

# La inconstitucionalidad del Proyecto Enmienda Constitucional nº 215/2000 frente a los derechos de los pueblos indígenas

*A inconstitucionalidade do Projeto de Emenda Constitucional  
nº 215/2000 frente aos direitos dos povos indígenas*

*The unconstitutionality of the Constitutional Amendment  
Project no. 215/2000 against the rights of the indigenous  
peoples*

Vivianny Galvão\*

*Centro Universitário Tiradentes, Maceió – AL, Brasil*

Robiane Karoline Menezes de Lima Santo\*\*

*Universidade do Minho, Braga – Portugal*

## 1. Consideraciones iniciales

El estudio del proceso de colonización en las Américas demuestra que los indios representaron a los protagonistas iniciales de la historia local, donde, antes incluso de la ocupación colonizadora, desarrollaban sus actividades de subsistencia y tradicionales rituales.

Con las misiones civilizatorias del Viejo Mundo, los indios pasaron por largos periodos de aculturación, de esclavitud y de exterminio, momento en que fueron encuadrados como malvados salvajes y discriminados por

---

\* Professora do Programa de Pós-graduação em Sociedade, Tecnologias e Políticas Públicas (SOTEPP). Professora de direito internacional e direitos humanos no Centro Universitário Tiradentes (UNIT/AL). Doutora em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. E-mail: viviannygalvao@hotmail.com

\*\* Doutoranda em Sociologia pela Universidade do Minho (Portugal). Membro do Núcleo de Estudantes do Doutorado em Sociologia da Universidade do Minho (NEDSUMinho). Mestre em Sociedade, Tecnologias e Políticas Públicas pelo Centro Universitário Tiradentes (UNIT/AL). Advogada OAB Alagoas. E-mail: robianekaroline@hotmail.com.

rechazar la cultura occidental, contexto que fue, poco a poco, siendo modificado, aún existen restos de segregación. De este modo, son pocos los que plantean argumentos para apartar la afirmación de que hay una deuda histórica con los pueblos indígenas.

El presente artículo aborda la temática del reconocimiento de los derechos indígenas, más específicamente, la inconstitucionalidad del Proyecto de Enmienda Constitucional n. 215 de 2000 frente a diversas conquistas ya formalmente previstas en la Ley Mayor y entendidas como derechos fundamentales. El núcleo de la discusión es el vicio contenido en la propuesta, o mejor, varios vicios, pues las justificaciones presentadas no corresponden a los derechos indígenas asegurados como cláusulas pétreas. Se dice, protegidos de cualquier intento de reforma nociva al derecho adquirido.

Para iniciar, se expondrá la evolución del reconocimiento de los derechos indigenistas en el ámbito internacional – global y regional –, ya sea en el ámbito del derecho interno, así como la delimitación de conceptos relevantes al capítulo. A continuación, se abordarán consideraciones sobre las tierras indígenas y su demarcación. Por último, la justificación de la propuesta será desconstruida con el objetivo de detallar su inconstitucionalidad.

Finalmente, la metodología utilizada en el análisis de la inconstitucionalidad fue la investigación bibliográfica, enriquecida con el examen de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal y documentos internacionales.

## 2. Las perspectivas del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas

El movimiento de reconocimiento de los derechos puede ser analizado en obras notables como la “Afirmación Histórica de los Derechos Humanos”, de Fábio Konder Comparato, y la “Era de los Derechos”, de Norberto Bobbio, por ejemplo. Aunque este proceso de reconocimiento parece agotado, basta comprobar en las legislaciones internacionales y estatales la gran cantidad de derechos subjetivos positivos, ciertos grupos considerados minoritarios todavía pleitean la protección de sus derechos específicos en la expresión de la ley. De esta forma, es importante analizar cómo ocurrió ese reconocimiento en las órdenes internacionales e interna.

## 2.1 En el orden internacional global

Los primeros estudios de extensión global sobre la cuestión indígena empezaron en 1949 por la Organización Internacional del Trabajo. Estos estudios acarrearón en la adopción del Convenio n. 107 de la OIT, en 1957, por 27 países, incluido Brasil, cuya redacción idealizó el retorno de las desigualdades así como el progreso del reconocimiento de la cultura indigenista.

Si, por un lado, esta Convención logró éxito en reconocer el derecho de propiedad de esas minorías sobre las tierras, por otro, fue objeto de críticas, entre las cuales la relación conceptual establecida nítidamente entre las poblaciones tribales y semitribales y una etapa menos adelantada social y económicamente cuando se compara a la comunidad nacional<sup>1</sup>, lo que llevó al Convenio n. 169 de la OIT. Este fue el primer instrumento internacional en hacer referencia al término “pueblos indígenas”<sup>2</sup> en sustitución de “poblaciones indígenas”. Norbert Rouland, al exponer que la existencia de un derecho no deriva de la utilización o no de un determinado término, considera que este obstáculo conceptual es jurídicamente innecesario<sup>3</sup>. Así, la utilización del término pueblo, caracteriza a los indígenas como un grupo con desarrollo cultural y tradiciones singulares.

