



## ARTÍCULOS

UTOPIA Y PRAXIS LATINOAMERICANA. AÑO: 26, n.º 93 (abril-junio), 2021, pp. 65-86  
REVISTA INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA Y TEORÍA SOCIAL  
CESA-FCES-UNIVERSIDAD DEL ZULIA. MARACAIBO-VENEZUELA  
ISSN 1316-5216 / ISSN-e: 2477-9555

# El derecho indígena al territorio. Argumentos para una deconstrucción decolonial del Derecho y su reconstrucción intercultural<sup>1</sup>

*The indigenous right to territory. Arguments for a decolonial deconstruction of Law and its intercultural reconstruction*

**Cristóbal BALBONTIN-GALLO**

<https://orcid.org/0000-0001-6604-2957>

[cbalbonting@gmail.com](mailto:cbalbonting@gmail.com)

Universidad Austral de Chile. Chile

Este trabajo está depositado en Zenodo:  
DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.4629467>

### RESUMEN

El presente artículo practica una genealogía de los dos conceptos jurídicos dominantes en la relación normativa a la tierra: el derecho de propiedad y el espacio territorial como elemento del Estado, a fin de argumentar la necesidad de una tesis decolonial que dé cuenta debidamente del estatuto normativo de la relación de los indígenas con la tierra como derecho al territorio a partir del caso del pueblo Mapuche. En dicho contexto, el propósito es también diagnosticar el estado del arte en la conceptualización jurídica decolonial de este derecho tanto en el Derecho internacional como en los sistemas jurídicos de Latinoamérica y su posible reconstrucción intercultural.

**Palabras clave:** Decolonialidad, interculturalidad, territorio, historia, propiedad.

### ABSTRACT

This article practices a genealogy of the two dominant legal concepts in the normative relationship to land: the right to property and territorial space as an element of the State, in order to argue the need for a decolonial thesis that gives due account to the normative status of the relationship of indigenous people with land as a right to territory, starting with the case of the Mapuche people. In this context, the purpose is also to diagnose the state of the art in the conceptualization of this right both in international law and in Latin American legal systems as well as its possible intercultural reconstruction.

**Keywords:** Decoloniality, interculturality, territory, history, property.

Recibido: 08-11-2020 • Aceptado: 20-01-2021

<sup>1</sup> El presente artículo se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación Fondecyt N°11190725: "El pueblo mapuche y el conflicto en torno a los recursos naturales. Una perspectiva desde la teoría del reconocimiento." Deseo agradecer la colaboración de los asistentes de investigación Francisca Moya, Pía Hicks y Astrid Montenegro cuyo aporte ha sido determinante para la elaboración de este artículo.



## INTRODUCCIÓN

La tierra. La posición del hombre en la tierra. Nuestra posición, antes que su posesión, antes de cualquier predicado normativo o de valor, revela que nuestra sola presencia es la de un viviente cuyo ser depende de la positividad del cuerpo sobre la firmeza de la Tierra. “El pensamiento que se posiciona y piensa el reposo sobre lo cual toma posición (...). La identidad del ser se sostiene según una experiencia profunda y fundamental que es también la experiencia del fundamento en tanto fundamento, de lo profundo y de la fundación. Este reposo, es una experiencia del ser en tanto ser, es la experiencia ontológica de la firmeza de la tierra” (Levinas: 1993, pp.149-150). Este bello pasaje de Emmanuel Levinas contenido en la recopilación de textos *Dieu, la mort et le temps* nos revela cómo –antes de estar arrojados a ser-en-el-mundo según el exhorto heideggeriano contenido en *Ser y tiempo*– somos indígenas de la tierra.

No obstante lo anterior, la relación vital de este ser que es impensable sin su nexo a la tierra, ha estado encubierta por la historia de una relación normativa a la tierra que Rousseau fue el primero en denunciar a través de un pasaje extraordinario: “El primero que, habiendo cerrado un terreno, se precipita a decir: Esto es *mío*, y encuentra gente suficientemente ingenua para creerlo, fue el verdadero fundador de la sociedad civil. Que de crímenes, de guerras, de asesinatos, de miserias y horrores se habría ahorrado el género humano si aquel, borrando la demarcación del terreno, hubiese gritado a sus semejantes: absténganse de escuchar a este impostor; vosotros estáis perdidos, si olvidáis que los frutos son de todos, y que la tierra no le pertenece a nadie” (Rousseau: 1987, p.59). Este pasaje –que no es cualquier pasaje– abre en 1755 un nuevo capítulo del pensamiento: el romanticismo (Löwy: 2009).

Sin embargo, esta recuperación del sentido de la tierra en Rousseau –y por extensión en el romanticismo– al no advertir la situación histórica y cultural particular en que se inserta el derecho de propiedad, y con ello el divorcio natural que se busca denunciar, recae en la misma abstracción que se busca evacuar. En efecto, cualquier examen de una relación a la tierra debe hacerse cargo de la genealogía de dicho estatuto normativo. Nuestro propósito en el presente artículo es practicar dicha genealogía con el fin de advertir cómo las dos formas estatutarias más importantes en el mundo en la relación a la tierra: el derecho de propiedad y el territorio como elemento del Estado soberano, corresponden sólo a cierto tipo de sociedad, hundiendo en el ocultamiento la experiencia normativa que otros tipos de sociedades hacen de la tierra, como es caso de los Mapuches, pueblo indígena ancestral de la zona sur transandina de Chile y Argentina. A partir de este caso es posible esgrimir un derecho indígena al territorio natural circundante dotado de características estatutarias enteramente propias que no son reductibles a categorías normativas logo céntricas como lo son el derecho de propiedad o el espacio territorial como elemento del Estado soberano. De conformidad a ello, nuestro propósito es argumentar entorno a la pertinencia como a los límites de una tesis decolonial en la relación normativa a la tierra, así como a una necesaria reconstrucción intercultural del Derecho.

## BREVE GENEALOGIA DEL DERECHO PROPIEDAD Y DEL ESPACIO TERRITORIAL COMO ESTATUTOS NORMATIVOS UNIVERSALES EN LA RELACIÓN A LA TIERRA

El carácter absolutista e individual que caracteriza el derecho de propiedad sobre una cosa no surge *ex nihilo*. Ella responde a un historia bien precisa y particular que tiene su génesis en Roma. Ya en el mito fundacional de la ciudad eterna, Rómulo divide Roma en 30 porciones iguales que se distribuye en 30 curias. Cada porción o dominio (*dominus*, que en latín precede a la expresión *proprietas*) será asignada a cada labriego que como jefe de familia (*pater*) que administrará soberanamente para formar una *hereditas*. De esta forma los futuros patricios tendrán una posición asimilable a la de la soberanía de una Estado sobre las cosas y personas (*patria potestas manus*) que forma parte de la familia romana. Precisamente el dominio toma del *domus* su nombre como esfera de poder domestico que estaba sometida al *pater familias*. De cierta forma, el mito fundacional de Roma es también el mito fundacional de la propiedad privada, con la distribución *pro indiviso* como forma de primera propiedad privada en la monarquía latina (Capogrossi Colognesi: 1988,

pp.187ss). Solo con posterioridad este poder asociado a la persona se irá diferenciando para ser considerado un estatuto jurídico sobre las cosas (*in re*) a través un procedimiento formulario que permitirá hacer efectivo este poder (*mancipatio*) y que se adquiere ante el pretor. Esta evolución está unida a la evolución de las instituciones en Roma, y ella a su vez con los cambios que sufre la sociedad romana; desde la predominancia de la familia en el periodo arcaico de la monarquía romana a la importancia creciente que van adquiriendo las instituciones públicas en Roma así como los procedimientos sacramentales necesarios para asentar el derecho (*en iure Quiritum*).

El término de *dominus* en el *ius civile* romano sólo aparece de forma tardía en Roma, concretamente hacia finales de la República, en un momento en que ya es posible distinguir la abstracción progresiva del derecho de propiedad (Schulz: 2000, p.67) como su tratamiento unitario que se logrará expresar conceptualmente más tarde en Bartolo de Sasoferrato en su comentario al Digesto 41, 2, 17, 1: "*Quid ergo est dominium? Est ius de re corporali perfecte disponendi nisi lex prohibeatur*" (Bartolo: 1520, p.92rb). Ello permitirá superar el tratamiento diferenciado que hacían los juristas latinos de los atributos del dominio como estatutos autónomos: *ius utendi*, *ius fruendi* y *ius abutendi* (Dicielli: 1980; Scialuga: 1928). Con el desarrollo progresivo de la *ciuitas* romana producto de la expansión imperial de Roma, el estatuto de la propiedad -que el *ius civile* reconocía sólo a las ciudadanos romanos-, comienza a aplicarse a favor de todos los habitantes de Roma desde el año 212 d.c. con la *constitutio antoniniana* de Caracalla, produciendo una mutación del dominio hacia un estatuto territorial. Será sin embargo Justiniano, concretamente en el Digesto, quien consolidará unitariamente el concepto de propiedad (*propietas*) que expresa la plena potestad de un hombre sobre una cosa (*re in potestas*) (D'Ors: 1997, pp.186 y ss).

