<sup>1232</sup>, “*adquieren otro sentido*”, con el fin último de ofrecer cobertura jurídico-legal a la identidad cultural de los “*Pueblos Indígenas*”.

Comencemos con el análisis del trabajo que ha mantenido la Corte IDH en lo que concierne al Derecho a la vida. Este Derecho está reconocido por el artículo 4.1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>1233</sup>. Lógicamente es recepcionado por la Corte como un Derecho Humano fundamental, y antesala para el disfrute del resto de Derechos. Centrando su ámbito en los “*Pueblos Indígenas*” cobra una especial relevancia si tenemos en cuenta, tal y como se ha indicado en contenidos anteriores, el recorrido de opresión y abuso que sobre la población indígena ha venido constatándose a lo largo de siglos en Latinoamérica<sup>1234</sup>. Lógicamente bajo este clima de terror, lejos está la proclama del Derecho a la vida, cuando alrededor se mantiene una situación de violación constante de los Derechos más básicos y teniendo por consecuencia colateral, la efectiva extinción de su cultura.

En éste contexto, la Corte IDH ha señalado con muy buen criterio que el Derecho a la vida, no se limita únicamente a una visión fisiológica de la misma, sino que tan importante como la noción biológica, está la social, en aras a garantizar las condiciones dignas para el desarrollo del Derecho. Refiere Lima Báez que el Derecho a la vida es también “*el Derecho a gozar dignamente la vida*”. Al hilo de la exposición, trae para reforzar esta idea, el caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay<sup>1235</sup>. La Comunidad

---

<sup>1232</sup> Los Derechos en los que se puede observar esa ampliación de la zona de cobertura son los Derechos a la Vida, el Derecho a la participación política y el Derecho a la propiedad privada.

<sup>1233</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José de Costa Rica. Del 7 al 22 de Noviembre de 1.969. Artículo 4. “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”.

<sup>1234</sup> Lima Báez recuerda las matanzas en Guatemala, Perú y Colombia.

<sup>1235</sup> Pueblo Lengua Enxet Sur (Paraguay). Corte IDH, Comunidad Yakye Axa vs. Paragua. 17 de Junio de 2005, Serie C, núm. 125, Párrafo 50.1.

se vio privada de su territorio y relegada a una vida de extrema pobreza, llevando incluso a la muerte de algunos de sus miembros<sup>1236</sup>. En cuanto las muertes constatadas por las condiciones higiénicas y de salud a los que se abocó a este “Pueblo”, extrañamente no se imputaron a la desidia del Estado<sup>1237</sup>, al menos sí se dotó al Derecho de identidad cultural de virtualidad práctica, ya que a pesar de no estar recogido por la Convención Americana en éstos términos, si está protegido por una “interpretación evolutiva” de otros Derechos<sup>1238</sup>. Quedando de éste modo abierta una vía de amparo para las poblaciones indígenas, que sin tener reconocido de forma explícita el Derecho a su identidad cultural, otorga protección a sus manifestaciones.

Doctrina de la Corte IDH que se ha mantenido en otros pronunciamientos. En el caso de *la Comunidad Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*<sup>1239</sup>, a diferencia que el anterior, sí imputó al Estado, el fallecimiento de varias personas<sup>1240</sup> por enfermedades que hubieran sido prevenibles y evitables con un mínimo costo sanitario. De este modo, nuevamente, la Corte IDH extiende el Derecho a la vida a la necesaria salubridad en su desarrollo, tanto a una correcta alimentación, como acceso a agua potable en condiciones higiénicas óptimas<sup>1241</sup>.

---

<sup>1236</sup> Lima Báez, N. Óp. Cit. Nota 1228. Pág. 131. “*Instalados al borde de una autopista en la espera que las autoridades resolvieran su demanda de reivindicación de tierras, esta comunidad no podía realizar sus actividades tradicionales de caza, pesca y recolección de frutos. Las Declaraciones de las víctimas, testigos y especialistas hablan de la gran precariedad en la que vienen los miembros de la comunidad Yakye Axa. La ausencia de los servicios más indispensable así como la carencia de recursos alimenticios, de agua potable, de asistencia médica, provocaron la muerte de dieciséis personas de enfermedades prevenibles y curables*”.

<sup>1237</sup> Ibídem. “*Según Hennebel: “La postura de la Corte IDH [sobre la no imputabilidad del Estado por las dieciséis muertes de la comunidad] es difícilmente comprensible, en particular a la lectura de los principios que ella estableció previamente sobre la violación del artículo 4 con respecto a los miembros de la comunidad en su conjunto”. En efecto, la Corte fue el escenario de fuertes oposiciones entre sus miembros (cinco votos contra tres) que fueron saldadas por la emisión de opiniones disidentes que señalaron la importancia de la protección del derecho a la identidad cultural por el derecho a la vida, como la opinión de los jueces A. A. CançadoTrindade y M. Ventura Robles.*”.

<sup>1238</sup> Convención Americana de Derechos Humanos. Artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos), 5 (integridad personal), 11 (protección del honor y la dignidad), 12 (libertad de conciencia y de religión), 13 (libertad de expresión), 15 (derecho de reunión), 16 (libertad de asociación), 17 (protección a la familia), 18 (derecho a tener un nombre), 21 (propiedad privada), 23 (derechos políticos) y 24 (igualdad frente a la ley).

<sup>1239</sup> Corte IDH, Comunidad Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. 29 de marzo de 2006, Serie C, núm. 146, párr. 73-5.

<sup>1240</sup> Mayoritariamente niños.

<sup>1241</sup> Lima Báez, N. Óp. cit. Nota 1228. Pág. 134. “*El juez CançadoTrindade refuerza la estrecha relación entre el derecho a la identidad cultural y el derecho a la vida: El derecho a la vida es, en el presente caso de la Comunidad Sawhoyamaxa, abordado en su vinculación estrecha e ineludible con la identidad*

Con esta decisión se obtuvo un doble objetivo. Primero, quedaba consolidada la línea jurisprudencial que extendía el Derecho a la vida de su visión estrictamente biológica a una más amplia, que incluye todos y cada uno de los elementos y condiciones que son esenciales para el desarrollo de una vida digna. Por otro lado, al contrario que con el precedente citado anteriormente, ahora sí, la Corte IDH imputó al Estado la responsabilidad que tiene como garante de favorecer y garantizar unas condiciones de vida dignas para todos sus ciudadanos, a aquellos casos en los que se ha constatado una falta total de diligencia en ésta obligación, más si cabe, cuando las consecuencias de tan importante vulneración ha conllevado la pérdida de vidas humanas. El instrumento elegido para ello es la protección del Derecho a la identidad cultural, instaurado como vía de protección para los derechos más básicos de los “*Pueblos Indígenas*”.

El segundo de los Derechos que es analizado por Lima Báez como exponente de la materialización de la protección de la identidad cultural de los “*Pueblos Indígenas*”, es el Derecho a la Participación Política. Recogido en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>1242</sup> viene a establecer un marco regulatorio base aplicable a cualquier ciudadano, al margen de su pertenencia a la población indígena. Reflexiona en cuanto las especiales circunstancias que suelen concurrir ante el colectivo indígena, que por lo general no favorece su participación, o al menos no encuentran las mismas facilidades que el resto de la población para presentar sus candidaturas.

---

*cultural. Dicha identidad se forma con el pasar del tiempo, con la trayectoria histórica de la vida en comunidad. La identidad cultural es un componente o agregado del derecho fundamental a la vida en su amplia dimensión. En lo que concierne a los miembros de comunidades indígenas, la identidad cultural se encuentra estrechamente vinculada a sus tierras ancestrales. Si se les privan de estas últimas, mediante su desplazamiento forzado, se afecta seriamente su identidad cultural y, en última instancia, su propio derecho a la vida lato sensu, o sea, el derecho a la vida de cada uno y de todos los miembros de cada comunidad.”.*

<sup>1242</sup> Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 23. “1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
  - b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
  - c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

En 2005 la Corte IDH, se pronunció por primera vez sobre el reconocimiento del Derecho de participación de los indígenas en los órganos electos de su país, en el caso *Yatama Vs. Nicaragua*<sup>1243</sup>. En este caso, declaró la vulneración de Derechos de los indígenas por parte del Estado. La organización había elegido algunos de sus miembros para postularse en las elecciones municipales y fueron excluidas de su participación, vulnerando su Derecho a la participación democrática. El pronunciamiento reveló que el Estado había dispuesto normativa electoral que prescribía restricciones vulneradores de derechos en el acceso a los procesos electorales (año 2000) y por ello, discriminatorios<sup>1244</sup>. La Corte constató la efectiva vulneración del Derecho de participación, tanto en su vertiente activa como pasiva. No solo se privó a Yatama a su acceso a la participación en los procesos electos, sino que con esta decisión se vulneró a sus electores de optar por la opción que lo hubieran considerado digno de su confianza. Restringiendo el derecho de voto de los mismos. La Corte, consideró la relación del Artículo 23 en unión con los artículos 1.1 y 24, que aportan el Principio de no discriminación y el de igualdad. Con una razón aplastante, consideró que era una responsabilidad del Estado arbitrar los mecanismos y condiciones que permita el efectivo desarrollo del Derecho de participación en los procesos de elección democrática a todos y cada uno de sus ciudadanos. Tanto en lo que al ejercicio estrictamente del voto, tanto en su vertiente para poder ser elegido. No es suficiente con la proclamación de normas que establezcan una igualdad, libertad y participación formalmente válida. El Estado debe tener una posición garante ante la efectividad del Derecho facilitando las vías de acceso y garantizando la validez material del Derecho. En el caso de la población indígena ha de tenerse presente que por lo general, tiene unas especiales dificultades en el acceso a los procesos electos y que ello ha de ser tenido en cuenta a la hora de estructurar tales procesos. Mantiene que en este pronunciamiento la Corte IDH “*desacralizó*” a los partidos políticos como único y exclusivo ente con acceso a los procesos electorales. Nos encontramos en la Convención Americana de

---

<sup>1243</sup> Corte IDH, *Yatama Vs. Nicaragua*. 23 de junio de 2005, Serie C, núm. 127, párr. 124-20.

<sup>1244</sup> La nueva Ley Electoral, promulgada 9 meses antes de las elecciones, disponía la obligatoriedad de todos los grupos con pretensiones de acudir a las elecciones que debían hacerlo en forma exclusiva de “*Partidos Políticos*”. Imponiendo a las comunidades y asociaciones indígenas a adoptar esta forma de participación. La falta de experiencia y tiempo conllevó que la candidatura de Yatama no fuera aceptada por el Consejo Supremo Electoral. La falta de un proceso revisorio de dicha decisión, abocó a la imposibilidad legal de presentarse a las elecciones.

Derechos Humanos norma alguna que prescriba sostener ese monopolio por lo que no tiene sustento legal, y tampoco ético añadimos, el que se articula una única e incluso privilegiada, vía de acceso al ejercicio del Derecho de participación en los procesos públicos. En coherencia con la propia esencia de la Carta, se establece el Derecho personal a la participación democrática, sin que la misma se pueda ver coartada con limitaciones artificiosas.

Indirectamente, la Autora destaca con acierto, que los efectos de la resolución van más allá de la vulneración del Derecho de participación y extiende su cobertura a la misma esencia de la identidad indígena. Lo que en el caso concreto ha determinado la vulneración del Derecho son las especiales circunstancias de ésta población y el veto de hecho que supone establecer requisitos, que en muchos de los casos, abocan a la imposibilidad fáctica de acceder a los procesos de representación, como demuestra el caso citado<sup>1245</sup>. De nuevo, la Corte establece en su pronunciamiento, una nueva extensión del marco de efectividad del Derecho consagrado en el artículo 23, para ensanchar sus límites y darle cobertura a otros Derechos, que integra y asiste, legitimados por la particularidad del sujeto<sup>1246</sup>.

