

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR**

COMITÉ DE INVESTIGACIONES

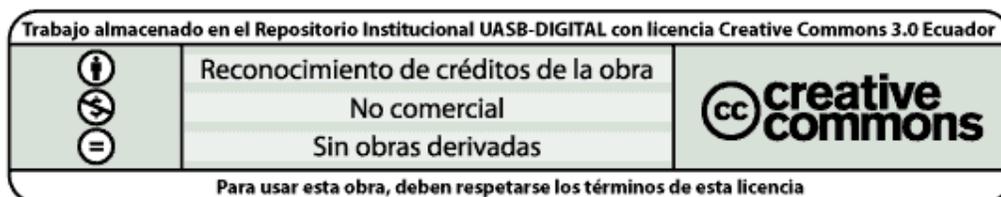
INFORME DE INVESTIGACIÓN

**Convergiendo diferencias: inalienabilidad de las tierras indígenas,
soberanía y libre determinación en Ecuador y Colombia**

Isabela Figueroa Sabbadini

Popayán – Colombia

2014



Resumen: En este texto reviso algunos de los antecedentes históricos que llevaron a las reformas constitucionales de Colombia en 1991 y de Ecuador en 1998 y 2008, reconociendo el carácter multisocietal de ambos estados. Dado que uno de los ejes de las resistencias y reivindicaciones de los pueblos indígenas ha sido en el régimen de propiedad, en este trabajo identifiqué la noción de inalienabilidad como una de las zonas de contacto para el trabajo de traducción propuesto por Santos (2009), de modo a construir una integridad entre los conocimientos contenidos en los sistemas tradicionales de tenencia de tierras y el régimen liberal de la propiedad privada. Pese a que las asambleas constituyentes de los años noventa hayan sido el lugar más adecuado para empezar los diálogos interculturales en el campo de los conocimientos de lo que se dice “jurídico”, es necesario un tercer marco, un marco inter-universal encarnado que surja del diálogo y de la traducción entre culturas, y que permita imaginar un nuevo pacto social y en cuyo ámbito el derecho sea visto como un sistema amplio de comunicaciones, superando la idea de un pacto civil original, y desviando el enfoque único respecto a la noción de soberanía hacia las distintas demandas de libre determinación.

Palabras claves: Colombia, Ecuador, Constitución, propiedad, inalienabilidad, soberanía, libre determinación, trabajo de traducción.

Datos de la investigadora: Abogada investigadora de la Comisión Ecuémica de Derechos Humanos (Ecuador); profesora catedrática en la Universidad del Cauca (Colombia). Abogada por la Universidade Federal de Pelotas (Brasil), Magister en Derecho Económico por la Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador), Magister en Derecho y Política de los Pueblos Indígenas por la Universidad de Arizona (Estados Unidos), Magister en Derecho Ambiental y Recursos Naturales por la Universidad de Calgary (Canadá), Doctoranda en Estudios Culturales Latinoamericanos por la Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador).

TABLA DE CONTENIDOS

A. INTRODUCCIÓN.....	4
B. EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO DE COLOMBIA Y ECUADOR	6
C. COLOMBIA: LA CONSTITUCIÓN DE 1991	7
D. ECUADOR: LAS CONSTITUCIONES DE 1998 Y 2008	12
D. 1. La Constitución de 1998	12
D. 2. La Constitución de 2008	15
E. NUEVOS IMAGINARIOS EN COLOMBIA Y ECUADOR.....	18
E. 1. La metodología de la traducción	21
E. 2. La noción de inalienabilidad como zona de contacto	22
E. 3. Las premisas de mi argumentación: la noción de propiedad.	23
E. 4. La inalienabilidad como restricción a la libertad.....	24
E. 5. La penumbra como gestión del silencio: protección de la libertad.	26
E. 6. La ley de interface para proteger los silencios	29
F. LA UTILIDAD DE LA NOCIÓN DE LIBRE DETERMINACIÓN.....	30
F. 1. Buscando la igualdad en el derecho de decir no.....	33
G. EL MARCO INTER-UNIVERSAL ENCARNADO	36
J. CONCLUSIÓN	40
BIBLIOGRAFÍA	41

Se comprende que pueblos “manifiestamente” compuestos hayan obviado una génesis, pues el “fin” de toda génesis es el inicio de esa filiación con la que se afirma la unicidad preservada. Los pueblos compuestos, es decir, aquellos que no podrían negar ni ocultar su composición, ni sublimarla en un imaginario, no “necesitan” una génesis porque no necesitan una filiación. [...] La poética del mestizaje es la misma que en la Relación: no lineal y no profética, tejida con arduas paciencias, con derivados irreductibles. Así, la teoría de la relación no puede constituir una ciencia, o sea, no puede generalizar con estatutos y definiciones de roles discriminados. No es sabida; sólo concibe.

Edouard Glissant, *El discurso antillano*

A. INTRODUCCIÓN

Durante los noventa las sociedades ecuatoriana y colombiana presenciaron lo que hasta pocas décadas antes era impensable en la historia constitucional del país: la participación de líderes e intelectuales indígenas como representantes de sus pueblos en las asambleas nacionales constituyentes. Uno de los resultados de esta participación ha sido el reconocimiento de una serie de derechos colectivos a los pueblos indígenas y otras comunidades tradicionales en ambos países. Estas asambleas fueron respuestas a procesos políticos disímiles. La Constitución colombiana, vigente desde 1991, respondió especialmente a un sentimiento de agotamiento de la sociedad colombiana con un estado incapaz de responder a la creciente violencia y consolidación de redes de narcotráfico en aquel país. La Constitución ecuatoriana de 1998, a su vez, fue una de las reivindicaciones principales de un movimiento indígena nacional que venía consolidándose desde la década anterior. Diez años después de su vigencia, la Constitución ecuatoriana fue nuevamente reformada y incluyó otras demandas indígenas.

Pese a estas diferencias en el panorama socio político en cada país, lo más notable de esos procesos que iniciaron en los noventa es que por primera vez las asambleas constituyentes de ambos países apuntaron hacia reformas estatales que respondieran al carácter multisocietal de sus poblaciones. La Constitución vigente del Ecuador define expresamente al estado ecuatoriano como plurinacional e intercultural. La Constitución colombiana a su vez explicita la diversidad étnica y cultural de la nación, lo que implica el reconocimiento de un estado multicultural. Existe una amplia discusión política y académica respecto a las diferencias entre las nociones de multicultural, plurinacional e intercultural, y Walsh identifica con propiedad las distintas matices que yacen en cada una de estas nociones¹: el multiculturalismo básicamente quiere acomodar las diferencias sociales bajo la matriz cultural dominante, mientras que la plurinacionalidad requiere una implosión del sistema vigente, por método de la interculturalidad. Pese a la importancia

¹ Catherine Walsh, *Interculturalidad, estado, sociedad. Luchas (de) coloniales de nuestra época* (Quito: UASB y Abya Yala: 2009).

política y jurídica del análisis y conceptualización de esos términos, yo no los discutiré en este texto. El objetivo de este trabajo es encontrar tensiones y articulaciones de conocimientos entre los pueblos indígenas y los estados en Ecuador y Colombia y, al contrario de lo que ha sucedido en Ecuador, ni la plurinacionalidad ni la interculturalidad han conformado la agenda política del movimiento indígena en Colombia.

En vez de detenerme en sus diferencias, yo articularé algunas de las tensiones y convergencias de conocimientos entre las sociedad indígenas y no indígenas respecto a la mejor manera de proteger lo que llamamos propiedad o tenencia de tierras. No me enfocaré en los procesos políticos que condujeron a la elaboración de las constituciones, sino en las posibilidades que estas ofrecen para la reconfiguración de las formas jurídicas en ambos países. Me interesa, especialmente, trabajar con la noción de la inalienabilidad, su significado para el derecho liberal y su aplicación constitucional a las tierras indígenas. Hasta la década de los noventas las reglas de inalienabilidad de las tierras indígenas respondieron a políticas de integración y asimilación, pero cuando los indígenas reivindicaron derechos de autonomía y libre determinación, demandaron que la inalienabilidad de sus tierras no solamente fuese mantenida, sino que recibiese status constitucional. Si la inalienabilidad reflejaba el tratamiento desigual a los indígenas y la interferencia del estado en sus derechos de propiedad, ¿por qué ellos han demandado su constitucionalización? ¿Qué nos dice eso sobre las nociones indígenas y no-indígenas de igualdad y libertad?

Mi metodología es el “trabajo de traducción”, propuesto por Santos², alrededor de la noción de inalienabilidad, la cual identifiqué como “zona de contacto” a ser traducida. Lejos de intentar traducir el pensamiento indígena, propongo experimentar un diálogo entre este pensamiento y las ideas occidentales de igualdad y libertad. No quiero proponer una interpretación de los sistemas de tenencia de tierra a partir el derecho positivo, sino al contrario, implosionar desde un lugar propio algunos preceptos del derecho occidental liberal para ir más allá de sus categorías y construir alternativas a su eurocentricidad. A esta pretensión Walsh ha denominado posicionamiento crítico fronterizo.³

² Boaventura de Souza Santos, *Una epistemología del Sur* (México D.F.: CLACSO, Siglo Veintiuno, 2009)

³ Catherine Walsh, “(Re)pensamiento crítico y (de)colonialidad” en Catherine Walsh (ed.), *Pensamiento crítico y matriz (de)colonial. Reflexiones latinoamericanas*, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Ediciones Abya Yala, 2005), p. 30. Para Walsh, “hablar de posicionamiento crítico fronterizo permite hacer resaltar la agencialidad de los grupos subalternizados no solo para incidir en o para *fronterizar* el pensamiento hegemónico, sino también para moverse estratégicamente (incluyendo entre ellos) una variedad de esferas. Señala un posicionamiento fuerte que tiene la meta de implosionar desde un lugar propio (poniendo así los términos de la conversación), yendo más allá de las categorías sociales, políticas y epistémicas establecidas en el pensamiento eurocéntrico (al mismo tiempo ocupándose de ellas desde espacios exteriores e interiores), y pretendiendo construir alternativas a esta eurocentricidad. Su meta es *interculturalizar* críticamente a partir de la relación entre varios modos de pensar, incluyendo entre pensamientos-otros (en su pluralidad), una relación conflictiva y de lucha en, entre y alrededor de conocimientos no simplemente a nivel teórico, sino dentro de contextos vividos de sujetos cuya agencia necesariamente está enraizada en una red compleja de relaciones de poder.”

B. EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO DE COLOMBIA Y ECUADOR

A inicios del siglo XIX la elite mestiza que habitaba el área que hoy constituye el Ecuador y Colombia creía que su superioridad cultural era suficiente para justificar su dominio sobre los territorios indígenas. Aunque los criollos rompieron con el sistema legal de la Corona española, utilizaron su legado teórico de la idea de raza como naturalización de relaciones coloniales, lo que se tradujo en prácticas y políticas de desposesión y colonización de las tierras y culturas indígenas.

Los pueblos indígenas, sin embargo, resistieron este patrón de colonialidad del poder⁴, no solamente con la contraproducción de la fuerza (como en varios actos de insurgencia), sino principalmente por el continuo ejercicio de sus sistemas sociales y políticos tradicionales. A fines del siglo XX, dos fenómenos se daban de manera simultánea tanto en Colombia como en Ecuador: el fortalecimiento de los movimientos indígenas y una serie de acontecimientos políticos que trajo a luz la necesidad de reformar sus constituciones vigentes de modo a expandir los canales de la representación y participación política, descentralizando y racionalizando la administración pública, y fortaleciendo y despolitizando el acceso a la protección del estado de derecho.⁵

Paralelo al fortalecimiento de los movimientos indígenas de la región, la OIT revisó el concepto integracionista de sus políticas y en 1989 aprobó el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales⁶. Este convenio actualizó la perspectiva integracionista por una de inclusión y participación en el modelo de desarrollo.⁷ Por primera vez en toda la historia del derecho internacional los *pueblos* indígenas en países independientes recibieron status jurídico, y se les reconoció, entre otros, el derecho a mantener y desarrollar sus formas propias de gobierno. Para lograr un diálogo permanente entre gobiernos y estos pueblos

⁴ Aníbal Quijano ha acuñado el término “colonialidad del poder” para referirse al patrón de dominación en base a la distribución de identidades sociales en toda América. Los ejes específicos de este patrón eran “la existencia y la reproducción continua de estas nuevas identidades históricas, así como la relación jerarquizada entre tales identidades “europeas” y “no-europeas”, y la dominación de aquellas sobre éstas en cada instancia del poder”. Quijano, “Colonialidad del poder, cultura y conocimiento en América Latina”, en Santiago Castro-Gomez, Oscar Guardiola-Rivera, Carmen Millán B. (eds.), *Pensar (en) los intersticios. Teoría y práctica de la crítica postcolonial* (Bogotá: Instituto Pensar, CEJA, 1999), p. 102.

⁵ Donna Lee Van Cott, “Constitutional Reform in the Andes: redefining Indigenous-State relations”, en Rachel Sieder, *Multiculturalism in Latin America* (New York: Palgrave, 2002), p. 45.

⁶ Organización Internacional del Trabajo, Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989).

⁷ Durante las negociaciones del Convenio 169 al interior de la Organización Internacional del Trabajo, su Secretario General expuso que el desarrollo no sería exitoso a menos que existiera un enfoque de una amplia base de participación en la planificación e implementación de políticas públicas. El Secretario concluyó que los pueblos indígenas y tribales tenían el derecho a participar en el proceso de toma de decisiones en los países en que vivían; que el derecho a la participación debería ser efectivo, ofreciéndoles la oportunidad de ser escuchados y de incidir en la toma de decisiones; que de modo a que este derecho fuese efectivo era necesario el desarrollo de mecanismos procedimentales apropiados; y que la implementación de este derecho debería ser adaptado a la situación de los pueblos indígenas y tribales involucrados de manera a otorgarles tanto poder cuanto fuese posible sobre el control de su desarrollo social, cultural y económico. Organización Internacional del Trabajo, *Partial revision of the Indigenous and Tribal Populations Convention, 1957 (No. 107)*, Informe VI(1), pp. 28-29, Conferencia Internacional del Trabajo, 75a Sesión (Ginebra 1988).

y garantizar de manera adecuada la participación de los últimos en el proceso de desarrollo, el Convenio estableció la necesidad de que los gobiernos lleven a cabo procesos de consulta antes de la aprobación de medidas administrativas o legislativas que puedan afectar derechos indígenas. La aprobación del Convenio 169 impulsó a que los movimientos indígenas presentaran sus demandas en el lenguaje de derechos y garantías constitucionales, especialmente en lo relacionado a las políticas de auto identificación, los derechos sobre sus tierras y la participación en las políticas e instituciones del estado. Colombia ratificó el Convenio en 1991 y Ecuador lo hizo en 1998.

En tono con los desarrollos en la arena internacional, las asambleas constituyentes de Ecuador y Colombia de los noventa incluyeron por primera vez a los indios y otros actores sociales que hasta entonces no habían tenido voz. Los líderes indígenas presentaron su perspectiva respecto a la falencia de los sistemas democráticos excluyentes que se habían consolidado en esos países y reivindicaron la reconstrucción de estados plurales incluyentes que reconociesen múltiples formas de ciudadanía y derechos diferenciados para las comunidades y pueblos ancestrales. Uno de los resultados de estas asambleas fue la formalización de un reconocimiento mutuo entre los pueblos indígenas y los estados, que hasta entonces no había existido: yo reconozco tu existencia si tu reconoces la mía. Las reformas constitucionales reconocieron derechos colectivos a los pueblos indígenas, incluyendo los derechos sobre sus tierras, sus formas tradicionales de gobierno y administración de justicia.

Estas reformas han sido referidas por algunos teóricos como la “multiculturalización” del estado latinoamericano, lo que ha servido tanto para que las élites forjaran la creación de “nuevos ciudadanos del mercado” como también significó una reelaboración de las formas del Estado neoliberal en respuesta a las presiones de los movimientos sociales.⁸ Es cierto que en parte es así, aunque también es innegable que fue a partir de ellas que los pueblos indígenas y otros actores han podido fortalecer sus demandas de participación y propuestas alternativas para la reconfiguración del estado, ampliando el horizonte de posibilidades en búsqueda de formas políticas que correspondan mejor a la realidad social de los países. A seguir expondré brevemente los procesos que en última instancia llevaron a la instauración de las asambleas constituyentes en Ecuador y Colombia a partir de los años noventa, resaltando algunas de los más importantes logros constitucionales para los pueblos indígenas en Colombia (1991), y en Ecuador (1998 y 2008).