Con la caída de Roma la propiedad no desaparece, sino que se transforma para articular las relaciones políticas de vasallaje que caracterizarán a la Edad Media. Es la propiedad inmueble y la posibilidad de su desmembramiento, lo que permite articular las relaciones entre el señor feudal -que se caracteriza por su poder sobre el feudo- y el vasallo que recibe el beneficio sobre una porción del latifundio a cambio de su lealtad y servicio personal. Este giro político de la propiedad se vio posibilitado por las instituciones romanas del *colonato* y la *enfiteusis* que comienzan a desarrollarse desde el siglo I d.c. y que permitieron el asentamiento de los barbaros en el imperio a cambio de su lealtad. Será asimismo esta aptitud al desmembramiento de la propiedad lo que permitirá ir asentando el poder de los monarcas y príncipes a partir del siglo XIII al recuperar como autoridad (*dominium regis*) el dominio eminente (*ius eminens*) sobre las tierras sobre las cuales podría otorgar derechos de uso y explotación. Como se puede advertir los cambios de equilibrio político se articulan a través del concepto de derecho de propiedad, del mismo modo que el derecho de propiedad se va transformando como consecuencia de los cambios de las relaciones de poder.

El ascenso económico de la burguesía y del artesanado hacia finales de la alta Edad Media, implican primero con la reforma protestante, luego la primera revolución industrial y finalmente la revolución francesa, la eliminación de los privilegios estamentarios sobre la tierra y el fin del régimen feudal en virtud de los nuevos términos de producción capitalista. El Código Civil francés de 1804 y su estatuto unitario reforzado del derecho de propiedad como derecho subjetivo en función de un derecho abstracto, buscó consolidar este derecho como esfera de voluntad sobre una cosa que operará como límite a favor del individuo frente a la acción del Estado como del resto de la sociedad, con los rasgos de absoluto, exclusivo y perpetuo con que se caracterizará el derecho de propiedad y que se resume en la conocida formula: "*À l'état la souveraineté, au citoyen la propriété*" (Baudry-Lacantiere: 1905, p.124).

La cuestión social que surge el siglo XIX en torno a la distribución de la riqueza producida como resultado de la división social del trabajo y los nuevos términos de producción capitalista, implican revisar el carácter absoluto que no puede ir en oposición a la sociedad (Von Ihering: 1978, p.252). Esta conquista y reequilibrio del derecho de propiedad resulta de luchas sociales y políticas, lo que se reflejará en la conquista socialista que será la función social del derecho propiedad y que se incorporará a la constitucionalización del derecho de propiedad en el siglo XX.

Esta digresión en torno a la genealogía del derecho de propiedad nos permite advertir de qué forma el concepto del derecho subjetivo de propiedad que el *ius naturalismo* presenta como consubstancial a la persona humana en su pretensión universal, corresponde más bien a la situación cultural de la sociedad europea y está marcado -en cada una de sus transformaciones históricas- por circunstancias concretas de carácter económico, social, político e incluso religioso, que rodean a una sociedad y que le imponen un sello en su relación a la tierra. Con la conquista de ultra mar, la colonización y luego la globalización del capitalismo, experiencias todas en las cuales el derecho de propiedad ha servido de vehículo, el derecho de propiedad alcanzará un estatus mundial.

Pero, adicionalmente, es necesario advertir cómo, de un punto de vista histórico, el derecho de propiedad debe ser comprendido como una relación de poder. Ya sea del hombre en relación a la naturaleza, ya sea como forma de inmunidad del individuo frente al Estado, ya sea como forma de dominación entre hombres, como forma de adhesión a un gobierno o como forma de imposición de los términos de producción sobre factores de producción; la conceptualización del derecho de propiedad en cada época identifica un punto de equilibrio en las relaciones de poder en el contexto de una sociedad determinada. Más precisamente, el derecho de propiedad consolida y asegura una posición de dominación y una correlativa posición de sumisión en un momento determinado de la historia occidental. Desde este punto de vista, el derecho de propiedad es relación de poder<sup>2</sup>.

Esta determinación histórica también puede decirse de la otra forma de estatuto normativo en la relación con la tierra, ya no desde un punto de vista subjetivo, sino desde un punto de vista objetivo, que es el territorio como elemento del Estado.

En efecto, tanto para Carre de Malberg (1998), Jellinek (2000) como para Leon Duguit (1901), el espacio territorial aparece como un elemento sobre el cual el Estado ejerce su soberanía. Por ejemplo, para Jellinek "La tierra sobre la que se levanta la comunidad Estado, considerada desde su aspecto jurídico, significa el espacio en que el poder del Estado puede desenvolver su actividad específica, o sea la del poder público. En este sentido jurídico la tierra se denomina territorio." (Jellinek: 2000, p.385). De este modo las decisiones que adopte un Estado se plasman sobre un espacio territorial nacional delimitado por fronteras que se extienden al suelo, subsuelo, espacio aéreo y marítimo (eventualmente el espacio exterior) que constituyen el límite material de la acción efectiva del Estado. De este modo, el espacio territorial como objeto está a disposición de un sujeto, el Estado. Y, como elemento, el espacio territorial es un elemento constitutivo de la existencia del Estado. Como competencia, el Estado ejerce en el espacio territorial jurisdicción estatal, del mismo modo que el territorio marca el espacio donde las normas jurídicas dictadas por el Estado deben cumplirse.

De lo anterior resalta que esta concepción normativa de la tierra está dominada por una cartografía cartesiana que se abstrae de los términos cualitativos de la relación a la tierra en beneficio de una consideración cuantitativa. Esta abstracción *more geométrico* de la tierra no es la única característica del espacio territorial como elemento estatal. En lo fundamental ella no concibe el sujeto (Estado) en función del territorio, sino al territorio en función del Estado. (Otro tanto puede decirse de la "población" como elemento de la teoría moderna del Estado). Cuestión que también está marcada por una relación de poder. Esta subordinación funcional al Estado, y concretamente al poder del Estado, no es accidental, sino que obedece -al igual que en el derecho de propiedad- al contexto cultural que rodea la genealogía histórica de la construcción de la soberanía del Estado como elemento principal del Estado moderno.

En efecto, ella encuentra conceptualmente su origen en el Renacimiento, y más concretamente en la experiencia concreta de los conflictos intestinos que enfrentaron a los distintos principados en la península itálica como resultado de la descomposición y fragmentación del poder político. Es esta circunstancia histórica la que motiva indirectamente a Maquiavelo a prefigurar en 1513 la doctrina moderna de la soberanía del Estado en *El príncipe*. Descomposición que también estaba influenciada por circunstancias económicas como

---

<sup>2</sup> Consecuentemente, el derecho de propiedad subsiste en la medida que se preservan las condiciones de posibilidad de esta forma de poder.

es el auge de la burguesía comerciante que comienza a rivalizar con el poder de los príncipes y de la nobleza. Una situación similar de descomposición social y conflicto es la que encuentra en Inglaterra bajo el gobierno de Oliver Cromwell, situación histórica que está a la base del *Leviathan* de Thomas Hobbes. En ambos casos el problema político fundamental se traduce en la necesidad de restaurar el orden público y la seguridad, para lo cual es necesario asegurar el carácter absoluto del poder del Estado. Esta construcción del poder absoluto no sólo pasa por una cuestión de hecho, sino también por una cuestión teórica que se afianza con Jean Bodin y su conceptualización de la soberanía en los *Seis libros de la República* (1576) a través de la doctrina racional del poder que se expresa a través de la ley como vehículo, y en la legislación como atributo. De este modo, la soberanía ya no se asocia con la persona del monarca, sino que con la institución del Estado, obra racional y racionalizante. Rousseau en el *Contrato social* (1762) no modificará los términos de esta potencia superlativa sino las coordenadas, al reconducir la soberanía al pueblo en un esfuerzo por legitimar democráticamente su ejercicio en el contexto de desaparición de los estamentos sociales del *ancien régime* y el auge conceptual de la Nación, que acontece con la revolución francesa como consecuencia de la revolución industrial y su trasfondo transformador de los términos de producción. La conceptualización abstracta de la tierra como elemento del Estado es, de este modo, funcional a esta nueva doctrina del poder soberano que surge en el contexto de las transformaciones sociales, económicas y políticas que se producen en un momento determinado de la historia europea y que se proyectan al mundo republicano en los nacientes Estados independientes de América, y luego en Asia, Oceanía y África.

Esta larga digresión en torno a la historia del derecho de propiedad como derecho subjetivo y del espacio territorial como elemento del Estado, en tanto derecho objetivo, resulta necesaria para comprender como el estatuto normativo que se proyecta en la relación a la tierra esta fundamentalmente determinado por un contexto cultural e histórico propio al devenir de una cierta sociedad que determina el origen como la esfera de validez de este derecho. Immanuel Wallerstein lo expresa con lucidez: “Los sistemas históricos derivan su estabilidad del hecho que la mayoría de las personas que se hayan en ellos consideran su situación social como natural y permanente, si no eterna. Para ello, es muy fácil considerar el tiempo y el espacio como constantes, como lo teorizó Kant” (Wallerstein: 1997, p.3). De modo que la objetividad científica, como la neutralidad valorativa de la ciencia, ya presupone una valorización -ella es en sí misma un “valor”- que es relativa, a su vez, a lo que Nietzsche llama una “jerarquía de valores” implícito a un sistema social histórico (Nietzsche: 1996).

Se trata pues de una cuestión mayor. Esto nos lleva a cuestionar las categorías jurídicas propias tanto a la tradición continental como al *Common law* que no logran dar cabida a otros estatutos normativos que tienen su origen y validez de la experiencia de la tierra en otros contextos culturales (Salas Astrain: 2020). “El tiempo y el espacio son los parámetros obvios de nuestra existencia. Hacen parte de los primeros conceptos que aprende un niño. Sin embargo, por iletrada que sea una persona, estará en posibilidad de identificar el tiempo y el espacio en el que vive, y usualmente los tiempos en que los otros viven” (Wallerstein: 1997, p.3). Se trata de una oposición de lo que Henri Bergson (1889) llamó *le temps des horloges et le temps vécu* (por extensión a lo que podríamos agregar *l'espace vécu*), para enseguida demostrar que el valor abstracto de la métrica temporal universal responde a una realidad situada: la del mecanicismo occidental, que no ostenta -en consecuencia- de ninguna superioridad frente a otras vivencias del tiempo y el espacio. ¡De hecho, ella misma es reconducible en su origen a una vivencia concreta del espacio y el tiempo!