Por último, es posible aplicar el mismo esquema deductivo al Derecho a la propiedad privada y el uso comunitario de la tierra. Si existe un vínculo que define al colectivo indígena ese es el que le une al territorio en el que desarrollan toda su vida<sup>1247</sup>. Como hemos podido analizar en anteriores epígrafes, tanto a nivel constitucional como desarrollo legal, se tiene una especial sensibilidad en todo lo que concierne al nexo comunidad indígena-territorio por la trascendencia que supone en la propia continuidad

---

<sup>1245</sup> Lima Báez, N. Óp. cit. Nota 1228. *“El derecho a la identidad de los pueblos indígenas es protegido en este caso porque el modo de vida de las comunidades indígenas, afecta también el campo político y su derecho a la identidad cultural bajo “el principio de efectividad de derechos, aplicado a los derechos que se derivan del artículo 23 de la Convención Americana, que exige pues, tomar en cuenta la especificidad de grupos minoritarios tales como los indígenas. Su identidad cultural parece, por consecuencia, dar lugar a la emergencia de un derecho que no está explícitamente enunciado en la Convención”.*

<sup>1246</sup> *Ibíd.* “La Corte señala que “Yatama contribuye a establecer y preservar la identidad cultural de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica”, por consecuencia en este caso, los derechos políticos de los pueblos indígenas “crece en importancia por tener incidencia directa en la necesidad de preservar el derecho a la identidad cultural, y el derecho de participación en la vida pública, de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua”.

<sup>1247</sup> Las propias denominaciones son reveladoras del vínculo “Hijos de la Madre Tierra”, “Hijos del Bosque”, etc.

del Pueblo. Importancia que se ha constatado cuando se ha repasado los sistemas jurídicos indígenas en los que cobra una especial relevancia la sanción de todas aquellas conductas que supone la vulneración de manifestaciones de este fuerte vínculo con la naturaleza. En definitiva, estamos ante un elemento que muestra como una parte esencial de la propia identidad indígena.

Paralelamente a la fortaleza de éste vínculo, han aparecido intereses económicos y empresariales que han entrado en pugna directa con los territorios de caza, pesca y hábitat en general. La explotación de recursos industriales en ésta zona, está detrás de muchos de los conflictos que se han sucedido en Latinoamérica, y que, hay que decir, en la mayoría ha tenido su peor parte para la comunidad indígena, que en bastantes de estos casos ha tenido no solo que cambiar su lugar de asentamiento, sino que en algunos supuesto le ha conllevado verse confinados en espacios sin las más mínimas condiciones que permitan una vida digna.

Uno de los efectos del reconocimiento de los Derechos Humanos de tercera generación y en concreto el de libre determinación de los pueblos, es el que hemos venido desarrollando a lo largo de éste trabajo, en el sentido de que, al margen de pretensiones secesionistas que ya hemos dejado fuera de su configuración actual, la libre determinación de los pueblos es un Derecho que otorga una serie de facultades al colectivo sujeto activo del mismo que empiezan por el respeto, reconocimiento y protección de su identidad diferenciada y que continúa con la obligación del Estado, como sujeto pasivo, de articular todas y cada una de las medidas que sean necesarias para el disfrute, desarrollo y goce pacífico de las expresiones que otorgan sustantividad al propio colectivo. De poco sirven mantener un reconocimiento formal de respeto a una identidad, cuando posteriormente se les relega o discrimina en la protección de su entorno. La integridad del Derecho de libre determinación de los Pueblos, obliga a actitud pro-activa del Estado en garantía de sus expresiones. Configuración que se ha visto recogida por textos internacionales, y como se ha podido exponer, por los textos constitucionales reseñados.

A pesar de ello, es un camino en los que los avances normativos no siempre se producen a la misma velocidad que los sociales y podemos constatar que la materia relativa a tierras y territorio es una de las que más comúnmente accede a la Corte de IDH. Lógicamente se ha desarrollado con acuerdo a ello una profusa jurisprudencia de la que podemos destacar el que fue el primer pronunciamiento de la Corte en el que por vía de la protección territorial de la comunidad indígena se formuló una propuesta que implicaba unos innegables efectos de cobertura a la propia identidad indígena. Nos referimos al *caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni Vs. Nicaragua*<sup>1248</sup>.

La Convención Americana de Derechos Humanos contempla en su artículo 21<sup>1249</sup> el denominado Derecho a la propiedad privada. Tal y como se exponía, tenemos un conflicto surgido a raíz del reconocimiento del Gobierno nicaragüense a una empresa maderera<sup>1250</sup> de la capacidad para explotar los recursos naturales en un territorio que ancestralmente venía siendo el hábitat del Pueblo Mayagna. Obviamente, dicha concesión se llevó a cabo sin que previamente ni tan siquiera se hubiera consultado a los representantes de la comunidad indígena su opinión sobre la misma.

La disputa se presentaba como una cuestión más allá de la legitimidad de un título formal para el dominio de un territorio ya que, como es natural, el Pueblo indígena no contaba con ninguna otra credencial que la de haber vivido desde antiguo en ese territorio, adquiriendo un Derecho consuetudinario para su uso y disfrute. Lógicamente no tenía tal Derecho oficialidad alguna y el Estado optó por ignorarlo y conceder la concesión a la empresa, ajeno a las consecuencias que pudieran deparar tal pronunciamiento.

---

<sup>1248</sup> Corte IDH. Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni Vs. Nicaragua. 31 de agosto de 2001, Serie C, núm. 79, párrafo. 151.

<sup>1249</sup> Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 21. “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.  
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.”.

<sup>1250</sup>Solcarsa

La Corte, en contra de lo establecido por el Gobierno nicaragüense, mantuvo que el hecho de que se venga poseyendo un territorio desde tiempos inmemoriales, que se disfrute, gestiones, se haya constituido como parte mismo de la identidad del colectivo, es título suficiente como para reconocer los derechos inherentes a su propiedad legal. No es necesario la exigencia de oficialidad al título cuando hablamos de un colectivo, el indígena, que probablemente estaba ocupando dicho territorio con anterioridad al propio nacimiento del Estado y que, ante un Derecho básicamente consuetudinario, no pueden exigirse las formalidades del Derecho estatal que es ajeno y no exclusivo sobre los Derechos que se otorgan.

A mayor abundamiento, en el pronunciamiento reprobó la actitud del Gobierno nicaragüense, que a pesar de tener reconocido constitucionalmente los derechos sobre la tierra de la población indígena, optó por desatenderlos en un doble sentido. Uno primero, porque no reconoció el Derecho de la comunidad indígena sobre un territorio que vienen ocupando ancestralmente y que ello legitima su posesión. En segundo lugar, la Corte IDH censuró que se no se hubiera tenido la mínima diligencia de delimitar el perímetro de superficie en el que se otorgaba la concesión. Eludiendo de esta forma una obligación esencial en la concesión de espacio público, a fin de cumplir con un canon básico de seguridad jurídica y que se delimite, perfectamente, sobre qué territorio se hace efectiva la concesión.

Con motivo del examen del Artículo 21, se construyó una importante teoría doctrinal sobre su interpretación y aplicación, que como viene exponiéndose, sirvió para ofrecer una ampliación de su cobertura a Derechos nominalmente distintos. Con sensibilidad y coherencia, la Corte aplicó la visión “*cosmológica*” que rige el Derecho consuetudinario indígena, y entendió que el nexo que une a la Comunidad indígena con el territorio, es parte sustancial de su Cultura y como tal, es parte de su identidad, gozando de éste modo de la misma protección que se le pueda ofrecer por ser un Colectivo diferenciado<sup>1251</sup>. Doctrina que se ha venido manteniendo en otros pronunciamientos<sup>1252</sup>.

---

<sup>1251</sup> Lima Báez, N. Óp. cit. Nota 1228. “... *la Corte señaló que la relación especial que los indígenas tienen con la tierra, debe ser reconocida y comprendida como base de su cultura, de su vida espiritual, de su integralidad, de su sobrevivencia económica y de la transmisión de estos elementos a las próximas generaciones.*”.



En el supuesto de la titularidad colectiva de la tierra, es de reseñar el *caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*<sup>1253</sup>. Nos encontramos ante un nuevo supuesto donde se repiten las condiciones de hecho, teniendo una concesión estatal de explotación empresarial que vulnera los derechos colectivos de la comunidad indígena. Igualmente, el Estado había omitido cualquier tipo de incómodo reconocimiento de los derechos del “Pueblo Indígena”, siendo todo ello reprobado por la Corte IDH, que, en este supuesto, incluso constató la vulneración del artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Derecho a la personalidad jurídica) y el artículo 25 (Derecho a la protección judicial). De modo que puso en evidencia una dejadez total de obligaciones por parte del Gobierno de Surinam, que no solo vulneró un derecho ancestral al territorio sino que ni tan siquiera reconoció a la comunidad indígena como sujeto de derechos y de su capacidad para solicitar su restitución acudiendo a los tribunales de justicia.

A todo ello debemos sumar, lo que cobra especial trascendencia en el desarrollo de la exposición que venimos realizando y es que la Corte, en esta resolución, interpretó el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ampliando la prerrogativa que le otorga el artículo 29 (normas de interpretación) para incluir dentro de su ámbito material la protección de la vertiente comunitaria de la propiedad en conexión con el Derecho de identidad cultural en un nexo de mutua interdependencia.

Las conclusiones que nos conduce este rápido análisis son varias.

Una primera, y coincidimos plenamente con Lima Báez, es que el Derecho internacional está actualmente en plena expansión. Lejos de considerarlo adormecido y plenamente asentado, se observa que está adquiriendo un protagonismo, en contra de lo que algunos pretendían de relegarlo a un papel secundario, y que, muy al contrario, se está fortaleciendo y adoptando el papel de verdadero impulsor en las novedades y defensa de

---

<sup>1252</sup>Yakye Axa, Sawhoyamaya y Comunidad Moiwana contra Surinam

<sup>1253</sup>Corte IDH, Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Párrafo 182.

los Derechos Humanos. Son múltiples las ocasiones que a lo largo de este trabajo se ha podido constatar esta realidad.

En segundo lugar, los Órganos que interpretan la aplicación de los textos internacionales que vienen a recoger los Derechos internacionalmente reconocidos, se están mostrando como un instrumento eficaz, no solo en lo que a una hermenéutica formal y restrictiva, sino muy al contrario, en verdaderos potenciadores del ámbito de cobertura de los Derechos, supliendo las lagunas que pudieran adolecer la dicción normativa con criterios extensores del propio ámbito material de los Derechos.

Lógicamente también se ha de constatar un cambio en la voluntad de los Estados, que si bien adopta posturas más limitadas en la ratificación de los tratados y documentos internacionales, sí que se prestan a acatar las decisiones, que en su mayoría vienen a poner de manifiesto su falta de interés o, en algunos casos, una temeraria irresponsabilidad.

Sin la concurrencia de todos y cada uno de estos elementos, sería muy difícil y prácticamente improbable que el reconocimiento de la libre determinación de los pueblos alcanzará un mínimo de efectividad real en su recorrido en el objetivo de convertirse en un instrumento válido en el reconocimiento, mantenimiento y protección de las identidades diferenciadas dentro de los Estados. Como bien zanja, *“Sin un compromiso real por parte de los Estados, los Derechos Humanos permanecerán en el marco del discurso y no de la práctica”*.

## 6 Conclusiones.

**Primera.-** Los Derechos Humanos se han convertido en garantes de los valores básicos de nuestra convivencia. Son la mejor expresión de los principios que como sociedad nos hemos otorgado y ello nos lleva a la conclusión de que existe una inequívoca interconexión entre su formulación y la realidad social que les ha tocado regular. La permeabilidad a los cambios sociales es inherente a esta figura que tiene en su génesis la de ser defensa básica en la protección de nuestras normas más esenciales de interrelación. Los tiempos avanzan y con ellos los Derechos Humanos han de realizar un ejercicio de adaptación a las demandas que reciben por parte del grupo social. Una de las manifestaciones más palpables de ésta simbiosis se ha concretado en la última etapa del Siglo XX, donde han surgido movimientos sociales que han demandado a legisladores e instituciones, nacionales internacionales, la necesidad de dar cobertura a un nuevo grupo de valores jurídicos que ha supuesto todo un reto para su conformación, reconocimiento y positivación. Se puede afirmar que la figura de los Derechos Humanos está viva y en las últimas décadas se le ha exigido un esfuerzo de corresponsabilidad en la recepción de nuevas coberturas que han generado un proceso de construcción y reconocimiento de estructuras que sustenten las nuevas facultades.

