
Demarcación territorial y las comunidades indígenas: reflexiones acerca de la responsabilidad civil*

Territorial demarcation and indigenous communities:
reflections about civil liability

Thais Janaina Wenczenovicz**

Universidad del Estado de Rio Grande do Sul. Brasil

t.wencze@terra.com.br

RESUMEN

La Constitución de la República Federal del Brasil de 1988 y el Decreto 505 de 2004, que ratifica la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo en Brasil, garantiza de los pueblos indígenas la posición exclusiva de sus territorios y el respeto de su organización social, costumbres, lenguaje, creencias y tradiciones, consolidando el Estado Democrático y Pluriétnico de Derecho. El estudio analiza a las comunidades indígenas en Brasil y la trayectoria histórica de la legislación territorial y las demarcaciones de las tierras de los pueblos originarios.

Palabras clave: Comunidades indígenas, Demarcación territorial, Responsabilidad civil.

ABSTRACT

The Constitution of the Federal Republic of Brazil of 1988 and Decree 505 of 2004, which ratifies the Convention 169 of the International Labor Organization in Brazil, guarantees indigenous peoples the exclusive position of their territories and respect for their social organization,

Fecha de recepción: 12 de octubre de 2016

Fecha de aceptación: 28 de octubre de 2016

Como citar este artículo: Wenczenovicz, T. (julio-diciembre, 2016). "Demarcación territorial y las comunidades indígenas: reflexiones acerca de la responsabilidad civil". *Revista Diálogos de Saberes*, (45). Universidad Libre (Bogotá).

* Artículo de reflexión.

** Doctora en Historia de la Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul. Post-doctorado en Historia UFRGS y del Instytut Studiów Iberyjskich i Iberoamerykańskich Uniwersytetu Warszawskiego-Polonia. Post-doctorado en Educación-CAPES/UNIOESTE. Profesora asistente/ investigadora en la Universidad del Estado de Rio Grande do Sul/Brasil. Evaluadora del INEP - BNI ENADE/MEC. Miembro del Comité Internacional de la Alianza Global de Medios de Comunicación y Género (GAMAG) - UNESCO. Profesora colaboradora del Programa de Posgrado en Educación en la Universidad del Paraná/Unioeste y el Programa de Posgrado en Derecho en la Universidad del Oeste de Santa Catarina/UNOESC.

customs, language, beliefs and traditions, consolidating the Democratic and Multiethnic Rule of Law. The study analyzes the indigenous communities in Brazil and the historical trajectory of the territorial legislation and the demarcations of the lands of the native people.

Key words: Indigenous communities, Territorial demarcation, Civil liability.

INTRODUCCIÓN

Discutir el proceso de ocupación y poblamiento de las tierras brasileras exige volver a ver la resignificación del pasado. Conocemos que la historia de la nación brasilerana pasa por el reconocimiento de las poblaciones nativas. La diversidad sociocultural y étnica de los indígenas brasileros, en el siglo XVI, cuando Cabral llegó al Brasil, es estimada en cerca de cinco millones de indios, conformando más de mil etnias y hablantes en más de mil trescientas lenguas (Ribeiro, 1995, cap. I).

Sus culturas materiales e inmateriales registran en gran escala conocimiento e historicidad socio-cultural complejos; evolucionados en muchos aspectos, interesantes por sí mismas y portadoras de significativos valores para el mundo moderno, como el respeto por la naturaleza y un modo de vida sustentable. Así mismo, la degradación de las culturas tradicionales por el contacto asiduo con las comunidades “civilizadas” fue rápido y con grandes transformaciones en las relaciones materiales y socio-culturales en procedimiento de prácticas asimilatorias.

Actualmente, el Brasil posee una extensión territorial de 851'196,500 hectáreas, ósea, 8'511,965 km². Las tierras indígenas, suman 698 hectáreas, ocupando una extensión total de 113'597,452 hectáreas o 1'135, 975 km². Por consiguiente, 13.3% de las tierras del país son reservadas a los pueblos indígenas,

conforme escriben en sus datos el Instituto Socio Ambiental (2015). Y además, de acuerdo con el ISA:

“La mayor parte de las TIIs[Tierras Indígenas] se concentran en la Amazonía Legal: son 422 aéreas, 111'401, 207 hectáreas, representando 22>25% del territorio amazónico y 98. 42% de extensión de todas las TIIs del país. El restante, 1. 58% se disemina por las regiones Noreste, Sureste, Sur y el Estado de Mato Grosso del Sur (ISA, 2015).

En esa afirmación, el artículo tiene por objetivo analizar la trayectoria histórica de la legislación territorial y las demarcaciones de las tierras de los pueblos originarios. También se propone hacer una lista de elementos acerca de la demarcación de las tierras indígenas en el Brasil, en las dos últimas décadas. Los conflictos que son visibles y que están teniendo impacto son fruto de las demandas de creación y/o ampliación de las tierras indígenas en zonas que fueron colonizadas en el siglo XV, hoy día densamente pobladas por diversos grupos humanos que poseen vínculos sociales, económicos y culturales con los mismos.

Sin embargo, reconocemos que desterritorialización de las comunidades y reterritorialización de los pueblos indígenas, habitualmente genera impactos de grandes proporciones. Sin embargo, por los límites de este artículo, trataremos apenas de la perspectiva legal problematizando las cuestiones que se relacionan con la

evolución legal y la jurisdicción sobre algunos casos, agregando el origen de la demanda indígena por nuevas tierras y su etnogénesis del conflicto.