En este contexto, la función normativa que juega la tierra para los Mapuches es un caso ejemplar.

## **LA EXPERIENCIA NORMATIVA DE LA TIERRA PARA EL PUEBLO MAPUCHE**

Tal como lo exponen Pablo Mancilla, Manuela Royo y Miguel Melin en su texto precursor *Cartografía cultural del Wallmapu. Elementos para descolonizar el mapa en territorio mapuche* (2019), en el caso del pueblo Mapuche (Mapu: tierra, Che: gente) su sola autodenominación da cuenta de un pueblo que se piensa

a partir de su inserción en la tierra. Esta relación privilegiada a la tierra en tanto fuente de vida (Leff : 2018) y de sentido cultural se declina para los mapuches en una forma gramatical y semántica. En efecto, la tierra se divide entre distintas dimensiones para los mapuches que están relacionadas. El *Nagmapu* es el plano territorial donde se desarrolla la vida cotidiana del mapuche. Sin embargo, se articula con este plano cotidiano el *Wenumapu*, que es el plano espiritual en el cual interactúa las personas que pueden acceder a esta dimensión de trascendencia de las fuerzas espirituales como el *püllü am* o *newen* que, a pesar de ser espirituales, encuentran su vía de acceso a partir de los elementos naturales de la tierra. Por otra parte también en el plano de relación al entorno natural se encuentra el *Minchemapu* o mundo subterráneo o del subsuelo. Cada uno de estos mundos también tiene un predicado de valor asociado al Bien, el Mal o ambos. Asimismo, estas distintas acepciones y funciones de la tierra (*mapu*) se relacionan y articulan entre sí de una forma que no son enteramente separables.

La cultura y la tierra son pues para los Mapuches inseparables, de tal manera que esta relación con la naturaleza tiene eficacia ética, política, económica y social sobre la sociedad mapuche. En concreto, la vida (*mögen*) que se expresa en los elementos naturales (*ixofillmögen*) como *Ngen* (*fuerzas espirituales*): el monte (*Mawida*), el pantano (*Mallin*, *Hualve*), montañas (*Mawizantu*), cerros (*Wigkul*), ríos (*Lëwfu*), tienen a la vez un significado simbólico como una función normativa determinada al interior de la cultura mapuche. Así por ejemplo el *Mallin* es a la vez un pantano y simbólicamente “el lugar del Mal”. Otro tanto ocurre con el “cerro que habla” (*zugukey ta wigkul*). Del mismo modo, las distintas aves (*Wera Wen Werken*) cumplen una función anunciadora, portando presagios y vaticinios de distinto valor, en una suerte de narrativa natural. Así por ejemplo, “el *keltewe* es considerado benéfico, pues ayuda en la vigilancia de las casas anunciando la llegada de personas extrañas al lugar; por otro lado se considera también que anuncia la muerte del jefe de familia, cuando vuela en círculos sobre su casa y luego se encamina hacia el cementerio” (Villagran et al.: 1999, p.605). O, en términos más generales, el mito “que narra el conflicto entre las serpientes *kaykay* y *trentreng*, dueña de las aguas y de la tierra. Este mito es central en la cultura mapuche y explica el origen de las generaciones mapuches y la procedencia de los linajes que tienen nombres de peces” (Villagran et al.: 1999, p.604). Es probablemente por este motivo que el estatuto normativo mapuche (*Azmapu*) no solo rige las relaciones entre las personas sino también con la naturaleza.

Cada uno de estos elementos de la naturaleza que forma parte del territorio concreto de cada comunidad mapuche cumple una función estructurante en el sistema social, incluso a nivel de organización política en comunidades de distinta extensión (*Lof*, *Rewe*, *Ayllarewe*), de tal forma que la cultura mapuche encuentra su eficacia simbólica en la interacción con un entorno natural preciso y singular. Así, desde la perspectiva de la sabiduría mapuche (*Mapuche kimün*) su territorio natural opera como fundamento de su existencia. Desde este punto de vista la eficacia simbólica de la naturaleza circundante en la cultura mapuche también ostenta una eficacia ontológica. Se “es” mapuche a partir de esta interacción con su territorio. De modo que va del Ser como de su propio ser mapuche la conservación de esta posibilidad de interacción con el entorno natural. Aristóteles no se equivoca cuando afirma que “el Ser se dice de múltiples maneras” (τὸ ὄν λέγεται πολλαχῶς) (Met.VII.1028a10), siendo esta manera mapuche de decir “el Ser” irreductible. En consecuencia, en la conservación de esta relación con el entorno está en juego el Ser mapuche.

Es por esto motivo que Mancilla et alí. (2019) afirman que el territorio natural sirve de base a una ontogénesis del pueblo mapuche, en que los referentes naturales son a la vez referentes simbólicos que cumplen un rol de referente donde se indexa la memoria y la narrativa oral mapuche al margen de la historiografía, con la función clave que ello cumple para la constitución de su identidad y la reproducción de este sistema social. De tal forma que no solo la identidad colectiva de una comunidad, sino que el proceso de formación de la identidad personal de cada mapuche está situada espacialmente en un entorno preciso donde interactúa lo natural en lo social, y lo social en lo natural (*Mapu ta inche*). Que la identidad individual sea indisoluble de la identidad colectiva ostenta una evidencia lingüística, ya que el pronombre personal en primera persona singular “yo” está unido al pronombre en primera persona “plural”: *Inche*, que traducido literalmente a la lengua castellana significa “yo-nosotros”.

## EL DERECHO INDIGENA AL TERRITORIO

Esta breve digresión a través de la cultura mapuche nos permite advertir con claridad como los estatutos jurídicos tradicionales que contemplan nuestra relación normativa a la Tierra (el derecho de propiedad y el espacio territorial como elemento del Estado) mantienen en la opacidad una forma de relación del ser humano con la tierra que no logra expresarse adecuadamente en la categoría del derecho de propiedad ni en sus atributos, como tampoco a través la conceptualización objetiva de la tierra como elemento del Estado. ¿Cómo podría tener cabida la función simbólica que cumple el canto del *Keltewe* al volar en el atributo de uso, goce o disposición propio del derecho de dominio?

Ahora bien, lo anterior no implica que en la relación normativa del mapuche con el entorno natural circundante no exista una relación de poder. Sino más bien que la gramática del poder se declina de forma enteramente distinta al relato normativo de origen eurocéntrico. Dicho de otra forma, estos vectores de poder se conjugan de diferente forma que en el derecho de propiedad. El poder no se limita a una forma de ejercicio unilateral en tanto forma de dominación sobre la naturaleza, sino en la forma de fuerzas que interactúan entre sí. En este sentido no solo la sociedad mapuche obra sobre la naturaleza, sino que las fuerzas de la naturaleza obran también sobre la sociedad mapuche. Más precisamente, las formas de poder que circulan al interior de la sociedad mapuche operan a través de la mediación simbólica de las fuerzas naturales circundantes.

En lo que importa, la identidad mapuche depende de esta experiencia fundamental de la tierra, experiencia al interior de la cual cada mapuche encuentra su valor individual como su dignidad personal. Así por ejemplo, “el valor e identidad de la *Machi* (curandera) es indisoluble del *Menoko* o humedal sagrado que le sirve de reservorio de plantas medicinales” (Balbontin-Gallo: 2019, p.412). Ello implica que consagrar jurídicamente el derecho a la identidad de los pueblos indígenas es una formula vacía sino se protege su derecho al territorio como contexto material donde la cultura encuentra su eficacia simbólica.

Sin embargo, consagrar jurídicamente el derecho indígena al territorio implica dar cabida a una categoría jurídica que no proviene del universo de experiencia occidental, sino de una forma de vida ajena al logo centrismo. Es decir, ello implica darle cabida a un sistema heteronormativo<sup>3</sup> al sistema jurídico positivo, que proviene de una experiencia de una normatividad otra para un sistema jurídico que se abre a una heterogeneidad histórica-estructural, en palabras de Quijano (2000).

Es decir, ello no puede sino implicar una cosa: descolonizar el Derecho.

Desde ya en este programa se advierte, por de pronto, que el mismo derecho indígena al territorio ostenta una singularidad que no es asimilable a la distinción dogmática de derecho subjetivo y derecho objetivo. En efecto, el derecho subjetivo al territorio es indisoluble de la dimensión cultural objetiva del territorio que constituye el contexto que le da validez y efectividad. De este punto de vista, el derecho al territorio se confunde con el Derecho del territorio. Del mismo modo, el derecho indígena al territorio no es asimilable a la distinción dogmática entre derecho real y personal. No sólo la naturaleza no es susceptible de ser constituida como objeto de un derecho. Ella es un elemento que constituye un presupuesto a toda relación objetiva. Sino que, además, la relación al entorno es indisoluble de la mediación social. Del mismo modo que la relación personal esta medida por la naturaleza material, lo que hace caduca estas distinciones del “Derecho de Bienes” provenientes de la dogmática jurídica.

---

<sup>3</sup> Platón llamó *heterotes*, en el diálogo el *Sofista o del Ser*, al Ser que provoca la multiplicidad, la existencia, el aparecer y la apariencia, ese que se divorcia del “ser-en-sí”, se fuga, y provoca la diseminación de los entes (Ferreira González: 2018, p.108).