C. COLOMBIA: LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Durante la década de los ochenta los colombianos asistieron perplejos e indignados el fortalecimiento del negocio del narcotráfico y sus consecuencias funestas para el país: el asesinato de cientos de líderes políticos y de opinión, como el ministro Lara Bonilla, el

⁸ Rachel Sieder, “Pluralismo legal y globalización jurídica: retos del multiculturalismo en América Latina” *III Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica*, Quetzaltenango (2002); Cristóbal Gnecco y Wilhelm Londoño, “Representaciones de la alteridad indígena”, en Herinaldy Gómez y Cristóbal Gnecco, *Representaciones legales de la alteridad indígena* (Popayán: Editorial Universidad del Cauca, 2008).

periodista Alfonso Cano, o el candidato presidencial Luís Carlos Galán; la violencia indiscriminada como resultado de las guerras de los carteles; y el incremento de la presencia de organizaciones paramilitares en el país. A fines de aquella década, más de 120 jueces fueron asesinados y grupos violentos organizados exterminaron centenares de líderes de la izquierda, especialmente de la Unión Patriótica, partido político fundado en 1985 por actores sociales de la izquierda. Sumado a eso, el poder insurgente de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), del Ejército de Liberación Nacional (ELN), del Ejército Popular de Liberación (EPL) y del Movimiento 19 de Abril (M19) estaba bastante fortalecido.

Además de la explosión de violencia, Colombia estaba tomada por un sistema corrupto y excluyente, resultado de décadas de actuación del Frente Nacional de 1958. El estado parecía estar excesivamente centralizado y existía un consenso generalizado sobre la necesidad de otorgar más poderes de decisión a las instancias locales. Todas las propuestas gubernamentales de poner fin a la crisis política y de violencia del país fracasaban, y la sociedad civil clamaba por un cambio integral radical institucional y ético que posibilitara algún tipo de proceso de acercamiento hacia la paz. Este sentimiento fue canalizado por una protesta estudiantil en Bogotá, que en 1990 reunió más de dos millones de votos extraoficiales a favor del establecimiento de una Asamblea Constituyente (la Séptima Papeleta⁹). Dos meses más tarde el presidente Virgilio Barco sometió a consulta ciudadana, junto con las elecciones presidenciales de mayo de 1990, la convocatoria de una Asamblea Constitucional cuya respuesta fue positiva.

Entre otros actos preparatorios, el nuevo presidente César Gaviria llegó a un acuerdo con el entonces desmovilizado M19 donde todos se comprometían a construir una agenda para definir el proceso de convocación de la asamblea y los temas a ser discutidos, y en agosto de 1990 la Asamblea Constituyente fue convocada por decreto presidencial. La Corte Suprema de Justicia dio carácter de constituyente soberana a la Asamblea convocada, y decidió la constitucionalidad de los pactos suscritos por el Gobierno, los partidos Liberal, Conservador, Salvación Nacional y AD M-19 que definieron, en otras cuestiones, la composición de la Asamblea, las inhabilidades, los cupos para guerrillas en proceso de paz y el período de funcionamiento.

Luego de haber apropiado por años el escenario político colombiano, ni los conservadores ni los liberales lograron afianzar una mayoría que pudiese controlar el destino de la nueva Constitución. Al contrario, el resultado de las elecciones a la Asamblea reflejaba el fracaso de la política tradicional y el deseo pujante de la sociedad civil por un cambio. Movidos por la Asamblea, el Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT) y el grupo guerrillero indígena Quintín Lame entregaron sus armas y participaron en las deliberaciones, cada uno con un representante sin voto.

⁹ Ante las elecciones del 11 de marzo de 1990, en las que se elegían representantes al Senado, a la Cámara, a las asambleas departamentales, a las juntas administrativas locales, a los consejos municipales y alcaldes, el movimiento estudiantil incluyó un séptimo voto extra oficial en el cual se solicitaba la convocatoria de una Asamblea Constituyente. La Corte Suprema reconoció la voluntad de la población y validó la votación.

La Asamblea era generalmente entendida como un espacio para la reconciliación nacional, donde se determinaría un nuevo acuerdo político donde fuese posible la representación de todos los colombianos.¹⁰ Este acuerdo político debería llevar, principalmente, hacia la tan deseada paz por medio de integrar las guerrillas al proceso democrático.¹¹ Tal como presenta Lemaitre, “sería la primera constitución justa, porque sería la primera que no excluía la posibilidad del diálogo con el enemigo, ni sus intereses; la primera constitución que no era partisana, de un solo bando o partido. Y así lo demostraba la presencia concreta del M-19, pero también de los indígenas y del EPL.”¹² En el imaginario colombiano, añade la autora, la Constitución acabaría con dos de las principales causas de la violencia: la exclusión política de los grupos minoritarios y la disposición al uso de armas por parte del estado, garantizando “el fin de la violencia con un Estado imaginado como neutro, guiado por reglas, justo, pacífico, y en cuanto tal, como un Estado incluyente donde habría ‘espacio’ para todos”.¹³

Al principio, el proceso constituyente no generó grandes expectativas al interior del movimiento indígena. Con el paso del tiempo sus líderes encontraron en esta iniciativa una oportunidad histórica de presentar sus reivindicaciones al estado colombiano.¹⁴ En 1990 la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) llevó a cabo su Tercer Congreso, en el cual sus miembros decidieron participar activamente en la Asamblea Constituyente bajo la premisa de que era necesario constitucionalizar los derechos indígenas, no por creer que ello aseguraría el respeto a sus demandas, sino porque significaría el reconocimiento social y político a la justicia de las mismas.¹⁵

Pese a las formalidades del sistema electoral nacional, la fragilidad de los procesos de adscripción política de los resguardos, y la baja cedulaación de sus habitantes, el movimiento indígena logró impulsar más de cinco listas para las elecciones de los cien asambleístas y dos de ellas lograron participación en la Asamblea Constituyente, una encabezada por Francisco Rojas Birry y otra por Lorenzo Muelas Hurtado.¹⁶ Fue la primera vez que representantes indígenas en Colombia participan en un acto político de tamaño envergadura. Además de denunciar el proceso de asimilación vigente en Colombia desde su formación y reclamar la extensión de los derechos de los pueblos indígenas, los representantes indígenas también reivindicaron propuestas comunes a otros

¹⁰ Daniel Bonilla Maldonado, *La Constitución multicultural* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes; Pontificia Universidad Javeriana, 2006), p. 121.

¹¹ Julieta Lemaitre Ripoll, *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. (Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes: 2009), p. 124.

¹² *Ibíd.*, pp. 124, 125.

¹³ *Ibíd.*, p. 128.

¹⁴ Camilo Borrero García, *Multiculturalismo y derechos indígenas* (Bogotá: GTZ, 2003), p. 66.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 70.

¹⁶ Sobre este tema, apunta Borrero lo siguiente: “Con toda seguridad, las dos listas que lograron participación en la Asamblea Nacional Constituyente, la encabezada por Francisco Rojas Birry y que contó con una votación de 31.782 personas (0,85%), y la encabezada por Lorenzo Muelas Hurtado, que obtuvo una votación de 20.523 personas (0,55%), contaron con el apoyo de simpatizantes no indígenas, especialmente de las grandes ciudades. Ello, no obstante, dadas la fragilidad de los procesos de adscripción política en los resguardos y la baja cedulaación de sus habitantes, es aventurado avanzar cualquier hipótesis relacionada con su verdadera representatividad política, *Ibíd.*, p. 146.

movimientos sociales, como la descentralización territorial y la declaración de que la soberanía residía en el pueblo, y no en la nación.¹⁷

Las propuestas indígenas relacionadas a la diversidad cultural de Colombia apuntaban hacia el reconocimiento del carácter multicultural del país, inclusión de las minorías culturales en la administración pública, ampliación de sus derechos, y reconocimiento a las formas de autogobierno, aunque manteniendo la matriz liberal y democrática del estado. De hecho, la preocupación primordial de los asambleístas era la paz como eje motivador del nuevo pacto social,¹⁸ y antes que una propuesta radical para la transformación de viejas estructuras, la propuesta indígena fue de reconocimiento y acomodación de diferencias. En sus intervenciones como asambleísta, Rojas apuntó que la propuesta articulada por él en representación de los indígenas “quiso cumplir con una función pedagógica”¹⁹:

[Q]ue la nueva Constitución no sea otra carta de batalla²⁰, otra imposición de un partido sobre otro, sino una carta de paz. [...] La pedagogía constitucional, como pedagogía de la paz y de la democracia, debe enseñar que este país es diverso; que en él vivimos grupos étnicos con derechos especiales, porque es especial nuestra situación: conservar nuestra existencia física y nuestra identidad cultural, aún después de haber sido discriminados, negados y excluidos por la sociedad nacional.²¹

Finalmente, la Constitución de 1991 plasmó el carácter participativo y pluralista del estado²², y la soberanía del pueblo pasó a ser ejercida en forma directa o por medio de sus representantes²³. Al recoger las propuestas indígenas, la Constitución incluyó, finalmente, a los *pueblos* indígenas como sujetos de derechos²⁴ (aunque también los

¹⁷ *Ibíd.*, pp. 128, 129. La Constitución colombiana anterior, de 1889, influenciada por la Constitución española de la restauración, determinaba en su artículo 2 que la soberanía residía “esencial y exclusivamente en la nación”.

¹⁸ Esta preocupación quedó reflejada en los artículos 22 (la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento) y 95 de la Constitución (Son deberes de la persona y del ciudadano [...] Propender al logro y mantenimiento de la paz).

¹⁹ Francisco Rojas Birry, “Los derechos de los grupos étnicos”. *Gaceta Constitucional* n° 67 (Bogotá) 4 de mayo de 1991, p. 87.

²⁰ Hernando Valencia Villa escribió en 1987 su disertación doctoral “Cartas de Batalla”, un texto donde expuso su tesis de que cada Constitución colombiana representa una gramática de la guerra, donde el constitucionalismo es una estrategia para prevenir el poder popular y mantener la hegemonía estatal. Hernando Valencia Villa, *Cartas de Batalla. Una crítica del Constitucionalismo colombiano*. (Bogotá; Universidad Nacional, 1987)

²¹ Rojas, “Los derechos de los grupos étnicos”, p. 88.

²² Colombia, *Constitución Política de Colombia* (1991), Art. 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

²³ *Ibíd.*, Art. 3. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.

²⁴ *Ibíd.*, Art. 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta

definió como “grupos étnicos”²⁵), protegió sus derechos al uso del idioma y educación bilingüe²⁶, a su “patrimonio cultural”²⁷, y a la participación política en el Congreso²⁸. También reconoció sus territorios inalienables, la creación de Entidades Territoriales Indígenas²⁹ y las formas tradicionales de autogobierno³⁰, justicia y ordenamiento propios³¹.

jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

²⁵ *Ibíd.*, Arts. 10, 63, 68, 72, 176. Una de las explicaciones al doble tratamiento es que en algunos casos los derechos corresponden a otros grupos tradicionales además de los indígenas: el pueblo Rhon y las comunidades afrodescendientes, y todas ellas estaría incluidas por este término. Otros derechos son específicos a los indígenas.

²⁶ *Ibíd.*, Art. 10. El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe. Art. 72. Los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural.

²⁷ *Ibíd.*, Art. 72.- El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.

²⁸ *Ibíd.*, Art. 171. Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República, deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el ministro de gobierno. Art. 176. Para la elección de representantes a la Cámara, cada departamento y el Distrito Capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial. La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas y de los colombianos residentes en el exterior.

²⁹ *Ibíd.*, Art. 329. La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable. La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte. *Parágrafo.*- En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo.

³⁰ *Ibíd.*, Art. 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Art. 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional. Art. 330. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: 1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios. 2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo. 3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución. 4. Percibir y distribuir sus recursos. 5. Velar por la preservación de los recursos naturales. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio. 7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional. 8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y 9. Las que les señalen la Constitución y la ley. *Parágrafo.*- La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se

La inclusión de los *pueblos* como tales, como actores políticos, implica el reconocimiento de un grado de autonomía, lo que es estrechamente relacionado con el carácter inalienable de sus tierras, como expondré más adelante. Pese a eso, y a pesar de que al momento de la promulgación de su Constitución Colombia estaba a punto de ratificar el Convenio 169 de la OIT³², el texto constitucional no trató el deber del Estado de consultar con los pueblos indígenas.³³ Las cortes nacionales, sin embargo, vienen defendiendo y regulando la consulta por vía de la teoría del bloque constitucional,³⁴ aunque esto no ha impedido varios intentos por parte de los gobiernos presidenciales de regular el tema por debajo de los parámetros internacionales³⁵. La Constitución colombiana, por otro lado, reservó la propiedad del Estado sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables,³⁶ y la propiedad privada pasó a tener función social y ecológica³⁷.

Debido a la inclusión de referencias a la protección del medio ambiente, la Constitución colombiana de 1991 ha sido referida por las cortes nacionales como “Constitución ecológica”, así como también ha sido criticada por tener “el corazón a la izquierda y el bolsillo a la derecha”.³⁸ Sin embargo, quizá lo más notable de esta Constitución es que fue la primera vez que se debatió en un espacio constitucional la diversidad étnica de Colombia cuyo resultado fue la inclusión de la alteridad en el seno del estado.

D. ECUADOR: LAS CONSTITUCIONES DE 1998 Y 2008

D. 1. La Constitución de 1998

Al consolidarse como el movimiento social más influyente de América Latina durante la década de los noventa, en 1997 la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) lideró una protesta masiva en el ámbito nacional que terminó de manera prematura el gobierno del presidente populista Abdalá Bucarán. Luego de la

hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

³¹ *Ibíd.*, Art. 246, *supra*.

³² La Constitución fue promulgada el 4 de Julio de 1991, y Colombia ratificó el Convenio 169 de la OIT el 7 de agosto del mismo año.

³³ Bartolomé Clavero, “Consulta indígena: Colombia (y España) entre derecho constitucional y derechos humanos”, artículo inédito, 2014.

³⁴ Due Process of Law y Oxfam, *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú* (Lima: DPLF y Oxfam, 2011).

³⁵ Clavero, “Consulta indígena...”.

³⁶ Colombia, *Constitución Política de Colombia* (1991), Art. 332. El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.

³⁷ *Ibíd.*, Art. 58 La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

³⁸ Lemaitre, *El derecho como conjuro*, p. 138.

deposición de Bucarán, y construyendo sobre su propio capital político, el “Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik Nuevo País”, creado por la CONAIE y sus aliados, apoyó la sucesión de Fabián Alarcón, entonces Presidente del Congreso Legislativo Nacional, en la disputa por el Poder Ejecutivo. A cambio del apoyo de la CONAIE, Alarcón prometió llevar a cabo una consulta nacional para reformar la Constitución. En este mismo año, mientras se desarrollaba la campaña para la elección de los asambleístas, alrededor de 10,000 indígenas marcharon desde distintas parte del país hasta Quito para establecer junto a otros sectores sociales la Asamblea Constituyente Popular, cuyo objetivo era desarrollar una propuesta alternativa a la Constitución.

La Asamblea Constituyente de 1997 fue conformada por aproximadamente cuatrocientos miembros, de los cuales el Movimiento Pachakutik eligió siete representantes indígenas³⁹. “¡Ni una Asamblea más sin nosotros!” fue el slogan del movimiento indígena.⁴⁰ Mientras la Constitución estaba siendo escrita, el movimiento indígena ecuatoriano fortalecía sus alianzas nacionales e internacionales y se establecía como el movimiento indígena políticamente más influyente de las Américas. Una de las principales propuestas de la CONAIE a la Asamblea Constituyente era el reconocimiento del carácter plurinacional del Estado ecuatoriano, lo que implicaría entre otras cosas, el reconocimiento de la autonomía política-administrativa interna para los pueblos indígenas⁴¹. “Nacionalidad” fue el termino utilizado por la CONAIE para expresar su distinción política, cultural, económica, y los aspectos lingüísticos de los pueblos indígenas del Ecuador mientras que rechazaba otros términos peyorativos,⁴² y “nacionalidad de raíces ancestrales” fue el término que finalmente quedó plasmado en la Constitución⁴³. Por primera vez el Estado ecuatoriano incluyó en su imaginario representativo a los pueblos indígenas y los pueblos afroecuatorianos⁴⁴ y reflejó en el preámbulo constitucional la “voluntad [del pueblo ecuatoriano] de consolidar la unidad de la nación ecuatoriana en el reconocimiento de la diversidad de sus regiones, pueblos, etnias y culturas[.]”

³⁹ Según Van Cott, la población indígena del Ecuador en 1998 podría estar entre 25 a 43% de la población total. Van Cott, “Constitutional Reform in the Andes”, p. 42.

⁴⁰ Renata Segura y Ana María Bejarano, “¡Ni una asamblea más sin nosotros! Exclusion, Inclusion, and the Politics of Constitution-Making in the Andes”. *Constellations* Vol. 11 N.217 (2004), p. 222.

