



La grave crisis de los derechos humanos en Brasil y sus implicaciones para los pueblos indígenas: En búsqueda de criterios jurídicos favorables desde la experiencia Latinoamericana

The serious human rights crisis in Brazil and its implications for indigenous peoples: In search of favorable legal criteria from the Latin American experience

A grave crise dos direitos humanos no Brasil e suas implicações para os povos indígenas: Em busca de critérios jurídicos favoráveis a partir da experiência na América Latina

Marina Corrêa de Almeida¹

Resumen

Este artículo es parte del resultado de investigación posdoctoral que busca encontrar, en la jurisprudencia internacional y latinoamericana, criterios favorables para entendimientos que garanticen el respeto a la condición pluriétnica y multicultural de nuestras naciones y, de esta

1 Investigadora en estancia posdoctoral. Becaria del Programa de Becas Posdoctorales de la Universidad Nacional Autónoma de México. Programa Universitario de Derechos Humanos, asesor Dr. Luis de la Barreda Solórzano, México. Doctora en Estudios Latinoamericanos, UNAM. Maestra y Licenciada en Derecho por la Universidad Federal de Santa Catarina, Brasil. Miembro fundadora de la Asociación Nuestramericana de Estudios Interdisciplinarios en Crítica Jurídica, ANEJCJ, A. C. Correo electrónico: marinacalmeida@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4215-0547>



forma, los derechos humanos de los pueblos indígenas de la región. En este sentido, el análisis propuesto pretende encontrar posibilidades para contribuir al desarrollo de la jurisprudencia brasileña en la temática, considerando que los pueblos indígenas brasileños enfrentan actualmente un nuevo periodo de despojo y violencia hacia sus formas comunitarias de vida en los territorios. Para tanto empleamos el análisis sociohistórico de la situación del actual del campo de lucha que es el discurso de los derechos humanos en Brasil, y su eficacia para la defensa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, sobre todo su derecho al territorio y los recursos naturales. Luego pasamos al ejercicio de análisis jurisprudencial, a los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la temática, a fin de encontrar en ellos sentidos favorables a la protección de los derechos colectivos de los pueblos. Así, este trabajo encuentra en estos discursos jurídicos criterios que pueden ser recomendados a la Suprema Corte de Brasil, bien como legítimos enfoques para el respeto y protección, tanto del derecho colectivo al territorio y los recursos naturales que tienen los pueblos indígenas de acuerdo con el derecho internacional e interamericano, bien como fundamentos para afirmar la importancia de la consulta para garantizar el derecho a la libre determinación de los pueblos.

Palabras clave: Derechos humanos, pueblos indígenas, jurisprudencia comparada.

Abstract

The present article is part of the result of postdoctoral research work that seeks to find, in international and Latin American jurisprudence, favorable criteria for agreements that guarantee respect for the multiethnic and multicultural condition of our nations and, in this way, the human rights of indigenous peoples of the region. In this sense, the proposed analysis pursues to find possibilities to contribute to the development of Brazilian jurisprudence on the subject matter, considering that Brazilian indigenous peoples are currently facing a new period of dispossession and violence towards their community forms of life in their territories. We employ the socio-historical analysis of the current situation in the field of struggle that is the discourse of human rights in Brazil, and its effectiveness for the defense of the collective rights of indigenous peoples, especially their right to territory and natural resources. Then, we move on to the exercise of jurisprudential analysis, to the standards of the Inter-American Court of Human Rights on the subject, in order to find in them favorable meanings to the protection of the collective rights of peoples. Thus, the present work finds in these legal discourses criteria that can be recommended to the Supreme Court of Brazil, as legitimate approaches for the respect and protection, of both the collective right to territory and natural resources that indigenous peoples have in accordance with international and Inter-American law, and as grounds to affirm the importance of consultation to guarantee the right to self-determination of peoples.

Keywords: Human rights; Indigenous peoples; Comparative jurisprudence.

Resumo

Este artigo é parte do resultado de uma pesquisa de pós-doutorado que busca encontrar, na jurisprudência internacional e da América Latina, critérios favoráveis para entendimentos que garantam o respeito à condição multiétnica e multicultural de nossas nações e, dessa forma,

os direitos humanos dos povos indígenas da região. Nesse sentido, a análise proposta busca encontrar possibilidades de contribuir para o desenvolvimento da jurisprudência brasileira sobre o assunto, considerando que os povos indígenas brasileiros vivem atualmente um novo período de expropriação e violência contra suas formas de vida comunitária nos territórios. Para isso, utilizamos a análise sócio-histórica da situação atual no campo de luta que é o discurso dos direitos humanos no Brasil, e sua efetividade para a defesa dos direitos coletivos dos povos indígenas, especialmente o seu direito ao território e aos recursos naturais. Em seguida, passamos ao exercício da análise jurisprudencial, às normas da Corte Interamericana dos Direitos Humanos sobre a matéria, a fim de nelas encontrar significados favoráveis à proteção dos direitos coletivos dos povos. Assim, este trabalho encontra nesses discursos jurídicos critérios que podem ser recomendados ao Supremo Tribunal Federal, bem como abordagens legítimas para o respeito e proteção, tanto do direito coletivo ao território quanto dos recursos naturais que os povos indígenas possuem de acordo com o direito internacional e interamericano, bem como bases para afirmar a importância da consulta para garantir o direito à autodeterminação dos povos.

Palavras-chave: Direitos humanos; Povos indígenas; Jurisprudência comparada.

Introducción

Los sistemas jurídicos modernos implementados en los países periféricos de América Latina, desde la construcción de los Estados-nación, están marcados por el colonialismo propio del desarrollo social de la región, esto es, por sentidos y prácticas discriminatorias, racistas y excluyentes de una parcela de sus poblaciones, en especial en lo que se refiere al acceso a derechos y a la justicia. Pero las sociedades latinoamericanas han sabido enfrentarse a tal condición histórica y luchar también en el campo jurídico por la protección y garantía de la dignidad de la vida. En el contexto contemporáneo, el fenómeno jurídico latinoamericano aparece inmerso en presiones sociales e internacionales, por el reconocimiento de derechos humanos específicos para colectividades que no siempre fueron consideradas como sujetos de derechos.

Así, pese a las contradicciones presentes en el campo de lucha del derecho, este ha sido uno de los muchos espacios de disputa a que se enfrentaron los grupos indígenas del continente para hacer respetar sus derechos humanos como sujetos colectivos de derecho. Es decir, sea en las demandas por reconocimientos de derechos, la presión internacional de producción y aplicación de tratados y convenciones internacionales garantistas de estos mismos, o en el reconocimiento constitucional de la condición pluriétnica y multicultural de las naciones y todo lo que esto ha conllevado; sea en la defensa por medio de los sistemas judiciales y el litigio estratégico, o en las demandas por el desarrollo de políticas públicas sectorizadas; todas convergen en una constante y permanente manifestación de



la resistencia de formas de vida comunitaria y lo que esto representa en diversidad cultural, política, económica y también jurídica en nuestra región.

En este sentido, es relevante conocer el desarrollo de tal disputa jurídica en América Latina, buscar sus límites y posibilidades para garantizar la protección de los derechos humanos de las personas indígenas de la región como sujetos de derechos colectivos, tratando de verificar puntos de coincidencia y divergencia en los sistemas jurídicos de nuestros países, bien como en el sistema interamericano de derechos humanos, a fin de encontrar criterios favorables para la defensa de la pluralidad de formas de vida que existen en Latinoamérica.

Este trabajo pretende empezar esta importante tarea analizando la situación del actual campo de lucha que es el discurso de los derechos humanos en Brasil, sus implicaciones para la defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas para, luego, verificar en la jurisprudencia latino e interamericana, criterios jurídicos que pueden ser aplicables y contribuir a la resistencia, permanencia y desarrollo propio de los pueblos de América Latina.

La democratización de los derechos humanos en Brasil: De la inclusión social a la crítica conservadora

Brasil no es excepción a la regla de desigualdad social, racismo y otras violencias estructurales que se presentan en las sociedades latinoamericanas; al contrario, es posible verificar que las mismas condiciones de colonialismo interno, como las de dependencia dialéctica capitalista que se imponen en la región,² se reproducen antes y hoy también en este territorio colonizado por el Estado portugués, a diferencia de la mayoría de los demás países. Así también vislumbramos, en esta sociedad, similitudes en sus luchas de resistencia y sus demandas por la protección de la dignidad de la vida, traducido, en las sociedades modernas capitalistas, en el respeto a los derechos humanos.

