

LA DECONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE PROPIEDAD. UNA APROXIMACIÓN INTERCULTURAL A LOS DERECHOS TERRITORIALES INDÍGENAS

Asier MARTÍNEZ DE BRINGAS
Universidad de Gerona (España)

“Emplear el aparato coercitivo del Estado con el objeto de mantener instituciones manifiestamente injustas, constituye, de por sí, un uso ilegítimo de la fuerza que las personas en su debido curso tienen el derecho de resistir”.

J. Rawls, *Teoría de la Justicia*.

Palabras clave: Pueblos Indígenas. Derechos Humanos. Biodiversidad. Derecho Intercultural.

Key words: Indigenous Peoples. Human Rights. Biodiversity. Intercultural Law.

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es diseñar los contenidos de la tríada *pueblos indígenas-habitat-territorio* desde una perspectiva “descolonial”. Estructuraremos el escrito en cuatro momentos: a) donde procederemos a establecer una serie de aclaraciones terminológicas, como territorialidad, recursos naturales, biodiversidad, en el marco de sentido de los pueblos indígenas, y cómo estos mismos términos son asumidos de manera diferente por el derecho occidental; b) donde desarrollaremos un balance crítico de la irrupción de las exigencias indígenas en los acuerdos ambientales multilaterales, desde la perspectiva de los derechos de los pueblos indígenas; c) donde abordaremos los elementos centrales y polémicos de este excitante diálogo intercultural, como es el de Territorialidad indígena; d) analizaremos la jurisprudencia que ha venido desarrollando los últimos años la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (I.D.H.), conscientes de que nos encontramos en la antesala de un Derecho Intercultural latente en los informes y sentencias de estas dos instituciones jurídicas.

ABSTRACT

The aim of this article is to design the contents of the threefold topic *indigenous peoples-habitat-territory*, from a decolonizing perspective. From this starting point the topic confronts the complicated challenge of intercultural dialogue. The work is in four sections: a) Terminological clarifications of the subject under discussion; what is understood by territoriality, natural resources, and biodiversity in the indigenous peoples' logical frame,

and how these concepts are understood differently by Western law; b) Critical analysis of indigenous claims in multilateral environmental treaties that have irrupted recently, but from the methodological perspective of indigenous peoples' rights; c) Controversial central elements in the very exciting intercultural dialogue, such as indigenous territoriality; d) Summary of several precedents developed by the Human Rights Inter-American Court and Commission, which may be a first step towards an intercultural law, latent in different reports and decisions made by both legal institutions.

Los tiempos mundiales resultan propicios para solazarse en el vitral de las recreaciones “post-“ o trans-”, como el post-estructuralismo, la post-modernidad, la post-colonialidad, la trans-modernidad, o incluso lo que se viene denominando el *giro descolonial*¹. Estos enclaves de fractura, de liquidez² y de nomadismo constituyen normalmente armazones teóricos con una contextura rígidamente abstracta; una especie de paradoja respecto a aquello que pretenden criticar: el trascendentalismo huero y el universalismo sin atributos. Sin embargo, en nombre de la concreción y especificación, irrumpen con una plétora de articulaciones retóricas, conceptuales y categoriales que encuentran poca materialidad e identificación en la vida concreta. El sujeto real de los pueblos indígenas constituye una de las dramáticas encarnaciones de eso que se viene denominando desde la exquisitez teórica como sujeto epistémico. Los pueblos indígenas no sólo inauguraron la temporalidad moderna con la “conquista de América”, sino que instituyeron la espacialidad no reconocida del capital que posibilita y alimenta su expansión exponencial en otras geografías, parajes y cartografías.

Como bien estableció Schmitt, no existe derecho sin tierra (la *iustissima tellus*), ya que todo derecho se apoya sin excepción sobre presupuestos-fundamentos de adquisición territorial y de ordenamiento espacial. La fundación de la Modernidad y, por tanto, del derecho moderno, viene configurado por la “conquista de América” en cuanto nuevo territorio que exige ser domeñado física, psíquica y normativamente. La víctima implícita y explícita, ayer y hoy, de la colonialidad del poder, son los pueblos indígenas. El desorden americano resulta disciplinado desde la potencialidad del término *nomos*, que en la acepción schmittiana viene configurado como tomar/conquistar, repartir/dividir, cultivar/producir³. La política de la espacialidad es importante para el Derecho ya que a través de ella, y de manera soterrada, se fagocitan territorios y sujetos a partir del patrón de la racialidad; se delimitan fronteras en la edad de la proterva modernidad como mecanismo privilegiado para demarcar jurisdicciones y comunidades políticas

1. Castro-Gómez, Santiago y Grosfoguel, Ramón (eds.) (2007): *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá.

2. Bauman, Zigmunt (2001): *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, México.

3. Schmitt, Carl (1979): *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Jus Publicum Europaeum*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

nacionales diferentes⁴; y se configuran ciudadanías en la mundialización a partir de unos patrones de inclusión/exclusión fundados originariamente en la conquista, evento fundador de la colonialidad.

El objetivo de este trabajo va a ser diseñar los contornos y asomar los contenidos de la tríada *pueblos indígenas-hábitat-territorio* que, desde una perspectiva descolonial, irrumpe como una unidad inescindible arraigada a su sentido cosmovisional y, desde este lugar de enunciación y aparición, se arroja y se somete al difícil reto del diálogo intercultural. Para dar medida de nuestra pretensión, estructuraremos el escrito en cuatro momentos: un *primer momento*, donde procederemos a establecer una serie de aclaraciones terminológicas en torno al objeto de la discusión, es decir, qué se entiende por territorialidad, recursos naturales, biodiversidad, en el marco de sentido de los pueblos indígenas, y cómo estos mismos trops son divergentemente asumidos por el derecho occidental; un *segundo momento*, propulsado por la provocación conflictiva de otorgar luz sobre los conceptos, en donde procederemos a desarrollar un balance crítico de la irrupción de las exigencias indígenas en los acuerdos ambientales multilaterales, pero desde el vector metodológico de los derechos de los pueblos indígenas, lo que nos lleva abrazar una pretensión descolonizante, descentrada y desterritorializada en la manera de entender la universalidad y los derechos humanos; un *tercer momento*, apoyado en los basamentos anteriores que aúpan la voz de las conclusiones de este escrito, en donde abordaremos los elementos centrales y polémicos de este excitante diálogo intercultural, como es el de Territorialidad indígena; un *cuarto momento*, en donde trataremos de condensar muchas de las hipótesis anticipadas en la jurisprudencia que ha venido desarrollando los últimos años la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (I.D.H.), llamando la atención sobre la importancia de la misma, ya que nos encontramos en la antesala de lo que pueda ser un Derecho Intercultural, latente en los informes y sentencias de estas dos instituciones jurídicas.

1. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS Y PLURALIDADES SEMÁNTICAS: EL DIFÍCIL CONSENSO DE LOS CONCEPTOS

La primera clarificación importante en materia de categorías y conceptos es asumir como axioma la imposibilidad de la universalidad real. En este ámbito de consideraciones no se puede aspirar al consenso liberal de ensoñaciones trascendentales, sino al polémico y antagónico encuentro de pluralidad de bienes y valores, alérgicos a la conformidad uniformizante. Sólo cabe, por tanto, el solapamiento de antagonismos, de cuya conectividad y dimensión secante, es posible acceder a acuerdos políticos. La irrupción de los pueblos indígenas en la arena

4. Cf. el interesante ensayo de Kymlicka, Will (2006): *Fronteras territoriales*, Trotta, Madrid.

internacional-mundial, exhibiendo el discurso de derechos humanos, constituye el ejemplo más paradigmático de este debate. No es posible, por tanto hablar de derechos humanos ni de *Derecho Internacional del Ambiente* como universalidad abstracta sancionada por el consenso y la aceptación. Hablaremos por tanto de visiones antagónicas de derechos —derechos humanos *versus* derechos de los pueblos indígenas—, así como de visiones antagónicas del Ambiente —Derecho Internacional Ambiental *versus* Territorialidad indígena—. El conjunto inescindible trabado como *pueblos indígenas-hábitat-territorio* ubica en el centro de la discusión y de nuestras reflexiones la idea de Territorio, apartando las consideraciones ambientalistas occidentales apasionadas por los recursos naturales, genéticos o la biodiversidad y enfocadas en ellos. La táctica indígena enarbolada en el discurso de los derechos humanos pretende pergeñar un conjunto de medidas especiales que reconozcan sus vínculos fundamentales con el hábitat y el territorio, así como los derechos específicos derivados de esta matriz de imbricaciones. Dando un paso más, la dimensión táctica pretende depositar esas garantías especiales en el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, así como en el *Derecho Internacional Ambientalista*, complementando así la clausurada universalidad occidental. Se trata, por tanto, de reformar, completar y aderezar los textos internacionales de los derechos humanos a partir de la irrupción de la diferencia indígena, mediante la metodología relacional de la inter-culturalidad que no conoce de clausuras, de textos canónicos o de universalismos contruidos. El resultado final será una nueva síntesis: los derechos de los pueblos indígenas orientados prioritariamente al disfrute del medio natural como condición para poder reproducir la cultura, y la vida individual y colectiva de estos pueblos.