Sin embargo, con el uso de “pueblos indígenas”, la Convención 169 no apuntó una concepción específica para este término, empleando el criterio de autodefinición, cuya conciencia de la identidad indígena es el elemento determinante, o sea, no estableció una definición única y universal.<sup>4</sup>

El Convenio n. 169 es un hito en el intento de balizar los intereses estatales desarrollistas y la preservación de los derechos indígenas sobre las tierras que ocupan. El texto del tratado es compatible con las críticas de Amartya Sen al desarrollo visto exclusivamente como crecimiento económico. En este caso, el escenario es aún más emblemático porque muchas veces la actividad minera implica la privación de las libertades fundamentales de esas minorías en nombre de un “desarrollo” que sólo

---

1 Convenio nº 107 de la OIT – Art. 1, inciso 1, letra “a”.

2 El texto del Convenio n. 169 de la OIT describe claramente “la utilización del término *pueblos* en el presente Convenio no se debe interpretar en el sentido de tener implicación alguna en lo que se refiere a los derechos que pueden conferirse a ese término en el derecho internacional” (Art. 3º).

3 ROULAND, 2004.

4 *Apud* SALMÓN, 2011, p. 179.

traerá beneficios a una capa específica y reducida de la población. No hay desarrollo con el aplastamiento de las libertades fundadoras de la población, en especial, de las minorías que muchas veces no logran participar más efectivamente del proceso democrático nacional por falta de representación. En Brasil, por ejemplo, la participación de indígenas en la vida política nacional (es decir, fuera de su territorio demarcado) impone que abandone la tutela de la Funai (Fundación Nacional del Indio). Hay, por lo tanto, un cambio en el status jurídico que puede abarcar cuestiones más complejas relativas a la pertenencia al pueblo.

En cualquier caso, el Convenio n. 169 reconoce las aspiraciones de los pueblos en el sentido de asumir el control de sus propias instituciones, modelo de vida y desarrollo económico. De un modelo general, la Convención impone a los Estados signatarios el respeto y la protección de las libertades políticas de los pueblos, ampliando las formas de participación en las cuestiones relativas a sus intereses, en especial en el uso y la explotación de las tierras que ocupan. El libre consentimiento pasa a formar parte del concepto de autodeterminación. De todos los medios de defensa de los derechos de los pueblos indígenas y tribales disponibles del Convenio n. 169, el mecanismo de la consulta previa es, sin duda, el más emblemático. Representa la realización de los derechos de las minorías (derecho a la diferencia) en el contexto del fortalecimiento del principio democrático.

El sistema interamericano de derechos humanos tiene precedente (Sarayakuvs, Ecuador) en el sentido de determinar que el Estado vinculado a la Corte de San José anule las autorizaciones concedidas a la actividad exploratoria de las tierras indígenas que no hayan sido precedidas de consulta previa a los pueblos interesados. El Convenio n. 169 tiene, por lo tanto, un gran impacto en el análisis de esas actividades en América Latina debido a los mecanismos de fiscalización y de sanción creados directa e indirectamente por ella. Ante ello, vale la pena saber un poco más de los Estados americanos que están vinculados a la referida Convención, conforme la tabla abajo.

Estado <sup>5</sup>	Convenio n. 169 en vigor desde	Referencia a la consulta en la legislación interna
<b>Norte América</b>		
México	05 de septiembre de 1990	<p>Constitución Política de los Estados Unidos, Título Primero, Capítulo 1, artículo 2.B.IX); <i>Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas</i>, de 21 de mayo de 2003, <i>Ley de Planificación</i>, de 13 de junio de 2003; La <i>Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas</i>, de 13 de marzo de 2003. De la misma manera, varios Estados de México promulgaron normas que se refieren a la consulta previa: <i>Ley de Consulta Indígena para el Estado y Municipios de San Luis Potosí</i>, de 8 de julio de 2010; <i>Ley de Derechos, Cultura y Organización de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Campeche</i>, de 15 de junio de 2000; <i>Ley General de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Durango</i>, de 22 de julio de 2007; <i>Ley de Derechos y Cultura de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Querétaro</i>, de 24 de julio de 2009; <i>Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Chiapas</i>, de 29 de julio de 1999; <i>Reglamento de la Ley de Derechos, Cultura y Desarrollo de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Puebla</i>, de 22 de julio de 2011; <i>Ley de Fomento y Desarrollo de los Derechos y Cultura de las Comunidades y Pueblos Indígenas del Estado de Morelos</i>, de 18 de enero de 2012; <i>Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Nayarit</i>, de 18 de diciembre de 2004; <i>Ley Reguladora del Artículo 9º de la Constitución Política del Estado, sobre los Derechos y la Cultura Indígena</i>, de 13 de septiembre de 2003; Constitución Política del Estado Libre y Soberano de San Luis Potosí, del 11 de julio de 2003; <i>Ley de Derechos y Culturas Indígenas para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave</i>, de 3 de noviembre de 2010; <i>Ley sobre los Derechos y el Desarrollo de los Pueblos y de las Comunidades Indígenas del Estado de Jalisco</i>, de 11 de enero de 2007; <i>Ley General de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Durango</i>, de 22 de julio de 2007; <i>Ley N° 701 de Reconocimiento, Derechos y Cultura de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Guerrero</i>, de 8 de abril de 2011; <i>Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Baja California</i>, de 26 de octubre de 2007; Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chihuahua, artículo 64; Constitución Política del Estado de Durango, de 22 de febrero de 2004; Constitución Política del Libre y Soberano Estado de Jalisco, de 29 de abril de 2004; <i>Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de México</i>, de 10 de septiembre de 2002; Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla, de 10 de diciembre de 2004; y <i>Ley de Derechos, Cultura y Organización Indígena del Estado de Quintana Roo, de 20 de noviembre de 1996</i>.</p>

5 Cuadro creado por las autoras con informaciones recogidas en el sitio de la OIT y en la sentencia de la CoIDH en el caso Sarayaku vs. Ecuador.