El discurso de los derechos humanos solo emerge en el campo jurídico brasileño cuando, ante la dictadura militar (1964-1983), el movimiento por elecciones democráticas –la “Diretas Já”– y la lucha por la amnistía para presos políticos marcaron una nueva perspectiva en el discurso del derecho y el discurso jurídico³ del país.

2 La temática se ha trabajado en más detalle en la tesis doctoral: Almeida, Marina C. (2017). *Lo nuevo en el constitucionalismo latinoamericano del siglo XXI: aportes de un análisis crítico a la ideología jurídica de Bolivia*. Tesis para obtención del título de doctora en Estudios Latinoamericanos. UNAM. México.

3 El discurso del derecho Correias define como “prescripciones que amenazan con la violencia, reconocidas como producidas por funcionarios y autorizadas conforme con un sistema normativo eficaz”, y el discurso jurídico como el que habla sobre el derecho, como por ejemplo fundamentaciones de sentencia, explicaciones de juristas, los discursos cotidianos, etc. (2010, pp. 112 y ss.)

Perspectiva esta que, en el proceso de redemocratización de 1985, fue traducida en las disputas por un nuevo texto constitucional que incluyera derechos fundamentales y garantías básicas, como compromiso democrático de una sociedad que estuvo 21 años bajo dictadura militar. La promulgación de la nueva constitución en 1988 trae, en su discurso preliminar, un compromiso con los derechos como la base del nuevo Estado democrático de derecho.

En el campo jurídico internacional, la ratificación de tratados y convenios sobre derechos humanos marca el giro garantista del sistema jurídico del país, combinado con la extensa lista de derechos fundamentales plasmadas en el artículo 5º constitucional. Además de que son de aplicación inmediata (según el párrafo 1º del art. 5º de la Constitución Federal de 1988) tales derechos ganan el carácter de “cláusula pétrea”, es decir, la posibilidad de reforma y revocación de sus normas se vuelve mucho más rígida.

En este contexto, muchos movimientos sociales del país pasan también a disputar no solo el sentido del nuevo discurso de los derechos humanos frente a la sociedad en general, sino también a buscar su eficacia en las cortes y tribunales brasileños. De ahí surge el movimiento de “jueces para la democracia”, un grupo de jueces brasileños que, a través de lo que se ha llamado “positivismo de combate”, buscan dar sentido más favorable a los derechos humanos, y terminan por producir discursos jurídicos favorables a las demandas de los movimientos sociales más importantes de la época⁴.

Pero, por otro lado, este nuevo discurso de los derechos humanos no se ha salvado de las innumerables críticas y reacciones despreciativas por parte de un sector de la sociedad brasileña. Ciertos grupos de la opinión pública han asociado tales garantías fundamentales a la defensa de derechos de criminales o a la “sed de venganza” de quienes un día fueron objeto de persecución por la dictadura. En este sentido, es que cuando el gobierno electo del Partido de los Trabajadores llega al poder federal y lanza el “Programa Nacional de Direitos Humanos” (PNDH) n.º 3⁵ (PNDH, 2009), rápidamente identificado como discurso “populista de izquierda”. Esto, aunque el PNDH del gobierno de Luis Inacio Lula da Silva siguió muchas de las líneas de los planes anteriores, como la articulación entre los tres poderes para la promoción de derechos humanos, la búsqueda por integrar las políticas públicas

4 Fue el caso del Movimiento de los Sin Tierra que, con la interpretación dada por estos jueces al art. 5º, XXIII con respecto a la función social de la propiedad, han logrado sentencias favorables a la desapropiación de tierras para fines de reforma agraria.

5 El Programa Nacional de Derechos Humanos n.º 1 fue el primer discurso de política pública para los derechos humanos de América Latina, de 1996. El PNDH n.º 2 fue lanzado en el 1999, ambos en el gobierno de Fernando Henrique Cardoso.

de gobiernos con las acciones de organizaciones no gubernamentales (ONG), tal como el reconocimiento de la indivisibilidad de los derechos humanos. Así como los dos planes anteriores, este fue producto de consultas a la sociedad civil, con el intuito de traducir los derechos humanos en políticas públicas hacia la reducción de la desigualdad social.

En lo que respecta a las novedades del PNDH n.º 3, estas mismas han generado mucha polémica, como por ejemplo la propuesta de creación de la Comisión Nacional de la Verdad, la despenalización del aborto, la permisón de unión civil entre personas del mismo sexo, la adopción por parejas homoafectivas, la prohibición de símbolos religiosos en establecimientos públicos, el control de los medios de comunicación y la adopción de mecanismos de mediación para conflictos urbanos y rurales (PNDH, 2009).

Tales críticas y reacciones se extendieron por todos los mandatos de gobierno del Partido de los Trabajadores y frenaron, en gran medida, la efectividad de muchas de las propuestas del PNDH n.º 3. Agregado a esto, el legislativo brasileño, mayoritariamente conservador, presentaba propuestas de leyes en sentido opuesto, como es el caso de la propuesta de Reforma Constitucional (“Emenda Constitucional”, en portugués) que busca alterar la mayoría penal a los 16 años de edad, o los proyectos que tramitaron para el retroceso en lo que se refiere a los derechos de las mujeres y de la comunidad LGBTTI. Con el golpe de 2016, que retira de la presidencia a Dilma Rousseff, tales iniciativas legislativas, de carácter conservador, se incrementan y aparecen las reformas de flexibilización de la legislación laboral y, lo más grave, la inclusión de la posibilidad de intervención militar como respuesta a la lucha de los movimientos sociales con la Ley antiterrorismo (Ley n.º 13.260/2016).

A las reacciones del ambiente político institucional siguieron las reacciones de los grupos más conservadores, como la iglesia católica, pero también la evangélica, en todo lo que se relaciona con los derechos y libertades individuales, religiosas y sexuales; y el sector de terratenientes, en todo lo que dice respecto a los derechos de pueblos indígenas y afrodescendientes, de lo que trataremos en seguida.

Implicaciones para la protección jurídica de los derechos humanos de los pueblos indígenas brasileños

Para los pueblos indígenas de Brasil,⁶ la inclusión de normas específicas vino antes; se puede decir que, desde la colonia, el tratamiento jurídico que les fue dado venía de la concepción de que sus colectividades constituyen un obstáculo al desarrollo

6 El censo del año 2010 indica la existencia de 305 etnias y 274 idiomas indígenas presentes en el territorio, que conforman 0,5% de la población nacional. Recuperado el 13 de agosto, 2019, de <https://censo2010.ibge.gov.br/>.

nacional y, por lo tanto, no fueron raras las legislaciones con objetivos de pacificación y establecimiento de condiciones favorables para la apropiación de sus tierras (por ejemplo la “Carta de Doações e Forais”) y como políticas de tutela e integración (como el Código Civil promulgado en 1916, la Constitución de 1934, y posteriormente el Estatuto del Indio de 1973, positivado en la Ley n.º 6.001).

No obstante, el cambio al tratamiento como sujetos de derechos humanos individuales y colectivos ocurre también con la democratización del país y la promulgación de la Constitución Federal en 1988 (CF/88). El capítulo VIII, titulado “De los Indios” establece constitucionalmente la obligación del Estado brasileño de protección a la dignidad humana en todas sus dimensiones, además de reconocer el modo propio de organización, creencias y costumbres de estas poblaciones como parte integrante de la identidad nacional del país (art. 231, CF/88). Así también se reconocen derechos colectivos a sus tierras, en el párrafo 2º del art. 231 que consagra la posesión permanente a los “*silvícolas*” de sus tierras tradicionalmente ocupadas, es decir, a los pueblos que estuviesen ubicados y gozando de la posesión de la tierra el 05 de octubre de 1988, fecha de promulgación de la Constitución actual; declarándolas, además, de carácter inalienable e indisponibles (párr. 4º, art. 231, CF/88).