La importancia del Territorio para los pueblos indígenas es multidimensional. De los territorios se derivan conocimientos tradicionales —conocimientos, innovaciones y prácticas orientadas a la conservación y utilización sostenible del ambiente, la biodiversidad y las generaciones futuras—. Los conocimientos tradicionales, son, sin embargo, ese residuo, ese resto que no es tenido en cuenta por las políticas ambientalistas al olvidar en su diseño, proyección y ejecución, las cuestiones sociales y culturales de los pueblos indígenas como si fuesen elementos accidentales. Aquí reside uno de los puntos nodales en que instituir el diálogo intercultural, evitando que se proceda, como hasta ahora, a la construcción del “ambiente” de acuerdo con las exigencias de las sociedades post-industriales del Norte.

La ausencia de metodologías interculturales ha conllevado la construcción de un eco-capitalismo que pivotaba sobre la idea de desarrollo, primero, y de desarrollo sostenible, después. Con ello se pretendía hacer conciliar la dinámica del crecimiento económico del capital, con los límites de los sistemas bio-físicos, construyendo el desarrollo sostenible para la conciliación taumatúrgica de tal imposibilidad (ese fue el supuesto de Estocolmo 1972, o de la Comisión Brundtland). Por tanto, el “ambiente” resulta conceptualizado a partir de la representación propia de los contextos sociales de opulencia en que se maneja y vive el Norte. La degradación ambiental en el Sur resultaba justificada como una deficiencia en el crecimiento económico de esta región; como la ausencia de educación y avance

tecnológico; o como falta de planificación social suficientemente disciplinada para poder disciplinar tales sociedades. En este sentido, superar la escasez pasaba por la combinación sincronizada de estas deficiencias de indicación, cuya activación, se esgrimía, no conllevaría degradación ambiental. Los grados de complejización en la construcción y justificación de una naturaleza ambientalizada se han ido complejizando con soportes ideológicos más espectaculares y mediáticos, pasando por Kyoto hasta llegar a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (O.D.M.), en donde lo ambiental aparece como una cláusula retórica de difícil factibilidad por ausencia de voluntades políticas⁵. El O.D.M. n.º 7, que hace referencia a la sostenibilidad del ambiente, pone excesivo énfasis en la adopción de medidas cuantitativas —como el establecimiento de áreas protegidas y de cubierta forestal— en lugar de orientar su interés hacia los mecanismos necesarios para poder implementar dichas medidas. Una vez más se enfatizan criterios socio-culturales del Norte como patrones a universalizar, lo que se traduce en suerte de taxonomía de especies y lugares a proteger, obviando las dimensiones de interés estratégico de acuerdo con los patrones socio-culturales de las comunidades locales del Sur. En este sentido se olvida la existencia de sociedades comunitarias entreveradas por prácticas tradicionales que se expresan en formas propias de vida, alimentación, caza, pesca, reproducción cultural, etc.

Por contraposición a estas consideraciones semánticas y a la construcción de conceptos ambientales en la órbita occidental de poder, vamos a partir, como hipótesis fundamental, de una consideración de la biodiversidad tal y como ésta es concebida, a modo de proposición, por los pueblos indígenas:

“Biodiversidad es armonía entre el hombre y la naturaleza de manera espiritual. Es el manejo que se da por el pensamiento, la palabra y la obra. El pensamiento es el anciano que es la fuerza espiritual de la palabra. La palabra es la autoridad. Lo que obra es la fuerza que es la juventud. *Hay que conservar lo que no se puede tocar. Hay que preservar lo que se puede tocar.*”⁶

2. IRRUPCIÓN DE LOS ACUERDOS AMBIENTALES MULTILATERALES EN RELACIÓN A LOS PUEBLOS INDÍGENAS. UNA MIRADA CRÍTICA

La inserción disruptiva de los pueblos indígenas en los marcos de discusión de los *Acuerdos Ambientales Multilaterales* se produce a partir de la *Cumbre de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo*. Esta inserción controlada y regulada supone

5. Agencia Española de Cooperación Internacional (2005): *Visiones indígenas sobre desarrollo y cooperación*, Madrid; *Integrar la biodiversidad en la Cooperación europea para el desarrollo. Adoptado por los participantes de la Conferencia de Biodiversidad en la Cooperación europea al desarrollo*, París, 19 a 21 de septiembre de 2006.

6. Testimonio de Claudino Pérez, vocero de la mesa indígena en la Agenda Regional de Biodiversidad llevada a cabo en Leticia (Colombia), junio de 2005.

un avance respecto a la situación de insignificancia y falta de representación que los pueblos indígenas venían ocupando en la esfera internacional, en relación a los Acuerdos Ambientales. La Cumbre de Río constituye un activador del significado y consideración de los pueblos indígenas en cuestiones ambientales de vital importancia para la producción, reproducción y desarrollo de su identidad individual y colectiva. Su presencia resulta pertinentemente aludida y concitada en textos como la *Declaración de Principios de Río*, la *Agenda 21* (en su capítulo 24), el *Convenio Marco de las Naciones Unidas para prevenir el cambio climático*, la *Declaración de Principios sobre los Bosques* o el *Convenio de Diversidad Biológica*. Los pueblos indígenas, en cuanto nuevos actores, son aludidos de manera genérica como “guardianes de la tierra”, haciendo referencias constantes a sus “sistemas propios de sostenibilidad”.

Sin embargo, entre las limitaciones fundacionales que hay que considerar está el hecho de que los pueblos indígenas no fueron convocados como sujetos protagónicos a la Cumbre de Río, lo que forzó a la creación de una reunión y declaración paralela, como la *Declaración de Kari Oka*. La *Cumbre de Río* sí supuso la apertura de nuevas vías de negociación y participación por parte de los pueblos indígenas, lo que se tradujo en diálogos de carácter multilateral. En un sentido optimista, supuso la instauración en el ámbito internacional de una nueva manera de comprender la relación a tres bandas entre los pueblos indígenas, los derechos humanos y los derechos ambientales, lo que implicaba construir un discurso de derechos cargado de exigencias y reivindicaciones indígenas, modulado por demandas ambientales, cuyo corazón de significación era la territorialidad indígena. Es decir, supuso el primer peldaño para avanzar hacia una lógica intercultural para la re-construcción de los derechos humanos y los derechos ambientales.

Ello se concretaría en la constitución de pequeños y tímidos espacios de representación indígena, como fue la *Comisión del Desarrollo Sostenible*, orientada a la negociación de cuestiones tan fundamentales para los pueblos indígenas como: el cambio climático, la diversidad biológica, el Foro intergubernamental de los Bosques, la Cumbre Mundial del Desarrollo Sostenible, etc.

Tres serían, sin embargo, los espacios normativos que resultaron más permeables y receptivos para recoger y ubicar las demandas de la emergencia indígena: El *Convenio Marco para prevenir el Cambio Climático*, especialmente a través del *Foro Intergubernamental sobre Bosques*; y el *Convenio de diversidad Biológica*.

En relación al Convenio Marco para prevenir el Cambio Climático, se empieza a producir una tímida participación de los pueblos indígenas en las reuniones preparatorias. Esto desde luego, aunque evidente desde nuestra contemporaneidad, constituía un gran avance teniendo en cuenta el tratamiento político y normativo que los pueblos indígenas estaban teniendo en la esfera internacional.