<b>América Central</b>		
Costa Rica	02 de abril de 1993	No hay referencia
República Dominicana	25 de junio de 2002	No hay referencia
Guatemala	05 de junio de 1996	No hay referencia
Honduras	28 de marzo de 1995	No hay referencia
Nicaragua	25 de agosto de 2010	Constitución Política de la República de Nicaragua. Título IV: Derechos, Deberes y Garantías del Pueblo Nicaragüense, Capítulo VI: Derechos de las comunidades de la Costa Atlántica, artículo 89; <i>Ley del régimen de propiedad comunal de los Pueblos indígenas y comunidades étnicas de las regiones autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz</i>
<b>América del Sur</b>		
Argentina	03 de julio de 2000	Constitución Nacional de la República Argentina, de 1994, en el artículo 75.17
Bolivia	11 de diciembre de 1991	La Constitución Política del Estado, de 7 de febrero de 2009, reconoce el derecho de los pueblos indígenas de ser consultados (artículo 30.II.15)
Brasil	25 julio 2002	No hay referencia
Chile	15 de septiembre de 2008	Artículo 34 de la <i>Ley Indígena</i> no 19.253, de 1993
Colombia	07 agosto 1991	La Constitución Política de Colombia dispone, en el párrafo del artículo 330; <i>Ley General Ambiental de Colombia</i> , Ley no 99, de 1993
Ecuador	15 mayo 1998	No hay referencia
Paraguay	10 agosto de 1993	Artículo 64 de la Constitución Política de Paraguay, de 1992
Perú	02 febrero de 1994	Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocida en la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 2011
Venezuela	22 mayo de 2002	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 1999, dispone, en su artículo 120; y el artículo 11 de la <i>Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas</i> , de 8 de diciembre de 2005

Cabe mencionar que el derecho de las minorías no puede ser confundido con la protección dada a los vulnerables. Aunque las categorías pueden presentar intersecciones, mientras que los vulnerables pleitean la realización del derecho a la igualdad, las minorías pautan sus demandas por el derecho a la diferencia cultural. Con la lectura del concepto esbozado por James Anaya<sup>6</sup>, es posible verificar dos elementos determinantes, a saber, el vínculo con la tierra y la preservación de la diversidad cultural:

Ellos son indígenas porque sus raíces ancestrales se encuentran clavadas en las tierras sobre las que viven, o sobre las que les gustaría vivir, mucho más profundamente que las raíces de sectores más fuertes de la sociedad que vive en las mismas tierras o muy próximos. Son pueblos que comprenden comunidades distintas con una continuidad en cuanto a su existencia e identidad que les une a las comunidades, tribus o naciones de su pasado ancestral.

En el escenario del orden global, hay que hacer mención al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, verdaderos instrumentos de consolidación de los derechos indigenistas, ya que permitieron la rendición de cuentas internacional en caso de violación.

Al clasificar a los indios en la categoría de las minorías<sup>7</sup>, se hace necesario citar la redacción del art. 27 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, que es preciso al aducir la actuación negativa<sup>8</sup> del Estado con relación a tales grupos:

---

6 ANAYA *apud* SALMÓN, 2011, p. 180.

7 “La descripción más habitual de una minoría en un Estado determinado puede resumirse como un grupo no dominante de individuos que comparten ciertas características nacionales, étnicas, religiosas o lingüísticas, diferentes de las características de la mayoría de la población. Además, se ha defendido que la utilización de una autodefinition, identificada como “la voluntad de los miembros de los grupos en cuestión de preservar sus propias características” y de ser aceptados como parte de esos grupos por los demás miembros, junto con determinados requisitos concretos y objetivos, puede ser una opción viable” (Ficha Informativa Sobre Derechos Humanos nº18| Rev. 1 *apud* “Estudio de los Derechos de Personas pertenecientes a minorías Étnicas, Religiosas y lingüísticas”, Vol. 5 de la serie de estudios, p. 96).

8 Para Flávia Piovesan: “Cabe subrayar que tanto los derechos sociales, económicos y culturales como los derechos civiles y políticos, demandan del Estado prestaciones positivas y negativas, siendo equivocada la simplista visión de que los derechos sociales, económicos y culturales sólo demandan prestaciones positivas, mientras que los derechos civiles y políticos demandarían prestaciones negativas, o la mera abstención estatal.” (PIOVESAN, 2013).

En los Estados en que haya minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, las personas pertenecientes a esas minorías no podrán ser privadas del derecho de tener, junto con otros miembros de su grupo, su propia vida cultural, de profesar y practicar su propia religión y usar su propia religión propia lengua<sup>9</sup>.