⁴¹ CONAIE, *Proyecto Político 1994*, (Quito: CONAIE, 1994), p. 12. “El plurinacionalismo propugna la igualdad, unidad, respeto, reciprocidad y solidaridad de todas las Nacionalidades que conformamos el Ecuador. Reconoce el derecho de las Nacionalidades a su territorio, autonomía político-administrativa interna, es decir, a determinar su propio proceso de desarrollo económico social, cultural, científico y tecnológico; para garantizar el desarrollo de su Identidad Cultural y Política; y por ende al desarrollo integral de la Nación.”

⁴² CONAIE, *Proyecto Político 1997* (Quito: CONAIE, 1997)

⁴³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador* (1988), Art. 83. Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.

⁴⁴ *Ibíd.*, Art. 83. Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible. Art. 84.- El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 8. A no ser desplazados, como pueblos, de sus tierras.

Debido en gran parte al temor por parte de la élite política de que las reivindicaciones indígenas respecto a la idea de plurinacionalidad llevarían a la fragmentación del país, el estado ecuatoriano fue establecido como pluricultural y multiétnico.⁴⁵ La soberanía, al igual que en la Constitución colombiana, quedó radicada en el pueblo, quien la podría ejercer por medio del poder público o por medios democráticos⁴⁶. Se mantuvo la caracterización del Ecuador como un “estado étnico y pluricultural”, y la vigencia de la propiedad inalienable sobre los recursos del subsuelo y sobre la diversidad biológica, reformas que ya habían sido hechas en 1996⁴⁷. La Constitución reconoció los idiomas indígenas como “de uso oficial para los pueblos indígenas”, y estableció como deber del estado el “fortalecer la unidad nacional en la diversidad”⁴⁸. Asimismo, se incluyó en la Constitución el principio de convivencia kichwa *ama quilla, ama llulla, ama shua*, traducido en el mismo texto como “no ser ocioso, no mentir, no robar”.

La Constitución ecuatoriana reconoció los derechos indígenas sobre sus “tierras comunitarias”⁴⁹, donde podrían ejercer un grado de autonomía político-administrativa y judicial⁵⁰. La propiedad individual, construida sobre el principio ya consolidado de la función social, fue ampliamente protegida para la organización de la economía⁵¹; la colonización interna, “con el propósito de mejorar la condición de vida del campesino y fortalecer las fronteras vivas del país” siguió siendo política nacional⁵². Entre los

⁴⁵ *Ibíd.*, Art. 1. El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada.

⁴⁶ *Ibíd.*, Art. 1. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución.

⁴⁷ *Ibíd.*, Art. 247. Son de propiedad inalienable e imprescriptible del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentran en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial. Estos bienes serán explotados en función de los intereses nacionales. Su exploración y explotación racional podrán ser llevadas a cabo por empresas públicas, mixtas o privadas, de acuerdo con la ley. [...] Las aguas son bienes nacionales de uso público; su dominio será inalienable e imprescriptible; su uso y aprovechamiento corresponderá al Estado o a quienes obtengan estos derechos, de acuerdo con la ley. Art. 248. El Estado tiene derecho soberano sobre la diversidad biológica, reservas naturales, áreas protegidas y parques nacionales. Su conservación y utilización sostenible se hará con participación de las poblaciones involucradas cuando fuere del caso y de la iniciativa privada, según los programas, planes y políticas que los consideren como factores de desarrollo y calidad de vida y de conformidad con los convenios y tratados internacionales.

⁴⁸ *Ibíd.*, Art. 3. Son deberes primordiales del Estado: 1. Fortalecer la unidad nacional en la diversidad.

⁴⁹ *Ibíd.*, Art. 82, 2. Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial.

⁵⁰ *Ibíd.*, Art. 191. [...] Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.

⁵¹ *Ibíd.*, Art. 30. La propiedad, en cualquiera de sus formas y mientras cumpla su función social, constituye un derecho que el Estado reconocerá y garantizará para la organización de la economía. Deberá procurar el incremento y la redistribución del ingreso, y permitir el acceso de la población a los beneficios de la riqueza y el desarrollo.

⁵² *Ibíd.*, Art. 267. El Estado garantizará la propiedad de la tierra en producción y estimulará a la empresa agrícola. El sector público deberá crear y mantener la infraestructura necesaria para el fomento de la

derechos colectivos de los pueblos indígenas estaba también la consulta previa a planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables en sus territorios,⁵³ aunque sin mencionar los efectos concretos de los resultados de la consulta, especialmente el rechazo a las propuestas gubernamentales.

Además de extender derechos sociales, especialmente de las comunidades indígenas y afros, la Constitución ecuatoriana de los noventa también acogió gran parte de la agenda neoliberal defendida por políticos conservadores y plasmada especialmente en los capítulos referentes a la organización de la economía. Uno de los resultados de estas fuerzas contradictorias fue que la Constitución no ofreció un modelo coherente para el estado, particularmente en lo que dice respecto a la descentralización.⁵⁴ Tal como apunta Walsh, las reformas de los noventa sirvieron a un doble y contradictor propósito, reconocer las demandas de los movimientos sociales, y “abrir camino al proyecto neoliberal de ajuste estructural, dando reconocimiento e inclusión a la oposición dentro del estado-nación, sin mayor cambio radical o sustancial a su estructura hegemónica fundante”.⁵⁵

D. 2. La Constitución de 2008

Luego de la vigencia de la Constitución de 1998 el Ecuador pasó por otras crisis económicas e institucionales. En 1999 el Presidente Jamil Mahuad ordenó el congelamiento de los depósitos financieros de los ciudadanos y dolarizó la economía, lo que dio inicio a más un periodo de crisis y protestas sociales generalizadas con graves consecuencias para la institucionalidad: más dos presidentes derrocados (Jamil Mahuad en 2000, Lucio Gutiérrez en 2005), tres cortes constitucionales que cesaron en sus funciones, y pérdida de legitimidad de los partidos políticos.

Fue en este contexto que en 2006 Rafael Correa, ex ministro de finanzas del país, conformó el partido Alianza País y presentó su candidatura a la presidencia de la República, proponiendo un cambio político radical que recogió la insatisfacción de la ciudadanía y de los movimientos sociales. En el meollo de sus propuestas de cambio estaba la elaboración de una nueva Constitución. Correa fue electo presidente y en 2007 el pueblo ecuatoriano eligió una nueva Asamblea Constituyente conformada por 130

producción agropecuaria. Tomará las medidas necesarias para erradicar la pobreza rural, garantizando a través de medidas redistributivas, el acceso de los pobres a los recursos productivos. Proscribirá el acaparamiento de la tierra y el latifundio. Se estimulará la producción comunitaria y cooperativa, mediante la integración de unidades de producción. Regulará la colonización dirigida y espontánea, con el propósito de mejorar la condición de vida del campesino y fortalecer las fronteras vivas del país, precautelando los recursos naturales y el medio ambiente.

⁵³ *Ibíd.*, Art. 84, 5.- El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 5. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.

⁵⁴ Van Cott, “Constitutional Reform in the Andes”, p. 62.

⁵⁵ Walsh, *Interculturalidad, estado, sociedad*, p. 75.

asambleístas. La CONAIE movilizó cerca de diez mil personas para presentar su proyecto de Constitución a los asambleístas, quienes al recoger diversas propuestas directamente de los movimientos sociales, lograron consolidar un texto innovador en muchos aspectos, especialmente en un nuevo lenguaje de garantías fundamentales, lo que lleva a que muchos juristas la refieran como una Constitución garantista⁵⁶. La Constitución ecuatoriana reconoció la naturaleza como sujeto de derechos y estableció el principio Kicwhua del *sumak kawsay* o buen vivir como parámetro definitorio de las políticas nacionales de desarrollo.⁵⁷

La propuesta conceptual más significativa de la CONAIE fue la de establecer al Ecuador como un Estado Plurinacional, lo que venía defendiendo oficialmente desde su “Proyecto Político” de 1994.⁵⁸ En marzo de 2008 la CONAIE y otras organizaciones sociales movilizaron alrededor de 30.000 personas al Palacio de Gobierno en Quito, en una marcha denominada “defensa de la Plurinacionalidad, la Soberanía y los Recursos Naturales”.⁵⁹ En esta oportunidad, la plurinacionalidad no sólo fue propuesta indígena, sino que también reivindicada por varias organizaciones de mujeres, jóvenes y movimientos urbanos, organizaciones montubias, campesinas y afroecuatorianas.⁶⁰ Sin embargo, otras organizaciones, como la FENOCIN y FEINE, que también poseen miembros indígenas, se opusieron a la inserción del término plurinacionalidad en la Constitución, alegando el peligro de la balcanización del Ecuador y defendiendo la inserción del término interculturalidad en su lugar.⁶¹ Después de mucho debate⁶², la Constitución de 2008 finalmente estableció al Ecuador como un estado intercultural y plurinacional⁶³.

⁵⁶ Una Constitución que multiplica las garantías de los derechos individuales tradicionales y el reconocimiento de derechos sociales desconocidos y abandonados por teorías tradicionales.

⁵⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador* (1988), Art. 14.- Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*; Art. 275.- El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*.

⁵⁸ CONAIE, Proyecto Político 1994.

⁵⁹ Floresmilo Simbaña, “La Plurinacionalidad en la Nueva Constitución” en ILDIS (ed.), *Análisis de la Nueva Constitución* (Quito: ILDIS, 2008), p. 104.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 106.

⁶¹ *Ibíd.*, p. 104.

⁶² Agustín Grijalva, “El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia (eds.), *Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), p. 398. “La existencia de estas dos posiciones expresaron antes que diferencias conceptuales distintas alianzas políticas de diferentes organizaciones indígenas, así como diferencias en cuanto al énfasis cultural o político de sus propuestas. Mientras que la propuesta de plurinacionalidad se relaciona más fuertemente con el autogobierno, la participación de los pueblos indígenas en la explotación de recursos naturales, y su representación y participación política en las instituciones estatales, la noción de interculturalidad hace énfasis en las relaciones socio-culturales individuales y colectivas entre pueblos indígenas y especialmente de éstos con la sociedad mestiza. Sin embargo, ni la propuesta de interculturalidad negaba la dimensión de sujetos políticos y económicos de los pueblos indígenas, ni el planteamiento de plurinacionalidad desconocía el carácter esencial que para las propias nacionalidades tiene desarrollar la interculturalidad. Finalmente prevaleció la idea de que ambas nociones antes que contradictorias son complementarias y por tanto ambas nociones se incluyeron en la Constitución aprobada en Montecristi.”

⁶³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador* (2008), Art. 1. El Ecuador es un Estado

La Constitución de 2008 reconoció el deber de los gobiernos de consultar con los pueblos indígenas previo a planes de prospección, explotación y comercialización de recursos naturales no renovables, aunque sobre el consentimiento solamente refirió que en su inexistencia se procedería conforme a la ley, dejando a manos del legislador indicar los efectos, en términos legales, del resultado de las consultas.⁶⁴

Pese a las reformas constitucionales en ambos países, los problemas de racismo, violencia y exclusión social de los indígenas no han cambiado de manera sustancial, y en algunos casos ha empeorado⁶⁵. El lenguaje y simbolismo de las constituciones, aunque abarquen el reconocimiento de otras culturas, e incluso establezcan la formación de un estado plurinacional, siguen respondiendo a la lógica de una sola matriz cultural, y el uso de las prácticas constitucionales y democráticas fortalece y mantiene el sistema jurídico dominante en su lugar: “[I]a cultura constitucional habla lenguas, no de América, sino de Europa, para casa y, conforme a sus convicciones más íntimas, para todo el universo mundo.”⁶⁶

Tanto en Ecuador como en Colombia los derechos constitucionales más difíciles de ser implementados son aquellos afectados por los proyectos extractivos en territorios indígenas. Los sistemas e instituciones jurídicas de ambos países aunque reconocen el

constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

⁶⁴ *Ibíd.*, Art. 57, 7.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

⁶⁵ En el 2009 la Corte Constitucional colombiana, ordenó la elaboración y puesta en marcha y poner en de un Programa de Afectados por el Desplazamiento, y Planes Especiales de Salvaguarda para los pueblos considerados en alto riesgo de extinción: Arhuaco, Awá, Betoye, Chimila, Embera Chamí, Embera Dobidá, Embera Katío, Eperara Siapidara, Guambiano, Guayabero, Hitnú, Huitoto, Inga, Kamentzá, Kankuamo, Kichwa, Koconuco, Kofán, Kogui, Koreguaje, Kuna, Nasa, Nukak-Makú, Pijao, Sicuani, Siona, Totoró, U'wa, Wayúu, Wiwa, Wounaan, Yanacona, Yukpa, Zenú. Según la Corte, “la *buena voluntad, apertura e interés* del gobierno no está protegiendo vidas. La realidad, según la Corte Constitucional, de que 34 pueblos indígenas en el país se encuentran amenazados “*con el exterminio cultural o físico*” no ha cambiado”. Colombia, Corte Constitucional, *Auto 004 de 2009*.

⁶⁶ Clavero, *Geografía judicial de América Latina*, p. 103. “Para la parte indígena *ama quilla, ama llulla, ama shua* representa, desde tiempos muy anteriores a los constitucionales, todo eso de una ética política y algo más. Ahí se tienen unos principios de convivencia y comunidad, de intercambio convivencial y solidaridad comunitaria. Al registrarse en la norma constitucional, está lanzándose un mensaje bien preciso que podría traducirse desde luego al castellano como a cualquier otra lengua: “No vivir explotando, no andar defraudando, no seguir expoliando”, todo esto que ha venido haciendo precisamente el constitucionalismo por América de cara a indígenas. ¿Anda de verdad fuera de lugar en el corazón de la Constitución? Lo que no conozco en castellano ni en idioma europeo ninguno es doctrina constitucional que se tome en serio estos mandamientos tal y como se expresan tradicionalmente en quechua. Ya se sabe. La cultura constitucional habla lenguas, no de América, sino de Europa, para casa y, conforme a sus convicciones más íntimas, para todo el universo mundo.”

deber de los estados de consultar con los pueblos indígenas, no aceptan la premisa de que para construir estados plurales es necesario contar con su consentimiento previo al desarrollo de planes extractivos que afecten sus derechos. Eso ha impedido que hasta la fecha exista algún caso de consulta que respete los parámetros establecidos por las constituciones de ambos países. Dado que la construcción de un estado plurinacional o multicultural requiere el desmonte del monopolio étnico del estado,⁶⁷ la cuestión del veto a proyectos nacionales, como expondré al final de este capítulo, es esencial a la construcción de estados multisociales.

E. NUEVOS IMAGINARIOS EN COLOMBIA Y ECUADOR

En otro lugar identifiqué algunas de las prácticas discursivas socio jurídicas utilizadas por las élites en Colombia y Ecuador para primero justificar su soberanía sobre tierras indígenas por medio de dividir el mundo dicotómicamente en civilizados y no civilizados y, posteriormente, consolidar el colonialismo interno sobre esta población por medio de la idea de desarrollados y no desarrollados.⁶⁸

Las dicotomías son formas discursivas que combinan simetría con jerarquía en un esquema de relación horizontal que oculta una relación horizontal.⁶⁹ La dicotomía “es la forma más acabada de la totalidad” (abstracta universal), afirma Santos; de este tipo de totalidad que no se vale de argumentación y lógica para insertarse en el mundo, sino que “se impone por la eficacia de su imposición”⁷⁰, y que es admitida, como explica Quijano, “como una de las piedras angulares de la racionalidad y que en la producción del conocimiento concreto llega a ser actuado con la espontaneidad de la respiración, eso es de manera incuestionable”⁷¹. La inexistencia de argumentaciones lógicas que justificaran la soberanía de los criollos sobre los indígenas, impuesta y arraigada en la cultura jurídica latinoamericana, da muestras de ello e indica que en nuestro constitucionalismo subyace la idea de que las relaciones entre los elementos del poder

⁶⁷ Walsh, *Interculturalidad, estado, sociedad*, p. 80.

⁶⁸ Isabela Figueroa, “Nociones de soberanía nacional y autodeterminación indígena: pugna y articulaciones de conocimientos en el constitucionalismo de Colombia y Ecuador” (tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2014).

⁶⁹ Santos, *Una epistemología del Sur*, pp. 103, 104. La razón metonímica está obcecada por la idea de totalidad bajo la forma de orden. No hay comprensión ni acción que no se refiera a un todo, el cual tiene primacía absoluta sobre cada una de las partes que lo componen. Por esta razón, hay sólo una lógica que gobierna tanto el comportamiento del todo como el de cada una de las partes... La forma más acabada de la totalidad para la razón metonímica es la dicotomía, ya que combina, del modo más elegante, la simetría con la jerarquía. La simetría entre las partes es siempre una relación horizontal que oculta una relación vertical... [T]odas las dicotomías sufragadas por la razón metonímica contienen una jerarquía: cultura científica/cultura literaria; conocimiento científico/conocimiento tradicional; hombre/mujer; cultura/naturaleza; civilizado/primitivo; capital/trabajo; blanco/negro; Norte/Sur; Occidente/Oriente, y así sucesivamente.