En este sentido, fue fundamental que la Constitución Federal también reconociera la normativa internacional sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas en jerarquía normativa superior a las demás legislaciones del país, de acuerdo al art. 5º en sus párrafos 2º y 3º⁷. La corte constitucional de Brasil (“Supremo Tribunal Federal”) reforzó este sentido cuando afirmó, en jurisprudencia, la supralegalidad de los tratados de derechos humanos, como lo son el Convenio n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1989)⁸ y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas (ONU, 2007), es decir, estos son discurso del derecho superior a las leyes, decretos o normas infraconstitucionales. En teoría, es la legislación infraconstitucional la que no debe contradecir, violar o retroceder, en relación con las garantías reconocidas en tal discurso internacional.

No obstante, como en muchos otros países latinoamericanos, el reconocimiento de los derechos indígenas fundamentales por el texto constitucional brasileño es parte de la batalla jurídica, reivindicación y presión de los propios sujetos y

7 A diferencia de otros países de América Latina, a ejemplo de Colombia, México y Bolivia, en donde el Convenio n. 169 integra el bloque de constitucionalidad, y tiene la misma jerarquía del discurso constitucional, complementando el discurso de derechos y garantías (Correa, 2019; Lima, 2018).

8 Según Lima (2018, p. 03) en Brasil los sujetos a los que se refiere el Convenio n. 169 son identificados como pueblos indígenas y tradicionales, incluyendo además a los quilombolas y las diversas comunidades tradicionales, todos grupos con identidad étnica y cultural propias, modo de vida tradicional y territorialidad.

organizaciones representativas para su efectividad (Lima, 2018). La lucha de los pueblos indígenas de Brasil no huye a la regla de consolidarse y conformarse ante los conflictos socioambientales que amenazan su existencia y formas de reproducción de la vida, y pese a su inclusión como sujetos de derechos colectivos, siguen resistiendo al despojo de sus territorios tradicionales ante la investida de megaproyectos y del neextractivismo en la región.

Así es como de los años 90 en adelante asistimos a un proceso de relativización de los derechos territoriales colectivos, que acompañaba las reformas neoliberales en el país y que buscaba incrementar la economía en crisis estimulando, entre otros, el despojo y la no demarcación de las tierras indígenas (Marés & Lima, 2008). En el Congreso Nacional, el resultado es la creciente iniciativa de proyectos de ley o de reforma constitucional para acelerar este proceso continuo de despojo, en total desacuerdo con el texto constitucional y con la normativa internacional respecto a la materia. Por ejemplo el proyecto de ley n.º 1610 de 1996 busca la permisión para la explotación minera adentro de territorios indígenas ya demarcados; el proyecto de reforma constitucional (“Projeto de Emenda Constitucional” - PEC) n.º 273 de 2013 busca permitir la posesión indirecta de territorio indígena por medio de concesiones a grupos productores rurales y; también, el proyecto de ley n.º 349 del año 2013 busca prohibir que tierras ocupadas por indígenas (en proceso de “retomada”) sean demarcadas o que se permita la continuidad de los estudios de viabilidad para constitución de territorio indígena; todos proyectos que se relacionan con la reacción conservadora de terratenientes y empresas nacionales y transnacionales a la ampliación de derechos humanos a estos sectores de la población, derechos que fueron ganando espacio en el sistema jurídico y en las políticas públicas. Para dar un ejemplo, el gobierno del Partido de los Trabajadores ha promulgado el decreto n.º 6040 en el año 2007, conocida como Política Nacional de Desarrollo Sostenible de los Pueblos y Comunidades Tradicionales (PNDPCT), que reconoce, a estos grupos “culturalmente diferenciados”, sus formas propias de organización social, su derecho colectivo a ocupar y utilizar el territorio y recursos naturales, “como condición para su reproducción cultural, social, religiosa, ancestral y económica, utilizando conocimientos, innovaciones y prácticas generadas y transmitidas por la tradición” (art. 3º, I, Decreto n.º 6.040/2007).

Si miramos el proyecto de reforma constitucional (PEC) n.º 215 del año 2000, vemos que es bastante significativo de este proceso reaccionario, pues busca alterar la competencia para la demarcación de tierras indígenas, al retirar tal competencia exclusiva hoy asignada al ejecutivo, para entregarla al Congreso Nacional, en este entonces y todavía ahora, de carácter conservador. En la misma lógica busca permitir la llamada “duplicidad de oportunidad”, es decir, que las personas indígenas puedan escoger entre “integrarse como iguales” o su “identidad étnica”. Lo que se buscaba con esta iniciativa, que se sigue tramitando en el Congreso Nacional,

ahora con muchas más posibilidades, es permitir un cierto ajuste de los intereses de terratenientes, poniendo en relieve la importancia económica de la producción agropecuaria en el país⁹.

Por otra parte, la Corte Constitucional brasileña, “Supremo Tribunal Federal” (STF), en su jurisprudencia, ha reafirmado la tesis del marco temporal para la demarcación de tierras indígenas, afirmando que el texto constitucional solo reconoce derechos territoriales a los pueblos que estuviesen ubicados y gozando de la posesión de la tierra el 5 de octubre de 1988 (de acuerdo con la interpretación del artículo 68 de las Disposiciones Constitucionales Transitorias, CF/88). En este sentido, el caso de la tierra indígena (TI) “Raposa Serra do Sol” en el 2009 es representativo de la manutención de este requisito objetivo para comprobar la posesión indígena sobre el territorio. En la decisión de la Corte Constitucional (STF), se afirma el marco temporal referencial para la ocupación del espacio por una colectividad de “aborígenes”, es decir, para “el reconocimiento originario sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”; para luego hablar de la obligación de ostentar “el carácter de perdurabilidad” de la ocupación tradicional en el tiempo. En el caso, la Corte Constitucional establece la demarcación de la TI sosteniendo que el carácter de perdurabilidad no se pierde si, al momento de la promulgación de la CF/88, la “reocupación apenas no ocurrió por efectos de renitente despojo por parte de los no-indios. Caso de las haciendas ... cuya ocupación no impidió a los indios demostrar la capacidad de resistencia y de afirmación de su particular presencia (...)” (p. 11)¹⁰.

No obstante, en la misma decisión fija 19 condicionantes que, si bien no se declaran vinculantes para otros jueces y tribunales en el examen de otros casos similares, deberían servir de orientación para el tratamiento de la posesión territorial por los pueblos indígenas. En este sentido, los jueces del STF afirmaron que el usufructo de los grupos indígenas sobre sus tierras estará sujeto a restricciones siempre que el “interés público” de defensa nacional (las fronteras, por ejemplo) estén en juego; o en caso de instalación de bases militares que pueden ser implementadas independientemente de consulta a las comunidades o al órgano estatal responsable, la Fundación Nacional del Indio (FUNAI). Lo mismo con respecto a las vías de tráfico y alternativas energéticas¹¹. Tal jurisprudencia ha significado no solo el refuerzo de la tesis del marco temporal, sino, además, ha agregado nuevas restricciones al pleno derecho de los pueblos indígenas al territorio y los recursos naturales.

9 Eliane Brum ha afirmado, en artículo de periódico electrónico, que el recurso ideológico de decir que el indígena es un ser humano como cualquier otro lo que busca es convertir sus territorios en mercancías, con el objetivo de hacer con que “la soya y el ganado avancen sobre la floresta hoy protegida” (2019, p. 9).

10 Petición n. 3.388/RR. (2010). Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Ayres Brito. (DJe 01.07.2010).

11 Idem.

La teoría del “marco temporal”, tal como está puesta, mantiene el histórico y secular proceso de violencia y negación de los derechos territoriales indígenas, ahora, por intermedio de una interpretación constitucional restrictiva y que legitima las mismas violencias. En este sentido es necesario indagar muy seriamente: ¿Qué harán los Poderes de la República, delante de los derechos fundamentales garantizados a la persona humana y a los indígenas en particular? (Batista & Guetta, 2016, p. 1)

En el 2017, la decisión del STF sobre la TI Raposa Serra do Sol fue confirmada por parecer de la Procuraduría General de la República (AGU, por sus siglas en portugués) y aprobada por el entonces presidente de la República Michel Temer; desde entonces deben ser seguidas todas las salvaguardias institucionales en todos los procesos de demarcación indígena por el ejecutivo federal. Así, además de la manutención del marco temporal como referencia para el reconocimiento de la ocupación indígena en el territorio, se prohíbe la expansión de tierras demarcadas y se limitan los derechos colectivos de los pueblos a cuestiones de “seguridad nacional” (AGU, Parecer n. 001/2017).