**Segunda.-** En lo que a la clasificación de los Derechos Humanos respecta, la Doctrina científica ha proporcionado variadas y argumentadas propuestas. Actualmente, de todas ellas se puede destacar, por su aceptación mayoritaria, la distribución que el jurista checo Karel Vasak formuló en 1979 denominada “Teoría Generacional de los Derechos Humanos”. Básicamente viene a realizar un reparto de los Derechos Humanos en lo que ha definido “generaciones”, teniendo en cuenta los caracteres onto-epistemológicos que definen la esencia de cada uno de los Derechos. No debe entenderse el criterio delimitador en relación de subordinación o jerarquía, sino más bien destacando el triple vínculo que une sujeto, contenido y contexto social. En su ordenación, y conectado con lo afirmado en la anterior conclusión, el Autor defendió incluir las nuevas demandas sociales en una nueva generación, la que a su juicio, se correspondería con la tercera generación de Derechos Humanos.

**Tercera.-** Los nuevos bienes jurídicos exigen cobertura y que ésta sea de rango de Derecho Humano. Ante tal pretensión, resulta ineludible reconsiderar la tradicional estructura jurídica individualista y social de los Derechos Humanos, para dar acogida a los nuevos sujetos y ámbitos materiales. Estas nuevas demandas de amparo se corresponden con un perfil que trasciende de la contingencia del momento, no encontrando un encaje en las actuales estructuras de los Derechos Humanos. Son nuevos valores y sujetos, de variada índole, que irrumpen requiriendo un esfuerzo de construcción en el que se avanza, principalmente por dos factores. En primer lugar por un esfuerzo denostado de la doctrina científica que está ofreciendo estructuras teóricas argumentativas de las distintas materias, en un franco intento de dotar del suficiente fundamento a los nuevos Derechos Humanos y a la par, que ello no suponga desestructurar completamente el concepto. Un segundo factor es el impulso que se está ejerciendo desde las instituciones internacionales volcadas en que este proyecto se consolide. Junto a ellos, se ha de acentuar la valentía con la que algunos de los últimos procesos constituyentes en Latinoamérica han acogido las distintas propuestas de los Derechos Humanos de la tercera generación que ha supuesto un valorable adelanto desde el plano teórico a la realidad efectiva.

**Cuarta.-** Hoy día se es consciente de la importancia de algunos de los bienes materiales e inmateriales básicos en el desarrollo de nuestras vidas y que circunstancialmente hoy disfrutamos. Dada la transitoriedad de nuestra existencia, nos convierte en meros depositarios de los mismos, conllevando una responsabilidad en su uso, integrada sustancialmente por una obligación de mantenerlos y mejorarlos, pero nunca de degradarlos y consumirlos por completo. Podemos indicar como muestra de tales bienes el patrimonio cultural-histórico material e inmaterial o nuestro entorno medio-ambiental. Ante la transcendencia que supone la eventualidad de su empleo y disfrute con su conservación, hay que corresponder con el máximo grado de cobertura y para ello se ha articulado su conformación de un estatus jurídico de Derecho Humano.

Paralelamente a ello, los últimos tiempos han evidenciado la laguna que supone la aparición de nuevos nichos de riesgo creados a partir del avance tecnológico. Para ello se ha optado por integrar en la dinámica constituyente de la nueva generación de nuevas

esferas de protección con el fin de dar cobertura a situaciones de indefensión producidas por el referido desarrollo tecnológico. Podemos citar como muestra de ello los ingentes flujos de información que discurren por internet, el comercio electrónico o las grandes bases de datos receptoras de información personal, entre otros.

Junto a las anteriores fuentes se han generado nuevos intereses producto de una reconsideración de la concepción individual y colectiva desde el plano de la configuración de los Derechos Humanos, lo que ha conllevado a que por primera vez se abra la puerta a extender su ámbito material a valores que, hasta este momento, no habían encontrado un enclave material dentro del ámbito clásico de cobertura. Hoy día se plantea la necesidad de dotar de amparo a valores tan universales como la paz, bienes esenciales para la vida como el agua o el aire o incluso el Derecho a un desarrollo sostenible.

Igualmente la nueva generación de Derechos Humanos ha provocado reconsiderar la extensión material de los Derechos Humanos, incluso con algunos tan asentados como el de la vida. Actualmente empiezan a despuntar propuestas en las que se reflexiona sobre su efectivo cumplimiento entendiendo que el mismo no se limita a una cuestión de respeto a su simple manifestación biológica sino que existen, simultáneamente, imposiciones de su espectro de facultades que consustancialmente han de ser consideradas para su plena realidad. Es difícil admitir su completa realización cuando se priva al sujeto de su vivienda entendida como un espacio para el desarrollo personal y familiar, cuando se arrebatada su ocupación laboral que cumple una función esencial de autoreafirmación o cuando se impone una situación de falta de recursos absoluta que implica una coyuntura de precariedad y fragilidad.

**Quinta.-** Hoy día la tercera generación de Derechos Humanos se encuentra en construcción. Su estado presente es el de una figura jurídica en pleno proceso de consolidación de su estructura teórico-jurídica, acogiendo las distintas aportaciones doctrinales, impulsadas por las concreciones normativas que progresivamente vienen decantando algunas manifestaciones de los Derechos incluidos en su listado.

En el referido proceso son varias las cuestiones que han ido abriéndose camino y en las que se pueden vislumbrar alguna de las propuestas con mayor aceptación, de las que puede destacarse las que relacionamos a continuación:

Un primer punto de debate se centra en la existencia de cierta distensión en los ordinales que integran las diferentes generaciones en los que se clasifican los Derechos Humanos. Por un lado puede constatarse una fundamentada propuesta que diferencia los originales Derechos civiles y los Derechos políticos, constituyen sendas generaciones y forzando a las actuales demandas hacia la denominada cuarta generación. Encontramos otras propuestas que sugieren, como categoría independiente, aglutinar los Derechos asociados a los avances tecnológicos en los distintos campos científicos (principalmente informáticos) como una generación independiente, que ocuparía, igualmente, la denominada cuarta generación. La conclusión que podemos extraer una vez realizado un estudio de la situación actual de la cuestión, es que puede afirmarse que hoy día es una propuesta con sustento mayoritario la que clasifica en tres generaciones los Derechos Humanos. Incluyendo dentro de la tercera, los Derechos en ciernes a los que venimos haciendo alusión.

Otro de los temas que mayor debate ha generado es el de la titularidad. De las teorías en esta materia puede afirmarse que existe un consenso mayoritario en cuanto articular una titularidad colectiva en los Derechos Humanos de la tercera generación. Para armonizar una titularidad grupal con una figura que tradicionalmente ha sido perfilada como netamente personalista, se ha expuesto una razonada diferenciación entre titularidad y ejercicio. De este modo permite engarzar la titularidad como sujeto colectivo, con un ejercicio que se entiende personal y atribuido exclusivamente en la legitimidad que le otorgan todos y cada uno de los integrantes del sujeto grupal.

Una última cuestión relacionada con los Derechos Humanos de la tercera generación, es el modelo de Estado en el que se ha visto inmersa la aparición de la nueva generación. Ante ello se abre un nuevo debate en el que se plantea la pregunta que acompaña la irrupción de la nueva generación de Derechos en cuanto qué influencia han tenido en el modelo de Estado. Encontramos propuestas dispares, desde que vienen a consagrar el

modelo vigente, que lo modifican o que suponen un impulso generador de un nuevo modelo de Estado. Para la clásica formulación entre el modelo de Estado liberal y el social, puede afirmarse que existe una innegable impronta en la perfilación del nuevo modelo de Estado Constitucional por parte de la tercera generación de Derechos Humanos. La evidente correlación que existe entre ambas figuras hace que se haya creado una sinergia ideal que convierte al modelo constitucional de Estado en el más idóneo entorno para el desarrollo de la nueva generación de Derechos Humanos.

**Sexta.-** Una parte esencial en el proceso de consolidación de los Derechos que integran la nueva generación, es su recepción por parte de los ordenamientos, tanto internacionales como nacionales. En ese camino se puede afirmar que de las distintas vías de penetración actualmente es en el plano internacional donde se puede observar una actitud pro-positivación más activa, no así tanto en los ordenamientos internos. De ésta afirmación generalizada se puede excepcionar algunos de los más recientes procesos constituyentes que se han producido en Latinoamérica, que han supuesto punta de lanza en la incorporación de los nuevos Derechos Humanos, destacando su aplicación del Derecho de libre determinación de los Pueblos a las poblaciones indígenas que cohabitan en sus territorios.

**Séptima.-** La nueva generación de Derechos Humanos se encuentra en un estado de conformación y consolidación y vienen a cubrir un déficit de cobertura a bienes jurídicos que socialmente se aprecian en la actualidad como representativos de una nueva forma de entender nuestra interacción con nuestro entorno, del reconocimiento de facultades a titulares colectivos y una extensión de la cobertura ante los avances tecnológicos. Sin duda, supone un verdadero desafío dotar de una estructura jurídica a este nuevo esquema axiológico y en esa labor se vienen desarrollando firmes propuestas que afianzan el concepto. Pero todo ello no deja de ser mera especulación teórico-nominal si detrás de su reconocimiento no hay una firme voluntad de concreción y eficacia. En un momento donde gran parte de la humanidad no tiene reconocidos y mucho menos garantizados los Derechos Humanos de las generaciones precedentes, vano intento es el que se nos abre de ampliar las coberturas de unas facultades que ni

tan siquiera se han alcanzado en formulaciones precedentes para gran parte de la población.

Puede entenderse que es un primer paso esencial la necesaria positivación en el recorrido que hoy por hoy se está realizando en un iter natural de traslación del espacio internacional al interno. Un recorrido que puede darse por cumplido, al contar con asentadas propuestas como es el caso del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, pero cumplida una primera fase de positivación, es momento del impulso político y de proporcionar las necesarias garantías políticas, administrativas y económicas que favorezcan su pleno desarrollo y efectividad. Sin tales medidas, la nueva generación de Derechos Humanos quedará en un ejercicio de voluntarioso nominalismo. Actualmente se puede constatar que los estímulos necesarios son absolutamente insuficientes y que tras el necesario periodo de decantación e integración normativa se atraviesa una fase crucial en la consolidación de la nueva generación de Derechos Humanos.

**Octava.-** Ante la prueba de congruencia que representa la traslación a la regulación interna de la nueva generación de Derechos Humanos debemos destacar como un avance constitucional sin parangón el que nos ofrece el que doctrinalmente se ha denominado Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Bajo este concepto se integran las Constituciones de Venezuela, Bolivia y Ecuador, que dentro de su redacción han venido a reconocer manifestaciones inequívocas de los Derechos Humanos de la nueva generación.

Han sido procesos constituyentes donde ha confluído un ejercicio retrospectivo del que ha emanado una rotunda voluntad de romper con los esquemas constitucionales precedentes, sumado con una decidida apuesta por integrar la protección de los nuevos valores jurídicos. Todo ello se ha visto alentado con un denostado impulso rupturista e innovador, articulando procesos constituyentes impregnados de un innegable ánimo democrático que se ha visto reflejado en todas y cada una de las instituciones reguladas.

En común con la nueva generación de Derechos Humanos topamos con un muro de realidad cuando se trata ponderar la efectividad de las medidas. Todas ellas



condicionadas a una voluntad política y tener un aval económico suficiente como para estructurar el sistema con un mínimo de garantías. De no existir tales presupuestos llegamos a la misma conclusión que en el ordinal precedente, atesoraremos enunciados voluntaristas que no alcanzan objetivos más allá de ser simples proclamas.