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 106

⁷¹ Quijano, “Colonialidad del poder y clasificación social”, *Journal of World-Systems Research* VI, 2 (Summer/Fall 2000), p. 352.

han sido “definidas previamente en un reino óptico, ahistórico o transhistórico”.⁷² Esta totalidad, tal como indica Quijano, vacía de lógica, se trata de un mito metafísico:

Si, como en Hobbes, se hace intervenir acciones y decisiones humanas en el origen de la autoridad y del orden, no se trata en rigor de ninguna historia, o siquiera de un mito histórico, sino de un mito metafísico: postula un estado de naturaleza, con individuos humanos que entre sí no guardan relaciones distintas que la continua violencia, es decir que no tienen entre si genuinas relaciones sociales.⁷³

Las prácticas discursivas del mito metafísico del contrato social, tremendamente influyente en las teorías del derecho en América Latina, han sido capaces de presumir con eficacia y convencimiento una concepción de tiempo tremendamente fugaz: “lo que ya no es y lo que aún es”⁷⁴. Esta concepción del presente amplía el pasado, extiende el futuro y empobrece la experiencia humana. El presente, intangible, es movimiento directo y recto hacia el futuro. Lo que está fuera de este camino, es o relegado al pasado, o producido como no existente, y generalmente ambas cosas. Simón Bolívar, al igual que las élites gobernantes en Colombia y Ecuador en los siglos XIX y XX, estaba convencido, como expresaba en sus discursos, que los indígenas eran parte del pasado glorioso del criollo, y al mismo tiempo que diseñaba políticas orientadas a la civilización o integración de los indios a la sociedad del futuro.

La formación y consolidación de las repúblicas del Ecuador y Colombia se valió, entre otras, de la estrategia de producir a la experiencia indígena como inexistente. La concepción de un tiempo universal lineal fue uno de los ejes de esta estrategia. El tiempo presente empezaba a partir del pacto social productor de la civilización, y como los indios demostradamente no era aún civilizados, estaban afuera del presente, eran referencias al pasado: pre modernos, no civilizados, salvajes, indios, indígenas. En fin, cualquier cosa que los remetiera al estado de naturaleza, clasificándolos y consolidando el mito metafísico del contrato social como fuente de autoridad.

La participación directa de representantes indígenas en las asambleas constitucionales de los noventa en Ecuador y Colombia indican un punto de inflexión de esta dinámica. El reconocimiento de un status legal a los pueblos indígenas develó una diversidad de *presencias* hasta entonces negadas, y ello necesariamente interrumpió la línea del tiempo lineal, debiendo ahora reconfigurar nuestras nociones de pasado y futuro.

Librando a los pueblos de la asimilación y de la dominación étnica, estas constituciones ofrecieron una nueva orientación para los estados, reflejadas en las nociones de multiculturalismo en la década de los noventa y más recientemente plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador. Estas reformas constituyen intentos por ajustar el modelo

⁷² *Ibíd.*, p. 347.

⁷³ *Ibíd.*, pp. 346, 347.

⁷⁴ Santos, *Una epistemología del Sur*, p. 107

del estado a su realidad multisocietal⁷⁵ en un movimiento hacia la expansión del presente: el reconocimiento de la coexistencia simultánea de diversas sociedades en un mismo territorio en el cual cada una de estas sociedades es articuladas por un tipo distinto de civilización con distintas lógicas de comportamiento que no fueron absorbidas por la totalidad homegénica universal.

Tapia explicita y diferencia, a grandes rasgos, tres tipos de civilización que articulan distintas sociedades en Bolivia⁷⁶, y que bien puede servir para caracterizar Ecuador y Colombia: la civilización agraria, la civilización moderna, y la civilización nómada.⁷⁷ Estas civilizaciones se dividen en sociedades y ambas son compartidas por varias culturas. No hay muchos tipos de civilización pero si una multiplicidad de culturas, pueblos que organizan bajo un mismo patrón civilizatorio, aunque en torno a concepciones del mundo diferentes y con lenguas diferentes (“imperios como el inca o el azteca son multiculturales, pero no multisociales”⁷⁸) Esto implica, según el autor, la coexistencia de “diversos modos de producir, diversos modos de relacionarse con la naturaleza en la producción, diversidad de estructuras sociales, en particular una diversidad de estructuras de autoridad y de gobierno, una diversidad de concepciones del mundo, y como resultado de eso... diversos modos de concebir derechos” en cuanto a formas de pertenencia a la comunidad, sociedad y estado.⁷⁹

⁷⁵ Utilizo la noción de multisocietal desarrollada por Tapia, lo que “implica que en un mismo territorio – país en los términos políticos de hoy- existen varios tipos de sociedad, no solo varias lenguas y conjunto de creencias y tradiciones. Una sociedad implica un tipo de articulación de relaciones sociales que producen estructuras y conjuntos institucionales, que a su vez producen un tipo de continuidad cualitativa entre las formas de producción y transformación de la naturaleza como condición de posibilidad de la reproducción del orden social y las formas de gobierno que éste va adquiriendo, lo cual se acompaña de una concepción del mundo, que contiene un tipo de conocimientos, valores, fines, lengua. La sociedad es un tipo de unidad de estos subconjuntos de relaciones e instituciones sociales, articuladas por un mismo tipo de civilización. Luis Tapia, *La invención del núcleo común. Ciudadanía y gobierno multisocietal* (La Paz: La Muela del Diablo, 2006), p. 30.

⁷⁶ Para Tapia, una sociedad “implica un tipo de articulación de relaciones sociales que producen estructuras y conjuntos institucionales, que producen un tipo de continuidad cualitativa entre las formas de producción y transformación de la naturaleza como condición de posibilidad de la reproducción del orden social y las formas de gobierno que éste va adquiriendo, lo cual se acompaña de una concepción del mundo, que contiene un tipo de conocimiento, valores, fines, lengua. La sociedad es un tipo de unidad de estos conjuntos de relaciones e instituciones sociales, articuladas por un mismo tipo de civilización.” *Ibíd.*, p. 30.

⁷⁷ *Ibíd.*, pp. 30-32. Por un lado está el tipo de civilización agraria, que se caracteriza porque las relaciones sociales son una respuesta a la adaptación de las comunidades humanas a la naturaleza y a su ritmo, es decir, que la civilización agraria, por lo general, va acompañada de concepciones cíclicas del tiempo, y el movimiento de la sociedad sigue el tiempo de la naturaleza. Otro tipo de sociedad corresponde a la civilización moderna que se caracteriza por la ruptura de la concepción cíclica del tiempo, hacia concepciones progresivas, lineales del movimiento social, transformación que es producida por los procesos de industrialización y, por lo tanto, la condición moderna o el tipo de sociedad moderna corresponde a la histórica separación entre estado y sociedad civil, en la que el núcleo de la producción se organiza como modo de producción capitalista y, por otro lado, se da en concentración del poder político en el estado. ... Además ... hay en el país un tipo de civilización de carácter nómada, que tiene una concepción del mundo, un modo de relacionarse con la naturaleza y, producto de esto, un conjunto diferente de relaciones entre las personas; por lo tanto una diferente forma de organización y movimiento de la colectividad.

⁷⁸ *Ibíd.*, p. 31.

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 32.

Al igual que en Bolivia, tanto en Ecuador como en Colombia un eje de lo que une los abanicos de reivindicaciones de las distintas sociedades abarcadas por cada país es el *régimen de propiedad*, sea en la forma de reivindicación de tierras, o en forma de disputa por el control de los recursos naturales. La noción de propiedad también cataliza tensiones en cuanto que las diferentes civilizaciones tienen modos diversos de relacionarse con la naturaleza, y la colonización se ha consolidado por métodos de desposesión de tierras sustentados por el discurso jurídico de la propiedad. La ciudadanía en Colombia y Ecuador, desde sus primeras constituciones, ha sido construida alrededor de la propiedad.

La propiedad no sólo es uno de los núcleos duros del discurso jurídico ortodoxo, sino que también, dadas sus nociones de exclusividad, es comparable a la noción de soberanía. Una de las razones por las cuales soberanía no es reivindicada discursivamente por los pueblos indígenas de la región es que el término reivindica una autoridad ahistórica que no encuentra correlación con la autoridad que reivindican los pueblos indígenas sobre sus tierras. Propiedad, por otro lado, refleja una noción de uso y exclusividad relacionada a un espacio particular, y en este sentido, de mayor utilidad para la reivindicación relacionadas con espacios concretos.

Por estas razones, percibo la noción de propiedad como lugar desde donde buscar estrategias discursivas otras que puedan contaminar su significado con nuevos sentidos y contribuir a la reproducción de nuevos imaginarios políticos y sociales que contribuyan a aproximar su significado a la realidad multisocietal de esos países.⁸⁰ En esta sección propongo que la reivindicación de las reglas de inalienabilidad por parte de los pueblos indígenas como característica esencial de sus territorios, ha constituido, en la práctica jurídica, un ejercicio de traducción que contiene un potencial articulador de las demandas de igualdad, de libertad y la construcción de sociedades más equitativas.

E. 1. La metodología de la traducción

En su texto “Hacia una sociología de las ausencias”⁸¹, además de desarrollar una potente crítica de la razón indolente que contrae el presente y expande el futuro, Santos propone dos métodos para construir una racionalidad cosmopolita que contrarreste el desperdicio de la experiencia humana: la sociología de las ausencias para expandir el presente y la sociología de las emergencias para contraer el futuro. Ambas metodologías pueden revelar la diversidad infinita de experiencias sociales que han sido negadas por las concepciones de la razón indolente. Las relaciones que se puedan dar entre esta diversidad, resalta Santos, no debe ser pensada, comprendida ni explicada por medio de ninguna teoría general universal abstracta que reclame la totalidad. En lugar de ello, Santos propone el trabajar con la traducción en cuanto “un procedimiento capaz de crear

⁸⁰ Sobre la colonización de los instrumentos jurídicos del discurso hegemónico en América Latina, ver Clara Sandoval, “La construcción de un discurso contrahegemónico del derecho en ‘América Latina’: Comentarios y alternativas a la propuesta sobre la consolidación de los estudios jurídicos críticos”, en Mauricio García V. y Cesar A. Rodríguez (eds.), *Derecho y Sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, (Bogotá: ILSA, 2003), 183-198.

⁸¹ Santos, *Una epistemología del Sur*.

una intengibilidad mutua entre experiencias posibles y disponibles sin destruir su identidad”⁸².

Una vez reconocida la diversidad de experiencias, es necesario propiciar una articulación recíproca, y para ello se requiere en una intengibilidad entre los saberes y prácticas diversas⁸³. La traducción opera como un facilitador de esta intengibilidad. Es necesario la articulación recíproca porque construir lo que Santos llama “la razón cosmopolita” requiere comprender que todas las culturas son incompletas y que el diálogo y confrontación intercultural es enriquecedor.⁸⁴ El reconocimiento de incompletud imposibilita atribuir el estatuto de totalidad a cualquier conjunto de experiencias y, por lo tanto, rechaza la posibilidad de una teoría general abstracta.⁸⁵ La traducción no es absorbente o integradora del otro, sino que debe esclarecer lo que une y separa las diferentes prácticas, para permitir determinar las posibilidades y límites de la articulación entre los mismos.⁸⁶ No es necesario, deseable, ni tampoco posible, traducir la “totalidad” de una cultura, sino las zonas de contacto, los “campos sociales donde diferentes mundos de vida normativos, prácticas y conocimientos se encuentran, chocan e interactúan.”⁸⁷ Es esta la dimensión de lo “encarnado” que adquiere la teoría general desde la mirada de Santos, pero también desde Césaire, como mencionaré más adelante.

E. 2. La noción de inalienabilidad como zona de contacto

Ecuador y Colombia se han valido de diversas y complementarias estrategias legales para consolidar el colonialismo interno: la regulación de la subjetividad del indio con miras a su civilización o desarrollo; y la regulación de las tierras indígenas con mira a la desposesión y colonización. Respecto a esta última, llama la atención que la noción de inalienabilidad aplicada a las tierras indígenas desde el inicio de las repúblicas del Ecuador y Colombia, y habiendo sido una herramienta mestiza para la gradual integración de las tierras indígenas hacia el régimen de la propiedad privada, se haya constituido en una de las reivindicaciones centrales del movimiento indígena en las asambleas constituyentes de los noventa.

Al parecer, la noción de inalienabilidad, establecida como una zona de penumbra, un “todavía-no”⁸⁸, tanto encerró la posibilidad de un futuro civilizado, como al mismo

⁸² *Ibíd.*, pp. 136 -144.

⁸³ *Ibíd.*, p. 101.

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 139

⁸⁵ *Ibíd.*, pp. 136-144.

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 141.

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 144.

⁸⁸ Santos, *Una epistemología del Sur*, p. 127, 128. “Decir no es decir sí a algo diferente. Lo Todavía-No es la categoría más compleja, porque extrae lo que existe sólo como latencia, un movimiento latente en el proceso de manifestarse; los Todavía-No es el modo en que el futuro se inscribe en el presente y lo dilata. No es un futuro indeterminado ni infinito. Es una posibilidad y una capacidad concretas que ni existen en el vacío, ni están completamente determinadas... Objetivamente, lo Todavía-No es, por un lado, capacidad (potencia) y, por otro, posibilidad (potencialidad). Esta posibilidad tiene un componente de oscuridad u opacidad que reside en el origen de esa posibilidad en el momento vivido, que nunca es enteramente visible para sí mismo, y tiene también un componente de incertidumbre que resulta de una doble carencia: el

tiempo ofreció un lugar para que una parte del presente negado pudiese seguir floreciendo. La noción de inalienabilidad es verdaderamente una zona de contacto intercultural, y en este sentido, un potencial articulador de los distintos saberes y prácticas sociales alrededor de dos demandas centrales de los pueblos indígenas: la libertad y la igualdad. Al articular estos distintos saberes y prácticas podemos contaminar con otras significaciones las concepciones que estos términos tienen en la práctica jurídica liberal, rumbo al diálogo intercultural.

En lo que sigue, haré un análisis del potencial articulador de la noción de inalienabilidad aplicada a las tierras indígenas con el fin de identificar sus elementos en cuanto objeto de traducción, en cuanto zona de contacto para comprender nociones otras de libertad e igualdad. Mi lectura, está claro, es en primera mano limitada tanto por mi matriz cultural como por mi formación académica. Así como otras culturas han estado haciendo esfuerzos por traducir sus intereses y demandas en lenguaje distinto al suyo, y asimismo reconceptualizan las nociones del derecho positivo desde sus posiciones culturales, mi ejercicio en esta sección es ubicar desde “el lado de acá” de que manera esos esfuerzos de traducción inciden en el discurso jurídico y lo contaminan.

E. 3. Las premisas de mi argumentación: la noción de propiedad.

La Gran Colombia, génesis institucional de Ecuador y Colombia, fue una construcción oligárquica y patriarcal construida para proteger la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad para algunos grancolombianos: varones propietarios de tierras o profesionales sin relación de servidumbre. La propiedad ha estado en el centro original de la institución del estado moderno en estos países. Dado el dinamismo con el que las leyes han tratado el tema, ha sido también su variable más fundamental. Además de tener distintos significados, el contenido de la noción de propiedad es también variable con el paso del tiempo.⁸⁹ Por eso es que para los juristas propiedad no tiene una definición inequívoca, sino que debe ser interpretada a la luz de cada jurisdicción, tiempo y sociedad.

Propiedad ha sido interpretada en el derecho internacional como las reglas que gobiernan y protegen “un conjunto de relaciones” entre personas y cosas; un derecho de propiedad no es una relación entre una persona y una cosa, sino la relación entre su dueño y otras personas en relación a una cosa. El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas ha definido que la noción de propiedad “reside en los cimientos de cualquier relación entre el hombre y la naturaleza y en cualquier tipo de uso que el hombre haga de los bienes que le proporciona la naturaleza”.⁹⁰ En esta misma línea, propiedad también

conocimiento apenas parcial de las condiciones que pueden concretar la posibilidad; el hecho de que estas condiciones sólo existen parcialmente.”