Este dispositivo está limitado en su alcance debido al trato individual de los derechos humanos y al no establecimiento de medidas garantizadas del goce de esos derechos. Además, junto con las demás disposiciones internacionales, el art. 27 es deficiente en la concepción de “minorías”, reconociendo que las “personas pertenecientes a esas minorías” no tendrán sus derechos negados<sup>10</sup>. Por este lapso, el trabajo de la Subcomisión para la prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías – Órgano subsidiario a la Comisión de Derechos Humanos (CDH) – culminó en la Declaración de los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas, legitimó expresamente la actuación estatal para adoptar medidas en favor del goce de los derechos y perpetuación del desarrollo de la cultura, tradiciones y costumbres, con la salvedad de las prácticas violadoras de la norma interna e internacional<sup>11</sup>, o sea, pasó a prever la actuación positiva del Estado. Sin embargo, la relevante concepción de dichas minorías continuó vaga. Ante esta coyuntura, Stavenhagen reportó a las palabras de Francesco Capotorti<sup>12</sup> para demostrar una definición de “minorías”<sup>13</sup> aceptada por la mayoría doctrinal:

Un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, en posición no dominante, cuyos miembros – naturales del Estado – presentan desde el punto de vista étnico, religioso o lingüístico, características que difieren de las del resto de la población y manifiestan, aún cuando no sea más que de manera implícita, un sentimiento de solidaridad, con el fin de preservar sus culturas, sus tradiciones, su religión o su lengua.

---

9 Pacto Internacional sobre Derecho Civiles y Políticos – Art. 27.

10 STAVENHAGEN, 1998, p. 91.

11 Declaración de los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas - Art. 4

12 Francesco Capotorti fue relator especial de la Subcomisión para la prevención de la discriminación y protección de las minorías.

13 CAPOTORTI *apud* SALMÓN, 2011, p. 186.



El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 1, dispuso expresamente el derecho de autodeterminación de los pueblos, lo que resguardó el ejercicio de pleno derecho al desarrollo social, cultural y económico de los pueblos indígenas y sus tierras, se trata, derecho fundamental a la preservación de la tradición cultural.

Después de casi veinte años sufriendo diversas alteraciones desde la redacción original, la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas fue aprobada en 2007 después de 143 votos a favor en la Asamblea General, incluido Brasil. En cambio, Estados Unidos, Canadá y Australia votaron en contra del ascenso del reconocimiento.

## 2.2 En el orden internacional regional

En la perspectiva internacional, en este momento, a nivel regional, se vislumbra el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, creación de la Organización de los Estados Americanos (1948) y compuesto por dos instrumentos – Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y La Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José 1969) – de suma importancia a la temática aquí expuesta, en la medida en que, aunque la ausencia de previsión peculiar a los pueblos indígenas, revelan el carácter universal de los derechos humanos, lo que engloba el derecho indigenista a la tierra .

En paralelo y aún en proceso de elaboración, el proyecto de Declaración Interamericana sobre Derechos de los Indios sugiere un poder de veto de las poblaciones indígenas sobre acciones que interfieran en sus tierras. En contrapartida, el Convenio n. 169 de la OIT establece que el deber de consulta previa es una obligación del Estado de preguntar, de manera respetuosa y adecuada, la opinión de los pueblos indígenas sobre las decisiones capaces de afectarlos.

Por lo tanto, se percibe que, bajo la influencia del reconocimiento de los derechos de las minorías y el principio de la no discriminación, el Proyecto de Declaración Interamericana sobre Derechos de los Indios avanzó en lo tocante al poder de participación de la comunidad indígena en decisiones que puedan afectarlas. Claudio Nash<sup>14</sup> comenta la evolución del trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

---

14 NASH *apud* SALMÓN, 2011, p.183.

En la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podemos distinguir diversas etapas respecto de la cuestión indígena. Una primera etapa está vinculada a la protección de los indígenas en cuanto a individuos vulnerables; una segunda, incorpora la idea de derechos dignos de especial protección, centrados en la Idea de igualdad y no discriminación y en la doctrina elaborada internacionalmente sobre minorías; la última etapa, basada en un enfoque de derechos, considerando a los indígenas como titulares plenos y en ciertos aspectos con protección especial en el goce y ejercicio de ciertos derechos.

Por lo tanto, se puede afirmar que, en términos de reconocimiento, la evolución en el ámbito regional configuró un marco histórico, ya que consolidó la singular universalidad de los derechos indígenas, lo que restó corroborado en el sistema jurídico brasileño como se observará a continuación.

### 2.3 En el ordenamiento patrio

Inicialmente, vale observar que, hasta 1988, las constituciones fueron omitidas en cuanto al tema de la protección de las minorías, hecho que revela el carácter individual en la protección de los derechos. Utilizando el término “silvícolas”, la Constitución de 1934 fue la primera Constitución a mencionar a los indios<sup>15</sup>. El respeto a la posesión de las tierras donde se encontraban fue la única garantía a estos pueblos asegurada hasta 1988, o sea, ya se vislumbraba el llamado derecho originario a las tierras a ser detallado más adelante.