El presente artículo se divide en cuatro partes. La primera destaca el marco regulatorio jurídico frente a las demarcaciones de tierras indígenas. La segunda comprende la necesidad de una interpretación sistemática de la legislación aplicable a las demarcaciones y traza elementos relativos a la interpretación frente a las demarcaciones después de 1988. La tercera, aborda aspectos de la Constitución Federal de 1988 y temas tangentes a la legislación, específicamente de las comunidades nativas y algunos de sus desarrollos. La cuarta y última parte aborda las demarcaciones en tierras indígenas.

1. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS DEMARCACIONES

La incidencia de normas jurídicas sobre las tierras brasileras se dio con la llegada de los portugueses, cuyas leyes pasaron a entrar en vigor sobre todo el territorio. Históricamente, los pueblos originarios que vivían en el Brasil en el siglo XV y XVI sufrieron una serie de violencias por parte de los europeos que llevaron a muchos a la extinción o hacia un fuerte descenso. Otros fueron expulsados de sus tierras y hasta hoy sus descendientes no se recuperan.

Los derechos de los indígenas a la preservación de sus culturas originarias, a la posesión territorial y al disfrute exclusivo de sus recursos, son garantizados constitucionalmente, entretanto, en la práctica cotidiana, la realización de

esos derechos tiende a demostrarse distante y controversial, siendo cercada de violencia, corrupción, asesinatos, despojo, falsificación de documentos y otros crímenes. Esas y otras acciones han originado innumerables protestas tanto locales, regionales, nacionales e internacionales¹ generando interminables disputas en las Cortes de justicia y en el Congreso Nacional.

La Constitución Imperial de 1824, promulgada luego después de la independencia, trae en el art. 179 la garantía de la “inviolabilidad de los derechos civiles y políticos de los ciudadanos, que tienen por base la libertad, la seguridad individual y la propiedad” y el inciso XXII de ese mismo artículo aseguraba garantizar “el derecho a la propiedad en toda su plenitud”, normas de derecho, trazadas y detalladas en un régimen particular de ocupación y uso de la tierra por medio de garantía de propiedad, que solo llegó a ser creado en el año 1850, más precisamente el 18 de septiembre, cuando se promulgó la Ley 601, conocida como la “Ley de Tierras” (Constitución Federal, 1824). De acuerdo a Fonseca:

¹ Los Estados miembros de las Naciones Unidas asumirán, por medio del “World 2005 Summit”, el compromiso primario con la responsabilidad de proteger (R2P) sus poblaciones contra crímenes de atrocidades, así los considerados son: El genocidio (Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio, de 1948; los crímenes de guerra (Estatuto de Roma), los crímenes contra la humanidad (Estatuto de Roma), y la limpieza étnica (Naciones Unidas, 2005). De esta forma, la comunidad internacional se compromete a dar soporte a los Estados para el logro de ese fin, si los estados no cumplen con su responsabilidad. El compromiso fue formalizado en los párrafos 138 y 139 del Documento Final del Encuentro Mundial 2005, de la 60 sesión de la Asamblea General de la Organización de las naciones Unidas (ONU) (CIMI, 2015).

“Dada la ausencia completa de un régimen jurídico de la propiedad desde la derogación del sistema de concesiones de tierras, se establece que la única manera de adquirir los terrenos baldíos (pertenecientes al Estado) sería la compra y venta, terminando, al menos en el marco legislativo, con la centenaria práctica de la adquisición de la propiedad de la tierra por medio de la posesión (art. 1)” (Fonseca, 2005, p. 108).

En las normas relativas a las zonas indígenas, que se remontan al Periodo Colonial y el Periodo Imperial, se destaca la Ley 601 de 1850.² Esta norma retornó al dominio público las áreas concedidas al sistema de tierra abandonada y no ocupada adecuadamente, creando el concepto de “tierras libres”, que serían todas aquellas que no estuviesen en dominio particular (art. 3° y 12). Dentro de las tierras libres, esa misma Ley garantizó a los indígenas la propiedad sobre las tierras que ocupasen, determinando que ellas eran reservadas.

La Ley de Tierras evidenció el propósito del derecho brasileiro, en la época, para asegurar las tierras como propiedades privadas o públicas, de manera que, a partir de la definición de un régimen jurídico, podrían ser tratadas como mercaderías. Añade Fonseca:

² Dispone sobre las tierras abandonadas en el Imperio, y acerca de las que son poseídas por título de concesión sin el llenado de condiciones legales, bien como por simple título de posesión pacífica y tranquilo; y determina que, medidas y demarcadas las primeras, sean ellas cedidas a título oneroso, así para empresas particulares, como para el establecimiento de colonias de nacionales o extranjeros, esto autorizado por el Gobierno para promover la colonización extranjera según la ley (Ley de Tierras, 1850).

“No puede haber libre circulación de la propiedad, dentro de un sistema capitalista moderno, sin que haya una definición mínima y clara sobre los extremos de la propiedad de cada uno y lo que es propiedad del Estado (en términos modernos ahora, y no como algo que puede ser objeto de donaciones o recompensas)” (Fonseca, 2005, p. 110).