En lo que respecta al *Foro Intergubernamental sobre Bosques*, la presencia indígena empezó teniendo un bajo perfil negociador y una escueta participación, además de que no se consiguió que fuera un instrumento vinculante para los Estados. Para avanzar en las negociaciones y poder tener en cuenta la presencia de

los pueblos indígenas en todas estas cuestiones, se constituyó la *Alianza Mundial de Pueblos Indígenas y Tribales de los Bosques Tropicales*. Lamentablemente no se ha podido conseguir que estos encuentros fueran más allá de meras reuniones de expertos⁷.

El *Convenio de Diversidad Biológica*, que entra en vigor en 1993, constituye, sin embargo, el instrumento donde mayor repercusión ha tenido la presencia, participación y *lobby* indígena. Supone un paso adelante en la inserción dignificada de los pueblos indígenas en la negociación y participación de los acuerdos ambientales multilaterales⁸. Los objetivos que enmarcaban este Convenio eran la conservación de la diversidad biológica, el uso sostenible de la misma, así como el reparto equitativo de los beneficios, lo que suponía un aspecto de especial relevancia para los pueblos indígenas. El Convenio ha dado pasos importantes de cara al reconocimiento de los pueblos indígenas como actores privilegiados y fundamentales para la conservación de la diversidad biológica, al reconocerlos como poseedores de un conocimiento tradicional. También ha facilitado su participación informal a través de mecanismos como el Fondo Internacional Indígena sobre Biodiversidad, que constituye un espacio paralelo a las sesiones oficiales para discutir los derechos de los pueblos indígenas y poder presionar para adoptar una perspectiva indígena en el seno oficial de las negociaciones. Sin duda, uno de sus grandes logros ha sido la creación de un Grupo de Trabajo *ad hoc* para la discusión del artículo 8, j, que reconoce el carácter protagónico de los pueblos indígenas en cuestiones de biodiversidad. Sin embargo, este tipo de afirmaciones quedan contrapunteadas y oscurecidas con el principio de soberanía de los Estados sobre los recursos biológicos (art. 3), en lugar de haber procedido a reconocer a la Humanidad como depositaria de este patrimonio. La primacía absoluta de los Estados sobre los recursos biológicos constituye una merma importante de las posibilidades que conllevaba reconocer a los pueblos indígenas como poseedores y portadores de un conocimiento tradicional. Ello ha supuesto, en última instancia, una imposición de los intereses de los Estados sobre los recursos biológicos y genéticos existentes en los territorios indígenas. El avance que suponía inicialmente el C.D.B. en todas estas cuestiones, queda todavía más mermado si

7. Cf. García, Lola y Borraz, Patricia (2006): "La participación indígena en los Foros internacionales: Lobby político indígena" en Berraondo, Mikel (ed.), (2006): *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, pp. 236 y ss.

8. Cf., entre otros, Borraz, Patricia (Coord.) (2000): *La participación indígena en el Convenio sobre Diversidad Biológica*, Watu, Madrid; "El Convenio sobre Diversidad Biológica y el conocimiento tradicional de los pueblos indígenas" fotocopia; Ituarte Lima, Claudia (2003): *Derechos indígenas y medio ambiente a la luz del Derecho Internacional*, Tesis de licenciatura de Derecho, Universidad Iberoamericana; Ituarte Lima, Claudia: "Conocimientos tradicionales de la biodiversidad y derechos de los pueblos indígenas" en versión electrónica, Instituto Nacional de Ecología, México; Darrel, P. y Dutfield, G. (1996): *Beyond Intellectual Property: towards traditional resource rights for indigenous peoples and local communities*, International Development Research Center, Ottawa; Loa Loza, Eleazar y Durand Smith, Leticia: "Hacia la Estrategia Mexicana de Biodiversidad" en *México y el Convenio de Diversidad Biológica*: <http://www.ciepac.org/biodiversity/Biodiversidad%20Estudio/CAP9.PDF>

se tiene en cuenta la inexistencia de un mecanismo de sanción que obligue a las partes a cumplir con los compromisos asumidos. A ello habría que añadir la falta de reconocimiento del derecho territorial indígena, o las reticencias a reconocer el derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas para la implementación de las exigencias del C.D.B.

De manera sumaria se podría hacer un balance de elementos positivos y negativos como consecuencia de la irrupción de los pueblos indígenas facilitada por estos instrumentos normativos. Entre las cuestiones positivas estarían: el reconocimiento del valor del conocimiento tradicional; la creación de un Grupo de Trabajo específico para las discusiones del artículo 8, j; el reconocimiento del consentimiento previo, libre e informado en cuestiones de la biodiversidad; el reconocimiento de derechos indígenas para la creación y gestión de áreas protegidas; o el vínculo del C.D.B. con organismos especializados de las Naciones Unidas en relación con temáticas indígenas, como el *Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas* o el *Foro Permanente sobre las Cuestiones Indígenas*. Sin embargo, también se puede hacer un acopio de elementos negativos como: el no reconocimiento de unos principios básicos para la participación real de los pueblos indígenas en la esfera internacional, lo que viene adjetivado por una participación condicionada a la financiación existente y aderezada por barreras idiomáticas, o la exigencia de currículos académicos para poder garantizar la participación indígena; el principio de soberanía estatal, máxima que atraviesa y permea todo el sistema internacional de los derechos humanos y, muy especialmente, el Sistema de las Naciones Unidas; la fuerte tecnificación y burocratización con la que se construyen y desarrollan estos espacios internacionales de carácter multilateral; la desviación de cuestiones claves sobre materias de biodiversidad a organismos que abrazan la ideología neo-liberal del capitalismo mundial, como es el caso de la Organización Mundial del Comercio (O.M.C.) o la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (O.M.P.I.).

3. EL ELEMENTO DISCRIMINADO POR LAS POLÍTICAS AMBIENTALES: LA TERRITORIALIDAD INDÍGENA

La discriminación de la perspectiva indígena en la consideración de las cuestiones ambientales y de la biodiversidad, tiene su localización originaria en la centralidad con la que se impone el concepto de *propiedad* occidental. La lógica de este derecho patrimonial tiene su arraigo y proyección sobre toda la práctica discursiva y dogmática del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es, por tanto, este elemento el que ocluye un debate intercultural en materia de los derechos humanos, cuando tanto a un lado como a otro del diálogo, poseemos concepciones antagónicas y bien pertrechadas de cómo entender este derecho: por un lado, la *propiedad privada*, en su concepción lockeana; por otro lado, la *territorialidad indígena*, en cuanto concepto estructural que encierra una dimensión trans-propietaria.

El derecho de propiedad occidental se fundamenta en dos ideas claves que lo sustentan: por un lado, la libertad de acceso a la propiedad; por otro lado, la individualización del trabajo en la tierra en que arraiga esta institución jurídica⁹. Estas dos ideas marco colorean el sentido y contenido de la propiedad, por lo que cualquier interposición en la libre proyección de sus fundamentos, incurre en vulneración de este derecho. A su vez, los basamentos de esta institución jurídica permiten desgranar analítica y prácticamente una serie de efectos, como son: la divisibilidad de la tierra; la alienabilidad; la circulación mercantil y la seguridad crediticia. Estos fundamentos, junto con los efectos aditivos a los mismos, totalizan y clausuran el sentido en la manera y las formas de entender la propiedad en cuanto categoría expuesta al debate intercultural.

El otro lado del pacto cultural, el indígena, procede a una interpretación intercultural de las potencialidades que se derivan de esos fundamentos y de sus efectos. Dicha hermenéutica permite rescatar tácticamente ciertas posibilidades para la construcción de una concepción propia de la territorialidad e insertarlo, de esta manera, en el discurso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁰.