**Novena.-** El Derecho humano Derecho libre determinación de los Pueblos se ha convertido en uno de los mejores exponentes de la nueva generación de Derechos Humanos. Su origen fue el de Principio inspirador de las relaciones internacionales sobre Pueblos que reclamaban un estatus jurídico autónomo, lo que lo convirtió en el mejor baluarte de empoderamiento de los procesos de descolonización. Bajo sus facultades, se instrumentalizaron las legítimas aspiraciones de emancipación de las colonias. Tras una primera etapa marcada por esta impronta descolonizadora y por un marchamo asociado ineludiblemente a la independencia y posterior constitución de un Estado independiente, se inició un periodo en el que el original Principio internacional adaptó su orientación para convertirse actualmente en el mejor instrumento de canalización de las legítimas aspiraciones de respeto a la identidad de las minorías que se encuentran dentro de los territorios de los Estados. Esta transformación en el Derecho, ha permitido que se vehiculicen las demandas para alcanzar un estatus jurídico diferenciado atendiendo a su singularidad territorial, cultural, político y jurídica en un marco regulatorio integrado dentro del ordenamiento jurídico estatal. Ese es el principal logro del Derecho de Libre determinación de los Pueblos, el de compatibilizar una convivencia pacífica como expresión de los Principios de Democracia, Igualdad y Participación. Ello ha servido para diferenciarlo de figuras como el Derecho a decidir o la Secesión.

**Décima.-** Con carácter previo a la irrupción de la coyuntura global que daría pie a una nueva generación de Derechos Humanos, el Derecho de libre determinación de los pueblos había iniciado ya su recorrido para alcanzar un estatus que permitiera su integración dentro de la nueva generación. El punto de salida puede fijarse en 1945 con la firma de la Carta de Naciones Unidas en la que se recogen referencias al Principio de libre determinación de los pueblos en sus artículos 1.2 y 55. Entendido como un primer paso de reconocimiento y positivación, se trató de un leve intento con empuje

insuficiente como para afrontar su objetivo de atajar la cuestión colonial. Transcurridos 15 años, en 1.960, se aprobó la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales (Resolución 1514-XV), esta vez sí, se dotó a un instrumento internacional de la fuerza vinculante suficiente como afrontar el proceso descolonizador. Junto a ella, la Resolución 1541, amplió a otras posibilidades de ejercicio del Derecho de libre determinación de los Pueblos, más allá de la independencia efectiva, ofreciendo a las Colonias otras vías asociativas o colaboradoras con el país colonizador.

No sería hasta 1.970, con la Resolución 2625-XXV la que trajo una cuarta modalidad al abanico de opciones, en la línea de la Resolución 1541 de atemperar la opción de total independencia, que introdujo un factor legitimador democrático en la decisión de afrontar la cuestión colonial desde un marco claramente democrático, pero sobre todo, vino a consagrar la Libre Determinación de los Pueblos como un Derecho inherente a la condición de todos los Pueblos.

Junto a las Resoluciones, dentro de los instrumentos normativos operados por Naciones Unidas podemos encontrar los Pactos de Nuevo de York o Pactos Internacionales de Derechos Humanos compuestos por dos Tratados internacionales, de 16 de diciembre de 1966: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) . Ambos Pactos vinieron a consagrar el Derecho de todos los Pueblos a su “libre determinación”, reafirmando el mensaje internacional que reconoce su universalidad, abriendo de éste modo un camino sin retorno para su inclusión como Derecho Humano.

**Décimo Primera.-** Para que pudiera completarse una plena integración como Derecho Humano el Derecho de libre determinación debía adquirir una nueva configuración. Una de las aportaciones más relevantes es la que distingue entre la Autodeterminación Externa e Interna, monopolizando ésta última las demandas de cobertura jurídica para Minorías y Pueblos dentro de un espacio común y con absoluto aval democrático. Hablamos exclusivamente de supuestos en los que colectivo, grupo o minoría, demanda el reconocimiento de su identidad diferenciada, exigiendo respeto a su autonomía y sin

que ello ponga en peligro la estabilidad estructural del Estado. De este modo, la Autodeterminación interna es la que doctrinalmente se ha reconocido como la categoría con la que mejor se adecúa la nueva formulación del Derecho de libre determinación de los Pueblos. Paralelamente se ha producido un efecto como contrapeso que impide cualquier intento de ruptura del estatus quo imperante que ha permitido encauzar reclamaciones, que de otro modo hubieran desembocado en conflictos y luchas, lo que ha favoreciendo su asentamiento y pervivencia dentro del plano internacional e interno bajo una clara inspiración democrática.

**Décimo Segunda.-** Junto con la interna, la “Autodeterminación Externa” doctrinalmente está asociada a intereses independentistas que siempre han encontrado las mayores reticencias, tanto en un ámbito internacional como interno. De las posibles situaciones que puede proveer la realidad internacional, sí hay una modalidad en la que se ha entendido plenamente justificada la “Autodeterminación Externa”. Esa excepción viene determinada por la concurrencia de unas circunstancias de especial vulneración de los Derechos esenciales asociada a actitudes xenófobas y discriminatorias. Este modelo denominado “Secesión-remedio” no tiene vínculo alguno con el modelo de libre determinación que sustenta el Derecho Humano de tercera generación. Prevista solo para aquellos supuestos en los que existe una constatación de graves violaciones de los Derechos Humanos, con atentados sistemáticos a las más elementales reglas de convivencia hacia poblaciones diferenciadas étnica, política o territorialmente por parte de un poder Estatal, la comunidad internacional ha avalado y favorecido la Secesión unilateral. Se trata de una modalidad de Secesión singular, donde las excepcionales condiciones que concurren hacen prevalecer la defensa de los Derechos personales básicos sobre el Principio de Integridad Territorial y avalan la independencia o segregación de un Estado para convertirse en autónomo y con plena soberanía. Con todo, la aceptación de la figura es una opción con apoyo mayoritario que no unánime a la vista de las experiencias en las que ha sido aplicada.

**Décimo Tercera.-** La diferenciación del Derecho de libre determinación de los Pueblos con otras figuras afines no se ciñe a una cuestión meramente terminológica. En primer lugar hay que reconocer un tramo paralelo entre “Secesión” y “Autodeterminación”

durante la fase de descolonización. Provocando que en el conocimiento colectivo se haya asentado un uso generalizado de emplear indistintamente ambos términos ya que, ciertamente en un origen compartían múltiples conexiones, pero tras el proceso evolutivo de ambas figuras, se torna una cuestión de especial relevancia definir el uso terminológico adecuado por la distancia que separa tanto su configuración como efectos.

Durante el presente trabajo se ha realizado un especial esfuerzo en zanjar esta cuestión, que genera confusión. La utilización indistinta con mismos fines del Derecho de Libre Determinación de los Pueblos, el Derecho a Decidir y de la Secesión ha provocado una amalgama conceptual que, por lo general, sirve partidistamente de ropaje para pretensiones segregacionistas y que en el fondo consigue diluir la legitimidad democrática y reconocimiento internacional que diferencia cada una de las figuras. En este proceso el que más tiene que perder es el Derecho de libre determinación, que ve comprometida su integridad como institución fundamental en el Derecho Internacional contemporáneo y como un Derecho Humano de tercera generación. Siendo la única institución que avala para aquellos colectivos con identidad singular, la adjudicación de un estatus jurídico-político individualizado dentro del marco legal estatal. Reconocimiento y alcance que no tienen el Derecho a decidir ni la Secesión.

**Décimo Cuarta.-** Para alcanzar un modelo estructurado bajo el actual perfil del Derecho de libre determinación de los pueblos se ha tenido que dotar de un anclaje nítidamente perfilado de su ámbito subjetivo. En este campo, se ha de remarcar los trabajos que han dotado a la figura de “*Pueblo*”, como el sujeto activo identificado mayoritariamente legitimado para ejercer las pretensiones que le otorga el Derecho. Se ha constatado la complejidad del término, así como a su polisemia y variedad semántica, circunstancias todas ellas de las que se puede encontrar fundamentadas propuestas que han conseguido ir dotando a la institución de unas bases que permiten defender su asentamiento y reconocimiento favoreciendo la seguridad jurídica. Tomando como base las propuestas de Viciano Pastor y James Anaya, se puede ofrecer una noción de “*Pueblo*” enmarcando con ello a cualquier colectivo que individualmente así se considere por sí mismo y así reclame ser reconocido. Junto a éste elemento básico

subjetivo, puede añadirse accesoriamente la eventual confluencia de otros elementos como son una cultura y lengua común, un territorio definido o una tradición ancestral, etc., sin que éstos se eleven a requisitos imprescindibles para el reconocimiento del Derecho. Permitiendo de este modo su extensión a las “*Minorías*”, bastando su demanda de reivindicación de respeto y protección a su identidad, para canalizar su ejercicio bajo el Derecho de libre determinación y constituir el deber para aquellos Estados “multinacionales” o “plurinacionales” de garantizar su efectividad.

**Décimo Quinta.-** La mejor aplicación del Derecho de libre determinación de los Pueblos como Derecho Humano de tercera generación lo encontramos en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Los tres procesos constituyentes de sendas Constituciones de Venezuela, Bolivia y Ecuador han plasmado la visión actual del Derecho de Libre determinación de los Pueblos en el tratamiento constitucional que se ha hecho de las realidades indígenas que se integran dentro de sus territorios. Mientras que otros modelos han optado por una ordenación por medio de la legalidad ordinaria legitimada por principios básicos constitucionales, en las Constituciones que forman el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano es expresión de una voluntad rotunda de equiparación cívica al incluir en el texto constitucional un desarrollo material pormenorizado. La preeminencia dentro del ordenamiento jurídico estatal de los Pueblos Indígenas se evidencia en procesos constituyentes de firme impronta democrática y con un resultado sin precedentes ni comparación en el mundo constitucional vigente.

**Décimo Sexta.-** Es justo destacar algunas de las experiencias internacionales que han contribuido a delimitar los actuales contornos subjetivos y materiales del Derecho de libre determinación de los Pueblos. Entre ellos puede destacarse dos iniciativas, las de Quebec y la de Escocia. Se han convertido en referentes internacionales, principalmente la de Quebec en la que la decisión de la Corte Suprema Canadiense de 20 de agosto de 1.998 supuso un inequívoco avance en la configuración del nuevo modelo del Derecho como expresión de las demandas de respeto a las poblaciones con identidad diferenciada dentro del territorio estatal. Su gran contribución puede resumirse en establecer el Principio Democrático como el principal criterio legitimador de las pretensiones de los

Pueblos para alcanzar un estatus jurídico diferenciado. Avalado mayoritariamente su propósito, ha de ser respetado y ejecutado.

**Décimo Séptima.-** El proceso de consolidación del Derecho de libre determinación de los Pueblos, se ha visto impulsado por un nuevo paradigma de relación entre los colectivos diferenciados que conviven dentro de un mismo territorio. El fenómeno de la interculturalidad, ha venido a ofrecer un importante estímulo al fomentar relaciones bilaterales y recíprocas entre los Pueblos y colectivos que comparten un territorio, favoreciendo la conformación de un espacio de entendimiento y equitativa convivencia.

**Décimo Octava.-** Por primera vez el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano ha alzado a rango constitucional, el tratamiento de materias como autogobierno, desarrollo, recursos naturales y pluralismo jurídico de los Pueblos Indígenas dotando a la identidad diferenciada de una inusual relevancia. Ello lo ha convertido en la mejor manifestación práctica del Derecho Humano de tercera generación a su libre determinación. Se ha pasado de un modelo que relegaba a la legalidad ordinaria su regulación y con una convivencia tolerada, a un esquema bajo posiciones de igualdad que eleva la identidad diferenciada a estatus equivalente al del propio Estado. La mejor muestra de ello es la regulación constitucional de las cuestiones más importantes en el sustento de esa identidad diferenciada de los Pueblos Indígenas que han sido recogidos en los textos constitucionales y que hoy son referencia mundial en su tratamiento.