## **RECEPCIÓN DEL DERECHO INDIGENA AL TERRITORIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL**

Hasta ahora los tratados internacionales de derechos humanos no han sido generosos al momento de cautelar el derecho indígena al territorio. Uno de los pocos tratados internacionales que avanza con más claridad en este sentido es el Convenio N°169 de la OIT sobre Pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes. Su artículo 13 en particular establece que los gobiernos deberán respetar la importancia que para los indígenas revisten los valores espirituales y la cultura en su relación con los territorios. Del mismo modo, el Convenio N° 169 contempla, en sus artículos 7° N° 1 y 6 N° 1 letra a), el derecho de los pueblos indígenas a participar en la formación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptible de afectarlos directamente, así como la obligación de los gobiernos de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente. De forma más marginal el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos señala que 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.

Sin reparar mayormente en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 7° N° 1 y 6 N° 1 letra a) del Convenio N° 169 tienen la dificultad de ser una fórmula genérica que se refiere al derecho a consulta que podría dar cabida a la consideración del territorio, pero no lo protege este derecho explícitamente. En su lugar, el artículo 13, a pesar de mencionar la importancia que tiene el territorio para los indígenas, lo hace solo en términos enunciativos y no en términos prescriptivos propios a un derecho. A pesar de estas dificultades la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido vanguardista al sostener una interpretación amplia, a través de sus sentencias, que progresivamente ha dado cabida al derecho al territorio. A pesar de que la jurisprudencia internacional constituye una fuente auxiliar de Derecho, de acuerdo al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, es este sentido o alcance el que resulta determinante para ir configurando el derecho indígena al territorio.

En concreto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de la comunidad Mayagana (Sumo) *Awas Tingni vs. Nicaragua*, por sentencia de 31 de agosto de 2001, comenzó a realizar un tímido acercamiento a la especificidad del derecho indígena al territorio, al conceptualizarlo aún bajo la égida del derecho de propiedad, al estimar en su considerando N°151 que: "Como producto de la costumbre, la posesión de la 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, (...)".

Sin embargo, cuatro años más tarde en el caso *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, sentencia de 15 de junio de 2005, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce por primera vez con caracteres analíticos propios un derecho al territorio al señalar en el considerando N°131 : "Sin embargo, esta Corte ha sostenido que, en el caso de comunidades indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias –pero que carecen de un título formal de propiedad– la posesión de la tierra debería bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. La Corte llegó a esa conclusión considerando los lazos únicos y duraderos que unen a las comunidades indígenas con su territorio ancestral. La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para tales pueblos, su nexa comunal con el territorio ancestral no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras." No obstante, a pesar del avance, este pronunciamiento está aún sujeto a dos dificultades: 1) Introduce una distinción entre elemento material y espiritual, en circunstancias que ambos están implicados e interrelacionados mutuamente de forma que su distinción es artificial. 2) Omite precisar que esta no es una



relación “positiva” con la tierra, sino que es una interacción con un medio ambiente que conforma un sistema. La interacción con cada uno de sus elementos es tan importante como con el “todo”, que es más que la suma de las partes. Esta concepción sistémica no se logra aún expresar conceptualmente en esta sentencia de la Corte.

En el caso emblemático de la comunidad indígena Makye Axa vs. Paraguay, de 17 de junio de 2005, la Corte refleja su reflexión en la siguiente consideración: “130. El Convenio No. 169 de la OIT contiene diversas disposiciones que guardan relación con el derecho a la propiedad comunal de las comunidades indígenas que se examina en este caso, disposiciones que pueden ilustrar sobre el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención Americana. El Estado ratificó e incorporó el referido Convenio No. 169 a su derecho interno mediante la Ley No. 234/93.” En seguida el siguiente considerando: “131. Haciendo uso de los criterios señalados, este Tribunal ha resaltado que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futura.” El pronunciamiento de la Corte comienza con un retroceso, al referirse a la propiedad comunal en la relación a la tierra, con lo cual retoma su posición de 2001. No obstante, menciona que la estrechez de este lazo ostenta una relevancia espiritual. En seguida la consideración N°135 constituye un genuino avance al tematizar por primera vez la identidad cultural indígena en su nexa constitutivo con la relación estrecha a una territorio natural: “La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.” El problema subsiste, no obstante, al tematizar el vínculo a la naturaleza en tanto “recurso” y luego, en el considerando N°137 como “recursos naturales” lo que explica que la Corte sigue utilizando un léxico logo céntrico que tematiza la naturaleza a partir de la facultad de disposición y consecuente explotación, privándose la Corte de tematizar en su especificidad la relación de un pueblo indígena con el medioambiente circundante que es más amplia que su solo aprovechamiento.

Un año más tarde, por sentencia de 29 de marzo de 2006, la Corte Interamericana en el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, el considerando N°128 señala, en lo que importa: “De lo anterior se concluye que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas. El presente caso se encuadra dentro del último supuesto.” Se trata, de nuestro punto de vista, de un retroceso al posicionarse bajo la égida del estatuto jurídico de la propiedad para comprender la posesión tradicional de los indígenas sobre la tierra. Es importante precisar que la demanda indígena por la restitución de tierras, sin dudas relevante, no es idéntica ni coincide necesariamente con una intensidad de relación mucho más leve y difusa como es el derecho al territorio, distinto además a la tenencia con ánimo de señor y dueño que caracteriza la posesión. Esta segunda institución, con su elaboración dogmática logocéntrica, es totalmente distinta del esfuerzo de construcción del derecho a un territorio de proveniencia decolonial.

En la sentencia del 28 de noviembre de 2007, correspondiente al Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, las consideraciones de los numerales 94, 95 y 96 son un avance en los siguientes términos: “94. Asimismo,

el Comité de Derechos Humanos ha analizado las obligaciones de los Estados Parte del PIDCP, incluido Surinam, bajo el artículo 27 de dicho instrumento y notó que "no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en comunidad con los demás miembros de su grupo, a gozar de su propia cultura, [la cual] podrá consistir en un modo de vida que está fuertemente asociado con el territorio y el uso de sus recursos naturales. Esto podría ser particularmente cierto de los miembros de comunidades indígenas que constituyen una minoría." "95. El análisis anterior sustenta una interpretación del artículo 21 de la Convención Americana al grado de exigir el derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales a que determinen y gocen, libremente, de su propio desarrollo social, cultural y económico, el cual incluye el derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente. Por ello, en el presente caso, el derecho a la propiedad protegido conforme al artículo 21 de la Convención Americana, e interpretado a la luz de los derechos reconocidos en los artículos 1 en común y 27 del PIDCP, los cuales no podrán ser restringidos al interpretar la Convención Americana en el presente caso, confiere a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho al goce de su propiedad de conformidad con su tradición comunitaria. 96. Aplicando el criterio mencionado en el presente caso, la Corte, por lo tanto, concluye que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal protegida por el derecho internacional de los derechos humanos que garantiza el derecho al territorio comunal que han usado y ocupado tradicionalmente, derivado del uso y ocupación, de larga data, de la tierra y de los recursos necesarios para su subsistencia física y cultural y, asimismo, que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho de propiedad comunal respecto de dicho territorio." Al respecto cabe señalar que la Corte mantiene las ambigüedades, pues a pesar de referirse al "territorio usado y ocupado tradicionalmente", sigue entendiéndolo en términos de aprovechamiento de recursos asimilando la relación al territorio a los atributos del derecho de propiedad (uso, goce y disposición) o con los modos originarios de adquirir el dominio (ocupación, accesión, prescripción).

Otro tanto ocurre con la sentencia de 24 de agosto de 2010, en el caso Comunidad Indígena Xákmók Kásek vs. Paraguay, en que en sus considerandos 85 y siguientes la Corte realiza un avance al realizar una distinción entre posesión y territorio, señalando que "la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. 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 deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras." Sin embargo, a pesar de practicar una distinción analítica entre ambos conceptos, la Corte es escueta al momento al momento de tematizar la complejidad de los elementos que integran esta relación con el territorio como su articulación.

Un caso emblemático en este último sentido es la sentencia del 27 de junio de 2012, que aborda el caso del pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, que mantiene las ambigüedades en sus consideraciones N°s 145, 244 y 217 en relación al derecho al territorio: "145. El artículo 21 de la Convención Americana [que establece el derecho de propiedad como derecho humano] protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorpóreos que se desprendan de ellos. Entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Estas nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición para millones de personas." Enseguida el considerando número 217 señala que: "La Corte considera que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de

naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización.” Como se puede advertir, el considerando N°145 aún se refiere a la propiedad colectiva sobre la tierra en la misma reflexión en que señala que se protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales. Lo problema radica en que se asimila el aprovechamiento de los recursos naturales -siguiendo el modelo relacional del derecho de propiedad y su atributo de disposición material- a la relación “estrecha” con la naturaleza, para enseguida reconducir el derecho al territorio a un estatuto común bajo el modelo de la propiedad colectiva. Esto último nos parece equívoco al no distinguir cualitativamente este vínculo estrecho que implica el territorio indígena y asimilarlo al derecho de propiedad, aún si esta propiedad es colectiva. No obstante, el considerando N° 217 de la sentencia menciona expresamente el derecho a la identidad cultural como un derecho fundamental, lo que constituye un avance a pesar de que no reflexiona sobre el soporte material en el territorio a partir del cual se estructura la identidad cultural.