Posteriormente, la Constitución Republicana de 1891 transfirió a los Estados las “tierras libres”, manteniendo la obligación de reservar las áreas ocupadas por los indígenas. A título de ejemplo, el Estado de Río Grande del Sur demarcó las áreas ocupadas por indígenas en su territorio entre 1911 y 1918, creando 11 reservas. Esas abrigarían toda la población indígena conocida en la época, entonces con 2.800 personas, y poseían un área total de 92, 292.51 hectáreas (FUNAI, 2015).

Según Araujo, la primera Constitución de la República de 1891 no incluía a los indígenas ni sus derechos territoriales estaban en ella reconocidos, aunque algunas de las Constituciones estatales les otorgasen algunos derechos territoriales. Por medio de esta Carta, las “tierras libres”, hasta entonces sometidas directamente a la Unión, fueron entregadas a los Estados. Como muchas tierras indígenas estaban incluidas en esta categoría, crearon las condiciones para actividades de explotación y *grilagem*,³ incluyendo en zonas

³ Es un término que se asigna, en el Brasil, para quien falsifica los documentos para, ilegalmente, tomar posesión de tierras abandonadas o de terceros, así como de predios sin adjudicar. La venta de tierra perteneciente al sector público o de propiedad particular mediante falsificación de documento de propiedad del área también constituyen *grilagem*. En el Brasil, el total de tierras bajo sospecha de *grilagem* es de aproximadamente 100 millones de hectáreas. Entre los factores que facilitan la falsificación de los

de frontera, áreas excluidas en la reasignación original de tierras libres por cuestiones de seguridad nacional.

El Gobierno Federal solo demarcaba tierras indígenas después de los acuerdos con los gobiernos estatales y municipales, agravando la política de segregación. Sin condiciones de sobrevivir en sus pequeñas reservas, muchos indígenas se vieron obligados a dejarlas para buscar sustento entre los blancos, como operarios de construcción en la agricultura, una mano de obra no calificada y barata que podía ser maltratada y dispensada en cualquier momento sin cualquier amparo o garantía.

La corrección de la omisión de la Constitución de 1891, la Constitución de 1934 y todos las demás reconocieron el derecho de los indígenas a la propiedad de las tierras que habitan tradicionalmente. A partir de 1940, los pueblos originarios y comunidades indígenas se tornaron de interés y objeto de estudios para diversas áreas del conocimiento.⁴

El principal motivo de estos estudios ocurrió debido al alto índice de mortalidad de las comunidades indígenas. Según Pinsky (2008, pp. 1-19), la población total de indígenas había caído para cerca de 120 mil individuos, y continuaba en declinación. En 1961 fue creado el Parque Nacional del Xingu, una vasta área de conservación natural donde viven

títulos de la tierra, están la carencia de un sistema unificado del control de la tierra y la naturaleza contradictoria de los notarios –servicio público del Estado–, delegado a la explotación en carácter privado (INCRA, s. f.).

⁴ Estudios realizados por antropólogos, sociólogos, etnólogos, historiadores, ambientalistas y filósofos.

muchos pueblos nativos, que rompió con el paradigma anterior teniendo como premisa el derecho de los pueblos de preservar su cultura en su entereza y autenticidad, vedado de la influencia de la civilización occidental y rodeado del ambiente natural necesario para que esas tradiciones se preserven continuamente.

Durante los 21 años en el que prevalece el régimen militar, los nuevos instrumentos enlistaron cuestiones indígenas. Dentro de ellas se pueden citar la Enmienda Constitucional n° 1/69, que estableció las tierras indígenas como patrimonio de la Unión. También reconoció el derecho al usufructo exclusivo de los recursos naturales existentes en sus tierras, a su derecho de representación judicial y a declarar la nulidad de actos que amenacen la posesión de tierras por parte del pueblo indígena, invalidando los argumentos basados sobre supuestos derechos adquiridos por otros. Estas medidas impulsaron debates y controversias, esencialmente porque fueron vistas como amenaza a la propiedad privada.

En este periodo, el órgano que debería proteger a los pueblos indígenas era el SPI –Servicio de Protección al Indio–, sin embargo de frágil actuación, se torno dispensable en función de su inoperancia. Ese organismo no era efectivo en sus funciones y poseía innumerables denuncias de irregularidades, omisión y corrupción. El Servicio acabó siendo cerrado en 1967, siendo sustituido por la Fundación Nacional del Indio (FUNAI). Tratando de contener las críticas, el Gobierno se comprometió a dedicar más atención a los pueblos indígenas, que finalmente condujeron a la creación del Estatuto del Indio.

1. 1 Sobre el Estatuto del Indio

Entre las numerosas dificultades que enfrentan las personas que han operado las demarcaciones indígenas está el utilizar indistintamente el Decreto 1.775/96. La regulación de la demarcación no se realiza directamente por el Decreto 1.775/96, pero sí por la Ley 6.001/73 - Estatuto del Indio, que fue recibido por la Constitución de 1988 en su mayor parte.

La Ley 6.001/73 diferencia las áreas indígenas en cuatro tipos:

a. Tierras ocupadas: son aquellas con posesión definitiva y permanente por indios que las habitan, independientemente de la demarcación, definidas como bienes inalienables de la Unión. Esas son tierras a las que se refiere el encabezado del art. 231 de la CF, que trataba de regularizar las áreas ya ocupadas tradicionalmente y todavía no demarcadas.

b. Áreas reservadas: donde el Estatuto del Indio define que la Unión puede establecer áreas indígenas reservadas a través de compra o expropiación, en cualquier lugar.