⁸⁹ Carol M. Rose, “Economic Claims and the Challenge of New Property” en Katherine Verdery, *Property in Question: Value Transformation in the Global Economy* (Oxford, GBR: Berg Publishers, 2004), p. 275

⁹⁰ Comisión de Derechos Humanos, *The right of everyone to own property alone as well as in association with others, Final report submitted by Mr. Luis Valencia Rodríguez, independent Expert*, UN ESCOR, 49th Sess., UN Doc. E/CN.4/1993/15, pár. 66. Original en inglés: “the notion of property lies at the very foundations of any relationship between man and nature and of whatever use man makes of the goods

puede ser definida como “una institución social por medio de la cual las personas *regulan la adquisición y uso* de los recursos de nuestro ambiente según un sistema de reglas”.⁹¹

Con base en la concepción de que el control de los recursos materiales es un requisito para el goce de los derechos fundamentales, propiedad es una manera de impedir la explotación humana y proteger la libertad: “el progreso social y el desarrollo requirieron el establecimiento de formas de tenencia de la tierra y de los medios de producción que impidan cualquier tipo de explotación humana, aseguren derechos de propiedad iguales para todos y crean condiciones orientadas a la igualdad genuina entre las personas”⁹². La libertad protegida por la propiedad individual es aquella relacionada con el control de los recursos y con como un individuo piensa que la satisfacción de sus necesidades es mejor alcanzada. La protección que el estado ofrece al titular de la propiedad es el derecho de excluir a otros de los recursos que le son legítimamente asignados. Y es por esta esencia que algunos juristas equiparan los derechos del propietario a los derechos soberanos.⁹³

De todo eso, tenemos que desde la perspectiva del derecho occidental, existen dos premisas básicas de la propiedad: protege la libertad; y debe existir un régimen para adquirir, delimitar y transferir la propiedad. A continuación, desarrollaré ambas premisas a partir de la noción de inalienabilidad.

E. 4. La inalienabilidad como restricción a la libertad

De manera opuesta al modelo feudal de economía que administró de manera privada los indígenas durante el siglo XIX, la inserción de esta población como sujeto de derechos en las legislaciones colombianas y ecuatorianas se dio por medio de regular sus tierras. La Ley 89 colombiana (1890) y la Ley de Comunas ecuatoriana (1937), y las diversas leyes relacionada con las tierras indígenas y desarrollo agrario, son ejemplos de esta práctica. El reconocimiento jurídico de las unidades indígenas colectivas como “comunidades” o “parcialidad indígena” implicó el deber correlato de los estados de reconocerles sus

provided to him by nature”.

⁹¹ J. C. Smith, “The Concept of Native Title”. *University of Toronto Law Journal* 24 (1974) 1, p. 2. [énfasis añadido] [Traducido por la autora] En el original: “Property is a social institution whereby people regulate the acquisition and use of the resources of our environment according to a system of rules”.

⁹² CDH, *The right of everyone to own property*, p. 112. “[T]he [General] Assembly and the Commission [on Human Rights] reaffirmed that social progress and development required the establishment... of forms of ownership of land and of the means of production which preclude any kind of human exploitation, ensure equal rights to property for all and create conditions leading to genuine equality among people.”

⁹³ Sobre el carácter de la propiedad como un poder soberano, Cohen escribe: “The classical view of property as a right over things resolves it into component rights such as *jus utendi*, *jus disponendi*, etc. But the essence of private property is always the right to exclude others. The law does not guarantee me the physical or social ability of actually using what it calls mine. By public regulations it may indirectly aid me by removing certain hindrances to the enjoyment of property. But the law of property helps me directly only to exclude others from using the things which it assigns to me. If then someone else wants to use the food, the house, the land, or the plow which the law calls mine, he has to get my consent. To the extent that these things are necessary to the life of my neighbor, the law thus confers on me a power, limited but real, to make him do what I want. If Laban has the sole disposal of his daughters and his cattle, Jacob must serve him if he desires to possess them. In a regime where land is the principal source of obtaining a livelihood, he who has the legal right over the land receives homage and service from those who wish to live on it.” Morris R. Cohen, “Property and sovereignty”. *Cornell Law Quarterly* 13 (1927), p. 12.

derechos correspondientes. Bajo la narrativa de que estas unidades agrarias tenían el derecho a desarrollarse económicamente, los estados finalmente impusieron a los pueblos indígenas el uso coercitivo y condicionante de sus propios recursos⁹⁴, y fortalecieron la jurisdicción del gobierno estatal sobre sus tierras.

Los estados ofrecían títulos condicionantes: los indígenas debían respetar cierto uso de la tierra y, además, les era negada la posibilidad de alienar sus derechos posesorios. Los títulos de tierra, al mismo tiempo que ofrecían cierto grado de seguridad jurídica, eran un instrumento de coerción sobre el uso de la tierra y, por ende, un instrumento para la transformación de la relación entre la comunidad y la naturaleza.

La propiedad privada protege al individuo de relaciones de explotación, sean realizadas por otros o por el estado. Según el sistema de derecho internacional de las Naciones Unidas, la libertad de un individuo es violada cuando se lo priva de los medios para vivir con dignidad y se le niega las circunstancias materiales que son indispensables para una existencia plena.⁹⁵ Bajo el marco ideológico liberal que relaciona la libertad con la acción negativa del estado, la libertad es necesariamente conectada con la alienabilidad de cualquier cosa:⁹⁶ mientras la alienabilidad es un acto de libertad, la inalienabilidad representa su pérdida. Para los liberales, el establecimiento de reglas de inalienabilidad es la manera más intervencionista que tiene el estado de proteger los derechos, pues además de decidir quien es sujeto del derecho y el valor de compensación en caso de destrucción del objeto (ambas características también presentes en la propiedad privada), el estado también prohíbe total o parcialmente su alienación (característica única de la inalienabilidad).⁹⁷ Bajo esta concepción, la inalienabilidad es una violación directa de la libertad en el sentido de que suprime el privilegio que la persona debe tener de poder escoger, dando por sentado que alguien distinto a la persona (en este caso el estado) decide que es lo mejor para ella.⁹⁸

La infraestructura del capitalismo requiere de la propiedad privada y de la libertad de contratar. Existen muchas razones que explican porque los gobierno recurrían a la inalienabilidad para caracterizar los títulos de tierras indígenas, y el paternalismo es la más evidente. La inalienabilidad fue una medida especial para restringir tierras indígenas del mercado hasta que los indios fuese asimilados por el sistema mercantil. La inalienabilidad también servía para evitar, entre otras cosas, las externalidades que podrán llevar a la falencia del sistema de mercado dada la suposición de que los indios no podían tomar buenas decisiones económicas.⁹⁹ Además, en ambos países las reglas de inalienabilidad de las tierras fueron aplicadas de manera generalizada a todos los pueblos

⁹⁴ Para una explicación sobre sistemas de uso coercitivo y condicionante ver Susan Rose-Ackerman "Inalienability and the Theory of Property Rights". *Columbia Law Review* 85 (1985) 931, p. 936.

⁹⁵ CDH, *The right of everyone to own property*, pár. 121. Original en inglés: "when he is deprived of the means to live with dignity and is denied the material circumstances that are indispensable for a full existence."

⁹⁶ Margaret Jane Radin, "Market-Inalienability". *Harvard Law Review* 100 (1987), p. 1898.

⁹⁷ Guido Calabresi; A. Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral" *Harvard Law Review* 85 (1972), p. 1093

⁹⁸ Radin, "Market-Inalienability", p. 1899.

⁹⁹ Sobre la inalienabilidad como una manera de prevenir falencias en el mercado, ver *ibíd.*, pp. 1890, 1891.

indígenas porque desde la perspectiva de las élites que gobernaban, todos los indios conformaban un “otro negativo”¹⁰⁰ que debía caminar en línea reta hacia el futuro por medio de la asimilación cultural.

Dado que el establecer medidas especiales y uniformes para una colectividad contradecía la noción de individualismo propuesta por el modelo liberal, fue necesario hacerlo en una zona de penumbra, en un susurrar: leyes especiales y *sui generis*, silenciando al indio en la voz alta de los derechos constitucionales. La penumbra es pasajera y asimismo las reglas de inalienabilidad eran medidas transitorias, deberían existir solamente hasta que los indios comprobaran que podían tomar decisiones orientadas al mercado mejor que el patriarca estado; implicaba la expectativa de cambio. Regulaban derechos que, bajo la noción liberal de propiedad, aún no podrían ser plenamente ejercidos por los indios: algún día en el futuro, cuando asimilados, lo ejercerían. En este sentido, las reglas de inalienabilidad reflejaban la negación de derechos de igualdad.

Las reglas de inalienabilidad, sin embargo, no terminaron con el ejercicio de tenencia ancestral. Al encerrar las tierras indígenas en la categoría opaca del “todavía-no” las reglas de inalienabilidad permitieron la manutención de sistemas tradicionales de tenencia de tierra, de relación con la naturaleza, y sembraron semillas de otros futuros en el presente criollo. Irónicamente, la noción de inalienabilidad protegió a los pueblos indígenas y su ejercicio tradicional de tenencia de tierras aunque su objetivo fuese exactamente el opuesto. La inalienabilidad como un todavía-no-civilizado, o todavía-no-propiedad-privada sirvió para mantener lo que se pretendía transformar. Es en razón de sus efectos, y no de su origen paternalista y asimiliacionista, que en los noventa los indígenas exigieron a los estados revestir esta caracterización con status constitucional.¹⁰¹

E. 5. La penumbra como gestión del silencio: protección de la libertad.

En los días de hoy, la inalienabilidad de las tierras indígenas es un derecho fundamental protegido por las constituciones de Ecuador y Colombia. Sin embargo, pese a haber constituido una de las demandas centrales de los movimientos indígenas en ambos países, las reglas de inalienabilidad de las tierras indígenas aún constituyen un sistema de medidas de excepción al “verdadero” Régimen de Propiedad. Un régimen de excepción es en esencia una particularidad y como tal, parte de la estrategia totalizadora que condensa otras formas jurídicas dando la sensación de protección a la diversidad, pero sin embargo absorbiéndolas al lenguaje y prácticas hegemónicas que finalmente controlan e impiden el desarrollo de la pluralidad.

Tal como indica Tapia, en los estados de orientación liberal, los derechos son concebidos a partir de las libertades individuales, cuyo núcleo es la propiedad privada. La función del estado liberal es mediar relaciones entre individuos, poniendo límites para proteger

¹⁰⁰ Álvaro García Linera, “Autonomías indígenas y estado multinacional” en García Linera, Álvaro, *La potencia plebeya* (Bogotá: FLACSO, Siglo del Hombre, 2004), p. 271.

¹⁰¹ Comunicación personal con Milena Margoth Mazabel Cuasquer, miembro del pueblo Cononuco, abogada de planta del Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), 20 de abril de 2014.

este sistema de libertades individuales, y el núcleo doctrinal de los derechos privilegian la agencia del individuo y no la colectiva.¹⁰² En este núcleo discursivo, la medida de excepción que asegura la inalienabilidad se ubica afuera del núcleo y, por lo tanto, no lo invade o contamina; el carácter excepcional de la medida reafirma al núcleo como regla general.

La tarea intercultural es abrir el derecho ortodoxo a la contaminación, resignificar el régimen de propiedad para visibilizar los conocimientos que subyacen en la inalienabilidad. Los que no pertenecemos a una matriz cultural que privilegia lo colectivo tendemos a pensar que la inalienabilidad es restrictiva porque significa una medida legislativa que impide la transferencia del bien, y por ende de restricción a las relaciones interindividuales. La realidad desde la perspectiva comunal es bastante distinta,¹⁰³ y en lo que sigue presentaré mi propia comprensión, luego de varios años de trabajo jurídico al lado de los pueblos indígenas, sobre lo que yace en la inalienabilidad de la tierra.

En primer lugar, la metodología más adecuada para comprender la inalienabilidad desde una perspectiva intercultural es pensar sobre la manera en que esta noción *protege* la tenencia de la tierra, y no la manera en que restringe su transferencia.¹⁰⁴ En las relaciones entre pueblos indígenas y estados, la libertad de los primeros no se traduce en la libertad de alienar sus tierras, sino en la libertad de seguir presente, manteniendo y preservando su identidad. Inalienabilidad, por otro lado, no debe tener ser confundida con mera intransferibilidad. De hecho, la transferibilidad de las tierras es esencial a la preservación de los pueblos en el tiempo, y esta se da entre familias y entre generaciones. Esta transferencia, sin embrago, tiene lugar respetando el sistema valores original quien la tierra pertenece.

Si existe transferibilidad de la tierra y si esta se da bajo criterios distintos al del mercado, entonces tenemos dos esferas sociales donde se dan derechos de propiedad: el mercado y el no-mercado. La aceptación institucional de la noción de mercado que coexiste con la noción de no-mercado en un sistema social multisocietal debe ser no sólo aceptable, sino deseable. Al ubicar las tierras indígenas por fuera del mercado, se evita la comodificación del bien y sus consecuencias, tales como susceptibilidad al esquema de demanda o valoración en términos de valores productivos.¹⁰⁵ Césaire resumió esas consecuencias con la siguiente ecuación: cosificación = colonización, lo que produce sociedades

¹⁰² “En el estado moderno, y en el liberal en particular, se concibe los derechos a partir del reconocimiento de las libertades individuales, como un núcleo en torno a la propiedad, que se despliega en términos de relaciones entre individuos, que tendrían como mediación el poder estatal, que es el que pondría los límites a través de las leyes, y de la amenaza de usar la fuerza concentrada cuando se considere que éstos han sido traspasados. Pero los derechos, su núcleo doctrinal sobre todo, privilegian la finalidad individual, y no así la finalidad colectiva, es decir, a preservación, el cuidado, inclusive el desarrollo, de la forma global de relación social. Tapia, *La invención del núcleo común*, p. 52.

¹⁰³ Diálogos e intercambios con el grupo de estudiantes indígenas de la Maestría en Ética y Política de la Universidad del Cauca (Popayán, Colombia) durante las clases sobre Teorías del Poder y del Estado, en el módulo sobre libre determinación y soberanía.

¹⁰⁴ Annette B. Weiner, “Inalienable Wealth”. *American Ethnologist* 12 (1985) 210, p. 211.

¹⁰⁵ Radin, “Market-Inalienability”, pp. 1855

vaciadas de ellas mismas y con posibilidades suprimidas.¹⁰⁶ Asimismo Quijano ha propuesto que raza y división del trabajo en función del capital quedaron asociados estructuralmente y reforzaban el uno al otro en la configuración de la colonialidad del poder en la subjetividad indígena.¹⁰⁷ El status constitucional de la inalienabilidad implica que los estados se reconstituyen sobre la existencia de dos tipos de esferas: el mercado liberal (comodificación/colonización) y lo que está por fuera de el (libertad).¹⁰⁸

Por otro lado, analizado desde sus consecuencias, la caracterización de inalienabilidad de las tierras indígenas no prohíbe su transferencia, sino que establece que ninguna institución del estado protegerá transacciones relacionadas a derechos sobre la tierra¹⁰⁹; o que las instituciones del estado no tienen autoridad para hacer cumplir acuerdos de transferencia de derechos sobre tierras indígenas. Como consecuencia, las reglas de inalienabilidad protegen algo ciertamente similar a lo que trata de proteger la noción de soberanía: el ejercicio de la autoridad.

Cuando en 1890 el gobierno Colombiano confinó las comunidades indígenas al resguardo, donde no regían las legislación general de la República, permitió al mismo tiempo la manutención de cierto grado de auto-gobierno y consagró “la independencia política, económica y organizativa de las comunidades a través de una figura política que buscó segregaras (temporal y espacialmente) del cuerpo de la nación”.¹¹⁰ Al igual que otras medidas de inalienabilidad anteriores a la década de 1990, la Ley 89 de Colombia fue concebida como un tipo de medida restrictiva, para proteger a los indios de ellos mismos, dada su incapacidad de ejercer y disfrutar de los privilegios de la propiedad privada. En Ecuador pasó algo similar desde la creación de las comunas. Estas medidas, sin embargo, permitieron la manutención de las prácticas culturales indígenas, y sus concepciones propias sobre el territorio que luego fueron reivindicadas por los pueblos en la últimas décadas.¹¹¹ Las reglas de inalienabilidad ofrecieron un contrapunto a la noción colonizadora de soberanía para acomodar la protección de los sistemas inter-generacionales de tenencia de tierra.¹¹² La inalienabilidad con que las Constituciones revisten a las tierras indígenas ya no puede ser determinada por la dupla inalienabilidad-mercado, sino libertad-libertad. Aumentando la libertad en vez de restringirla, este tipo

¹⁰⁶ Aimé Césaire, “Discurso sobre el colonialismo” en *Discurso sobre el colonialismo*, (Madrid: Ediciones Akal, 2006), p. 20. “Me toca ahora plantear una ecuación: colonización = cosificación. Oigo la tempestad. Me hablan de progreso, de “realizaciones”, de enfermedades curadas, de niveles de vida por encima de ellos mismos. Yo hablo de sociedades vaciadas de ellas mismas, de culturas pisoteadas, de instituciones minadas, de tierras confiscadas, de religiones asesinadas, de magnificencias artísticas aniquiladas, de extraordinarias *posibilidades* suprimidas.”