En el caso Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros c. Panamá, resuelto por sentencia de 14 de octubre 2014, se puede advertir una radicalización en las ambigüedades categoriales que se mencionaron previamente. Los considerandos N°s 111, 112, 113 y 117 reflexionan específicamente sobre el asunto. A pesar de asimilar la relación a la tierra a la noción de dominio y posesión, la Corte logra advertir que “no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad”, lo que implica que, a pesar del esfuerzo analítico, la Corte sigue atrapada en una categoría normativa universal abstracta al momento de pensar la relación indígena a la tierra. Sin embargo, y a pesar de insistir en el léxico dominical sobre la naturaleza, al referirse a ella a propósito de los recursos naturales, se hace referencia a la conexión entre el territorio “que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión”, siendo preciso protegerla para garantizar que puedan continuar reproduciéndose su modo de vida tradicional y su identidad cultural.

La sentencia del 8 de octubre de 2015, en el caso de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros c. Honduras, sostiene en sus considerandos 166, 167 y 172 referencias al derecho al territorio. Se trata de un pronunciamiento que constituye un avance al tematizar de forma adecuada la relación estrecha de la vinculación indígena con la tierra como “base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su sistema económico. 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 deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”. Elevado a fundamento, esta dimensión material del territorio al conjunto de las instituciones culturales, sociales y económicas indígenas evita hipostasiar o abstraer la relación económica fuera de la cultura a través del derecho de propiedad, respetando la inserción de la posesión en la cultura como sistema social. A pesar de que el pronunciamiento de la Corte recae en la mención de la relación a la naturaleza como referida a “recursos naturales”, la sentencia menciona expresamente que: “La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultura.”

La sentencia del 25 de noviembre de 2015, caso Pueblos Kaliña y Lokono c. Surinam, los considerandos 134, 149, 150, 151, 152, 173, 181 y 203 se refieren a la relación singular de los indígenas con la tierra. Específicamente la consideración número 134 retrocede frente a la reflexión sostenida hasta ahora para referirse al uso de la tierra: “134. Al respecto, en el caso del Pueblo Saramaka la Corte determinó que el

marco legal del Estado de Surinam meramente[...] le otorga[ba] a los integrantes del pueblo [...] un privilegio para usar la tierra, el cual no le garantiza[ba] el derecho de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa [... Por tanto.] [a] fin de obtener [un] título, el territorio que los miembros de [los] pueblo[s] [...] han usado y ocupado tradicionalmente debe ser primero demarcado y delimitado, a través de consultas realizadas con dicho pueblo y con los pueblos vecinos.” Sin embargo, el considerando número 150 señala oportunamente que “la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales.” De esta forma tematiza formas de relación que no son típicamente los atributos abstractos tradicionales del dominio, al singularizar en su descripción las prácticas concretas de relación a la tierra. “Algunas formas de expresión de esta relación podrían incluir el uso o presencia tradicional, a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres, y cualquier otro elemento característico de su cultura.” Y luego precisa en el considerando N°151 el caso específico de los pueblos Kaliña y Lokono, agregando que su territorio tradicional se manifiesta en actividades específicas vinculadas a su relación intrínseca con el río Marowijne, siendo este un elemento fundamental de su identidad cultural que se expresa en la posibilidad de poder atracar sus botes, lavarse, pescar y bañarse en él.

Por su parte la sentencia de 5 de febrero de 2018, por medio del cual la Corte se hace cargo del caso del pueblo indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil, aborda el problema de la propiedad de las tierras ancestrales. En ella se señala en el considerando 119 lo siguiente: “Asimismo, la Corte ha establecido que, en atención al principio de seguridad jurídica, es necesario materializar los derechos territoriales de los pueblos indígenas a través de la adopción de medidas legislativas y administrativas necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación, que reconozca tales derechos en la práctica. Lo anterior, considerando que el reconocimiento de los derechos de propiedad colectiva indígena debe garantizarse a través del otorgamiento de un título de propiedad formal, u otra forma similar de reconocimiento estatal, que otorgue seguridad jurídica a la tenencia indígena de la tierra frente a la acción de terceros o de los agentes del propio Estado. Un reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece de sentido si no se establece, delimita y demarca físicamente la propiedad. Al mismo tiempo, esta demarcación y titulación debe traducirse en el efectivo uso y goce pacífico de la propiedad colectiva.” Sin perjuicio de que la Corte menciona el reconocimiento al territorio y la importancia de garantizarle seguridad jurídica a los indígenas a través de un mecanismo de demarcación, equivocadamente, de nuestro punto de vista, la Corte asimila esa demarcación a la delimitación del derecho de propiedad, generando una opacidad en la interacción con el territorio en beneficio del estatuto de la propiedad como modelo a seguir para comprender la relación normativa a la tierra. En síntesis, la Corte no logra hacer enteramente suyo el léxico decolonial para aprehender las particularidades propias del estrato normativo del derecho al territorio.

Finalmente, la última sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que hace referencia al derecho indígena al territorio, es de 6 de febrero de 2020, y corresponde al caso comunidades indígenas miembros de la asociación lhaka honhat (nuestra tierra) vs. Argentina. En ella se señala en los considerandos 98, 249 y 250 lo siguiente: “98. Con base en lo anteriormente dicho, es relevante recordar que el Estado debe asegurar la propiedad efectiva de los pueblos indígenas y, por tanto, debe: a.- deslindar las tierras indígenas de otras y otorgar título colectivo de las tierras a las comunidades; b.- abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de su territorio, y c.- a su vez, garantizar el derecho de los pueblos indígenas de controlar y usar efectivamente su territorio y recursos naturales, así como de ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa de terceros.” Enseguida menciona el considerando número 249. “Sobre el particular, es pertinente tener en consideración que el Comité DESC expresó que: La fuerte dimensión colectiva de la vida cultural de los pueblos indígenas es indispensable para su existencia, bienestar y desarrollo integral, y comprende el derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente

han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido. Hay que respetar y proteger los valores culturales y los derechos de los pueblos indígenas asociados a sus tierras ancestrales y a su relación con la naturaleza, a fin de evitar la degradación de su peculiar estilo de vida, incluidos los medios de subsistencia, la pérdida de recursos naturales y, en última instancia, su identidad cultural. Por lo tanto, los Estados partes deben tomar medidas para reconocer y proteger los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales y, en los casos en que se hubieren ocupado o utilizado de otro modo esas tierras o territorios sin su consentimiento libre e informado, adoptar medidas para que les sean devueltos.” Agrega el considerando número 250, “Por otra parte, es importante destacar que el manejo por parte de las comunidades indígenas de los recursos existentes en sus territorios debe entenderse, al menos en términos apriorísticos, favorable a la preservación del ambiente. Esta Corte ha considerado que: los pueblos indígenas, por lo general, pueden desempeñar un rol relevante en la conservación de la naturaleza, dado que ciertos usos tradicionales conllevan prácticas de sustentabilidad y se consideran fundamentales para la eficacia de las estrategias de conservación. Por ello, el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, puede redundar positivamente en la conservación del medioambiente. Por lo expuesto, el derecho de estas comunidades y las normas internacionales de medio ambiente deben comprenderse como derechos complementarios y no excluyentes. Es claro, en ese sentido, el Principio 22 de la Declaración de Río, que señala que “las poblaciones indígenas y sus comunidades, [...] desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.” Sin perjuicio de que la sentencia precisa la importancia de “respetar y proteger los valores culturales y los derechos de los pueblos indígenas asociados a sus tierras ancestrales” y que realiza la distinción entre tierras, territorios y recursos, lo objetable es que la Corte sigue reflexionando en general a partir del modelo del derecho de propiedad, insistiendo en considerar la interacción con la naturaleza de acuerdo a la léxico dominical de los recursos naturales, destacando la importancia del “control” efectivo sobre el territorio (considerando 249), lo que proyecta un haz político sobre la cuestión territorial que no es menos valioso para la consideración del derecho al territorio, pero que cae fuera del argumento que se intenta avanzar por nuestra parte. Cabe, no obstante, destacar que el considerando 250 reafirma la importancia del vínculo entre el respeto a la identidad y su nexos con el cuidado del medioambiente del cual depende esta identidad cultural a través de la Declaración de Río, lo que implica un avance en la conceptualización material de la identidad indígena por parte de la Corte, tal como remata la Corte en el considerando 252: “La Corte, a su vez, ha tenido oportunidad de apreciar circunstancias que mostraron que “el vínculo de los miembros de una comunidad con sus territorios” resulta “fundamental e inescindible para su supervivencia (...) cultural.”

Por último, resulta no menos importante mencionar algunas apreciaciones que han hecho los informes del Relator Especial de la ONU, sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Si bien estas declaraciones como fuentes de *Soft Law* tienen un valor más bien indicativo en materia de derecho internacional, ostentan el mérito de ir orientando la sensibilidad normativa en relación al estándar normativo que se exige a los Estados partes de las Naciones Unidas en su relación a los pueblos indígenas. En lo que importa, hay ciertos pasajes donde los informes del Relator Especial son especialmente lucidos en relación a los precedentes jurisprudenciales revisados con anterioridad con respecto al derecho al territorio.