9. Entre algunas de las referencias bibliográficas de la que nos hemos nutrido, proponemos las siguientes lecturas: García Hierro, Pedro (2004): "Territorios indígenas: tocando a las puertas del Derecho" en Surallés, A. y García Hierro, P. (eds.), *Tierra adentro. Territorio indígena y percepción del entorno*, IWGIA, Documento n.º 39, Copenhague; Toledo Llancaqueo, Victor (2004): "Políticas indígenas y derechos territoriales en América Latina 1990-2004, ¿las fronteras indígenas de la globalización?", fotocopia (1997): "Todas las aguas. Notas sobre la (des)protección de los derechos indígenas sobre las aguas, el subsuelo, las riberas, las tierras" en *Anuario Liwen*, n.º 3, Temuco, CEDM LIWEN; Roldán, R. (2002): "Territorios colectivos de indígenas y afroamericanos en América del Sur y Central. Su incidencia en el desarrollo" en *Banco Interamericano de Desarrollo*, Washington; Zúñiga, Gerardo (2000): "La dimensión discursiva de las luchas étnicas. Acerca de un artículo de María Teresa Sierra" en *Alteridades*, 10 (19), pp. 55-67; (1998): "Los procesos de constitución de territorios indígenas en América Latina" en *Nueva Sociedad*, n.º 153, enero-febrero, pp. 141-155; (1998): "Territorios indígenas: lugares de la etnicidad y la política en América Latina" en *Cuadernos de Trabajo sobre América Latina*, n.º 1, París, École des Hautes Etudes en Sciences Sociales, pp. 60-104; COICA (2000): "El territorio y la vida indígena como estrategia de defensa de la Amazonía" en *Primer Encuentro Cumbre entre Pueblos Indígenas y ambientalistas*, Coordinadora de Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazonía, Iquitos; Berraondo, Mikel (2007): *El derecho indígena al medio ambiente*, Tesis Doctoral, 2007, fotocopia.

10. No desdeñamos, con estas afirmaciones, el ingente esfuerzo intercultural que el *Sistema Interamericano de derechos humanos* viene realizando en la protección de los derechos territoriales indígenas. Es más que evidente una práctica intercultural del Derecho en estas cuestiones. Ejemplos recientes de protección y preservación de los derechos de los pueblos indígenas a sus territorios ancestrales son, por ejemplo: la Resolución n.º 12/85, caso de los Yanomami, n.º 7615, Brasil, 5 de marzo de 1985; el Informe de Fondo n.º 75/02, caso 11.140, Mary y Carrie Dann, Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002; las Medidas Cautelares, De Vereniging van Saramakaanse (Surinam), 8 de agosto de 2002. En lo que respecta a la cuestión que venimos tratando, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el *Informe sobre la Situación de los derechos humanos en Guatemala* del año 1993, ya expresaba: "Desde el punto de vista de los derechos humanos en tanto propiedad de una persona, un pequeño plantío de maíz merece el mismo respeto que una cuenta bancaria o una fábrica moderna". Con esta afirmación la Comisión quería apereibir de que una perspectiva de derechos exige otorgar la misma relevancia a la territorialidad indígena que a la propiedad no indígena. Sin

Entre las posibilidades que se destilan de la concepción occidental de la propiedad están: el carácter absoluto, exclusivo y permanente de la propiedad, lo que transmuta en una consideración absoluta, exclusiva y permanente de la territorialidad como mecanismo de protección.

El problema que se plantea de fondo es que la propiedad dispone de un régimen legal propio que expresa determinados valores culturales; el fundamento y las consecuencias que se derivan del mismo, responden a un patrón cultural determinado. Por ello, la propiedad privada es una institución jurídica que *a priori* presenta serios problemas de compenetración con el sentido indígena de hábitat. Existe una disfuncionalidad de raíz en este debate intercultural puesto que la apropiación táctica de ciertos sentidos y consecuencias de la propiedad por parte de los pueblos indígenas, supone forzar los sentidos de una institución hasta su desvirtuación y deformación, lo que invierte y hace problemático el pacto intercultural. Así, mientras el derecho occidental construye el concepto de propiedad a partir de las posibilidades que otorga el derecho civil, los sistemas normativos indígenas construyen el concepto de territorio intrínsecamente adosado al concepto de pueblo (indígena), pero desde las posibilidades que otorgan derechos políticos públicos, como la autonomía, condición de posibilidad para gestionar soberanamente los territorios indígenas.

Las consecuencias de todo ello, como ya se ha anticipado, son constantes correcciones y adulteraciones de una institución jurídica —la propiedad privada, tal como es construida en occidente— para poder encajar, aunque sea a contrapelo, la concepción indígena de territorialidad. Este ejercicio de manierismo jurídico constituye una adulteración del diálogo intercultural al sustraer los fundamentos más radicales de una institución jurídica, con un arraigo socio-cultural concreto, para implantarlos en otra cosmovisión bajo la adjetivación de diálogo intercultural. Sin embargo, en este proceso se olvida cómo se entiende originariamente la cuestión territorial indígena y, a partir de ahí, como se podría concitar un pacto

embargo, los matices aquí son importantes para comprender y construir qué se entiende por territorialidad indígena. Por ello, es interesante ubicar cuál es el *locus* jurídico del que se parte: si éste es originario o derivado; si negociamos desde un *corpus* jurídico propio y constitutivo, o arrastrado y derivado de otro; si se considera los sistemas normativos indígenas como constituyentes, originarios y autónomos, o no. Por ello el objeto de debate no es sólo que se reconozcan derechos territoriales a los pueblos indígenas, sino que se abra un debate intercultural-normativo sobre qué entiende cada pueblo por derechos territoriales, y cómo dialoga desde el antagonismo con el derecho estatal. Como veremos posteriormente, en este aspecto *también* el Sistema Interamericano ha caminado hacia una comprensión e interpretación evolutiva del derecho de propiedad, al reconocer dentro de éste “los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”, tal y como se recoge en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos humanos. Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni, vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, serie c n.º 79, párrafo 148. En el caso de las hermanas Carrie y Mary Dann vs. Estados Unidos, la Comisión establece el sugerente y prolífico término, ya en una lógica intercultural, de un “cuerpo más amplio de derecho internacional [que] incluye la evolución de las normas y principios que rigen los derechos humanos de los pueblos indígenas”, en Informe de Fondo n.º 75/02, de 27 de diciembre de 2002, párrafo 124.

trans-cultural entre dos instituciones antagónicas, más que adaptarse deformando un sistema normativo con raigambres culturales propias y poco poroso a la flexibilidad. Un pacto así, está condenado al fracaso ya que siempre se aducirá por una de las partes —occidental liberal— que el resultado altera molecularmente la composición originaria de una institución jurídica como la propiedad, limitando, por tanto, un derecho fundamental. Con ello, el diálogo intercultural quedará condenado a una práctica de recortes e implantes, más que a un difícil contraste de puntos de vista y cosmovisiones.

Así, del concepto liberal occidental de “disponer libremente” de la propiedad, se infiere por deformación, la inalienabilidad, lo que en sí mismo es incompatible con la institución de la propiedad. Del concepto de “seguridad jurídica”, se deduce la inembargabilidad. De las relaciones individuales que se producen entre el sujeto y el objeto de apropiación, se destila espuriamente el concepto de comunidad. Todo este compendio de asimétricas y violentas adaptaciones lleva a concebir un concepto de propiedad colectiva indígena como una institución que se desprende, por derivación, del concepto de propiedad occidental, instituyendo la territorialidad indígena con las cualidades de la subordinación, la jerarquía y la complementariedad. Sin embargo, la propiedad colectiva indígena, tal y como se está manejando en el ideario del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, no supone co-propiedad, en cuanto traslación analógica del concepto de propiedad liberal. Supone, de manera simultánea, una consideración individual, comunitaria y supra-comunitaria. Implica espacios de todas las personas y a su vez de ninguna. Comprende derechos de las antiguas y de las futuras generaciones. La propiedad indígena nunca es estrictamente absoluta o exclusiva; existe siempre un conjunto de mediaciones que actúan como restricciones o limitaciones a esa absolutez o totalidad, como son las familiares, las comunitarias, las supra-comunitarias, etc. La determinación de exclusividad, absolutez e inalienabilidad no son más que derivaciones otorgadas a partir de los fundamentos de una institución jurídica como la propiedad. Estas adjetivaciones resultan alérgicas y ajenas a la cosmovisión indígena, mucho más si son utilizadas con carácter instrumental para mediatizar un diálogo intercultural. Ello nos pone frente a la verdadera complejidad que el antagonismo intercultural encierra y supone.