Siguiendo la indeterminación conceptual verificada en los documentos internacionales, la Constitución ciudadana (1988) no define minorías ni siquiera pueblos indígenas. Sin embargo, este grupo minoritario es citado en una serie de dispositivos que revelan la protección de sus manifestaciones culturales; aseguran la organización social, las costumbres, las lenguas, las creencias y las tradiciones indígenas, incluso sus tierras; la competencia privativa de la Unión para legislar sobre poblaciones indígenas; la competencia de la Justicia Federal para juzgar casos involucrando derechos indígenas; y la competencia del Ministerio Público para defender

---

15 Mención mantenida por las Constituciones de 1934, 1946 y 1967.

judicialmente los derechos e intereses de esas comunidades<sup>16</sup>. Se registra que algunos de esos derechos fueron incorporados por la idea ya traída por la Convención n. 169 de la OIT (1998), aunque ésta fue incorporada por el Estado brasileño sólo en 2004 con el Decreto n. 5.051.

Como se ha dicho, la no precisión de un concepto de “minorías” en el ordenamiento patronal encamina, una vez más, al enfoque doctrinal. A diferencia de la perspectiva numérica<sup>17</sup> adoptada en el concepto de Francesco Capotorti, Carmen Lúcia expresa el sentido de “minorías” como grupos sin voz y vez, pues les son negados derechos, se leen derechos formalmente establecidos, en razón de la discriminación:

[...] no se toma la expresión minoría en el sentido cuantitativo, sino en el de cualificación jurídica de los grupos contemplados o aceptados con un cabal inferior de derechos, efectivamente asegurados, que otros que detentan el poder. En realidad, la minoría, en el derecho democráticamente concebido y practicado, tendría que representar el número menor de personas, ya que la mayoría es la base de ciudadanos que comprenda el mayor número tomado de la totalidad de los miembros de la sociedad política. Sin embargo, la mayoría es determinada por aquel que detiene el poder político, económico e incluso social en determinada base de investigación. [...]. Así, el caso de los negros y mujeres en Brasil, que son tenidos por minorías, pero que representan mayor número de personas en la globalidad de los que componen la sociedad brasileña<sup>18</sup>.

En el momento en que se refiere al derecho originario a las tierras ocupadas por los indios, éste fue reconocido por el Derecho brasileño a mediados del siglo XIX, por medio del instituto del indigenato, compuesto por el Alvará Régio de 1680 y Ley de 06 de junio de 1755, ambos editados por la Corona Portuguesa en los siglos XVII y XVIII, respectivamente.

En el marco de la Ley de Tierras de 1850, en el Decreto n. 1.318 de 1854 (regulador de la Ley de Tierras), en el Estatuto del Indio (Ley n. 6.001 de 1973) y luego en las Constituciones de 1934, 1937, después del

---

16 CRFB, Artículos 215, 22, inciso XIV, 109, inciso XI, 129, inciso V, 231 y 232.

17 Además del elemento numérico (grupo numéricamente inferior), Francesco Capotorti utiliza el criterio de la subordinación (grupo no dominante) y la preservación de las características étnicas, religiosas y lingüísticas.

18 ROCHA, 1996, p. 285.

período de colonización, dicho derecho se mantuvo consagrado en la Ley de Tierras de 1850, 1946 y 1988.

Aunque el derecho originario a las tierras ocupadas por los indios fue previsto antes incluso de la primera Constitución, la Carta de 1988 fue divisoria de aguas por reconocer el carácter permanente<sup>19</sup> de tal derecho, además de consagrar claramente la diferencia cultural existente y el derecho de perpetuar sus costumbres, tradiciones y creencias. En ese sentido, puntualiza María Stella Ferreira Levy<sup>20</sup>:

[...] rompiendo una tradición de leyes que vienen, desde 1500, más desprotegiendo que protegiendo a los pueblos indígenas, probablemente sólo pudieron ocurrir por estar en una nueva era relativa a los derechos, de la que forma parte la ideología presente en el Estado de Derecho que, en tesis, privilegia cuestiones como el diálogo y el pluralismo.

En 1910, en el centro de un embate entre los que declinaban por el entendimiento y respeto al espacio indígena y aquellos que defendían el exterminio de los indios resistentes al avance del proceso de colonización, se creó el Servicio de Protección del Indio (SPI) Decreto n° 8.072. Una verdadera incoherencia a la propia nomenclatura establecida, el órgano no pretendía proteger a los indios, sus tierras, sus costumbres, tradiciones y creencias. A diferencia de la Constitución de 1988, el SPI sostenía la idea de indiferencia e integracionismo del indígena, estimulando su occidentalización, pues entendía transitoria la calidad de ser indio. Fue el aspecto más criticado hasta su sustitución por la Fundación Nacional del Indio (Funai), en 1967.

En el mismo año de creación de la Funai, la Constitución de 1967 atribuyó a la Unión la propiedad de las tierras indígenas, así como aseguró la posesión permanente de las tierras por ellos habitadas. Estas conquistas fueron mantenidas por la Enmienda Constitucional n° 1 de 1969, añadiendo sólo la garantía de inalienabilidad de tales tierras.

El Estatuto del Indio fue un marco para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, pues, entre otros avances, confería legitimidad al Ministerio Público Federal para promover la defensa de los indios

---

19 Constitución Federal de 1988 – Art. 231, §1º.

20 LEVY, 2009, p. 503.

y sus derechos, avance este corroborado por la Constitución de 1988<sup>21</sup> y, por lo tanto, la mayor eficacia, en razón de ser norma constitucional<sup>22</sup>. En 1988, la garantía de la posesión fue enfatizada en el art. 231 de la Magna Carta, disponiendo que las tierras indígenas son inalienables e indisponibles y los derechos sobre ellas, imprescriptibles. Por lo tanto, son tierras no pasibles de usucapión ya pesar de titular de la propiedad, la Unión no puede vender ni donar las tierras indígenas en razón del carácter permanente de la posesión.

