

# Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Núm. 79

## El discurso de la modernidad y los derechos indígenas en Brasil

Edson Ferreira de Carvalho  
Encarnación Fernández



# **Cuadernos Deusto de Derechos Humanos**



# **Cuadernos Deusto de Derechos Humanos**

**Núm. 79**

El discurso de la modernidad  
y los derechos indígenas  
en Brasil

**Edson Ferreira de Carvalho  
Encarnación Fernández**

Bilbao  
Universidad de Deusto  
2015

### **CONSEJO DE REDACCIÓN**

**Felipe Gómez Isa**, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.  
**Trinidad L. Vicente**, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.  
**Cristina de la Cruz**, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.

### **CONSEJO EDITORIAL**

**Anja Mihr**, Investigadora del Human Rights Center de la Universidad de Utrecht, Holanda.  
**Antoni Blanc Altemir**, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Lleida.  
**Bartolomé Clavero**, Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Sevilla y miembro del Foro de las Naciones Unidas para Asuntos Indígenas.  
**Carlos Villán Durán**, Presidente de la Asociación Española para la Promoción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.  
**Carmen Márquez**, Catedrática de Derecho Internacional Público, Universidad de Sevilla.  
**Cristina Churrua**, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.  
**Eduardo J. Ruiz Vieytes**, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.  
**Fernando Fantova**, consultor en temas relacionados con los servicios sociales, Bilbao.  
**Francisco López Bárcenas**, Academia Mexicana de Derechos Humanos, México.  
**Gaby Oré Aguilar**, consultora internacional en el campo de los derechos humanos y el género y miembro de Human Rights Ahead, Madrid.  
**Gloria Ramírez**, Catedrática de Ciencia Política de la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México.  
**Gorka Urrutia**, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.  
**Jaume Saura**, Presidente del Institut de Drets Humans de Catalunya, Barcelona.  
**Joana Abrisketa**, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.  
**Jordi Bonet**, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Barcelona.  
**José Aylwin**, Director del Observatorio de Derechos Ciudadanos, Temuco, Chile.  
**José Luis Gómez del Prado**, miembro del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la utilización de Mercenarios, Ginebra, Suiza.  
**José Manuel Pureza**, Centro de Estudios Sociales, Universidad de Coimbra, Portugal.  
**Judith Salgado**, Programa Andino de Derechos Humanos, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador.  
**Koen de Feyter**, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Amberes, Bélgica.  
**Manuela Mesa**, Directora del Centro de Educación e Investigación para la Paz, CEIPAZ, Madrid.  
**Noé Cornago**, Profesor Titular de Relaciones Internacionales de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Leioa.  
**Pablo de Greiff**, International Center on Transnational Justice, New York.  
**Víctor Toledo Llancaqueo**, Centro de Políticas Públicas, Universidad ARCIS, Santiago, Chile.  
**Vidal Martín**, investigador de la Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior, FRIDE, Madrid.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)<<http://www.cedro.org>>) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto  
Apartado 1 - 48080 Bilbao  
e-mail: [publicaciones@deusto.es](mailto:publicaciones@deusto.es)  
ISBN: 978-84-15759-57-7  
Depósito legal: BI - 704-2015

## Índice

---

Lista de siglas . . . . .	9
Introducción . . . . .	11
1. Fragmento histórico de un proceso masivo de expropiación y extinción . . . . .	15
2. El carácter originario del derecho indígena sobre las tierras y los territorios ocupados tradicionalmente . . . . .	25
3. La especial relación espiritual de los Pueblos Indígenas con las tierras ocupadas por sus ancestros . . . . .	35
4. Fundamentos jurídicos de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes . . . . .	47
5. Fundamentos jurídicos de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas . . . . .	67
6. Las garantías a las tierras ocupadas tradicionalmente por los pueblos indígenas en la Constitución de la República Federativa de Brasil . . . . .	77
7. La desmitificación del falso dogma «demasiada tierra para pocos indígenas» . . . . .	89
8. El falso antagonismo entre tierras indígenas y desarrollo de Brasil . . . . .	97

9. La falsa dicotomía entre el orden internacional de los derechos humanos y el orden interno: el caso Belo Monte en el contexto de una visión obsoleta de crecimiento rápido y a cualquier precio	105
Consideraciones finales . . . . .	121

## Lista de siglas

---

ANVISA	Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria
CF	Constitución de la República Federativa de Brasil
EC	Enmienda Constitucional
DNUDPI	Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas
EMPRAPA	Empresa Brasileña de Investigación Agropecuaria
FUNAI	Fundación Nacional del Indio
IBAMA	Instituto Brasileño del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables
IBGE	Instituto Brasileño de Geografía y Estadística
INPA	Instituto Nacional de Investigaciones de la Amazonía
LC	Ley Complementar (Ley Orgánica)
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de Naciones Unidas
PAC	Programa de Aceleramiento del Crecimiento
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justicia
TIs	Tierras Indígenas



# Introducción

Los pueblos indígenas se encuentran en todos los continentes de la Tierra y viven en casi todos los países, por regla general en diminutos agrupamientos. Forman el más deslumbrante espectro de la diversidad de la familia humana, en sus dimensiones genéticas, culturales, lingüísticas y manifestaciones espirituales.

Brasil es un país de gran diversidad indígena, pero innumerables son los problemas a los que se enfrentan. Contemporáneamente, se observa una política deliberada de propagación de preconceptos contra los pueblos indígenas. La ola de propaganda anti indígena, patrocinada principalmente por segmentos vinculados al *agribusiness* brasileño y sus representantes políticos, en los ámbitos de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, tiene el objetivo explícito de suprimir derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios. Arraigados en el inconsciente colectivo de parte de los descendientes de europeos, los preconceptos vienen siendo reforzados como una estrategia de guerra de propaganda.

El acelerado crecimiento económico de Brasil está aumentando la presión sobre los recursos naturales que por derecho originario pertenecen a los pueblos indígenas. La búsqueda del control de estos recursos por parte de latifundistas y grandes empresas, muchas veces mediada por el Estado, está generando cada vez más conflictos con los indígenas. Como estos actores se encuentran en posiciones de poder, en todas las esferas del Estado, sus esfuerzos no más se restringen a despojar los recursos existentes en tierras indígenas mediante el uso de la fuerza. Su atajo preferido es el ideológico, a través de la creación y divulgación de falsos dilemas para poner a la población contra los pueblos indígenas con el claro propósito de sustraerles derechos.

La diseminación de falsos discursos, contraponiendo la existencia de los pueblos indígenas al desarrollo o a la modernidad no sólo pro-

fundiza la ignorancia sobre los grupos autóctonos, más que todo, sirve para negar su viabilidad futura.

Brasil fue elegido no sólo en razón de su atroz historia de eliminación de pueblos autóctonos, pues proceso idéntico ocurrió en casi todos los países de América, África y otras regiones del mundo, con resultados de lamentable memoria. La razón primordial es la existencia de arraigadas estructuras mentales que sustentan falsos paradigmas cultivados y propagados por la elite del país. Esta situación se agrava con el acelerado crecimiento económico, avance de la frontera agrícola para suplir la creciente demanda de soja y carne por el mercado chino y construcción de grandes presas en tierras indígenas, hechos que representan un potencial riesgo para la supervivencia de los pueblos indígenas que permanecen relativamente preservados en la Selva Amazónica.

La mentalidad de crecimiento económico rápido y a cualquier precio constituye una grave amenaza para los derechos de los pueblos indígenas, existiendo 12 proyectos de enmiendas constitucionales en el Congreso Nacional con el nítido objetivo de dificultar la titulación de las tierras indígenas y peor, suprimir las conquistas logradas hasta el presente. La viabilidad del futuro indígena depende, en buena medida, de la deconstrucción de los paradigmas que sustentan el discurso y el imaginario de las elites «progresistas» y anti indígenas de Brasil para justificar una pretendida mentalidad «civilizada» de la emergente potencia.

Históricamente, los conflictos con los indígenas resultaron en limpieza étnica, sea desplazándolos de sus tierras por la fuerza o exterminándolos a través de asesinatos y transmisión de enfermedades. Contemporáneamente, se observa una creciente espiral de propaganda para suprimir derechos indígenas para «viabilizar el desarrollo del país». Este trabajo tiene por objeto analizar y contestar estos discursos con vistas a superar las falsas dicotomías que vienen siendo propagadas diariamente por los enemigos de los pueblos indígenas.

El libro aborda los fundamentos de la relación *sui generis* de los pueblos indígenas con sus tierras y territorios. Para mejor comprensión del tema, inicialmente, se rescata el proceso histórico de expoliación a que fueron sometidos los pueblos indígenas en Brasil, desde la colonización del país por los portugueses hasta el presente. A continuación se estudia el principio de la originalidad del derecho indígena sobre las tierras y territorios ocupados tradicionalmente a la luz del Derecho brasileño y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se hace asimismo un breve análisis respecto a la especial relación espiritual de los pueblos indígenas con las tierras ocupadas por sus ancestros.

El estudio explicita los fundamentos jurídicos de los derechos indígenas sobre sus tierras y territorios, con énfasis en el Convenio 169 de

la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en la Constitución de la República Federativa de Brasil.

Se analiza la urgente necesidad de combatir falsos antagonismos creados y difundidos por sectores contrarios a los intereses de los pueblos indígenas, a la luz de los hechos y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Inicialmente, se busca desmitificar el dogma muy difundido por los empresarios del *agribusiness* y sus representantes políticos de que existe demasiada área de tierra para pocos indígenas. A continuación se procura contestar la falsa afirmación de que las tierras indígenas constituyen un obstáculo para el desarrollo del país. Por fin, se analiza el propalado conflicto de intereses entre el orden internacional de los derechos humanos y orden interno, tomando por base el caso Belo Monte en el contexto de una visión obsoleta de crecimiento económico adoptada por el gobierno brasileño.

Es cierto que existe y seguirá existiendo una relación bastante conflictiva entre los gobiernos de los países de todo el mundo con las poblaciones autóctonas. En cierta medida, la realidad brasileña se reproduce en otros países, en la cual existen discursos altamente ideologizados, muchas veces contra los órganos de Derechos Humanos que estarían actuando como representantes de intereses extranjeros contrarios a los intereses nacionales. Esta es una estrategia muy conocida cuyo fin es incitar a la población contra los indígenas con vista a legitimar la intención de suprimir los derechos sobre sus tierras.

Estos mitos necesitan ser combatidos, de forma más sistemática y técnica, para minar su poder de orientación de las políticas públicas y de las modificaciones que se pretenden implementar en los parlamentos de los países donde aún existen pueblos indígenas. Por lo tanto, es objetivo de este trabajo investigar estos discursos a la luz de los hechos y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con vista a desmitificarlos y demostrar que es posible la construcción de una relación de respeto, de buena fe, de diálogo y de protección de los pueblos indígenas basada en los principios de solidaridad y dignidad de la familia humana.



# 1. Fragmento histórico de un proceso masivo de expoliación y extinción

Contemporáneamente, empieza a afirmarse el entendimiento de que el pasado y la historia no pueden permanecer inmutables e inmunes a cualquier tipo de cuestionamiento o interpretación. Se postula también que el pasado vuelva a ser objeto de interpretación desde la óptica de las víctimas. Según Gómez Isa, la historia ha sido manipulada en muchas ocasiones como un velo para ocultar, justificar y legitimar injusticias, dominaciones y abusos bajo eufemismos tales como «descubrimiento», «evangelización», «misión sagrada de civilización», «progreso» y «desarrollo»<sup>1</sup>.

La Declaración resultante de la Conferencia Mundial de Naciones Unidas contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las formas conexas de Intolerancia, reconoce que «somos conscientes de que la historia de la humanidad está repleta de grandes atrocidades resultantes de violaciones manifiestas de los derechos humanos y pensamos que puede aprenderse de la historia, rememorándola, para evitar futuras tragedias»<sup>2</sup>. El documento destaca la relevancia de recordar los crímenes y abusos del pasado al subrayar que

---

<sup>1</sup> GOMEZ ISA, Felipe, «El derecho de los pueblos indígenas a la reparación por injusticias históricas», en ALVAREZ MOLINERO, Natalia; OLIVA MARTINEZ, Daniel y GARCIA-FALCES, Nieves (Eds.), *La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Catarata, Madrid, 2009, pp. 157-191, p. 159.

<sup>2</sup> ONU, *Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Declaración y Programa de Acción*, Departamento de información pública de las Naciones Unidas, Nueva York, 2002, disponible en: [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/DurbanDecProgAction\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/DurbanDecProgAction_sp.pdf), acceso en 30 abr. 2012, § 57.

(...) recordar los crímenes e injusticias del pasado, cuando quiera y dondequiera que ocurrieron, condenar inequívocamente las tragedias racistas y decir la verdad sobre la historia son elementos esenciales para la reconciliación internacional y la creación de sociedades basadas en la justicia, la igualdad y la solidaridad<sup>3</sup>.

El documento reconoce, al final, que las injusticias históricas han contribuido incuestionablemente a la pobreza, marginalización y exclusión social, inestabilidad e inseguridad que afecta a muchas personas en diferentes partes del mundo<sup>4</sup>.

Es cierto que no está en el poder humano revertir la historia y volver al pasado para evitar las atrocidades que resultaron en crueles violencias, sufrimientos, etnocidios, genocidios, exclusión y marginación de los pueblos indígenas. Por otro lado, está en poder de las personas comprometidas con la justicia recuperar la memoria de estas iniquidades históricas con vistas a impedir una segunda muerte (el olvido) de estas víctimas y una falsa e indigna interpretación de la historia.

En esta esfera, Brasil precisa emprender una genuina batalla histórica y hermenéutica para recuperar, registrar, organizar y difundir las narrativas de la historia que permanecen fuera de los libros escolares y del imaginario colectivo. Para poner un grano de arena en esta obra, en las líneas siguientes, se buscará recuperar, aunque de forma bastante sintética, la narrativa de las injusticias históricas practicadas contra los pueblos indígenas en Brasil.

El proceso de colonización y de ocupación del territorio brasileño tiene como rasgos característicos la apropiación de las tierras y de los territorios de los pueblos autóctonos y la aniquilación de su población. Es prácticamente imposible saber, exactamente, cuántas etnias y cuántos indígenas existían en el territorio brasileño cuando los portugueses llegaron a la región, en 1500<sup>5</sup>. Se estima que, en aquella época, vivían aproximadamente cinco millones de indígenas<sup>6</sup>. El número es cuestionable, pero es la estimación que se considera tomándose por base lo

<sup>3</sup> *Ibid.*, § 106.

<sup>4</sup> *Ibid.*, § 158.

<sup>5</sup> Es un pasado sin derecho a la verdad y a la memoria ante la carencia de fotos, testigos, documentos, números confiables y relatos de las víctimas. Algunos de los pueblos indígenas exterminados o asimilados fueron eternizados en los nombres de calles de la ciudad brasileña de Belo Horizonte, tales como Carijós, Tupis, Tupinambás, Guajajaras y Caetés.

<sup>6</sup> MAGALHÃES, Éden, «500 anos de resistência e luta pela vida», en LEITE, Cristina (Coord.), *Historia indígena da Amazônia Ocidental*, Rio Branco, 2002, p. 6. Las cifras varían entre 2 y 5 millones de personas, según diferentes estimativas.

sucedido en México y Perú, donde la reducción de la población nativa ocurrió en la proporción de 20 eliminados para cada superviviente<sup>7</sup>.

Unkei (1981), menciona la existencia de 1400 tribus, en 1500, que hablaban lenguas pertenecientes a 40 troncos, divididos en 94 familias lingüísticas, excluidas las lenguas aisladas, que no podrían ser agrupadas en familias<sup>8</sup>. A pesar de la incertidumbre de los datos estadísticos relativos a tiempos remotos, los números tienen el mérito de registrar, en la historia humana, los pueblos que fueron extintos en los siglos siguientes a la invasión europea, lo que corresponde a la irreversible cifra de 90% del total. Estos números —poco precisos, es verdad— son reveladores de un colosal genocidio y gigantesco empobrecimiento cultural de la humanidad.

Hay que destacar que cada pueblo e idioma extintos representan el fin de un modo específico de ver el mundo y ello con el rasgo terrible de ser irreversible. Esto significa que nadie podrá escuchar los sonidos de los más variados idiomas y dialectos que yacen en el olvido y silencio eterno del tiempo. Más de 500 años después del inicio de las atrocidades, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNU DPI)<sup>9</sup> reconoce, en el § 2.º de su preámbulo, «que todos los pueblos contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, que constituyen el patrimonio común de la humanidad». Patrimonio este que fue bastante dilapidado y está amenazado de extinción.

Wolf (1992), al analizar el proceso histórico de aniquilación de los pueblos indígenas en las Américas, afirma que los indígenas:

... perdieron la condición de naciones libres y se transformaron en minorías étnicas subordinadas y oprimidas. A eso contribuyó decisivamente la agresión biológica de las epidemias y —sobre todo— actos de opresión y violencia. Sólo en los primeros 150 años de dominación la población indígena fue reducida a 5% de lo que era en 1492. Paralelamente, los indígenas fueron víctimas de políticas deliberadas de desculturización, i.e., de «desindianización». Dentro de eso cuadro,

---

<sup>7</sup> UNKEI, Curt Nimuendaju, *Mapa etno-histórico do Brasil e de países limítrofes*, Museu Nacional & Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE, 1981. Cfr. también GRUPIONI, Luís Donisete Benzi, *Índios no Brasil*, Ministério da Educação e do Desporto, Brasília, 1994, disponible en: <http://pt.scribd.com/doc/15085440/INDIOS-NO-BRASIL-GRUPIONI>, Consulta en: 20 feb. 2012.

<sup>8</sup> UNKEY, Curt Nimuendaju, *Mapa etno-histórico ...*, op. cit.

<sup>9</sup> ONU, *Declaración sobre derechos de los pueblos indígenas*, Resolución adoptada por la Asamblea General en 2 de Octubre de 2007, A/RES/61/295, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/471355a82.html>, Consulta en: 19 mar. 2012.

las sociedades nacionales que resultaron de la conquista y colonización de América nacieron y se desarrollaron como sociedades caracterizadas por una profunda fisura étnica<sup>10</sup>.

Después de la llegada de Cristóbal Colón a América, las Coronas Española y Portuguesa firmaron el Tratado de Tordesillas en 7 de Junio de 1494, con el objetivo de dividir el nuevo territorio. El acuerdo establecía un meridiano imaginario, situado a 370 leguas del archipiélago de Cabo Verde, en la costa de África, al este del cual todas las tierras «descubiertas» serían reconocidas como pertenecientes a Portugal y las situadas al oeste a España. La línea imaginaria pasaba por Belém, capital del Estado de Pará, al Norte, y por Laguna, en el Estado de Santa Catarina, al Sur.

Los portugueses, capitaneados por Pedro Alvares Cabral, invadieron el nuevo territorio bajo el argumento de que todas las tierras encontradas eran *res nullius*. Para asegurar la conquista las tierras fueron donadas a colonos por el Reino Luso, para explotación de los recursos naturales, principalmente oro y plata, destinados al mercado europeo. Los pueblos por ventura encontrados en las tierras fueron considerados potencial fuerza de trabajo esclava o nada más que un obstáculo a ser eliminado<sup>11</sup>.

Desde el inicio de la colonización de Brasil por Portugal, los indígenas fueron sometidos a tentativas violentas de esclavizarlos. Los grupos que no se subyugaron fueron eliminados o despojados de sus tierras. Los integrados a la fuerza a la convivencia con la «civilización» permanecieron sujetos a las leyes de los hombres blancos, sufriendo todo tipo de violencia, discriminación, enfermedades y menosprecio a su cultura.

Es difícil encontrar, en la literatura brasileña, relatos escritos de testimonios oculares que presenciaran las masacres que resultaron en exterminio de pueblos indígenas. Una pálida imagen del proceso de extinción puede ser recuperada de la referencia a la guerra de exterminio promovida por los portugueses contra los Tupinambás entre 1560 y 1574. Según Rummenholler, «[l]as aldeas indígenas fueron arrasadas, los habitantes fueron muertos o repartidos entre los portugueses como esclavos»<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> WOLF, Paul, «Obstáculos culturais: a questão do negro, índio e menor», en *Anais da XVI Conferência Nacional de Advogados*, Conselho Federal, Brasília, 1996, p. 697 e 698. Traducción personal.

<sup>11</sup> SOUZA, Marcos Rogério, *Regime jurídico da propriedade produtiva no direito brasileiro*, UNESP, Franca, 2007 (Trabajo de Máster), p. 22 y 23.

<sup>12</sup> Cfr. RUMMENHOLLER, Klaus, *Brasil 500 anos depois: reflexões sobre as diferentes concepções europeias sobre os índios brasileiros desde o século XVI até hoje*, Manuscrito de la Conferencia presentada en Stuttgart (30.03.2000) y Ulm (05.04.2000), Rio Branco, Universidade Federal do Acre, 2000.

De acuerdo con información del Jesuita José de Anchieta (1533-1597), en la región de Rio de Janeiro fueron masacrados cerca de 20.000 Tupinambás y otros 10.000 fueron esclavizados<sup>13</sup>.

Neves describe la práctica de las «correrías», a mediados del siglo xx, en las cuales migrantes del nordeste brasileño en busca de caucho en la Amazonia Occidental, promovían expediciones armadas con el objetivo de quemar las aldeas, asesinar los líderes, esclavizar los hombres y capturar las mujeres para venderlas a los caucheros como esclavas sexuales. Conforme resume el autor: «[f]ue un tiempo de terror»<sup>14</sup>.

Otros autores<sup>15</sup> relatan atrocidades como donación de mantas contaminadas por varicela e introducción deliberada de gripe, tuberculosis y sarampión en las tribus indígenas y pulverización con Napalm, por avión, sobre las aldeas indígenas. Hay que mencionar que en toda la historia brasileña, sólo fue juzgado un único caso de genocidio indígena por el Superior Tribunal de Justicia de Brasil<sup>16</sup>.

Los pueblos indígenas pagaron elevado precio por la desconsideración de su humanidad y respeto a sus características *sui generis*. Los colonizadores percibían a los indígenas como seres inferiores e incapaces, que precisaban adquirir nuevas costumbres para estar aptos a cohabitar con ellos. Incluso se indagaba sobre su naturaleza animal, de seres privados de alma. Los indígenas fueron clasificados por los portugueses como animales, en «mansos», «domesticados» y «bravos»<sup>17</sup>. Incluso se inquiría si eran descendientes de Adán y dotados de alma<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>14</sup> NEVES, Marcos Vinicius, «História nativa do Acre», en LEITE, Cristina (Ed.), *História indígena da Amazônia Ocidental*, Fundação de Cultura e Comunicação Elias Mansour & Conselho Indigenista Missionário, 2002, p. 14.

<sup>15</sup> DAVIS, Shelton, *Vítimas do milagre: desenvolvimento e os índios do Brasil*, Rio de Janeiro, Zahar, 1978 y DAVIS, Shelton DAVIS & MENGET, Patrick, «Povos primitivos e ideologias civilizadas no Brasil», en JUNQUEIRA, Carmen & CARVALHO, Edgard, (Coords.), *Antropologia e indigenismo na América Latina*, Cortez, São Paulo, 1981, p. 37-66.

<sup>16</sup> BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Masacre de Haximú, Recurso Especial 222653/RR, 12/09/2000, disponible en: <https://www2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=71521&nreg=199900617339&dt=20001030&formato=PDF>, consulta en: 13 mar. 2012. En junio de 1993, garimpeiros del Estado de Roraima ejecutaron a tiros 16 Yanomamis de la Aldea Haximú. Los cinco mandantes del crimen fueron juzgados y condenados a una pena de 20 años. En la masacre murieron cinco hombres, tres mujeres, tres adolescentes, cuatro niños y un bebé. Los garimpeiros fueron condenados por el crimen de genocidio con fundamento en el art. 2.º de la Convención Contra el Genocidio, ratificada por el Decreto n.º 30.822/52 combinado con el art. 1.º, alinea «a», de la Ley n.º 2.889/1956.

<sup>17</sup> Klaus Rummenholler, *Brasil 500 ... op. cit.*, p. 12.

<sup>18</sup> *Ibid.* p. 17.

Inmediatamente después de la pérdida de sus tierras, los autóctonos perdieron su libertad y autonomía de vivir conforme a sus tradiciones culturales y concepciones religiosas, de usar sus lenguas y rendir culto a sus dioses. Destácase que una de las más horrendas violencias fue la de cambiar sus creencias por intermedio de la adopción forzada de un nuevo dios.

La idea de integrar a los indígenas en la sociedad nacional fue otra estrategia cruel para expropiar sus bienes y suprimir sus derechos. Se remonta al período colonial, cuando el gobierno portugués se equilibraba entre los intereses de los colonos de esclavizar a los indígenas y las tentativas de los misioneros católicos de convertirlos al cristianismo y de llevarlos a adoptar costumbres consideradas «civilizadas»<sup>19</sup>. En este contexto, desde la llegada de los portugueses, fueron publicadas innumerables leyes que, de un modo o de otro, siempre discriminaron, suprimieron o restringieron derechos de los indígenas. Triste ejemplo de este hecho puede ser observado en el Estatuto del Indio, aún vigente, cuyo art. 1.º dispone que «[e]sta Ley regula la situación jurídica de los indios o silvícolas» con el propósito de «integrarlos, progresiva y armoniosamente, a la comunidad nacional»<sup>20</sup>. El Estatuto define indígena como individuo perteneciente a «un grupo étnico, cuyas características culturales los distinguen de la sociedad nacional»<sup>21</sup>.

Por lo tanto, en pleno siglo XXI, aún persiste la identificación de los autóctonos como seres salvajes, distintos y fuera de la sociedad brasileña<sup>22</sup>. A pesar de haber respaldado la aprobación de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual reconoce, en el apartado 3.º del preámbulo, que «todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o personas o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas», el gobierno brasileño no tomó la iniciativa de derogar esta y otras disposiciones racistas.

Durante casi cinco siglos, desde la colonización hasta el advenimiento de la Constitución de 1988, la visión predominante era de

---

<sup>19</sup> CUNHA, Manuela Carneiro, «O futuro da questão indígena», *Estud. Av.*, vol. 8, n. 20, 1994.

<sup>20</sup> BRASIL, *Estatuto do índio*, Lei n. 6001, de 19-12-1973, Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm). Consulta en: 01 dic. 2011.

<sup>21</sup> *Ibid*, art. 3.º, I.

<sup>22</sup> SABOYA, PAULO, O índio e o direito, Ordem dos Advogados do Brasil, Rio de Janeiro (sin fecha), p. 21.

pura y simple eliminación de los pueblos indígenas. Considerados categoría social transitoria y desechable, las políticas públicas destinadas a ellos tenían como objetivo final, para no decir solución final, su «integración a la comunidad nacional»<sup>23</sup>. Esta concepción empezó con la catequización y esclavitud y alcanzó su apogeo con la dictadura militar (1964-1984) al consagrar expresamente en ley la doctrina asimilacionista, mediante la expresión eufemística y aparentemente solidaria de integrarlos «progresiva y armoniosamente, a la comunidad nacional»<sup>24</sup>.

En la esfera jurídica, el derecho de los pueblos nativos a sus tierras experimentó una lenta y progresiva evolución. Mientras la tradición jurídica lusa garantizaba, por lo menos en el papel, el respeto a las tierras ocupadas por nativos, fueron promovidas concesiones de colosales latifundios a los particulares, en general a los amigos de la Corona Portuguesa. La historia prueba, robustamente, que los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios fueron —y todavía continúan siendo— ampliamente vulnerados<sup>25</sup>. Después de la independencia de Brasil de Portugal ni el formalismo tradicional fue preservado. Las Constituciones de 1824 y 1891 no aseguraron ningún derecho a los pueblos indígenas sobre las tierras y territorios ocupados tradicionalmente, evidenciando el desprecio por la cuestión.

Considerando que el actual territorio brasileño fue habitado por cerca de 5 millones de nativos, por ocasión de la llegada de los portugueses, en 1500, y que el contingente poblacional fue reducido a apenas 70 mil personas, en 1957<sup>26</sup>, hubo un proceso de limpieza étnica de colosal proporción, en la cual la población indígena fue reducida en un 98,6%. Con la eliminación de innúmeras etnias, quedaron apenas poco más de un centenar de pueblos indígenas. Según la Fundación Nacional del Indio (FUNAI), citando datos del Censo demográfico 2010 del «Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística» (IBGE), viven hoy en Brasil 817 mil indígenas, cerca de 0,4% de la población brasileña, distribuidos entre 688 Tierras Indígenas y algunas áreas urbanas. Hay referencias a 82 grupos indígenas no contactados, de los cuales 32 fueron confirmados,

---

<sup>23</sup> BRASIL, *Estatuto do índio... op. cit.*, art.1.

<sup>24</sup> AZEVEDO, Marta Maria, «Diagnóstico da população indígena no Brasil». *Cienc. Cult.*, v. 60, n. 4, 19-22, 2008.

<sup>25</sup> Cfr. CUNHA, Manuela carneiro, *Os direitos do índio: ensaios e documentos*, Editora Brasiliense, São Paulo, 1987. La autora afirma que desde el siglo XVI, la legislación indigenista se caracterizó por su hipocresía, otorgaba generosos derechos a los indígenas condicionados por excepciones que justificaban toda suerte de abusos. Según ella « *fue la legislación del lobo sobre el cordero*». p. 21

<sup>26</sup> AZEVEDO, Marta Maria, *Diagnóstico...*, *op. cit.*, p. 19

y de la existencia de grupos que están solicitando su reconocimiento de su condición indígena junto a la FUNAI<sup>27</sup>.

Gran parte de la población indígena brasileña se encuentra en la Amazonia, reflejo de la expansión político-económica ocurrida históricamente. Los pueblos que habitaban la costa fueron eliminados, dominados o se refugiaron en regiones alejadas para evitar el contacto con los colonizadores. Los que sobrevivieron en la costa este, en gran parte no hablan sus lenguas, no practican sus rituales y otras expresiones culturales. La mayor parte de las naciones indígenas que preservaron sus lenguas vive, actualmente, en la Amazonia. En las otras regiones, fueron desalojadas a medida que la frontera agrícola y la urbanización avanzaban<sup>28</sup>.

Es innegable que, en el pasado, los colonizadores perpetraron todo tipo de atrocidades contra los pueblos originarios. La esclavitud, las guerras, la transmisión de enfermedades, las masacres, la violencia sexual, la tortura, los genocidios, los etnocidios, el desalojo y la apropiación de tierras y otras barbaridades resultaron en eliminación definitiva de diversas etnias, asimilación completa y reducción drástica de los pueblos indígenas. A respecto, Luciano (2006) comenta que:

No es que estos pueblos no conociesen las guerras, las enfermedades y otros males. La diferencia es que en los años de la colonización portuguesa ellos eran parte de un proyecto ambicioso de dominación cultural, económica, política y militar del mundo, o sea, un proyecto político de los europeos, que los pueblos indígenas no conocían y no podían predecir. Ellos no eran capaces de entender la lógica de las disputas territoriales como parte de un proyecto político civilizatorio, de carácter mundial y centralizador, toda vez que sólo conocían las experiencias de los conflictos territoriales intertribales e inter-locales<sup>29</sup>.