¹⁰⁷ Quijano, “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”.

¹⁰⁸ Radin, “Market-Inalienability”, pp.1857, 1858.

¹⁰⁹ Arthur Kuflik, “The Utilitarian Logic of Inalienable Rights”. *Ethics* 97 (1986) 75, p. 75. Kuflik desarrolla el concepto de inalienabilidad desde las implicaciones que las reglas de inalienabilidad trae a las relaciones entre el estado y el titular de derechos. Desde esta perspectiva, argumenta que aunque existen una diversidad de derechos inalienables, protegidos por distintas esferas de la ley, en todos los casos existe un acuerdo putativo de que la renuncia o la comercialización del derecho en cuestión no será protegido por una corte o reconocido por el estado.”

¹¹⁰ Gnecco y Londoño, “Representaciones de la alteridad indígena”, p. 78.

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² Stuart M. Brown Jr., “Inalienable Rights”. *The Philosophical Review* 64 (1955) 192, p. 202.

de inalienabilidad protege el ejercicio tradicional de la tenencia indígena, como argumentaré a seguir.

E. 6. La ley de interface para proteger los silencios

El régimen de tenencia ancestral de tierras abarca tiempo y tradición. En esta caracterización de la posesión no existe posibilidad de alienación, ya que la inseparabilidad temporal y espacial entre el poseedor y la tierra es inherente al tipo de tenencia. El valor primario de la tierra no es dado por su capacidad de producción o por la demanda y oferta, sino que tiene que ver con la relación entre la tierra y su poseedor en la definición de la identidad de ambos en un sentido histórico.¹¹³ La transferencia de derechos sobre la tierra debe ser hecha según las leyes tradicionales y no como un bien cuyo valor patrimonial depende de las fuerzas del mercado liberal.

Las asambleas constituyentes de Colombia y Ecuador revistieron la posesión ancestral con un status constitucional, protegiendo el derecho de los pueblos indígenas de mantener el uso ancestral de sus tierras comunales. Ello implicó un acuerdo político según el cual los estados reconocieron que los pueblos indígenas han estado ejerciendo y desarrollando un sistema de propiedad que, hasta entonces, era marginal al estado, aunque protegido de hecho por reglas de inalienabilidad. A cambio de ello, los pueblos indígenas reconocieron la legitimidad del estado en la medida en que este cumpla con lo que se ha comprometido. Es decir, la legitimidad de los estados quedan finalmente supeditadas a su capacidad de acomodar sistemas plurales de tenencia de la tierra y administración política comunal.

Los sistemas indígenas de tenencia de la tierra son anteriores a la formación y creación de los estados y su derecho positivo, por lo tanto los regímenes jurídicos ecuatoriano y colombiano no constituyeron los derechos de propiedad indígena (como sí lo hicieron con la propiedad privada individual) ni tampoco tienen el poder de extinguirlos. La génesis de estos derechos no son los estados, sino la experiencia intergeneracional. La protección constitucional de los pueblos y sus tierras ancestrales significó el reconocimiento por parte de los estados de sistemas anteriores a su conformación, y la inalienabilidad refleja la exterioridad del estado en la relación entre la comunidad y la tierra.

Yo mencioné previamente que una de las premisas de la propiedad es la existencia de un régimen. Debe haber modos para su adquisición, acceso, uso y transferencias, caso contrario es meramente una secuencia de conflictos. Argumenté también que los estados y sus cortes no tienen autoridad para regular la adquisición y transferencia de la posesión indígena, aunque tienen el deber de reconocer y proteger su existencia. La génesis de la posesión ancestral no está en la formación de esos estados, sino en la ocupación ancestral previa a sus instituciones. Así, las leyes estatales para el reconocimiento y protección de estas tierras representan una ley de interface entre los estados y las sociedades que permanecen con una autonomía legal considerable. En lugar de absorber los sistemas indígenas de tenencia de la tierra, la ley de interface los protege desde la exterioridad.

¹¹³ Weiner, "Inalienable Wealth", p. 210.

La autonomía indígena es la esencia de la caracterización “colectiva” en las tierras indígenas. No solo porque los miembros de una comunidad pertenecen al colectivo, sino porque las leyes del Estado ven a las sociedades indígenas desde afuera. Visto desde afuera, las sociedades mantienen sus tierras de manera colectiva y la distribución interna de los derechos y de las responsabilidades es dejado a las comunidades.¹¹⁴ El reconocimiento de que la tenencia de las tierras indígenas es ejercida de manera colectiva abarca el reconocimiento de la libre determinación también expresada por el auto gobierno. La regulación, incluyendo la transferencia entre individuos, de las tierras tradicionales será el resultado de los acuerdos internos de cada colectividad. En estados multisociales, la coexistencia de distintos sistemas legales requieren la acomodación de múltiples sistemas de propiedad con fuentes de legitimidad distintas y propias de cada cultura. La negación de esta acomodación debilita la idea de Estado multicultural o plurinacional, y consolida la asimilación.

Por otro lado, el uso colectivo de las tierras no debe ser confundido con la idea de que los pueblos indígenas no utilizan nociones de exclusividad en el manejo de los recursos, sino que simplemente implica que visto desde afuera, desde la perspectiva del Estado, la propiedad tradicional (como un conjunto de relaciones) es ejercida colectivamente. De hecho, como consecuencia de los espacios disminuidos por los procesos de colonización, las reglas tradicionales indígenas muy probablemente abarquen nociones de exclusividad¹¹⁵ aunque en un marco distinto al de la ideología liberal. La diferencia entre las formas comunitarias e individuales de ejercer derechos de propiedad es que en las formas comunitarias los derechos individuales son pensados como parte de los fines colectivos, mientras que en la forma liberal los derechos son concebidos a partir del individuo y por separado en la finalidad colectiva.¹¹⁶

En resumen, la noción de inalienabilidad que caracteriza la tenencia indígena de la tierra protege los sistemas indígenas de propiedad. La propiedad indígena abarca una relación intergeneracional con la tierra y la inalienabilidad protege la permanencia de estos sistemas de transmisión de derechos basados en la tradición, excluyendo la autoridad del estado en esta ecuación. Como consecuencia, la inalienabilidad también protege los sistemas indígenas para la distribución de los recursos: las autoridades indígenas son quienes deben decidir como distribuir las responsabilidades relacionadas con el manejo de los recursos de sus tierras. Si aceptamos la idea de que la propiedad abarca la libertad de manejar los propios recursos podemos concluir que la inalienabilidad marca la frontera de la ley de interfaz que protege el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y conduce a relaciones basadas en la igualdad.

F. LA UTILIDAD DE LA NOCIÓN DE LIBRE DETERMINACIÓN

¹¹⁴ Jeremy Webber, “Beyond Regret: Mabo’s Implications For Australian Constitutionalism” in Ivison, Duncan, ed., *Political Theory and the Rights of Indigenous peoples*. (Oakleigh: Cambridge University Press, 2000), p. 71.

¹¹⁵ Sobre nociones de exclusividad de tierras indígenas ver Smith, “The Concept of Native Title”, p. 2.

¹¹⁶ Tapia, *La invención del núcleo común*, p. 52.

La negación de la igualdad política a los indígenas a lo largo de la formación y consolidación de Colombia y Ecuador fue construida sobre la base de la incapacidad de estos pueblos de determinar libremente su destino y de ejercer poderes de soberanía. La negación de la libertad política de las personas y de los colectivos, tal como anota Tapia, es el núcleo del racismo: “es a su cultura que se atribuye esta incapacidad o inmadurez para la libertad política, y estas limitaciones vendrían de la naturaleza corporal”.¹¹⁷ Los indígenas no sólo de la región, sino que de todo el mundo, han escogido la noción de libre determinación para traducir y reivindicar lo que les ha sido arrebatado por los procesos coloniales: la capacidad de decidir sobre sus propios destinos.

El término auto o libre determinación de los pueblos pasó a tener lugar en la arena internacional a partir de la primera guerra mundial y la organización de la Sociedad de Naciones, habiendo sido vinculado tanto a los ideales democráticos, como a los nacional europeos, o a los socialistas. El presidente norteamericano Wilson fue uno de los más importantes promotores de la noción de libre determinación para las sociedades que estaban bajo dominio europeo luego de la primera guerra. Wilson defendía que cada cultura distinta tenía derecho a tornarse un estado independiente, y fue relevante tanto para los grandes territorios coloniales, como India, como para los pequeños, puesto que los movimientos nacionalistas de Argelia, Vietnam o Turquía se apropiaron de esta noción para promover sus demandas de autogobierno. Posteriormente el desarrollo de esta noción por los emergentes estados Balcanes potenció el discurso de los no-europeos.¹¹⁸

A partir de la creación de las Naciones Unidas, la libre determinación de los pueblos fue uno de sus principios fundacionales, y varios instrumentos de protección de los derechos humanos pasaron a referirse a la autodeterminación como un derecho de “todos los pueblos”, un derecho que “beneficia a los seres humanos en cuanto que seres humanos, y no a las entidades soberanas como tales”¹¹⁹. Las Naciones Unidas adaptaron el concepto de la libre determinación para promover una de sus principales preocupaciones: administrar la transformación de los territorios coloniales en estados independientes. Como indica Anguie, virtualmente todas las agencias de las Naciones Unidas participaron en este proyecto, y la doctrina moderna de la libre determinación fue formulada en respuesta al fenómeno del colonialismo.¹²⁰

Para los propósitos de este trabajo, es importante resaltar que mientras soberanía es una atribución de los estados, autodeterminación es un derecho de los pueblos, y ambas nociones están relacionadas entre sí. En su concepción original, el respeto a la libre determinación de un pueblo debería ser materializado en el reconocimiento de poderes soberanos de la unidad política que los representa, al igual que en su autonomía para administrar y ejercer su sistema de justicia. Con la creación del sistema de las Naciones Unidas, hubo una cierta expectativa entre algunos juristas del derecho internacional de que finalmente fuese posible la creación de un sistema universal, en el cual pudiesen

¹¹⁷ Luis Tapia, *La igualdad es cogobierno* (La Paz: Plural Editores, 2007), p. 24.

¹¹⁸ Anguie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, pp. 139, 140.

¹¹⁹ Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, pp. 138-140

¹²⁰ Anguie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, p. 196.

participar todas las culturas respetando unas reglas mínimas de funcionamiento del sistema, resolviendo el problema de colonialismo.

Es sabido, sin embargo, que las Naciones Unidas no resolvieron el problema del colonialismo, sino que el derecho internacional siguió sirviendo a los intereses de los estados más poderosos, llevando a los nuevos estados a buscar estrategias para defenderse y cambiar varias de las reglas del régimen legal internacional que estaban en su contra.¹²¹ La respuesta de los países occidentales frente a las propuestas de cambio por parte de los nuevos estados era que violaban principios clásicos del derecho internacional. Aún así, las leyes internacionales relacionadas con la libre determinación, derechos humanos, responsabilidad de los estados, sucesión de estados, derechos adquiridos, fuentes de la doctrina y el derecho internacional del desarrollo, fueron afectadas de alguna manera por estas disputas.¹²²

Los pueblos indígenas han sido privados de su historia. En todo el mundo han tenido que recurrir a métodos para reformular su conocimiento y seguir resistiendo a los procesos de colonización. En el ámbito de la interrelaciones con los estados subordinadores, se apropiaron de la noción de *pueblos* para, a partir de ello, reivindicar derechos de *libre determinación*, término este de mucha utilidad para los indígenas porque está relacionado con el respeto y la coexistencia entre las culturas, y según Cholango, sirve para poder relacionarse en condiciones de igualdad con el resto de la sociedad¹²³. Libre determinación es un concepto, sin embargo, creado al interior de la cultura europea y que, pese a su carácter emancipador, no suplanta las aspiraciones intangibles, espirituales y emocionales de la diversidad de los pueblos indígenas en el mundo.¹²⁴ La historia y los discurso “oficiales”, para estos pueblos, sirven como mecanismo de comprensión de los procesos que los subordinan, pero no como comprensión o expresión de su propio proceso histórico.¹²⁵ Dado que las formas narrativas de la cultura del colonizador y la del colonizado se contradicen mutuamente, las interpretaciones que los pueblos indígenas hacen de su pasado y los intentos de presentar sus experiencias presentes en un correlato comprensible al discurso de tipo occidental son ejercicios de traducciones para hacer inteligible sus aspiraciones¹²⁶. La noción de la libre determinación es especialmente importante por ofrecer un contrapunto a la noción de soberanía. Las raíces del término

¹²¹ El principio de la soberanía permanente sobre los recursos renovables es un ejemplo de ello. Después de la Segunda Guerra mundial, los países latinoamericanos y los países africanos y asiáticos que recién se hacían independientes llevaron sus preocupaciones respecto a la soberanía nacional, empresas multinacionales y los recursos naturales a la atención de los foros internacionales. Tras varios años de difíciles negociaciones al interior de las Naciones Unidas, y debido a la mayoría alcanzada en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas por lo países en desarrollo (nuevos estados de África), estos lograron recuperar la Doctrina Calvo, y la soberanía permanente sobre los recursos naturales pasó a ser un nuevo principio en materia de derecho económico internacional.

¹²² *Ibíd.*, p. 198.

¹²³ Humberto Cholango, presidente de la CONAIE, comunicación personal, 12 de noviembre de 2013.

¹²⁴ Alfred Taiiaki, “Sovereignty”, en Barker, Joanne (ed.), *Sovereignty Matters* (Lincoln, University of Nebraska, 2005), p. 42.

¹²⁵ Joanne Rappaport, *La política de la memoria: interpretación indígena de la historia en los andes colombianos*. (Popayán: Editorial Universidad del Cauca, 2000), p. 30.

¹²⁶ Rappaport, *La política de la memoria*, p. 30.

soberanía remonta a la nociones de dominio territorial y colonialismo, mientras las raíces de libre determinación tiene que ver con nociones de libertad, respeto y autonomía.¹²⁷

Libre determinación es de utilidad para los pueblos indígenas porque ofrece un contexto desde donde presentar sus demandas relacionada con el control de sus propios destinos. En el 2007 la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹²⁸ recogió décadas de trabajo político de líderes y activistas indígenas y estableció que “los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.¹²⁹ La aplicación de esta noción sigue siendo problemática, especialmente en los estados que han reconocido formalmente este derecho y que deben responder de manera efectiva a sus preceptos, incluso cuando sus gobiernos de turno (como los de Ecuador y Colombia) sigan negando este reconocimiento.

La integración, o acomodación, de los sistemas de cada cultura para el ejercicio de la autoridad es una medida neurálgica del éxito o no de la construcción de estados multisociales. En la siguiente sección trataré de los conflictos de autoridad que deben ser resueltos con miras a esta construcción. Este tipo de conflictos se hacen muy evidentes cuando los gobiernos centrales desean explotar recursos naturales en tierras indígenas, protegidas por la interfaz de la inalienabilidad. Cada vez que el gobierno central de estos países decide explotar un recurso no-renovable en territorio indígena se visibiliza un problema que tiene que ver con las reglas de inalienabilidad, el ejercicio de la autoridad, y con las nociones de soberanía y libre determinación: ¿bajo cuales patrón de conocimiento y noción de justicia se debe decidir lo que “es justo” cuando los intereses del Estado y de los pueblos indígenas no sólo se enfrentan, sino son contradictorios?

F. 1. Buscando la igualdad en el derecho de decir no

El régimen legal de los estados colombiano y ecuatoriano no constituyeron los derechos indígenas de propiedad ni tampoco tienen la autoridad de extinguirlos. La inalienabilidad de las tierras indígenas implica la existencia de dos esferas – mercado y no mercado- y entre otras cosas previene los estados de someter las tierras indígenas a una transacción comercial. No teniendo la autoridad para establecer un valor comercial para estas tierras, ni la autoridad para someterlas a una transferencia de titulares, el estado es incapaz de transformar la propiedad de la tierra en propiedad sobre un valor crediticio, poder que sí tiene sobre la propiedad individual. La génesis de los derechos de los indígenas sobre sus tierras no está relacionada con el criterio de la asignación de recursos en una sociedad (lo que justifica la protección de los derechos individuales), sino con la ocupación tradicional, intergeneracional y ancestral. El reconocimiento que los estados deben hacer

¹²⁷ Taiaiake, “Sovereignty”, p. 33. En este mismo sentido Cholango: “La soberanía del estado tiene que ver con dominio territorial, mientras que la libre determinación tiene que ver con la libertad de vivir. Humberto Cholango, presidente de la CONAIE, comunicación personal, 12 de noviembre de 2013.