I. Reserva indígena – es el hábitat con los medios para subsistencia;

II. Parque indígena – es el área contenida en posesión de los indios integrados y para la preservación ambiental, como el Parque de Xingu;

III. Colonia agrícola indígena – área para la explotación agropecuaria, administrada por la FUNAI, donde conviven indios aculturado y miembros de la comunidad nacional.

c. Territorio federal indígena: que sería la unidad subordinada administrativa para

la Unión, prevista en la región en la que al menos un tercio de la población se compone de indígenas. Se entiende que no fue aprobada por el tipo CF/88. Con el aumento de la población indígena se instituyó por medio de la Ley Complementaria y Plebiscito conforme al art. 18, apartado 2 y 3 de la Constitución Federal.

d. Tierras de dominio indígena: son aquellas adquiridas en forma de ley civil, por el indígena o la comunidad, inclusive por la prescripción adquisitiva. Equivale a la propiedad civil común (Ley 6.001/73).

Todavía según el Estatuto, las áreas reservadas poseen las siguientes modalidades:

- Reserva Indígena, en los moldes descritos arriba.
- Colonia Agrícola Indígena, que tiene una ocupación mixta entre pueblos indígenas aculturados y los no indígenas. La idea era conciliar los conflictos entre las reivindicaciones del área indígena con los intereses de los no indios que ya ocuparon el área en cuestión.
- Territorio Federal Indígena, que sería una unidad administrativa subordinada a la Unión en la cual por lo menos un tercio de la población estaría compuesta por indígena. Esta modalidad nunca fue realizada.
- Parque Indígena, inspirada en la creación del Parque Nacional de Xingu, sería “área contenida en la tierra en manos de los indios”, asociada a la preservación ambiental.

La aplicación del Estatuto, considerando a las nuevas directivas, se manifestó compleja e improductiva, pues llegó rodeada de acciones burocráticas. En 1988 surge una norma

mayor –una nueva Constitución que pasó a admitir el multiculturalismo, en el cual entraría en conflicto con algunas hipótesis básicas en cuanto a la cuestión indígena–. Esto, a su vez, se enfrentaría a los mismos problemas de Estatuto para su implementación y la regulación en lo que sería el derecho de los pueblos indígenas.

Según Oliveira (2016, pp. 203-204), anteriormente, la política indigenista era regulada por una ley ordinaria, sus fundamentos dependían sin embargo de menciones comunes y fragmentarias encontradas en constituciones anteriores, creándose así un amplio campo de inferencias inciertas y revocables. La jurisprudencia tenía que ocupar un espacio vacío resultante de la ausencia de una base doctrinaria ya que el Estatuto del Indio, del 19 de diciembre de 1973, se introducía una perspectiva asimilacionista, eufemizada por el favorecimiento de un “proceso de aculturación libre y espontánea” (como estipulaba el artículo 1°, Ítem I, letra d, de la Ley n° 5.371/67, de la creación de FUNAI). En función de este cambio radical, las políticas públicas y asistenciales deben contribuir para el mantenimiento y fortalecimiento de las culturas indígenas.

2. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL

La Constitución Federal de 1988 definió expresamente que las tierras tradicionalmente ocupadas por los indígenas son bienes de la Unión (art. 20, inciso XI), reiterando a la de 1967, bien como reconoció a los indígenas los derechos originarios sobre la tierra que tradicionalmente ocupan y poseen permanente, compitiendo a la Unión demarcarlas (art. 231 y § 2°). También prohibió la remoción de los grupos indígenas de sus tierras (art. 231 y § 5°),

no pudiendo ser promovida la movilización de comunidades indígenas, salvo situaciones extremas de calamidad y otras.

En este contexto es relevante apuntar que las Tierras Indígenas, objetivamente hablando, serían aquellas cuyos criterios para definición fueron establecidos por la Constitución de 1988. Con respecto a la tierra indígena llamada por el Estatuto del Indio –las reservadas y las de dominio de las comunidades indígenas– no hay una posición a la que se puede llamar unánime sobre si aplicar o no las reglas constitucionalmente definidas para las áreas ocupadas tradicionalmente.

Con respecto a las Tierras Indígenas, la Constitución del 88 dispone además que:

- Se incluyen dentro de los bienes de la Unión (art. 20, XI);
- son destinadas la posesión permanente por parte de los indios (art. 231, §2);
- son nulos y extintos todos los actos jurídicos que afecten esa posesión, salvo relevante de interés público de la Unión (art. 231, § 6);
- solo los indígenas pueden usufructuar las riquezas del suelo, los ríos y los lagos en ellas existentes (art. 231, § 2);
- el aprovechamiento de sus recursos hídricos, ahí incluidos los potenciales energéticos, la investigación y la minería de las riquezas minerales, solo pueden ser efectivizado con autorización del Congreso Nacional, escuchados las comunidades afectadas, lo que permitió la participación parte de los resultados de la minería (art. 231, § 3, art. 49, XVI);
- es necesaria una ley ordinaria que fije las condiciones específicas para la explotación

mineral y de recursos hídricos en Tierras Indígenas (art. 176, § 1);

- las Tierras Indígenas son inalienables e indisponibles, y el derecho sobre ellas es imprescriptible (art. 231, § 4);
- está prohibido remover a los indígenas de sus tierras, salvo casos excepcionales y temporarios (art. 231, § 5).