Desafortunadamente, en todo el mundo, los pueblos indígenas se encuentran en situación calamitosa. Son los grupos con los más elevados índices de pobreza y con las menores posibilidades de desarrollo.

---

<sup>27</sup> FUNAI, *O Índio hoje*, disponible en: <http://www.funai.gov.br/indios/conteudo.htm>, Consulta en: 22 mar. 2012.

<sup>28</sup> FUNAI, *O deslocamento da população*, disponible en: <http://www.funai.gov.br/indios/deslocamento.html>, Consulta en: 22 mar. 2012.

<sup>29</sup> LUCIANO, Gerssem dos Santos, *Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*, Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, UNESCO, 2006, p. 17. Traducción personal.

De acuerdo con el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, en casi todo el mundo los pueblos indígenas son discriminados, sus tierras invadidas y sus recursos expoliados por todo tipo de gente y empresas privadas y públicas. El Comité afirma que la conservación de su cultura y de su identidad histórica está gravemente amenazada<sup>30</sup>.

Esta grave situación fue también descrita por el informe de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que constata, *in litteris*:

los pueblos indígenas están discriminados en la sociedad, tienen en general una escasa participación política y carecen de igualdad de acceso a los derechos económicos, sociales y culturales. Pueden verse perjudicados por los proyectos de desarrollo, o quedar excluidos de ellos... Tienen menos acceso a la justicia y a la seguridad, y a menudo se ven implicados en conflictos. Asimismo, son víctimas de graves violaciones de los derechos humanos...<sup>31</sup>

Hay que considerar que la colonización de América no es un hecho aislado. En realidad constituye un capítulo de la expansión marítima de los países europeos. Esta expansión se originó con las empresas comerciales llevadas a cabo por navegantes europeos, en el contexto del desarrollo del comercio continental del viejo mundo que hasta el siglo XIV era casi únicamente terrestre, y limitado, por vía marítima, a la navegación costera y de cabotaje<sup>32</sup>. En busca de metales preciosos y otras riquezas, ingleses, portugueses, franceses y españoles practicaron las más horribles atrocidades para apropiarse de las tierras y saquear los recursos existentes en los territorios indígenas.

La verdad es que los pueblos indígenas brasileños han sufrido las más ingentes violaciones de derechos humanos. Es innegable que fueron víctimas de esclavitud, de servidumbre, de masacres y todas las formas de discriminación. Estas prácticas causaron daños considerables y

---

<sup>30</sup> ONU/COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, Recomendación general n.º 23 relativa a los derechos de los pueblos indígenas, A/52/18, Anexo V, 1997, § 3.

<sup>31</sup> ONU/CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL/COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Las cuestiones indígenas. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, E/CN.4/2006/77, 27 de febrero de 2006, para. 2. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/112/86/PDF/G0611286.pdf?OpenElement>, Acceso en: 02 feb. 2012.

<sup>32</sup> Cfr. PRADO JÚNIOR, Caio, *Formação do Brasil contemporâneo: colônia*, Brasiliense y Publifolha, São Paulo, 2000.

duraderos de carácter económico, político y cultural que persisten hasta hoy. Estos graves hechos exigen que Brasil haga gran esfuerzo no sólo para reparar los daños cometidos, sino, principalmente, para evitar más sufrimiento a estos pueblos, promoviendo políticas, programas y medidas que beneficien y corrijan los daños económicos, culturales y políticos infligidos históricamente a las comunidades y pueblos indígenas.

## 2. El carácter originario del derecho indígena sobre las tierras y los territorios ocupados tradicionalmente

Los pueblos nativos ocupaban el territorio americano miles de años antes de la llegada de los europeos. De acuerdo con la teoría más aceptada, sus ancestros llegaron al continente americano a través de flujos migratorios originarios de Asia, que cruzaron el estrecho de Bering (antes el estrecho estaba unido por tierra, hoy es un brazo de mar localizado entre el extremo oriental de Asia, Siberia, y el extremo occidental de América del Norte, Alaska), en el transcurso de la Era Glacial, ocupando el continente americano<sup>33</sup>.

Evidencias arqueológicas indican la presencia de los pueblos indígenas en tierras brasileñas desde por lo menos 12.000 años a. C.<sup>34</sup>. El «descubrimiento de Brasil» está registrado en libros didácticos y es enseñado a los niños desde los primeros años escolares. Descubrir significa encontrar por primera vez, luego, fueron los indígenas los verdaderos descubridores de Brasil. Cuando los portugueses arribaron a la región, los ancestros de los aborígenes ya la ocupaban desde hacía miles de años. Para los pueblos indígenas que vivían en la región, la invasión de los portugueses fue el comienzo de una historia de violencia, sufrimiento y exterminio<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> SOUZA, Marcos Rogério, *Regime jurídico ... op. cit.*, p. 21.

<sup>34</sup> RUMMENHOLLER, Klaus, *Brasil 500 ... op. cit.*, p. 2, Cfr. También MORÁN, Emilio F., *Ecología humana das populações da Amazônia*, Vozes, Rio de Janeiro, 1990, p. 147.

<sup>35</sup> RUMMENHOLLER, Klaus, *Brasil 500 ... op. cit.*, p. 6.

Hasta la llegada de los portugueses al Brasil, la posesión de la tierra era común a los pueblos autóctonos que vivían en el territorio. Cada pueblo ha tenido una concepción propia con relación a sus tierras y territorios, adoptando técnicas de explotación adaptadas a sus ecosistemas y condiciones evolutivas. Sus hábitats eran más que fuentes de recursos, alimentos y medicinas, eran substrato físico y espiritual de sus vidas y de su supervivencia cultural. Los aborígenes del territorio brasileño desconocían la apropiación individual de la tierra, tampoco conocían la concepción de propiedad privada. La tierra era concebida como la gran madre de todos, bien de uso común de las naciones, que aún hoy los pueblos de lengua Quechua denominan «Pacha Mama»<sup>36</sup>.

Como hemos visto anteriormente, la región hoy denominada Brasil fue colonizada bajo el argumento de que todas las «tierras descubiertas» eran *res nullius*, y, por derecho, de dominio portugués, con fundamento en el Tratado de Tordesillas de 1494 y bajo la bendición del Papa Alejandro VI<sup>37</sup>. Para asegurar la conquista, las tierras fueran concedidas a los colonos portugueses por el Reino Luso, para explotación de los recursos naturales, principalmente oro y plata, destinados al mercado europeo. Los pueblos encontrados fueron considerados potencial fuerza de trabajo esclavo o simplemente un estorbo a ser suprimido.

Teniendo en cuenta el hecho histórico antes mencionado, el Convenio n. 169 de la OIT adopta el principio de la originalidad<sup>38</sup> como premisa fundamental para legitimar el derecho de los indígenas sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellos. Al determinar que los Estados miembros deben «reconocer» a los pueblos autóctonos «el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan», reconoce el carácter originario o congénito de este derecho<sup>39</sup>. Por lo tanto, el derecho sobre tierras y territorios no es otorgado por el Estado, sólo reconocido.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su art. 26.3, adopta también el principio de la ori-

---

<sup>36</sup> *Ibid.* p. 22.

<sup>37</sup> COSTA, María de Fátima, «Viajes en la frontera colonial. Historias de una expedición de límites en la América Meridional (1753-1754)», *Anales del Museo de América*, n. 16: 113-126, 2008.

<sup>38</sup> ANAYA, James S., *Indigenous peoples in international law*, Oxford University Press, 2.ª ed., New York, 2004, p. 142.

<sup>39</sup> OIT, Convenio n. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 27 de Junio, 1989, 72 Boletín Oficial de la OIT 59, 1650 U.N.T.S. 383, <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm> y <http://www.iwgia.org/derechos-humanos/procesos-internacionales/oit/paises-que-ratificaron-el-169>, Acceso en: 15 feb. 2012. De aquí en adelante Convenio n. 169. art. 14.1.

ginalidad al disponer que los «Estados asegurarán el reconocimiento»<sup>40</sup> del «derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido»<sup>41</sup>. Hay que recalcar que no basta reconocer, el «reconocimiento» debe respetar «debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate»<sup>42</sup>.

La Constitución brasileña de 1988<sup>43</sup>, en conformidad con los dos instrumentos de derechos humanos citados, consagra, en su art. 231, el principio de que los indígenas son los primeros y legítimos señores de la tierra<sup>44</sup>. Esta fuente originaria de su derecho es anterior a cualquier otra. Consecuentemente, bajo la óptica jurídica, el derecho de los pueblos indígenas a una tierra tradicionalmente ocupada no depende de su reconocimiento formal. Sin embargo, en la práctica, esta es una regla constitucional ampliamente transgredida por Estados, Municipios y particulares. Como el reconocimiento nunca ocurre voluntariamente, por fuerza de la Constitución, la Unión, por intermedio de la FUNAI, está obligada a promoverlo.

Siempre que una comunidad indígena ocupa determinada área en conformidad con el art. 231, el Estado debe demarcar sus límites. En el mismo sentido, la Declaración de las Naciones Unidas de 2007, en su art. 26.3, recomienda que los Estados deben asegurar la protección jurídica de las «tierras, territorios y recursos» de los pueblos indígenas.

La Constitución Federal, en su art. 231, asegura los derechos originarios sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por los indígenas, definidas en términos generales como aquellas por ellos habitadas con carácter permanente, las utilizadas para sus actividades productivas, las imprescindibles para la preservación de los recursos ambientales necesarios para su bien-estar y las necesarias para su reproducción física y cultural, en conformidad con sus usos, costumbres y tradiciones.

Por tanto, los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras no se basan simplemente en la mera posesión. A ella se agrega la característica esencial de la originalidad. Para caracterizar el derecho origina-

---

<sup>40</sup> ONU, Declaración sobre derechos de los pueblos indígenas, *op. cit.*, art. 26.3.

<sup>41</sup> *Ibid.*, art. 26.1.

<sup>42</sup> *Ibid.*, art. 26.3.

<sup>43</sup> BRASIL, *Constitución de la República Federativa del Brasil*, Diario Oficial de la República Federativa del Brasil, Sección 1, Brasília, DF, n. 18, p. 1435-1436, 27 jan. 1997. De aquí en adelante Constitución Federal.

<sup>44</sup> Cfr. SILVA, Lásaro Moreira, «O reconhecimento dos direitos originários dos índios sobre suas terras tradicionais na constituição federal de 1988 e a extensão do conceito de terras indígenas tradicionalmente ocupadas», *Revista Jurídica Unigran*, Dourados, MS, v. 6, n. 11, Jan./Jul. 2004, p. 6.

rio de los pueblos indígenas sobre sus tierras es necesario compararlo con otro instituto jurídico muy cercano, la ocupación. Aparentemente ocupación original y ocupación son sinónimos, pero existe una gran diferencia jurídica entre los dos institutos. Entender la diferencia es fundamental para garantizar y promover el respeto de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras. La ocupación original o tradicional no se confunde con la mera posesión. En cuanto la primera es la fuente primaria y congénita de la posesión territorial indígena, mientras que la ocupación no es más que un derecho adquirido.

Hay que subrayar que sólo la posesión por ocupación está sujeta a la legitimación para constituir título de adquisición asegurado por el Estado, pues sólo pueden ser objeto de ocupación las cosas que nunca tuvieron dueño o que fueron abandonadas por su antiguo dueño. La ocupación no es más que una *apprehensio rei nullius* o *rei derelictae*. Mientras que el modo tradicional de ocupación de las tierras por los pueblos indígenas es legítima per se —no es un hecho dependiente de legitimación por el Estado—, la ocupación, como hecho posterior, depende de requisitos que la legitiman<sup>45</sup>.

Es un presupuesto civilista el de que las cosas que no son de nadie (*res nullius* y *res derelictae*) pueden integrar el patrimonio de alguien. Por obvio, las tierras indígenas, congénitamente apropiadas, no pueden ser consideradas ni *res nullius* ni *res derelictae*. De igual modo, «no se concibe —por imposible— que los indígenas hubiesen adquirido, por simple ocupación, aquello que les es congénito, primario y original»<sup>46</sup>. Luego, ante la habitación permanente, no hay una simple posesión, sino un derecho originario, reconocido previamente reservado a los indígenas. De esa forma, concluye el insigne constitucionalista brasileño José Afonso da Silva:

(...) la relación entre el indígena y sus tierras no se rige por las normas de Derecho Civil. Su posesión sobrepasa la órbita puramente privada, porque no es y nunca fue una simple ocupación de tierra para explorarla, sino base de su hábitat, en el sentido ecológico de interacción del conjunto de elementos naturales y culturales que propician el desarrollo equilibrado de la vida humana<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, São Paulo, 15.<sup>a</sup> ed., 1998, p. 19. El autor discurre, en las páginas 818 y 819, sobre el derecho originario de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios (conocido en la doctrina jurídica brasileña por «indigenato»), basado principalmente en la enseñanza del eminente jurista João Mendes Júnior, jurista brasileño estudioso de la causa indígena.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 819.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 819.

Es por esta razón que el establecimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras se basa en la ocupación y en el uso tradicional y no en cualquier otorgamiento de derecho por parte del Estado. Luego, este derecho no se funda en el eventual reconocimiento o registro legal oficial de la propiedad de la tierra por parte de los Estados. La ocupación tradicional no depende de que tal derecho hubiera sido reconocido o no por el Estado.

La expresión «derechos originarios», consagrada, en el art. 231 de la Constitución es el tronco, el núcleo duro a ser considerado con relación a las tierras indígenas. Esto significa que los derechos indígenas sobre estas tierras son considerados primordiales, innatos y preferentes, pues son anteriores a la propia creación del Estado brasileño. Son derechos legítimos *per se* y no se confunden con derechos adquiridos y, además, no son una concesión del Estado. Como los derechos de propiedad y posesión de los indígenas son previos a la existencia del Estado, este deberá reconocerlos como permanentes, exclusivos, inalienables e imprescriptibles. Tal condición sólo será modificada de común acuerdo entre el Estado y el pueblo indígena, con pleno conocimiento y comprensión por parte de sus miembros de la naturaleza y atributos de sus derechos sobre sus tierras<sup>48</sup>.

Con el fin de garantizar estos derechos y mantener el vínculo entre los indígenas y su ocupación tradicional, la Constitución creó una propiedad vinculada o reservada, atribuyendo a las tierras tradicionalmente ocupadas el *status* de bien de la Unión (art. 20, XI) con usufructo exclusivo de los indígenas. Los constituyentes brasileños han tomado la decisión de estatizar las tierras indígenas para el usufructo exclusivo y permanente de los pueblos indígenas. Decisión que en buena medida es considerada apropiada por los sectores más comprometidos con la defensa de los derechos de los indígenas. Primero por asumir el Estado la responsabilidad integral por el destino de las tierras y territorios indígenas por intermedio de la FUNAI, órgano vinculado directamente al Ministerio de la Justicia. Segundo para evitar la tendencia hacia la privatización de estas tierras tradicionales.

Así, por fuerza de la Constitución, estas tierras son inalienables e indisponibles, y los derechos sobre ellas imprescriptibles. En consonancia con el reconocimiento del derecho originario, son considerados nulos y extintos los actos que tengan por objeto la ocupación, posesión o dominio sobre estas tierras. Evidentemente, si los derechos de los indíge-

---

<sup>48</sup> SANTILLI, Juliana, «O usufruto exclusivo das riquezas naturais existentes nas terras indígenas», en: LARANJEIRA, Raymundo (Coord.), *Direito agrário brasileiro*, LTr, São Paulo, 1999.

nas son originarios, todos los actos posteriores o secundarios, confiriendo a terceros estos derechos, son nulos. Del principio de la originalidad resulta el derecho de inamovilidad de los pueblos indígenas de sus tierras, conforme prescrito en el § 5.º del art. 231 de la *Lex Mater*.

Es preciso destacar que, en el periodo colonial, el principio de los derechos originarios de los indígenas sobre sus tierras puede ser encontrado en la Carta Regia de 30 de junio de 1609 y en el Alvará Regio de 1.º de abril de 1680, el cual afirma que los indígenas son los «primarios y naturales señores» de sus tierras y que ningún otro título podría valer en las tierras indígenas. Este diploma normativo fue confirmado por la Ley de 06 de Junio de 1755. Después de la independencia, la Constitución de 1934 y las subsecuentes reafirmaron el principio, alcanzando expresión más pommenorizada en la Carta Magna de 1988<sup>49</sup>.

El Supremo Tribunal Federal ha definido que la fecha de la promulgación de la Constitución Federal, 05 de Octubre de 1988, constituye el momento que debe ser tenido en cuenta para verificar la ocupación de las tierras por los pueblos indígenas<sup>50</sup>. En otros términos, en determinado espacio a ser demarcado, debe ser demostrado que el pueblo indígena ya estaba localizado allí en la citada fecha. Según entiende el STF, el establecimiento de este marco temporal es para evitar que sitios ocupados o que vengán a ser ocupados por pueblos indígenas a partir de la mencionada fecha sean reivindicados como «tierras tradicionalmente ocupadas» y, de otro lado, impedir que la expulsión de indígenas venga a desvirtuar la tradicionalidad de la posesión de las tierras indígenas.

Es interesante observar que la preocupación por una eventual «acción abusiva» de los pueblos indígenas en el sentido de invadir áreas tituladas por particulares para reivindicarlas como tierras tradicionalmente ocupadas es tragicómica. Casi todas, si no todas, las tierras indígenas fueran invadidas por no indígenas, y peor, la Unión y los Estados otorgaron títulos de propiedad a suelos que eran ocupados por ellos. La consecuencia de esta decisión del STF puede ser funesta, conforme destacaran Yamada e Villares (2010), en los siguientes términos:

Al fijar la fecha de la promulgación de la Constitución de 1988 de forma arbitraria, aunque con cierto simbolismo, se le concede un carácter casi divino a la Constitución. Se desconsidera el valor del Estatuto del Indio, su historicidad y su carga de tradicionalidad positiva, y

---

<sup>49</sup> SILVA, José Afonso, *Curso de Direito... op. cit.*, p. 819.

<sup>50</sup> BRASIL/SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Acórdão, Pet 3388. Tribunal Pleno, Disponible en: [http://www.conjur.com.br/dl/Voto\\_Britto\\_Pet3388.pdf](http://www.conjur.com.br/dl/Voto_Britto_Pet3388.pdf), Acceso en: 01 mar. 2012, §80, I, p. 55.

soberbiamente se disminuye el valor del pasado indigenista brasileño. Si interpretada de modo cabal la Constitución torna verdugo de los derechos de los pueblos indígenas, pues, impermeable a cualquier posibilidad de remisión de las fallas históricas del indigenismo brasileño y de las injusticias perpetradas contra los indígenas. Deja de ser posible analizar situaciones como aquellas en que comunidades indígenas fueron removidas por persuasión de las autoridades gubernamentales o huyeron de la simple aproximación del hombre blanco o de otros grupos indígenas, como acontece aun hoy con muchos grupos autónomos<sup>51</sup>.

Como se observa el principio de la originalidad del derecho de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios está consagrado jurídicamente desde el Alvará Regio de 1609. Sin embargo, el propio Estado fue responsable por el fomento de la apropiación de tierras indígenas para expandir las fronteras agrícolas, muchas veces otorgando títulos sobre tierras que eran ocupadas y estaban destinadas a los pueblos indígenas.

Es muy reconfortante saber que la Constitución de 1988 reafirmó el derecho congénito sobre las tierras que ocupan u ocuparon los pueblos indígenas y que él no depende de título o reconocimiento formal. En determinadas circunstancias, este derecho parece valer muy poco o nada, principalmente cuando el Estado no demarca las tierras indígenas. Es bonito saber que la demarcación no es constitutiva del derecho indígena sobre sus tierras y que tan sólo la propia presencia indígena y la vinculación con las tierras son capaces de garantizar sus derechos reconocidos por la Constitución brasileña. Sin embargo, la mera previsión legislativa y constitucional es insuficiente para promover una efectiva protección. Cunha resume esta nefasta situación de forma lapidaria al decir que:

Entre la legislación y la práctica, hay frecuentemente un abismo, tanto mayor cuanto más débil políticamente sea el segmento de la población implicado. A pesar de la legislación favorable, los indígenas fueron, a lo largo de los siglos, esclavizados, muertos y expoliados de sus tierras<sup>52</sup>.

En el campo penal, el mero hecho de la ocupación tradicional no puede ser empleado por los pueblos indígenas contra terceros, en caso

---

<sup>51</sup> YAMADA, Erica Magami e VILLARES, Luiz Fernando, «Julgamento da terra indígena raposa serra do sol: todo dia era dia de índio», *Revista Direito FGBV, São Paulo* 6(1): 143-158, jan-jun, 2010, p. 151. Traducción personal.

<sup>52</sup> CUNHA, Manuela Carneiro, *Os direitos do índio... op. cit.*, p. 12. Traducción personal.

de intrusión por parte de poseedores de áreas tituladas sobre sus tierras. El Estatuto del Indio no tipifica el crimen de intrusión o uso ilícito de tierra indígena. En ausencia de tal tipo penal, cabe acudir a una ley relativa al Derecho Agrario<sup>53</sup>, cuyo art. 20 dispone que «invadir, con intención de ocuparlas, tierras de la Unión, de los Estados y de los Municipios» sujeta a los infractores a la pena de detención de 6 meses a 3 años. Las tierras tradicionalmente ocupadas por pueblos indígenas están incluidas entre los bienes de la Unión, luego, su invasión, con el objetivo de ocupación, es, al menos en principio, constitutiva de delito. Sin embargo, si la propiedad particular estuviere guarnecida con escritura pública que no fue anulada y no existiendo demarcación del área en cuestión como de ocupación indígena, no hay cómo imputar a los denunciados el crimen mencionado.

Considerando que el Estado otorgó títulos de propiedad a particulares sobre extensas áreas dentro de las tierras indígenas, que aún no demarcó innumerables tierras indígenas y que la demarcación tiene la única y exclusiva función de crear una delimitación espacial de la titularidad indígena<sup>54</sup>, los pueblos indígenas no pueden ejercer oposición contra terceros en estos casos.

Pese a la existencia de las garantías constitucionales y legales estudiadas, hay que recalcar que el principio del derecho originario sobre las tierras indígenas fue y continúa siendo pródigamente ignorado. Ejemplo de esto es el plazo establecido por la actual Constitución para la demarcación de todas las tierras indígenas: 5 de octubre de 1993<sup>55</sup>. Pasados 18 años la disposición permanece en letra muerta, pues el mandamiento constitucional fue incumplido en gran medida. A pesar de ocupar el pedestal normativo nacional, la disposición figura como genuino símbolo de la indiferencia y falta de respeto a los derechos de los pueblos indígenas. Su único valor es el de molestar, constreñir y movilizar el pudor.

Conforme fue visto, los pueblos nativos ocupaban los territorios del «nuevo mundo» miles de años antes de la llegada de los europeos y de la formación de los actuales estados nacionales. Desde la aparición de los europeos en las Américas, los derechos sobre la tierra han sido una fuente de tensión que resultó en masacres, genocidios y limpieza étni-

---

<sup>53</sup> BRASIL, Ley n. 4.947 de 06 de Abril de 1966, disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4947.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4947.htm), consulta en: 06 mar. 2012.

<sup>54</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa, *Ação Civil pública, meio ambiente e terras indígenas*, Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 1998.

<sup>55</sup> Art. 67 de los Actos de Disposición Transitorias (ADCT) de la Constitución de 1988

ca. Los pueblos indígenas que habitaron estas tierras a lo largo del tiempo, hoy luchan por asegurar y mantener «derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos»<sup>56</sup>. Derechos estos ni dados u otorgados, visto su carácter de originalidad.

Contemporáneamente, el derecho de los indígenas a la posesión de la tierra está asegurado por la Constitución brasileña de 1988, la cual garantiza, por lo menos en la Ley Superior, el usufructo exclusivo de los recursos existentes en sus tierras y territorios, la inamovilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad de sus derechos sobre ellos. Hasta llegar a este grado de protección jurídica hubo un largo y arduo proceso.

Avances legislativos como el mencionado son importantes, pero no suficientes. Desafortunadamente, los pueblos indígenas se encuentran en situación precaria en la mayoría de los países en que viven, donde se enfrentan con incontables problemas en materia de derechos humanos, en especial altos niveles de carencia y extrema pobreza<sup>57</sup>. Esta lamentable realidad forma parte de un panorama más amplio, muy bien descrito por Stavenhagn en los siguientes términos:

Las profundas desigualdades económicas entre indígenas y no-indígenas, la marginación social de aquellos, su exclusión política y su subordinación cultural, conforman un cuadro histórico de discriminación persistente que no puede calificarse más que de racismo estructural, es decir, enraizado en las estructuras de poder y de dominio que han venido caracterizando a las sociedades latinoamericanas durante siglos. De allí que aún hoy en día, con políticas desarrollistas y discursos incluyentes, la situación de los pueblos indígenas en el contexto nacional no se haya modificado sustancialmente. Sin embargo, se han dado cambios y se están generando dinámicas que permiten vislumbrar nuevas posibilidades en la centenaria relación entre pueblos indígenas y estados nacionales<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> ONU, *Declaración ... op. cit.*, § 21 del preámbulo.

<sup>57</sup> ONU/CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL/COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Las cuestiones indígenas...*, p. 17, último §.

<sup>58</sup> STAVENHAGN, Rodolfo, *El derecho de sobrevivencia: la lucha de los pueblos indígenas en América Latina contra el racismo y la discriminación*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Reunión de Expertos sobre Racismo y Género Santiago de Chile, 4 y 5 de junio de 2001. Disponible en: [http://www.eclac.cl/mujer/publicaciones/sinsigla/xml/6/6826/sobrevivencia\\_stavenhagen.PDF](http://www.eclac.cl/mujer/publicaciones/sinsigla/xml/6/6826/sobrevivencia_stavenhagen.PDF), Consulta en: 10 mar. 2012, p. 10, § 25. El documento constituye la versión final de una investigación encomendada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el BID al autor.

La FUNAI es el órgano del gobierno brasileño encargado de dar cumplimiento a los mandamientos constitucionales, estableciendo y ejecutando la política indigenista. La FUNAI tiene competencia para promover la atención sanitaria y educativa básica, demarcar y proteger las tierras tradicionalmente ocupadas, además de fomentar el desarrollo de estudios e investigaciones científicas sobre los pueblos indígenas<sup>59</sup>. A pesar de ser responsable de la defensa de las comunidades Indígenas, casi no se nota la actuación de la FUNAI para despertar el interés de la sociedad brasileña por los graves problemas a los que se enfrentan los indígenas y para abrazar sus causas. Es también responsable de gestionar y fiscalizar las tierras indígenas para impedir las intrusiones y acciones predatorias de *garimpeiros* (buscadores de metales y piedras preciosas), madereros, campesinos y terratenientes sobre sus territorios. La realidad es que gran parte del patrimonio indígena, representado por sus tierras y recursos naturales, está amenazado por invasores que ponen en riesgo la vida y la preservación de estos pueblos.

Es laudable que la Constitución de 1988 considere a los pueblos indígenas como colectividades distintas, sujetos de derechos especiales. Es también meritorio que sean reconocidas sus organizaciones sociales, económicas y políticas. Ahora bien, los deberes de proteger y promover los derechos de los pueblos indígenas deben ser cumplidos por el Estado de manera decente. No es admisible, en pleno siglo XXI, que ningún otro pueblo indígena sea condenado a la desaparición o a una vida miserable. Los gobiernos están obligados a combatir el racismo orgánico enraizado en las estructuras de poder, a promover una convivencia más respetuosa y a la adopción de políticas públicas que mejoren los niveles de vida de los pueblos indígenas. A estos, a sus movimientos y organizaciones, cabe exigir y luchar para implementar los derechos garantizados en la Constitución.

---

<sup>59</sup> BRASIL, Lei n.º 5.371, de 5 de dezembro de 1967 – Autoriza a instituição da «Fundação Nacional do Índio» e dá outras providências, disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/1950-1969/L5371.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L5371.htm), Consulta en: 03 mar. 2012, art. 1.

### 3. La especial relación espiritual de los Pueblos Indígenas con las tierras ocupadas por sus ancestros

Los pueblos autóctonos adoptan una concepción *sui generis* de su relación con sus tierras y territorios desde remotas eras. En el imaginario indígena, la tierra tiene un significado especial. En armonía con esta visión, emplean técnicas específicas de explotación de los recursos naturales, su fuente de alimentos y medicinas, de vida y supervivencia física e espiritual<sup>60</sup>.

*Ab initio*, antes de analizar el principio de la especial relación espiritual de los pueblos indígenas con las tierras ocupadas por sus ancestros se hace necesario distinguir los términos «tierras» y «territorios». Rodolfo Stavenhagn, ex relator de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, define el vocablo «tierra» de la siguiente manera:

La tierra es fundamentalmente un espacio físico de ocupación directa por parte de una unidad doméstica (familia) o una comunidad indígena, y al mismo tiempo constituye un factor de producción y subsistencia, un elemento indispensable para la supervivencia del grupo social. De acuerdo a las condiciones ecológicas, el nivel tecnológico y la organización de la producción, los distintos grupos indígenas requieren de extensiones variables de tierra para subsanar sus necesidades básicas. Los agricultores de «roza y quema» de las tierras bajas, que practican una agricultura semi-nómada en combinación con la

---

<sup>60</sup> Los Yanomamis de la Aldea Demin, por ejemplo, viven cerca de la Sierra de la Luna, donde reside el espíritu «Omame», protector de la vida y energía y quien los enseñara a pensar y a vivir en aquella tierra. Cfr. SCHOLZ, Judite, Vida yanomami, *Revista Ícaro*, n. 83: 16-36, 1991. p. 23.

caza, la pesca y la recolección, necesitan extensiones mayores que, digamos, los campesinos que practican una agricultura intensiva en zonas de irrigación artificial y con insumos técnicos adecuados<sup>61</sup>.

Prosigue el autor, antes mencionado, que el concepto de «territorio» es más amplio que el de tierra, consistiendo en el:

(...) espacio geográfico en el cual se desenvuelve la dinámica de las sociedades indígenas, y con el cual está vinculada la cultura, la historia y la identidad de un grupo indígena dado. La idea de territorio subyace al concepto de pueblo o nación.