¹²⁸ Naciones Unidas, *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas*, AG Res. 61/295, UN Doc A/61/L.7 (2007)

¹²⁹ *Ibíd.*, Art. 3.

a este derecho es una cuestión de hacer justicia histórica y prestar legitimidad al estado multicultural o plurinacional.¹³⁰

Cuando los recursos del subsuelo se encuentran en tierras indígenas, el ejercicio de la potestad de los estados de explorar esos recursos necesariamente afectará los derechos al autogobierno y ejercicio de autoridad del pueblo que habita tal territorio. He argumentado que la inalienabilidad de las tierras debe significar que los pueblos indígenas tienen autoridad para decidir como administrar los recursos de sus tierras inalienables. Por otro lado, los estados tienen autoridad para decidir sobre la administración de los recursos del subsuelo en todo territorio de cada país. Cuando dos o más autoridades culturales toman decisiones que afectan de manera directa la misma población y los mismos recursos, entonces tenemos un conflicto intercultural de autoridades.

El problema es que los sistemas jurídicos de Ecuador y Colombia siguen resolviendo los conflictos interculturales a partir de la totalidad que propone el universalismo abstracto (la constitución como norma fundamental que orienta y define el conjunto de todas relaciones sociales), esquema en el cual la pluralidad es sólo una parte más del todo, y Desde esta totalidad, la definición de estado multicultural o plurinacional es sólo una particularidad del constitucionalismo de Ecuador y Colombia.¹³¹

La construcción de estados que verdaderamente respondan a países multisociales requiere no sólo de una integración de las sociedades comunales en torno al núcleo institucional históricamente dominante, sino que esencialmente demanda el establecimiento de una igualdad entre las distintas formas de autogobierno,¹³² es decir, una igualdad en el reconocimiento de la diferencia. Para la instauración de esta igualdad es imprescindible aceptar una idea que los estados nacionales, incluyendo Colombia y Ecuador, han rechazado a toda costa: el derecho colectivo al veto, y en este sentido me acerco a lo que Tapia propone en varios de sus trabajos: que “el derecho principal en las relaciones multi e interculturales es el derecho al gobierno igualitario, que implica el reconocimiento de la forma de autogobierno de cada pueblo en términos de igualdad para componer la forma de gobierno común a todo el país”.¹³³

Es imprescindible reconocer el derecho que tienen las colectividades que se autogobiernan en sus territorios inalienables tienen de vetar los proyectos nacionales

¹³⁰ Ver Susan Dodds, “Justice and Indigenous Land Rights”. *Inquiry* 41(1998) 187, p. 202: “[T]he question of a just response to indigenous people’s claims to land ought not to be focused exclusively on distribution of property within the state but on the legitimacy of the state’s sovereignty; on recognition of a pre-existing nation or nations with their own systems of relations to land and other resources and on the need to negotiate across the two systems to reach a just resolution.”

¹³¹ Quijano, “Colonialidad del poder y clasificación social”, p. 352. Como indica Quijano: El eurocentrismo ha llevado a virtualmente todo el mundo, a admitir que en una totalidad el todo tiene absoluta primacía determinante sobre todas y cada una de las partes, que por lo tanto hay una y sólo una lógica que gobierna el comportamiento del todo y de todas y de cada una de las partes. Las posibles variantes en el movimiento de cada parte son secundarias, sin efecto sobre el todo y reconocidas como particularidades de una regla o lógica general del todo al que pertenecen.

¹³² Tapia, *La invención del núcleo común*, p. 67.

¹³³ *Ibíd.*, p. 94. Ver también Tapia, *La igualdad es cogobierno*, y Luis Tapia, “Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional” en OSAL (Buenos Aires: CLACSO) Año VII, n° 22, septiembre, 2007.

cuando consideren que será perjudicial a la manutención de sus formas de vida y de su autogobierno. El veto viene siendo desarrollado, en alguna medida, por el derecho internacional en el marco del deber de los estados de consultar a los pueblos indígenas, aunque con varias de las mismas limitantes que aquí menciono.¹³⁴

¹³⁴ La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas prevé tres situaciones en las cuales el consentimiento de los pueblos indígenas es un requisito indispensable: a) antes de proceder a cualquier tipo de traslado de los pueblos indígenas de sus tierras (Art. 10); b) antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos (Art. 32,2); y c) antes de almacenar o eliminar materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas (Art. 29, 2). El deber del Estado de obtener el consentimiento libre, previo e informado viene siendo formulado por la doctrina y jurisprudencia internacional como un componente de los derechos sustantivos que los pueblos indígenas poseen sobre sus tierras, territorios, a decidir sus prioridades en el proceso de desarrollo, y el derecho a la libre-determinación. Como ha afirmado el Relator Especial, la relación entre el deber del Estado de consultar a los pueblos indígenas y la obtención del consentimiento previo depende del grado de afectación de un proyecto propuesto a los derechos de los pueblos indígenas. El Relator Especial para los Derechos de los Pueblos Indígenas también ha explicado que “conjuntamente, los principios de consulta y consentimiento son fundamentales para los derechos de participación y libre determinación, y constituyen salvaguardias de todos los derechos de los pueblos indígenas que podrían verse afectados por actores externos[.] (Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, 6 de julio de 2012, A/HRC/21/47.) El Relator Especial añadió que: “El principio del consentimiento libre, previo e informado, al originarse en un marco de derechos humanos, no contempla el consentimiento como un simple sí a una decisión predeterminada, o como un medio de validar un acuerdo desfavorable para los pueblos indígenas afectados. Cuando se otorga no solo libremente y con conocimiento de causa, sino también en condiciones justas que protejan los derechos de los pueblos indígenas, el consentimiento cumple su función de salvaguardia de los derechos humanos.” (Naciones Unidas, CDH, Informe del Relator Especial 2012, párr. 30.) Por otro lado, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determinó, en su Observación General N° 21 sobre el “Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” que: Los pueblos indígenas tienen derecho a actuar colectivamente para que se respete su derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, la literatura, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas¹³⁴. **Los Estados partes deben respetar también el principio del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en todos los aspectos concernientes al ámbito de aplicación de sus derechos específicos** (Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Observación general No. 21, Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/GC/21/rev.1, párs. 36, 37, énfasis añadido) La correlación entre el deber de la consulta y el consentimiento como un requisito necesario previo a la decisión de los Estados ha sido desarrollada de manera más propositiva por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por El Relator Especial en su informe sobre industrias extractivas y pueblos indígenas del 2013. Al decidir el caso Saramaka (Surinam) sobre minería en tierras de posesión tradicional, la Corte consideró que “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio [tradicional], el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar..., sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones[.] (Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 134.) El Relator Especial, a su vez, indicó que la regla general para proyectos como los extractivos dentro de los territorios indígenas es que deben contar con el consentimiento. (Relator Especial 2013, párs. 27-30.)

G. EL MARCO INTER-UNIVERSAL ENCARNADO

Tanto la Constitución de Colombia como la del Ecuador tratan la inalienabilidad de las tierras indígenas como un régimen especial para regulación de los derechos indígenas. Arrinconada en la sección de los “derechos colectivos” en la Constitución ecuatoriana o del “régimen especial” en la Constitución colombiana, la constitucionalización de la inalienabilidad de las tierras indígenas no ha sido suficiente para transformar de manera substancial las relaciones entre pueblos indígenas y estados. Las prácticas políticas, jurídicas y discursivas utilizada por los gobiernos de ambos países para socavar las posibilidades de veto de los pueblos indígenas son un indicador de esta falencia.¹³⁵

Santos indica una serie de premisas a ser cumplidas y dificultades a ser superadas para que el trabajo de traducción intercultural permita la creación de una inteligibilidad recíproca entre las diversas experiencias del mundo, y resalta dos de ellas: Primero, se debe partir de la idea de que todas las culturas son incompletas y que pueden ser enriquecidas por el diálogo y por la confrontación con otras culturas. Ello implica aceptar que la supremacía del universalismo totalizador residen en los intereses que la sustentan¹³⁶; la segunda, que se deriva de la primera, es el presupuesto transcultural de la imposibilidad de una teoría general abstracta.¹³⁷ Ninguna de las premisas se dieron en las asambleas constituyentes, que por su definición es un espacio donde el diálogo obedece reglas establecidas por la tradición occidental y que, además, supone una simetría que no existe en realidad,¹³⁸ basta con observar de manera superficial las dificultades de las comunidades indígenas más alejadas de los grandes centros para votar y elegir representantes nacionales para las asambleas constituyentes, y eso sin mencionar los obstáculos relacionados con la información y lenguaje oficial. Sin embargo, en la utilización de las formas constitucionales se da por sentado que “la unidad de la

¹³⁵ Aunque el deber de los estados de obtener el consentimiento libre, previo e informado como un requisito para emprender proyectos de desarrollo es reconocido por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Art. 19), ningún gobierno ecuatoriano o colombiano lo ha reconocido. En 2008 el presidente Uribe Vélez declaró que apoyaría la Declaración de las NNUU en base a un entendimiento mutuo con los pueblos indígenas basado en tres puntos: 1) que los recursos del subsuelo pertenece a todos los colombianos y por lo tanto los pueblos indígenas no tienen derechos de propiedad sobre ello; 2) que el gobierno de Colombia no retirará la presencia militar en tierras indígenas; y 3) que el proceso de consulta no requiere consentimiento previo, libre e informado. (Colombia, Presidencia, “Propuestas del Presidente Uribe a las Comunidades indígenas,” 4 de noviembre, 2008.) En 2009 comunicó por escrito a los países miembros de las Naciones Unidas un documento ambiguo donde expresaba un “cambio de posición”, aunque haciendo hincapié en el carácter no vinculante de la declaración. Clavero, “Consulta Indígena...”, p. 19. En Ecuador, durante su sabatina de 28 de abril de 2013 el presidente Rafael Correa recalcó el carácter no vinculante de la consulta y declaró que “Las ong buscan que la consulta previa sea consulta popular y que sea vinculante, eso significa que para dar cualquier paso vamos a tener que pedir permiso a la comunidad, eso es gravísimo, eso no dicen los tratados internacionales, no es velar por los intereses de las mayorías sino de la unanimidad, sería imposible gobernar así”. ANDES, Agencia Pública de Noticias del Ecuador y Suramérica. (último acceso, 28 de abril de 2014) <http://www.andes.info.ec/es/pol%C3%ADtica/1928.html>

¹³⁶ Santos, *Una epistemología del Sur*, p. 139.

¹³⁷ *Ibíd.*, p. 144.

¹³⁸ Enrique Dussel, “Transmodernidad e interculturalidad -Interpretación desde la Filosofía de la Liberación” en Raúl Fornet-Betancourt, *Crítica Intercultural de la Filosofía Latinoamericana Actual* (Editorial Trotta, Madrid, 2004), p. 19.

asociación constitucional consiste en un sistema de autoridad política y legal centralizado y uniforme, y una clara subordinación de las autoridades, ante las cuales todos los ciudadanos están sometidos de la misma manera, y desde donde deriva la autoridad”¹³⁹.

Uno de los desafíos para la construcción de estados plurales, es incorporar los regímenes de tenencia tradicional y de autogobierno contenidos en la idea de inalienabilidad, no como una excepción, sino como parte del núcleo del régimen del estado, y que se reflejen en sus esferas política, jurídica y económica. Para eso es necesario constituir un marco conceptual que integre en condiciones de igualdad el marco constitucional con otros marcos jurídicos no eurocentrados y sea percibido como “nuestro marco”. O, como proponen Beuchot y Arenas-Dolz, la generación del “tercero analógico”: “para dialogar entre marcos conceptuales diferentes, hay que crear uno nuevo que los reúna, que los haga compatibles”¹⁴⁰. Este tercero analógico “se deriva de los dos anteriores, pero ya es distinto, nuevo, producido; es un enriquecimiento”, los trasciende y se constituye como un “dia-marco; esto es, la lógica, la epistemología y la ontología comunes, producidas de común acuerdo, que sean el marco teórico encontrado y acordado para todos ellos.”¹⁴¹

Para Beuchot y Arenas-Dolz, la construcción de este tercer analógico, al contrario del trabajo de traducción, requiere de un marco teórico universalizador que sustente su validez.¹⁴² Yo estoy de acuerdo con esto en parte. Este marco teórico debe ser el resultado de un diálogo sobre cuales aspectos de marco teórico es más adecuado que los aspectos del otro, pero la universalización debe ser *encarnada* como propone Césaire: “un universal depositario de todo particular, depositario de todos los particulares, profundización y coexistencia de todos los particulares”.¹⁴³ Un universal que refiera a la integración de los elementos semejantes, comunes y benéficos para todas las partes, sin eliminar, soslayar ni cooptar las diferencias profundas. Un universal con un sentido encarnado, como sugiere Leff, “en un ser-ahí, arraigado y territorializado ... en la tierra firme de lo real, ... donde la palabra y el concepto dejan de ‘tocar’ al mundo, de producir significaciones, disolviéndose en la transparencia de una realidad en el cual ya no hay creación posible.”¹⁴⁴

¹³⁹ James Tully. *Strange multiplicity*, p. 83. Traducido por la autora. En el inglés original: “Its is taken for granted that the unity of constitutional association consists in a centralised and uniform system of legal and political authority, or clear subordination of authorities, to which all citizens are in the same way, and from which all authority derives.”

¹⁴⁰ Mauricio Beuchot y Francisco Arenas-Dolz, *Hermenéuticas de la encrucijada. Analogía, retórica y filosofía* (Barcelona: Anthropos Editorial, 2008), p. 71.

¹⁴¹ *Ibíd.*, p. 71.

¹⁴² *Ibíd.*, “Y ese marco no puede construirse de manera nominalista, cosa por cosa; tiene que poder universalizar; hacer teoría. Y, aunque sea fruto del diálogo, no es meramente convenido; hay algo más que sustenta su validez. Una raigambre en lo real que no se quede en el particularismo, sino que pueda abstraer; universalizar: Llegar a un nivel de abstracción alto, aun cuando siempre fundado en lo individual o particular.”

¹⁴³ Aimé Césaire, “Carta a Maurice Thorez” en *Discurso sobre el colonialismo*, (Madrid: Ediciones Akal, 2006), p. 84.

¹⁴⁴ Leff, Enrique, “Racionalidad ambiental y diálogo de saberes: significancia y sentido en la construcción de un futuro sustentable”, *Polis*. Vol. 2 No. 7. (2004).

El marco conceptual debe surgir del diálogo y de la traducción entre culturas y constituirse como un marco inter-universal encarnado¹⁴⁵. Ello es concomitante con los postulados epistémicos transmodernos¹⁴⁶ que convocan a la descolonización. Este marco conceptual debe darse en la búsqueda del “paradigma otro” sugerido por Mignolo: “si la modernidad es un proyecto incompleto, ya no podrá completarse en el terreno de la modernidad misma, sino desde el terreno de la descolonización, esto es, desde la perspectiva abierta por el “descubrimiento” de la colonialidad.¹⁴⁷ El tercero analógico como marco inter-universal encarnado sería una expresión específica de pluriversalidad de culturas jurídicas puestas en diálogo de traducción. Respondiendo a los desafíos de la Modernidad, pero desde otro lugar.¹⁴⁸

Es importante recalcar que este tercero analógico no es concebido aquí como otro marco universal abstracto sino como un marco que está más-allá¹⁴⁹ de los intereses específicos de las partes y que se crea con el fin de satisfacer universos polarizados, dando lugar a una coexistencia entre universalidades diferentes y concretas, impulsadas al diálogo creativo y transversal hacia la construcción de una paz con justicias. Es esto lo que he denominado un marco inter-universal encarnado.

El marco constitucional no ha sido una opción para los pueblos indígenas, sino se ha impuesto “por la eficacia de su imposición”, estrategia que reivindica la totalidad hegemónica (abstracta y universal) sin valerse de argumentación lógica. Y la uniformidad totalizadora de este marco empieza por la premisa de que el “pueblo soberano” quiere regular una asociación constitucional con un enfoque único respecto a la noción de soberanía.¹⁵⁰ Aunque las constituciones hayan abierto el diálogo intercultural y que venga recogiendo algunos trabajos de traducción, su marco conceptual es tremendamente limitante. Basta con observar, por ejemplo, la arraigada dicotomía del suelo/subsuelo que aún persiste arraigada en los sistemas económico y jurídico y amenaza con minar las conquistas históricas de los indígenas sobre sus tierras y formas de autogobierno. Si aceptáramos, por otro lado, que los estados multicultural o plurinacional tienen génesis en la voluntad de unificar una sociedad a partir de un enfoque diverso sobre la libre determinación, y en el reconocimiento de la igualdad de formas de cogobierno, sería necesario mirar al derecho como un sistema amplio de comunicación para la búsqueda de puntos de coincidencia, zonas de contacto, trabajos de traducción. Habría que empezar a superar la idea de una constitución como correlato histórico del pacto social original.