Las disposiciones constitucionales transitorias, fijadas en un término de cinco años para que todas las Tierras Indígenas en Brasil fuesen demarcadas. El plazo no se cumplió y las demarcaciones todavía son asunto pendiente.

Según el Consejo Indigenista Misionario:

“Permanece el cuadro de omisión de los poderes públicos, que se niegan a respetar y cumplir la Constitución Federal con respecto a la demarcación, la protección y la fiscalización de las tierras; permanece a la realidad de agresiones a las personas que luchan por sus legítimos derechos, tales como asesinatos, golpes, amenazas de muerte; se agravan los ataques contra las comunidades, especialmente aquellas más fragilizadas y que viven en los campos; permanece la invasión y devastación de las tierras demarcadas” (CIMI, 2015. p. 11).

Se aseguró también a las comunidades indígenas nuevos preceptos constitucionales, garantizándoles el respeto a su organización social, costumbre, lengua, creencias y tradiciones. Sin riesgo a equívocos, por primera vez, se reconoce a los indígenas en Brasil el derecho a la diferencia; es decir, que son nativos y han de permanecer indefinidamente como tales. Se indica en el primer párrafo del artículo 231 de la Constitución que “son reconocidas a los indios su organización social, costumbres, lenguas, creencias y

tradiciones, así como los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, compitiendo a la Unión demarcarlas, proteger y garantizar el respeto de todos sus bienes” (Constitución Federal, 1988).

En análisis al texto constitucional en su totalidad (1988), se pueden encontrar otros dispositivos que se refieren a los pueblos indígenas:

- La responsabilidad de defender judicialmente los derechos indígenas se incluye dentro de las atribuciones del Ministerio Público Federal (art. 129, V).
- Legislar sobre poblaciones indígenas y asunto de competencia exclusiva de la Unión (art. 22. XIV).
- Procesar y juzgar la disputa sobre derechos indígenas y competencia de jueces federales (art. 109. XI).
- El Estado debe proteger las manifestaciones de las culturas populares inclusive indígenas (art. 215, § 1).
- Respeto a la utilización de sus lenguas maternas y procesos propios de aprendizaje (art. 210, § 2).

La Constitución escribió en su cuerpo jurisdiccional el derecho de los indígenas, individualmente o sus comunidades y organizaciones, de hacerse representar en juicio de sus derechos e intereses, usando al Ministerio Público para la intermediación en todos los procesos. Con la aprobación del nuevo Código Civil en 2002, los indígenas fueron retirados de su condición de tutelados, garantizándoles mayor autonomía jurídica, sujeta a reglamentación especial. Sin embargo, se puede decir que esta regulación tampoco ha progresado. A pesar

de que los indígenas mantienen el usufructo de los riquezas de la tierra, de los ríos y de los lagos existentes en sus tierras, ellas constituyen patrimonio de la Unión, y cabe al Congreso autorizar la explotación de esos recursos por otros, de acuerdo a las regulaciones complementarias y escuchadas las comunidades afectadas, asegurándoles la participación en los resultados de las explotaciones (Magalhães, pp. 16-20)

Las implicaciones prácticas para la política indígena de las nuevas directivas constitucionales se sintieron muy lentamente. Derrotada en su demanda, la revocación del antiguo artículo 198, que llegó a ser incorporado en la nueva Constitución, la FUNAI pasó a ignorar el texto de la Carta Magna gestionando los asuntos indígenas en conformidad con sus propias rutinas y asegurada en la Ley n° 6. 001/73. En las prácticas cotidianas de la agencia indigenista, el régimen tutelar continuó en vigor como si nada diferente hubiese acontecido. Uno de los últimos líderes de la Funai, que permanecieron en funciones desde 2003 a 2007, se declaraba un defensor convicto del indigenismo rondoniano y consideraba peligrosas las discusiones sobre la flexibilización de la tutela (Oliveira, 2016, p. 205).

Diversos dispositivos legales en años recientes contemplaron intereses indígenas, en áreas como la salud, medio ambiente, educación, patrimonio arqueológico e inmaterial, asistencia social, apoyo a la producción y regulación de la tierra. Según Oliveira:

“Con respecto a la educación indígena, el MEC ha llegado a actuar sobre la transferencia de fondos a los municipios, directa-

mente responsable de la educación básica. A pesar de la Funai, en algunos lugares, mantuviese convenios con los municipios o con las Fuerzas Armadas, especialmente en las zonas fronterizas, el entendimiento más común fue que, a principios de la educación indígena, se trataba de una atribución de la agencia indígena. Por lo tanto, las autoridades municipales, en su mayoría, eran sorprendidas con los aportes de recursos y con sus nuevas responsabilidades asistenciales. Fue organizado por el MEC un Consejo Nacional de Educación Indígena, de carácter normalizador y fiscalizador, bien como instituidos consejos es tales (algunos bastantes operativos). En todas estas instancias, las organizaciones de profesores indígenas se lo hicieron representar, teniendo una participación bastante activa y colaboradora, proporcionando referencias críticas y proposicionales a partir de sus experiencias culturales específicas” (Oliveira, 2016, p. 208).

Las nuevas dimensiones integrarán la nueva realidad jurídica, esencialmente debido a la situación compleja y problemática de los pueblos indígenas en todo el mundo, siendo motivo de debates en congresos y foros internacionales.