Para Stavenhagn, el «territorio indígena es el espacio geográfico-cultural que los pueblos indígenas reclaman como un derecho colectivo, indispensable para su sobrevivencia, su identidad y su reproducción como pueblos»<sup>62</sup>.

De forma lapidaria, Stavenhagn completa la distinción, diciendo que «[m]ientras que la tierra es reclamada como una necesidad económica y social, el territorio lo es como una necesidad cultural y política, vinculada al derecho de autonomía y de libre determinación»<sup>63</sup>.

El principio de la especial relación espiritual de los pueblos indígenas con las tierras ocupadas tradicionalmente fue inmortalizado, de forma poética, en la célebre Carta del Jefe Seattle a un ex presidente de Estados Unidos que quería comprar sus tierras al contestarle que:

Cada partícula de esta tierra es sagrada para mi pueblo. Cada brillante aguja de pino, cada grano de arena de las playas, cada gota de rocío de los sombríos bosques, cada calvero, el zumbido de cada insecto... son sagrados en la memoria y experiencia de mi pueblo. La savia que asciende por los árboles lleva consigo el recuerdo de los pieles rojas<sup>64</sup>.

El Jefe Seattle recordó al ex Presidente que «los muertos de los hombres blancos olvidan la tierra donde nacieron cuando parten para vagar entre las estrellas. En cambio, nuestros muertos no olvidan jamás

<sup>61</sup> STAVENHAGN, Rodolfo, *El derecho de sobrevivencia... op.. cit.*, § 69, p. 26.

<sup>62</sup> *Ibid.*, § 73, p. 27.

<sup>63</sup> *Ibid.*, § 73, p. 27.

<sup>64</sup> Carta supuestamente escrita en 1854, por el Jefe Seattle, líder de las tribus Suquamish y Duwamish, pobladores originarios de la costa noroccidental del Pacífico. Tal carta fue dirigida al expresidente de Estados Unidos Franklin Pierce como respuesta a la propuesta de éste de comprar las tierras ancestrales de estas tribus con el fin de ubicar posteriormente a sus pobladores en una reserva. Disponible en: <http://www.prodiversitas.bioetica.org/nota45.htm>, Consulta en: 14 mar. 2012, § 4.º.

esta tierra maravillosa, pues ella es nuestra Madre»<sup>65</sup>. En la visión del pueblo del Jefe Seattle «somos parte de la tierra y ella es parte de nosotros. Las flores perfumadas, el venado, el caballo, la gran águila, son nuestros hermanos. Las cumbres rocosas, los prados húmedos, el calor del cuerpo de los potros y de los hombres, todos somos de la misma familia»<sup>66</sup> para después recomendarle que:

Enseñad a vuestros hijos lo que nosotros hemos enseñado a nuestros hijos: la tierra es nuestra madre. Lo que afecte a la tierra, afectará también a los hijos de la tierra. Si los hombres blancos escupen a la tierra, se escupen a sí mismos. Porque nosotros sabemos esto: la tierra no pertenece al hombre, sino el hombre a la tierra. Todo está relacionado como la sangre que une a una familia<sup>67</sup>.

Uno de los procesos más eficaces de «desindianización»<sup>68</sup> de un país es la usurpación del espacio vital de los pueblos indígenas, los cuales tienen una relación peculiar con la tierra. Según Stavenhagen:

La destrucción y negación de los territorios indígenas constituye una forma más de etnocidio, y por lo tanto una seria violación de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Los nuevos instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los indígenas hacen hincapié en la importancia de sus territorios, y algunas legislaciones nacionales en América Latina reconocen ahora estos derechos, aunque todavía cuesta mucho hacerlos efectivos<sup>69</sup>.

De acuerdo con el principio de la relación especial de los pueblos indígenas con las tierras ocupadas por sus ancestros, la tierra es algo superior a un mero bien de comercio o medio de supervivencia. El descendiente de europeos no resiste a una buena oferta de compra o se contenta con una justa indemnización. Los indígenas no la cambian por dinero.

<sup>65</sup> *Ibid.*, § 5.º.

<sup>66</sup> *Ibid.*, § 5.º.

<sup>67</sup> *Ibid.*, § 13.º.

<sup>68</sup> Según Stavenhagen, «[e]n las Américas en el siglo xx, esta política llamóse *indigenismo* y el proceso de *asimilar e incorporar a los pueblos indígenas al estado* recibió el nombre de *desarrollo*». Hay que decir que las poblaciones autóctonas fueron físicamente eliminadas desde los principios de la colonización, constituyendo los primeros ejemplos modernos de genocidio y limpieza étnica, con la aniquilación de culturas y asimilación de los supervivientes, con correspondiente desaparición de la etnia. Cf. STAVENHAGEN, Rodolfo, «Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos», en BERRAONDO, Mikel (Coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 22.

<sup>69</sup> *Ibid.*, § 73, p. 27.

Ella representa el soporte de la vida social y cultural, pues está vinculada directamente con el sistema de creencias y conocimientos. No es exclusivamente un recurso natural, sino que tan relevante como lo anterior, es también un recurso socio-cultural. Respecto a esta relación *sui generis* con la tierra, la Organización Internacional del Trabajo, registra que:

La mayoría de los pueblos indígenas tiene una relación especial con la tierra y los territorios que habitan. Son los lugares donde vivieron sus ancestros y donde se desarrollan su historia, conocimientos, prácticas de sustento y creencias. Para gran parte de los pueblos, el territorio tiene un significado sagrado o espiritual, que va mucho más allá del aspecto productivo y económico de la tierra<sup>70</sup>

Por lo tanto, en este contexto, la tierra ostenta una doble dimensión, la de recurso natural y la de recurso socio-cultural. Luego, el reconocimiento de los indígenas en cuantos grupos sociales diferenciados debe estar umbilicalmente asociado a la cuestión territorial ante el papel crucial de la tierra para su reproducción económica, física y cultural.

Los más destacados científicos que se dedican a la causa indígena reconocen este principio. James Anaya, el actual Relator de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas afirma que «sus raíces ancestrales están entrañadas en las tierras en las cuales ellos han vivido<sup>71</sup>. Martínez Cobo, ex Relator especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, en el mismo sentido, destaca que «[e]s esencial que se conozca y comprenda la relación especial profundamente espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras, como algo básico en su existencia como tales y en todas sus creencias, costumbres, tradiciones y cultura»<sup>72</sup>. Según el autor, para los indígenas, «la tierra no es meramente un objeto de posesión y producción». Más que esto, «la relación integral de la vida espiritual de los pueblos indígenas con la Madre Tierra» tiene profundas implicaciones. Una de ellas es que «la tierra no es mercadería que pueda apropiarse sino un elemento material del que debe gozarse libremente<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, OIT, Ginebra, 2009. p. 92.

<sup>71</sup> ANAYA, S. James, *Indigenous peoples in international law*, 2a ed., New York: Oxford University Press, 2004, p. 141.

<sup>72</sup> MARTÍNEZ COBO, José R., Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, documento ONU E/CN.4/Sub.2/1986/7, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, 1983. Disponible en: [http://www.infoandina.org/sites/default/files/recursos/Estudio\\_Cobo2.pdf](http://www.infoandina.org/sites/default/files/recursos/Estudio_Cobo2.pdf), Consulta en: 15 mar. 2012. § 196, p. 27.

<sup>73</sup> *Ibid.*, § 197, p. 27.

El reconocimiento de la relación especial de los pueblos indígenas con sus tierras, territorios y recursos es elemento esencial para la protección de la dimensión colectiva de los derechos indígenas. La dimensión intergeneracional de esta relación juega un papel fundamental para la identidad, la supervivencia y la viabilidad cultural de los pueblos indígenas<sup>74</sup>. Luego, su desconsideración resulta en consecuencias sociales, culturales, espirituales, económicas y políticas catastróficas para los pueblos indígenas.

Los dos principales instrumentos de derechos humanos que tratan de los intereses indígenas consagran el principio de la relación espiritual de los autóctonos con sus tierras. El Convenio n. 169 de la OIT determina que los Estados deben:

respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación<sup>75</sup>.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su art. 25, condensa este principio al afirmar, *in litteris*, que:

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.

En el seno del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, esa relación especial entre los pueblos indígenas es protegida por dos instrumentos de derechos humanos. La Convención Americana de Derechos Humanos, en su art. 21, consagra el derecho a la propiedad privada en los siguientes términos:

---

<sup>74</sup> DAES, Erica-Irene, Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos E/CN.4/Sub.2/2001/21, 11 de junio de 2001. § 20, p. 10. Documento de trabajo final preparado por la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene A. Daes. Disponible en: [http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/e7cf902d4109500c1256a99004a3d48/\\$FILE/G0114182.pdf](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/e7cf902d4109500c1256a99004a3d48/$FILE/G0114182.pdf), Consulta en: 15 mar. 2012.

<sup>75</sup> OIT, *Convenio ... op.cit.*

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley<sup>76</sup>.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>77</sup>, en su art. XXIII, consagra el derecho de propiedad al establecer que «[t]oda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar». Como se verá después, las dos disposiciones citadas protegen la vinculación estrecha que guardan los pueblos indígenas con las tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales. Esta relación, como no podría ser de otra manera, es de importancia fundamental para el goce de otros derechos humanos de los pueblos indígenas.

Vale la pena destacar que el Proyecto de Declaración Americana de Derechos Indígenas reconoce la especial relación de los indígenas con sus tierras, territorios y recursos al hablar de «el respeto al medio ambiente por las culturas de los pueblos indígenas de las Américas, así como la relación especial que éstos tienen con él, y con las tierras, recursos y territorios que habitan». Por lo tanto, la protección de esta relación es condición *sine qua non* para la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas<sup>78</sup>.

En la esfera de los derechos indígenas sobre sus tierras, las decisiones más relevantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos reafirman la importancia del principio en análisis. El fundamento espiritual de la relación de los indígenas con sus tierras es reconocido tanto

---

<sup>76</sup> OEA, Convención americana sobre derechos humanos, Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969, Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>, Consulta en: 15 mar. 2012. De ahora en adelante Convención.

<sup>77</sup> OEA, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/4.DECLARACION%20AMERICANA.pdf>, Consulta en: 15 mar. 2012.

<sup>78</sup> OEA, *Proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígena*, Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 26 de febrero de 1997, en su sesión 1333a. durante su 95.º Período Ordinario de Sesiones. Disponible en: <http://www.cidh.org/Indigenas/Cap.2g.htm>, Consulta en: 15 mar. 2012.

en la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>79</sup>.

En el caso del Pueblo Saramaka *v.* Surinam, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar el art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos afirma que en él se encierra «el derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales a que determinen y gocen, libremente, de su propio desarrollo social, cultural y económico, el cual incluye el derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente»<sup>80</sup>.

La Corte reconoció que «los integrantes del pueblo Saramaka mantienen una fuerte relación espiritual con el territorio ancestral que han usado y ocupado tradicionalmente», que la «[l]a tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo Saramaka» y que «[l]as tierras y los recursos del pueblo Saramaka forman parte de su esencia social, ancestral y espiritual»<sup>81</sup>.

De forma impar la Corte estableció los contornos del principio de la relación espiritual con sus tierras en el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, al afirmar que:

Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> De ahora en adelante Comisión y Corte, respectivamente.

<sup>80</sup> CORTE IDH, Pueblo Saramaka *vs.* Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo), Reparaciones y Costas, Corte IDH, (ser. C) No. 172, § 95 (Nov. 28, 2007), disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf), consulta en: 17 mar. 2012.

<sup>81</sup> *Ibid.*, § 82.

<sup>82</sup> CORTE IDH, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), (ser. C) No. 79, § 149, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_79\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf), consulta en: 17 mar. 2012.

La Comisión, en el caso *Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*<sup>83</sup> al referirse al aspecto colectivo de los derechos de los indígenas admitió que «el control de la tierra se refiere a la vez a su capacidad de brindarle recursos para el sustento y al espacio geográfico necesario para la reproducción cultural y social del grupo». Al final la Comisión cita el entendimiento de la Corte supra transcrito, según el cual para los pueblos indígenas la relación con la tierra es mucho más que una cuestión de posesión y producción.<sup>84</sup>

Para la Comisión IDH, la relación especial entre los pueblos indígenas y tribales y sus territorios significa que «el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos más generales»<sup>85</sup>.

La Corte Interamericana ha reiterado que «los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica»<sup>86</sup> y que:

Dicha protección de la propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, leído en conjunto con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, le asigna a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente<sup>87</sup>.

La Corte ha subrayado en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, que:

[I]a cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un

---

<sup>83</sup> COMISIÓN IDH, *Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, 27 de diciembre de 2002, Informe n° 75/02, Caso 11.140, Fondo § 128. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/EEUU.11140.htm>, consulta en: 14 feb. 2012.

<sup>84</sup> CORTE IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna...*, *op. cit.*, § 149.

<sup>85</sup> COMISIÓN IDH, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)*, 12 de octubre de 2004, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Fondo, § 114, disponible: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Belize.12053a.htm>, consulta en: 10 feb. 2012.

<sup>86</sup> CORTE IDH, *Pueblo Saramaka*, *op. cit.*, § 91.

<sup>87</sup> *Ibid.*, § 91.

elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.<sup>88</sup>

En el mismo caso antes mencionado, la Corte sedimenta el intrínseco vínculo entre el derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas y la especial relación con sus tierras y territorios al disponer que:

[l]a garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas.<sup>89</sup>

Como se observa, tanto la Comisión cuanto la Corte han afirmado el entendimiento de que el vínculo especial entre los pueblos indígenas y sus tierras y recursos está umbilicalmente relacionado con la propia existencia de estos pueblos. Esta relación especial se desdobra en dos consecuencias fundamentales para los pueblos indígenas: la subsistencia material y la integridad cultural.

En la esfera material, fuertemente vinculada con el control de la tierra protegido por el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, subyace la capacidad de ofrecer recursos para el sustento y la plataforma geográfica para la reproducción cultural y social del grupo<sup>90</sup>. En la dimensión espiritual, la protección de la cultura de los pueblos indígenas alcanza la preservación de aspectos relacionados con su organización productiva, lo cual incluye entre otras la cuestión de las tierras ancestrales y comunales<sup>91</sup>.

La Comisión sintetizó la interconexión entre los aspectos materiales y espirituales de manera muy precisa al decir que:

---

<sup>88</sup> CORTE IDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, § 135, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf), consulta 12 feb. 2012.

<sup>89</sup> *Ibid.*, § 154.

<sup>90</sup> COMISIÓN IDH, *Mary y Carrie Dann ...*, *op. cit.*, § 128.

<sup>91</sup> COMISIÓN IDH, *Comunidades Indígenas Mayas...*, *op. cit.*, § 120.

Los conceptos de familia y de religión se conectan íntimamente con el territorio tradicional, en donde los cementerios ancestrales, los lugares de significado e importancia religiosos y los patrones de parentesco se vinculan a la ocupación y uso de sus territorios físicos<sup>92</sup>.

Por lo tanto, el territorio y los recursos naturales son elementos integrantes de la vida espiritual y medio de subsistencia de los pueblos indígenas. La ignorancia de esta especial relación afecta al disfrute de los derechos humanos a la identidad cultural, el derecho colectivo a la integridad cultural, o el derecho a la supervivencia colectiva de las comunidades y sus miembros. La violación de estos derechos resulta en miseria material y espiritual y sufrimiento indescriptible para los pueblos indígenas.

Hay que recalcar que la relación especial entre los pueblos indígenas y sus tierras y territorios ancestrales no se restringe a meras elucubraciones filosóficas. Su relevancia jurídica se comprueba de manera destacada en casos de conflictos de propiedad con terceros. En la esfera nacional, los poderes estatales deben considerar, en elevado grado, las implicaciones de los derechos territoriales de los pueblos indígenas sobre su identidad cultural y supervivencia material. En el ámbito internacional, la Corte Interamericana ha tenido en cuenta esta especial relación en el momento de fijar reparaciones en casos en los que ciertos grupos indígenas se han visto desposeídos y desplazados forzosamente de sus territorios. En el caso *Moiwana*, por ejemplo, la Corte consideró que el desplazamiento forzoso de la comunidad había «lesionado emocional, espiritual, cultural y económicamente» a sus miembros, considerando este hecho relevante para el cálculo de las indemnizaciones por el daño inmaterial que el Estado debía reparar<sup>93</sup>.

Es preciso subrayar que los derechos indígenas sobre sus tierras y territorios se fundamentan en dos pilares esenciales: el carácter originario de sus derechos y la relación espiritual que los pueblos indígenas tienen con el hábitat tradicional ocupado por ellos y otrora por sus ancestros. Por lo tanto, el adecuado entendimiento de los problemas territoriales indígenas pasa necesariamente por la comprensión de estos dos principios jurídicos. Es con base en estos fundamentos que los autóctonos deben continuar ocupando las tierras tradicionalmente ocupadas o retomarlas de quienes injustamente las ocuparon.

---

<sup>92</sup> *Ibid.*, § 155.

<sup>93</sup> CORTE IDH, *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, Sentencia de 15 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas), Serie C No. 124, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_124\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf), consulta en: 24 feb. 2012.

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, hay el consenso de que la identidad cultural y espiritual de los pueblos indígenas está umbilicalmente vinculada a sus tierras ocupadas tradicionalmente. Esta es la razón por la cual la Corte Interamericana, la más elevada instancia de los derechos humanos del Continente americano, viene reafirmando la necesidad de proteger los derechos indígenas sobre sus tierras y territorios ancestrales. Las tierras ancestrales, donde los sitios sagrados son venerados de generación a generación, son esenciales para la transmisión de su cultura y creencias para las futuras generaciones<sup>94</sup>.

Mientras que la relación de un terrateniente con la tierra está basada esencialmente en el beneficio económico, las tierras indígenas encarnan la transmisión del legado cultural de un pueblo indígena para el futuro, para su posteridad. Si no hubiera esta relación especial, las tierras indígenas no serían más que una finca, que podría ser intercambiada por otra de área equivalente e igual calidad. Como se nota, esta relación especial con la tierra debe ser protegida para salvaguardar no sólo la supervivencia física, pero también cultural de los pueblos indígenas. Luego, esta relación merece la adopción por parte de los Estados de medidas específicas y efectivas de protección<sup>95</sup>, debiendo envidar todos los esfuerzos y recursos necesarios para recuperar, reconocer, demarcar y registrar las tierras tradicionalmente ocupadas, en razón de su esencialidad para la supervivencia e integridad cultural de los pueblos indígenas.

A continuación se analizarán los fundamentos jurídicos de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios, tanto en el ámbito internacional cuanto nacional.

---

<sup>94</sup> CORTE IDH, *Saramaka ... op. cit.*, § 90.

<sup>95</sup> COMISIÓN IDH, *Mary y Carrie Dann ... op. cit.*, § 128.



## 4. Fundamentos jurídicos de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

En el ámbito del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) es uno de los organismos especializados más activos en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, en particular sus derechos económicos y sociales. Con sede en Ginebra, fue fundada en el marco del Tratado de Versales, en 1919, en el ámbito de la Liga de Naciones. En la condición de primer organismo especializado de la ONU, su tarea principal es la elaboración y el establecimiento de normas internacionales de trabajo a fin de mejorar las condiciones de vida y de trabajo en todo el planeta. La OIT es una organización internacional tripartita, donde los representantes de los Estados y los representantes de empleadores y trabajadores participan en las negociaciones, deliberaciones y decisiones en pie de igualdad<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> OIT, *Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: un manual*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003, p. 1.

En realidad, debería haber una Organización Internacional de los Pueblos Indígenas y Tribales, pues, aunque están formados por mujeres, niños y trabajadores, sus problemas son muy específicos. Ante este vacío organizacional, la OIT fue el primer organismo internacional que buscó proteger y promover los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Inicialmente, la OIT se ocupó de la situación de los trabajadores rurales. Como una significativa parte de ellos procedían de pueblos indígenas y tribales, la OIT fue percibiendo que era necesario formular un instrumento normativo destinado exclusivamente a ellos, para dar la debida atención a las especificidades de dichos pueblos.

Contemporáneamente, la actuación de la OIT, en la esfera indígena, se desenvuelve en la promoción y supervisión de los dos convenios sobre los pueblos indígenas y tribales y los programas de asistencia técnica destinados a mejorar las condiciones sociales y económicas de los pueblos indígenas y tribales. Además, coopera con los demás organismos de las Naciones Unidas en las esferas de interés común, especialmente con el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité de los Derechos del Niño y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

La OIT participa en la organización de las consultas anuales que promueven organismos de las Naciones Unidas para tratar de los problemas a los que se enfrentan los pueblos indígenas y en las reuniones de las Naciones Unidas en las que se trata de las cuestiones indígenas, entre ellas las del Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas. El Grupo, instituido por la Resolución 1982/34 del Consejo Económico y Social, tiene competencia para examinar los sucesos relativos a la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas y cooperar con la evolución de las normas relativas a los derechos de las poblaciones indígenas<sup>97</sup>. Este foro constituye la tribuna desde la que los indígenas pueden exponer sus puntos de vista y plantear sus reivindicaciones.

La OIT tiene jurisdicción sobre los dos únicos instrumentos internacionales destinados exclusivamente a los pueblos indígenas y tribales, el Convenio n. 107<sup>98</sup> y el Convenio n. 169<sup>99</sup>. El Convenio n. 107, apro-

---

<sup>97</sup> Para más detalles Cfr. el sitio del Grupo en: <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/indigenous/groups/groups-01.htm>

<sup>98</sup> OIT, Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1957 (núm. 107), 26 Junio 1957, C107, disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C>, Acceso en: 15 feb. 2012.

<sup>99</sup> OIT, *Convenio n. 169*, *op. cit.*

bado en 26 de junio de 1957, fue el primer instrumento universal dedicado a consagrar derechos de las poblaciones indígenas y tribales y a establecer obligaciones de los Estados miembros para respetarlos y promoverlos. Si bien representó un paso adelante y la apertura de nuevos caminos, el texto hacía referencias inapropiadas, equivocadas y poco respetuosas con la cultura indígena.

A título de ilustración, el apartado «a» del párrafo 1.º del artículo 1.º del Convenio n. 107 trata a estas poblaciones como «menos avanzadas» y preconiza, abiertamente, una política asimilacionista. En la época, predominaba la visión de que los pueblos indígenas y tribales eran sociedades «atrasadas» y «transitorias», cuya cultura debería ser sustituida por otra considerada más avanzada. Luego, para asegurar su sobrevivencia física era indispensable unir estos pueblos al grupo nacional mayoritario, mediante la integración y la asimilación o, en términos más claro, exterminar su cultura<sup>100</sup>.

Con el correr del tiempo este equívoco se hizo más evidente. Las incongruencias supra citadas desencadenaron críticas de los líderes, representantes y defensores de los pueblos indígenas que culminaron en la revisión del Convenio<sup>101</sup>. La OIT aprobó el Convenio n. 169 en 27 de Junio de 1989, el cual adopta la premisa de que se han de respetar las culturas e instituciones de los pueblos indígenas y tribales y su derecho a seguir existiendo en el ámbito de sus sociedades nacionales. Esta nueva concepción se basa en el respeto de sus culturas, formas de vida, tradiciones y costumbres. Más que esto, en su derecho a continuar existiendo sin pérdida de su propia identidad, asegurándoles la facultad de establecer sus propias instituciones, el modelo y el ritmo de su desarrollo. Los Estados Partes del Convenio n. 169 y la fecha de ratificación son presentados en la Tabla 1.

---

<sup>100</sup> OIT, *Convenio número 169...*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>101</sup> El art. 36 del Convenio n. 169 revisa expresamente el Convenio n. 107 de 1957.

Tabla 1

**Países que ratificaron el Convenio n. 169 y fecha de ratificación<sup>102</sup>**

Estado Parte	Fecha
Argentina	03-07-2000
Estado Plurinacional de Bolivia	11-12-1991
Brasil	25-07-2002
Chile	15-09-2008
Colombia	07-08-1991
Costa Rica	02-04-1993
Dinamarca	22-02-1996
Dominica	25-06-2002
Ecuador	15-05-1998
España	15-02-2007
Fiji	03-03-1998
Guatemala	05-06-1996
Honduras	28-03-1995
México	05-09-1990
Nepal	14-09-2007
Nicaragua	25-08-2010
Noruega	19-06-1990
Países Bajos	02-02-1998
Paraguay	10-08-1993
Perú	02-02-1994
República Centroafricana	30-08-2010
República Bolivariana de Venezuela	22-05-2002

Como se observa, en fecha de 15 de Febrero de 2012, tan sólo 22 Estados habían ratificado el Convenio n. 169<sup>103</sup>. Considerando que la ONU está compuesta por 192 Estados, hasta el presente momento, tan sólo 11,5% de sus miembros se había adherido al tratado. Hecho que evidencia la desconsideración de los graves problemas enfrentados por los pueblos autóctonos y la indiferencia de los Estados para con ellos. Hay que

<sup>102</sup> Cfr. el listado en el siguiente sitio de la OIT: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifics.pl?C169>

<sup>103</sup> GRUPO INTERNACIONAL DE TRABAJO SOBRE ASUNTOS INDÍGENAS, *Países que ratificaron el 169*, disponible en: <http://www.iwgia.org/derechos-humanos/procesos-internacionales/oit/paises-que-ratificaron-el-169>, consulta en: 14 feb. 2012.

aclarar que el Convenio n. 107 fue ratificado por 27 países. Si bien la ratificación de este tratado está cerrada, sigue vigente en 17 países que no ratificaron el Convenio n. 169<sup>104</sup>. Como se observa, cerca del 63,3% de los países signatarios del Convenio n. 107, que tienen poblaciones significativas de indígenas, sigue adoptando el enfoque integracionista que refleja el discurso obsoleto sobre desarrollo de la década de los 50 del S.xx.

El Convenio n. 169 es el más relevante documento de política internacional sobre pueblos indígenas y tribales. Sin embargo, hay que reconocer que el convenio es minimalista, o sea, establece normas mínimas en relación con los derechos civiles, políticos, sociales y económicos de los pueblos indígenas y tribales. A pesar de este rasgo característico, la significativa mayoría de los Estados no manifiesta interés en asumir obligaciones jurídicas, ante la comunidad internacional, para actuar en defensa de los derechos de estos grupos. Es meritoria la firma de cualquier tratado de derechos humanos, no obstante no se puede decir que en los Estados que ratificaron el Convenio n. 169, la situación de los pueblos citados haya mejorado significativamente.

La Tabla 2 ofrece una visión del conjunto de las materias tratadas en el Convenio n. 169 que se divide en cuatro partes principales y contiene 44 artículos, 25 de ellos de tipo sustantivo.

Tabla 2

### Visión general de las materias reglamentadas por el Convenio n. 169105

Parte	Título	Artículos
I	Política General	1 a 12
II	Cuestiones Sustantivas	
	Tierras	13 a 19
	Contratación y Condiciones de Empleo	20
	Formación Profesional, Artesanía e Industrias Rurales	21 a 23
	Seguridad Social y Salud	24 y 25
	Educación y Medios de Comunicación	26 a 31
	Contactos y Cooperación a Través de las Fronteras	32
III	Administración	33
IV	Disposiciones Generales de Procedimiento: registro, ratificación y adopción del Convenio	34 a 44

<sup>104</sup> Cfr. Sitio de la OIT: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifics.pl?C107>, Acceso en: 15 feb. 2012.

<sup>105</sup> OIT, *Convenio número 169...*, op. cit., p. 6.

El preámbulo del Convenio n. 169, reconoce «las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven»<sup>106</sup>. De otro lado, recuerda la cruel realidad a la que fueron y están sometidos, al registrar que «en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión»<sup>107</sup>.

El Convenio n. 169 no define pueblos indígenas y tribales. Sólo describe, de forma bastante general, los pueblos que trata de proteger, definiendo en el artículo 1.1, que el Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Los pueblos tribales y los pueblos indígenas tienen como elementos comunes los estilos de vida tradicionales; la cultura y manera de vivir diferentes de las de otros sectores de la población nacional (sus formas de vida, lenguas, costumbres etc.) y organización social propia y costumbres y leyes tradicionales. Los pueblos indígenas tienen como elemento diferenciador la continuidad histórica de vida en una determinada región o antes de que otros la hayan invadido o llegado a ella<sup>108</sup>.

La utilización del vocablo «pueblos» es restringida, en el sentido de que no deberá interpretarse el término con el mismo significado que tiene en el Derecho Internacional, conforme dispone el art.1.3, transcrita *in verbis*:

<sup>106</sup> *Ibid.*, § 5.

<sup>107</sup> OIT, Convenio n. 169, *op. cit.*, § 6.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 7. De ahora en adelante, por cuestión de economía de las palabras, se utilizará la expresión «Pueblos Indígenas» para referirse a los dos grupos.

La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que puedan conferirse a dicho término en el derecho internacional.

Esta cautela está destinada a frenar cualquier pretensión de reivindicación del pleno derecho de autodeterminación de los pueblos, con el objetivo de evitar movimientos separatistas. Y ello porque esta cuestión está fuera del ámbito de competencia de la OIT, que se restringe a las cuestiones relacionadas con los derechos económicos y sociales. El centro de atención de este organismo es, por lo tanto, mejorar las condiciones de vida de estos pueblos de manera que puedan continuar manteniendo sus rasgos característicos originales y distintos, si así lo quieren. En este contexto, el Convenio n. 169 sólo establece el autogobierno y el derecho de los pueblos indígenas y tribales a decidir sus propias prioridades<sup>109</sup>.

Para que los pueblos indígenas y tribales puedan definir sus preferencias y destino es esencial que tengan la oportunidad y posibilidad real de administrar sus recursos, gobernar y controlar sus vidas y de decidir su propio futuro. En esta esfera, el Convenio n. 169 desempeña el singular papel de establecer las condiciones necesarias para el autogobierno. Más importante, busca asegurar que medios y recursos sean destinados por los Estados miembros a los pueblos mencionados para que puedan mantener o asumir la gestión de sus recursos, vidas y destinos, en conformidad con sus culturas, tradiciones y costumbres.

Una condición *sine qua non* para que los pueblos indígenas puedan gobernar sus medios de vida y controlar su propio desarrollo económico, social y cultural es la garantía de sus tierras y territorios. En este sentido, el Convenio n. 169 constituye un instrumento fundamental, pues reconoce sus derechos a la posesión y propiedad de sus tierras, a la igualdad, a la libertad y a tomar decisiones sobre proyectos que les afecten. Es cierto que el número de países que lo ratificaron aún es muy reducido, sin embargo, el hecho de que un Estado se haya adherido al tratado aumenta la expectativa de dar a los pueblos indígenas mayor chance de sobrevivir. Con fundamento en la vetusta cláusula de *pacta sunt servanda*, los Estados que lo ratifican están jurídicamente obligados a cumplirlo. Por supuesto, el carácter vinculante del instrumento lo hace más poderoso que la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, pero sin la presión de la comunidad internacional, el

---

<sup>109</sup> OIT, *Convenio n. 169...*, *op. cit.*, p. 9.

convenio puede ser letra muerta, pues muchos signatarios se quedan indiferentes ante las circunstancias especiales de estos pueblos.