¹⁴⁵ Aimé Césaire, *Discurso sobre el colonialismo*, (Madrid: Ediciones Akal, 2006).

¹⁴⁶ La noción de Transmodernidad indica la irrupción de las prácticas y conocimientos modernos desde la Exterioridad alterativa de las culturas universales en proceso de desarrollo, asumiendo los desafíos de la modernidad, pero en respuesta a otra *location*. Dussel, “Transmodernidad e interculturalidad”, p. 18.

¹⁴⁷ Walter D. Mignolo, *Historias Locales/diseños globales. Colonialidad, conocimiento subalternos y pensamiento fronterizo* (Madrid: Ediciones Akal, 2013) p. 49.

¹⁴⁸ Dussel, “Transmodernidad e interculturalidad”, p. 18.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 19. “Trans-modernidad” indica todos los aspectos que se sitúan “más-allá” (y también “anterior”) de las estructuras valoradas por la cultura moderna europeo-norteamericana, y que están vigentes en el presente en las grandes culturas universales no-europeas y que se han puesto en movimiento hacia una utopía pluriversal.

¹⁵⁰ James Tully. *Strange multiplicity.*, p. 83.

En este sentido, es pertinente la noción de la racionalidad ambiental de Leff¹⁵¹, que surge como crítica a la racionalidad comunicativa como saber universal de fondo de cualquier otro tipo de saber. La racionalidad ambiental es racionalidad porque es pensable, moviliza saberes y acciones; y es ambiental porque emerge en el espacio de externalidad del logocentrismo de las ciencias modernas. Se afirma como el encuentro con el rostro del otro, con su misterio y su diferencia a fin de establecer un flujo plural de sentidos desde la diversidad del ser y el saber en el que haya su restitución. El saber ambiental no intenta disolver las diferencias en un consenso ni se justifica por la certeza de sus postulados (o por la correspondencia entre signo y realidad). Su sentido más fuerte queda asociado a la utopía que haga posible un futuro común. Para este propósito Leff propone el diálogo de saberes como “un proceso de comunicación de saberes, de intercambio de experiencias y complementación de conocimiento”; un proceso que establece un “espacio de sinergias y complementariedades entre los saberes existentes sobre el mundo actual y la realidad presente”, y que además “apunta a la producción ... de nuevas formas de comprensión del mundo que emergen de la dialógica del intercambio de saberes y de la disputa de sentidos en la reapropiación social de la naturaleza y de la cultura”¹⁵²:

Ese encuentro entre seres en el diálogo de saberes prende la chispa de la creatividad humana, donde la diversidad cultural se vuelve innovación discursiva, hibridación de pensamientos y acción; donde las ramas del saber se sueltan del tronco del conocimiento para convertirse en nuevas raíces y fertilizar nuevos territorios del ser, del saber. Producción infinita de sentidos que entre filiaciones y otretades abona el suelo de la fertilidad humana.¹⁵³

Como constructo simbólico, “derecho” es la combinación de signos lingüísticos y legales, palabras e imágenes, símbolos y fantasías.¹⁵⁴ Renovados los signos, las palabras, y los deseos, hay que imaginarse un nuevo contrato, uno que, como sugiere Douzinas, pueda oponer su verdad ficticia a la mentira del imaginario e instalar reglas de juego en la ausencia de cualquier regla.¹⁵⁵ Rechazada la idea del contrato social original, queda espacio para la construcción de lo que Tapia denomina como un núcleo intercultural común¹⁵⁶, y que también significa un tercero analógico. En esta visión, la relación entre distintos “derechos” pudiera ser entendida como *sistemas que se reconoce mutuamente* en lugar de sistemas que se contraponen. Las Asambleas Constituyentes no son el mejor lugar para la construcción de este núcleo intercultural común, pero han sido el lugar adecuado para dar inicio a este trabajo imaginativo porque han configurado un momento político insustituible, de encuentro dialógico de la pluralidad de sujetos políticos, sus conflictos y posibles acuerdos. Y hasta el momento, otras propuesta legislativa formulada por fuera de este momento han sido unilaterales y subpolíticas.¹⁵⁷

¹⁵¹ Leff, “Racionalidad ambiental y diálogo de saberes”.

¹⁵² *Ibíd.*

¹⁵³ *Ibíd.*

¹⁵⁴ Costas Douzinas. “Human Rights, Humanism and Desire”. *Angelaki* 6 (2001) 3., p. 196

¹⁵⁵ *Ibíd.*, p. 201.

¹⁵⁶ Tapia, *La invención del núcleo común*, p. 6.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, p. 11.

Se debe dejar de lado la expectativa de estabilidad y duración que, según las teorías del derecho positivo, las Constituciones deben tener. Hay que mirar a una constitución no como un contrato original del pasado distante, sino “una serie sin fin de contratos y acuerdos, alcanzados por períodos de diálogo intercultural”.¹⁵⁸ Al transitar por la interculturalidad es esencial que superemos la búsqueda de un punto de llegada, el ideal universal, y pasemos a desear las prácticas que transforman y reconstruyen nuestra punto de partida.¹⁵⁹

J. CONCLUSIÓN

Las articulaciones de otras perspectivas y conocimientos sobre lo que en nuestra cultura es abarcado por los conceptos de igualdad y libertad no han sido adecuadamente reflejadas en las reformas constitucionales que han empezado a partir de la década de los noventa en Ecuador y Colombia. Pese a que por la jerarquía de su autoridad en la cultura occidental, las asambleas constituyentes hayan configurado el mejor lugar para dar inicio a un proceso de traducción entre distintas concepciones de hacer justicia, el marco conceptual del constitucionalismo moderno es eurocentrado y, por lo tanto, tiende a particularizar las demandas de otras culturas en la totalidad de la autoridad que propone y reafirma. Las convergencias deben ser buscadas en las entrelineas de cada esfuerzo que líderes e intelectuales de los pueblos indígenas y otros han hecho por incorporar protecciones y garantías institucionales a sus formas tradicionales de vivir, gobernarse y producir autoridad. Una metodología para cerrar el derecho eurocentrado totalizante es buscar las zonas de contacto que ya fueron plasmadas en las constituciones y también en algunos instrumentos internacionales de derechos humanos, pero sin nunca perder de vista que cuando trabajamos con las formas jurídicas occidentales estamos utilizando el marco conceptual de la cultura dominante y que esta, por su estructura, tiende a conservar las relaciones de poder, aunque actualizándolas para abarcar nuevas demandas y reconfiguraciones sociales.

El mito fundacional del pacto social, que Quijano califica como metafísico, debe ser superado y en lugar de ello debemos construir, por medio del diálogo de saberes entre seres, un nuevo signo fundacional, un nuevo núcleo intercultural común con enfoque diverso en las nociones de igualdad e libertad. El marco conceptual para la elaboración de este núcleo no es la constitución, sino un marco inter-universal encarnado que parta de la premisa de que todas las formas de gobierno están en condiciones de igualdad; y otra forma de decir eso es: un marco conceptual que esté enfocado en la libre determinación, en vez de la soberanía. Recuperar las posibilidades de futuro que las sociedades americanas hemos perdido por todos los años de imposición monocultural es una tarea de muy largo plazo, y las reformas constitucionales de los noventa a mi ver representan un paso acertado, aunque incipiente, en esta dirección.

¹⁵⁸ Tully, *Strange multiplicity*, p. 26

¹⁵⁹ Walsh, *Interculturalidad, estado, sociedad*, p. 27. Walsh define la interculturalidad como “un proceso donde el fin no es una “sociedad ideal” como un abstracto universal, sino el cuestionamiento y la transformación de la colonialidad del poder, saber y ser, siempre consciente de que estas relaciones del poder no desaparecen, pero que sí pueden ser transformadas y (re)construidas de otra manera.”

BIBLIOGRAFÍA

Anaya, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

Anghie, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making on International Law*. New York: Cambridge University Press, 2005.

Beuchot, Mauricio y Francisco Arenas-Dolz. *Hermenéuticas de la encrucijada. Analogía, retórica y filosofía*. Barcelona: Anthropos Editorial, 2008.

Bonilla Maldonado, Daniel. *La Constitución multicultural*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes; Pontificia Universidad Javeriana, 2006.

Borrero García, Camilo. *Multiculturalismo y derechos indígenas*. Bogotá: GTZ, 2003.

Calabresi, Guido y A. Douglas Melamed, “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral” 85 *Harvard Law Review* (1972).

Clavero, Bartolomé. “Consulta indígena: Colombia (y España) entre derecho constitucional y derechos humanos”. Artículo inédito, 2014.

_____. *Geografía judicial de América Latina: pueblos indígenas entre constituciones ladinas*, 2008, < http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/biblioteca/cat_view/89-bartolome-clavero.html> [versión digital].

Césaire, Aimé. *Discurso sobre el colonialismo*. Madrid: Ediciones Akal, 2006.

Cohen, Morris R. “Property and sovereignty”. *Cornell Law Quarterly* 13 (1927): 8-30

Colombia, *Constitución Política de Colombia* (1991),

Colombia, Corte Constitucional, *Auto 004 de 2009*.

Comisión de Derechos Humanos, *The right of everyone to own property alone as well as in association with others, Final report submitted by Mr. Luis Valencia Rodríguez, independent Expert*, UN ESCOR, 49th Sess., UN Doc. E/CN.4/1993/15,

Confederación de las Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE). “Conceptos Básicos de un Estado Plurinacional” (2001) en <<http://www.llacta.org/organiz/coms/com62.htm>>

_____. *Propuesta de la CONAIE frente a la Asamblea Constituyente. Principios y lineamientos para la nueva constitución del Ecuador*. Quito: CONAIE, 2007.

_____. *Proyecto Político 1997*. Quito: CONAIE, 1997.

Dodds, Susan. "Justice and Indigenous Land Rights". 41 *Inquiry* 187 (1998).

Due Process of Law y Oxfam. *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Lima: DPLF y Oxfam, 2011.

Dussel, Enrique. "Transmodernidad e interculturalidad -Interpretación desde la Filosofía de la Liberación". Fornet-Betancourt, Raúl. *Crítica Intercultural de la Filosofía Latinoamericana Actual*. Editorial Trotta, Madrid, 2004.
Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador* (1988),

Figueroa, Isabela. "Nociones de soberanía nacional y autodeterminación indígena: pugna y articulaciones de conocimientos en el constitucionalismo de Colombia y Ecuador". Tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2014.

García Linera, Álvaro. "Autonomías indígenas y estado multinacional". García Linera, Álvaro. *La potencia plebeya*. Bogotá: FLACSO, Siglo del Hombre, 2004.

Gnecco, Cristóbal y Wilhelm Londoño, "Representaciones de la alteridad indígena". Gómez, Herinaldy y Cristóbal Gnecco, *Representaciones legales de la alteridad indígena*. Popayán: Editorial Universidad del Cauca, 2008.

Glissant, Edouard. *El discurso antillano*. Caracas: Monte Ávila Editores Latinoamericana, 2002.

Grijalva, Agustín "El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008". Gallegos-Anda, Carlos Espinosa y Danilo Caicedo Tapia (eds.), *Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Leff, Enrique. "Racionalidad ambiental y diálogo de saberes: significancia y sentido en la construcción de un futuro sustentable". *Polis* Vol. 2 No. 7. (2004).

Lemaitre Ripoll, Julieta. *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes: 2009.

Mignolo Walter D. *Historias Locales/diseños globales. Colonialidad, conocimiento subalternos y pensamiento fronterizo*. Madrid: Ediciones Akal, 2013.
Naciones Unidas, *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas*, AG Res. 61/295, UN Doc A/61/L.7 (2007)

Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. *The right of everyone to own property alone as well as in association with others, Final report submitted by Mr. Luis Valencia Rodríguez, independent Expert*, UN ESCOR, 49th Sess., UN Doc. E/CN.4/1993/15

Naciones Unidas, *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas*, AG Res. 61/295, UN Doc A/61/L.7 (2007)

Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya*. 6 de julio de 2012 (A/HRC/21/47.)

Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*. 1 de julio de 2013, A7HRC/24/41,

Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. *Observación General N° 21 sobre el "Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales."* E/C.12/GC/21/rev.1

Organización Internacional del Trabajo. *Convenio (N°. 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*.

Organización Internacional del Trabajo. *Partial revision of the Indigenous and Tribal Populations Convention, 1957 (No. 107)*, Informe VI(1), pp. 28-29, Conferencia Internacional del Trabajo, 75a Sesión (Ginebra 1988).

Quijano, Aníbal, "Colonialidad del poder, cultura y conocimiento en América Latina". Castro-Gomez, Santiago, Oscar Guardiola-Rivera, Carmen Millán B. (eds.). *Pensar (en) los intersticios. Teoría y práctica de la crítica postcolonial*. Bogotá: Instituto Pensar, CEJA, 1999 [99-109]

_____. "Colonialidad del poder y clasificación social". *Journal of World-Systems Research*. VI, 2 (Summer/Fall 2000): 342-386.

_____. "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina". Lander, Edgardo (ed.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales*. Caracas: FACES-UCV, IESALC, 2000.

Radin, Margaret Jane "Market-Inalienability". *Harvard Law Review*. Vol. 100 N. 8 (junio 1987)

Rappaport, Joanne. *La política de la memoria: interpretación indígena de la historia en los andes colombianos*. Popayán: Universidad del Cauca, 2000.

Rojas Birry, Francisco. "Los derechos de los grupos étnicos". *Gaceta Constitucional* n° 67 (Bogotá, 4 de mayo de 1991)

Rose, Carol M. "Economic Claims and the Challenge of New Property". Verdery, Katherine. *Property in Question: Value Transformation in the Global Economy*. Oxford, GBR: Berg Publishers, 2004.

Rose-Ackerman, Susan. "Inalienability and the Theory of Property Rights". *Columbia Law Review* 85 (1985): 931-969.

Santos, Boaventura de Souza. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Quito: Abya-Yala, 2010.

_____. *Una epistemología del Sur*. México D.F.: CLACSO, Siglo Veintiuno, 2009.

Sandoval, Clara. "La construcción de un discurso contrahegemónico del derecho en 'América Latina': Comentarios y alternativas a la propuesta sobre la consolidación de los estudios jurídicos críticos". García V., Mauricio y Cesar A. Rodríguez (eds.), *Derecho y Sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá: ILSA, 2003 [183-198].

Segura, Renata y Ana María Bejarano. "¡Ni una asamblea más sin nosotros! Exclusion, Inclusion, and the Politics of Constitution-Making en the Andes". *Constellations* Vol. 11 N.217 (2004).

Sieder, Rachel. "Pluralismo legal y globalización jurídica: retos del multiculturalismo en América Latina" *III Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica*. (Quetzaltenango, 2002).

Simbaña, Floresmilo. 2008 "La Plurinacionalidad en la Nueva Constitución". ILDIS (ed.), *Análisis de la Nueva Constitución*. Quito: ILDIS, 2008.

Smith, J. C. "The Concept of Native Title". *The University of Toronto Law Journal*. No. 1 Vol. 24 (1974): 1-16.

Taiaiake, Alfred. *Peace, power, righteousness. An indigenous manifesto*. Ontario: Oxford University Press, 2009.

Tapia, Luis. *La igualdad es cogobierno*. La Paz: Plural Editores, 2007 [versión digital].

_____. *La invención del núcleo común*. La Paz: Muela del Diablo, 2006.

Tully, James. *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an age of diversity*. New York: Cambridge University Press, 2006

Valencia Villa, Hernando. *Cartas de Batalla. Una crítica del Constitucionalismo colombiano*. Bogotá; Universidad Nacional, 1987.

Van Cott, Donna Lee. "Constitutional Reform in the Andes: Redefining Indigenous-State Relations." Sieder, Rachel (ed.) *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy*. Gordonsville: Palgrave Macmillan, 2002.

Walsh, Catherine. *Interculturalidad, Estado, Sociedad. Luchas (de)coloniales de nuestra época*. Quito: UASB y Abya Yala, 2009.

_____. "(Re)pensamiento crítico y (de)colonialidad". Walsh, Catherine (ed.). *Pensamiento crítico y matriz (de)colonial. Reflexiones latinoamericanas*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Ediciones Abya Yala, 2005.

Webber, Jeremy. "Beyond Regret: Mabo's Implications For Australian Constitutionalism". Ivison, Duncan (ed.). *Political Theory and the Rights of Indigenous peoples*. Oakleigh: Cambridge University Press, 2000. [60-88]

Weiner, Annette B. "Inalienable Wealth". *American Ethnologist* Vol.12 No. 2 (Maio de 1995): 210-227.