Una vez ubicado lo que consideramos el núcleo de la conflictividad intercultural en la cuestión de la tierra *versus* el territorio, presente en toda su intensidad en el Convenio 169 de la O.I.T.¹¹, pasaremos a desarrollar cómo es comprendido

11. El Convenio 169 de la O.I.T. sobre *Pueblos indígenas y tribales en países independientes*, constituye, a día de hoy, el principal instrumento, en materia de derechos y obligaciones normativas para los Estados, teniendo en cuenta los derechos de los pueblos indígenas. En su artículo 14, atendemos a la siguiente formulación de tierras y territorios: 1. *Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A*

y construido el concepto de territorio desde la perspectiva de los pueblos indígenas. Se trata no sólo de reconocer los derechos territoriales indígenas, desde un plano normativo, sino de expresar qué se entiende por territorialidad indígena, cómo es construida, imaginada, asumida y proyectada desde la cosmovisión indígena, para, desde ese momento, poder acceder a un pacto intercultural. Para ello transitaremos por tres momentos que guardan unidad en la explicación: en primer lugar, estableceremos cuál es el alcance de la territorialidad indígena; en segundo lugar, sugeriremos cuál es el contenido simbólico de la misma (en su dimensión abstracta, ya que la concreción específica deberá hacerse desde cada imaginario indígena); en tercer lugar, desarrollaremos cuáles son los atributos que caracterizan jurídicamente al territorio indígena.

A) En relación al alcance de la territorialidad indígena es necesario acercarse a cómo ésta queda recogida en el ámbito constitucional de algunos estados-nación latinoamericanos. A ese respecto es interesante considerar cómo fluctúa entre diferentes acepciones, como Tierras Comunitarias de Origen (T.C.O.), Municipios, Territorios étnicos, Resguardos, etc. La propiedad comunal indígena es el resultado del reconocimiento legal de las variadas y específicas formas de control, propiedad, uso y usufructo de los territorios y los bienes concomitantes a ellos¹². En ese sentido, para definir su alcance, se han venido usando diferentes criterios y registros como: 1) *territorialidad originaria*, que referencia a los derechos previamente existentes a la creación de los Estados-nación en que quedaba inscrita la territorialidad indígena, lo que conferiría a estos pueblos títulos permanentes e inalienables; 2) *ocupación tradicional*, tal y cómo viene recogido en el artículo 27 del *Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de*

este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes; 2. los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión; 3. deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados. Como se ve, hay claramente una transposición del concepto y del contenido de tierras sobre el de territorio. Es decir, se procede a definir el concepto de territorio indígena a partir de una consideración civilista de la tierra, produciéndose un reconocimiento formal de las categorías de tierras y territorios en el artículo 13, pero no material ni de contenidos de la territorialidad indígena. En el artículo 14, sin embargo, la referencia a los territorios indígenas desaparece, proyectando ya sobre éstos una comprensión deducida del concepto de propiedad privada occidental. En este artículo, por tanto, no hay siquiera un reconocimiento formal normativo del concepto de territorialidad indígena.

12. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos de Norteamérica, Informe de Fondo n.º 75/02 de 27 de diciembre de 2002, párrafo 130.

las Poblaciones Indígenas¹³; 3) *Ocupación actual*, como el caso de Chile¹⁴; 4) *Territorio como espacio de vida*, es decir como lugar para la producción, reproducción y desarrollo de los procesos vitales, individual y colectivamente considerados; 5) *Territorio como hábitat*¹⁵; 6) o la utilización de criterios integradores, fusionando muchos de los ya mencionados, como es el caso del Convenio 169 de la O.I.T., en donde se utiliza indistintamente territorios tradicionales, “ocupación o utilización”, “hábitat de regiones que habitan”, “necesidades” en relación a las relaciones espirituales, etc.

B) En relación a los contenidos de la territorialidad indígena¹⁶ es importante —para poder acercarnos desde una perspectiva intercultural y normativa— tener en cuenta la existencia de tres dimensiones: a) una base material de la territorialidad, que constituiría su sustento y arraigo biofísico, en donde quedaría simbólicamente ubicado todo lo que hace referencia a cuestiones de hábitat, recursos naturales, ambiente, biodiversidad, etc., es decir, las entrañas eco-físicas de la territorialidad; b) un espacio socio-cultural, en donde se materializa la influencia histórica de cada pueblo indígena y desde donde se construyen unas especiales relaciones de estos pueblos con la base material de la territorialidad. Desde esta especial relación social y cultural de los pueblos indígenas con sus territorios se deriva la existencia de conocimientos tradicionales y patrimonios propios; c) un espacio político y geográfico que hace referencia a las posibilidades de control y gestión política del territorio a partir de la utilización de derechos políticos como la autonomía. Es propiamente el ámbito y el nivel de la jurisdicción indígena, en donde se confabulan, como una unidad inescindible, un bucle de derechos que completan la dimensión holística y estructural de la territorialidad en la cosmovisión

13. E/CN.4/SUB.2/1994/2/Add.1 (1994). Art. 27: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la restitución de las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que les hayan sido confiscados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento expresado con libertad y pleno conocimiento. Cuando esto no sea posible, tendrán derecho a una indemnización justa y equitativa. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual cantidad, extensión y condición jurídica”.

14. Aylwin, José (2004): “Pueblos indígenas de Chile: antecedentes históricos y situación actual”, en *Instituto de Estudios Indígenas. Universidad de la Frontera*, Documento n.º 1, <http://www.xs4all.nl/~rehue/art/ay11a.html>; Toledo, Víctor (2005): “Las tierras que consideran como suyas. Reclamaciones mapuches en la transición democrática chilena” en *Asuntos Indígenas*, IWGIA n.º 4.

15. La *Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de la República Bolivariana de Venezuela* define el hábitat indígena como: “el conjunto de elementos físicos, químicos, biológicos y socio-culturales, que constituyen el entorno en el cual los pueblos y comunidades indígenas se desenvuelven y permiten el desarrollo de sus formas tradicionales de vida. Comprende el suelo, el agua, el aire, la flora, la fauna y en general todos aquellos recursos materiales e inmateriales necesarios para garantizar la vida y desarrollo de los pueblos y comunidades indígenas”.

16. Un enfoque interesante en estas cuestiones puede verse en Toledo, Víctor (2006): *Pueblo Mapuche, derechos colectivos y territorio. Desafíos para la sustentabilidad democrática*, LOM Ediciones, Chile.

indígena. Entre éstos estarían la territorialidad, la autonomía y la jurisdicción. Solo un territorio autónomamente gestionado y con capacidad jurisdiccional sobre sus recursos biofísicos y sobre sus habitantes, puede dar medida de la territorialidad indígena como una unidad de vida completa¹⁷. Cuando hablamos de integridad territorial indígena, este concepto equívoco y polisémico se refiere a las funciones económicas que estos pueblos realizan y desarrollan en el territorio; a las condiciones ecológicas en que la vida se desarrolla; a la percepción subjetiva que los sujetos que allí habitan tienen del propio territorio; a la naturaleza física del bien referido: elementos biofísicos, espirituales, culturales, simbólicos; es decir, a la fusión fértil y de difícil catalogación jurídica por el Derecho occidental, de naturaleza y pueblo.

Todo este nivel abstracto que funciona como propedéutica para poder ejercer un pacto intercultural normativo en la manera de construir y considerar la territorialidad indígena, queda reflejado en las referencias y comentarios que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realizó al artículo XVIII del *Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*, en el caso de Mary y Carrie Dann. Allí se habla de “principios jurídicos internacionales generales que han evolucionado en el sistema interamericano y son aplicables dentro y fuera del mismo”. “...la Comisión considera que los principios jurídicos internacionales generales aplicables en el contexto de los derechos humanos de los indígenas incluyen: a) el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus formas y modalidades variadas y específicas de control, propiedad, uso y usufructo de los territorios y bienes; b) el reconocimiento de su derecho de propiedad y posesión con respecto a tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente; c) en los casos en que los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas deriven de derechos previamente existentes a la creación de sus Estados, el reconocimiento por los Estados de los títulos permanentes e inalienables de los pueblos indígenas y a que ese título sea modificado únicamente por consentimiento mutuo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo cuando tengan pleno conocimiento y apreciación de la naturaleza o los atributos de ese bien. Esto también implica el derecho a una justa indemnización en caso de que esos derechos de propiedad y uso sean perdidos irrevocablemente”.¹⁸

Sin embargo, todo ello plantea, como venimos viendo, serios conflictos a la construcción de un derecho internacional ambiental capaz de integrar, desde una perspectiva de los derechos, la dimensión de los pueblos indígenas. Para ello el Derecho Ambiental internacional debería ser capaz de introducir en su corazón normativo valores socio-culturales de los pueblos indígenas, que deberían ser interpretados de manera específica, adaptada a la realidad de la cosmovisión de

17. Martínez de Bringas, Asier (2007): “El reto de hacer efectivos los derechos de los pueblos indígenas: la difícil construcción de una política intercultural”, en Salvador Martí (ed.), *Pueblos indígenas y política en América Latina*, Barcelona, CIDOB.