Tal simbiosis se ha traducido a nivel constitucional en una distribución de competencias que otorga un alto grado de autonomía implicando que cualquier decisión que pueda afectar al desarrollo de la comunidad indígena sea conformada, decidida y ejecutada por la propia comunidad. Y la virtud de ello es que se armoniza dentro de un marco común de convivencia.

**Décimo Novena.-** El Derecho de libre determinación no es un Derecho absoluto. En modo alguno puede inferirse de sus facultades un halo de legitimidad indefinida e infinita que justifique actuaciones que atentan contra las normas más esenciales de convivencia, es decir, contra lo establecido por los propios Derechos Humanos. En este

aspecto el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano se ha posicionado limitando sus efectos y vetando cualquier pretensión que conculque los derechos personales. Un claro ejemplo de ello son las prescripciones constitucionales que encontramos en alguno de sus textos en los que se establece garantías para la salvaguarda de la dignidad de la mujer así como su participación en régimen de plena igualdad en el desarrollo familiar y social. Junto a ello, se han erigido a los Derechos Humanos de las generaciones preexistentes como términos infranqueables en la aplicación del Derecho de libre determinación de los Pueblos en la experiencia del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Ambas limitaciones ofrecen plena garantía de una aplicación ponderada y equitativa del Derecho.

## 7. Bibliografía.

### ÍNDICE DOCUMENTACIÓN

1. “La política en tiempos de incertidumbre”. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Congreso Español de Ciencia Política. 18 a 20 de septiembre de 2013.
2. Alcantarilla Hidalgo, Fernando José: *Utopía y Derechos Humanos. Los Derechos del hombre en las sociedades ideales*. Tesis. Uned. 2007.
3. Alemany Briz, Jesús María. “La paz ¿un derecho humano?. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, ISSN 1133-4797, N° Extra 2, 1998, págs. 17-46 (B)
4. Allen Buchanan, David Copp, George Fletcher y Henry Shue: *Autodeterminación y Secesión*. Gedisa. 2.014.
5. Alonso Iglesias, José Luis: *Los derechos humanos de tercera generación y los movimientos sociales*. Universidad de León. Abril 2004.
6. Altamirano Dimas, Gonzalo: *Los Derechos Humanos de Cuarta Generación. Un acercamiento*. Centro de Estudios Sociales y Opinión Pública. México. Agosto 2017.
7. Alva Arévalo, Amelia: “El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Derecho Internacional”. *Cuadernos Deusto Derechos Humanos*. Núm. 76. Bilbao. 2014.
8. Alvarado Marambio, José Tomás. “¿Derecho a la felicidad?”. *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, Vol. 25, N°. 2, 2016, págs. 243-265



9. Álvarez Conde, Enrique y Tur Ausina, Rosario. “Los Derechos en el constitucionalismo: tipología y tutela “multinivel”. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 231-276.
10. Álvarez Molinero, N. “Pueblos Indígenas y Derecho de Autodeterminación. ¿Hacia un Derecho Internacional Multicultural?”. *Cuaderno Deusto de Derechos Humanos*. Núm. 47. Universidad de Deusto. 2008.
11. Álvarez-Cienfuegos Fidalgo, Juan “Un apunte sobre los derechos humanos y sus generaciones”. Obra Colectiva. *Globalización, Derechos Humanos y Sociedad de la Información*. Agosto 2007. Págs. 9-21.
12. Amezúa Amezúa Luis Carlos y Francisco J. Andrés Santos. “Algunas reflexiones en torno al multiculturalismo y a los derechos colectivos en el primer constitucionalismo iberoamericano. *Obra Colectiva: Derechos Humanos: Problemas Actuales. Estudios homenaje a Benito de Castro Cid*. Universitas. 2013.
13. Anaya, James: “El Derecho de los Pueblos Indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración”. Obra colectiva. Claire Chambers y Rodolfo Stavenhagen: *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*. IWGIA. 2010.
14. Anaya, James: *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*. Trotta. Universidad Internacional de Andalucía. 2005.
15. Antona Bustos, Jesús: *Los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. El AzMapu y el caso Mapuche*. Universidad Católica de Temuco. 2014.

16. Añón Roig, María José. “Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación”. *Colección El Derecho y la Justicia*. 1994.
17. Aparicio Wilhelmi, Marco. “Derechos y pueblos indígenas: avances objetivos, debilidades subjetivas”. *Revista de Antropología Social* Núm. 24. 2015. Págs. 127-147
18. Aparicio Wilhelmi, Marco. “La libre determinación y la autonomía de los Pueblos Indígenas. El caso de México”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLII, núm. 124, enero-abril de 2009, pp. 13-38.
19. Aparicio Wilhelmi, Marco: *El Derecho de los Pueblos a la libre determinación*. Pueblos Indígenas y Derechos Humanos. Universidad de Deusto. Bilbao. 2006.
20. Ara Pinilla, Ignacio. “Los derechos humanos de la tercera generación en la dinámica de la legitimidad democrática”. Obra colectiva. *El fundamento de los derechos humanos*. (coord. por Javier Muguerza Carpintier, Gregorio Peces-Barba). Págs. 57-66. 1989.
21. Arias, Alicia, “Los derechos colectivos y su relación con las acciones populares. Alicia Arias”. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. *Revista Jurídica Online* . 13/02/1999.
22. Arteaga Jara, Andrés. *Los Derechos de los pueblos indígenas y su reconocimiento internacional: La Declaración de Naciones Unidas*. Universidad de Concepción. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Chile. 2007.

23. Ávila López, A.M. “Hay en América Latina un neoconstitucionalismo o un nuevo constitucionalismo”. Seminario nacional tutelas à efetivação de direitos indisponíveis. Porto Alegre: FMP, 2016, p. 10-28.
24. Ayala, Natalia: Derechos Humanos y Globalización. Un análisis preliminar para América Latina. Globalización y Derechos Humanos. D3E. Julio 2003.
25. Bailón Corres, Moisés Jaime: “Derechos Humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas; algunas consideraciones generales”. Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos. 2009.
26. Balbín, Jesús William y Arango, Oscar Ignacio: *Globalización de los derechos. Repensando la condición humana*. Instituto Popular de Capacitación. Civis. 2003.
27. Baldi, Cesar Augusto: “Del constitucionalismo moderno al nuevo constitucionalismo latinoamericano descolonizador”. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*. ISSN 1889-8068. Año V No. 9 Enero-Junio 2013
28. Ballesteros Llompart, J. “Derecho Humano al Medio Ambiente”. *Cuadernos de bioética, Vol. 11, N° 42, 2000, págs. 184-199*. “Derechos Humanos al Medio Ambiente”.
29. Ballón Aguirre, Francisco: *Introducción al Derecho de los Pueblos Indígenas*. Programa de Comunidades Nativas. Lima, Perú, setiembre 2003.

30. Barabas, Alicia M.: *Multiculturalismo, pluralismo cultural e interculturalidad en el contexto de América Latina: la presencia de los pueblos originarios*. Centro de InvestigaçãomCiênciasSociais. 2.016.
31. Bartolomé, Miguel Alberto, “El derecho a la existencia cultural alterna”, *Derechos indígenas en la actualidad*, México, Unam. Instituto de investigaciones Jurídicas, 1994. Pág. 103 y ss.
32. Bautista Cruz, Susana “Los Pueblos Indígenas y Derechos lingüísticos en México”. Obra colectiva. *Estudios Homenaje a D. Jose Emilio Rolando Ordoñez Cifuentes*. Coord. Maria Carmen Macias Vázquez y Marisol Anglés Hernández. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2013. Pág. 75 y ss.
33. Belloso Martín, Nuria. “El Neoconstitucionalismo y el “Nuevo” Constitucionalismo Latinoamericano: ¿Dos corrientes llamadas a entenderse?”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. 29 diciembre 2015.
34. Berraondo, Mikel (coord.): *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto. 2006.
35. Blengio, Mariana: *Manual de Derechos Humanos*. UDELAR. Facultad de Derecho. Octubre 2016.
36. Brieger, Pedro: *El Conflicto Palestino-Israelí. Cien preguntas y respuestas*. Editorial Capital Intelectual. 2010.

37. Burger, Julián. *La Protección de los Pueblos Indígenas en el Sistema Internacional* . Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables. University of Essex, UK. 2015
38. Bustamante Donas, Javier. “Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica”. *Revista Iberoamericana de la Ciencia, Tecnología, Sociedad y la Innovación*. Núm. 1. Septiembre-Diciembre 2.001.
39. Calonge Velázquez, Antonio. “El derecho de secesión de Canadá: Una regulación jurídica completa y un problema político sin resolver”. *Revista de Derecho de la Unión Europea*. Madrid ISSN 1695-1085. nº 25, págs. 107-124. Diciembre 2013
40. Castro Montero, José Luis. “La silla vacía y el dilema de la participación ciudadana en el Ecuador”. *IusHumani. Revista de Derecho*. Vol. 4 (2014/2015), págs. 299-330. ISSN: 1390-440X – eISSN: 1390-7794. Publicación electrónica: 17-11-2015.
41. Cayuqueo, Pedro. “La Autodeterminación Mapuche en el marco de un Estado multinacional”. *Ponencia Foro Estado y Pueblo Mapuche: Derecho Indígena, Territorio y Autonomía*. Universidad Academia de Humanismo Cristiano. Santiago de Chile. 23 de junio de 1999.
42. Celina Fares, HertaPoquet, Sandra Corral (obra colectiva): *Democracia y Derechos de Segunda y Tercera generación Polimodal*. Publicación de la Secretaría de Extensión Universitaria de la Universidad Nacional de Cuyo, Serie Trayectos Cognitivos, N° 14. 2005

43. Centro de Estudios Instituto Igualdad. Programa de Asesoría Legislativa: *Derechos Humanos de Tercera Generación, Derechos Colectivos, Derechos de los Pueblos Indígenas y su Titularidad*. Minuta legislativa 28. Noviembre 2010.
  
44. Chacón Piqueras, Carmen y Ruiz Robledo, Agustí: *El Dictamen sobre la Secesión de Quebec: Un comentari*. Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals. Barcelona, octubre de 1999.
  
45. Chanamé Orbe, Raúl. “El habeas data y los derechos de tercera generación”. *Fragmento de la tesis Habeas Data y El Derecho Fundamental a la Intimidad de la Persona*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, Perú. 2003.
  
46. Christoph Menke y Arnd Pollmann: *Filosofía de los Derechos Humanos*. Herder Editorial, 2010.
  
47. Clara Galvis, María y Ramírez, Ángela: *Manual para defender los Derechos de los Pueblos Indígenas*. DueProcess of Law Foundation. Diciembre 2.011
  
48. Clavero, Bartolomé “La Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas: el reto de la interpretación de una norma contradictoria”. *Revista Pensamiento Constitucional*. Núm. 21. PP. 11-26. 2016.
  
49. Colazo, Thais Luzia. “El reconocimiento constitucional del derecho y la jurisdicción indígena como afirmación de la autodeterminación de los pueblos indígenas”. *Revista Alegatos*, núm. 87, México, mayo/agosto de 2014.

50. Colmenares Olivar, Ricardo “El Derecho a la Autonomía de los Pueblos Indígenas en Venezuela”. *Revista Cenipec*. Núm. 21. Enero-Diciembre 2002.
51. Condor, Eddie (Coord.) obra colectiva: *Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina*. Fundación Konrad Adenauer. Participación Política Indígena. Bolivia. 2011.
52. Correas Vázquez, Óscar “La Teoría General del Derecho frente a la Antropología Política”. *Revista Pueblos y Fronteras Digital*, vol. 6, núm. 11, pp. 89-115 Universidad Nacional Autónoma de México. Junio-noviembre 2011.
53. Correas, Oscar. “La Teoría General del Derecho frente a la Antropología Política. *Revista Pueblos y Fronteras Digital*, vol. 6, núm. 11, junio-noviembre, 2011, pp. 89-115.
54. Da Cunha Lopes, Teresa; Luviano González, Rafael; Revuelta Vaquero, Benjamin; Sánchez Benítez, Roberto (Coords.): *Globalización, derechos humanos y sociedad de la información*. México 2007.
55. Daniel Quilaqueo R. y Héctor Torres C. “Multiculturalidad e Interculturalidad: Desafíos epistemológicos de la escolarización desarrollada en contextos indígenas”. *Alpha*. no.37 Osorno dic. 2013.
56. De Castro Cid, Benito: *Introducción al estudio de los derechos humanos*. Editorial Universitas. 2003.