El Supremo Tribunal Federal se enfrentó por primera vez con un embate sobre las tierras indígenas, específicamente demarcación continua de la tierra indígena Raposa Serra do Sol<sup>23</sup> (Petición n. 3.388 en Acción popular), ubicada en Roraima, región que fue conocida de cerca por los Ministros Gilmar Mendes, Carmen Lúcia y Carlos Ayres Britto, lo que demuestra la relevancia de la materia.

En la ocasión, por un lado, figuraron los granjeros, representantes del Estado de Roraima y el Senador Mozarildo Cavalcanti (contrarios a la demarcación continua); de otro, representantes del MPF, de la Funai y de la AGU, además de la representante de los pueblos indígenas de la región, la abogada indígena Joena Wapixana<sup>24</sup>. La decisión favorable del Supremo Tribunal Federal a la demarcación continua reconoció la legalidad de la demarcación del área protagonista del debate, alejó la idea de que la demarcación de TI amenaza el principio de la federación y la soberanía nacional, así como demostró que sería una afrenta a la constitución permitir que los dichos no indígenas ocuparan las tierras reconocidas como indígenas, lo que ocurriría si la referida Corte entendiera por la demarcación en “islas”.

Vale la pena, que la decisión sustituyó a la teoría del indigenato – no es posible definir la fecha de inicio de la posesión de TI, pues es permanente/inmemorial<sup>25</sup> – por la teoría del hecho indígena. Con la sustitución, verdadero retroceso, el STF entendió que la fecha de inicio del derecho de posesión de los indígenas es el 5 de octubre de 1988 (promulgación de la

---

21 Constitución Federal de 1988 – Art. 232 y Estatuto del Indio - Art. 37.

22 DALLARI, 1991. p. 319.

23 Se registra que el área fue identificada por la Funai en 1993 y después de cumplir el rito procedimental, la demarcación fue administrativamente concluida en 2005. Disponible en: <<http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa>>. Acceso en: Ene. de 2016.

24 YAMADA; VILLARES, 2010, p. 144.

25 SIMONI, 2009, p. 41.

Constitución Federal). Controversialmente, el propio STF se había posicionado en el sentido de reconocer la ocupación anterior a la CF/88 (Recurso Extraordinario n. 416.144-3)<sup>26</sup>:

EL SEÑOR MINISTRO GILMAR MENDES – Sr. Presidente, se trata de un caso interesante, que habla un poco de nuestra experiencia en este tema, que ya se arrastra, creo, desde la Constitución de 1891. Creo que es pacífico, incluso entre los estudiosos del tema, que el artículo 64 de la Constitución de 1891, al deferir a los Estados las llamadas “tierras devueltas”, por lo menos eso resulta de los estudios del célebre João Mendes, no habría repasado aquellas tierras destinadas al indigenato. Después el texto de 1934, más específicamente el texto de 1946, después 1967, 1969, y, finalmente, el texto de 1988, todos ellos enfatizaron el valor de la posesión indígena, incluso los últimos enfatizando la propiedad de la Unión y el usufructo a favor de los ciudadanos indígenas. Es cierto, también, esto es algo pacífico, que eventual alejamiento o expulsión de los indios de las tierras a ellos destinados, o por ellos ocupados, no constituía *modus operandi o faciendi* para la eliminación de la propiedad – eso, me parece, implícito, incluso, en la discusión. De modo que la Unión seguía siendo propietaria de esas tierras. También no me parece suficiente, para apartar la discusión que aquí se enceta y se plantea, la invocación de aquellas famosas certificaciones de la Funai sobre la no ocupación de esas tierras por los indios. [...] Entonces, como bien demostrado por la eminente Relatora, no es de eso que se cuida. En 1998, se hizo la definición en cuanto a la demarcación de esas tierras y, desde entonces, se arrastra las discusiones con sucesivas medidas de efecto suspensivo. Esto trata un poco, también, de nuestra historia e incluso, sobre el Judicial y la propia Administración, que parecen trabajar un poco con el paradigma de la eternidad. Tema como este acaba por quedar indefinido.

La decisión demuestra claramente que el reconocimiento de los derechos indígenas ocurrió antes de la Carta de 1988, más específicamente, el derecho originario a la tenencia de tierras tradicionalmente ocupadas por dichos pueblos. Fueron conquistas graduales y sucesivas que culminaron con carácter de norma constitucional bajo protección del instituto de las cláusulas pétreas.

---

<sup>26</sup> Apud YAMADA; VILLARES, 2010, p. 150.

### 3. Las tierras indígenas y su demarcación

Conforme a la redacción del artículo 231 de la Constitución Federal, es posible definir tierras indígenas tradicionalmente ocupadas<sup>27</sup> a partir de la verificación de varios aspectos: a) aspecto territorial, espacio habitado por los indios; b) aspecto cultural, la porción del territorio que garantiza el mantenimiento de sus costumbres, tradiciones y creencias; c) aspecto ecológico, garante de la preservación del ecosistema, cuyo indio depende y el aspecto económico, la porción de tierra necesaria para el desarrollo de las actividades de subsistencia como la caza y la pesca.