En efecto, el informe de 2003, Sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en su visita a Chile, el relator Rodolfo Stavenhagen menciona, en síntesis, en relación al pueblo mapuche en Chile y su situación en relación a su territorio, que la introducción del monocultivo forestal de especies exóticas como el pino y el eucalipto ha producido efectos negativos sobre el medio ambiente local, lo que agregado a la fumigación aérea afecta la salud de los indígenas, agregando “afecta no solamente la economía alimenticia sino también la medicina herbolaria tradicional, la vida espiritual y el tejido social y

cultural de las comunidades.” Agregando que: “El reclamo por la preservación de la identidad cultural ha sido presentado al Relator Especial por los pueblos indígenas y sus autoridades. En todas las regiones visitadas. El pueblo atacameño lamenta la pérdida de su lengua, como resultado de la obligada “chilenización” a la que fue sometido después de la guerra del pacífico. También los representantes del pueblo quechua reclaman la pérdida de su identidad. En la zona metropolitana de Santiago, pero también en las ciudades como Calama, Iquique, Temuco y otras, el cambio cultural en el proceso de migración urbana es resentido no solamente por los viejos sino por un número creciente de profesionales, intelectuales e indígenas jóvenes quienes insisten en la preservación y recuperación de sus identidades culturales (...)” precisando entre sus consideraciones que “tanto en la ley como en la práctica deberán las comunidades indígenas tener acceso privilegiado a los recursos acuíferos y marítimos que necesitan tradicionalmente para su propia subsistencia por encima de intereses comerciales y económicos privados.” Agrega el informe del Relator, por extensión, que “en las áreas indígenas, y particularmente en la región mapuche deben constituirse comunas indígenas que permitan la plena participación de los indígenas en la toma de decisiones y autogestión de sus asuntos locales.” (Stavenhagen: 2003).

El mismo año, en su misión a México, el Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, señaló su recomendación de que “las comunidades indígenas deberán participar en el manejo, administración y control de las áreas naturales protegidas en sus territorios o regiones, tomando en cuenta los ordenamientos ecológicos comunitarios” (2003b). Si bien el problema de la gestión y administración no es nuestro propósito en el presente artículo, resulta particularmente interesante la mención novedosa de que los Estados consideren el “ordenamiento ecológico” de las comunidades indígenas.

Por otra parte, el informe de 2018 del Relator Especial de la ONU, sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, realiza una distinción analítica adecuada, a nuestro juicio, entre recursos naturales, territorio y posesión de la tierra, precisando que “para los pueblos indígenas, la mayoría de esos y otros derechos humanos se disfrutan colectivamente como muestra de la relación especial con sus tierras, territorios y recursos naturales tradicionales, la cual constituye la base de su identidad colectiva y de su supervivencia física, económica y cultural.” Agregando que “la falta de garantía de los derechos sobre la tierra constituye la causa principal de las violaciones de los derechos de los pueblos indígenas.” (Informe relatora especial sobre los derechos de los pueblos indígenas: 2018).

## **RECEPCIÓN DEL DERECHO AL TERRITORIO EN LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS**

En Latinoamérica existen pocas legislaciones nacionales que hayan recogido de forma expresa y específica a nivel constitucional el derecho indígena al territorio, privilegiando en general mencionar derecho a la identidad y su cultura propia.

En el caso de la Carta Fundamental de la República de Ecuador, el artículo 57 reconoce una serie de derechos colectivos a los indígenas, entre los cuales se menciona el derecho a “mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.” Y el derecho a “mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.” Por su parte el artículo 60 de la misma Constitución señala que “los pueblos ancestrales, indígenas, afro ecuatorianos y montubios podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura.”

Por su parte, la sección tercera de la Constitución de Guatemala reconoce el “derecho a la identidad cultural, en el sentido de que Guatemala está formada por diversos grupos étnicos, por lo que el Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida.”

Los Estados Unidos de México se reconocen en su Constitución “como una nación pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas (Artículo 2),” definiendo a los pueblos indígenas como

“aquellos que forman una unidad social, económica y cultural asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.” El numeral VII de su Constitución agrega “que la ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas y regulará el aprovechamiento de tierras, bosques y aguas de uso común (...).”

Por su parte Bolivia se reconoce en su Constitución como un “Estado plurinacional (Art. 1).” Agregando en el numeral 7º, 14º y 17º de su capítulo cuarto (Derechos de las naciones y pueblos indígenas) que se consagra la protección de sus lugares sagrados (7º), la libre determinación y territorialidad (14º) y gestión territorial autónoma (17º). Adiciona el artículo 403, que la Constitución boliviana “reconoce la integralidad del territorio indígena, que incluye el derecho a la tierra, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables en condiciones determinadas por ley.” El numeral II señala que “el territorio indígena originario comprende áreas de producción, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y espacios de reproducción social, espiritual y cultural.”

La Constitución de Brasil comprende un capítulo específico de la Constitución (Capítulo VIII) denominado “indios”, cuyo artículo 231 se encarga de la protección constitucional de las tierras indígenas; señala que “los indios son reconocidos por su organización social, costumbres, idiomas, creencias y tradiciones, y los derechos originales sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, y la Unión es responsable de demarcar, proteger y garantizar el respeto de todos sus activos.” El párrafo 1 del artículo 231 entiende que son tierras tradicionalmente ocupadas por los indígenas “aquellas en las que habitan de manera permanente, las utilizadas para sus actividades productivas, las esenciales para la preservación de los recursos ambientales necesarios a su bienestar y las necesarias a su reproducción física y cultural, según sus usos, costumbres y tradiciones.”

Por su parte la Constitución de Colombia en su artículo 7 señala que “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, mientras que el artículo siguiente establece como obligación del Estado y de las personas el proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.” Los artículos 286 y 287 consideran como entidades territoriales a los territorios indígenas, los cuales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, en el marco de la Constitución y la ley, pudiendo gobernarse por autoridades propias, ejercer competencias que les correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y participar en las rentas nacionales. La propiedad de territorio comunitario indígena se denominan tierras de resguardo, las que son consideradas como inalienables, imprescriptibles e inembargables (art. 63). Además, el artículo 329.2 señala que los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable, prohibiendo la venta o gravamen de las tierras comunitarias indígenas. Dicho carácter fundamental del derecho de propiedad colectiva de los grupos étnicos se puede ver reflejado en la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-188/93 al señalar que “El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes.”

Por su parte la Constitución del Perú consagra en el numeral 19º de su artículo 2 “el derecho a la identidad étnica y cultura” sin hacer precisión sobre la eficacia simbólica de tal identidad en el territorio. En su lugar el Capítulo VI titulado como “comunidades campesinas y nativas” señala en el artículo 89 “su existencia legal y personalidad jurídica, además de considerarlas autónomas en el uso y la libre disposición de sus tierras, propiedad que considera imprescriptible, salvo tierras abandonadas.”

En lo que respecta a la Constitución de Paraguay, ésta consagra un capítulo específico titulado “De los pueblos indígenas” (Capítulo V). Por su parte el artículo 62 reconoce la existencia de pueblos indígenas, como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo, agregando el artículo 63 que reconoce “el derecho a su identidad cultural, sus sistemas de organización política, social, económica,

cultural y religiosa, como también sus normas consuetudinarias para la regulación de su propia convivencia.” Complementando el artículo 64 establece explícitamente “la propiedad comunitaria, como el derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, con una extensión y calidad suficiente para la conservación y desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado proveerá gratuitamente esas tierras, las cuales son consideradas inembargables, indivisibles, intransferibles y no arrendables.”

En el caso de la Constitución de Argentina, su artículo 41 comprende el “Derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano. Se establece también que las autoridades proveerán protección a este derecho y a la preservación del patrimonio natural y cultural, entre otros.” Dentro de las Atribuciones del Congreso, el artículo 75 señala que “le corresponde al Congreso (nº17) reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, garantizando 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 comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan. Agrega que deberá regular la entrega de otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano, las cuales no podrán ser enajenables, transmisibles ni susceptibles de gravámenes o embargos.”

Finalmente, la Constitución de Nicaragua, que no contempla la expresión “tierras indígenas” ni “territorios indígenas”, pero si la expresión “tierras comunales”, prevé en su artículo 5º un reconocimiento de los pueblos indígenas, reconociendo distintas formas de propiedad y también la libre autodeterminación. Precizando el derecho “a mantener y desarrollar su identidad y cultura.” Además, permite mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de esta, en conformidad con la Ley. Por su parte el artículo 89 de su Constitución establece el derecho a preservar y desarrollar “la identidad cultural, formas de organización social y administración de asuntos indígenas según sus tradiciones.” Para estos efectos, “el Estado reconoce las formas comunales de propiedad de la tierra de las comunidades. Reconoce el goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de sus tierras comunales.”

En lo restante, Chile<sup>4</sup>, Uruguay y Surinam omiten un reconocimiento constitucional de sus pueblos indígenas.

En general, es posible advertir críticamente que el lenguaje logo céntrico que se encuentra tras la tradición del derecho de propiedad sigue presente en mayor o menor medida en las distintas constituciones a propósito de la relación de los indígenas a la tierra. Enseguida, es posible apuntar una segunda deficiencia: si bien existen en general menciones al derecho a la identidad cultural de los indígenas, no se suele consagrar la protección de su territorio natural, y con ello su medioambiente, a partir del cual se estructura la cultura indígena, lo que equivale a establecer lo que Kant denominó conceptos sin intuición en la *Crítica de la Razón Pura*, y criticarlos por su vacuidad (A 51). En efecto, si bien el reconocimiento constitucional de la cultura e identidad indígena es relevante, es importante igualmente que los textos constitucionales también reconozcan el derecho indígena al territorio pues este le otorga efectividad material a la identidad indígena. Cuestión mayor si se considera que en un “estado de derecho” la Constitución goza de un principio de supremacía jerárquica que no implica reducir estas disposiciones a declaraciones meramente enunciativas, sino que a verdaderas prescripciones a las cuales el resto del sistema jurídico debe ajustarse formal y materialmente en su contenido.