Con el resultado de las últimas elecciones en 2018 vemos que tal postura hace parte del giro conservador en la sociedad brasileña y, con respecto a los pueblos indígenas, asistimos a un aumento gradual de la violencia y el despojo, además del regreso a la ideología de la integración, esto es, al discurso que afirma los derechos humanos de los indígenas como individuos iguales ante la ley que, por esta razón, poseen la misma cosmovisión que la demás ciudadanía, es decir, que deben ser individuos libres para el mercado, iguales para la celebración de contratos y propietarios individuales (en general de su mano de obra). Esto lo ha expresado el actual presidente de Brasil:

El indio quiere energía eléctrica, quiere médico, quiere dentista, quiere internet, jugar futbol. Quiere lo que nosotros queremos ... Aquí en Brasil, algunos quieren que el indio siga en la reserva como si fuera animal de zoológico. Yo no quiero esto. Yo quiero tratar el indio como ser humano. Yo quiero que el indio explore su propiedad, su subsuelo, gane royalties sobre esto, siembre (citado en Brum, 2019, pp. 9-10).

En esta misma línea de ideas, el nuevo chanciller Ernesto Araújo, en su discurso de posesión, utilizó citas del escritor José de Alencar, cuyas obras claramente buscan en el mestizo las raíces de la nación brasileña, para identificar al indígena “bueno” como aquel que puede integrarse o asimilarse a la “civilización” (Brum, 2019). La temática central del nuevo gobierno se vuelve, entonces, sobre cuál debe ser el futuro del indígena, con el objetivo de tener una estrategia para acaparar sus territorios demarcados o en proceso de demarcación.

Antes del bolsonarismo, la táctica de la derecha era decir que los indígenas ya no lo eran. Era dudar de su autenticidad. Como si el indígena al usar el celular se volviera menos indígena. Al dejar de ser considerados indígenas, los distintos pueblos perdían su derecho a la tierra. Esta táctica aún persiste. Pero la nueva derecha representada por Bolsonaro es más lista. Ella no niega lo indígena sino que afirma una supuesta igualdad del indígena y el blanco. No para que los indígenas mantengan sus derechos constitucionales, sino para que los pierdan (Brum, 2019, p. 8).

Así el cambio en el discurso de los derechos humanos sobre los pueblos indígenas brasileños viene afectando, sobremanera, su reconocimiento como sujetos colectivos de derechos y, sobre todo, de sus formas propias de reproducción de la vida en sus territorios. Además, su consideración en un plan de igualdad individual ante la ley debilita sus condiciones para la preservación del territorio y los recursos naturales existentes en él. Las justificaciones se (re)actualizan para cumplir con los objetivos de la oligarquía nacional: entregar estas tierras a grandes grupos exportadores de soya y carne o a grandes mineras transnacionales. Para ello, incluso se ha llegado a alegar como justificación el hecho de que las demarcaciones de extensas cantidades de tierra pueden, en algún momento, ser reivindicadas por los pueblos como territorio soberano, es decir, como un nuevo Estado, lo que iría en contra de la misma idea de libre determinación, presente en los instrumentos internacionales que hacen una clara diferenciación entre la autonomía y la soberanía.

Estas son las razones por las cuales parece de fundamental importancia mirar el discurso jurídico de otros países latinoamericanos, y el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), para encontrar en ellos discursos que sean favorables a la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas brasileños, considerando que las condiciones del discurso constitucional de 1988 indican que los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos de estos pueblos poseen garantías constitucionales y de jerarquía normativa. Si bien el texto constitucional de Brasil no define, como en otros textos constitucionales latinoamericanos, el llamado Bloque de Constitucionalidad, la jurisprudencia comparada puede permitir una nueva visión sobre el contenido de los derechos internacionales específicos de pueblos indígenas y, así, extender criterios al discurso jurídico brasileño que permitan la efectiva protección de los derechos de las colectividades.

Jurisprudencia internacional y latinoamericana sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas: Criterios jurídicos aplicables

La jurisprudencia es una de las principales fuentes de discurso jurídico para la protección de los derechos de los pueblos. En este sentido, antes de hacer una revisión de esta, es imprescindible encontrar en ellas el discurso de derecho aplicado



y sus sentidos, pues son el centro de la disputa en el campo de lucha del derecho en América Latina.

De entre las normas internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, el Convenio n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobado en 1989 en Ginebra fue ratificado por el Estado brasileño en 2002 por el decreto legislativo n.º 143/2002 y promulgado en abril de 2004 por el decreto n.º 5051/2004. Otros países latinoamericanos ya lo habían ratificado en la década de 90, como es el caso de México (1990), Colombia (1991) y Bolivia (1991), para dar algunos ejemplos. El Convenio es considerado uno de los discursos más favorables a las perspectivas de dignidad humana de los pueblos indígenas y el discurso de derecho internacional más utilizado en los litigios en los tribunales y las supremas cortes latinoamericanas, como la CIDH, cuando el tema es pueblo indígena. Esto, debido a que es el primer discurso normativo que contraría la visión integracionista anterior, y busca tomar en cuenta la cosmovisión expresada por las organizaciones y movimientos indígenas, y reconocer la existencia de Estados compuestos por una diversidad de pueblos, culturas e, incluso, naciones.

En su sentido ideológico, el Convenio citado considera a los pueblos y comunidades indígenas sujetos de derechos como colectividades, prevé el derecho a la autodeterminación de los pueblos y criterios de autoadscripción. En su sentido deóntico, obliga al Estado a reconocer derechos territoriales y derechos sobre los recursos naturales a los pueblos indígenas; además les permite la participación en las decisiones públicas, principalmente a través de la obligación del Estado de derecho a consultar y obtener el consentimiento libre, previo e informado de sus pueblos y comunidades, cada vez que sus decisiones afecten su modo de reproducir la vida (Fajardo, 2011; Palomino, 2015, citado en Lima, 2018). Su criterio de autoaplicabilidad a los países que lo hayan ratificado es de las principales razones por las cuales el Convenio n.º 169 de la OIT es parte del discurso jurídico proferido por jueces, juezas, magistrados y magistradas en los tribunales, marcando las principales controversias nacionales e internacionales en lo que dice respecto a la autodeterminación de los pueblos y sus derechos subjetivos como pueblos (Lima, 2018).

Mucha influencia tuvo también el avance del discurso jurisprudencial internacional en la consolidación de normatividad posterior, como es el caso de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI, 2007), y más recientemente la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI) de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en 2016. En este sentido, la CIDH tuvo un papel fundamental en asentar criterios favorables a los pueblos indígenas en los diversos conflictos llevados a

este tribunal por pueblos de varias partes de América Latina al hacer uso de tales discursos del derecho internacional.

La CIDH tiene como principales fuentes y marcos jurídicos para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (CADH), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio n.º 169 de la OIT, como las interpretaciones efectuadas por el Relator Especial de la ONU para pueblos indígenas y tribales, y los informes del Foro Permanente de la ONU para cuestiones indígenas. Además, la CIDH también recurre a los desarrollos constitucionales y legislativos de países específicos siempre y cuando sean acordes y favorables a la protección de los derechos humanos (CIDH, 2009).

Varios fueron los criterios asentados por la CIDH con base en tal normatividad; primeramente, la consideración de los pueblos indígenas y tribales como sujetos de derecho colectivo¹². En 2012, el caso de un pueblo indígena de Ecuador obligó la Corte a reconocer como víctima al pueblo en su colectividad y no a todos los miembros considerados individualmente¹³, incluso llegaron a afirmar que el derecho a la propiedad territorial solo puede ser ejercida a través de la colectividad (IDEHPUCP & KAS, 2017).