En ese contexto, surgen los organismos y comisiones para abordar y ayudar a solucionar los problemas colectivos y singulares. Iniciativas de amplio espectro fueron desarrolladas por las Naciones Unidas y sus asociadas, como la Organización Internacional del Trabajo y la UNESCO que resultarán en convenciones internacionales y parámetros reguladores de las relaciones entre no indios e indios, procurando asegurar los derechos de ambos en armonía mutua, protegiendo a los indígenas particularmente por su condición vulnerable e históricamente oprimida.

La Convención n° 169 adopta en la 76ª Conferencia Internacional del Trabajo y ratificada por el Congreso el 20 de junio de 2002, garantizó a las comunidades indígenas elementos relativos a la protección de sus culturas, defendiendo el multiculturalismo. La Declaración de la Naciones Unidas sobre el Derecho de Pueblos Indígenas de 2007, reiteró los derechos de los indígenas a una vida autónoma, segura y plena, enfatizando la necesidad de “consentimiento previo, libre e informado” en caso de uso de sus tierras por otros, además de reconocer la validez de instituciones indígenas no formales que rigen internamente la vida de las comunidades, bien como el derecho a la propiedad intelectual.

Como dice Oliveira:

“La Convención 169, sobre pueblos indígenas y tribales, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), vino a tener gran importancia en el escenario brasilero, pues permitía esclarecer los puntos bastantes polémicos dentro de los debates nacionales sobre los indígenas. Lo primero es relativo a la caracterización de esas colectividades como “pueblos”, pues siempre existió una gran preocupación de militares y diplomáticos de que tal término tuviera abrir espacio para la “balcanización” del País, con su fragmentación interna y consecuente pérdida de la unidad nacional. Eso está plenamente respondido por los artículos introductorios de la Convención 169: ‘La utilización del término *pueblo* en la presente Convención no deberá ser interpretado en el sentido de tener implicación alguna en lo que se refiere a los derechos que puedan ser conferidos a ese término en Derecho Internacional’” (2016, p. 212).

El documento también pone de relieve los antecedentes históricos de la persecución,

la opresión y exterminio de estos pueblos, y su importancia en la conservación de la naturaleza, instando a la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y otros sectores de la sociedad. La Unesco⁵ por ejemplo, entre otras medidas, aprobó en 2005 la Convención sobre la Protección y Promoción de Diversidades de la Expresiones Culturales, incluyendo en su rol de interés a las culturas indígenas, e instituyó el Día Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo buscando llamar la atención de todos para este asunto (Lima, 2009).

Incluso con estos avances sigue estando presente, en las áreas de defensa de las comunidades indígenas, la exigencia de mejorar las condiciones de vida y el bienestar de los pueblos originarios. Por ejemplo, es importante registrar el caso “Pueblo Indígena Xucurú y sus miembros Vs. Brasil”, sometida a la Corte Internacional de Derechos Humanos que dice:

“El caso se relaciona con la presunta violación del derecho a la propiedad colectiva del pueblo indígena Xucuru como consecuencia de: i) la presunta demora de más de 16 años, entre 1989 y 2005, en el proceso administrativo de reconocimiento, titulación, de demarcación y delimitación de sus tierras y territorios ancestrales; y ii) la supuesta demora en el saneamiento total de dichas tierras y territorios, de manera que el referido pueblo indígena pudiera ejercer pacíficamente tal derecho. Asimismo, el caso se relaciona con la presunta violación

⁵ Para estos temas se sugiere la lectura de Bokova, Irina, por la UNESCO en el Día Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo. Representación de Brasil, 29/07/2013.

de los derechos de las garantías judiciales y protección judicial como consecuencia del presunto incumplimiento del plazo razonable en el proceso administrativo respectivo, así como la supuesta demora en resolver acciones civiles iniciadas por las personas no indígenas con relación de una parte de las tierras y los territorios ancestrales del Pueblo indígena Xucurú” (CIDH, 2016).

3. DEMARCACIONES DE TIERRAS INDÍGENAS⁶

La posesión de su tierra es considerada la mayor reivindicación de los indígenas en América Latina y en el Brasil. El objetivo de la demarcación y garantizar materialmente el derecho indígena a la tierra. La demarcación establece la extensión del área de usufructo de los indios y debe asegurar la protección de los límites, impidiendo su ocupación por los no indios. En el Brasil, la demarcación obedece a un proceso sistemático, según el artículo 19 del Estatuto del Indio y regulado por el Poder Ejecutivo (Magalhães, 2005. pp. 16-20)

Actualmente el procedimiento es el estipulado en el Decreto 1. 775 de enero de 1966, y consta de las siguientes etapas:

- Estudios de identificación: estudio antropológico realizado por un antropólogo de

competencia reconocida por la FUNAI a fin de reconocer la tierra indígena por un plazo determinado. Posteriormente, un grupo técnico especializado, coordinado por un antropólogo y compuesto preferencialmente por técnicos de FUNAI, realizan estudios complementarios. Este grupo realiza análisis sociológicos, jurídicos, cartográficos y ambientales en un levantamiento topográfico para definir los límites de la tierra indígena. El informe a ser entregado a la FUNAI debe contener los datos que constan en la Ordenanza n° 14, de 09/01/96.