57. De Sousa Santos, Boaventura. “La reinención del Estado y el Estado plurinacional”. *CENJA, CEDIS, CEDIB*. Bolivia. Abril 2007.
58. Del Arenal, Celestino. “Democracia y derechos humanos en las relaciones Unión Europea-América Latina”. *Revista Electrónica Iberoamericana. ALCUE*. Vol. 1. Núm. 1. 2007.
59. Díaz Müller, Luis T.: *Minorías y Globalización: Problemas Cognitivos en la Sociedad del Siglo XXI*. Obra colectiva. *Estudios Homenaje a D. Jose Emilio Rolando Ordoñez Cifuentes*. Coord. Maria Carmen Macias Vázquez y Marisol Anglés Hernández. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Pág. 393 y ss. 2013
60. Domínguez Scheid, Carlos: *Los llamados derechos de la tercera generación*. Universidad Autónoma de Chile. 2005.
61. Escámez Sánchez, Juan. "La educación para la promoción de los Derechos Humanos de la tercera generación". *EncountersonEducationVolume 5*, pp. 81 – 100. 2004
62. Estella Pareja, Aida Guillén, IrkusLarrinaga, Àlex Boso y MihaelaVancea: *La carta de derechos humanos emergentes. Una respuesta de la sociedad civil a los retos del siglo XXI*. Institut de DretsHumans de Catalunya. 2006.
63. Estrada López, Elías. “Derechos de tercera generación”. *Revista Podium Notarial*. Número 34. Diciembre 2006.



64. Figuera Vargas, Sorily Carolina “Los Pueblos Indígenas: Libre determinación y Subjetividad internacional”. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*. nº 22, pp. 105-123.2010-II,
65. Figuera Vargas, Sorily Carolina: *Jurisdicción especial indígena en Latinoamérica. Una referencia específica al Sistema Jurídico Colombiano*. Universidad del Norte. Colombia. 2015.
66. Figuera Vargas, Sorily y Ariza Lascarro, Andrea “Derecho a la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas en el ordenamiento jurídico colombiano”. *Revista de Estudios Sociales*. Núm. 53. Julio-septiembre. Pags. 65-76. ISSN 0123-885X. 2018.
67. Flores Salgado, Lucerito Ludmila, “Temas actuales de los derechos humanos de última generación”. Universidad de Puebla. 2015.
68. Forno Florez, Giovanni: *Apuntes sobre el Derecho de Libre Determinación de los Pueblos*. Agenda internacional. año IX. Núm. 18. Págs. 91-120. 2003.
69. Fundación TukuiShimi: *Manual Básico sobre la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) y Fundación IPES-ELKARTEA de Navarra. Quito 2010.
70. Galarza Quezada, P.M y Paronyan, H.: *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la libre determinación en el Derecho Internacional*. Innova Research Journal. Vol. 2. Núm. 12. Págs. 38-48. 2017.
71. García Sánchez, María del Rocío; Reyes, Joaquín. “Desafíos de las tecnologías y Derechos Humanos”. *Revista Iberoamericana de las Ciencias Sociales y Humanísticas: RICSH*, ISSN-e 2395-7972, Vol.

3, N°. 5, 2014.

72. Gargarella, R y Courtis, Christian: *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Cepal. Naciones Unidas. Serie Políticas Sociales. Núm. 153. 2009.
73. Gargarella, Roberto. “El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”. *Revista Estudios Sociales* 48, primer semestre 2015.
74. Gargarella, Roberto. “La «sala de máquinas» de las constituciones latinoamericana: Entre lo viejo y lo nuevo”. Nueva sociedad, ISSN 0251-3552, N°. 258, págs. 96-106. 2015
75. Gargarella, Roberto. “Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas. Una Breve Introducción”. *Boletín Onteaiken* No 15 - Pág. 27. Mayo 2013
76. Gargarella, Roberto: *La sala de máquinas de la Constitución*. Katz Editores. 2015.
77. Giancarlo, Rolla. “La evolución del constitucionalismo en américa latina y la originalidad de las experiencias de justicia constitucional”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* ISSN 1138-4824, núm. 16, Madrid, págs. 329-351 2012.
78. Gil Rendón, Raymundo. “Los derechos fundamentales y la impartición de justicia”. *Revista de Investigación Jurídica-Técnico Profesional*. Tribunal Federal de Justicia Administrativa. México. Agosto 2010.

79. Goig Martínez, J.M. “Multiculturalidad, integración y Derechos de los Inmigrantes en España”. Dykinson. 2.015.
80. Goig Martínez, Juan Manuel. “Tratamiento Constitucional de los derechos en Venezuela. ¿Eficacia o desvalorización?. *Revista de Derecho UNED*, núm. 15, 2014.
81. Goig, Juan Manuel: *Inmigración y diversidad cultural sobre los derechos culturales de los inmigrantes. Obra Colectiva Derechos Humanos. Problemas actuales. Estudios homenaje al Profesor Benito de Castro Cid*. Universitas. 2013
82. Gómez Adanero, Mercedes. “Teoría del Derecho”. (obra colectiva). Uned. 2007
83. Gómez Galán, Manuel. Sainz Ollero, Jector. Pavón Piscitello, Daniel J.: *El enfoque basado en derechos humanos en los programas y proyectos de desarrollo*. CIDEAL. 2013.
84. Gómez Isa, Felipe: *La protección internacional de los Derechos Humanos en los albores del siglo XXI*. Universidad de Deusto. Bilbao. 2004.
85. Gómez Rivera, María Magdalena, “El derecho indígena frente al espejo de América Latina”, en *Revista Dimensión Antropológica*, vol. 13, mayo-agosto, 1998, pp. 75-103.
86. Gómez Sánchez, Yolanda. (Coord.): *Obra Colectiva. Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*. Comisionado por los Derechos Humanos. Uned. México. 2004.

87. Gómez Tamayo, Daniel Fernando. “Los Derechos Humanos y el Constitucionalismo Contemporáneo”. *Revista Boliviana de Derecho*, ISSN-e 2070-8157, N°. 5, 2008, págs. 33-44.
88. González R. Arnáiz, Graciano. *Los derechos humanos como patrimonio inmaterial de humanidad. Derechos humanos: problemas actuales: estudios en homenaje al profesor Benito de Castro Cid*. coord. por Narciso Martínez Morán, Ana María Marcos del Cano, Rafael Junquera de Estéfani, Vol. 2, 2013, págs. 1435-1452
89. González-Rodríguez Arnáiz, Graciano. “Sociedad tecnológica y bien común.: A propósito de la cuestión de los commons”. *Revista española de ciencia, tecnología y sociedad, y filosofía de la tecnología*, ISSN 1139-3327, N° 14, 2011, págs. 13-36
90. Gordillo, Agustín (obra colectiva): *Derechos Humanos*. Fundación de Derechos Administrativo. Buenos Aires. 2007.
91. Grau, María Amparo. “Los Intereses Colectivos y Difusos” en *Derecho y Sociedad*. *Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila*, Número 2, Abril, Caracas, 2001.
92. Gros Espiell, Héctor “El caso de las islas canarias y el derecho a la libre determinación de los pueblos”. *Revista de la Universidad de Murcia*. 1978.
93. Gros Espiell, Héctor. “El Derecho a la libre determinación de los pueblos y los Derechos Humanos”. *Anuario de Derechos Humanos*. Instituto de Derechos Humanos. Universidad Complutense. Núm. I. 1982.

94. Gros Espiell, Héctor. *“En torno al Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos”*. *Anuario español de derecho internacional*, ISSN 0212-0747, N° 3, págs. 49-74, 1976
  
95. Grosso, José Luis. “Interculturalidad Latinoamericana. Los escenarios de la comunicación y la ciudadanía”. Publicado en *Interacões. Revista Internacional de Desenvolvimento Local*. Volume 4, Número 6, Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande (MS), pp. 17-45., Marzo 2003
  
96. Guerra Sesma, Daniel. “Autodeterminación y secesión en el ordenamiento internacional. Los casos de Quebec, Escocia y Cataluña”. *XI Congreso de la Asociación Española de Ciencia Política y de la Administración*. 2013.
  
97. Gumucio Dragon, Alfonso. “Comunicación como valor de desarrollo social” *Revista Razón y Palabra*. Número 80. Agosto-Octubre 2012.
  
98. Hernando Santiago, Francisco José: *Los Derechos de “Última Generación*. Discurso de apertura del Presidente del Tribunal Supremo. 2007.
  
99. Houtart, Francois (obra colectiva): *La autodeterminación de los Pueblos*. Icaria. 2008.
  
100. Indira Rodríguez Brito, Dulce María Vargas, Ángel Oswaldo Hernández: *El estado social y el reconocimiento de derechos de 2ª y 3ª generación*. República Bolivariana de Venezuela. Ministerio del Poder Popular para la Educación Superior. Aldea Universitaria Evelia Avilan de Pimentel. Programa de Formación de Grado Estudios Jurídicos. Unidad Curricular: DERECHOS HUMANOS Y MODELOS DE DESARROLLO. Maiquetía, 11 de noviembre de

2010.

101. Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Constitucionalidad y Derechos de los Pueblos Indígenas*. Informe de la Relatoría. Taller “Constitucionalismo y Derechos de los Pueblos Indígenas”. Guatemala. 7/8-Marzo de 1994.
102. Jarillo Aldeanueva, Álvaro: *Pueblos y Democracia en Derecho Internacional*. Tirant lo Blanch. Uned. 2.012.
103. Jesús María Casal, Carmen Luisa Roche, Jacqueline Richter, Alma Chacón Hanson: *Derechos Humanos, Equidad y Acceso a la Justicia*. Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales. Caracas. 1a edición, noviembre 2005.
104. Jiménez Benítez, Guillermo William. “El enfoque de los Derechos Humanos y las Políticas Públicas”. *Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 7, núm. 12, enero-junio, 2007, pp. 31-46.
105. Jorge Cagiao y Gennaro Ferraiuolo: *El encaje constitucional del derecho a decidir*. Ediciones Catarata. 2016.
106. Jorge Urbina, Julio “Las Naciones Unidas y su contribución al desarrollo del Principio de Autodeterminación”. *Dereito* Vol. 10, núm. 1. 197-239. 2001.
107. Khanna, V.N. “International Relations”. *Apéndice I*, 5th Edition. 2013.
108. Kymlicka, Will: *Ciudadanía Multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Paidós. 1996.

109. Larrain, Horacio. “¿Pueblo, etnia o nación? hacía una clarificación antropológica de conceptos corporativos aplicables a las comunidades indígenas”. *Revista de Ciencias Sociales (CI)*, núm. 2, 1993. Universidad Arturo Prat., pp. 28-53.
110. Lascarro Castellar, C: *De la hegemonía (neo) constitucional a la estrategia del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. Universidad de Colombia. Recibido el 30 de junio de 2012 y aprobado el 5 de octubre de 2012.
111. Laurence Burgorgue-Larsen, Antonio Maués Beatriz Eugenia Sánchez Mojica.: *Manual de Derechos Humanos y Políticas Públicas*. Dhes. Red de Derechos Humanos y Educación Superior. 2014.
112. Lima Baez, Nayeli: “La protección a la identidad cultural de los Pueblos Indígenas en la Corte Interamericana a través de Derechos individuales ejercidos colectivamente”. *Obra colectiva Estudios Homenaje a D. Jose Emilio Rolando Ordoñez Cifuentes*. Coord. Maria Carmen Macias Vázquez y Marisol Anglés Hernández. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Pág. 127 y ss. 2013
113. López Fuentes, José Luis: *Los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Servicio de Publicaciones Diputación de Málaga. 2006.
114. López López, Pedro y Samek, Toni. “Inclusión Digital: Un nuevo Derecho Humano”. *Educación y biblioteca*, ISSN 0214-7491, Año nº 21, Nº 172, págs. 114-118. 2009.