Sobre el derecho originario al territorio, la CIDH ha desarrollado jurisprudencia alrededor de la obligación de los Estados a la delimitación, titulación, demarcación, restitución y protección frente a terceros, basados en el derecho a la propiedad reconocido en el artículo XXIII de la Declaración Americana, que afirma que toda persona tiene derecho a la propiedad privada, y el artículo 21 de la CADH, que trata del mismo derecho. Con este sentido, es de los discursos jurídicos más importantes en los litigios, sobre todo para la protección del territorio y de sus formas sociales de organización, sus cosmovisiones y formas de vida espiritual en general:

La noción de territorio indígena refuta tal concepto clásico, pues parte de reconocer que los pueblos indígenas preexisten a los Estados y son, por tanto, distintos a la idea de pueblo nacional en un sentido monocultural. (...) Además, la falta de territorio para un pueblo indígena genera serias dificultades para mantener su integridad cultural, en tanto es en este espacio donde reproducen sus formas de vida. De este modo, la afectación de

12 Por ejemplo, el caso Sawhoyamaya del pueblo Enxet (caso 12.419) de 2005, en contra Paraguay, afirma que “el respeto de los derechos colectivos de propiedad y posesión de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios ancestrales constituye una obligación de los Estados partes de la Convención” (IDEHPUCP & KAS, 2017, p. 11).

13 CIDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 231. Posteriormente en la Opinión Consultiva OC-22/16 la CIDH reiteró este criterio.

las tierras y territorios que ocupan puede poner en riesgo la continuidad cultural y, con ello, la vida del pueblo. (IDEHPUCP & KAS, 2017, p. 12)

Además, la jurisprudencia de la CIDH hace referencia al artículo 13.2 del Convenio 169 de la OIT, que obliga la inclusión del concepto de territorio al de “tierras indígenas”, para afirmar que los derechos territoriales se extienden “sobre la superficie terrestre y sobre los recursos naturales que están sobre dicha superficie y subsuelo” que hayan utilizado tradicionalmente, incluyendo también “aquellos que son utilizados para sus actividades culturales o de subsistencia” (CIDH, 2009, p. 14).

... los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente y está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.¹⁴ (CIDH, 2010, párr. 115)

Más recientemente, están las discusiones con respecto al derecho a la consulta y la obligación de la participación de pueblos y comunidades afectadas en las decisiones públicas que afecten su integridad y supervivencia como colectividades indígenas en sus territorios. En este sentido, la Corte Interamericana también hace referencia al discurso de la CADH (art 1.1) que trata de la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por esta misma. Además, el Convenio n.º 169, en su artículo 6.1, obliga a los gobiernos a consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados siempre que medidas legislativas o administrativas les puedan afectar directamente. Es un discurso que permite la libre participación de los pueblos en la toma de decisiones en todos los niveles estatales sobre todos los temas que de alguna manera les conciernan.

Entre las más interesantes jurisprudencias de la CIDH sobre el tema está la sentencia de 2012 relativa al caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku que demandaba a Ecuador. Una de las tesis asentada es la de que la consulta previa es garantía fundamental para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, debido a que la afectación a su territorio es también afectación a la integridad y supervivencia de las colectividades indígenas:

... el reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o

14 CIDH, “Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala”, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25/5/2010, serie C, n.º 212, párr. 115.

identidad cultural, los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática. (CIDH, 2012, párr. 97)

A pesar de que para la Corte IDH el Estado es el que tiene el deber de consultar y garantizar la participación efectiva de integrantes del pueblos indígena o comunidad, y lo debe hacer activamente y de manera informada, la CIDH también afirma la necesidad de que la consulta se dé a través de procedimientos culturalmente adecuados, de buena fe, y con la finalidad de “llegar a un acuerdo” (2012, párr. 134). Así, el deber de respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo, es decir, sus propias formas de toma de decisiones para su desarrollo como colectividad, según su cultura, cosmovisión y espiritualidad, aparece como condición para una verdadera coordinación y cooperación entre las instancias de autoridad social, como son las autoridades indígenas y estatales, con el propósito de generar una relación adecuada con los demás actores sociales y otros sectores interesados involucrados en el proyecto que pueda afectar el territorio y los recursos naturales del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku (CIDH, 2012).

Por otra parte, Naciones Unidas también participa del discurso jurídico que circula en América Latina, por ejemplo, a través de los Informes Anuales del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de indígenas. En el Informe de 2007, el entonces relator especial Rodolfo Stavenhagen destacó que una de las principales medidas que los Estados deben adoptar para “promover el desarrollo de los pueblos indígenas” es el reconocimiento de los pueblos como sujetos de derechos colectivos como referencia para nuevas prioridades y estrategias de desarrollo de las naciones (Stavenhagen, 2007, párr. 15).

Del mismo modo, el Comité de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su “Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones” (ONU, 2010), recomendó, como una necesidad, proporcionar a las comunidades indígenas todas las garantías para que sigan elaborando protocolos culturalmente apropiados y procedimientos de consulta que sean pertinentes para sus comunidades, teniendo en cuenta que el derecho a la autodeterminación es compatible con el derecho a la toma de decisiones sobre asuntos que les afectan directamente. Deben poder determinar libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo social, económico, bien como cultural.

La libre determinación es un proceso constante que garantiza la continuidad de la participación de los pueblos indígenas en los procesos de decisión y en el control sobre su propio destino. Implica que las instituciones de adopción de decisiones deben estar concebidas de tal modo que los pueblos indígenas puedan decidir sobre sus asuntos internos y locales



y participar colectivamente en los procesos de decisión externos de conformidad con las normas pertinentes de derechos humanos (ONU, 2010, párr. 31).

Asimismo, en el informe denominado “Las industrias extractivas y los pueblos indígenas” (Anaya, 2013), el relator especial de las Naciones Unidas estableció:

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 (Anaya, 2013, párr. 30).

Más actualmente, la entonces relatora especial, Victoria Tauli Corpuz, en su informe, luego de su visita a México del 8 al 17 de noviembre de 2017, destacó que la ausencia de ley sobre consulta indígena no exime el Estado de su obligación de consultar a los pueblos afectados. Pero lo más interesante es que recomienda al Estado, a los pueblos indígenas y otros actores involucrados incluir, en las discusiones sobre tal garantía fundamental, otras opciones como los procesos de autoconsulta o los protocolos de relación con el Estado desarrollo de manera propia por colectividades indígenas; resalta que “cualquier mecanismo utilizado por el Estado para cumplir con el deber de consultar debe ser, en sí mismo, el resultado de diálogo y consulta de acuerdo con los estándares internacionales” (Corpuz, 2018, párr. 109).

Con este bagaje discursivo, los tribunales y supremas cortes latinoamericanas vienen corroborando, en sus tesis jurisprudenciales, el accionar respecto a la protección de derechos humanos a pueblos y comunidades indígenas. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) mexicana es un muy buen ejemplo: en un amparo en revisión de 2012 sobre los derechos la tribu Yaqui, asentó tesis jurisprudencial que trata del derecho de acceso a la justicia a los pueblos indígenas, el cual se debe dar de manera individual pero, sobre todo, de manera colectiva.

COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS. CUALQUIERA DE SUS INTEGRANTES PUEDE PROMOVER JUICIO DE AMPARO EN DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COLECTIVOS. ... conforme al mandato constitucional de referencia, se garantiza a los pueblos y a las comunidades indígenas el acceso pleno a la jurisdicción del Estado, y para ello se precisa que en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, deberán tomarse en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, respetando los preceptos de la Constitución Federal. Asimismo, en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y

Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, *se hace énfasis en que el acceso a la justicia individual o colectiva de los pueblos y las comunidades indígenas, implica garantizar el acceso a procedimientos legales tramitados personalmente o por medio de sus organismos representativos. Así, este postulado en conjunto con el artículo 2o. constitucional, poseen plena fuerza vinculante al haberse adoptado en la normativa de nuestro país ...¹⁵.*

Otro criterio favorable para la protección de los derechos indígenas fue explicitado en otra tesis de la SCJN, que es el derecho a la autoadscripción. Instalando el discurso ya en el ámbito del texto constitucional, en su artículo 2º, afirma que el discurso ideológico contenido en este artículo debe ser llevado en consideración, pues trata de aspectos determinantes de la historia e identidad mexicanas, al determinar quiénes son las personas indígenas o pueblos y comunidades indígenas. La SCJN, en sus argumentos, es clara en afirmar la necesidad de que todos los tribunales del sistema judicial mexicano tienen la tarea de delimitar estas categorías, tomando en consideración el texto constitucional, toda vez que reconoce la importancia de la “articulación” de sujetos en torno a instituciones sociales, económicas, culturales y políticas diversas, tal como la importancia de “identificabilidad” de algún tipo de unidad social, cultural y económica alrededor del territorio y ciertos usos y costumbres. Además, utiliza el discurso del Convenio 169 de la OIT para afirmar que “no encierra ambigüedad alguna en torno al imperativo de tomar la autoconciencia o la autoadscripción como criterio determinante” para determinar a quienes se aplican los derechos vigentes sobre pueblos indígenas.