- Aprobación de FUNAI: El informe es entonces presentado para la apreciación de FUNAI. En caso que sea aprobado por el presidente de FUNAI, ocurre la publicación del resumen del informe en el Diario Oficial de la Unión y en el Diario Oficial de unidad de la federación donde se localizan las tierras, en un plazo de quince días. El resumen también debe ser publicado en la alcaldía local.
- Contestaciones: Todos los interesados pueden contestar el reconocimiento de la tierra indígena, desde el inicio del proceso hasta 90 días de la publicación del resumen en el Diario Oficial. Para esto encaminan al FUNAI sus razones y pruebas pertinentes.
- Delimitación: El Ministro de Justicia tendrá 30 días para transmitir una resolución, que puede ser: declarar los límites de la zona y determinar su demarcación física; prescribir diligencias para ser cumplidas en más de 90 días, o desaprobar la identificación, publicando la decisión fundamentada en el párrafo 1° del artículo 231 de la Constitución.

⁶ Tierra Indígena es una porción del territorio nacional, de propiedad de la Unión, habitada por uno o más pueblos indígenas, utilizada para actividades productivas y de subsistencia, indispensable a la preservación de los recursos ambientales necesario para su bienestar y necesaria a su reproducción física y cultural, según sus usos, costumbres y tradiciones. Se trata de un tipo específico de posesión, de naturaleza originaria y colectiva, que no se confunde con el concepto civilista de propiedad privada.

- Demarcación física: En caso de declaración de los límites de área es responsabilidad de FUNAI la demarcación física. El Inca es responsable del reasentamiento de la población no india que pueda ocupar el área.
- Homologación: Responsabilidad del Presidente de la República la homologación de la tierra indígena.
- Registro: Después de la homologación, el registro de las tierras debe ser efectuado en 30 días ante un notario de inmuebles de la comarca donde se localizan a la tierras y en el Servicio de Patrimonio de la Unión” (FUNAI, 2015).
- Homologadas: Tierras que tienen sus límites materializados y con referencia geodésica, cuya demarcación administrativa fue ratificada por Decreto Presidencial.
- Regularizadas: Tierras que, después del decreto de homologación, fueron registradas en el Notario en nombre de la Unión en la Secretaría del Patrimonio de la Unión.
- De interdicción: Áreas con restricciones de uso e ingreso de terceros, para la protección de pueblos indígenas aislados (FUNAI, 2016).

Las fases del procedimiento de la demarcación de las tierras tradicionalmente ocupadas son definidas por el decreto de la Presidencia de la República y actualmente consiste en:

- En estudio: Realización de los estudios antropológicos, históricos, agrarios, cartográficos y ambientales, que fundamentan a la identificación y a la delimitación de la tierra indígena.
- Delimitadas: Tierras cuyos estudios fueron aprobados por la Presidencia de FUNAI, con su conclusión publicada en el Diario de la Unión y del Estado, y que se encuentran en fase de contradictorio administrativo en análisis, por parte del Ministerio de Justicia para decisión acerca de la expedición de la correspondiente Ordenanza Declaratoria sobre la posesión tradicional indígena.
- Declaradas: Tierras que obtuvieron la expedición de ordenanza declaratoria por parte del Ministro de Justicia, entonces autorizadas para ser demarcadas físicamente con la materialización de hitos y referencia geodésica.

Según los datos de la Fundación Nacional del Indio (FUNAI, 2016), actualmente existen 462 tierras indígenas regularizadas que representan cerca de 12. 2% del territorio nacional, localizadas en todos las biomasas, con concentración en la Amazonía. Tal reconocimiento es resultado del proceso de reconocimiento de esas tierras indígenas, iniciadas por la FUNAI, principalmente durante la década de 1980, en el ámbito de la política de integración nacional y consolidación de frontera económica del Norte y Noroeste del país. También se añade que aproximadamente el 8% de las 426 tierras indígenas tradicionalmente ocupadas ya regularizadas, incluyendo algunos con la presencia de indígenas aislados y en contacto reciente, no están en plena posesión de las comunidades indígenas, lo que también plantea desafíos a los diversos organismos del Gobierno Federal para garantizar los derechos territoriales indígenas, de manera que se proteja adecuadamente este patrimonio único de Brasil y la humanidad.

Los vientos de cambio también alcanzaron a la propia FUNAI, en el centro de su actuación,

pues los costos y requisitos envueltos en la demarcación de las tierras eran muy superiores al de su presupuesto y a los cuadros técnicos disponibles. En 1992, como un reflejo de la Reunión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, realizada en Río de Janeiro, fueron delineadas las bases del Programa Piloto de Protección de los Bosques Tropicales en el Brasil, que contaría con el apoyo de recursos internacionales. El protocolo de entendimiento fue firmado cuatro años después, en 1996, en gran parte debido a las limitaciones visualizadas por los técnicos del Banco Mundial y de otras agencias de cooperación en capacidad técnica y operacional del órgano indigenista, el cual, en la época, no resultaba favorable a la colaboración de antropólogos y la participación de indígenas en sus instancias de planeamiento y decisión (Oliveira, 2016. pp. 208-209).

CONCLUSIONES

Analizar la historia jurídica del Brasil pasa obligatoriamente por el proceso de ocupación y colonización de las tierras, así como a través del proceso de violencia sobre las comunidades indígenas. Los pueblos indígenas estuvieron constantemente en debate acerca de la Constitución “civilizatoria” de los pueblos en Brasil.