115. Macias Vazquez, Maria del Carmen y Anglés Hernández Marisol, (Obra colectiva): *Estudios homenaje a D. José Emilio Rolando-Ordoñez Cifuentes*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica. Universidad de México. Núm. 681. 2.013.
116. Maldonado Ledezma, Ictzel. “De la multiculturalidad y la interculturalidad: La reforma del Estado y los pueblos indígenas en México”. *Andamios. Revista de Investigación Social*. Vol. 7. 14/12/2010. Pág. 287-319.
117. Mantovani de Lima, R. y Bergamaschine Mata Diaz, J: *El derecho de las minorías y los conflictos armados: la creación y puesta en marcha del Tribunal Especial para el Líbano*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XV, pp. 571-610. 2015
118. Martí i Puig, S: *Pueblos Indígenas y política en América Latina. El reconocimiento de sus derechos y el impacto de sus demandas a inicios del siglo XXI*. Obra colectiva. Fundación Cidob. 2007.
119. Martínez Dalmau, Rubén. “El Ejercicio del Poder Constituyente en el Nuevo Constitucionalismo”. *Revista general de derecho público comparado*, ISSN 1988-5091, N°. 11, 2012.
120. Martínez Jiménez, Aitor.: *El Derecho de Autodeterminación de los Pueblos en el Siglo XXI. La secesión-remedio como consecuencia de graves violaciones de Derechos Humanos*. Thomson-Aranzadi.2014
121. Martínez Morán, Narciso. “La tercera generación de derechos humanos la solidaridad”. *Una filosofía del derecho en acción: homenaje al profesor Andrés Ollero*. coord. por Cristina Hermida del Llano, José Antonio Santos Arnaiz; Andrés Ollero Tassara (hom.), págs. 1103-1128, 2015.



122. Megías Quirós, Jose Justo. (coord.): *Manual de derechos humanos : los derechos humanos en el siglo XXI*. Thomson Reuters-Aranzadi. 2006.
123. Melik Ozden y Christophe Golay, “El Derecho de los Pueblos a la Autodeterminación ya la Soberanía permanente sobre sus recursos naturales desde la perspectiva de los Derechos Humanos”. *Colección del Programa Derechos Humanos del Centro Europa- Tercer Mundo* (CETIM). 2010.
124. Mendoza Antúnez, Claudia A. “El Derecho de Autodeterminación: Un Derecho Humano de los Pueblos Indígenas”. *Obra colectiva Estudios Homenaje a D. Jose Emilio Rolando Ordoñez Cifuentes*. Coord. Maria Carmen Macías Vázquez y Marisol Anglés Hernández. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Pág. 1 y ss. 2013.
125. Milena Echeverry-Campuzano, Ángela y Ramírez Bacca, Renzo. “Proceso constituyente y Asamblea Nacional de 1991. Representaciones sobre la paz en la prensa escrita a partir de voz”. *La verdad del Pueblo. Proceso constituyente y Asamblea Nacional de 1991* (pp. 11-44). 1991.
126. Mohamed-Fadeluld Ismail UldEs-Sweyih.: *El primer Estado del Sáhara Occidental*. Traducción de NathnaÏl Raballand y Carmen Astiaso. Ediciones L'Harmattan, París, 1998.

127. Monge Morales, G.J. “Análisis crítico del Derecho Constitucional desde la perspectiva del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Entrevista a Rubén Martínez Dalmau”. *THEMIS: Revista de Derecho*, ISSN 1810-9934, N°. 67, 2015.
128. Morales Aguilera, Paulina. “Justicia y derechos humanos: posibilidades de una reflexión desde los planteamientos rawlsianos”. *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, [S.l.], n. 51, sep. 2009.
129. Nogueira Alcalá, Humberto. “Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución chilena vigente”. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 16, n. 16, p. 2-47, julho/dezembro de 2014.
130. Nota de prensa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela de 9 de diciembre de 2009.: *Constitución bolivariana. Derechos de tercera generación*. 2009.
131. Onu-Habitat.: *El Derecho a una vivienda adecuada*. Folleto Informativo 21/Rev 1. Oficina Alto Comisionado para los Derechos Humanos.
132. Ortega Martínez, Jesús. “Sociedad de la información y derechos humanos de la cuarta generación. Un desafío inmediato para el derecho constitucional”. Carbonell, Miguel (Coord.) *Derecho Constitucional: Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Unam. México. 2004. Págs. 663-684.
133. Osuna Fernández-Largo, Antonio. “Los Derechos Humanos. Ámbitos y Desarrollo”. Edibesa. 2002.

134. Pablo Jiménez, Eduardo.: *Los Derechos Humanos de la Tercera Generación*. EDIAR. 1997.
135. Page, Alan. “El referéndum de independencia escocés”. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 37, 2016, pp. 437-448.
136. Palacios Romeo, Francisco.: *Nuevo Constitucionalismo Participativo en Latinoamérica. Una propuesta frente a la crisis del Behemoth occidental*. Aranzadi. 2013.
137. Payero López, L. “El Derecho de Autodeterminación en España: Breve explicación para extranjeros estupefactos y naciones incautos”. *REAF núm. 23*, p. 46-79. Abril 2016.
138. Payero López, Lucía. “El esencialismo constitucional: la Constitución española al servicio de la unidad nacional”. *Oñati socio-legal series*, ISSN-e 2079-5971, Vol. 6, Nº. 3, 2016 (Ejemplar dedicado a: Past, Present and Future of Sociology of Law), págs. 726-748.
139. Payero López, Lucía. “La teoría de la Federación de Olivier Beaud y su aplicación a la realidad política española”. *Derecho, Filosofía y Sociedad: Una perspectiva multidisciplinar*. Págs. 51-66. Marzo 2016.
140. Payero López, L. “El derecho de autodeterminación nacional ¿un derecho humano?”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. Diciembre 2015.
141. Peces Barba, Gregorio.: *Derecho y Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

142. Pérez Casanova, W.J. “Sálvanos Wilson. El remedio americano para la decadencia europea”. Actas del III Congreso Internacional de Historia de Nuestro Tiempo. Logroño: Universidad de La Rioja, pp. 187-196. 2012.
143. Perez Contreras, María de Montserrat “Comentarios a la legislación sobre los Derechos Humanos de las Mujeres Indígenas en México vs. Usos y Costumbres”. Obra colectiva *Estudios Homenaje a D. Jose Emilio Rolando Ordoñez Cifuentes*. Coord. María Carmen Macias Vázquez y Marisol Anglés Hernández. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Pág. 205 y ss. 2013
144. Pérez Luño, Antonio Enrique. “Estado constitucional y derechos de la tercera generación”. *Anuario de Filosofía del Derecho. XIV* . Págs. 545-570. 1997.
145. Pérez Luño, Antonio Enrique. “La evolución del Estado Social y la transformación de los derechos fundamentales”. Enrique Olivas. (obra colectiva).*Problemas de legitimación del estado social*. Madrid. Trotta. 1991.
146. Pérez Luño, Antonio Enrique. “Los Derechos Humanos de Hoy: Perspectivas y Retos”. *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, ISSN 1130-2097, N° 51, págs. 465-544. 2014.
147. Pérez Luño, Antonio Enrique. “Nuevas Tecnologías y Nuevos Derechos”. Obra colectiva *Efectos de la tecnología de la información y de la comunicación en los derechos humanos*. Instituto de Derechos Humanos de Cataluña. Barcelona. Págs. 18-37. 2010

148. Pérez Luño, Antonio Enrique.:*La Tercera Generación de Derechos*. Aranzadi. 2006.
149. Pérez Luño, Antonio Enrique.: *Los Derechos Fundamentales*. Tecnos. 2013.
150. Pérez Luño, Antonio Enrique.:*Los Derechos Humanos en la sociedad tecnológica*. Universitas. 2012.
151. Pérez, Federico. “WillKimlicka: La defensa del nacionalismo minoritario”. *Astrolabio: revista internacional de filosofía*, ISSN-e 1699-7549, N° 4, págs. 61-77. 2007.
152. Perfecto García, Miguel Ángel. “A propósito de Braveheart y el mito de la Escocia independiente: reflexiones sobre el nacionalismo escocés contemporáneo”. *Revista Scientia. n° 4, Revista de la Universidad Ricardo Palma. Lima, Perú, 2004*.
153. Polo, Luis Felipe.: *Fundamentos filosóficos de los derechos humanos*. Arte Nativas 2000.
154. Ponte Iglesias, María Teresa “Derechos Humanos y Pueblos Indígenas en Venezuela”. *Dereito Vol.22, n° ext.:499-531· ISSN 1132-9947*.Novembro, 2013.
155. Quisbert, Ermo.:*Los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios de Derecho. 2010.
156. RABOSI Eduardo, Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché , en *Lecciones y Ensayos, 69-71 (1997/1998)*, p. 41-51.

157. Remiro Brotóns, Antonio.: *Derecho Internacional*. Tirant lo Blanch. 2007.
158. Rey Cantor, Ernesto.: *Derechos humanos de tercera generación*. Universidad Libre. Séptima Edición. Facultad de Derecho. Cátedra Gerardo Molina. 2012.
159. Ridao i Martín, Joan. “La juridificación del Derecho a decidir en España. La Sentencia del Tribunal Constitucional 42/2014 y el Derecho a aspirar a un proceso de cambio político del orden constitucional”. *UNED. Revista de Derecho Político*. N.º 91, págs. 91-136. Septiembre-diciembre 2014.
160. Ringa Matías, M. “Un ensayo filosófico sobre las constituciones de Venezuela., Bolivia y Ecuador.”, *Lecciones y Ensayos, Nro. 94*, pp. 313-343. 2015.
161. Rodríguez Añuez, Mirna. “El derecho a la libre autodeterminación de los pueblos y el caso fallido del Sahara Occidental. Los límites del cosmopolitismo y la ecosoberanía como propuesta alternativa”. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 19, nº 37. Primer semestre de 2017.
162. Rodríguez Palop, María Eugenia. “¿Nuevos derechos a debate?. Razones para no resistir”. *Anuario de filosofía del derecho*, ISSN 0518-0872, N° 20, págs. 227-254. 2003.
163. Rodríguez Palop, María Eugenia. “Antonio Pérez Luño. La tercera generación de derechos humanos”. *Derechos y Libertades. Número 16, Época II*, pp 227-284. Enero 2007.

164. Rodríguez Palop, María Eugenia: *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*. Dykinson. 2010.
165. Rodríguez Rescia, Víctor.: *Los Derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano: Mecanismos para su protección*. IIDH, San José. 2004.
166. Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge “Sobre el derecho de autodeterminación y su compatibilidad con la Constitución”. *Teoría y realidad constitucional*. núm. 3, 1º semestre 1.999. PP. 103-124.
167. Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge “Sobre el derecho de autodeterminación y su compatibilidad con la Constitución”. *Teoría y realidad constitucional*. núm. 3, 1º semestre 1.999. PP. 103-124.
168. Rosalía Quiroz Papa de García. “El Hábeas Data, protección al derecho a la información y a la autodeterminación informativa”. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. *Letras vol.87 no.126* Lima jul./dic. 2016.
169. Ruiz Miguel, Carlos. “El Principio y Derecho de Autodeterminación y el Pueblo del Sáhara Occidental”. *Anuario Español de Derecho Internacional*. Vol. 31. Págs. 267-296. 2015.
170. Ruiz Miguel, Carlos. “La tercera generación de derechos fundamentales”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* Núm. 72. Abril-Junio 1991.
171. Ruíz Sánchez, José María. “El Derecho de Libre Determinación o Autodeterminación de los Pueblos, desde las perspectivas histórica, política, jurídica, filosófica y de Doctrina Social de la Iglesia (con especial referencia a su tratamiento en la actual crisis nacional y

constitucional que atraviesa España)”. *PARTE II. CEU. Instituto de Estudios de la Democracia*. Universidad de San pablo. Conferencia Aula Política de 30 de octubre de 2007.