Los pueblos indígenas fueron y continúan siendo víctimas de severas violaciones de derechos humanos. Los desplazamientos de sus tierras y territorios fueron y siguen siendo la manera más eficiente para romper el vínculo de dependencia de la tierra para su forma de vida tradicional, exterminando culturas y pueblos indígenas en escala global<sup>110</sup>. Ante sus derechos originarios de ocupación y su vulnerabilidad a la pérdida de las tierras, el Convenio determina que los Estados Partes adopten medidas específicas, en los artículos 14, 17, 18 y 19, de protección de sus derechos sobre las tierras.

El Convenio determina que los Estados Miembros reconozcan el derecho de propiedad y de posesión de los pueblos indígenas sobre las tierras que tradicionalmente ocupan en el artículo 14.1, al disponer que «[d]eberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan». La disposición amplía la protección añadiendo que «en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia». Recomienda, que a «este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes».

Dimana de la lectura del texto supra citado que los pueblos indígenas tienen derecho originario de propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente han ocupado. Es una cuestión de justicia, pues nada más razonable que asegurarles las tierras que habitaron, por primera vez, a lo largo del tiempo y que serían transmitidas a las generaciones subsecuentes si no fuera por las incursiones por parte de los colonizadores e intrusos.

Esta norma es de fundamental relevancia, pues establece que los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras se basan en la ocupación y en el uso tradicional. Luego, este derecho es legítimo *per se*, independientemente del eventual reconocimiento o registro legal oficial de la propiedad de la tierra por parte de los Estados. Es la confirmación de que es la ocupación tradicional la que confiere el derecho congénito a la tierra y no un mero título de propiedad.

Como este derecho es ampliamente amenazado por intrusos, el Convenio determina, en el art. 14.2, que «[l]os gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los

---

<sup>110</sup> OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas...*, *op. cit.*, p. 94.

pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión». Para alcanzar este fin, el art. 14.3, prescribe que en los Estados Partes «[d]eberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados».

El Convenio establece que sean establecidos procedimientos para la identificación de las tierras de los pueblos indígenas y medidas para proteger sus derechos de propiedad y posesión. Los más usuales son la demarcación y otorgamiento de títulos y, en algunos casos el reconocimiento de acuerdos de autogobierno o regímenes de coadministración<sup>111</sup>.

La protección eficaz de los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras requiere voluntad política de los gobiernos, exigiendo la adopción de medidas coordinadas de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. En general, la identificación y protección de las áreas pertenecientes a los pueblos indígenas supone enfrentarse con grupos privados poderosos e incrustados en el seno de los poderes estatales. En la absoluta mayoría de los casos, la regularización de la posesión y propiedad de las tierras indígenas es un verdadero *via crucis*.

Aunque exista legislación pertinente, procedimientos adecuados y mecanismos institucionales necesarios para la implementación y resolución de pretensiones opuestas, la regularización de las tierras demora en demasía. Por ser esta una tarea compleja, que envuelve diferentes actores y etapas y que requiere tiempo, el Convenio debe ser enmendado, urgentemente, para que sea obligatoria la adopción de medidas temporales durante el transcurso del proceso. Ilustra esta situación el caso de la demarcación de las tierras indígenas del Pueblo Guarani-Kaiwoás, en el Estado de Mato Grosso del Sur, que aguarda, por décadas, la demarcación de sus tierras, invadidas por terratenientes<sup>112</sup>. Sin protección de sus derechos, permanecen en condiciones inhumanas en tiendas de campaña a lo largo de las carreteras cercanas a sus tierras aguardando la resolución final, que nunca llega. Durante este periodo diversos líderes indígenas fueron asesinados, sus casas quemadas y el índice de suicidio ha alcanzado niveles muy altos<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas...*, op. cit., p. 95.

<sup>112</sup> Cfr. AYLWIN, José, *Os direitos dos povos indígenas em Mato Grosso do Sul, Brasil: Confinamento e tutela no século XXI*, Grupo Internacional de Trabalho sobre Assuntos Indígenas (IWGIA) y Faculdade de Medicina da USP (FMUSP), São Paulo, 2009, p. 45.

<sup>113</sup> Cr. RANGEL, Lucia Helena Vitalli, «Direitos Humanos e a violência contra os Povos Indígenas», en: Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, *Direitos Humanos no Brasil 2011 - Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos*, São Paulo, 2011, p. 83-89.

En tales casos, deberían prevalecer los principios *pro hominis* y de la prevalencia del interés público sobre el privado, decidiendo preliminarmente la cuestión de manera a alojar a los indígenas en parte de las tierras, para que puedan resistir como pueblo hasta que se dirima la cuestión. Es inadmisibles que los mecanismos para la solución de reivindicaciones sobre las tierras sean tan largos, pues es la supervivencia de un pueblo lo que está en juego.

No se postula la ausencia de procedimiento de regularización ni se cuestiona su fin. Es forzoso admitir que el proceso de legalización de la propiedad y posesión de las tierras origine reivindicaciones opuestas sobre las tierras, que, incluso pueden ocurrir entre diferentes comunidades indígenas. No obstante, hay que recalcar que, en la mayoría de los casos, los conflictos surgen entre individuos no indígenas y comunidades indígenas<sup>114</sup>. El establecimiento de mecanismos para solucionar las reivindicaciones sobre las tierras es esencial para evitar sucesos violentos. Pero no es razonable, ni tampoco adecuado, establecer procedimientos para la solución de las reivindicaciones sobre las tierras que duren 10 o 20 años.

Hay que mencionar que las tierras pueden ser ocupadas exclusivamente por un Pueblo Indígena o compartidas por diferentes comunidades o distintos pueblos, correspondiendo a cada uno un área determinada. Además de ocupar áreas específicas, algunos pueblos han tenido tradicionalmente acceso a otras áreas para sus actividades tradicionales y de subsistencia. Los indígenas no permanecen estáticos, son pueblos que buscan, en áreas circunvecinas, tierras de pastoreo y sitios de caza, pesca, recolección de frutos y semillas para obtención de su sustento. No se puede olvidar que muchos pueblos son nómadas, cazadores o agricultores itinerantes, cambiando sus cultivos de acuerdo con la capacidad productiva de los suelos y estaciones del año<sup>115</sup>.

Respecto a esta peculiaridad, el Convenio n. 169, en su art. 14.1, extiende la protección a estos casos, imponiendo al Estado Miembro la obligación de tomar «medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia». Recomienda, que a «este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes».

---

<sup>114</sup> OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas...*, op. cit., p. 96.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 96.

El Convenio reconoce los procedimientos tradicionales de transmisión de las tierras dentro de las comunidades al establecer, en el art. 17.1, que los pueblos indígenas tienen derecho a transmitir las tierras de generación en generación, de conformidad con las costumbres de su propia comunidad. En cambio, en caso de considerar la capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad, el art. 17.2 determina que los Estados deberán consultar a los pueblos interesados.

El Convenio n. 169 busca evitar la ocurrencia de eventos de triste memoria, en los cuales los indígenas fueran engañados o forzados a dejar sus tierras, mediante falsas promesas y simulaciones de negocios jurídicos para apropiarse de sus tierras y territorios al determinar, en el art. 17.3, que los Estados Miembros deberán impedir:

(...) que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

Cabe a los Estados Partes del Convenio decidir si la propiedad individual o colectiva es la más adecuada para los pueblos indígenas. En el caso de Brasil, la Constitución establece que las tierras indígenas son de propiedad de la Unión e inalienables, otorgándoles el derecho colectivo de usufructo exclusivo. Luego, está vedado el establecimiento de derechos individuales dentro de este territorio de propiedad colectiva. En la hipótesis de Brasil para decidir privilegiar la tenencia individual de la tierra, habría que cambiar la Constitución, después de consultar a los pueblos indígenas para tener en cuenta sus aspiraciones.

El Convenio no adoptó el principio de la inalienabilidad de las tierras poseídas por indígenas, y en especial las tierras comunales. Por tanto, si el Estado no opta por la propiedad colectiva, son los pueblos indígenas los que deben decidir, de acuerdo con sus prioridades en lo que concierne al proceso de desarrollo (artículo 7). Hay que resaltar, lo dispuesto en el art. 17.2, que determina que los Estados deberán consultar a «los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad» y lo previsto en el art. 6, que dispone que toda vez que se formulen medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles, éstas deben ser tomadas consultando con las instituciones representativas de los pueblos interesados directamente. Sin embargo, es forzoso reconocer la inseguridad que la cuestión suscita. La propia OIT, por intermedio de sus órganos de control, ha señala-

do su preocupación en los casos en los que las tierras colectivas se convierten en propiedades individuales, al afirmar que:

La experiencia de la OIT con los pueblos indígenas y tribales demuestra que cuando las tierras indígenas de tenencia común se dividen y asignan a particulares o terceros, el ejercicio de los derechos de las comunidades indígenas tiende a debilitarse y, por lo general, acaban perdiendo todas las tierras o gran parte de ellas con la consiguiente reducción general de los recursos de que disponen los pueblos indígenas cuando conservan sus tierras en comunidad<sup>116</sup>.

Hay que reiterar, en este contexto, el principio del especial vínculo entre los pueblos indígenas y sus tierras o territorios, y en particular, la dimensión colectiva de dicha relación. La fragmentación de tierras comunales resulta, a menudo, en disgregación del grupo, pérdida de su espacio vital o hábitat y perjuicio a su coherencia y viabilidad cultural.

El Convenio n. 169 prescribe un antídoto contra las intrusiones y abusos perpetrados por madereros, «garimpeiros», rancheros, agricultores, cazadores y pescadores no indígenas en tierras de estos pueblos al determinar, en su art. 18, que:

La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.

Los destinatarios específicos de este mandato normativo de protección contra el abuso y la intrusión son los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Al primero le compete promulgar leyes que establezcan sanciones específicas contra terceros que deseen ingresar a estas tierras para su beneficio personal y sin permiso de las autoridades correspondientes. Al segundo le compete impedir que intrusos intenten quitarles sus recursos.

Es necesario destacar que el Convenio no sólo resguarda las áreas ocupadas tradicionalmente por los pueblos indígenas, sino también el proceso de autogobierno y desarrollo en la medida en que éste afecte

---

<sup>116</sup> OIT, *Reclamación (artículo 24) - Perú - C169 - 1998*, Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Perú del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP), disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs2.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=62&chapter=16&query=Per%FA%40ref&highlight=&querytype=bool&context=0>, acceso en: 16 mar. 2012.

a su sobrevivencia como pueblo y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera para vivienda y actividades productivas. En este contexto, vale la pena transcribir, por su importancia, el art. 7.1 del Convenio n. 169, el cual consagra el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, disponiendo que:

Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.

La disposición anteriormente citada añade, al final, que «dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente». La participación constituye uno de los pilares fundamentales del Convenio n. 169. Sin este derecho, los pueblos indígenas no pueden elegir su modelo de desarrollo ni controlar la velocidad de los cambios experimentados por el proceso de globalización. Hay que recalcar que los pueblos indígenas tienen el derecho de participar antes, durante y después de cualquier medida que puedan afectarles directamente<sup>117</sup>. Luego, deben participar antes, en la concepción de las políticas, de los programas o proyectos. Durante, en todas etapas de un proyecto, de una política o programa. Después, en las evaluaciones de las consecuencias o resultados. Además, la participación debe ser en todos los niveles, local, nacional o regional, en el seno de instituciones políticas electivas, de administraciones nacionales y locales.

La participación plena de los pueblos indígenas en los asuntos que les conciernen es un ideal. Por supuesto, su participación desde el comienzo hasta el fin de un proyecto o programa les conduciría a contribuir activamente al establecimiento y fortalecimiento de su propia autosuficiencia socioeconómica, además de tornarlos corresponsables del mismo. En verdad, lo que se ve son medidas impuestas desde fuera de la comunidad, de arriba para abajo.

Uno de los problemas más graves a los que se enfrentan los pueblos indígenas es la inexistencia de foros y oportunidades de expresar su opinión sobre la promulgación de leyes e implementación de proyectos de desarrollo en sus tierras que inciden o incidirán directamente en sus vidas. Para evitar la repetición de graves violaciones a los derechos

---

<sup>117</sup> OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas...*, op. cit., p. 58.

de los pueblos indígenas, el Convenio n. 169 adopta el mecanismo de consulta como eje central en cualquier interferencia que puede afectarles, determinando en su art. 6.1, «a», que al aplicar sus disposiciones, los gobiernos deberán «consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente».

Luego, antes de crear y aprobar una norma jurídica (Enmiendas a la Constitución, legislación indígena, decretos relativos a procedimientos para regularización de las tierras indígenas) que pueda afectar a los pueblos indígenas, los gobiernos deben entablar diálogo franco y abierto con ellos. De igual modo los gobiernos deben proceder, antes de adoptar una medida administrativa (Programas y servicios de educación y de salud, construcción de carreteras, proyectos de desarrollo) que pueda afectarlos directamente. Desafortunadamente, tanto en la esfera legislativa cuanto en la administrativa estos mandatos normativos son ampliamente ignorados. Es muy frecuente que empresas sean autorizadas por el Estado para construir embalses hidroeléctricos, explotar minerales, petróleo y madera en tierras indígenas o próximas a ellas sin consulta previa a la comunidad indígena interesada, en frontal violación de lo dispuesto en el art. 6 del Convenio n. 169.

Los pueblos indígenas tienen el derecho de participar en la toma de decisiones que les conciernen. Tienen también el derecho de participar en la vida política, económica, social y cultural del Estado. Para viabilizar el derecho de participación, el Convenio n. 169 determina, en su art. 6.1, «b», que los Estados Miembros deberán:

establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

En general, en Brasil y en diversos países, los pueblos indígenas no tienen recursos ni instituciones representativas organizadas y cualificadas para enfrentarse al poder político y económico de determinados grupos o individuos, sea como actores de la iniciativa privada o incrustados en el Estado, y tampoco para negociar en pie de igualdad con los órganos políticos. Para subsanar esta deficiencia, el Convenio determina, en su art. 6.1, «c», que los Estados Miembros deberán «establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos

pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin».

Como se observa, el derecho de participación es más amplio que el derecho a ser consultado sobre medidas que afecten a los pueblos indígenas. No obstante, este estudio se restringirá a analizar el instituto de la consulta previa, libre e informada, instrumento esencial para que los pueblos indígenas puedan enfrentar los retos impuestos por el avance de los proyectos de desarrollo sobre sus tierras y territorios. Para viabilizar la realización de este derecho, el Convenio n. 169 establece, en su art. 6.2, los principios que los Estados Miembros deben respetar, disponiendo que:

Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Luego, la consulta deberá ser realizada siempre que se ensaye cualquier proyecto o medida susceptible de afectar directamente a los pueblos interesados. Como el procedimiento puede ser fácilmente manipulado, el Convenio establece el marco procedimental para las discusiones y negociaciones entre representantes de los órganos gubernamentales y pueblos indígenas.

En primer lugar, las consultas deben ser realizadas de buena fe, respetando los intereses, valores y necesidades de los pueblos indígenas. En otros términos, no deben ser una farsa o simulación para engañar y saquear los recursos y medios de vida de los autóctonos.

En segundo lugar, el proceso de consulta debe ser realizado de manera apropiada, considerando las circunstancias y las particularidades especiales de cada grupo o comunidad. Las discusiones deben ser lo más francas y completas posible, respetando su nivel cultural e idioma. La consulta al pueblo interesado debe ser útil y transparente. No se puede considerar verdadera consulta, aquella que no tome en consideración los intereses de los pueblos indígenas.

En tercer plano, el procedimiento de consulta debe permitir y viabilizar la más amplia participación de los indígenas, de sus líderes y representantes, del Ministerio Fiscal, de los órganos estatales legitimados para defender los intereses indígenas y de las ONGs interesadas. La reunión debe ser abierta a todos los interesados, una vez que, en general, los pueblos indígenas forman pequeñas comunidades con pocos individuos. Hay que evitar que la consulta se reduzca a una reunión con un grupo restringido de habitantes electos a dedo, o peor, de personas coop-

tadas por ofertas de recompensas o regalos de cualquier valor. Las alternativas al proyecto deben ser evaluadas por toda la comunidad o por personas que representan la opinión de la mayoría.

En Brasil, la Constitución Federal, en su art. 129, V, otorga al Ministerio Fiscal la defensa judicial de los derechos e intereses de las poblaciones indígenas. Hay que reconocer que, en muchas circunstancias, es muy cuestionable saber quién representa a una comunidad en particular, a ejemplo de determinadas iglesias cristianas. Lo importante es que el proceso de consulta se desarrolle con la efectiva participación de las instituciones u organizaciones indígenas que realmente representen a las comunidades afectadas. Fuera de estos marcos, la consulta incumple con los requisitos del Convenio.

En quinto lugar, la consulta debe ser previa, aunque el Convenio n. 169 no mencione esta condición. Por razones obvias, las normas que imponen a los gobiernos la obligación de consultar a los pueblos interesados acerca de las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente y que consagran el derecho de participar en la adopción de decisiones acerca de las políticas y los programas que les interesen quedaría en el vacío si fuesen aplicadas después de tomadas las decisiones. Ejemplo clásico de este hecho fue el caso de los indígenas Waimiri-Atroari, en el cual el estudio de impacto ambiental fue hecho en 1987, cuando la planta Hidroeléctrica de Balbina, en la Amazonia, ya estaba en la fase final de construcción y pocos meses antes de la inundación de una vasta área de la Reserva Indígena original<sup>118</sup>.

En sexto lugar, el Convenio enfatiza la necesidad de asegurar que los beneficios alcancen a los pueblos interesados. Al tratar de las riquezas, el Convenio, en su art. 15.1, dispone que los derechos a los recursos naturales existentes en sus tierras deben ser especialmente protegidos. Esos derechos abarcan el derecho a participar de la utilización, administración y conservación de los recursos mencionados. El párrafo 2.º ordena que en caso de pertenecer al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos de subsuelo, o de tener derechos sobre otros recursos, existentes en sus tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con vistas a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de estos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprenderse o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Más relevante, los pueblos interesados deberán participar de los beneficios que

---

<sup>118</sup> BAINES, Stephen Grant, *Antropologia do desenvolvimento e povos indígenas*, Série Antropologia (Brasília), DAN, UnB, Brasília, v. 361, p. 1-12, 2004, p. 4. Disponible en: <http://www.dan.unb.br/doc/Serie361empdf.pdf>, consulta en: 18 Mar. 2012.

esas actividades produzcan y recibir indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Aquí hay que abrir un paréntesis para decir que la expresión «siempre que sea posible», utilizada en el art. 15.2 del Convenio n. 169, abre una amplia puerta para negar a los pueblos indígenas los derechos sobre los beneficios. La negación de participar de los beneficios de los proyectos de desarrollo realizados en sus tierras puede constituir, en ciertas circunstancias, un atentado a la vida y a la supervivencia de los pueblos indígenas o un verdadero genocidio o etnocidio. Partiendo de la premisa de que los pueblos indígenas son titulares de todos los derechos humanos y de todas las libertades fundamentales en la misma condición que cualquier otro ser humano, incluidos los derechos básicos como el derecho a la vida, la libertad y la igualdad, así como los derechos a la salud, la educación, compartir los beneficios es una obligación y no un acto discrecional de las autoridades.

Como se nota, el objetivo perseguido por la consulta es alcanzar el consenso o el asentimiento libre, pleno y debidamente informado de los interesados. A los pueblos indígenas sólo les cabe aceptar un acuerdo, una vez que el Convenio no les otorgó el derecho de veto. El Convenio da a entender que no debe tomarse ninguna decisión contraria a la voluntad o pretensión de los pueblos indígenas, pero en caso de discordancia, ellos nada pueden hacer. Su debilidad en las negociaciones es manifiesta. Por tanto, esta es la realidad impuesta por los Estados a la parte más frágil de la relación. Dicho de otra manera, la parte históricamente más débil entra en la negociación en condición de inferioridad. Bajo este marco jurídico, los pueblos indígenas no pueden impedir la realización de un gran proyecto hidroeléctrico, aunque afecte a diversos pueblos y comunidades indígenas, mediante daños ecológicos y despojo de sus tierras y territorios. La única vía que se puede intentar es la de mitigación de los daños y de la compensación, negociando con el gobierno el traslado para otras tierras que compensen las inundadas, que garanticen las fuentes y los suministros continuos de agua potable y la preservación y gestión de la fauna y la flora, para que no sea decretada su muerte física y/o cultural.

Mientras tanto, no se puede olvidar que el art. 3.1 del Convenio determina que los pueblos indígenas deben gozar plenamente de «los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación» y que el párrafo 2 veda el empleo de cualquier «forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio». Además, el art. 4.1, determina que los gobiernos adopten «las medidas especiales que se precisen para sal-

vaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados», para, al final, en el párrafo 2, disponer que dichas «medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados». Luego, en las circunstancias en que un proyecto pueda representar riesgo a la supervivencia física y/o cultural de un pueblo, este tiene el derecho de veto o de resistir al exterminio con los medios pacíficos posibles.

El Convenio n. 169 otorga a los pueblos indígenas los derechos a ser consultados y a expresar sus perspectivas y de participar en los procesos de adopción de decisiones y de intentar hacer que la balanza les sea menos desfavorable. De cierta manera, crea un foro para que puedan hacer frente a los ataques contra sus derechos. Pero, los mecanismos jurídicos para asegurar esos derechos en el ordenamiento interno son, en gran parte, inexistentes y, cuando existen, no son fiables pues no funcionan o funcionan con enorme ineficacia e ineficiencia. En realidad, estos derechos son ampliamente negados a los pueblos indígenas, como se comprobará en el capítulo nueve.

Después de ratificado por un gobierno, el Convenio n. 169 crea obligaciones jurídicamente vinculantes para el Estado. Al ingresar en la membresía asume la obligación de proteger y promover los derechos de los pueblos indígenas y tribales de sus propios países y, más importante, pasa a ser el principal responsable de asegurar su pleno cumplimiento. El art. 2.1 determina que los «gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad». A continuación, el párrafo 2 enumera las medidas que deben ser tomadas por los signatarios del Convenio, transcritas *in verbis*:

- a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;
- b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;
- c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

El Convenio determina, en el artículo 33.1, que la autoridad gubernamental responsable de las cuestiones referentes a ello «deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados

para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones». Con relación a los programas, el artículo 33.2, dispone que los gobiernos deben adoptar:

a) la planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio;

b) la proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados.

En Brasil, la Fundación Nacional del Indio (FUNAI), creada en el seno del Ministerio de Justicia, es el órgano encargado de cumplir estos mandamientos convencionales, centralizando el tratamiento de las cuestiones indígenas. Pero, históricamente este organismo nunca ha recibido los recursos necesarios para poder llevar a cabo su trabajo de forma eficaz. Además, otros Ministerios, como el de medio ambiente, de agricultura e industria, adoptan políticas que muchas veces van en dirección contraria a la de la FUNAI. En general estos Ministerios constituyen moneda de cambio para obtener apoyo de los partidos políticos que son históricamente anti indígenas. Dentro del Estado, defienden, con poder desproporcional, proyectos y programas que de alguna forma afectan profundamente a los intereses de los pueblos indígenas<sup>119</sup>.

Una de las críticas al Convenio es que contiene locuciones que lo hacen demasiado elástico. Las expresiones «en los casos apropiados»<sup>120</sup>, «siempre que sea posible»<sup>121</sup> o «en que ello sea compatible»<sup>122</sup>, «en la medida de lo posible»<sup>123</sup>, «cuanto esté en su poder»<sup>124</sup>, «cuando sea posible»<sup>125</sup> y siempre que sea viable<sup>126</sup> ilustran esta flexibilidad cuyas consecuencias más destacadas son limitar o conferir imprecisión a las obligaciones de los gobiernos que lo sancionen. De forma más explícita, el art. 34, consagra el principio de la flexibilidad al disponer que «[la]

<sup>119</sup> Cfr. BAINES, Stephen G., *As Terras Indígenas no Brasil e a «regularização» da implantação de grandes usinas hidrelétricas e projetos de mineração na Amazônia*, Disponible en: <http://br.monografias.com/trabalhos/terras-indigenas-brasil-projetos-amazonia/terras-indigenas-brasil-projetos-amazonia.shtml>, acceso en: 13 mar. 2012.

<sup>120</sup> OIT, *Convenio n. 169... op. cit.*, arts. 6.1, c y 14.1.

<sup>121</sup> *Ibid.*, arts. 15.2 y 16.3.

<sup>122</sup> *Ibid.*, art. 9.1.

<sup>123</sup> *Ibid.*, art. 7.1.

<sup>124</sup> *Ibid.*, art. 20.2.

<sup>125</sup> *Ibid.*, art. 23.2.

<sup>126</sup> *Ibid.*, art. 28.1.

naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país». Tal principio, con apariencia de razonabilidad, flexibiliza el Convenio en su integridad, no preservando siquiera el núcleo duro del tratado, especialmente la parte relacionada con la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas. Tal hecho, sin duda, fragiliza aún más a la parte que es históricamente la más vulnerable.

A pesar del pequeño número de Estados que ratificaron el Convenio, hay que reconocer que constituye un paso adelante, principalmente por ser el primer tratado que consagra derechos básicos de los pueblos indígenas y tribales y establece obligaciones para los Estados Partes. No obstante, requiere urgentes perfeccionamientos, debido a su carácter minimalista, al amplio margen de discrecionalidad de cada Estado Miembro para determinar las medidas concretas que adoptará, a la ausencia de mecanismos efectivos de cumplimiento de sus cláusulas y a la deficiente concreción de los derechos.

## 5. Fundamentos jurídicos de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Después de 20 años de discusión, la ONU adoptó la declaración para proteger los derechos de los pueblos indígenas. El texto de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) fue aprobado en la primera reunión del Consejo de Derechos Humanos, el 29 de junio de 2006. El documento fue refrendado por 30 de los 47 países con derecho a voto en el Consejo. Canadá y Rusia votaron en contra. Hubo 10 abstenciones y cinco ausencias. Después, la Declaración fue adoptada por la Asamblea General de la ONU, el 2 de octubre de 2007, con votos de 143 países. Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda votaron en contra y 11 países se abstuvieron<sup>127</sup>. Este largo tiempo es la más evidente prueba de la resistencia a los intereses de los pueblos indígenas, capitaneada por Estados y grupos económicos y políticos poderosos.

La Declaración consta de un preámbulo y una parte sustantiva con 46 artículos. Su contenido se desarrolla siguiendo el siguiente criterio de organización temática por derechos: derechos humanos y libertades fundamentales, libre determinación y autogobierno, tierras, territorios

---

<sup>127</sup> AYLWIN, José, «La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y sus implicaciones para América Latina», en: ÁLVAREZ MOLINERO, Natalia *et al* (eds.), *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible*, Catarata, Madrid, 2009, p. 285.

y recursos, supervivencia y desarrollo e interpretación de la Declaración y mecanismos de supervisión. Al final de los enunciados de los primeros cuatro puntos hay remisiones a los tratados de derechos humanos y otras fuentes de derecho internacional público que se relacionan con las disposiciones<sup>128</sup>.

La Declaración establece patrones mínimos de respeto a los derechos de los pueblos indígenas, destacándose entre ellos los derechos de propiedad de la tierra, de gestión de los recursos naturales de sus territorios, de respeto y preservación de su cultura y de autodeterminación. Este carácter minimalista es reconocido en el art. 43, que dispone que «[l]os derechos reconocidos en la presente Declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo».

A pesar de no ser un instrumento vinculante, la Declaración constituye un importante texto de valor moral y jurídico que puede contribuir a la defensa de los derechos de los Pueblos Indígenas. Las declaraciones de derechos son documentos formulados por los Estados y para los Estados, representando el consenso internacional posible sobre determinada materia con vistas a abrir camino, posteriormente, para la formulación de un tratado que pueda vincular jurídicamente a todos. El propio instrumento revela ser un paso adelante al mencionar, en su preámbulo, que «constituye un nuevo paso importante hacia el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos y las libertades de los pueblos indígenas y en el desarrollo de actividades pertinentes del sistema de las Naciones Unidas en esta esfera»<sup>129</sup>.

El documento permite renovar ilusiones, abriendo una grieta para avances que parecen imposibles hoy, como la futura creación de una Organización Mundial para tratar de la defensa de los derechos indígenas o la progresiva flexibilización, en el sentido de un reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de Derecho Internacional.

La creciente preocupación por el bien-estar de los pueblos indígenas no es fruto del azar. Es resultado de presiones de los pueblos y organizaciones indígenas en los Fóruns de la ONU. Hay que destacar, en el seno de este movimiento, el cambio de énfasis de la concepción clásica de derechos individuales hacia los derechos colectivos. La Declaración afirma, en el preámbulo, que «las personas indígenas tienen dere-

---

<sup>128</sup> Cfr. KREIMER, Osvaldo y FIGUEROA, Viviana, *Los derechos de los pueblos indígenas explicados para todas y para todos: La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y su relación con normas fundamentales del derecho internacional*, UNICEF, Buenos Aires, 2008, p. 13.

<sup>129</sup> ONU, *Declaración ...*, *op. cit.*, § 20.

cho sin discriminación a todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional» para enseguida acentuar «que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos»<sup>130</sup>. La Declaración incluye aspectos relevantes sobre los derechos culturales y étnicos y derechos colectivos a la tierra y a los recursos naturales, al mantenimiento de las estructuras económicas, modelos de vida tradicionales y el derecho consuetudinario y colectivo a la autonomía.

El hecho de haber sido formulada la Declaración por los Estados, con énfasis en los derechos colectivos, y aprobada por el Consejo de Derechos Humanos y por la Asamblea General de la ONU abre un nuevo espacio internacional de acción, en el cual los pueblos indígenas podrán buscar respaldo para continuar sus esfuerzos para mejorar y modificar la situación de discriminación y opresión a que vienen siendo sometidos, durante siglos, en la esfera de los Estados Nacionales. El documento de índole universal no sólo tiene el mérito de consagrar derechos de forma más técnica y actualizada. Su divulgación dará también visibilidad a la situación calamitosa a que son sometidos los pueblos indígenas. A semejanza de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas figura «como ideal común que debe perseguirse en un espíritu de solidaridad y respeto mutuo»<sup>131</sup> con la esperanza de que «el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la presente Declaración fomentará relaciones armoniosas y de cooperación entre los Estados y los pueblos indígenas, basadas en los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe»<sup>132</sup>.