PERSONAS INDÍGENAS. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 2o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. AUTOADSCRIPCIÓN. ... *Por tanto, en ausencia de previsiones específicas que regulen el modo en que debe manifestarse esta conciencia, será indígena y sujeto de los derechos motivo de la reforma constitucional, aquella persona que se autoadscriba y autorreconozca como indígena, que asuma como propios los rasgos sociales y las pautas culturales que caracterizan a los miembros de los pueblos indígenas. La apreciación de si existe o no existe una autoadscripción indígena en un caso concreto debe descansar en una consideración completa del caso, basada en constancias y actuaciones, y debe realizarse con una actitud orientada a favorecer la eficacia de los derechos de las personas, sobre todo en casos penales y en aquellos que prima facie parecen involucrar a grupos estructuralmente desaventajados¹⁶.*

15 Amparo en revisión 631/2012. (8 de mayo de 2013). Jesús Ceviza Espinoza y otros, miembros integrantes de la Tribu Yaqui, específicamente del Pueblo de Vícam, Sonora.

16 Amparo directo en revisión 1624/2008. (5 de noviembre de 2008).

La Suprema Corte Mexicana también asentó criterio para el reconocimiento de la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas, teniendo en cuenta la preocupación constante no solo de los gobiernos latinoamericanos, pero también de las organizaciones internacionales, en lo que dice respecto a la unidad territorial de los Estados. En este sentido, su discurso jurídico establece una clara diferenciación entre libre determinación de los pueblos en una nación pluricultural y el concepto de soberanía.

DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS. SU LÍMITE CONSTITUCIONAL. (...) *el reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas, no implica su independencia política ni su soberanía, sino sólo la posibilidad de elegir libremente su situación dentro del Estado mexicano, que no conduce a su disolución, sino al reconocimiento del derecho fundamental de los pueblos que lo componen para determinar su suerte, siempre y cuando se preserve la unidad nacional*¹⁷.

Otra de las principales preocupaciones de la SCJN en México ha sido respecto a la consulta indígena sobre todo en el contexto de neoextractivismo y el desarrollo de megaproyectos en la región. En este sentido, la jurisprudencia de esta Corte ha afirmado el derecho de los pueblos y comunidades indígenas tanto con base en el texto constitucional, como en el Convenio n.º 169 de la OIT, el cual establece que es prerrogativa de tales colectividades “salvaguardar la libre determinación de las comunidades, así como los derechos culturales y patrimoniales – ancestrales – que la Constitución y los tratados internacionales reconocen”; garantiza, además, que el derecho a la consulta puede ser exigido por cualquier integrante de la colectividad, sin necesidad de que este mismo sea representante legítimo nombrado por la colectividad. No obstante, la misma tesis jurisprudencial establece un límite al derecho de los pueblos a ser consultados, es decir, las consultas solo se llevarán a cabo cuando “la actividad del Estado pueda causar impactos significativos en su vida o entorno”, y no en todos los casos en que comunidades o pueblos indígenas se vean involucrados en alguna decisión estatal.

PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS. EN SU DERECHO A SER CONSULTADOS, EL ESTÁNDAR DE IMPACTO SIGNIFICATIVO CONSTITUYE ELEMENTO ESENCIAL PARA QUE PROCEDA. (...) *Así, se ha identificado -de forma enunciativa mas no limitativa- una serie de situaciones genéricas consideradas de impacto significativo para los grupos indígenas como: 1) la pérdida de territorios y tierra tradicional; 2) el desalojo de sus tierras; 3) el posible reasentamiento; 4) el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural; 5) la destrucción*

17 Amparo directo 3/2009. (21 de octubre de 2009). Alejandro Paredes Reyes y otros.

y contaminación del ambiente tradicional; 6) la desorganización social y comunitaria; y 7) los impactos negativos sanitarios y nutricionales, entre otros¹⁸.

En el sentido de establecer criterios para los discursos jurídicos de los tribunales mexicanos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha creado el “Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren personas, comunidades y pueblos indígenas” (2014). El protocolo establece, como primera y especial directriz, la preocupación por uniformar las decisiones sobre los derechos de los pueblos indígenas, de manera que se respeten los tratados y convenios internacionales, hoy insertos en el bloque de constitucionalidad del artículo 1º del texto constitucional mexicano:

Los tribunales agrarios y las y los jueces que, en diferentes niveles jurisdiccionales, conozcan de asuntos en materia administrativa deben ampliar y adecuar sus perspectivas y la interpretación del marco jurídico para salvaguardar adecuadamente los derechos a la tierra y a los territorios reconocidos por el Convenio 169 de la OIT (SCJN, 2014, p.20).

En su sentido ideológico, este discurso jurídico afirma la centralidad del territorio indígena para la reproducción “material, espiritual, social y cultural” de los pueblos y comunidades y que esta debe ser la línea ideológica a ser seguida por los que imparten justicia cuando interpretan el texto constitucional mexicano, coincidiendo con la afirmación hecha anteriormente que las demandas de estas colectividades a lo largo de la historia impulsaron transformaciones en el campo de lucha que es el derecho:

El territorio es clave para la reproducción material, espiritual, social y cultural de un pueblo indígena, y éste ha sido uno de los derechos más demandados por los pueblos. La CPEUM es escueta en este punto, pues sólo señala que “la ley protegerá la integridad de las tierras indígenas” (artículo 27, fracción VII) y en lo demás subordina el tema a la legislación agraria. Sin embargo, a partir del control de convencionalidad al que están obligados las y los jueces y del principio pro persona consagrado en el artículo 1º de la Constitución, en este tema es de particular relevancia recurrir al Convenio 169 de la OIT que establece en su artículo 13 que el gobierno respetará la importancia que para las culturas y valores espirituales de estos pueblos reviste su relación con las tierras o territorios que ocupen o usen de alguna manera, y de el concepto de territorio como la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera. Podemos ver que esta definición va más allá del concepto de tierra como un bien de mercado ya que hace referencia a la dimensión vital y simbólica que tiene ese espacio para la reproducción de las culturas (SCJN, 2014, p. 20)

18 165288. 1a. XVI/2010. (febrero de 2010). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. (Primera Sala. Novena Época. Tomo XXXI). Pág. 114.

Interesante notar también que, en este discurso, la SCJN hace una importante diferenciación entre el reconocimiento de la propiedad y posesión del territorio tradicionalmente ocupado por el derecho agrario mexicano, y lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT, al afirmar que se debe dar prioridad al discurso ideológico contenido en el referido Convenio, el cual tiene en consideración que son colectividades con formas de organización ancestral y con dinámicas propias sustentadas en sus tierras y territorios, por tanto, deben tener una protección especial “más allá de la perspectiva económica agrarista” desarrollada por el Estado mexicano para garantizar la propiedad social de la tierra en el siglo XX (SCJN, 2014). Esta es la razón por la cual el Protocolo afirma la obligación de los entes juzgadores de: 1) “identificar y reconocer si el asunto involucra el territorio o los recursos naturales de un individuo o comunidad indígena y asentarlo explícitamente para su posterior protección”, para esto deben hacer uso de pericias, documentos coloniales, paleografías, monográficas, etc.; 2) reconocer la especial relación que los pueblos indígenas guardan con el territorio, individual o colectivamente, para la valoración de las pruebas y dictado de la sentencia y; 3) es necesario valorar y dar importancia a títulos virreinales, pero sobre todo los documentos y constancias expedidas por autoridades tradicionales (SCJN, 2014).

De esta manera, la SCJN ha buscado homogeneizar el discurso jurídico del sistema judicial mexicano, en el sentido de proporcionar criterios más favorables a la protección de sus derechos humanos colectivos. En este mismo sentido, también son de interés para esta investigación los discursos jurídicos de la Corte Constitucional de Colombia. Así como en México, en Colombia la confrontación entre los intereses de pueblos indígenas y los de los gobiernos actuales en el campo jurídico se da en los divergentes sentidos ideológicos que se expresan en sus propuestas sobre desarrollo nacional, progreso, políticas públicas de interés social, etc. Por otro lado, a diferencia de México, la población indígena corresponde a menos de 2 % de la población, razón por la cual la cuestión indígena ha sido tratada en el campo jurídico como una cuestión de minorías (Semper, 2006).