Actualmente, de acuerdo con levantamientos reunidos por la Funai, el porcentaje de ocupación de tierras indígenas regularizadas alcanza cerca del 12,2%<sup>28</sup> del territorio nacional. Sin embargo, en la distribución de este porcentaje, hay una determinada concentración de estas tierras en la región norte del país, principalmente en la Amazonia, en la medida en que esta área aún no ha sido muy explotada. Tal hecho demuestra bien que la disminución de indios en determinada región está intrínsecamente ligada al descubrimiento de riquezas<sup>29</sup>.

El artículo 67 del Acta de Disposiciones Constitucionales Transitorias estableció que “la Unión concluirá la demarcación de las tierras indígenas en el plazo de cinco años a partir de la promulgación de la Constitución”, o sea, hasta 1988. Sin embargo, el entendimiento jurisprudencial<sup>30</sup> fue en

---

27 Estatuto del Indio – Art. 17. Existen otros tipos de tierras indígenas como la reserva indígena, las tierras dominicales y tierras prohibidas.

28 Disponible en: <www.funai.gov.br>. Acceso en: Ene. 2016.

29 CUNHA, 1994.

30 ENMIENDA: RECURSO ORDINARIO EN MANDADO DE SEGURIDAD. DEMARCACIÓN DE TIERRAS INDÍGENAS. ALEGACIÓN DE NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DEMARCATORIO. INEXISTENCIA. DECRETO 1.775/1996. CONSTITUCIONALIDAD RECONOCIDA POR EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRADICIÓN Y DE LA AMPLIA DEFENSA. NO OCURRENCIA. RECURSO DESPROVADO. I – Esta Corte tiene entendimiento en el sentido de que el marco temporal previsto en el art. 67 del ADCT no es decadal, pero que se trata de un plazo programático para la conclusión de demarcaciones de tierras indígenas dentro de un período razonable. Precedentes. II – El proceso administrativo orientado a la demarcación de tierras indígenas está regulado por legislación propia – Ley 6.001/1973 y Decreto 1.775/1996 – cuyas reglas ya fueron declaradas constitucionales por el Supremo Tribunal Federal. Precedentes. III – No hay ninguna ofensa a los principios de lo contradictorio y de la amplia defensa, pues según se verifica en los autos, la recurrente tuvo la oportunidad de manifestarse en el proceso administrativo y presentar sus razones, que fueron debidamente refutadas por FUNAI. IV Recurso a que se desestima. (RMS 26212, Ponente: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primera Clase, juzgado el 03/05/2011, DJe-094 DIVULG 18-05-2011 PUBLIC 19-05-2011 EMENT VOL-02525-02 PP-00290).

el sentido de que el plazo de cinco años no podría perjudicar a los indios ante la morosidad de la Unión en ese período, hasta porque las demarcaciones continuaron siendo realizadas, alcanzando un número<sup>31</sup> de 434 tierras indígenas regularizadas.

El Estatuto del Indio (1973), en su art. 19, previó “las tierras indígenas, por iniciativa y bajo orientación del órgano federal de asistencia al indio, serán administrativamente demarcadas, de acuerdo con el proceso establecido en decreto del Poder Ejecutivo”.

Por su parte, el Decreto n° 1.775 de 1996 dispone que el procedimiento administrativo de demarcación de las tierras indígenas comprende diversas etapas: I – estudios de identificación y delimitación realizados por la Funai; II – contradictorio administrativo; III – declaración de los límites por el Ministro de Justicia; IV – demarcación física por la Funai; V – evaluación, a cargo de la Funai, de las mejoras realizadas por los no indios; VI – homologación de la demarcación por el Presidente de la República; VII – pago de las mejoras y retirada de los ocupantes no indios, ambos realizados por la Funai; VIII – registro de las tierras indígenas y IX – interdicción de tierras de pueblos aislados por la Funai.

Es necesario destacar que el procedimiento de demarcación culmina en un acto – homologación – de carácter declaratorio. Por lo tanto, es un mero reconocimiento del Estado brasileño de la protección ya prevista en la Constitución Federal, cuál es el derecho originario sobre las tierras que tradicionalmente fueron ocupadas por los indios<sup>32</sup>. Además, la demarcación beneficia a la organización social indígena y su reproducción cultural, así como propicia la protección ambiental y biodiversidad de las áreas delimitadas y contribuye a la reducción de conflictos, garantizando un mayor control del Estado en la región, por ejemplo, la gestión escolar.

#### 4. La inconstitucionalidad de la PEC 215/2000

De autoría del Congresista Almir Moraes Sá, el Proyecto de Enmienda Constitucional 215 de 2000<sup>33</sup> modifica el Art. 49, añadiendo en el rol de las

---

31 Disponible en: <[www.funai.gov.br](http://www.funai.gov.br)>. Acceso en: Ene. de 2016.

32 Constitución Federal Art. 231. Son reconocidos a los indios su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, compitiendo a la Unión demarcarlas, proteger y hacer respetar todos sus bienes.