Es precisamente en este sentido que surge una cuestión mayor: la importancia de que la legislación sectorial en estos países contemple disposiciones que permitan hacer operativo este derecho indígena al territorio. No obstante, al revisar las distintas legislaciones sectoriales de los distintos países sólo el caso de Guatemala contempla, más allá de declaraciones enunciativas, una ley en este sentido: la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural (Decreto número 11-2002) que contempla entre sus distintos preceptos, la conservación y mantenimiento del equilibrio ambiental y desarrollo humano con base a las cosmovisiones

---

<sup>4</sup> El proyecto de nueva Constitución presentado durante el Gobierno de Michelle Bachelet al Congreso por mensaje N°407-365/2018 contenía un reconocimiento expreso de los pueblos indígenas y emblemas así como el deber de respeto hacia su cultura en los artículos 5º y 22º, además de mencionarlos en otros apartados.



indígenas (art.2), para que enseguida el artículo 143 del Código Municipal de Guatemala señale que los planes de ordenamiento territorial y de desarrollo integral del municipio deben respetar los lugares sagrados o de significación histórica o cultural para los indígenas.

### **CONSIDERACIONES FINALES: ¿DECOLONIALIDAD Y/O INTERCULTURALIDAD DEL DERECHO?**

Por cierto, una genealogía histórica de los conceptos jurídicos que cuestiona la validez universal de los conceptos a través de la crítica del logocentrismo y su implicancia irreductible a un contexto cultural, presente en distintas medidas en pensadores tan disímiles como Adorno, Levi-Strauss, Derrida o Sousa-Santos, podría estar sujeta a la crítica de que los conceptos están dotados de una cierta plasticidad que se ajusta a las circunstancias concretas de los casos particulares. Tal sería por ejemplo la tesis de Reinhart Koselleck en su *Historia de los conceptos, estudios sobre semántica y pragmática del lenguaje político y social* (2012). No obstante, el mismo Koselleck admite que los conceptos se nutren y forman a partir de estratos de experiencias que definen horizonte de expectativas. Esta dimensión normativa que define expectativas viene determinada a nuestro juicio por la aptitud para proyectar un horizonte de sentido a partir de su capacidad de significancia gramatical y lexical. Desde este punto de vista la hermenéutica semántica que intenta defender Koselleck ostenta una limitación, a saber, que así como los conceptos tienen una capacidad para iluminar estratos de sentido, dicha capacidad impone -a la vez- una carga normativa que hunde otros horizontes de sentido en la opacidad. Pretender una plasticidad pragmática absoluta de los conceptos para dar cuenta de todo tipo de experiencias como de todo tipo de tradición parece ser una fantasmagoría de la razón.

Es precisamente en este orden de consideraciones que tiene cabida en la actualidad de la crítica logocéntrica presente en la hipótesis decolonial: existe un orden de experiencias cuya singularidad es irreductible al universal. Pero al mismo tiempo que se formula este discurso en defensa de la singularidad del derecho decolonial al territorio, la contradicción parece asaltar en el momento que se pronuncian estas palabras: ¿pero si su sola formulación ya es en el lenguaje del universal, ya es parte del concepto! El derecho indígena al territorio se dice en la lengua del colonizador. En efecto, si se lleva a término el discurso decolonial este sólo puede conducir o al silencio y a lo inaccesible, lo que Derrida (1997) llamó el “monolingüismo del Otro”, o a una guerra total contra el tiempo que busca despojarse, sin excepción alguna, de todo vestigio colonial para volver a un pasado ancestral idílico liberado de todo trauma histórico. A este dilema extremo lo podemos conceptualizar con justeza como una “dramática decolonial”. Pero tal hipótesis, ¿no resulta acaso extrema? ¿No hay en ello una forma de utopía estéril, cuyo recorrido es una odisea en un desierto que no termina? Si el pensamiento crítico se formula a partir de formas de sufrimiento social, ella también debe dotarse de un realismo teórico que pueda reunir el reino de las intenciones con el reino de las acciones, como Hegel apuntó con sensatez en la *Fenomenología del espíritu*. ¿Cómo resolver el impasse?

Tal como lo expone Jesús Antona en su tesis *Los derechos humanos de los pueblos indígenas. El Az Mapu y el Caso Mapuche* (2014), efectivamente el discurso de los derechos humanos ha sido criticado por su carácter “totalizador”. Es decir, las bases morales en que se sostienen los derechos humanos encierra una trampa orientada a justificar los valores dominantes que contribuye a afianzar un orden mundial naturalizando la preponderancia cultural de Occidente (Wilson: 1997, pp. 4-7). Como señala Adorno: “Si el individuo es tan fácilmente la víctima de injusticias cuando el antagonismo de intereses lo empuja en la esfera del derecho, eso no es, quisiese hacérselo creer, por su falta, en el sentido de que sería demasiado ciego para reconocer su propio interés en la norma jurídica y sus garantías; es más bien por la falta constituyente de la esfera jurídica misma” (Adorno: 2003, p.375)<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Precisamente uno de los elementos constitutivos del patrón cultural hegemónico a nivel global es el capitalismo, el que se traduce en una forma de colonialidad, a saber: “la imposición de una clasificación racial/étnica de la población del mundo como piedra angular de dicho patrón de poder y opera en cada uno de los planos, ámbitos y dimensiones, materiales y subjetivas, de la existencia cotidiana y a escala social” (Quijano, 2007: 93).

A pesar de la crítica anterior, hay autores que ven en los derechos humanos el estandarte en el que sustentar un proyecto emancipador (Sousa Santos: 1997), en la medida que sea posible incorporar una mirada transcultural de estos derechos. En este sentido, como sostiene Antona, es necesaria una relectura de los derechos humanos que permita renovar su legitimidad y dar confianza a todos aquellos que aún ven en ellos un peligro para su identidad y su modo de vida. Pero, para que esto sea posible, es necesario fundamentarlos en bases plurales que no respondan únicamente a los valores de una cultura concreta. (Antona: 2014, p.21). Desde este punto de vista, Krotz (2002: p.41), ha indicado que el estudio antropológico de los derechos humanos puede promover otras bases desde las cuales favorecer el diálogo intercultural con otros pueblos. Es a partir de lo anterior que se ha favorecido una creciente corriente de opinión que piensa que es necesario formular nuevos derechos de impulso periférico que permita hacer frente al desafío homogeneizador de las formas de vida que impone el capitalismo globalizado, los que se han venido a llamar "derechos emergentes" a partir de un impulso periférico.

Denominaremos "enacción normativa marginal"<sup>6</sup> esta emergencia de nuevos derechos en el lenguaje universal de impulso periférico que surgen a partir de la interacción dialéctica de esta singularidad local con el universal. Como señala Marc Augé, "en cambio en el terreno de los derechos humanos, el binomio local-global no es equivalente a universal-particular ya que lo local puede ser una réplica de lo global o una excepción y lo particular tiene cosas que se relacionan con lo universal de forma dialéctica". (Augé: 2007: p. 53).

De esta forma, una lectura intercultural de los derechos humanos, persigue "que los derechos humanos puedan satisfacer las demandas de aquellas tradiciones culturales y sensibilidades políticas que históricamente han visto cómo sus aspiraciones han sido escamoteadas por la visión dominante" (Antona: 2014: p.22) "La consideración de que los derechos culturales constituyen retos para la inclusión de la diversidad, y hacia ellos se encaminan buena parte de las reflexiones actuales de los juristas y otros científicos sociales" (Antona: 2014, p.22).

Desde este punto de vista, una cierta derrotabilidad de un paradigma decolonial es necesario. Frente al absentismo político y la debilidad que se observa en los Estados frente al poder económico transnacional, parece necesario un cierto realismo normativo en la protección de la diferencia cultural, a través de la positividad de estos nuevos derechos en el sistema universal de derechos humanos, a pesar de que éste – en sí mismo – no sólo tiene su origen en un cierto imperialismo de su narrativa moral funcional a los intereses dominantes como lo recuerda Marx en su texto *Sobre la cuestión judía*, sino que en su accionar –de un punto de vista orgánico como procedimental- ya presupone, en buena medida, una economía interna impregnada de carácter colonial.

No obstante, lo anterior, son "los pueblos originarios en los últimos años, los cuales han aprovechado las ventajas que aportan las nuevas tecnologías de la comunicación para crear redes y demandar la extensión de los derechos humanos para sus pueblos" (Morales: 2001; Anaya: 2004). "La creciente globalización del derecho ha permitido a los pueblos indígenas trascender los marcos jurídicos nacionales, que a veces son más restrictivos para sus intereses que los internacionales" (Antona: 2014, p.23). Dicho en otros términos, el "globalismo localizado" es precisamente el impacto específico de las prácticas e imperativos transnacionales en las condiciones locales, "que por tanto son desestructuradas para responder a imperativos transnacionales" (Santos: 1997, p. 4). Frente a lo anterior, las sociedades reelaboran sus formas culturales precisamente como mecanismos de resistencia frente a la hegemonía universal de la forma cultural implícita a la violencia del sistema económico capitalista dominante (Piqueras: 1999).

El rendimiento para una tesis intercultural en el terreno del Derecho me parece a mí que se sitúa precisamente en este punto. En efecto, la etnografía viene a demostrar que las dinámicas marginales que se producen en la periferia, entre los excluidos, tienen un potencial emergente en la producción de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Dicho de otras maneras, las configuraciones locales tienen una aptitud

---

<sup>6</sup> Reinterpretando el concepto de "enacción" elaborado por el neurofenomenólogo Francisco Varela (1990).

para influir decisivamente en la producción de los derechos humanos. En este sentido, la interculturalidad ha pasado a convertirse, parafraseando a Walsh (2007: 57-58), en una herramienta conceptual que organiza la resistencia decolonial frente al problema de la colonialidad del poder.