Si bien la Constitución Política de Colombia de 1991 proclama derechos materiales y, además, crea instrumentos procesales para su defensa (acción de tutela, art. 86), es la creación de la Corte Constitucional (art. 239 y ss.) la institución más activa para la efectiva protección jurídica de tales derechos colectivos y la que ha proporcionado los criterios más favorables para la defensa y concreción de estos mismos.

En este sentido, la Corte ha afirmado que el Convenio 169 de la OIT (establecido como derecho nacional en la ley n.º 21/91) conforma, junto a las demás disposiciones constitucionales, lo que se ha llamado Bloque de Constitucionalidad, lo que

significa que sus sentidos deónticos e ideológicos tienen la misma jerarquía jurídica que los sentidos del texto constitucional. De ahí que gran parte de la jurisprudencia de este tribunal constitucional adquiera los sentidos más favorables de los derechos internacionales sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas, como, por ejemplo, en la sentencia SCC n.º SU-510/98 donde la Corte determina el área de aplicación del artículo 7^o¹⁹ de la Constitución en casos concretos, y establece una relación directa entre los principios de diversidad étnica y cultural, y los principios de democracia y pluralismo (preámbulo, art. 1 y 2), y asienta el sentido ideológico de la estructura pluralista del Estado colombiano:

Para la Corte, el principio de diversidad e integridad personal no es simplemente una declaración retórica, sino que constituye una proyección, en el plano jurídico, del carácter democrático, participativo y pluralista de la república colombiana y obedece a “la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental.” La Constitución Política permite al individuo definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en valores étnicos y culturales concretos, y no conforme a un concepto abstracto y general de ciudadanía, como el definido por los Estados liberales unitarios y monoculturales²⁰.

Por otra parte, para definir quiénes son los sujetos de derechos colectivos, la Corte Constitucional ha desarrollado el concepto de comunidad indígena por su larga tradición en el discurso jurídico colombiano, en contraposición al concepto amplio e internacionalmente vinculante de “pueblo indígena”. Así, aclara que “la comunidad indígena es un sujeto de derecho colectivo y no una acumulación de sujetos de derechos individuales”; abre, de esta forma, la posibilidad de que tales colectividades lancen mano de las acciones populares para la protección de sus derechos (SCC n.º T-380/93).

En relación con el territorio, la jurisprudencia constitucional afirma el derecho al resguardo como equivalente al derecho de sobrevivencia de las comunidades indígenas, poniendo atención especial al derecho a la vida, a la integridad étnica, cultural, social y económica de las colectividades:

DERECHO A LA PROPIEDAD COLECTIVA/RESGUARDO INDIGENA/DERECHO DE PETICION. *El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad*

19 Artículo 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.

20 Expediente T-141047. (1998). Actor: Alvaro de Jesús Torres Forero.

de los pueblos aborígenes. El derecho fundamental a la propiedad colectiva de los grupos étnicos lleva implícito, dada la protección constitucional del principio de diversidad étnica y cultural, un derecho a la constitución de resguardos en cabeza de las comunidades indígenas. El derecho fundamental de petición es aquí un medio o presupuesto indispensable para la realización de aquellos derechos²¹.

Además, la Corte reconoció la aplicación práctica del derecho a la propiedad, a través de afirmar la importancia de la delimitación territorial de los resguardos, y el derecho a la consulta previa en cuanto a decisiones y medidas del Estado que les afecten directamente. Para dar un ejemplo, con respecto a la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, la Corte ha afirmado que son medidas que constituyen grave amenaza para la integridad social, cultural y económica de las comunidades afectadas y su supervivencia como colectividad social, razón por la cual es obligatorio que el Estado colombiano realice la consulta previa determinada por la normatividad internacional en tales casos, con los siguientes objetivos:

CONSULTA DE COMUNIDAD INDIGENA. *La institución de la consulta a las comunidades indígenas ... comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar: a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios ... b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política ... c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad ...²².*

Uno de los criterios más interesantes elaborados por la Corte Constitucional Colombiana es la obligación de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas, establecido constitucionalmente y en el bloque de constitucionalidad. Así, este tribunal ha reiterado el discurso jurídico de que la efectividad del artículo 7 constitucional está condicionada a la concesión de un máximo de autonomía, con el objetivo de asegurar la supervivencia étnica, cultural, social y económica de las comunidades. En este sentido, ha reconocido la existencia del pluralismo jurídico representado por la producción y aplicación de derecho propio por comunidades indígenas organizadas:

21 Sentencia No. T-188/93. Expediente T-7281 (1993). Actora: Crispin Loaiza Vera y Otros.

22 Sentencia SU-039/97. Expediente T-84771 (1997) Peticionario: Jaime Córdoba Triviño, Defensor del Pueblo, en representación de varias personas integrantes del Grupo Étnico Indígena U'WA.

ESTADO/PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL. *El Estado tiene la especial misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente, labor que no deja de ser conflictiva, pues estas concepciones muchas veces son antagónicas e incluso incompatibles con los presupuestos que él mismo ha elegido para garantizar la convivencia ... el Estado tiene que hacer compatible su deber de preservar la convivencia pacífica dentro de su territorio, garantizando los derechos de sus asociados en tanto ciudadanos, con el reconocimiento de sus necesidades particulares, como miembros de grupos culturales distintos. En esta tarea, además, le está vedado imponer una concepción del mundo particular, así la vea como valiosa, porque tal actitud atentaría contra el principio de respeto a la diversidad étnica y cultural y contra el trato igualitario para las diferentes culturas, que el mismo ha reconocido*²³.

Con este discurso jurídico de la Corte, el Consejo Superior de la Judicatura ha desarrollado, en el año de 2010, el Atlas para la jurisdicción especial indígena, proyecto financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo que recompila las normas de las diferentes etnias, con el objetivo de proporcionar un más fluido diálogo intercultural entre jurisdicciones²⁴.

Conclusiones

La realidad pluriétnica y multicultural de nuestras sociedades impone, al campo jurídico, un constante desarrollo discursivo, sea para la protección y garantía de los intereses más básicos de los pueblos y comunidades indígenas en lucha y resistencia, sea para seguir permitiendo la reproducción del capitalismo dependiente y el colonialismo en América Latina. Este breve trabajo buscó encontrar el discurso jurídico que permite el desarrollo de las formas de reproducción de la vida de estas colectividades, teniendo en perspectiva que en el contexto político actual brasileño el discurso de los derechos humanos de los pueblos indígenas se encuentra bajo un agresivo ataque por parte de la agroindustria nacional, pero también por parte del gobierno brasileño, de corte neoliberal y neoextrativista.

Partiendo del sistema jurídico brasileño, que si bien ha incorporado el discurso de los derechos humanos y más específicamente el discurso internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas a su ordenamiento, se ha podido verificar cómo el discurso jurisprudencial de la suprema corte brasileña tiene aún hoy muchos rezagos con respecto a la ideología de tribunales internacionales y de otros países de Latinoamérica.

23 Sentencia No. T-523/97. Expediente T-124907. (1997). Actor: Francisco Gembuel Pechene. Demandado: Luis Alberto Passu, Gobernador del Cabildo Indígena de Jambaló y Luis Alberto Finscue, presidente de la Asociación de Cabildos de la Zona Norte del Departamento del Cauca.

24 Recuperado el 19 de septiembre de 2019 de: <http://juriscol.banrep.gov.co:8080/basisjurid_docs/jurisprudencia/juris_buscar_cortec_cont.html>.

En este sentido, es que pasamos a presentar algunos de los criterios presentes en la jurisprudencia de otros tribunales que, de acuerdo con nuestro análisis sociosemiológico crítico, podrían ser absorbidos por el discurso jurídico de la Suprema Corte Brasileña. Es el caso del discurso de protección de los derechos humanos de los grupos indígenas como derechos de sujetos colectivos. Tanto la CIDH como los tribunales mexicano y colombiano argumentan en el sentido de que tales derechos pueden y deben ser respetados como derechos de colectividades, y que pueden ser reclamados por cualquiera que autoadscriba como miembro de una comunidad, pueblo o nación indígena. Además, la CIDH y la Corte Constitucional Colombiana afirman, categóricamente, que tales derechos no son solamente la suma o acumulación de derechos individuales, sino que deben ser entendidos y protegidos como derechos humanos colectivos.