18. C.I.D.H., caso Mary y Carrie Dann vs. EE.UU. de Norteamérica, Informe de Fondo n.º 75/02, diciembre de 2002, párrafos 129 y 130.

cada pueblo, en cada realidad estatal. Ello tendría que venir acompañado, también, de principios de eficiencia para una correcta regulación de las relaciones humanas desde una perspectiva intercultural. Entre esos principios de regulación intercultural estarían todos aquellos necesarios para evitar una consideración estrecha y reductiva del territorio indígena, limitada, exclusivamente, a dimensiones occidentales centradas en espacios agrícolas y pecuarios¹⁹. También conllevaría la introducción de criterios interculturales que faciliten una comprensión territorial que exprese la riqueza de la alianza *territorio-pueblos*. En definitiva, una comprensión intercultural de los derechos humanos nucleada en una consideración holística, procesal, polifacética y progresiva del Derecho a la Vida²⁰ en los territorios indígenas. Ello implica que toda consideración de la territorialidad indígena no podrá nunca limitar lo que son funciones económicas de estos pueblos, interpretación que tiene que ser de nuevo trasportada desde una concepción solidificada de la relación territorio-pueblos. Por ello, la aplicación intercultural del derecho a la vida trasciende una mirada agro-pecuaria del territorio. La introducción de la dimensión socio-cultural en la comprensión de la territorialidad indígena devalúa una mera consideración productivista de la misma, tan intrínsecamente vinculada, por otro lado, a la institución jurídica de la propiedad. La lógica de la divisibilidad del territorio vuelve a ser una perspectiva impuesta por una interpretación cultural occidental del territorio. En la amazonía indígena, el bosque tiene valor no por su suelo fértil —lógica productiva— sino por su estrato ecológico y su vuelo forestal, es decir, por toda la riqueza simbólica, espiritual y cultural que encierra el territorio, todo ello interpretado, necesariamente, con una lógica consuetudinaria²¹.

19. De nuevo la Corte Interamericana de Derechos Humanos vuelve a exhibir una lógica intercultural en la comprensión del territorio indígena cuando afirma: “Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que gozan plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”, Corte I.D.H., caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia del 31 de agosto de 2001, serie C n.º 79, párrafo 149.

20. Resulta pertinente la siguiente afirmación de la Corte I.D.H. en relación al derecho a la vida, Sentencia sobre el fondo, Caso Niños de la calle, del 19.11.1999, Serie C, n. 63, Párr. 144: “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”.

21. “El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carecen de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”, Corte I.D.H., caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, serie C, n.º 79, párrafo 151.

C) Finalmente, abordaremos los *atributos* que podrían caracterizar jurídicamente, desde una lógica intercultural, la territorialidad indígena. Para lograrlo, nos apoyaremos, en primer lugar, en las consideraciones previamente aludidas para caracterizar los derechos territoriales indígenas como derechos *absolutos, exclusivos y perpetuos*, para, de manera instrumental, establecer matizaciones y restricciones al carácter positivo y occidental que encierran esas expresiones, y poder acceder, así, al campo allanado de los imaginarios desde los que proceder a construir la inter-culturalidad.

Hablar de derechos territoriales indígenas absolutos y exclusivos supone contraponerlo con la necesidad de pacto y colaboración con otras lógicas, necesidades y derechos, como son los derechos comunitarios, supra-comunitarios o los deberes colectivos, estos últimos escapan también a la lógica en que éstos son comprendidos en la cosmovisión occidental. Desde esta fina síntesis entrecruzada, podemos acercarnos al terreno condicionado para poder dialogar con las concepciones occidentales de propiedad. Sin embargo, el carácter hermético, positivo y totalizante que denotan términos como “absolutos y exclusivos”, resultan poco útiles para dar medida de la perspectiva y dimensión de los derechos territoriales indígenas.

Respecto al término “permanente” éste debe ser entendido con una perspectiva histórica y socio-cultural, trascendiendo la consideración temporal de los derechos tal y como son comprendidos por el Derecho occidental; por tanto, no vinculados a la duración de la vida humana o del portador del derecho referido. Es aquí donde la territorialidad muestra su doble rostro, individual y colectivo; así como su doble dimensión, trans-temporal (más allá de la temporalidad de la vida humana) y trans-espacial (más allá de la geografía occidental)²². La perpetuidad, como condición para acceder a la negociación intercultural, debe ser aderezada con el carácter originario de los sistemas normativos indígenas, lo que nos inserta, de nuevo, en otra lógica tempo-espacial y nos lleva a la abdicación de los títulos de propiedad como única manera de reivindicar y garantizar estos derechos.

Todo ello debería ser complementado, en segundo lugar, con la radicalidad que implica la concesión de derechos territoriales a un sujeto colectivo como el de los “pueblos indígenas”. Esa radicalidad supone situarse más allá de los estándares del derecho civil y privado en la manera de establecer y garantizar los derechos de propiedad²³. La dimensión colectiva supone una elucidación prolífica de dimensiones

22. Corte I.D.H., caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, serie C, n.º 79. Voto Razonado Conjunto de los Jueces A. A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli, párrfos 9-10: “La preocupación por el elemento de la conservación refleja una manifestación cultural de la integración del ser humano con la naturaleza y el mundo en que vive. Esta integración, creemos, se proyecta tanto en el espacio como en el tiempo, por cuanto nos relacionamos, en el espacio, con el sistema natural de que somos parte y que debemos tratar con cuidado, y, en el tiempo, con otras generaciones (las pasadas y las futuras), en relación con las cuales tenemos obligaciones”.

23. Corte I.D.H., caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, serie C, n.º 79. Voto Razonado Conjunto de los Jueces A. A. Cançado

y prismas jurídicos. De esta manera, la territorialidad tiene una dimensión trans-generacional (generaciones pasadas, presentes y futuras); trans-fronteriza, más allá de los estrechos marcos con los que se entienden los derechos de la ciudadanía en el ámbito del Estado-nación delimitado por fronteras; y trans-personal, implicando la dimensión pública del Derecho en la manera de fundamentar titularidades y ofrecer garantías. En definitiva, derivar las consecuencias de la territorialidad indígena a partir del hemistiquio inescindible de *pueblo-territorio*.

En tercer lugar, deberá poder convalidarse toda forma y modalidad de control, propiedad, uso y usufructo que define la relación socio-económica del binomio *pueblo-hábitat*. Ello pasa por admitir la regulación de toda forma de control territorial indígena, abarcando en dicho control jurisdiccional la totalidad del hábitat: superficie, subsuelo, vuelo forestal, aguas, recursos genéticos, etc. Como se desprende de la lógica de la territorialidad y de la jurisdicción, ello no podrá realizarse sin la concesión de derechos de autonomía que permitan un ejercicio real de la territorialidad y de la jurisdicción. La autonomía, en cuanto derecho político público²⁴, incluye: control político y jurisdiccional de la territorialidad; autonomía de uso y explotación; control social y espiritual del territorio y sus recursos; libertad interna para una distribución de derechos intra-territorial; control económico del territorio; seguridad jurídica en el territorio. Todo ello implica un juego de tensiones, síntesis, solapamientos y negociaciones entre los sistemas normativos indígenas, desde una lógica consuetudinaria, y los sistemas normativos estatales, desde una lógica positiva y escriturística.

Como es bien sabido, esta danza inter-cultural se encuentra con los conflictos propios que la colonialidad del poder ha ido trazando sobre la identidad de los pueblos indígenas, como son: la tiranía de la soberanía estatal, tanto en el ámbito regional, internacional y mundial, en la manera de comprender y construir una dogmática de los derechos humanos; las constantes reservas de dominio estatal sobre los territorios indígenas como proyección de la larga sombra del monopolio de la soberanía estatal; la exclusiva visión económica del territorio indígena, lo que ha supuesto que se arredre la perspectiva socio-cultural²⁵ de los pueblos

Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli, párrafo 9: "...al elemento de la *conservación* sobre la simple explotación de los recursos naturales. Su forma comunal de propiedad, mucho más amplia que la concepción civilista (jusprivatista), debe, a nuestro juicio, ser apreciada desde este prisma, inclusive bajo el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la luz de los hechos del *cas d'espèce*".