La Declaración refuerza la lucha contra la discriminación, una grave enfermedad social con profundas y serias consecuencias para los pueblos indígenas, cuyos aspectos más destacables son su invisibilidad y marginación social y extrema pobreza. Al respecto, el documento afirma, en su preámbulo, que «los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales»<sup>133</sup>. Además, destaca que «las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o personas o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas,

---

<sup>130</sup> *Ibid.*, § 21.

<sup>131</sup> ONU, *Declaración ...*, *op. cit.*, § 23.

<sup>132</sup> *Ibid.*, § 17.

<sup>133</sup> *Ibid.*, § 1.

científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas»<sup>134</sup>.

Uno de los aspectos más relevantes del documento es el relativo al derecho de los pueblos indígenas sobre las tierras ocupadas tradicionalmente. De un lado asegura su derecho a poseerlas, utilizarlas y desarrollarlas y de otro exhorta a que los Estados reconozcan y protejan jurídicamente sus tierras, territorios y recursos.

Respecto al reconocimiento de los derechos de posesión y de propiedad de las tierras indígenas, la Declaración utiliza abiertamente un lenguaje en el sentido de que los pueblos indígenas tienen derechos sobre sus tierras y territorios. De forma diferente, el Convenio n. 169 de la OIT utiliza términos que parecen más bien una recomendación. En efecto, el art. 14.1 del tratado dispone que «[d]eberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan», mientras que la Declaración, sin medias palabras, establece, en su art. 26.1, que «[l]os pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido». La Declaración va más allá al dejar claro, en el art. 26.2, que:

Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.

El Convenio n. 169 determina, en su art. 14.2 «[l]os gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión». Mientras que el Convenio utiliza expresiones muy abiertas como «medidas necesarias», la Declaración, de forma incisiva dispone, en su art. 26.3 que;

Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

La Declaración, en su art. 27, recomienda que los Estados deben establecer y aplicar, juntamente «con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente,

---

<sup>134</sup> *Ibid.*, § 3.

en el que se reconozcan debidamente» los «sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma». Al final, la disposición recalca que «los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso».

La garantía de las tierras y territorios tradicionalmente ocupados es condición esencial para la supervivencia biológica y cultural de los Pueblos Indígenas. Sin este prerequisite no pueden gestionar sus medios de vida y controlar su propio desarrollo económico, social y cultural. Después de garantizado el derecho sobre sus tierras y territorios, podrán, con mayor posibilidad de éxito, decidir el rumbo de su desarrollo. En este sentido, la Declaración, en su art. 23, consagra a los pueblos indígenas el «derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo».

El gran desafío enfrentado por los Pueblos Indígenas brasileños es el número de proyectos de desarrollo que se realizan y están planeados para ser realizados en tierras tradicionalmente ocupadas por ellos, especialmente en la Amazonia. Con el Programa de Aceleramiento del Crecimiento del Gobierno Federal, la perla de la corona del actual gobierno, estos proyectos están en constante aumento<sup>135</sup>.

La expansión de la frontera agrícola sobre los biomas de «cerrado»<sup>136</sup> en la Amazonia, asociada con el continuo aumento de la demanda de alimentos, recursos minerales y naturales, principalmente, por parte de China son amenazas reales contra los pueblos indígenas. Las tierras indígenas son, muy a menudo, ricas en recursos minerales, petróleo y madera lo que las torna muy atractivas para los empresarios y para los gobernantes que desean crecimiento económico en el plazo más corto posible.

Además, la creciente presión demográfica aumenta las intrusiones en los territorios indígenas para despojo de tierras, saqueo de minerales y madera. Estos factores pueden tener consecuencias muy graves tanto para los pueblos indígenas cuanto para sus tierras y bosques que son la base de sus actividades tradicionales de subsistencia y de sus cultos espirituales. En el peor de los casos puede suceder que sean desposeídos de sus tierras y recursos sin indemnización y sin que se les consulte con respecto a los proyectos previstos para los bosques de que dependen.

---

<sup>135</sup> GRUPO INTERNACIONAL DE TRABAJO SOBRE ASUNTOS INDÍGENAS, *El Mundo Indígena 2010*, Compilación y edición: Cæcilie Mikkelsen, Copenhague, 2010, p. 220.

<sup>136</sup> Vegetación típica de Brasil. Estas áreas presentan enormes posibilidades para el cultivo de granos a gran escala (en especial, la soja).

den para su subsistencia. La pérdida de bosques, de áreas de pastoreo y la eliminación de las reservas de caza y pesca representan la destrucción de las economías de subsistencia de los pueblos indígenas, desempleo, miseria y más marginación social.

En la presente coyuntura, parece poco probable que se pueda detener el desarrollo, principalmente en el contexto actual de globalización. Además, eso tampoco sería deseable. El gran reto, con respecto al desarrollo, es saber conducirlo de forma que no cause más desgracias a los pueblos indígenas, habría que invertir su dirección para beneficiarles. En eso consistiría el desarrollo humano frente al mero crecimiento económico. Al respecto, la Declaración adopta como hilo conductor de su estrategia una concepción más participativa del proceso de desarrollo.

De manera semejante al Convenio n. 169, la Declaración basa su línea de conciliación de intereses en la consulta a los pueblos indígenas, en la participación de dichos pueblos, en la identificación de sus necesidades, en la evaluación de las repercusiones de los proyectos y en la participación de beneficios.

Para que los pueblos indígenas no sean perjudicados es esencial que participen en el diseño y en la aplicación y evaluación de proyectos y programas que puedan afectar sus derechos. La Declaración, en su art. 18, determina que:

Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Con respecto a adopción y aplicación de medidas legislativas o administrativas que afecten a los Pueblos Indígenas, el procedimiento de consulta juega un papel fundamental en el respeto y promoción de los derechos indígenas. La Declaración, en su art. 19 formula con precisión el camino a seguir en estos casos, al disponer que:

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Los pueblos indígenas tienen el derecho de autodeterminación y autogobierno dentro de sus tierras y territorios. En consonancia con estos principios, la Declaración, en su art. 32.1, les asegura el «derecho a

determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos». Hay que destacar que este derecho no es absoluto puesto que los pueblos indígenas no poseen soberanía sobre sus territorios. El Estado, que ostenta la soberanía, puede interferir en la explotación de los recursos existentes en tierras y territorios indígenas. Ahora bien, siempre que el Estado deba autorizar la implementación de proyectos y programas de desarrollo en sus tierras, los pueblos indígenas deben ser consultados, en conformidad con lo dispuesto en el art. 32.2, a cuyo tenor:

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

Por supuesto, todos los programas y proyectos de desarrollo deben contribuir a mejorar la situación socioeconómica de los pueblos indígenas. Es inaceptable que estos emprendimientos resulten en niveles de vida y bienestar más bajos de los que en general disfrutaban. La Declaración, en su art. 32.3, determina que:

Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

Luego, cualquier proyecto de desarrollo que afecte a tierras y territorios de los pueblos indígenas debe prever no sólo la repartición de beneficios. Hay que reparar, de forma justa y equitativa, los daños causados y mitigar sus consecuencias perjudiciales. En este contexto, es esencial proceder a la evaluación de las consecuencias de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual antes de emprender cualquier actividad de desarrollo. Por tanto, en la formulación e implementación de los proyectos se deberán tomar en consideración las necesidades de los pueblos interesados, teniendo en cuenta sus tradiciones y valores culturales.

Los estudios de evaluación previa de los impactos ambiental, económico, social, cultural o espiritual constituyen el procedimiento apropiado para estimar las probables consecuencias negativas y/o positivas de un proyecto. Ahora bien, este proceso exige gran número de espe-

cialistas en las más diversas áreas de conocimiento, es largo y caro. Los gobiernos deben exigir, apoyar, facilitar, controlar y supervisar la realización de estos estudios. Muchos no lo hacen, otros cuando lo hacen, no cumplen los requisitos básicos. En Brasil, son muy comunes las suspensiones de licencias concedidas por el «Instituto de Meio Ambiente e Recursos Naturais» (IBAMA) a proyectos de desarrollo como consecuencia de acciones judiciales iniciadas por el Ministerio Público por irregularidades en la concesión de las licencias.

Hay que recalcar que no basta hacer estudios previos de impacto socioambiental, analizar y vigilar todo proyecto de construcción, es necesario también evaluar, a largo plazo, los posibles efectos de tales obras en los pueblos indígenas. Tarea que los gobiernos ignoran en la mayoría de los casos.

La Declaración, en su art. 10, establece que no se proceda a ningún traslado de los Pueblos Indígenas, a no ser que se obtenga el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados y que se celebre un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa. Por su relevancia vale la pena transcribirlo *in litteris*:

Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

Esta norma representa la esperanza de que se pueda impedir la repetición de eventos de triste y lamentable memoria, cuando el gobierno militar brasileño decidió, en la década de 70, construir la hidroeléctrica de Tucuruí en las tierras de los indígenas «Gaviões da Montanha». La Eletronorte, empresa estatal responsable de la construcción de la presa, mediante amenazas, agresiones y manipulación de informaciones impuso un acuerdo en el cual los indígenas transfirieran a la empresa el derecho sobre la tierra de la comunidad a cambio de un valor pecuniario insignificante. El acuerdo fue forjado por funcionarios de la FUNAI, justamente la organización encargada de defender los derechos indígenas, y de la Eletronorte.

La montaña fue destruida, la hidroeléctrica construida y la Comunidad Indígena desplazada a otra tierra indígena. Hechos similares a este constituyen ejemplos típicos de atrocidad contra los pueblos indígenas y menosprecio por las leyes. Es cierto que fue cometido durante la dictadura militar, contexto en el cual la Constitución no pasaba de ser un pedazo de papel mojado. En 2002 el negocio jurídico fue anulado y la Ele-

tronorte obligada a restituir nuevas tierras en igual dimensión y calidad ecológica, conforme a lo prescrito en la ley. A pesar de haber sufrido la Comunidad Indígena con la transferencia forzada, quedado casi tres décadas privada de su territorio y ver la destrucción de su montaña sagrada, el Tribunal Federal de la Primera Región no le concedió ninguna indemnización por daños materiales y morales<sup>137</sup>. El resultado muestra que incluso en el contexto del estado democrático de derecho, la interpretación de las leyes referentes a los derechos indígenas aún continúa siendo desfavorable a ellos.

---

<sup>137</sup> BRASIL/ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1.ª REGIÃO, Caso do Povoo Indígena Gaviões da Montanha, Apelação Cível n.º 95.01.13345-1/PA, Brasília, 02 de dezembro de 2002. Disponible en: [http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/jurisprudencia-1/terras-indigenas/trf-1/ACi\\_95.01.13345-1-PA.pdf](http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/jurisprudencia-1/terras-indigenas/trf-1/ACi_95.01.13345-1-PA.pdf), Acceso en: 26 feb. 2012. Cfr. También FEARNside, P.M., «Social impacts of Brazil's Tucuruí Dam», *Environmental Management*, 24(4): 483-495, 1999.



## 6. Las garantías a las tierras ocupadas tradicionalmente por los pueblos indígenas en la Constitución de la República Federativa de Brasil

La Constitución Federal de Brasil<sup>138</sup>, de 1988, dedica un capítulo íntegro a la protección de los pueblos indígenas y otras disposiciones constitucionales dispersas en otros capítulos. La Carta Política consagró, en el Título VIII, que trata del Orden Social, el Capítulo VIII a los Indígenas (Arts. 231 a 232). Pese al avance, en términos de garantías constitucionales, algunas de estas normas dependen, aún, de legislación reglamentaria. El trasnochado Estatuto del Indio (Ley n. 6.001, de 19/12/1973), promulgado durante la dictadura militar a la luz de la Convención n. 107<sup>139</sup>, de la Organización del Trabajo (OIT), de 16/06/1957, aún permanece en vigor, al lado de otras normas que abordan temas específicos sobre la cuestión indígena. La OIT aprobó, en 27 de junio de 1989, la Convención n. 169 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, que revisó la convención n. 107. La Convención n. 169 fue sometida a examen del Congreso Nacional durante 11 años, demostrando que esta no es una cuestión prioritaria para los grupos incrustados en los poderes estatales nacionales. El Ordenamiento Jurídico brasileño adopta, en líneas generales, los principios básicos establecidos por esta Convención.

---

<sup>138</sup> BRASIL. Constitución Federal de la Republica de Brasil. Disponible en: <http://www.constitution.org/cons/brazil.htm>. Acceso en: 06 Octubre 2011.

<sup>139</sup> El Convenio n. 107 fue aprobado por el Decreto Legislativo n.º 20, de 30 de Abril de 1965, e incorporado al ordenamiento jurídico brasileño por el Decreto n. 58.824, de 14 de Julio de 1966.

Además de las tierras tradicionalmente ocupadas por los pueblos indígenas, también son consideradas tierras indígenas las áreas reservadas por la Unión, en cualquier parte del territorio nacional, para posesión y ocupación de los indígenas, las de dominio de una comunidad indígena o de un ciudadano indígena, adquiridas en los términos de la legislación civil. Las tierras tradicionalmente ocupadas por los indígenas son bienes públicos de dominio de la Unión, considerados inalienables e indisponibles, y los derechos sobre ellas, imprescriptibles. Clasificadas como bienes públicos de uso especial, estas tierras son destinadas a la posesión permanente de los indígenas, correspondiéndoles el usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos en ellas existentes. Por tanto, en el Derecho brasileño, los indígenas no tienen el derecho pleno a la propiedad de la tierra. En el caso de las tierras tradicionalmente ocupadas por los indígenas, el Estado brasileño les retira uno de los elementos fundamentales del derecho de propiedad, que es el de disponer de la tierra (*ius disponendi*). Ahora bien, esto no elimina, en la esfera del Derecho Privado, la hipótesis de que los indígenas, sus comunidades y organizaciones, tengan la propiedad plena de bienes inmuebles rurales y urbanos<sup>140</sup>.

La Constitución de 1988 alteró la filosofía y postura que se tenía con relación a los pueblos indígenas. Ella reconoce oficialmente a los indígenas como pueblos culturalmente diferenciados y que su diversidad debe ser respetada, sin exigir que se adecuen a las costumbres y hábitos de los descendientes de europeos. Es una victoria para los indígenas que hoy tienen asegurado por la *Lex Superior* de Brasil el derecho a mantener sus costumbres, culturas, religiones, lenguas y tradiciones.

En los campos normativo y teórico, el derecho de los pueblos indígenas a sus territorios y tierras está asegurado por la Constitución brasileña, la cual les garantiza el usufructo exclusivo de sus recursos, la inamovilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad de sus derechos sobre ellos. Estas garantías fueron conquistadas después de siglos de indiferencia y discriminación en un momento muy especial que fue el de la redemocratización del país. Para respaldar el análisis de los falsos paradigmas que aún prevalecen en segmentos poderosos de la nación, a continuación se estudiará la extensión de la protección constitucional conferida por el Estado brasileño al derecho fundamental a la posesión permanente de las tierras tradicionalmente ocupadas por los pueblos autóctonos.

---

<sup>140</sup> CARVALHO, Edson Ferreira, A tutela jurídica das terras indígenas no ordenamento jurídico brasileiro, *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, v. 5, n. 29, p. 3590-3598, set./out. 2006.

Brasil es signatario del Convenio sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales<sup>141</sup> y signatario de la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, pero no reconoce a los indígenas el derecho de propiedad sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellos. De acuerdo con la Constitución brasileña, las tierras tradicionalmente ocupadas por los indígenas son de propiedad de la Unión (art. 20, XI). Ahora bien, los indígenas tienen el derecho constitucional de posesión permanente sobre sus tierras, de permanecer en ellas, habitarlas indefinidamente y aprovechar, exclusivamente, sus recursos naturales.

La Constitución Federal de Brasil, de 1988, en su art. 5.º, apartados XXII y XXIII, garantiza el derecho fundamental a la propiedad siempre que la propiedad atienda su función social. De otro lado, reconoce, en el art. 231, los derechos originarios de los indígenas sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, compitiendo a la Unión demarcarlas, protegerlas y hacer respetar todos sus bienes, conforme se puede leer abajo, *in verbis*:

Art. 231. Se reconoce a los indígenas su organización social, costumbres, lenguas, creencias, tradiciones y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, correspondiendo a la Unión demarcarlas, protegerlas y hacer que se respeten todos sus bienes.

La Constitución define, en el apartado 1.º del art. 231, lo que debe ser entendido por tierras tradicionalmente ocupadas por los pueblos indígenas en los siguientes términos:

Son tierras tradicionalmente ocupadas por los indígenas las habitadas por ellos con carácter permanente, las utilizadas para sus actividades productivas, las imprescindibles para la preservación de los recursos ambientales necesarios para su bienestar y las necesarias para su reproducción física y cultural, según sus usos, costumbres y tradiciones.

Como se observa, a los pueblos indígenas se les reconoce un derecho de propiedad *sui generis* y parcial sobre los territorios en los que se encuentran sus tierras. El hecho de que la Unión tenga el derecho

---

<sup>141</sup> Después de casi una década de discusión, en 2002 Brasil ratificó el Convenio 169 de la OIT por intermedio del Decreto Legislativo n.º 143, de 20 de junio de 2002. El convenio fue promulgado por el Presidente de la República por el Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004.

de propiedad es una afirmación de la soberanía del Estado que genera una gran responsabilidad en relación a la demarcación y protección de estos bienes que se encuentran constitucionalmente vinculados exclusivamente a los indígenas. Con el aumento demográfico acelerado, el avance de la frontera agrícola y la presión inmobiliaria esta es, quizás, la manera más efectiva de proteger las tierras y territorios de los grupos autóctonos que son muy vulnerables a las intrusiones de campesinos, terratenientes, madereros y *garimpeiros*.

Ante los fuertes intereses económicos de poderosos grupos empresariales y políticos sobre los recursos existentes en las tierras indígenas, el Estado debe ejercer su papel de garante de los derechos de los pueblos indígenas, haciendo que las relaciones de poder sean un poco menos desiguales. El ideal sería reconocer la titularidad integral del derecho de propiedad a las comunidades indígenas, pero esto es muy arriesgado a la vista de la codicia existente sobre sus tierras. Retirar la responsabilidad del Estado en la defensa directa de las tierras indígenas, representa dejarlos a su propia suerte.

El derecho de propiedad del Estado combinado con el usufructo exclusivo y la ocupación permanente por los pueblos indígenas, respetando sus voluntades y la garantía de su participación en la administración de la tierra y gestión de los recursos atiende razonablemente la demanda de seguridad jurídica sobre la tierra por parte de los indígenas. La condición de propiedad parcial de las tierras indígenas no es considerada un obstáculo para las comunidades indígenas, sus principales demandas son relativas a la demarcación y seguridad jurídica sobre sus tierras contra invasores.

Como puede observarse, los conceptos de derecho de propiedad y de posesión, en el sentido civilista, no se aplican a las tierras indígenas. La Constitución trata las tierras indígenas como hábitat indispensable para la subsistencia física y cultural de los pueblos autóctonos. Este régimen de propiedad colectiva busca mantener la existencia y garantizar la dignidad de vida de los autóctonos a través de la garantía de su ambiente físico o su hábitat.

Con respecto a la inalienabilidad de las tierras indígenas, el Convenio n. 169 de la OIT determina que los Estados signatarios deben impedir «que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o del desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos»<sup>142</sup>. La Carta Magna de Brasil establece

---

<sup>142</sup> OIT, *Convenio n. 169...*, *op. cit.*, art. 17.3.

en art. 231, § 4.º, que las tierras indígenas son inalienables, luego constituyen bienes fuera del comercio. Para dar efectividad a este mandamiento constitucional, la *Lex Mater*, en su art. 20, XI, incluyó entre los bienes de la Unión, las tierras indígenas, dándoles destino especial para perpetuación de los pueblos indígenas y su cultura. De esta forma ni los indígenas, ni el estado pueden alienar estas tierras.

La Carta Política de Brasil, al otorgar el dominio de las tierras indígenas a la Unión buscó crear una propiedad vinculada o reservada, que se destina a garantizar el libre ejercicio de los derechos que fueran asegurados constitucionalmente (CF, art. 231, §§ 2.º, 3.º y 7.º) a los indígenas. El objetivo de esta norma es conferir seguridad jurídica sobre sus tierras, proporcionando a las comunidades indígenas bien-estar y condiciones apropiadas a su reproducción física y cultural, según sus usos, costumbres y tradiciones.

Con relación a la imprescriptibilidad de las tierras indígenas, la *Lex Superior* de Brasil establece en el art. 231, § 4.º, que las tierras indígenas son imprescriptibles. En la condición de bienes públicos (CF, art. 20, XI), están abrigadas de la adquisición por usucapión, conforme asegura el art. 191, párrafo único, de la *Lex Fundamentalis* que establece que «Los inmuebles públicos no serán adquiridos por usucapión».

La Ley n.º 6.001, de 19 de diciembre de 1973, denominada Estatuto del Indio<sup>143</sup>, en su art. 38, determina que las tierras indígenas no están sujetas a usucapión y no podrán ser objeto de expropiación. En este sentido, las mencionadas normas están en consonancia con el Convenio n. 169 de la OIT el cual determina que los Estados signatarios deben impedir que personas extrañas a esos pueblos puedan «arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos»<sup>144</sup>. No obstante el Tribunal Supremo de Brasil entiende que la imprescriptibilidad no alcanza a las aldeas extintas o tierras ocupadas por indígenas en pasado remoto, tal cual expuesto por la *Súmula*<sup>145</sup> n.º 650<sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> BRASIL, Ley n.º 6.001, de 19 de diciembre de 1973, disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm). Acceso: 17 Octubre 2011.

<sup>144</sup> OIT, *Convenio n. 169...*, op. cit, art. 17.3.

<sup>145</sup> Del latín «summula» (resumen o sumario). El Supremo Tribunal edita *súmulas*, que de modo abreviado expone el contenido de decisiones reiteradas sobre determinada cuestión. Algunas representan entendimientos consolidados y son vinculantes (Súmulas Vinculantes) para los Poderes Públicos.

<sup>146</sup> BRASIL/SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Súmula n.º 650* – «Os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto». Disponible en: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_601\\_700](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700)>. Acceso: 17 Octubre 2011.

En lo que concierne a la indisponibilidad de las tierras indígenas, el Convenio n. 169 de la OIT determina que los Estados signatarios deben establecer leyes que prevean «sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones»<sup>147</sup>.

A pesar de ser signatario del Convenio n. 169, hasta el presente momento, este mandamiento convencional no fue cumplido. La Cámara Federal analiza el Proyecto de Ley n. 760/11, que tipifica el crimen de intrusión o uso no autorizado de tierras indígenas, incluyendo las riquezas del suelo, de los ríos y lagos. La propuesta sujeta el infractor a la pena de reclusión de 3 a 6 años<sup>148</sup>. Es una vergüenza esta tardía iniciativa, pues la intrusión en tierras indígenas por *garimpeiros*, madereros, campesinos y terratenientes son prácticas seculares y frecuentes. Es bastante paradójico, pues el Estatuto del Indio (Ley n. 6.001/73), en el art. 58, II, considera crimen utilizar al indígena o comunidad indígena como objeto de propaganda turística o de exhibición para fines lucrativos, pero no prevé el crimen de intrusión en tierras indígenas. Esta perla legislativa es la más genuina prueba del grado de protección jurídica de los pueblos indígenas.

La Constitución determina, en su art. 231, § 4.º, que las tierras indígenas son indisponibles y el art. 18 del Estatuto Indígena que ellas no podrán ser objeto de arrendamiento o de cualquier acto o negocio jurídico que restrinja el pleno ejercicio de la posesión directa por la comunidad indígena. El § 1.º de este artículo veda a cualquier persona ajena a los grupos tribales o comunidades indígenas la práctica de la caza, pesca o recolección de frutos, así como de actividades agropecuarias o extractivas en el interior de esas áreas.

En cuanto a la inamovilidad de los Pueblos Indígenas de sus tierras y territorios, el Convenio n. 169 de la OIT, determina que no deben ser trasladados de las tierras que ocupan. Si fuese necesario, excepcionalmente, el traslado o reasentamiento sólo puede ser efectuado con el libre consentimiento y pleno conocimiento de causa de los pueblos indígenas<sup>149</sup>.

---

<sup>147</sup> OIT, *Convenio n. 169...*, *op. cit.*, art. 18.

<sup>148</sup> BRASIL/CAMARA FEDERAL, *Projeto criminaliza invasão e uso não autorizado de terra indígena*, disponible en: <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/DIREITOS-HUMANOS/200765-PROJETO-CRIMINALIZA-INVASAO-E-USO-NAO-AUTORIZADO-DE-TERRA-INDIGENA.html>, consulta en: 28 feb. 2012.

<sup>149</sup> OIT, *Convenio n. 169...*, *op. cit.*, art. 16.1.

La *Lex Mater*, en su art. 231, § 2.º, destina las tierras tradicionalmente ocupadas por los indígenas a su posesión permanente. La Constitución veda, en el § 5.º, la transferencia de los grupos indígenas de sus tierras, salvo, *ad referendum* del Congreso Nacional, en los siguientes términos:

Está prohibido el traslado de los grupos indígenas de sus tierras, salvo «ad referendum» del Congreso Nacional, en caso de catástrofe o epidemia que ponga en peligro su población, o en interés de la soberanía del país, después de deliberación del Congreso Nacional, garantizándose, en cualquier hipótesis, el retorno inmediato después que cese el peligro.

El traslado sólo se permite en dos hipótesis, en caso de catástrofe o epidemia que ponga en riesgo su población y en el caso de interés de la soberanía del País. El traslado sólo puede ser realizado después de deliberación del Congreso Nacional, quedando garantizado, en cualquier caso, el retorno inmediato luego que cese el peligro. Por tanto, el ordenamiento jurídico brasileño garantiza, siempre que sea posible, el derecho de los pueblos a volver a sus tierras tradicionales tan pronto dejen de existir las causas que motivaran su traslado o reasentamiento. Cuando el retorno no sea posible, deben ser indemnizadas plenamente las personas trasladadas y asentadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de 2007, determina que los Estados deben asegurar «el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate»<sup>150</sup>. En este contexto, la Constitución brasileña consagra una norma de la más alta relevancia jurídica con respecto a la nulidad y extinción de los actos que tengan por objeto la ocupación, el dominio y la posesión de las tierras indígenas.

La Ley Superior de Brasil, en su art. 231, § 6.º, establece, de forma cristalina, que son nulos y extintos, no produciendo efectos jurídicos, los actos que tengan por objeto la ocupación, el dominio y la posesión de las tierras indígenas por terceras personas al disponer que:

Son nulos y quedan extinguidos, no produciendo efectos jurídicos, los actos que tengan por objeto la ocupación, el dominio y la po-

---

<sup>150</sup> ONU, *Declaración...*, *op. cit.*, art. 26.3.

sesión de las tierras a que se refiere este artículo, o la explotación de las riquezas naturales del suelo, de los ríos y de los lagos en ellas existentes, salvo por caso de relevante interés público de la Unión, según lo disponga ley orgánica, no generando la nulidad y extinción derecho a indemnización o acciones contra la Unión, salvo en la forma prevista en la ley, en lo referente a mejoras derivadas de la ocupación de buena fe.

Este precepto se aplica a la exploración de las riquezas naturales del suelo, de los ríos y de los lagos en ellas existentes, salvaguardado el relevante interés público de la Unión, según lo que disponga la ley orgánica editada por el Congreso Nacional. Además, la nulidad y la extinción no genera derecho a la indemnización o acciones en contra la Unión, salvo, en la forma prevista en la ley, en lo que se refiere a las mejoras derivadas de la ocupación de buena fe<sup>151</sup>.

Las tierras indígenas son bienes de uso especial adscritos al uso exclusivo de los indígenas. La Ley Magna brasileña, en el art. 231, § 2.º, determina que:

Las tierras tradicionalmente ocupadas por los indígenas se destinan a su posesión permanente, correspondiéndoles el usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos existentes en ellas.

La Constitución trata, en su § 3.º, de una cuestión esencial para la protección y supervivencia de los pueblos indígenas, que es el aprovechamiento de los recursos hidráulicos y de las riquezas minerales en tierras indígenas al disponer que:

El aprovechamiento de los recursos hidráulicos, incluido el potencial energético, la búsqueda y extracción de las riquezas minerales en tierras indígenas sólo pueden ser efectuadas con autorización del Congreso Nacional, oídas las comunidades afectadas, quedándoles asegurada la participación en los resultados de la extracción, en la forma prevista en la ley.

El Estatuto del Indio establece, en su art. 22, que corresponde a los indígenas el derecho al usufructo exclusivo de las riquezas naturales y de todas las utilidades existentes en sus tierras. El art. 24, determina que el usufructo asegurado a los indígenas comprende el derecho a la posesión, uso y beneficios de las riquezas naturales y de todas las utili-

---

<sup>151</sup> BRASIL, *Constituição Federal...*, *op. cit.*, art. 231, § 6.º.

dades existentes en las tierras ocupadas, así como al producto de la explotación económica de tales riquezas naturales y utilidades. Se incluye el usufructo sobre el uso de los manantiales de aguas y tramos de las vías fluviales comprendidos en las tierras ocupadas. La Ley garantiza al indígena el ejercicio exclusivo de la caza y pesca en las áreas por ellos ocupadas, debiendo ser ejecutadas por forma suasoria las medidas de policía que en relación a ellos eventualmente tuvieren de ser aplicadas.

Las actividades tradicionales de las comunidades indígenas, relacionadas con su subsistencia o consumo interno, no están sujetas a restricción alguna ni condicionadas a autorización alguna del poder público. El Código Forestal<sup>152</sup>, por ejemplo, no incide sobre las actividades tradicionales desarrolladas por las comunidades indígenas. Así los indígenas no están sujetos a las restricciones a la tala de árboles en las tierras indígenas, cuando se destine a actividades tradicionales practicadas por ellos. Sin embargo, si los indígenas quisieren vender madera y otros productos procedentes de sus tierras, deben cumplir las exigencias legales específicas. El Código Forestal, en su art. 3.º, § 2.º, considera de preservación permanente los bosques que integran el patrimonio indígena y en su art. 3.º que la explotación de los recursos forestales en tierras indígenas sólo podrá ser realizada por las comunidades indígenas en régimen de manejo forestal sostenible, para atender a su subsistencia.

Como se observa, la explotación de los recursos naturales en tierras indígenas debe atender a tres requisitos: sólo podrá ser realizada por las comunidades indígenas, en régimen de manejo sostenible y para atender a su subsistencia. La caza sólo está permitida para consumo interno y la venta comercial de carne de caza sólo si proviene de criaderos autorizados por los órganos ambientales competentes.