Se puede decir que es a través de la Constitución de 1988 que ocurre el ablandamiento de la perspectiva civilizatoria ya que la estructuración de orden jurídico y administrativo ya no se puede realizar por medio de la supremacía de las tradiciones occidentales. Este análisis se abre un espacio significativo a la nueva configuración socio-cultural y legal de Brasil,

así como la valorización y el fortalecimiento de las culturas indígenas.

La nueva Constitución también abrió espacio para la participación de las comunidades indígenas, también se extenderá a la multiplicidad de conocimientos dominada, reafirmando su importancia cognitiva, afectiva, estética, jurídica, histórica y su identidad. Sin embargo, la cuestión de la ocupación territorial y sus consecuencias –las demarcaciones–, aún carece de evolución. La categoría de “tierras tradicionales”, definidos en la Constitución de 1988, no sólo fue crucial para apoyar el proceso de identificación de las tierras indígenas, sino también para llevar a cabo nuevas formas de concretar la ciudadanía y romper la dificultad de la sociedad en deshacer las perspectivas tutelares de algunos grupos sociales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Albert, B. (1991). “Terras Indígenas, Política Ambiental e Geopolítica Militar no Desenvolvimento da Amazônia: A propósito do caso Yanomami”. En: Léna, P. & Oliveira, A. E. de. *Amazônia: A fronteira agrícola 20 anos depois*. Museu Paraense Emílio Goeldi.

Araújo, A. V. (ed.). *Povos Indígenas e a lei dos “brancos”: o direito à diferença*. Brasília: Série Via dos Saberes n. 3. Edições MEC/Unesco, 2006.

CIMI (2016). *Relatório Violência contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2015*. Brasília: Conselho Indigenista Missionário.

INCRA (s. f.). *Livro Branco da grilagem de terras no Brasil*. Brasília: Imprensa Oficial.

Fundação Nacional do Índio –FUNAI. “Índios no Brasil”. Disponible en: [<http://www.funai.gov.br>]. Consultado: 31 de julio de 2016.

ISA. Instituto Sócio-ambiental. "Terras Indígenas. Localização e extensão das Tis". Disponível em: [<http://pib.socioambiental.org/pt/c/terras-indigenas/demarcacoes/localizacao-e-extensao-das-tis>]. Consultado: 10 de diciembre de 2016.

IBGE (2016). "Dados estatísticos século XX". Disponível em: [<http://www.ibge.gov.br/indicadores>]. Consultado: 2 de agosto de 2016.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. "Censo IBGE 2010". Disponível em: [<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/>]. Consultado: 26 de diciembre de 2016.

IBGE (2006). Brasil agrário retratado pelo Censo Agropecuário 2006: Notas de esclarecimento. En: *Censo Agropecuário*. Brasília.

Fonseca, R. M. (2005). "A Lei de Terras e o advento da propriedade moderna no Brasil". En: *Anuário Mexicano de História del Derecho*. México, v. 17.

Gomes, M. P. (2008). "O Caminho Brasileiro para a Cidadania Indígena". En: Jaime Pinsky & Carla B. Pinsky (orgs). *História da Cidadania*. São Paulo: Editora Contexto.

Guimarães, P. M. (1989). *Legislação indigenista brasileira: coletânea*. São Paulo: Loyola.

Lima, L. A. de (2009). *Direito Socioambiental - Proteção da diversidade biológica e cultural dos povos Indígenas*. Curitiba: Faculdade de Direito de Curitiba.

Magalhães, E. D. (ed.) (2005). *Legislação Indigenista Brasileira e Normas Correlatas*. Brasília: Funai.

Oliveira, J. P. (2016). "Sem a tutela, uma nova moldura de nação. O pós-constituição de

1988 e os povos indígenas". In: *BRASILIANA – Journal for Brazilian Studies*. Vol. 5, n. 1.

Resende, L. M. de (2009). "A conceituação jurídica dos diferentes espaços territoriais ocupados por povos indígenas". En: *Revista VirtuaJus*. Belo Horizonte.

Suess, P. (1980). *Em defesa dos povos indígenas. Documentos e legislação*. São Paulo: Loyola, 1980.

Villares, L. F. (2009). *Direito e Povos Indígenas*. 1. ed. Curitiba: Juruá.

Jurisprudencia

BRASIL. Ley N° 601, DE 18 de setiembre de 1850. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0601-1850.htm]. Consultado: 10 de enero de 2016.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm]. Consultado: 25 de noviembre de 2015.

BRASIL. Lei Federal n. 5. 371, de 05 de dezembro de 1967. Autoriza a instituição da "Fundação Nacional do Índio" e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5371.htm. Consultado: 18 de noviembre de 2015.

BRASIL. Lei Federal n. 6. 001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre O Estatuto do Índio. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm]. Consultado: 18 de noviembre de 2015.

BRASIL. Projeto de Lei n. 6. 001, de 19 de dezembro de 1973. Aprova o Estatuto das Sociedades Indígenas. Disponível em: [http://www.pick-upau.org.br/mundo/carta_indio/

projeto_lei. htm]. Consultado: 23 de noviembre de 2015.

CORTEIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Casos em etapa de fondo”. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/pueblo_indigena_xucuru_y_sus_miembros.pdf]. Consultado: 10 de enero de 2017.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. “Relatório dos Trabalhos da ‘Comissão sobre a Questão Indígena em Mato Grosso do Sul’”. Disponible en: [http://www.cnj.jus.br/images/relatorio_indios_ms.pdf]. Consultado: 26 de diciembre de 2016.