Pero, seguramente, el discurso jurídico con respecto al derecho colectivo al territorio y los recursos naturales es de los más importantes para la preservación de los pueblos y comunidades, su integridad y reproducción como colectividades en su diversidad étnica y cultural. En este sentido, la jurisprudencia de la CIDH es de fundamental importancia, debido a que sus criterios de ejercicio del derecho como colectividad, así como la atención al sentido ideológico que las diversas cosmovisiones tienen del concepto de territorio, marcan la perspectiva garantista de los derechos internacionales de los pueblos y comunidades indígenas. Además, la CIDH ha afirmado categóricamente que el derecho colectivo al territorio supone también el derecho a todos los recursos naturales de su superficie y subsuelo.

Así, antes de desarrollar condicionantes para respetar y proteger el derecho colectivo al territorio que tienen los pueblos indígenas de acuerdo con el derecho internacional, la Suprema Corte Brasileña tiene el soporte de la jurisprudencia internacional para establecer un discurso jurídico más favorable a tales comunidades; este es el ejemplo que encontramos en la jurisprudencia de la SCJN mexicana, cuando afirma la centralidad del derecho de propiedad territorial colectiva como fundamento para la reproducción de la vida social colectiva de sus pueblos y comunidades indígenas. Lo mismo con respecto a la Corte Constitucional colombiana, que obliga al Estado a garantizar el derecho a los resguardos como un derecho consolidado en la normativa internacional como derecho colectivo.

De ahí que todos los criterios presentados por estos tribunales sobre la consulta establecida por el Convenio 169 de la OIT como una obligación de los Estados cuando propongan cualquier actividad que pueda afectar el territorio y la supervivencia de los indígenas como pueblos se vuelve de especial interés. De entre los argumentos jurisprudenciales presentados, la Suprema Corte Brasileña debería dar especial atención a la afirmación de que la consulta debe ser culturalmente adecuada como sinónimo de desarrollo de la interculturalidad, como práctica

constante de nuestras sociedades, de manera que le otorgue la debida importancia a la consulta para garantizar el derecho a la libre determinación de los pueblos. Además, resulta fundamental acompañar los avances de las comisiones especiales sobre pueblos indígenas de la ONU, toda vez que incitan a los Estados a respetar los protocolos de consulta realizados por las comunidades afectadas, además dispensar especial atención a los procesos de autoconsulta, pues permiten afirmar el derecho a la autonomía de los pueblos y su capacidad de organización política, social, económica y también jurídica.

Por fin, la jurisprudencia colombiana trae uno de los argumentos más importantes para la defensa y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas, esto es, el discurso que afirma que la estructura pluralista del Estado no es una declaración meramente retórica, sino que debe ser entendida y defendida como la aceptación real de la multiplicidad de formas de vida y cosmovisión presentes en nuestros Estados latinoamericanos. Este argumento también ha permitido a la Corte Colombiana afirmar que la definición de la identidad se debe dar conforme a valores éticos y sociales concretos, y no conforme a un concepto abstracto de ciudadanía. Solo así será posible adaptar el derecho a la realidad social y construir una verdadera democracia inclusiva y participativa. Este es un argumento que, a la vez, es totalmente compatible con el sistema jurídico internacional de derechos humanos de los pueblos indígenas, pero que también es compatible con el texto constitucional brasileño y, por lo tanto, debería ser tomado en cuenta en la toma de decisiones sobre el destino de sus pueblos y comunidades.

A partir de esta consideración, el discurso jurisprudencial colombiano de maximización de la autonomía indígena es también totalmente compatible con el sistema jurídico brasileño y, si fuera utilizado en los litigios, podría ser favorable también para garantizar un mayor grado de autonomía y libre determinación a tales colectividades en Brasil, toda vez que permite afirmar la obligación de los Estados de respetar la diversidad de formas de reproducción de la vida y organización colectivas existentes. De esta manera, los pueblos indígenas brasileños tendrían más herramientas jurídicas para trabar la batalla en este campo de lucha, en defensa de la protección de sus territorios y recursos naturales contra la investida de intereses capitalistas nacionales y transnacionales.

Referencias

- Anaya, J. (1 de julio de 2013). *Las industrias extractivas y los pueblos indígenas* (Informe del relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas). Consejo de Derechos Humanos. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10177.pdf>



- Batista, J. P. & Guetta, M. (2016). *O marco temporal e a reinvenção das formas de violação dos direitos indígenas*. https://pib.socioambiental.org/pt/O_marco_temporal_e_a_reinven%C3%A7%C3%A3o_das_formas_de_viola%C3%A7%C3%A3o_dos_direitos_ind%C3%ADgenas
- Brum, E. (16 de enero de 2019). O chanceler quer apagar a história do Brasil. En *El País*. https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/16/opinion/1547664512_125565.html
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (30 diciembre de 2009). *Derechos de los Pueblos Indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. (Doc. 56/09. OEA/Ser.L/V/II.)
- Constituição da República Federativa do Brasil. (1988). https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_03.07.2019/CON1988.asp
- Convención Americana de Derechos Humanos. (1969). Organización de los Estados Americanos. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Convenio número 169. (1989). Ginebra: Organización Internacional del Trabajo. www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169
- Corpuz, V.R. (28 de junio de 2018). *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. (A/HCR/39/17/Add.2). Informe de la relatora especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su visita a México. Consejo de Derechos Humanos. ONU.
- Correas, Oscar. (2010). *Crítica de la ideología jurídica. Ensayo Sociosemiológico*. Coyoacán.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (1948). Organización de los Estados Americanos. <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
- Decreto n. 6.040. Instituye la Política Nacional de Desarrollo Sostenible de los Pueblos y Comunidades Tradicionales. Brasil (PNDPCT). (7 de febrero de 2007). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm.
- Instituto de Democracia y Derechos Humanos & Fundación Konrad Adenauer (Ed.). (2017). *Avances y retos en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales. Reflexiones del primer conversatorio en jurisprudencia interamericana*. IDEHPUCP; Pontificia Universidad Católica; KAS.
- Folha de S. Paulo. (15 de diciembre de 2018). *Questionado sobre futuro da FUNAI, Bolsonaro diz que Moro está sobrecarregado*. <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/12/questionado-sobre-futuro-da-funai-bolsonaro-diz-que-moro-esta-sobrecarregado.shtml>.

- Lima, L. (2018). *Los sujetos del Convenio 169 y los Protocolos Autónomos de Consulta Previa desde la experiencia de Brasil: retos para la interculturalidad y jusdiversidad* [mimeo]. Brasil: Observatório Protocolos de Consulta e Consentimento Livre, Prévio e Informado.
- Marés, C. F. & Lima, L. A. (2008). Marco temporal como retrocesso dos direitos territoriais originários indígenas e quilombolas. En Associação Nacional dos Procuradores da República (Ed). *Índios, Direitos Orginários e Territorialidade*. Ministério Público Federal
- Nascimento, M. & Moreira, E. (2018). *Direitos Indígenas Fundamentais e a sua tutela na ordem jurídica brasileira*. <https://www.ambito-juridico.com.br>.
- Organización de las Naciones Unidas. (17 de mayo de 2010). *Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*. (Informe del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas). Consejo de Derechos Humanos. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8002.pdf>
- Parecer n. 001/2017/GAB/CGU/AGU. (2017). *Brasil: Diário Oficial da União*. de <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-agu-raposa-serra-sol.pdf>.
- Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3). (2010). Brasil: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/NHRA/ProgrammaNacionalDireitosHumanos2010.pdf>
- Semper, F. (2006). *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. Recuperado el 10 de agosto de 2019 de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21731.pdf>
- Stavenhagen, R. (2007). *Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*. (A/HRC/6/15. 15/11/2007). Consejo de Derechos Humanos. 6º período de sesiones. Tema 3. General.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2014). *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren personas, comunidades y pueblos indígenas*. (2ª ed.). México: Dirección General de Comunicación y Vinculación Social. https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/nueva_version_ProtocoloIndigenasDig.pdf