La Constitución trata las tierras indígenas como hábitat indispensable a la perpetuación y dignidad de vida de los autóctonos. Al considerar los derechos de los indígenas sobre sus tierras como originarios, anteriores a la creación del Estado, esto significa que son derechos más antiguos que cualquier otro, de manera que prevalecen sobre presuntos derechos adquiridos, incluso recogidos en escrituras públicas o títulos de legitimación de posesión en favor de no-indígenas. Actos que la propia Constitución declara nulos y extintos. Sin embargo, la brecha entre lo legislado y la práctica es abismal, valiendo la pena reproducir la constatación de Rodolfo Stavenhagen, ex relator de la ONU para los Pueblos Indígenas, al decir que:

---

<sup>152</sup> BRASIL, Ley n. 4.771, de 15 de septiembre de 1965. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4771.htm). Acceso: 14 Octubre 2011.

Si vemos las leyes que están en los libros y la retórica que las acompaña, podríamos pensar que los pueblos indígenas han hecho en verdad grandes progresos en las últimas décadas, pero infelizmente no es así. (...) no solamente encontramos serias contradicciones en las propias leyes que hacen muy compleja y difícil su aplicación, también vemos una brecha creciente entre el marco legal y las políticas públicas<sup>153</sup>.

Desde el punto de vista jurídico, Brasil tiene un sistema normativo que puede ser considerado parcialmente en armonía con los estándares establecidos por la Organización Internacional del Trabajo y por Naciones Unidas. A pesar de que Brasil ha ratificado el Convenio n. 169 de la OIT y respaldado la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y firmado varios de los tratados de derechos humanos, graves son las violaciones que aún padecen las comunidades indígenas.

Los intereses económicos empresariales, nacionales y extranjeros, son los mayores enemigos de los grupos indígenas. Además, las tierras indígenas son el objetivo preferido de *garimpeiros*, madereros y terratenientes que codician sus áreas y riquezas naturales, indiferentes a los males y perjuicios causados a los indígenas y al ambiente. Ejemplo clásico son los *garimpeiros* que explotan oro y otros minerales en tierras indígenas. Esos invasores, además de actuar con violencia y transmitir todo tipo de enfermedades contagiosas, provocan daños ambientales, contaminando los ríos con mercurio y otros productos químicos.

Es cierto que la extensión de algunas áreas de indígenas y la ausencia y deficiencia del aparato estatal dificultan la efectividad de los derechos indígenas, pero eso no justifica el largo camino para que la protección legal se transforme en protección real efectiva. La desatención hacia los pueblos indígenas es evidente, como lo ilustra el hecho de que pasados 24 años desde la promulgación de la Constitución, diversas leyes complementarias reguladoras de los derechos de los pueblos indígenas aún no hayan sido promulgadas, evidencia de la más flagrante indiferencia del Congreso Nacional respecto a la defensa de los intereses de los pueblos indígenas.

Tanto el Convenio n. 169 cuanto la Declaración y la Constitución brasileña establecen, de forma cristalina, que los pueblos indígenas tie-

---

<sup>153</sup> STAVENHAGEN, Rodolfo, Los pueblos indígenas como nuevos ciudadanos del mundo, en ÁLVAREZ MOLINERO, Natalia, OLIVA MARTÍNEZ, J. Daniel, ZÚÑIGA GARCÍA-FALCES, Nieves (eds.), *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible*, Serie Ensayos UNESCO Etxea, Editorial Catarata, Madrid, 2009, p. 21.

nen derecho a que se ejecuten estudios previos de impacto de los proyectos de desarrollo que les puedan afectar; a decidir el modelo de desarrollo y su ritmo; a participar en todas las etapas de los planes y programas pertinentes al desarrollo local, regional o nacional; a controlar su propio desarrollo económico, social y cultural, y a desarrollar sus instituciones e iniciativas. A pesar de esta aparente generosidad legislativa, los derechos supra mencionados son ampliamente ignorados. Los indígenas son minorías desprovistas de fuerza política. En muchos sitios no participan, de manera pasiva y activa, de los procesos electorales y aunque participasen nada podrían hacer pues constituyen menos de 0,4% de la población. La inferioridad de armas en todos los niveles resultó y aún resulta en graves violaciones de derechos de los Pueblos Indígenas, algunas incluso consagradas en ley, a ejemplo del antiguo Código Civil de Brasil, que hasta 2002, consideraba a los indígenas personas a medias o parcialmente capaces, semejante al *status* de los niños<sup>154</sup>.

Aquí vale la pena abrir un paréntesis para evocar a Gómez Isa, según quien la «historia ha sido utilizada en muchas ocasiones como un manto para cubrir, justificar y legitimar injusticias, dominaciones y abusos bajo eufemismos tales como «descubrimiento», «evangelización», «misión sagrada de civilización», «progreso», «desarrollo»<sup>155</sup>. En Brasil, en el campo de los derechos indígenas, existe una verdadera batalla hermenéutica en la que se busca consolidar y difundir falsos dogmas para expoliar las tierras y los recursos existentes en ellas.

A pesar de la evolución de la legislación protectora de los derechos de los pueblos indígenas, aún prevalecen determinados paradigmas que alimentan falsas dicotomías y preconceptos por parte de los descendientes de europeos contra ellos. Estos paradigmas son difundidos por segmentos de la elite brasileña con el objetivo impedir que los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios salgan del papel y se tornen realidad. Estos falsos discursos, que serán analizados en los capítulos siguientes, no sólo profundizan la ignorancia sobre los grupos autóctonos sino que, sobre todo, sirven para negar su viabilidad futura.

---

<sup>154</sup> Lei n. 3.071, de 1.º de janeiro de 1916. Esta situación ha cambiado con el Nuevo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

<sup>155</sup> GÓMEZ ISA, Felipe, El derecho de los Pueblos Indígenas a la reparación por injusticias, históricas, *Cuadernos observatorio pueblos indígenas*, n.1: 7-100, 2010, p. 11.



## 7. La desmitificación del falso dogma «demasiada tierra para pocos indígenas»

Uno de los argumentos más utilizados por sectores contrarios a la demarcación de tierras indígenas —terratenientes, integrantes del *agri-business* y sus representantes en el Congreso Nacional y miembros del Ejército— es el de que se destina demasiada tierra para muy pocos indígenas. Este argumento necesita ser desmitificado, pues causó y causa enorme daño a la causa indígena y tiene un gran potencial, principalmente en el Congreso Nacional, para apoyar la supresión de los derechos constitucionalmente asegurados a los indígenas. A título de ejemplo, la Comisión de Constitución y Justicia del Senado Federal votará una enmienda a la Constitución<sup>156</sup> iniciada en la Cámara de los Diputados, cuyo objetivo, según la Asociación «Jueces para la Democracia»<sup>157</sup>, es acabar con las tierras indígenas y con los aborígenes. La enmienda pretende que sea el Congreso Nacional la instancia competente para «aprobar la demarcación de las tierras ocupadas por los indígenas y ratificar las demarcaciones ya homologadas»<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup> BRASIL, CÂMARA FEDERAL, *Projeto de Emenda Constitucional 215 (PEC 215/2000)*, disponible en: [http://imagem.camara.gov.br/dc\\_20.asp?selCodColecaoCsv=D&DataIn=19/04/2000&txpagina=16399&altura=650&largura=800](http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&DataIn=19/04/2000&txpagina=16399&altura=650&largura=800). Existen otras once propuestas de enmiendas a la Constitución en el mismo sentido.

<sup>157</sup> MARTINS, Dora, *O Brasil quer mesmo acabar com os índios*, Disponible en: <http://www.brasildefato.com.br/content/o-brasil-quer-mesmo-acabar-com-os-%C3%ADndios>, acceso en: 17 dez. 2011. La autora es integrante de la Asociación Jueces para la Democracia, una organización reconocida por su buena reputación en la sociedad brasileña.

<sup>158</sup> BRASIL, CÂMARA FEDERAL, *Projeto de Emenda ...op. cit.*

Con esta enmienda, los parlamentarios podrán revisar todas las tierras indígenas ya demarcadas. Tal competencia, establecida por la Constitución Federal, es exclusiva del presidente de la República. Los parlamentarios que defienden la enmienda y los empresarios rurales, especialmente de los Estados con mayor número de pueblos indígenas, están insatisfechos, porque, según ellos, una parte significativa del territorio fue concedida para los indígenas, hecho que haría inviable el desarrollo de sus unidades federadas. El argumento representa un equívoco histórico, puesto que los indígenas son los dueños originarios de las tierras brasileñas. En realidad, personifica una tentativa de transformar los victimarios en víctimas de los pueblos indígenas.

Para afrontar la falacia «demasiada tierra para pocos indígenas» se recurrirá a algunos datos, con base en la premisa de que es más difícil engañar ante los números. Se probará, enseguida, que los principales opositores de los derechos indígenas son justamente pocos individuos, no indígenas, que detentan gran parte de las tierras brasileñas.

Brasil tiene una extensión territorial de 851.196.500 hectáreas. Las tierras indígenas (TIs) suman 668 unidades, ocupando una superficie total de 112.384.813 hectáreas<sup>159</sup>. Del universo de TIs, 400 están demarcadas y homologadas y 268 se encuentran en diferentes grados de regularización o con procesos paralizados por el Poder Judicial y/o por omisión del Poder Ejecutivo<sup>160</sup>. La Amazonia Legal<sup>161</sup> tiene 414 TIs, cubriendo un total de 108.695.000 hectáreas, donde vivían, en 2010, 173 pueblos conocidos, con una población aproximada de 250.000 personas. Esta cifra no incluye la población de las TIs en fase inicial de identificación, tampoco los indígenas que vivían en ciudades de la región<sup>162</sup>.

---

<sup>159</sup> Cfr. CUNHA, Manuela carneiro, *Os direitos ... op. cit.*, p. 39, y LARANJEIRA, Raymundo, «Proteção legal das terras indígenas», en COELHO DOS SANTOS, Werner *et. al* (orgs.), *Sociedades indígenas e o direito: uma questão de direitos humano*, Florianópolis, UFSC/CNPq, 1985.

<sup>160</sup> INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA), *Situação jurídica das TIs no Brasil hoje*, ISA, disponible en: <http://pib.socioambiental.org/pt/c/0/1/2/situacao-juridica-das-tis-hoje>, acceso 10 dic. 2011.

<sup>161</sup> Es una figura instituida por el art. 2.º de la Ley n.º 5.173 de 27 de octubre de 1966, con el objetivo de definir la delimitación geográfica de una región política captadora de incentivos fiscales con el propósito de promoción de su desarrollo regional. La región comprende la totalidad de los estados de Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia y Roraima y parte de los estados de Mato Grosso, Tocantins y Maranhão. Engloba una superficie de aproximadamente 5.217.423 km<sup>2</sup>, correspondiente a aproximadamente 61% del territorio brasileño.

<sup>162</sup> RICARDO, Fany, *Terras Indígenas na Amazônia Legal*, en VERÍSSIMO, A. *et. al* (eds.), *Áreas Protegidas na Amazônia Brasileira – avanços e desafios*, Imazon, Belém, 2011, p. 43.

Es interesante observar que 98,6% de la extensión de las TIs brasileñas se concentra en la Amazonia Legal. El remanente, 1,4%, se divide por las regiones Nordeste, Sudeste, Sur y Estado de Mato Grosso del Sur<sup>163</sup>. El evidente contraste no es fortuito. Es resultado y, al mismo tiempo, una robusta prueba de un flagrante proceso de «desindianización» y «desterritorialización» indígena del país a lo largo de cinco siglos. La disparidad se explica por el hecho de que la colonización de Brasil se inició por la costa Atlántica. A la medida que los colonizadores avanzaban rumbo al interior, los embates directos contra las poblaciones indígenas resultaban en verdaderos genocidios, sea por métodos violentos o por transmisión de enfermedades a los autóctonos<sup>164</sup>. Las tierras que en el pasado pertenecieron a riquísimas culturas indígenas, están hoy en las manos de grandes propietarios. Los indígenas que supervivieron conservaron a duras penas áreas de tierras diminutas.

Las TIs más extensas están ubicadas en la Amazonia. El Gobierno brasileño regularizó, en 1990, la TI Yanomami, situada en la frontera con Venezuela y Guayana, con un área de 9.664.975 hectáreas, superficie equivalente a tres veces el territorio de Bélgica (3.052.800 hectáreas)<sup>165</sup>. En el año siguiente, el Gobierno de Venezuela también destinó al Pueblo Yanomami, en la frontera con Brasil, 8,3 millones de hectáreas. El hecho de que la superficie ocupada sin solución de continuidad por este pueblo alcanzara 17,7 millones de hectáreas, habitados, en la época, por cerca de 12 mil personas, y estando además situada en la frontera, causó profunda irritación a la elite dirigente del Estado de Roraima, a los terratenientes y a los militares brasileños<sup>166</sup>.

El pensamiento de los militares con relación a la demarcación de la TI Yanomami fue compendiado en un libro redactado por un Coronel del Ejército. La obra, presentada por el General Carlos de Meira Mattos, ex comandante de la principal academia militar brasileña, expresa el

---

<sup>163</sup> INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, *Localização e extensão das Tis*, disponible en: <http://pib.socioambiental.org/pt/c/terras-indigenas/demarcacoes/localizacao-e-extensao-das-tis>, acceso: em 12 dic. 2011.

<sup>164</sup> RIBEIRO, Heloisa Bio, *Índios urbanos, o outro lado da aldeia*, Instituto Socioambiental (ISA), disponible en: [http://pib.socioambiental.org/es/noticias?id=96730&id\\_pov=80](http://pib.socioambiental.org/es/noticias?id=96730&id_pov=80), acceso en: 27 dic. 2011.

<sup>165</sup> BRASIL, Decreto de 25 de maio de 1992 que homologa a demarcação administrativa da terra indígena Yanomami, nos Estados de Roraima e Amazonas, disponible en: [http://www.proyanomami.org.br/v0904/index.asp?pag=htm&url=v0904/doc\\_of/25\\_mai\\_1992.htm](http://www.proyanomami.org.br/v0904/index.asp?pag=htm&url=v0904/doc_of/25_mai_1992.htm), acceso en: 10 dic. 2011. Cfr. también JORNAL O GLOBO, A Amazônia I: o fato, *Revista do Clube Militar*, n. 302, nov/dez 1991, p. 7-9.

<sup>166</sup> MENNA BARRETO, Carlos Alberto Lima, *A Farsa Ianomâmi*, Biblioteca do Exército Editora, Rio de Janeiro, 1995.

sentimiento anti indígena prevalente en la institución. En la visión del militar, «[l]a cuestión yanomami, representada por los intereses alienígenas, clama contra la lógica y el sentido común. ¿Cómo reivindicar el control político de un territorio brasileño de la extensión de 94.1991 km<sup>2</sup> (semejante al área de Santa Catarina y tres veces a la superficie de Bélgica), para una tribu que lo habita, de 5.000 indígenas (...) que vive, hasta hoy, en el más bajo grado de ignorancia y primitivismo?». Para el General, «estos propios indígenas ignoran las reivindicaciones que son hechas en su nombre, por organizaciones internacionales enmascaradas con intenciones científicas (ecología, ambientalismo, antropología) y que hacen una presión creciente en el sentido de entregar la soberanía de esa área a sus habitantes»<sup>167</sup>.

La presión para la demarcación de la TI Yanomami asumió dimensión internacional, destacando la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>168</sup>. La alegación de que una TI de tal dimensión en la frontera constituiría grave riesgo a la unidad territorial de Brasil se reveló completamente inconsistente, tanto desde el punto de vista fáctico cuanto jurídico. La Constitución determina que la franja de frontera de hasta 150 km de ancho es «fundamental para la defensa del territorio nacional, y su ocupación y utilización serán reguladas en ley»<sup>169</sup>. Por lo tanto, la regularización de las TIs en la frontera no menoscaba, sino que refuerza la soberanía nacional al dar efectividad al art. 20 de la Constitución, que incluye, entre los bienes de la Unión, las tierras tradicionalmente ocupadas por los indígenas. Además, el art. 231 establece que esas tierras son «inalienables, indisponibles y los derechos sobre ellas, imprescriptibles»<sup>170</sup>.

La colonización del territorio brasileño se caracterizó por la devastación de los bosques, por los monocultivos de café y caña de azúcar, por la esclavitud, por el latifundio y por el proceso de desindianización. Es interesante observar que durante la dictadura (1964-1984), los militares agravaron extraordinariamente la situación agraria brasileña. En 2001, una de las revistas de mayor circulación de Brasil, divulgó que los cinco mayores propietarios de tierras de Brasil habían registrado a su nombre el equivalente al 7% de la Amazonia Legal. Con 12,7; 12,0; 7,0; 2,1 y

---

<sup>167</sup> MENNA BARRETO, Carlos Alberto Lima, *A Farsa Ianomâmi ... op. cit.*, p. 11.

<sup>168</sup> COMISIÓN IDH, *Comunidad Yanomami vs. Brasil*, Caso n.º 7615, Resolución N.º 12/85, 5 de marzo de 1985. OEA/Ser.LV/II.66, Doc. 10 rev. 1, 1.º octubre 1985, Original: español. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/84.85sp/Brasil7615.htm>, acceso en: 13 dic. 2011.

<sup>169</sup> BRASIL, *Constitución...*, *op. cit.*, art. 20, § 2.º.

<sup>170</sup> *Ibid.* art. 231, § 4.º.

2,0 millones de hectáreas cada uno. Como se observa, tan sólo cinco personas, muy próximas del gobierno militar, se apropiaron de 35,8 millones de hectáreas (11,7 veces la superficie de Bélgica). Una sola persona, el ocupante del primer puesto, con exactamente 12.713.819 hectáreas, tenía un área superior a la de Portugal continental (8.9 millones de hectáreas)<sup>171</sup>.

Como se ve, las grandes áreas indígenas situadas en la Amazonia no son privilegios de determinados grupos indígenas. Hay que tener en cuenta que las TIs son de dominio de la Unión y los que se oponen a la regularización de las tierras indígenas hoy, fueron aquellos que, en el pasado, entregaron una parte significativa de las riquezas nacionales a particulares y multinacionales.

Los sectores militares nacionalistas olvidan que durante el régimen militar hubo un gigantesco esfuerzo de ocupación de la Amazonia, estimulando la colonización y exploración de las riquezas minerales y madereras de la región, cuya consecuencia fue una colosal deuda externa<sup>172</sup>, concentración de tierras en manos de poquísimas personas y gigantesco desastre ambiental. Basta registrar que, en esa época, la empresa «Manasa Madeireira Nacional» era propietaria de 4.302.190 hectáreas, en el Estado de Amazonas, mayor que el territorio belga (3.052.800 hectáreas)<sup>173</sup>. En el periodo de la dictadura militar, un empresario norteamericano (Daniel Ludwig) adquirió, con el aval del ex presidente Ernesto Geisel, 3.654.421 hectáreas, en el Estado hoy denominado Amapá<sup>174</sup>.

Fuera de la Amazonia brasileña, las poblaciones indígenas sufrieron un duro golpe, quedando tan sólo 1,4% de la extensión de las TIs brasileñas, dividiéndose por las regiones Nordeste, Sudeste, Sur y Estado de Mato Grosso del Sur. El ejemplo típico, que ilustra esta situación, es la Aldea Guaraní Jaraguá, en Sao Paulo, que tiene apenas 2,7 hectáreas, lo que, por supuesto, imposibilita su supervivencia física y cultural<sup>175</sup>.

---

<sup>171</sup> SCHWARTZ, Christian, «O maior latifundiário do Brasil», *Revista Veja*, 18 abr. 2001, p. 106-107.

<sup>172</sup> La construcción de la carretera transamazónica y otros proyectos de desarrollo de la región se hicieron mediante grandes préstamos de bancos extranjeros. Esta fue una de las causas, aunque no la principal, de la deuda externa que en la década de los 70 causó grandes problemas económicos a Brasil.

<sup>173</sup> OLIVEIRA, Arioaldo Umbelino, *Amazônia: monopólio, expropriação e conflitos*, São Paulo, Papirus, 1987, p. 126.

<sup>174</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>175</sup> RIBEIRO, Heloisa Bio, *Índios urbanos, o outro lado da aldeia*, Instituto Socioambiental (ISA), disponible en: [http://pib.socioambiental.org/es/noticias?id=96730&id\\_pov=80](http://pib.socioambiental.org/es/noticias?id=96730&id_pov=80), acceso en: 27 dic. 2011.

Al mismo tiempo, los grandes proyectos de desarrollo asociados con el avance de la agricultura y la ganadería, de la explotación de madera y minerales para satisfacer la demanda del mercado mundial, amenazan con aniquilar a los pueblos indígenas, que se quedaron de cierto modo fuera del proceso predatorio y de expropiación verificado en las otras regiones de Brasil.

Datos oficiales comprueban que la estructura agraria brasileña, caracterizada por la concentración de tierras en grandes latifundios, no se alteró en las últimas décadas. Cuando se comparan los datos de los tres últimos censos agropecuarios de 1985, 1995 y 2006, se observa que las propiedades con menos de 10 hectáreas ocupaban apenas 2,7% (7,8 millones de hectáreas) del área total de los establecimientos agrarios, mientras las haciendas con más de 1.000 hectáreas concentraban 43% (146,6 millones de hectáreas) del área total. Los Censos oficiales muestran que el número total de establecimientos con menos de 10 hectáreas correspondían a 47%, mientras aquellos con más de 1.000 hectáreas representaban 1% del total de establecimientos<sup>176</sup>. El Índice nacional de Gini de 0,8, considerado muy elevado, refleja, en gran medida, los procesos históricos de ocupación del territorio nacional y las políticas públicas de ocupación de espacio amazónico fomentadas por la dictadura militar y gobiernos subsecuentes<sup>177</sup>.

El último Plan Nacional de Reforma Agraria del Gobierno Federal<sup>178</sup> estimó la existencia de 3,1 millones familias (12,4 millones de personas) de trabajadores rurales sin tierra y con área insuficiente para su supervivencia económica a través de la actividad agrícola. Hecho que contrasta con la gran concentración de tierras en las manos de pocos terratenientes. La falta de acceso a la tierra suficiente y de calidad para generar producción capaz de satisfacer las necesidades básicas de las familias rurales es uno de los principales factores de la miseria rural brasileña<sup>179</sup>.

Mientras existe gran número de agricultores sin tierra, pocos políticos ocupan parte sustancial del territorio nacional. Un estudio que analizó más de 13.000 declaraciones de bienes presentadas por políticos elegidos en 2008 y 2010 al Tribunal Superior Electoral comprueba la existencia de mucha tierra para pocos políticos. La investigación mues-

---

<sup>176</sup> CARVALHO, Edson Ferreira, *Manual didático de direito agrário*, Juruá, Curitiba, 2010, p. 274, citando datos de UNESP, *Atlas da questão agrária brasileira*, disponible en: [http://www4.fct.unesp.br/nera/atlas/estrutura\\_fundiaria.htm](http://www4.fct.unesp.br/nera/atlas/estrutura_fundiaria.htm), acceso en: 10 ago. 2010.

<sup>177</sup> *Id.*, p. 275.

<sup>178</sup> BRASIL, *Il Plano nacional de reforma agrária: Paz, Produção e Qualidade de Vida no Meio Rural*, INCRA, Brasília, 2003.

<sup>179</sup> CARVALHO, Edson Ferreira, *Manual... op. cit.*, p. 275.

tra gran cantidad de tierras en manos de senadores, diputados, legisladores y gobernadores de los estados, vicegobernadores, vicepresidentes, alcaldes y vicealcaldes. La extensión de tierras en manos de políticos elegidos en 2008 y 2010, abarca alrededor de 4,4 millones de hectáreas (1,2% del territorio nacional). El autor del estudio plantea la tesis de que el grupo parlamentario «bancada ruralista» es la cara visible de un sistema político agrarista que controla la política, el Estado y parte importante del territorio nacional, dominado por clanes familiares, cuyas actividades son financiadas por gigantescas sumas de crédito agrícola subvencionado<sup>180</sup>.

Es cierto que los datos oficiales no están actualizados y son poco fidedignos, pero ponen de manifiesto la gran concentración de tierras en manos de pocos individuos no indígenas. Determinados pueblos indígenas necesitan mayores extensiones de tierra, pues son nómadas. En este sentido, el Convenio n. 169 de la OIT determina, en su art. 14.1, «que, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia»<sup>181</sup>. Al final, dispone que a «este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas»<sup>182</sup>. Es justamente el caso de los Yanomamis, que es un pueblo itinerante.

Diversos factores deben ser tomados en cuenta para determinar el tamaño de una tierra indígena. En muchos casos los pueblos indígenas necesitan tierras adicionales a fin de poder subsistir, principalmente cuando se encuentran en el contexto ecológico tropical, un ambiente sabidamente complejo y poco favorable a la agricultura.

Se subraya que la regularización jurídica de las tierras indígenas es, tan sólo, el primer paso para asegurar los derechos de los pueblos indígenas. A pesar de la reserva del 13,2% de las tierras del país a los pueblos indígenas, casi todas las TIs sufren algún tipo de invasión o intrusión por parte de madereros, *garimpeiros* y rancheros<sup>183</sup>. Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las principales amenazas a las TIs legalizadas son las invasiones e intrusiones para retiro de madera, minería, agricultura y asentamiento de no indígenas; ataques

---

<sup>180</sup> CASTILHO, Alceu Luís, *O partido da terra: como os políticos conquistam o território brasileiro*, Contexto, São Paulo, 2012.

<sup>181</sup> *Ibid.*, p. 275.

<sup>182</sup> *Ibid.*, p. 275.

<sup>183</sup> MAGALHÃES, Antônio Carlos, «Introdução», en *Sociedades indígenas e transformações ambientais*, Belém, UFPA/NUMA, 1993.

judiciales y políticos contra la estabilidad de los derechos ya establecidos o en consolidación y decisiones del Poder Público de establecer infraestructuras de caminos, obras públicas o de energía, sin el debido acuerdo de los indígenas<sup>184</sup>. El diagnóstico de la Comisión se aplica perfectamente al contexto brasileño.

La situación de las tierras indígenas legalizadas es grave, pero más alarmante es la situación de las áreas sobre las cuales ninguna providencia fue iniciada hasta el presente. Brasil presenta un cuadro bastante preocupante, pues el propio Estado es el principal incumplidor de las leyes de protección de los derechos indígenas. En la opinión de Yamada, más embarazosa es la postura de determinados magistrados de la Suprema Corte de Brasil. Según ella, el ex presidente, Gilmar Mendes concedió, entre 24 de diciembre de 2009 y 29 de enero de 2010, cuatro medidas provisionales para suspender los efectos de la legalización de TIs por el Poder Ejecutivo, en el ámbito de una acción impropia para discutir si un área es o no Tierra Indígena<sup>185</sup>, instaurando una enorme inseguridad jurídica sobre el proceso de demarcación. Obviamente, los invasores de TIs fueron favorecidos con estas lamentables decisiones.

---

<sup>184</sup> COMISIÓN IDH, *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, OEA/Ser.L/VII.108, Doc. 62 (20 octubre 2000), p. 337-338, § 35.

<sup>185</sup> YAMADA. Erika, *O legado do presidente do STF, Gilmar Mendes aos povos indígenas*, Instituto Sociambiental, disponible en: [http://www.socioambiental.org/nsa/direto/direto\\_html?codigo=2010-04-23-143406](http://www.socioambiental.org/nsa/direto/direto_html?codigo=2010-04-23-143406), acceso en: 23 dic.. 2011.

## 8. El falso antagonismo entre tierras indígenas y desarrollo de Brasil

Está cada vez más difundida, principalmente en las regiones en las cuales el *agribusiness* avanza sobre áreas boscosas y tierras ocupadas por indígenas, una fuerte ideología racista —basada en argumentos disimulados de «inclusión» y «progreso». Esta corriente es fomentada por grandes propietarios de tierras y grupos vinculados a ellos<sup>186</sup>, como por ejemplo la cúpula dirigente de Estados y municipios. Esa arcaica ideología, que cada día se robustece en las esferas de la élite dominante y dirigente brasileña, puede ser percibida en el artículo publicado por un abogado y periodista<sup>187</sup> de Mato Grosso del Sur, uno de los Estados que posee la segunda mayor población indígena del país.

En el artículo, titulado «Indígenas y el retroceso»<sup>188</sup>, el autor utiliza términos ofensivos como «salvajes» y «sinvergüenzas y perezosos» para referirse a los indígenas<sup>189</sup>. El autor demuestra su desprecio por la orga-

---

<sup>186</sup> En el Congreso Nacional son representados por el grupo parlamentario denominado «Bancada Ruralista», constituyendo una de las fuerzas más influyentes e anti indígenas del país.

<sup>187</sup> El artículo publicado por Isaac Duarte de Barros Junior, Abogado y periodista de ascendencia rumana, fue ampliamente divulgado en *internet* por los sectores anti indígenas. En razón del artículo, la fiscalía presentó dos acciones contra el articulista, una penal y otra por daños morales. El articulista fue condenado, con base en el art. 20 de la Ley 7.716, de 5 de Enero de 1989, que define los delitos por intolerancia de raza o color, con el fundamento de que la libertad de expresión no puede ser utilizada para propagar el racismo.

<sup>188</sup> Para ilustrar la gravedad del creciente movimiento anti indígena, serán reproducidos fragmentos del discurso. Como el corto texto fue extraído de *internet*, será identificado sólo el párrafo de origen

<sup>189</sup> BARROS JUNIOR, Isaac Duarte, «Indígenas y el retroceso», Dourados Agora, 27 de diciembre de 2008, disponible en: <http://blogln.ning.com/forum/topics/ndios-e-o-retrocesso>, acceso en: 03 dic. 2011, § 15.

nización social y cultural de los indígenas, al afirmar que «[e]n nombre de la razón y de los avances culturales modernos civilizados, los palacios parlamentarios brasileños deberían retirar inmediatamente la tutela constitucional ejercida cómodamente sobre las costumbres arcaicas de los indígenas culturados»<sup>190</sup>.

Al referirse a la demarcación de las tierras indígenas, afirma que «[l]o que necesitamos, con madurez responsable, es dar urgente fin social y productivo a todos los quiñones brasileños, inclusive aquellos ocupados por indios sinvergüenzas y ociosos»<sup>191</sup>. Demostrando ignorancia del texto constitucional, que asegura el derecho originario a los pueblos indígenas sobre sus tierras, el abogado, aliado a los ruralistas, afirma que los indígenas luchan por «suelo que en realidad pertenece a todos los trabajadores rurales brasileños»<sup>192</sup>. Recomienda que los «agitadores indígenas» deben «ser tratados como ciudadanos comunes»<sup>193</sup>. Según el autor, estos indígenas prefieren, «en nuestras tierras fértiles», permanecer «practicando la holgazanería de la caza y pesca o haciendo lo que bien entienden con las riquezas naturales sin dar satisfacciones a los dirigentes máximos de país»<sup>194</sup>.