En síntesis, el discurso intercultural ostenta un componente regulatorio indispensable para el discurso decolonial, al ofrecer a la palabra del oprimido un espacio de lucha y reivindicaciones que sea del orden de lo posible y no de lo imaginario. Todo el secreto de la interculturalidad parece jugarse en este operador sintáctico: "inter", que sirve de puente a la diferencia y que permite articular al interior de la diversidad cultural el encuentro, al mismo tiempo que esta preposición recuerda que dicho encuentro está cruzado y sostenido por una distancia irreductible. En el prefacio del libro *Quetzalcóatl et Guadalupe. La formation de la conscience nationale au Mexique*, de Jacques Lafaye, Octavio Paz escribe: "Si no es la metafísica sino la historia la que define al hombre, habrá que desplazar la palabra *ser* del centro de nuestras preocupaciones y colocar en su lugar la palabra *entre*." Si el derecho indígena al territorio tiene algún sentido es para abrirse un espacio en el universal a partir y con proveniencia de un estrato irreductible de experiencia "otro" y a lo que Levinas llamó –en toda su fuerza paradójal- *les droits de l'autre homme* (Levinas: 1997).

## BIBLIOGRAFÍA

ADORNO, T. (2003). *Dialectique négative*. París, Payot.

ANAYA, S. J. (2004). «Pueblos indígenas, comunidad internacional y derechos humanos en la era de la globalización», en *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Fernando Mariño y J. Daniel Oliva, editores, pp. 89-99, Madrid: Dykinson.

ANTONA, J. (2014). Los derechos humanos de los pueblos indígenas. El Az Mapu y el Caso Mapuche, Primera edición, noviembre 2014. Ediciones Universidad Católica de Temuco.

AUGÉ, M. (2007). «La imagen puede ser el nuevo opio del pueblo», entrevista en el *El País*, Cultura, 54, 23 de junio.

BALBONTIN GALLO, C. (2009). "Los instrumentos de planificación territorial como mecanismo adecuado para proteger el derecho humano de los indígenas al territorio", *Revista Ius et Praxis*. Vol. 25, Nº 3, ISSN 0717 - 2877, 2019, pp. 409-424.

SASSOFERRATO, B. (1520) *Super primam partem digesti veteris*. Venetiis, Baptista Tortis.

BAUDRY-LACANTINERIE, G.; CHEVEAU, M.; (1905). *Traité théorique et pratique de Droit civil, Des Biens*, 3ª edición, París.

BERGSON, H. (1889). *Essai sur les données immédiates de la conscience*, París, Félix Alcan, coll. «Bibliothèque de philosophie contemporaine».

CAPOGROSSI COLOGNESI, L. (1988). "Voce proprietà" in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè.

CARRÉ DE MALBERG, R. (1998). *Teoría General del Estado*, (2ª Edición), Editorial Fondo de Cultura Económica, México D.F.

DERRIDA, J. (1997). *El monolingüismo del otro*. Buenos Aires, Manantial.

D'ORS, Á. (1997). *Derecho privado romano*, 9ª edición, Pamplona.

DICIELLI, F. (1980). *Studi e ricerche intorno de la definizione*, Napoli.

INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. 10 de agosto de 2018. Consejo de Derechos Humanos, 39º período de sesiones, 10 a 28 de septiembre de 2018, Tema 3 de la agenda "Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo". A/HRC/39/17

DUGUIT, L. (1901). *L'état, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Albert Fontemoing.

FERREIRA GONZÁLEZ, J. E. (2018). *Conceptos no humanos. Significaciones del Ser en alteridad*, Colofon Ciudad de México.

FLORES ARANCIBIA, I. (2017). *De la metaxología: el problema del entre en el pensamiento contemporáneo*, Tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona.

JELLINEK, G. (2000). *Teoría general del Estado*. Trad. y prol. De la segunda edición por Fernando de los Ríos Urruti, Granada, Comares.

KOSELLECK, R. (2012). *Historia de los conceptos, estudios sobre semántica y pragmática del lenguaje político y social*, Trotta, Madrid.

KROTZ, E. (2002). «Sociedades, conflictos, cultura y derecho desde una perspectiva antropológica», en *Antropología Jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Esteban Krotz, editor, pp. 13-50. Barcelona: Anthropos/ Universidad Autónoma Metropolitana.

LEFF, E. (2018). *El fuego de la vida. Heidegger ante la cuestión ambiental*. Siglo XXI, Mexico D.F.

LEVINAS, E. (1993). *Dieu, la mort et le temps*, Grasset, Paris.

LEVINAS, E. (1997). "Les droits de l'homme et les droits d'autrui", *Hors sujet*, Fata Morgana, Paris.

LÖWY, M. (2009). *Rédemption et Utopie. Le judaïsme libertaire en Europe central*, ed. du Sandre, Paris.

MANCILLA, P.; ROYO, M.; MELIN, M.; (2019). En su texto precursor *Cartografía cultural del Wallmapu. Elementos para descolonizar el mapa en territorio mapuche*.

MORALES, P. (2001). «Introducción», en *Pueblos indígenas, derechos humanos e interdependencia global*, Patricia Morales, coordinadora, pp. xix-xi. México: Siglo XXI. [Orig.: 1994.]

MORALES, R. (1999). «Cultura mapuche y represión en la dictadura». *Revista Austral de Ciencias Sociales*, 3: 81-108.

NIETZSCHE, F. W. (1996) *La genealogía de la moral* (trad. de Andrés Sánchez Pascual), Alianza Editorial, Madrid.

PIQUERAS, A. (1999). «Universalismo o relativismo ¿Es esa la cuestión?». *Aula de Historia Social* 4. Valencia.

QUIJANO, A. (2002). "Colonialidad del poder, Eurocentrismo y America latina", en Lander, Edgardo (org). *La colonialidad del Saber-eurocentrismo y ciencias sociales-perspectivas latinoamericanas*. CLACSO/UNESCO, Buenos aires.

QUIJANO, A. (2007). «Colonialidad del poder y clasificación social», en *El giro decolonial: Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, Santiago y Ramón Grosfoguel Castro-Gómez, editores, pp. 92-126. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana- Instituto Pensar, Universidad Central-IESCO y Siglo del Hombre Editores.

ROUSSEAU, J. J. (1987), *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Bordas, París.

SALAS ASTRÁIN, R. (2020). "Teoría crítica, política contextual y derechos en América Latina. Notas para una teoría política de los derechos humanos", *Revista Encuentro Latinoamericano*, segunda época, Vol.nº4, num.1, ENERO-JUNIO, pp.30-45.

SAMANIEGO, M.; Payàs, G.; (2015). "Traducción y hegemonía: Los parlamentos hispano-mapuches de la frontera araucana.", *Revista Atenea Universidad de Concepción*, Nº 516, pp.33-48.

SANTOS, B. de S. (1997). «Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos». *Análisis Político* 31: 1-15. Bogotá.

SCHULZ, F. (2000). *Principios del Derecho romano*, 2ª edición, Madrid.

SCIALUGA, V. (1928). *Teoria della proprietà nel diritto romano*, Roma.

STAVENHAGEN, R. Naciones Unidas, Distr.GENERALE/CN.4/2004/80/Add.3, 17 de noviembre de 2003.

In world wide web:

<http://www.derechos.org/nizkor/chile/doc/staven6.html#III.%20Situaci%C3%B3n%20de%20Derechos%20HUMANOS>. Consultado el 25 de agosto de 2020.

STAVENHAGEN, R. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. E/CN.4/2004/80/Add.2. En [www: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4357.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4357.pdf). Consultado el 25 de agosto de 2020.

VARELA, F. (1990). *El fenómeno de la vida*. Santiago, LOM.

VILLAGRÁN, C. et al. (1999). "Etnozoología Mapuche: un estudio preliminar", *Revista Chilena de Historia Natural*, 72: 595-627.

VON IHERING, R. (1978). *El fin del Derecho*. Buenos Aires.

WALLERSTEIN, I. (1997). El espaciotiempo como base del conocimiento. *Análisis Político*, [S.l.], n. 32, septiembre, pp. 3-15.

WALSH, C. (2007). «Interculturalidad y colonialidad del poder: un pensamiento y posicionamiento 'otro' desde la diferencia colonial», en *El giro decolonial: Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, Castro-Gómez, Santiago y Ramón Grosfoguel, editores, pp. 47-62. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Universidad Central-IESCO y Siglo del Hombre Editores.

## BIODATA

**Cristóbal BALBONTIN-GALLO:** Doctor en Filosofía por la Universität J.W. Goethe Frankfurt am Main y la Université Paris-Nanterre bajo la dirección de Axel Honneth y Catherine Chalié. Actualmente se desempeña como profesor auxiliar de la Universidad Austral de Chile y como investigador asociado al Institut des Recherches Philosophiques (IRePh) de la Université Paris-Nanterre. Correo electrónico: cbalbonting@gmail.com.

### ¡EVITE FRAUDES!

Este es un verificador de tablas de contenidos. Previene a la revista y a los(as) autores(as) ante fraudes. Al hacer clic sobre el sello TOC checker se abrirá en su navegador un archivo preservado con la tabla de contenidos de la edición: AÑO 26, N.º 93, 2021. TOC checker, para garantizar la fiabilidad de su registro, no permite a los editores realizar cambio a las tablas de contenidos luego de ser depositadas. Compruebe que su trabajo esté presente en el registro.

User: uto93

Pass: ut26pr93

Clic logo