24. Acuñamos esta expresión puesto que el ejercicio de la autonomía indígena tendrá consecuencias estructurales en la futura composición y distribución territorial del Estado. Es toda la compleja cuestión de la integración de la territorialidad indígena en el Estado y la adaptación de éste a la lógica de la territorialidad indígena, pero desde una perspectiva intercultural, y no colonial-estatal, como hasta ahora. Cf. Romero Bonifaz, Carlos (2005): *El proceso constituyente boliviano. El hito de la cuarta marcha de tierras bajas*, CEJIS, Bolivia; López Bárcenas, Francisco (2006): *Autonomía y derechos indígenas en México*, Cuadernos Deusto de Derechos humanos, n.º 39, Bilbao.

25. Son más que fundamentadoras de todo un derecho intercultural las palabras del juez A. A. Cançado Trindade en el *voto razonado* de la sentencia de la comunidad indígena Sawhoyamaya vs.

indígenas en su consideración, y la imposición de una dimensión exclusivamente productivista del territorio, en su diseño; el despliegue de políticas públicas multiculturales, con pretensiones integradoras y asimilacionistas, pivotadas sobre la vanidad estatal que se pavonea consciente de que una gran parte del movimiento indígena se plagará indefectiblemente y sin resistencia a los intereses estatales inherentes a las propuestas territoriales que éstos proponen en sus diseños de políticas multiculturales (territoriales), y que otra gran parte del movimiento quedará fragmentado por el disenso generado como consecuencia de la implementación de estas políticas.

4. AVANCES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA INTER-CULTURALIDAD NORMATIVA DE LA TERRITORIALIDAD INDÍGENA

La reciente jurisprudencia de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (I.D.H.) ha venido creando un cuerpo jurídico garantista para la construcción, desarrollo y protección de los derechos de los pueblos indígenas, con una punzante proyección y potencialidad intercultural²⁶. Del análisis de este novedoso compendio jurisprudencial puede inferirse una serie de *principios jurídicos interculturales* que otorgan un marco político y normativo suficiente para obtener, por derivación, derechos indígenas: aquellos que de alguna manera ya

Paraguay, sentencia de 29 de marzo de 2006, párrafos 28, 30 y 32: “El derecho a la vida es, en el presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaya*, abordado en su vinculación estrecha e ineludible con la identidad 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 a su identidad cultural y, en última instancia, a 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”. (...) “El vivir en sus tierras ancestrales es esencial para el cultivo y la preservación de sus valores, inclusive para su comunicación con sus antepasados”. (...) “En mi Voto Razonado subsiguiente (del 08.02.2006) en el (mismo) caso de la *Comunidad Moiwana* (Interpretación de Sentencia), insistí en la necesidad de reconstrucción y preservación de la identidad cultural (párrafos 17-24), de la cual *el proyecto de vida y de post-vida* de cada miembro de la comunidad mucho depende”.

26. Nos referimos principalmente a la sentencia de la Corte I.D.H., caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, del 31 de agosto de 2001, serie C, n.º 79; informe de fondo de la Comisión I.D.H., caso Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos de Norteamérica, n.º 75/02, del 27 de diciembre de 2002; sentencia de la Corte I.D.H., caso Masacre de Plan de Sánchez, vs. Guatemala (reparaciones), del 19 de noviembre de 2004, serie C, n.º 116; sentencia de la Corte I.D.H., caso comunidad Moiwana vs. Surinam, del 15 de junio de 2005; sentencia de la Corte I.D.H., caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, del 17 de junio de 2005; resolución de la Corte I.D.H., caso pueblo indígena de Sarayaku, medidas provisionales, del 17 de junio de 2005; sentencia de la Corte I.D.H., caso comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, del 29 de marzo de 2006; sentencia de la Corte I.D.H., caso Yatama vs. Nicaragua, del 23 de junio de 2005.

quedan reflejados en el *Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones indígenas*, en el *Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas* y, de manera mucho más suavizada y recortada, en el *Convenio 169 de la O.I.T.*²⁷

Así, entre los principios que fundamentarían los derechos indígenas y que darían materialidad y coloración intercultural a los mismos estarían²⁸:

- *El carácter colectivo de la propiedad indígena*, que constituye el eje de interpretación y el vector de sentido de la sentencia de la Corte I.D.H. en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua²⁹. La dimensión colectiva de los derechos irrumpe, desde la particularidad indígena, en la sentencia de un Tribunal Regional de derechos humanos, como es el caso de la Corte I.D.H. Una fina hermenéutica jurídica-intercultural en relación a este supuesto, lo que se ha venido expresando como una interpretación evolutiva del derecho de propiedad³⁰, permite inferir una dimensión colectiva en la manera de fundamentar y construir los derechos humanos, perspectiva que complementa la raquílica perspectiva individualista sazónada con los aromas y especias de la manera

27. En relación con la consolidación de una perspectiva de derechos, objetivo para el cual esta jurisprudencia ha resultado de inestimable valor, es de vital importancia tener en cuenta la reciente *Estrategia Sectorial de la Cooperación Española con los Pueblos Indígenas* (E.C.E.P.I.), desarrollado por la Agencia Española de Cooperación Internacional (A.E.C.I.). El marco normativo internacional que sirve de inspiración para el desarrollo de este documento de política pública, son, entre algunos de ellos, los Proyectos y el Convenio arriba referidos. La E.C.E.P.I. pretende ser un proyecto de cooperación pública impulsado desde una interpretación de los derechos: la de los pueblos indígenas. Como hemos venido señalando a lo largo de este trabajo, no basta con el mero reconocimiento formal y programático de una herramienta de derechos redactada en los gabinetes gubernamentales de la política pública, pero con poca voluntad política de factibilidad; es necesario un enfoque intercultural, en donde el contenido de los conceptos, su materialidad y radicalidad, y la posibilidad de negociación en el ámbito internacional con otros actores (estados, organismos multilaterales, etc.), resultan fundamentales. Este es el gran reto de la E.C.E.P.I. para poder aproximarse a un diálogo intercultural.

28. Cf. El magnífico artículo de Rodríguez-Piñeiro, Luis (2006): “El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas” en Berraondo, Mikel (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 153-203; Madariaga, Isabel, “Sistema Interamericano de derechos humanos, pueblos indígenas y derecho de propiedad. Breves antecedentes” en Courtis, Ch., Hauser, D., Rodríguez, G. (comps.) (2005): *Protección Internacional de Derechos Humanos. Nuevos desafíos*, Ed. Porrúa, México, pp. 209-228.

29. Sentencia del 31 de agosto 2001, serie C, n.º 79.

30. Esta *interpretación evolutiva* constituye uno de los saltos cualitativos en la creación de una nueva manera de comprender el Derecho, cuestión en la que venimos insistiendo, enconadamente, en todo el trabajo. Cf. *Ibid.*, párrafo 148: “Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención —que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos—, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución política de Nicaragua”.

occidental de entender el mundo y la vida. Esta dimensión colectiva, en cuanto principio hermenéutico para comprender el código internacional de los derechos humanos, otorga enormes pistas para la concreción de esta dimensión —la colectividad de los derechos— en parajes culturales diferenciados, con sujetos distintos, y en situaciones geopolíticas muy variadas. De esta sentencia se deriva toda una *ontología colectiva* de los derechos humanos que exige ser teorizada por especialistas del derecho y de las ciencias socio-jurídicas, para poder deducir contenidos normativos concretos para situaciones específicas, pero cambiantes.

- *La especial relación de los pueblos indígenas con sus tierras y territorios*, siendo este íntimo nudo el que otorga sustantividad propia a la identidad indígena. Este principio arroja un instrumental interesantísimo para construir una dogmática intercultural de los derechos humanos. Inextricablemente asociado al principio anterior —la dimensión colectiva de los derechos—, aquí se introduce el elemento de la territorialidad en un sentido corporal-colectivo, es decir, trascendiendo una dimensión patrimonialista, civilista y reductiva de la propiedad. Constituye, por tanto, el fundamento jurídico de todas las ideas que hemos venido relatando en este trabajo. Territorialidad en cuanto corporalidad identitaria de los pueblos indígenas, contenido inherente, a su vez, del derecho a la vida de los pueblos indígenas³¹.
- *El origen consuetudinario del derecho de propiedad comunal indígena*, por contraste conflictivo con la intransigencia del derecho positivo occidental cuya carta de identidad viene precedida por la exigencia de formas escriturísticas para poder considerar un derecho como válido y legítimo. Como la propia Corte I.D.H. vuelve a recalcar “*El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro*”³².