Bajo la óptica de que los indígenas no representan factor de trabajo y progreso, el periodista proclama su fe etnocida. Según Nickel, el genocidio es un medio de eliminar físicamente un grupo étnico, mientras el etnocidio puede, en principio, dejar vivos a los miembros del grupo, exterminando sólo su cultura<sup>195</sup>. Asevera el articulista que «la preservación de costumbres que contraríen la modernidad son retrocesos y deben acabar». Añade que la «civilización indígena no tuvo éxito» y por eso fue conquistada por la «inteligencia cultural de los blancos» y que «es retrógrada la actitud de querer preservarla»<sup>196</sup>. En discurso bastante claro, el escritor defiende el exterminio de la cultura indígena. Obviamente, no habiendo distinción entre indígenas y brasileños, no será necesario proteger sus tierras.

Desafortunadamente, esas ideas apenas son la punta del *iceberg*. Hoy día, se extienden por la bancada ruralista del Congreso Nacional, segmentos del Poder Judicial y de las Fuerzas Armadas, gobernadores

<sup>190</sup> *Ibid.*, § 7.

<sup>191</sup> *Ibid.*, § 15.

<sup>192</sup> BARROS JUNIOR, Isaac Duarte, «Indígenas y el retroceso ...», *op. cit.*, § 20.

<sup>193</sup> *Ibid.*, § 21.

<sup>194</sup> BARROS JUNIOR, Isaac Duarte ... *op. cit.*, § 22.

<sup>195</sup> Cfr. NICKEL, Kames W., «Ethnocide and indigenous peoples», *Journal of Social Philosophy*, 25th Anniversary Special Issue, June 84-98, 1994, p. 84.

<sup>196</sup> BARROS JUNIOR, Isaac Duarte, «Indígenas y el retroceso ...», *op. cit.*, § 27.

de estados y alcaldes. La técnica utilizada es negar la identidad de los pueblos autóctonos, pues no habiendo indígenas, tampoco habrá derechos sobre sus tierras<sup>197</sup>. Según manifiesta un notable científico del Instituto Nacional de Investigaciones de la Amazonía (INPA), «[e]l Estado (brasileño) en cuanto institución está personificado por grupos de poder oligárquicos anti-indígenas»<sup>198</sup>.

Según Yamada & Villares, en el caso Raposa Serra do Sol, en frontal violación al principio de la separación de poderes, el Supremo Tribunal Federal legisló explícitamente contra los intereses indígenas, aprobando 19 excepciones aplicables a la demarcación de las Tierras Indígenas con la supuesta intención de «conciliar los intereses indígenas, la defensa nacional y la preservación del medio ambiente»<sup>199</sup>. Estas nuevas normas, erigidas inconstitucionalmente, representan un gran obstáculo «al proceso de demarcación de las tierras indígenas y, al mismo tiempo, hace retroceder la política indigenista al siglo XIX»<sup>200</sup>. En opinión de los autores, la Suprema Corte, «bajo presión de las Fuerzas Armadas y de los Estados, permitirá la intervención irrestricta del Estado en tierras indígenas»<sup>201</sup>.

La cultura y las costumbres indígenas son despreciadas por los grupos ligados al *agribusiness* brasileño, mientras tanto son notorios los daños causados al ambiente por su visión de corto plazo, en busca de ganancia a cualquier precio. En materia de desarrollo, en el contexto de la agricultura brasileña, es necesario detenerse, aunque en breve síntesis, sobre su real significado en la práctica.

Datos de la Empresa Brasileña de Investigación Agropecuaria (EMBRAPA), que goza de gran reputación científica, estiman la existencia de aproximadamente 200 millones de hectáreas de suelos degradados en territorio brasileño<sup>202</sup>. Estimaciones del Ministerio del Medio Ambiente apuntan que el país tiene, aproximadamente, 50 millones de hectáreas de áreas degradadas, en zonas de expansión de la frontera agrícola en

---

<sup>197</sup> Cfr. CUNHA, Manuela Carneiro da, *O futuro ... op. cit.* p. 127.

<sup>198</sup> Cfr. LAURIOLA, Vincenzo, *Entrevista*, Boletim Informativo do Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, n. 12, pp. 21/29. Disponible en: [http://www.ufpa.br/naea/folhodo-naea/folha\\_12ed/index\\_arquivos/Page333.htm](http://www.ufpa.br/naea/folhodo-naea/folha_12ed/index_arquivos/Page333.htm)., acceso en: 12 dic. 2011.

<sup>199</sup> YAMADA, Erica Magami & VILLARES, Luiz Fernando, «Julgamento da terra indígena raposa serra do sol: todo dia era dia de índio», *Revista Direito FGBV, São Paulo* 6(1): 143-158, jan-jun, 2010.

<sup>200</sup> *Ibid.* p. 152.

<sup>201</sup> *Ibid.*, p. 152.

<sup>202</sup> Cfr. EMBRAPA AGROBIOLOGIA, *Recuperação de Áreas Degradadas*, disponible en: [http://www.cnpab.embrapa.br/imprensa/pautas/pauta\\_areas\\_degradadas.html](http://www.cnpab.embrapa.br/imprensa/pautas/pauta_areas_degradadas.html), acceso en: 14 nov. 2011.

la Amazonia, de tal manera que no sirven para ninguna actividad agrícola<sup>203</sup>. En el ámbito de la ganadería, según el Ministerio de Agricultura, el país tiene alrededor de 30 millones de hectáreas de áreas de pastizales con algún grado de degradación, con bajísima productividad<sup>204</sup>.

No puede negarse que la mayor parte de la ampliación de la frontera agrícola brasileña haya sido realizada con base en la tala de bosques y uso del fuego, en completa desconsideración con el uso sostenible del suelo a largo plazo. Lo más grave, este proceso continúa sobre la Floresta Amazónica, el ecosistema más rico en biodiversidad del planeta. Los ruralistas han sido históricamente hostiles no sólo a los indígenas, sino también a los bosques. La expansión de la frontera agrícola sobre la Floresta Atlántica, los Cerrados<sup>205</sup> y la Amazonia ha sido devastadora para la flora y fauna de estos biomas. A lo largo de 500 años, el área talada del Bosque Atlántico alcanzó la cifra de 93%. En los últimos 50 años, la expansión de la frontera agrícola causó la destrucción de 60% del área original de los Cerrados y aproximadamente 20% del Bosque Amazónico<sup>206</sup>. La tasa promedia anual de conversión de bosques para implantación de actividades de ganadería —la principal causa de tala en el país— y cultivo de soja para atender principalmente el mercado exterior es impresionante. Para tener una idea, la velocidad de tala del Bosque Amazónico oscila entre 15 e 20 mil km<sup>2</sup> anuales, con picos entre 26 y 29 mil km<sup>2</sup><sup>207</sup>.

Según estudio realizado en el ámbito de la Cámara de los Diputados, al considerar la deforestación promedia, entre 2002 y 2008, en los Biomas Cerrado y Amazonia, Brasil ha perdido 224.290 km<sup>2</sup> de vegetación nativa en apenas seis años, lo que equivale a 2,63% de la superficie total del país. Sólo en estos dos biomas, la tasa promedia de deforestación en el período fue de 37.381 km<sup>2</sup>/año<sup>208</sup>. Los autores del

<sup>203</sup> Cfr. ANDRADE, Livia, *A natureza dá dinheiro*, 57, Rev. Dinheiro Rural, disponible en: <http://www.terra.com.br/revistadinheiorural/edicoes/57/artigo143282-1.htm>, acceso en: 14 nov. 2011.

<sup>204</sup> Cfr. BRASIL/MINISTÉRIO DE AGRICULTURA, *Recuperação de Áreas Degradadas*, disponible en: <http://www.agricultura.gov.br/desenvolvimento-sustentavel/recuperacao-areas-degradadas>, acceso en: 14 nov. 2011 y EMPRAPA, *Tecnologias ajudam a recuperar áreas degradadas: Sistemas agroflorestais, leguminosas associadas com microorganismos e integração lavoura/pecuária são pesquisas que deram certo no Brasil*, disponible en: <http://www.sct.embrapa.br/novosite/embrapa/uc/acs/emb30anos/areasdegr.html>, acceso en: 14 nov. 2011.

<sup>205</sup> Vegetación similar a la de sabana.

<sup>206</sup> Cfr. MIRANDA, Evaristo Eduardo, «Campeões de desmatamento», *Rev. Pol. Agr.*, 3, 2006, p. 83.

<sup>207</sup> *Id.*, p. 83.

<sup>208</sup> Cfr. LACOMBE, Marcelo Barroso; GANEM, Roseli Senna; GUIMARÃES E PALOS, Aurélio, «Prazo para destruição do berço esplêndido: Até quando?», *Boletim de Análise de Conjuntura (BAC)*, 33: 1-11, out 2009, p. 3.

estudio afirman que «los datos hablan por ellos mismos» y «muestran, de forma clara, que la tala no es un problema ficticio. Es, sí, una enfermedad nacional que el Poder Público y la sociedad como un todo tiene el deber de sanar»<sup>209</sup>.

Estudios prueban que la deforestación del Bosque Amazónico es bastante inferior en Tierras Indígenas en comparación con los niveles de la región. En el ámbito de la Amazonia Legal, en los Estados de Pará, Rondônia e Mato Grosso, la proporción de área desforestada dentro de espacios protegidos (en ellas incluidas las Tierras Indígenas) osciló entre 1,5 y 4,7%, mientras fuera de ellas fluctuó entre 29,2% y 48,1% en los tres Estados analizados<sup>210</sup>. La deforestación es 10 veces superior en áreas situadas fuera de las unidades de conservación (incluidas las tierras indígenas) en los Estados de Mato Grosso y Rondônia y 20 veces más en el Estado de Pará, indicando que indudablemente las tierras indígenas son importantes elementos para la disminución de la deforestación y de la contribución brasileña al calentamiento global<sup>211</sup>.

La deforestación acumulada hasta julio de 2009, en la Amazonia Legal, alcanzó 735.373 km<sup>2</sup>. En el interior de los espacios protegidos, en ellos incluidas las tierras indígenas, el área deforestada fue de 25.739 km<sup>2</sup>, equivalente a apenas a 3,5% de la deforestación total. Para tener una idea, las TIs tienen tan sólo un poco más de 1% de su territorio deforestado<sup>212</sup>.

Es forzoso recordar que la deforestación es apenas uno de los problemas ambientales de Brasil. Aunque, *en passant*, hay que mencionar que la utilización de pesticidas constituye uno de los pilares del actual modelo de desarrollo de la agricultura brasileña. De acuerdo con la «Agência Nacional de Vigilância Sanitária» (ANVISA), 28% de los 18 alimentos vegetales más consumidos en el país contenía exceso de pesticidas o estaban contaminados por pesticidas no autorizados para la agricultura<sup>213</sup>. Según

---

<sup>209</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>210</sup> FERREIRA, Leandro Valle; VENTICINQUE, Eduardo; ALMEIDA, Samuel, «O desmatamento da Amazônia e a importância das áreas protegidas», *Rev. Est. Avan.*, n. 53, 57-166, 2005, p. 163.

<sup>211</sup> CARRIELO, Felix, Terra do meio: análises de desflorestamento antes e após a decretação das Unidades de Conservação e Terras Indígenas – resultados preliminares, em: INPE, Anais XIII Simpósio Brasileiro de Sensoriamento Remoto, Florianópolis, Brasil, 21-26, abril 2007, 2389-2396, p. 2389.

<sup>212</sup> VERÍSSIMO, Adalberto *et al.*, *Áreas Protegidas na Amazônia brasileira: avanços e desafios*, Imazon/Instituto Socioambiental, 2011, p. 60.

<sup>213</sup> Cfr. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA), *Programa de análise de resíduos de agrotóxicos em alimentos*, ANVISA, Brasília, 2010.

el Profesor José Juliano de Carvalho Filho, el consumo de pesticidas alcanza la cifra de 5,7 litros de veneno habitante/año, resultando contaminación ambiental y muerte de 5.000 trabajadores brasileños por año<sup>214</sup>.

Como se observa, no se puede caracterizar la expansión agrícola de Brasil como genuino proceso de desarrollo. Lo que se percibe es tan solo crecimiento económico al coste de degradación ambiental, proceso insostenible a largo plazo. El modo de vida tradicional de los indígenas, más armonioso con el ambiente, hace con que las TIs sean importantes componentes de la estrategia de control de la deforestación y del desarrollo sostenible. La condición de territorios colectivos indivisibles no sólo frena la fragmentación del territorio, sino que también disminuye, significativamente, los impactos nocivos del uso de la tierra y de la explotación ilegal de madera<sup>215</sup>.

La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo reclama a los Estados que reconozcan y apoyen la identidad, la cultura y los intereses de los pueblos indígenas y de modo a «hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible»<sup>216</sup>. El discurso de la modernidad prevaleciente en Brasil exige urgente reformulación. No se plantea el abandono de las conquistas de la humanidad en el campo científico y tecnológico, pero sí la búsqueda del justo equilibrio entre el interés económico nacional y los derechos de los pueblos indígenas<sup>217</sup>.

El desprecio de la cultura y de las costumbres indígenas por sectores poderosos de la sociedad brasileña es injustificable. El desarrollo no debe ser una fórmula estándar que ignora los contextos humanos y culturales. Han de tenerse en cuenta las singularidades, los saberes, las técnicas y formas de vida de los pueblos indígenas<sup>218</sup>. Las referencias a su primitivismo, técnicas rudimentarias y baja productividad son fruto de la miopía de la denominada «tribu desarrollada», saturada de polución de todas las especies, violencia, *stress*, depresión, neurosis, consu-

---

<sup>214</sup> ENVOLVERDE, *O uso de agrotóxicos no Brasil é abusivo, exagerado e incontrolável*, entrevista con el Profesor de la Universidad de São Paulo, disponible en: <http://envolverde.com.br/saude/entrevista-saude/o-uso-de-agrotoxicos-no-brasil-e-abusivo-exagerado-e-incontrolavel/>, acceso en: 15 dic. 2011.

<sup>215</sup> MELLO, Neri Ap, «Contradições territoriais: signos do modelo aplicado na Amazônia», *Rev. Soc. e Estado*, Brasília, 1/2, 315-338, 2003, p. 343.

<sup>216</sup> ONU, *Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo*, A/CONF.151/26 (Vol. I) (jun. 1992), disponible en: <http://www.pnuma.org/docamb/dr1992.php>, acceso en: 11 nov. 2011, principio 22.

<sup>217</sup> BARDÁLEZ, Hoyos, Juan L., *Sociedades indígenas ...*, op. cit., p.12

<sup>218</sup> MORIN, Edgar, *La vida para el futuro de la humanidad*, Paidós, Madrid, 2011, p. 27

mismo, embotellamiento de carros, SIDA y cocaína<sup>219</sup>. Al respecto vale la pena transcribir la lección de Jesús Ballesteros para desmitificar la mentalidad economicista consubstanciada en:

la creencia en que la ciencia y la técnica poseen objetividad y consistencia, mientras que las otras formas de pensar son algo insustancial, puro residuo de mentalidades ya superadas por el desarrollo tecnológico<sup>220</sup>.

El hecho de que las sociedades indígenas centren su atención en satisfacer las necesidades vitales de su existencia física, social y espiritual las diferencia, pero no las hace menos importantes. La diversidad de prácticas indígenas representa una riqueza de experiencias, dentro de los límites de la capacidad productiva del ambiente. Así como los indígenas pueden beneficiarse de los avances científicos y tecnológicos, los no indígenas tienen mucho que aprender de los fundamentos de la economía indígena, basada en el bienestar de los miembros de la colectividad y en la sostenibilidad.

El desarrollo no puede reducirse tan sólo al crecimiento económico. Aunque servido por los más avanzados patrones científicos y tecnológicos, este proceso centrado exclusivamente en el consumismo, sin preocupación por el despilfarro de recursos y la degradación de los sistemas ecológicos, no es sostenible. En síntesis, el sistema predatorio de ocupación del territorio, como ocurre en Brasil, no puede ser considerado desarrollo. Bajo la óptica de los derechos humanos, el desarrollo real debe ser permeado de valores de respecto a la dignidad y diversidad humana, de protección del entorno y del interés común de la humanidad, como se verá más adelante.

---

<sup>219</sup> EDITORA ABRIL, A morte ronda os índios da floresta, *Revista VEJA*, 19 sep. 1990, 23, 70-83. p. 71.

<sup>220</sup> BALLESTEROS, Jesús, *Repensar la paz*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2006, p.33.



## 9. La falsa dicotomía entre el orden internacional de los derechos humanos y el orden interno: el caso Belo Monte en el contexto de una visión obsoleta de crecimiento rápido y a cualquier precio

El futuro de los pueblos indígenas brasileños es preocupante. Brasil adoptó como eje central de su política gubernamental el «Programa de Aceleramiento del Crecimiento» (PAC), capitaneado por la máxima mandataria del país. En este contexto, las evidencias demuestran que las políticas indígena y ambiental fueron subordinadas a la política de crecimiento económico acelerado del país. En el pasado, el modelo de ocupación del territorio nacional resultó en un rápido proceso de «desindianización» del país. Actualmente, la supervivencia de los pueblos indígenas que permanecieron relativamente preservados, en la jungla Amazónica, se encuentra amenazada por los diversos proyectos de desarrollo en tierras indígenas.

Aproximadamente el 44% del potencial hidroeléctrico a ser explotado por el PAC está en Tierras Indígenas<sup>221</sup>. Tan sólo una de las plantas proyectadas, la de Belo Monte, que forma parte del PAC, exigirá inversiones de unos 19.000 millones de reales y será una de las mayores centrales del mundo, con capacidad para generar 11.233 megavatios<sup>222</sup>. La

---

<sup>221</sup> GRUPO INTERNACIONAL DE TRABAJO SOBRE ASUNTOS INDÍGENAS (IWGIA), *El mundo indígena...* *op. cit.*

<sup>222</sup> CALIARI, Tânia, *O Governo paga para ver*, Retrato do Brasil, mai., 2010, p. 14.

presa inundará alrededor de 516 km<sup>2</sup> e impactará, en forma directa o indirecta, a poblaciones indígenas estimadas en 20 mil personas pertenecientes a 24 etnias. El Ministerio Público, las comunidades indígenas y científica<sup>223</sup>, organizaciones ambientalistas y movimientos locales acusan a la Unión de no haber realizado la consulta previa e informada y de que los estudios de impacto social y ambiental del proyecto sobre los pueblos indígenas, la fauna y la flora fueron incompletos<sup>224</sup>.

De acuerdo con el Ministerio Público, la hidroeléctrica afectará a las comunidades indígenas Arara, Juruna Parakanã, Xikrin, Xipaia, Kuruaia, Kayapó y Araweté. Además, el proceso parlamentario que originó el Decreto Legislativo 788/2005<sup>225</sup> tiene vicios de orden material, pues el Congreso no consultó a las comunidades indígenas afectadas, en conformidad con el dispuesto en los arts. 170, VI y art. 231, §3.º, de la Constitución Federal y art 6.º, §1.º, a, del Convenio n. 169 de la OIT, ratificado por Brasil, a través del Decreto Legislativo 142/2002. Asimismo no existe ley complementaria (orgánica) que reglamente la forma de explotación de los recursos hídricos en área indígena, conforme determina el § 6.º del art. 231 de la Constitución. Igualmente, el Congreso Nacional no podría delegar la consulta a las comunidades involucradas al «Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis» (IBAMA), para los fines del art. 231, § 3.º de la Constitución, razón por la cual sería inconstitucional la delegación prevista en el art. 2.º del Decreto Legislativo 788/2005, por vulnerar los arts. 231, § 3.º y 49, XVI de la Constitución<sup>226</sup>.

Por obvio, el Congreso Nacional sólo podría dictar el decreto después de consultar y oír, previamente, a las comunidades afectadas para conocer su realidad antropológica, económica y social. En opinión de uno de los más destacados juristas brasileños<sup>227</sup>, el legislador no puede

<sup>223</sup> Cfr. SINDICATO NACIONAL DOS DOCENTES DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR (ANDES), Governo federal ignora pesquisadores para construir Belo Monte, *Informe Andes*, set. 2011, 12. La Presidenta de Brasil no contestó la carta firmada por 500 científicos con críticas resultantes de un Panel de Especialistas sobre el proyecto.

<sup>224</sup> *Ibid*, p. 15.

<sup>225</sup> Decreto Legislativo que autoriza al Poder Ejecutivo a implementar el aprovechamiento Hidroeléctrico de Belo Monte, ubicado en el tramo del Rio Xingu, en Estado de Pará, a ser desarrollado después de estudios de viabilidad por las Centrales Eléctricas Brasileñas S.A. (Eletrobrás). 13 jul. 2005 (Bra.). Disponible en: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextolIntegral.action?id=231371>, acceso en: 13 dic. 2011.

<sup>226</sup> BRASIL/TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1.ª REGIÃO, Belo Monte, Ministério Público vs. União, Apelação Civil 2006.39.03.000711-8-PA,.

<sup>227</sup> DALLARI, Dalmo, *Informe Jurídico da Comissão Pró-Índio*, Ano II, n.º 09 a 13, abr./ago, 1990 *apud* SANTILLI, Juliana, «Aspectos jurídicos de mineração e do garimpo em terras indígenas», en *Os direitos indígenas e a constituição*, Núcleo de Direitos Indígenas & Sergio Fabris, Porto Alegre, 1993, p. 149.

tomar una decisión de tal magnitud sin conocer previamente sus efectos sobre minorías extremadamente vulnerables. Según él, en el caso de las comunidades indígenas demostrar que el impacto de la construcción de la hidroeléctrica puede implicar la muerte de personas o la ruptura de las culturas indígenas, constituye un obstáculo inamovible a la concesión de la autorización.

El Supremo Tribunal Federal (STF) refrendó el decreto legislativo, considerando que la realización posterior de la audiencia de las poblaciones autóctonas no les causaba perjuicio, visto que la autorización estaba condicionada a la conclusión favorable de los estudios de viabilidad del emprendimiento<sup>228</sup>.

Se observa en las más altas esferas del poder estatal brasileño un cambio significativo con relación a los postulados abrazados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente con relación a los derechos indígenas. Es habitual entre determinados segmentos políticos y jurídicos brasileños un cierto triunfalismo nacionalista en el sentido de considerar la constitución una de las más modernas del mundo, entre otros motivos, por el hecho de dedicar un capítulo al medio ambiente y un título exclusivo para los pueblos indígenas. Pero, al interpretar su pretendida «modernidad» siempre recurren a métodos y categorías conceptuales tradicionales —muchas veces desfasados— mezcladas con una cierta miopía nacionalista e ignorancia de los fundamentos de la protección de los derechos humanos.

En el ámbito del STF, se observa nítido desprecio o indiferencia por los instrumentos de derechos humanos. A título de ejemplo, en el caso «Raposa Serra do Sol»<sup>229</sup>, en ningún momento el Convenio 169 de la OIT, firmado por Brasil, fue citado en el voto vencedor. El relator del caso ha demostrado una cierta aversión a los instrumentos internacionales de derechos humanos al afirmar que «[e]s nuestra Constitución la que los indígenas brasileños deben reverenciar como su *carta de alforria*<sup>230</sup> en el plano socioeconómico e histórico-cultural, y no esa o aquella declaración internacional de derechos, por bien in-

---

<sup>228</sup> BRASIL/SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *União vs. Ministério Público Federal & Fundação Nacional do Índio*, Suspensão Liminar n. 125, Relatora: Min. Ellen Gracie. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo460.htm>, acceso en: 14 dic. 2011.

<sup>229</sup> BRASIL/SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Raposa Serra do Sol, Botelho vs. União*, Voto del magistrado Carlos Ayres Britto, § 69, disponible en: [http://www.conjur.com.br/dl/Voto\\_Britto\\_Pet3388.pdf](http://www.conjur.com.br/dl/Voto_Britto_Pet3388.pdf), acceso en: 15 dic. 2011.

<sup>230</sup> «Alforria» era el nombre dado al documento oficial de liberación de esclavos en Brasil.

tencionada que sea»<sup>231</sup>. Enseguida, pone el dedo en la llaga, al decir que para que esto se convierta en realidad basta que el «Magno Texto Brasileño, salga del papel y pase a incorporarse a nuestra existencia cotidiana, en un itinerario que va de la mejor normatividad a la mejor experiencia»<sup>232</sup>.

Aquí se encuentra el quid de la cuestión. Los intérpretes de la Constitución, históricamente, no dieron pruebas concretas de hacer que el texto magno emerja del papel para proteger los derechos de los indígenas sobre sus tierras y territorios. La prueba más evidente es la interpretación que se ha dado del art. 67 de los Actos de Disposición Transitorias (ADCT) de la Constitución de 1988, el cual determina, de forma cristalina, que «[l]a Unión concluirá la demarcación de las tierras indígenas en el plazo de cinco años a partir de la promulgación de la Constitución». Cuestionada la demora en cumplir el mandato constitucional, el STF concluyó que «el plazo previsto en el art. 67 no es perentorio. Señaló simplemente un pronóstico sobre el término de los trabajos de demarcación y, por lo tanto, a la realización de estos en tiempo razonable»<sup>233</sup>.

Anteriormente, el Estatuto del Indio, de 1973, había fijado un plazo de cinco años para que el Estado concluyese la demarcación de las TIs<sup>234</sup>. Para ilustrar la inoperancia del Estado, de las 82 TIs consideradas prioritarias para demarcación en 1983, ninguna fue iniciada<sup>235</sup>. Las décadas de vulneración de la ley y de la Constitución, toleradas por el STF, tienen un efecto devastador sobre la credibilidad del sistema jurídico y de las instituciones estatales brasileñas<sup>236</sup>.

En el seno del Poder Ejecutivo, la Mandataria de Brasil, llamada por el ex Presidente Lula da Silva «la Madre del PAC»<sup>237</sup>, es conocida por su apego al crecimiento económico a cualquier precio. En razón de su

---

<sup>231</sup> Referencia a la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

<sup>232</sup> BRASIL/SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Raposa Serra do Sol ...*, op. cit., § 69.

<sup>233</sup> BRASIL/SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Francisco de Assis Souza vs. Presidente da República*, MS 24.566, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 22-3-2004, Plenário, DJ de 28-5-2004. Disponible en: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86161>, acceso en 15 dic. 2011.

<sup>234</sup> art. 65.

<sup>235</sup> MENEZES, Cláudia, «Balanço do indigenismo oficial: 1983», en *Sociedades indígenas e o direito: uma questão de direitos humanos*, UFSC/CNPq, Florianópolis, 1985.

<sup>236</sup> ROSENN, Keith S., *O jeito na cultura jurídica brasileira*, Renovar, Rio de Janeiro, 1998, p. 54.

<sup>237</sup> Referencia al PAC que prevé inversiones de 503,9 mil millones de reales. El programa demuestra la visión estrecha de que importante es el crecimiento de la economía sin consideración de variables relevantes como la protección del ambiente y de los pue-

postura intransigente en defensa de grandes proyectos de desarrollo y desprecio por la protección del medio ambiente y de los Pueblos Indígenas, la ex Ministra Marina Silva fue constreñida a dimitir del Ministerio de Medio Ambiente en 2008<sup>238</sup>. El ejemplo más notorio de esta actitud es la decisión de su gobierno de construir la Planta Hidroeléctrica Belo Monte sin considerar las reivindicaciones de los Pueblos Indígenas del Rio Xingú.

En 1 de abril de 2011, a petición de las Comunidades Indígenas interesadas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó al Gobierno brasileño «suspender inmediatamente el proceso de licencia del proyecto»<sup>239</sup> y «cualquier obra material»<sup>240</sup> para proteger los derechos de los indígenas locales. Además, el gobierno debería celebrar consultas «previas, libres, informadas y culturalmente adecuadas»<sup>241</sup>, permitir el acceso al estudio de impacto social y ambiental del proyecto con traducción a lenguas autóctonas y asegurar la protección de «la vida e integridad personal de los miembros de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario de la cuenca del Xingú»<sup>242</sup>, incluyendo la prevención de enfermedades que podrían surgir por la iniciación de las obras y por el flujo migratorio a la zona.

Posteriormente, la Comisión modificó<sup>243</sup> y amplió las medidas cautelares en base a la información remitida por el Estado brasileño y las organizaciones denunciantes<sup>244</sup>. La Comisión fijó audiencia para que el Estado brasileño explicase el supuesto incumplimiento de las medidas solicitadas para proteger a la población indígena de la región, pero el gobierno no envió representante alguno a esa audiencia. Alegó que las medidas solicitadas fueron aplicadas de acuerdo con el párrafo 3.º del art. 231 de la Constitución Federal, observados todos los aspectos sociales y ambientales, y consideró «las solicitudes de la CIDH precipi-

---

blos indígenas. Cfr. CESAR, Marília de Camargo, *Marina: a vida por uma causa*, Mundo Cristão, São Paulo, 2010, p. 210.

<sup>238</sup> *Ibid.*, p. 218-219.

<sup>239</sup> COMISION IDH, *Caso Belo Monte, Medidas Cautelares otorgadas por la CIDH durante el año 2011*, Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/medidas/2011.sp.htm>, acceso en: 13 dic. 2011, § 3.

<sup>240</sup> *Ibid.*, § 3.

<sup>241</sup> *Ibid.*, medida n. 01.

<sup>242</sup> *Ibid.*, medida n. 03

<sup>243</sup> La Comisión decidió que el debate entre las partes en lo referente a la consulta previa y el consentimiento informado frente al proyecto Belo Monte se ha transformado en una discusión sobre asuntos de fondo que trasciende el ámbito del procedimiento de medidas cautelares.

<sup>244</sup> El 29 de julio de 2011, durante el 142.º Periodo de Sesiones, la CIDH revisó la MC 382/10.

tadas e injustificables»<sup>245</sup>. A pesar de las decisiones de la Comisión, el gobierno autorizó, en junio de 2011, el inicio de la construcción y pasó a tomar represalias contra la Comisión, retirando la candidatura del ex ministro de Derechos Humanos del ex Gobierno Lula al cargo de Comisionado, al mismo tiempo que suspendió las contribuciones a la Organización de los Estados Americanos<sup>246</sup>.

Con relación a la construcción de las grandes plantas hidroeléctricas<sup>247</sup>, la Comisión Mundial de Presas considera que «han causado graves impactos en las vidas, medios de subsistencia, cultura y existencia espiritual de grupos indígenas y tribales»<sup>248</sup>. Asevera que en razón de «la negligencia y falta de capacidad para garantizar la justicia, los grupos indígenas y tribales, por razón de injusticias estructurales, disonancia cultural, discriminación y marginación política, han sufrido de manera desproporcionada los impactos negativos de las grandes presas, además de que a menudo se los ha excluido del reparto de beneficios»<sup>249</sup>.