172. Ruiz Sánchez, José María.: “El Derecho de Libre Determinación o Autodeterminación de los Pueblos, desde las perspectivas histórica, politológica, jurídica, filosófica y teológica, con especial referencia a su tratamiento en la actual crisis nacional y constitucional que atraviesa España”. *CEU. Instituto de Estudios de la Democracia*. Universidad de San pablo. Conferencia Aula Política de 9 de octubre de 2007.
173. Sáez de Santa María, P.A. “La libre determinación de los pueblos en la nueva sociedad internacional”. *Curso Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*. Volumen I. Pág. 119-174. 1997
174. Salazar Ugarte, Pedro.:*El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)*. Ensayo. Buenos Aires, Argentina, 2012.
175. Samir Hendrix Guerrero Pino, Lisneider Hinestroza Cuesta. “El concepto de Derechos Humanos frente a los Derechos de las minorías étnicas”. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*, ISSN-e 0121-182X, Vol. 20, N°. 40, págs. 27-41. 2017.
176. Sánchez Jiménez, Enrique. “Los Derechos Humanos de la Tercera Generación”. *Revista iberoamericana de derecho informático*, ISSN 1136-288X, N° 4, (Ejemplar dedicado a: III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho), págs. 165-174. 1994.



177. Sánchez Marín, Ángel Luis. "Concepto, Fundamentos y Evolución de los Derechos Fundamentales". *Revista de filosofía*, ISSN-e 1885-5679, N°. 55, págs. 227-238. 2014.
178. Sánchez Rubio, D., "Sobre el concepto de historización. Una crítica a la visión sobre las de- generaciones de Derechos Humanos", *Praxis* 67. Universidad de Sevilla. julio-diciembre 2011.
179. Sánchez Rubio, David y Cruz Zúñiga, Pilar (eds): *Pueblos Indígenas, identidades y derechos en contextos migratorios*. Icaria. 2012.
180. Sánchez, Víctor M. "Autodeterminación, secesión y derecho internacional". *Blog. "Verdades que ofenden"*. Publicación de 12/07/2013.
181. Santagati, Claudio Jesús.: *Manual de Derechos Humanos*. Ediciones Jurídicas. 2012.
182. Santos, M. "Los derechos humanos de tercera generación". *Revista RPB. Universidad Pontificia Bolivariana Seccional Bucaramanga*. Recibido Agosto 2, 2010- Aceptado Septiembre 29, 2010
183. Saura Estapá, Jaume. "Autodeterminación y Derecho a Decidir: Reflexiones desde el Derecho Internacional". *Artículo de "eldiario.es"*. 04/02/2013.
184. Saura Estapa, Jaume: *Reconocimiento y protección de derechos emergentes en el sistema europeo de derechos humanos*. Dykinson. Madrid. 2012.

185. Sentencia del Tribunal Constitucional 42/2014.
186. Soriano González, María Luisa. “*El Derecho a la Autonomía Política en los Pueblos Indígenas de América Latina*”. *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*. Núm. Especial: América Latina. Universidad Pablo Olavide. 2013.
187. Soriano González, María Luisa. “El Derecho a un sistema Jurídico Propio y Autónomo en los Pueblos Indígenas de América Latina”. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n° 16, julio 2012, ISSN 1698-7950, pp. 183-213.
188. Soriano González, María Luisa. “Los derechos sociales de las comunidades indígenas zapatistas en chiapas”. *Revista Internacional de Pensamiento Político*. 1 Época. Volm. 7. Págs. 391-408. 2012.
189. Soroeta Licerias, Juan Francisco: *El derecho a la libre determinación de los pueblos en el siglo XXI: entre la realidad y el deseo*. Grupo de Investigación Sistema Universitario Vasco. IT-196-2010.
190. Sorondo, Fernando. “Los Derechos Humanos a través de la historia”. *Cuadernos para docentes*. Año, 2, núm. 3. Marzo de 1.988.
191. Sotillo Antezana, A. Ricardo. “La nueva clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”. *Revista Cien Cultura vol.19 no.35* La Paz dic. 2015.

192. Stavenhagen, Rodolfo “Identidad indígena y multiculturalidad en América Latina”. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, vol. 4, núm. 7, primer semestre. Universidad de Sevilla. 2002.
193. Stavenhagen, Rodolfo “Los Derechos Indígenas: Algunos problemas conceptuales”. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 3, pp. 109-128. (octubre 1995)
194. Stavenhagen, Rodolfo.: *Los Pueblos Indígenas y sus Derechos*. Unesco. México. 2008.
195. Storini, Claudia y Alenza García J.F, (Obra colectiva):*Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Thomson-Aranzadi. 2012.
196. Torrecuadrada García-Lozano, Soledad: *Los derechos de los pueblos indígenas en Venezuela*. Madrid, Fundación Ortega y Gasset y Biblioteca Nueva, 267 pp. 2010.
197. Tórtora Aravena, Hugo. “Los Derechos Sociales en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”. *Revista de Derechos Fundamentales*. Nº. 13, págs. 109-133. 2015.
198. Trincherero Hugo, Campos Muñoz, Luis y Valverde Sebastián (Coordinadores) “Pueblos Indígenas, Estados Nacionales y Fronteras. Tensiones y paradojas de los procesos de transición contemporáneos en América Latina”. *Capítulo Bartolomé, Miguel Alberto “Etnicidad, historicidad y complejidad. Del colonialismo al indigenismo y al Estado Pluricultural*. Clacso. Facultad de Filosofía y Letras. UBA. Págs. 95-135. 2014

199. Valencia, Enrique “Etnicidad y Etnodesarrollo. La experiencia de México”. *Obra Colectiva: Pueblos indígenas y derechos étnicos. VII Jornadas Lascasianas*. Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando Coordinador. Universidad Nacional Autónoma de México. ISBN: 968-36-7538-7. 1999.
200. Valle de Frutos, Sonia.: *La Dimensión Multicultural Latinoamericana*. Cultura y Civilización. Un acercamiento desde las ciencias sociales. Madrid. Biblioteca Nueva. 2.008.
201. Vallespín Pérez, David.: *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*. Atelier. 2002.
202. Vargas Gamboa, Viviana Nataly y Gamboa Alba Shirley “El Derecho de los Pueblos y Naciones Indígena originario campesinos en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia”. *Obra Colectiva Manual Protección Multinivel de los Derechos Humanos*. Pág. 405 y ss. 2013.
203. Vasak, Karel. “La larga lucha por los Derechos Humanos”. *Aula Abierta: Revista de Educación año 4 no. 40*. p. 56-61. 1996.
204. Vasak, Karel. “Los Derechos Humanos. Una realidad jurídica”. *El Correo de la Unesco*. Octubre. Págs. 4-7. 1978
205. Vasak, Karel.: *Las dimensiones internacionales de los Derechos Humanos*. Serbal-Unesco. Barcelona. 1984.
206. Vicente Giménez, Teresa. “Propuestas integracionistas desde la idea de solidaridad humana e integridad ecológica: el movimiento ecofeminista”, *Anales de derecho*, ISSN 1989-5992, N° 26, págs. 477-488. 2008.

207. Viciano Pastor R y Martínez Dalmau, R. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Fundamentos para una construcción doctrinal”. *Revista General de Derecho Público Comparado* 9. Universidad de Valencia. 2011.
208. Viciano Pastor Roberto, y Martínez Dalmau, Rubén.: *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Editorial Nacional. 2010.
209. Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén. “La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”. *El Otro Derecho* n° 48, págs. 63-84. 2013.
210. Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén. “Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional.”. IUS. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. (México)*, núm. 25, pp. 7-29. 2010.
211. Viciano Pastor, Roberto. “El derecho de autodeterminación en nuestra reciente vida constitucional: Análisis y problemática”. *Uned. Revista de Derecho Político*, núm. 34, pp. 143-188. 1991.
212. Viciano Pastor, Roberto. “Constitución y Derecho de Autodeterminación”. *Ponencia basada en el artículo El Derecho de Autodeterminación en nuestra reciente vida constitucional: análisis y problemática*. *Uned. Revista de Derecho Político*. núm. 34. pp. 143-188. 1991.

213. Viciano Pastor, Roberto: *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Tirant Lo Blanch. 2012.
214. Villabella Armengol, Carlos Manuel. “Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”. IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 25, pp. 49-76. 2010.
215. Villavicencio Peña, Amanda “El Sistema Federal: Un obstáculo para la pluralidad jurídica latinoamericana y una negación de la autonomía indígena de México”. *Revista Crítica Jurídica*. Núm. 36. UNAM. Julio-Diciembre 2013.
216. Xabier Ezeizabarrena. “Derecho de libre determinación y derecho a decidir: nueva soberanía y Derechos Humanos en el siglo xxi”. *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*. Núm. 90. 2.017.
217. Yrigoyen Fajardo, Raquel Z. “El horizonte del constitucionalismo pluralista: el multiculturalismo a la descolonización”. *Capítulo de El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. César Rodríguez Garavito Coordinador. Obra colectiva. Siglo 21 Editores. 2011.
218. ZalaquettDaher, José “La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas”. Núm. 13 *Anuario de Derechos Humanos*. Universidad de Chile. 2017

## 8. Webgrafía.

1. Belloso Martín, Nuria; Tarso Rodrigues, Saulo; Botelho, Thiago. “Los derechos indígenas en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: tiempo de derechos”. Consultar en: [https://www.academia.edu/11977942/LOS\\_DERECHOS\\_INDÍGENAS\\_EN\\_EL\\_NUEVO\\_CONSTITUCIONALISMO\\_LATINOAMERICANO\\_TIEMPOS\\_DE\\_DERECHOS\\_2010](https://www.academia.edu/11977942/LOS_DERECHOS_INDÍGENAS_EN_EL_NUEVO_CONSTITUCIONALISMO_LATINOAMERICANO_TIEMPOS_DE_DERECHOS_2010)
2. Bidart Campos, Germán. “Los derechos humanos de la tercera generación”. [http://www.profesorjimenez.com.ar/web/wp-content/uploads/2015/07/011\\_DerechoConstitucional.pdf](http://www.profesorjimenez.com.ar/web/wp-content/uploads/2015/07/011_DerechoConstitucional.pdf) (2015)
3. Carpizo Jorge, “Una clasificación de los Derechos de la Justicia Social”. UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3063/17.pdf>
4. DiazMuller, Luis. T. “Minorías y Globalización: Problemas cognitivos en la sociedad del Siglo XXI”. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. 2013 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3536/19.pdf>
5. Gargarella, Roberto. “Lo viejo del nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”. Consulta: [https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15\\_Gargarella\\_CV\\_Sp.pdf](https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15_Gargarella_CV_Sp.pdf)
6. González Álvarez, Roberto. “Aproximaciones a los Derechos Humanos de Cuarta Generación. Consultar en: <https://www.tendencias21.net/derecho/attachment/113651/>
7. Pisarello, Gerardo. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999: balance de una década”. [www.sinpermiso.info](http://www.sinpermiso.info),

29 noviembre 2009.

8. Ros Martínez, Emilia. “Las aportaciones de la tercera generación de derechos humanos y sus diferencias con generaciones anteriores.”. Consulta: <http://www.monografias.com/trabajos-pdf5/aportaciones-tercera-generacion-derechos-humanos-y-sus-diferencias-generaciones-antteriores/aportaciones-tercera-generacion-derechos-humanos-y-sus-diferencias-generaciones-antteriores2.shtml> (mayo 2017)
  
9. Wing Solís, Felix. *Algunos parámetros para la incorporación de los estándares del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en la tutela constitucional, legal y judicial del Derecho a un Ambiente Sano en Panamá*. Cendoj. Órgano Judicial de la República de Panamá. <http://www.organojudicial.gob.pa/cendoj/wp-content/blogs.dir/cendoj/derechos-difusos.pdf>