31. Corte I.D.H., caso Yakya Axa, cit., párrafo 135. Como bien ha insistido Agamben, la corporalidad (individual o colectiva), la *nuda vida* o vida desnuda y desamparada, es lo que constituye el fundamento de la soberanía política en la Modernidad: “...sólo la nuda vida es auténticamente política desde el punto de vista de la soberanía”. Considérese y profundícese esta perspectiva teniendo en cuenta todo el aplomo específico de la Colonialidad del Poder, no considerada por Agamben, pero que sin duda su análisis resulta valiosísimo para construir un pensamiento crítico compacto que tenga en cuenta las relaciones geopolíticas Norte-Sur, desde la perspectiva de la colonialidad. *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Pre-textos, Valencia, 2003, p. 138. Un intento de profundización en lo previamente sugerido puede verse en Martínez de Bringas, A., “Pueblos indígenas no contactados. Una realidad emergente entre la memoria pisoteada y los derechos perdidos” en Berraondo, Mikel (Coord.) (2005): *Pueblos no contactados ante el reto de los derechos humanos. Un camino de esperanza para los Tagaeri y Taromenani*, Cicame & Cdes, Ecuador.

32. Corte I.D.H., caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, cit., párrafo 151.

- *Los deberes del Estado en relación a la propiedad comunal indígena.* El caso de Awas Tingni vuelve a ser el rotor que distribuye el agua fresca para la creación de nuevos derechos y deberes. En ese sentido insiste en la necesidad de garantías efectivas para poder implementar y llevar a buen término las radicales disposiciones que incorpora la sentencia. Para ello, apela a la necesidad de titulación de las tierras indígenas, que aún siendo una exigencia propia del derecho occidental derivado de la institución de la propiedad, constituía, en su momento, una mediación instrumental para poder otorgar carne, tendones y huesos al derecho de propiedad comunal indígena. Sin embargo, este principio, aunque ortodoxamente utilizado todavía en esta sentencia, es decir, sin claras codas interculturales, exhibe una potencialidad que permite abrir corredores de vida en la angosta morfología del derecho clásico. El hecho de incidir expresamente en la especial responsabilidad del Estado, nos sitúa ante un nuevo plano de garantías para los derechos, trascendiendo una comprensión estrecha de las mismas que las reduce a garantías jurídicas, institucionales o legales³³. Permite además asirnos a una dimensión descentrada y desubicada de las garantías sociales en el Derecho, como las que puedan enunciarse desde la perspectiva de las comunidades y movimientos indígenas. Es toda la cuestión de nuevas estrategias de protección frente a nuevos derechos. Ello implica instaurar una nueva comprensión de la relación *derechos-deberes*, remitiéndonos, sincrónicamente, a una nueva consideración de las subjetividades-víctimas (en este caso, los pueblos indígenas, pero deducible a otros contextos y situaciones), así como a una nueva reformulación de los deberes públicos del Estado en la protección de los derechos humanos. Este principio supone una revisión integral de las garantías del derecho desde nuevos fundamentos reformulados a partir de las consecuencias que se derivan de la revisión de las relaciones *derechos-deberes*.
- *El conflicto entre propiedad comunal indígena y derechos de terceros.* Esta es una cuestión complementaria del principio anterior, pero que dada su conflictividad real, exige un tratamiento específico. Es decir, el replanteamiento de la lógica de los derechos-deberes, a partir de la irrupción en escena de derechos indígenas emergentes, exige repensar los diagramas en que éstos se expresan como consecuencia de la entrada en escena de nuevos actores. No sólo es necesario pensar la relación víctima-Estado, desde un plano garantista, sino la potencialidad que unos terceros tienen en el corazón de la mundialización neo-liberal de vulnerar derechos indígenas en el epicentro de sus propios territorios. De nuevo, la territorialidad

33. Para una profundización de los diferentes prismas y posibilidades que ofrecen las garantías del Derecho, puede consultarse, Pisarello, Gerardo (2007): *Los Derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta; Courtis, Christian (2007): *Derechos sociales, ambientales y relaciones entre particulares. Nuevos horizontes*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, n.º 42, pp. 31-47.

irrumpe como el alma de toda la corporalidad indígena. No sólo otorga ontología a la identidad, sino que constituye el elemento nuclear en la espinosa cuestión de las multi-garantías, en un ámbito de confrontación inter-cultural tan polémica como es la territorialidad indígena. De nuevo la Corte I.D.H. vuelve a hacer una exhibición de creatividad jurídica al llamar la atención sobre la importancia que la territorialidad indígena tiene en la conformación, reproducción y desarrollo de la subjetividad indígena. Este especial bien, que es la territorialidad, sin el cual la identidad queda destazada, exige una protección jurídica cualificada. La Corte desarrolla una hermenéutica intercultural de la que se deduce la primacía absoluta de la territorialidad en el *corpus* de los valores indígenas. Ello supone el desplazamiento de otros bienes que puedan entrar en conflicto con la territorialidad indígena; con más motivo, si se trata de un bien como la propiedad privada de terceros. En este caso, la interpretación intercultural no puede igualar, otorgando el mismo estatus a la territorialidad indígena y a la propiedad (tierra) de terceros³⁴. Lo que es consustancial para garantizar el derecho a la vida de los pueblos indígenas, no guarda el mismo grado de cualidad cuando se trata de terceros no indígenas. Por tanto, lo que constituye un bien fundamental en uno de los lados del proceso cultural, no puede ser evaluado con el mismo grado e importancia en el otro lado. Una analogía intercultural tal resultaría profundamente asimétrica, produciendo una quiebra importante entre los diferentes procesos culturales en diálogo que se traduciría en una violación de derechos. Por ello, la Corte permite un desplazamiento de los derechos de terceros cuando éstos entran en colisión con *derechos fundamentales indígenas*. Añade, además, que corresponde al Estado establecer las garantías pertinentes para proceder a una demarcación titulada de los territorios indígenas con el fin de ubicar dónde se produce la vulneración, respecto a qué bienes, y cuál es concretamente el conflicto que se plantea. Por tanto, la sentencia incrementa la responsabilidad del Estado, desplegada a partir de la lógica de derechos-deberes, para poder garantizar los derechos fundamentales indígenas.

- *Extinción de los derechos de propiedad indígena*. En este supuesto se trata de proceder a una interpretación intercultural de la prescriptibilidad de los derechos territoriales indígenas, teniendo en cuenta la existencia de múltiples actores en conflicto: pueblos, Estados, terceros, personas jurídicas, etc. De nuevo la Corte establece como criterio matriz para interpretar la duración de los derechos fundamentales (territoriales) indígenas, todo el tiempo en que perdure y se mantenga su relación íntima y única

34. Cf. Caso Comunidad indígena Yakyé Axa vs. Paraguay, cit., párrafos 65 y ss., y 146-149; Caso comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, párrafos 153 y 164.

con los territorios que ocupan o hayan ocupado³⁵. Este criterio fundante se despoja de su abstracción y considera que esa relación se mantiene *siempre* que se pueda fundamentar o alegar una *praxis* o *usos* indígenas con fines culturales y espirituales. En estos supuestos, se da una prioridad de la dimensión socio-cultural de los pueblos indígenas, que se materializa en el territorio y en todas las posibilidades que éste abre. Ello está sólidamente ligado a nuevos derechos, puesto que la territorialidad, para ser esgrimida y ejercida, exige de un derecho político público como es la autonomía, que incluye la jurisdicción indígena sobre la territorialidad y el reconocimiento de los sistemas normativos indígenas. Por ello, en caso de producirse una conculcación del derecho a la territorialidad, éste tiene prioridad incluso frente a las disposiciones de derecho interno que deberán ceder en el supuesto de conflicto de jurisdicciones, teniendo en cuenta el carácter fundamentalísimo que la territorialidad tiene para los pueblos indígenas. Ello también es predicable si la des-posesión indígena de sus territorios se ha producido como consecuencia de la utilización de la fuerza por parte de terceros.

35. Cf., Caso Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay, párrafo 131, entre otros.