En materia de protección de los desplazados por presas, Brasil no puede presumir de una decorosa trayectoria histórica<sup>250</sup>. Además de los enormes daños ambientales y sociales, el «Movimiento de los Afectados

---

<sup>245</sup> BRASIL/MINISTÉRIO DE RELAÇÕES EXTERIORES, *Solicitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da OEA*, Press Release n. 142, 05/04/2011 Disponible en: <http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/solicitacao-da-comissao-interamericana-de-direitos-humanos-cidh-da-oea>, acceso en: 13 dic. 2011. Último §.

<sup>246</sup> FRAYSSINET, Fabiana, *Belo Monte marca cambio radical de política exterior*, disponible en: <http://ipsnoticias.net/nota.asp?idnews=99428>, acceso en: 13 dic. 2011.

<sup>247</sup> Para más detalles sobre el tema cfr. ANAYA, James S., *La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica*, Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenos/rapporteur/docs/proyecto-EIDiquis30-5-11.pdf>, acceso en: 13 dic. 2011. En el documento el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas formula una serie de observaciones y recomendaciones acerca de la situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica.

<sup>248</sup> WORLD COMMISSION ON DAMS, *Dams and Development: A New Framework for Decision-Making. The Report of the World Commission on Dams. An Overview*, nov. (2000), disponible en: [http://www.unep.org/dams/WCD/report/WCD\\_DAMS%20report.pdf](http://www.unep.org/dams/WCD/report/WCD_DAMS%20report.pdf), Acceso en: 14 dic. 2011, p. 110. Cfr. también RODOLFO STAVENHAGEN, «Segundo informe: Los proyectos de desarrollo y los derechos de los pueblos indígenas», en *Los pueblos indígenas y sus derechos: Informes Temáticos del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas*, Oficina en México de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), México, D.F., 2003.

<sup>249</sup> WORLD COMMISSION ON DAMS, *Dams and Development... op. cit.*, p. 110.

<sup>250</sup> Cfr. SANTOS, Silvio Coelho, «Lideranças indígenas, indigenismo oficial e destruição florestal: o caso de Ibirama», en MAGALHÃES, Antônio Carlos (ed.), *Sociedades indígenas e transformações ambientais*, Belém, NUMA, 1993.

por Presas de Brasil» contabiliza la expulsión de aproximadamente un millón de personas. Una parte significativa de ellos —indígenas y campesinos— perdieron sus tierras y casas y hoy viven en favelas y en la miseria. Hasta hoy buscan, por intermedio del movimiento, compensación por los daños sufridos<sup>251</sup>.

En casos similares al de Belo Monte, cuando la Corte Interamericana fue instada a resolver conflictos de interés, entre pueblos indígenas y Estado, relativos a grandes proyectos en tierras indígenas, aclaró las reglas generales que las partes deben obedecer para llegar al consenso o al justo equilibrio entre los intereses contrapuestos.

Primeramente, la Corte estimó que las Comunidades Indígenas tienen derecho de propiedad comunal sobre las tierras que habitualmente ocupan y que este derecho está amparado por el art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, a la luz de las obligaciones que los Estados tienen que cumplir, en consonancia con los arts. 1 y 2<sup>252</sup>. En segundo lugar, la Convención permite restringir<sup>253</sup> el derecho de propiedad, a fin de subordinar el uso y disfrute de la propiedad al interés de la sociedad, esto es, al interés común más amplio.

Al interpretar el art. 21 de la Convención que dispone que «la ley podrá subordinar [el] uso y goce de [los bienes] a los intereses de la sociedad», la Corte ha sostenido en varias ocasiones que, de conformidad con esta disposición, «el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática»<sup>254</sup>.

---

<sup>251</sup> MOVIMIENTO DOS ATINGIDOS POR BARRAGENS (MAB), *MAB lança campanha em defesa da Amazônia e das comunidades atingidas pelo Complexo Madeira*, disponible en: [http://www.mabnacional.org.br/menu/rio\\_madeira.html](http://www.mabnacional.org.br/menu/rio_madeira.html), acceso en: 16 dic. 2011.

<sup>252</sup> CORTE IDH, *Comunidad Mayagna...*, *op. cit.*, § 151. Para más detalles cfr. GROSSMAN, Claudio & ANAYA, James S. «EL caso Awas Tingni vs. Nicaragua: un nuevo paso en el Derecho Internacional de los pueblos indígenas», en *El caso Awas Gingni contra Nicaragua: nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Bilbao, Universidad Deusto, 2003.

<sup>253</sup> El art. 29 de la Convención autoriza que, en determinadas situaciones excepcionales, «los Estados Partes limiten el goce y ejercicio de derechos o libertades reconocidos de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados».

<sup>254</sup> CORTE IDH, *Saramaka...*, *op. cit.* § 131. En el mismo sentido los precedentes firmados en el Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, §§ 144-145 citando (*mutatis mutandi*) *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costos. Sentencia de 31 ago. 2004. Serie C N. 111, r. 96*; *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, §. 127*, y *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74. § 155*.

Luego, el Estado podrá restringir los derechos de los Pueblos Indígenas sobre las tierras y los recursos naturales que se encuentren en su territorio, siempre que las limitaciones sean proporcionales a los fines perseguidos e indispensables a la satisfacción del interés común. Respecto a esta cuestión, vale la pena reproducir, *in litteris*, el pronunciamiento de la Corte:

La necesidad de las restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno. La proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido. Finalmente, para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido<sup>255</sup>.

Hay que enfatizar que la restricción a un derecho consagrado a los pueblos indígenas sólo puede ser impuesta cuando otro interés prepondera, rotundamente, sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido y que, al final, la restricción no resulte en denegación de las tradiciones y costumbres indígenas ni ponga en riesgo la supervivencia del pueblo<sup>256</sup>. Como se observa, la Corte admite que el Estado equilibre los derechos indígenas sobre sus tierras con el interés de desarrollo económico del país en situaciones específicas.

Para alcanzar este fin, la Corte establece salvaguardias al procedimiento de restricción de los derechos con objeto de proteger, preservar y garantizar la relación especial que los pueblos indígenas guardan con sus tierras ancestrales y asegurar su supervivencia como pueblo. La premisa esencial para que las restricciones impuestas sean legítimas es que debe haber efectiva participación del pueblo en el plan de desarrollo o

---

<sup>255</sup> CORTE IDH, *Yakye Axa Indigenous Cmty.*, 2005, (ser. C) No. 125, §145, citando (*mutatis mutandi*) Caso Ricardo Canese, § 96; Caso Herrera Ulloa, 181, § 127, y Caso Ivcher Bronstein, § 155.

<sup>256</sup> CORTE IDH, *Saramaka ...*, *op. cit.*, § 128. La Corte cita el caso *Länsman v. Finland*. U.N. Human Rights Comm., *Länsman v. Finland*, § 9.4, Comm. No. 511/1992, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (8 nov 1994), en el cual el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha permitido que los Estados lleven a cabo actividades de desarrollo que limiten los derechos de una minoría cultural, siempre y cuando dicha actividad no extinga por completo el modo de vida del pueblo indígena.

inversión sobre su territorio; reparto de beneficios con el pueblo y estudio previo de impacto ambiental<sup>257</sup>.

El ex Relator de las Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas, Rodolfo Stavenhagen, en su informe sobre el impacto de los principales proyectos de gran escala sobre los derechos de los pueblos indígenas afirma que el consentimiento informado, libre y previo, es esencial a la protección de los derechos indígenas. Además, los beneficios deben ser compartidos de forma mutuamente aceptable, asegurando mecanismos independientes de solución de controversias entre las partes, incluyendo el sector privado<sup>258</sup>. Por lo tanto, el procedimiento de consulta será legítimo cuando obedezca a los principios de la buena fe, de la información adecuada, de la libre participación, de la antelación de la información y del respeto al debido procedimiento legal.

James Anaya, Relator de Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas buscó identificar patrones comunes de problemas que afectan a los pueblos indígenas de todo el mundo, habiendo observado que: «con frecuencia y en situaciones muy diversas los Estados no cumplen debidamente su deber de consultar a los pueblos indígenas acerca de las decisiones que los afectan»<sup>259</sup>. El Relator afirma que, «sin la adhesión de los pueblos indígenas, conseguida mediante consultas en las primeras etapas de la elaboración de las iniciativas gubernamentales, la eficacia de los programas gubernamentales, incluso los que se proponen beneficiar específicamente a los pueblos indígenas, puede verse menoscabada desde el comienzo»<sup>260</sup>. Concluye el Relator, diciendo que «la falta de una consulta apropiada lleva siempre a situaciones conflictivas en que los indígenas manifiestan su cólera y su desconfianza y que, en algunos casos, han degenerado en actos de violencia»<sup>261</sup>.

Las constataciones del Relator describen perfectamente lo que está ocurriendo con la construcción de la presa Belo Monte, observando la

<sup>257</sup> CORTE IDH, *Saramaka...* op. cit., § 129.

<sup>258</sup> UN/ECONOMIC & SOCIAL COUNCIL (ECOSOC)/COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People*, E/CN.4/2003/90 (Jan. 21, 2003) (prepared by Rodolfo Stavenhagen), disponible en: <http://www.galdu.org/govat/doc/g0310544.pdf>, acceso en: 11 dic. 2011, § 66.

<sup>259</sup> ONU/CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, A/HRC/12/34. § 191. Disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a9d1befd.html>, acceso en: 15 dic. 2011. Las citas fueran extraídas del § 36 del documento.

<sup>260</sup> *Ibid.*, § 36.

<sup>261</sup> *Ibid.*, § 36.

vulneración de diversas disposiciones consagradas en instrumentos de derechos humanos. El Convenio n. 169 de la OIT, en su art. 19, establece los contornos normativos del deber de consulta al disponer que: «los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado»<sup>262</sup>. El deber de los Estados de iniciar consultas con los pueblos indígenas sobre decisiones que los afecten está generosamente consagrado en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, específicamente en los arts. 10, 11, 15, 17, 19, 28, 29, 30, 32, 36 y 38.

Al firmar los principales instrumentos de derechos humanos, en el ámbito de Naciones Unidas y de la OEA, Brasil asumió el compromiso con la comunidad internacional de respetarlos. La democracia no es concebible sin el debido respeto por el derecho a la información y participación de los ciudadanos en las decisiones políticas. Aun con más razón en el caso de decisiones que pueden afectar a la supervivencia física y cultural de pueblos históricamente fragilizados. Este derecho les es otorgado por la Constitución, en el § 3.º del art. 231, por el Convenio n. 169 de la OIT, en el art. 6.º, y por la Ley n. 6.001/1973, art. 2.º. Estas normas buscan garantizar que el procedimiento de consulta sea justo y transparente, de modo que las decisiones puedan ser fruto del mayor grado posible de consenso. Fuera de estas coordenadas, las decisiones son ilícitas e ilegítimas.

La construcción de una presa de las dimensiones de la de Belo Monte, en uno de los ecosistemas más frágiles y ricos en biodiversidad del planeta, presenta enormes repercusiones sobre el suelo, la fauna y flora y sobre el futuro de los Pueblos Indígenas que ocupan estas tierras milenariamente. Los aborígenes son merecedores, por su fragilidad cultural y características *sui generis*, de ser informados y participar de las decisiones estatales que afectan o afectarán profundamente a sus derechos a la vida y la supervivencia, según sus costumbres.

Al adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, sin obtener su consentimiento libre, previo e informado, Brasil vulneró el art. 19 de la Declaración de Naciones Unidas, que determina que las consultas con los pueblos indígenas deberán celebrarse «de buena fe» con mira a «obtener su consentimiento libre, previo e informado».<sup>263</sup> En la misma línea, el Convenio n.º 169 de la OIT, art. 6,

---

<sup>262</sup> OIT, *Convenio n. 169... op. cit.*

<sup>263</sup> ONU, *Declaración... op. cit...*

§ 2.º, establece que las consultas deberán celebrarse «con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas»<sup>264</sup>. Según Anaya, no se debe interpretar los mencionados preceptos como un «poder de veto» otorgado a los Pueblos Indígenas con relación a las decisiones que los puedan afectar. Su finalidad es alcanzar el consentimiento, basado en el consenso<sup>265</sup>.

Al determinar que la consulta sea implementada de buena fe se busca evitar las simulaciones o cumplimiento de meras formalidades para revestir el acto de legalidad, como ocurre muy frecuentemente en procesos similares en Brasil. De acuerdo con el Relator de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, la consulta previa debe permitir negociaciones que conduzcan a «acuerdos mutuamente aceptables y se celebren antes de la adopción de las decisiones sobre las medidas propuestas, y no consultas con el carácter de mecanismos para proporcionar a los pueblos indígenas información sobre decisiones que ya se han adoptado o están en proceso de adoptarse, sin permitirles influir verdaderamente en el proceso de adopción de decisiones»<sup>266</sup>.

Obviamente, en los casos relativos a la construcción de gigantescas presas como la de Belo Monte, que inundará cerca de 516 km<sup>2</sup> y afectará tierras de diversas comunidades indígenas conocidas y otras aisladas, las cautelas deben ser dobladas. Para que los indígenas puedan adoptar decisiones libres e informadas es forzoso que reciban información imparcial y lo más completa posible sobre los principales aspectos del proyecto, entre ellas las repercusiones del proyecto sobre los desplazamientos de comunidades, su economía, su entorno, compensaciones, participación de los beneficios y garantías de protección de su cultura y modo tradicional de vivir. En este contexto, vale reproducir, *in litteris*, por su didacticismo, las palabras del Relator de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas al señalar que:

(...) es esencial que el Estado haga estudios sobre el impacto ambiental y social a fin de que se puedan conocer todas las consecuencias que cabe prever. Los grupos indígenas interesados deben conocer esos estudios de impacto en las primeras etapas de las consultas, te-

---

<sup>264</sup> OIT, *Convenio n. 169...* *op. cit.*

<sup>265</sup> ONU/CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Relator Especial ...*, *op. cit.*. Cfr. También PASQUALUCCI, Jo M., «International Indigenous Land Rights: A Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in Light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples», *27 Wis. Int'l L. J.* 51, 90, 2009.

<sup>266</sup> ONU/CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Relator Especial ...*, *op. cit.*, § 46.

ner tiempo suficiente para entender las conclusiones de los estudios y poder presentar sus observaciones y recibir información acerca de cualquier preocupación que planteen. Además, un proceso de consultas basado en el consenso en contextos de esa naturaleza no debe solamente tratar las medidas para mitigar o compensar los efectos perjudiciales del proyecto sino también explorar y encontrar medios de distribución equitativa de los beneficios en un espíritu de verdadera colaboración<sup>267</sup>.

Espíritu de colaboración y paciencia son virtudes escasas en el actual gobierno brasileño. La tónica reinante es maximizar el crecimiento en el menor plazo posible, aunque a expensas del ambiente y de los pueblos indígenas. Por supuesto, para que el estudio de impacto ambiental y social atienda a los requisitos básicos de calidad es necesario tiempo razonable. Las altas esferas del Estado, influenciadas por grandes empresarios brasileños, vienen trabando una verdadera cruzada contra el tiempo, las leyes de protección ambiental y los intereses de los pueblos indígenas.

Para ilustrar el clima imperante, vale decir que el Gobierno Federal, por interferencia directa de la Presidenta, dictó un paquete<sup>268</sup> de normas para reducir el tiempo para la autorización de los proyectos de desarrollo, en algunos de ellos el plazo fue reducido a la mitad. El Código Forestal está siendo reformulado, profundamente, en el sentido de flexibilizar la protección de los bosques en las márgenes de los cursos de agua y de las reservas obligatorias de vegetación nativas de las propiedades rurales. De forma lamentable, el Nuevo Código, aprobado en la Cámara de los Diputados y Senado Federal, concede amnistía a quien taló bosques ilícitamente. La medida beneficiará a varios parlamentarios y empresas que han contribuido con aproximadamente 15 millones de reales, en la elección de 2010, para las campañas de 50 congresistas que participaron en la aprobación del proyecto<sup>269</sup>.

Es cierto que el caso en análisis envuelve materia muy delicada, cuya cuestión esencial aún gira en torno a concepciones superadas de

<sup>267</sup> *Ibid.*, § 53.

<sup>268</sup> En total, el Ministerio de Medio Ambiente dictó, el 28/02/2011, ocho decretos relativos a la construcción de carreteras, puertos, explotación de petróleo y gas, etc. Vide: <http://www.observatorioeco.com.br/infraestrutura-o-que-muda-no-licenciamento-ambiental/>

<sup>269</sup> VAZ, Lúcio, *Código Florestal anistia multas dos doadores de 50 políticos*, disponible en: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/1017696-codigo-florestal-anistia-multas-dos-doadores-de-50-politicos.shtml>, acceso en: 11 ene 2012. La promiscuidad entre política y justicia tiene raíces históricas en Brasil, razón por la cual el país es considerado un paraíso de la impunidad. Para saber más cfr. Rodrigo Rangel & Daniel Pereira, *A festa dos bodes*, Rev. Veja, 25 set. 2011.

la soberanía —muy empleada para justificar violaciones de derechos de los pueblos indígenas— y sobre qué tipo de relaciones mantienen entre sí diversos órdenes jurídicos coexistentes dentro del sistema de protección de derechos humanos. Para arrojar luz sobre esta cuestión puede resultar útil acudir a Gurvitch<sup>270</sup>, que trata del interés común, cuando diversos órdenes de derecho se entrelazan y se superponen.

Según la concepción del citado autor, aplicada, *mutatis mutandis*, al sistema de derechos humanos, cada pueblo indígena (o grupo social distinto del Estado) produce su propio derecho social autónomo, que se integra en la comunidad nacional, que en su conjunto se integra en los sistemas regionales y a su vez en la esfera más amplia de la comunidad internacional, representada por la ONU y sus órganos, como la OIT. Bajo esta óptica, los intereses de cada Pueblo Indígena se integrarían en otro más vasto, el cual en relación con el interés particularista representa el interés común. La idea básica del autor es que «los grupos se van integrando en otros más amplios, hasta llegar a la comunidad internacional, cuyo derecho social expresa, por encima de cualesquiera intereses particularistas, el interés común de la humanidad»<sup>271</sup>.

En apresurada síntesis, el derecho debe servir al interés común y el derecho que sirve al interés común, en sus múltiples aspectos, debe prevalecer jurídicamente sobre el derecho particularista, que es el que sirve a los intereses egoístas de un grupo particular<sup>272</sup>. Luego, si el derecho de un Pueblo Indígena, un derecho social particularista, entra en conflicto con el derecho social común de la comunidad nacional en su conjunto, el derecho del primero debe inclinarse al bien común de la comunidad nacional, que a su vez debe armonizarse con el interés común de la comunidad internacional.

Como fue visto anteriormente, *mutatis mutandis*, el principio del interés común está representado en las disposiciones citadas de la Constitución brasileña, de la Declaración de Naciones Unidas y del Convenio n. 169 de la OIT. Este es el criterio, *mutatis mutandis*, establecido por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para dirimir los conflictos en situaciones equivalentes a la de Belo Monte. Luego, cuando

---

<sup>270</sup> Cfr. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, María Encarnación, *La noción de derecho social en Georges Gurvitch*, Universidad de Valencia, Valencia, 1984 (Tesina de Licenciatura).

<sup>271</sup> FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, María Encarnación, «Derecho social, democracia y pluralismo en G. Gurvitch», en *Sociología y Psicología Jurídicas*, Barcelona, Anuario del Colegio de Abogados, 1987, p. 13.

<sup>272</sup> GURVITCH, Georges, *L' Idée du Droit Social. Notion et Système du Droit Social. Histoire doctrinale depuis le XVIIe siècle jusqu' à la fin du XIXe siècle*, Sirey, Paris, 1933, pp. 47 y 51 y ss.

el interés de determinado Pueblo Indígena entra en colisión con el interés de orden nacional, se debe buscar armonizar los intereses contrapuestos con el principio de la primacía del interés común más amplio, vislumbrado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, resguardando al máximo posible el interés de la parte más frágil, en conformidad con los principios *pro hominis* y de la protección del más vulnerable.

Antes de profundizar en el análisis de la cuestión, hay que partir de dos premisas básicas. En primer lugar, no existe un único orden de derecho, sino variados órdenes jurídicos comunes, cada uno de los cuales representa uno de los diversos aspectos del interés común. En segundo lugar, que el conflicto es inherente a cualquier sistema jurídico, puesto que es imposible eliminar la colisión de intereses de la vida social. En realidad, el denominado interés común es un delicado equilibrio de intereses contrapuestos. Luego, el interés común es simbolizado por un sistema de equilibrios, donde los diversos intereses opuestos —cada uno irreductible y ocupando un lugar específico e insustituible dentro del todo— se concilian y se unen, poniéndose al servicio de una misma totalidad englobante<sup>273</sup>.

Es en el seno del interés común, juego de equilibrio de antinomias irreductibles, que la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos vienen dando extraordinaria contribución, buscando, dentro de la esfera de lo posible, tomar las decisiones que más equilibran los intereses opuestos, con base en el principio del horizonte global más amplio a equilibrar, cuyo norte es la dignidad humana<sup>274</sup>.

En el caso Belo Monte, el interés de los pueblos indígenas en preservar sus tierras y territorios, su economía y sus tradiciones milenarias entraría en colisión con el interés de Brasil que necesita de energía para satisfacer su creciente demanda. En este caso, nada más justo que la conciliación de los intereses opuestos se lleve a cabo sobre la base más englobante en el horizonte de los intereses en juego. A su vez, bajo esta perspectiva, el interés económico, en la esfera nacional, debe conformarse con las premisas básicas de los derechos humanos, que abarca los intereses de los indígenas y el interés de la economía nacional. El equilibrio entre los intereses opuestos de los indígenas y del país representa el interés común que debe ser buscado en conformidad con el derecho nacional y con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al que Brasil voluntariamente se ha adherido. La Constitución de

---

<sup>273</sup> GURVITCH, Georges, *L' idée du Droit social...*, *op. cit.*, pp. 41-42.

<sup>274</sup> Cfr. todos los casos citados en este ensayo todos los cuales caminan en esa dirección.

1988, en su art. 4.º, II, fue la primera de Brasil en establecer la prevalencia de los derechos humanos como principio regente del Estado brasileño en sus relaciones internacionales. Luego, este principio debe orientar la interpretación y aplicación de la Constitución en armonía con el interés común más amplio.

Al firmar los tratados de derechos humanos, los Estados aceptan de forma voluntaria e inequívoca el postulado de la primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre los derechos nacionales. Desde la segunda Guerra Mundial, quedó plasmado que, en materia de derechos humanos, el Estado nacional no tiene preeminencia sobre la comunidad internacional. Cada Estado miembro de la ONU, OEA, Unión Africana y Consejo de Europa, firmaron el compromiso de promover y respetar la dignidad humana, de forma que la expresión de solidaridad de cada comunidad nacional se armonice con la solidaridad universal, representada por la supremacía del Derecho Internacional de los Derechos humanos sobre todos los demás ordenes jurídicos.

Por lo tanto, en las hipótesis de implantación de grandes proyectos de desarrollo, en áreas que puedan afectar significativamente los derechos indígenas, los Estados están obligados a abrir el diálogo con los Pueblos Indígenas para, de buena fe, buscar compromisos que alcancen, en la mayor medida posible, el interés común. Es el norte, que llevado en serio, permitirá superar los modelos históricos de decisiones que resultaron en violencia y etnocidio contra diversos Pueblos Indígenas en todo el planeta, condenándoles al confinamiento, a una vida miserable en favelas o al exterminio.

Los Estados tienen la obligación, en la esfera del Derecho Internacional contemporáneo, de implementar las normas convencionales y consuetudinarias relativas a la protección de los Pueblos Indígenas. El hecho de que el Parlamento brasileño no haya consultado a los pueblos indígenas interesados, antes de aprobar el decreto legislativo de autorización de la construcción de la planta de Belo Monte, y de que el Ejecutivo haya iniciado la obra sin buscar obtener su consentimiento libre, previo e informado, demuestra la postura autoritaria y arbitraria del gobierno. El mal ejemplo, en el contexto latinoamericano, puede causar daño al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Sin embargo, la postura antidemocrática del Estado brasileño lo descalifica para asumir un puesto destacado entre las naciones defensoras de los derechos humanos. A pesar de que el Derecho Internacional incluye un conjunto de normas y procedimientos destinados a proteger a los Pueblos Indígenas, se percibe la urgente necesidad de perfeccionarlo para desafiar el legado histórico de triste memoria y enfrentarse a las fuerzas que continúan vulnerando los derechos de los Pueblos Indígenas.



## Consideraciones finales

En 512 años de existencia, 322 como colonia y 190 como nación independiente, el Estado brasileño nunca ha tenido un plan estratégico para los pueblos indígenas. Actualmente, los paradigmas que orientan las prioridades del gobierno brasileño apuntan hacia una agenda negativa con relación a los derechos de los Pueblos Indígenas. Bajo la óptica preponderante de que los indígenas no constituyen un elemento importante para el desarrollo, más que todo son vistos como un obstáculo. Con el crecimiento acelerado de la economía y la inserción de Brasil en el proceso de globalización, el futuro prelude un nuevo ciclo de rápido etnocidio y proceso de desindianización, especialmente en la Amazonia.

Es notorio que el Estado brasileño está personificado por grupos de poder oligárquicos anti-indígenas, destacadamente los vinculados al agro negocio, a la minería y a la producción y consumo de energía. A pesar de las normas constitucionales protectoras de los indígenas, consideradas punto meritorio del ordenamiento jurídico nacional, la prioridad del Poder Ejecutivo, centrada esencialmente en el crecimiento económico, es la prueba concreta de que no se dispone a aplicarlas seriamente. El caso Belo Monte que se tramita en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos demuestra que Brasil no está dispuesto a permitir que los Pueblos Indígenas tomen parte en las decisiones que afecten su propio destino.

En el contexto de la protección de las tierras y territorios indígenas, el propio Estado se revela el principal incumplidor de las leyes. Durante cinco siglos, las elites dirigentes del país, tanto en tiempo de dictaduras como de democracia, asociadas al gran capital, buscaron impedir las demarcaciones y la protección de las tierras indígenas demarcadas, mediante la implantación de grandes proyectos de desarrollo por grupos económicos poderosos e invasión e intrusión de latifundistas, madereros y *garimpeiros* en sus áreas.

Los «lobbies» de los ruralistas y empresarios, en el Congreso Nacional, asociados con la omisión e indiferencia del Poder Ejecutivo, potenciados por la morosidad del Poder Judicial y su actuación, históricamente contraria a los intereses de los Pueblos Indígenas, explican por qué hasta hoy, en frontal violación a la Constitución, Brasil no ha concluido la demarcación de las tierras indígenas.

La dignidad humana, enaltecida a condición de fundamento primero del Estado brasileño<sup>275</sup>, debe ser el valor-fuente que debe determinar la actuación de todos los poderes públicos que componen la República Federativa de Brasil. La carencia de recursos no puede servir de pretexto para justificar la inobservancia, por parte del Estado, de la Constitución y de los tratados de derechos humanos. Lo que falta es voluntad política para cumplirlos. Sin la adopción de políticas públicas coherentes con los presupuestos consagrados en la Constitución y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no se romperá el círculo vicioso de aumento de la extrema concentración de riquezas en manos de pocos y segregación y eliminación de las minorías indígenas.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sus instituciones no ignoran la necesidad de generar energía para satisfacer la creciente demanda de la economía nacional. No obstante, los proyectos y las actividades económicas, en tierras indígenas, deben generar mejores niveles de vida para los nativos. Brasil no ha aprendido las lecciones de la historia y está repitiendo los mismos errores de la dictadura militar al aumentar la oferta energética a costa de la miseria y sufrimiento de pueblos históricamente muy vulnerables ante la sociedad dominante.

Por fin, es necesario combatir, vigorosamente, los discursos defensores de una visión de mundo según la cual los aborígenes representan el atraso u obstáculo al progreso. Es moral y jurídicamente abominable que ciertos gobernantes aún esgriman estos argumentos a pretexto de acelerar el crecimiento económico, ignorando los intereses de los Pueblos Indígenas y la esfera superior y más amplia del respeto a los derechos humanos.

---

<sup>275</sup> BRASIL, Constitución Federal... *op. cit.*, art. 1.º, III.

# Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 79

Contemporáneamente el Estado brasileño está personificado por grupos de poder oligárquicos anti-indígenas, destacadamente los vinculados al agro-negocio, a la minería y a la producción y consumo de energía. Las normas constitucionales protectoras de los indígenas, consideradas punto meritorio del ordenamiento jurídico nacional, están seriamente amenazadas por el grupo parlamentario «bancada ruralista» del Congreso Nacional. La prioridad del Poder Ejecutivo está centrada en el crecimiento económico a cualquier precio. El discurso de las elites dirigentes brasileñas contrarias a los intereses indígenas y la implantación de la hidroeléctrica de Belo Monte (Amazonia) sin obtener el consentimiento libre, previo e informado de diversos grupos étnicos nativos, demuestran la postura autoritaria y arbitraria de las fuerzas anti-indígenas que dominan el Estado brasileño.

**Edson Ferreira de Carvalho.** Magister en Derechos Humanos, Paz y Desarrollo Sostenible por la Universidad de Valencia, Post-Doctor (University of Notre Dame-USA), profesor de la Universidad Federal de Viçosa y del Máster en Derecho Ambiental y Políticas Públicas de la Universidad Federal del Estado de Amapá. Miembro de la Academia de Letras del Estado Acre. Especialista en Administración Universitaria (Canadá) y en Derechos Humanos en la Universidad para la Paz de Naciones Unidas (Japón). Ha recibido el premio internacional Gilles Boulet, de la Inter-American Organization for Higher Education (Canadá). Fue también Vice-Rector de la Universidad Federal de Acre, Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Acre y Presidente del Instituto de la Biodiversidad de la Amazonia Occidental.

**Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez.** Profesora titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Valencia. Acreditada como catedrático. Directora del Máster Universitario en Derechos humanos, Paz y Desarrollo sostenible de la Universidad de Valencia. Autora de diversos artículos, capítulos de libros y libros, entre ellos *Igualdad y Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003; *¿Estados fallidos o Estados en crisis?*, Comares, Granada, 2009; y *De Vitoria a Libia: reflexiones en torno a la responsabilidad de proteger*, Comares, Granada, 2013.



**Deusto**  
Publicaciones  
Universidad de Deusto



**EUSKO JAURLARITZA**  
**GOBIERNO VASCO**

**LEHENDAKARITZA**  
Ekoizpena eta Enplegarako  
Idazkaritza Nagusia  
Biktimen eta Giza Eskubideen Zuzendaritza

**PRESIDENCIA**  
Secretaría General para la Paz  
y la Convivencia  
Dirección de Víctimas y Derechos Humanos