33 Disponible en: <<http://www.ebc.com/sites/default/files/pec215.pdf>>. Acceso en: Ene. de 2016.



competencias exclusivas del Congreso Nacional, a través del inciso XVIII, la aprobación de la demarcación de las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios y ratificación de las demarcaciones ya homologadas. La referida PEC también modifica el art. 231, §4, “Las tierras de que trata este artículo, después de la respectiva demarcación aprobada o ratificada por el Congreso Nacional, son inalienables e indisponibles, y los derechos sobre ellas, imprescriptibles”<sup>34</sup>. Es decir, una vez más, propone que la demarcación de TI tradicionalmente ocupada pase por el cribado de aprobación o ratificación del Congreso Nacional.

Después de esta breve síntesis, pasamos a tejer las consideraciones acerca del objeto central del presente estudio: la inconstitucionalidad de la PEC 215. El constituyente originario estableció en el Art. 231 de la CF la competencia para la Unión (Poder Ejecutivo) demarcar las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios. El Art. 2º revela el principio de la separación de los poderes “son poderes de la Unión, independientes y armónicos entre sí, el Legislativo, el Ejecutivo y el Poder Judicial”. Ya es pacífica en el STF la postura de derramar este principio, pudiendo haber interferencias entre los Poderes con el fin de equilibrar derechos, siempre que no resulte en falta de respeto a la Constitución. En este sentido<sup>35</sup>:

El Poder Judicial, cuando interviene para asegurar las franquicias constitucionales y para garantizar la integridad y la supremacía de la Constitución, desempeña, de manera plenamente legítima, las atribuciones que le ha conferido la propia Carta de la República. El regular ejercicio de la función jurisdiccional, por eso mismo, desde que está basado en el respeto a la Constitución, no transgrede el principio de separación de poderes. (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, juicio en 16-9-1999, Plenario, DJ de 12-5-2000).

Por lo tanto, se percibe que la PEC 215 viola el principio de la separación de los poderes, en la medida en que intenta legitimar la usurpación del poder concedido a la Unión, irrespetando al legislador constituyente originario, pues no se trata de una interferencia para garantizar la efecti-

---

34 El actual Art. 231, § 4º prevé “Las tierras de que trata este artículo son inalienables e indisponibles, y los derechos sobre ellas, imprescriptibles”.

35 Disponible en: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo.-principio-de-separa-de-poderesfunciones-na-constituica-de-1988,47764.html>>. Acceso en: Ene. de 2016.

vidad una norma constitucional – como se observa en la judicialización del derecho a la salud, por ejemplo –, sino para apoderar a dicha bancada ruralista y hacer aún más extenso el procedimiento de demarcación.

Con la Constitución Federal de 1988, los derechos de los indios – a la posesión de sus tierras, a la auto organización, a la cultura, etc. – se han elevado al nivel de derecho fundamental. Aunque no previstos en el rol del Art. 5, es evidente esta configuración, pues están directamente ligados a los derechos fundamentales explícitos y al principio de la dignidad de la persona humana<sup>36</sup>. Según Ingo Sarlet:

[...] Derechos fundamentales son, por lo tanto, todas aquellas posiciones jurídicas concernientes a las personas, que desde el punto de vista del derecho constitucional positivo, fueron, por su contenido e importancia (fundamentalidad en sentido material), integradas al texto de la Constitución y, por lo tanto, retiradas de la esfera de disponibilidad de los poderes constituidos (fundamentalidad formal), así como las que, por su contenido y significado, puedan equipararse, añadiéndose a la Constitución material, teniendo o no, asiento en la Constitución formal (aquí considerada la apertura material del Catálogo).<sup>37</sup>

El Art. 60 de la CF trajo el rol de las cláusulas pétreas, verdaderos instrumentos de preservación del “núcleo esencial”<sup>38</sup> asegurado por el constituyente originario. De acuerdo con los incisos III y IV del § 4º, configuran como cláusulas pétreas la separación de los poderes y los derechos y garantías individuales. De acuerdo con esta norma constitucional, estas cláusulas no pueden figurar objeto de deliberación de propuesta de enmienda tendente a abolir o disminuir la protección del “núcleo esencial”. De este modo, el STF ya se ha manifestado<sup>39</sup>:

La eficacia de las reglas jurídicas producidas por el poder constituyente (redundantemente llamado ‘originario’) no está sujeta a ninguna limitación normativa, sea de orden material, sea formal, porque proviene del ejercicio de

---

36 Constitución de la Federación - Art. 5º, § 2º. Cláusula de apertura constitucional a nuevos derechos fundamentales.

37 SARLET, 2011, p. 77.

38 FERREIRA FILHO *apud* NÓBREGA, 2009.

39 (ADI 2.356-MC e ADI 2.362-MC, rel. p/ o ac. min. Ayres Britto, juicio el 25-11-2010, Plenario, DJE de 19-5-2011.) Disponible en: <http://www.de.la.Comisión>. Acceso en: Enero de 2016.

un poder de hecho o suprapositivo. Las normas producidas por el poder reformador, éstas tienen su validez y eficacia condicionadas a la legitimación que reciben del orden constitucional. De ahí la necesaria obediencia de las enmiendas constitucionales a las llamadas cláusulas pétreas.

Una vez más y de forma más gravosa, se verifica la total inconstitucionalidad de la propuesta de enmienda analizada, debido a la pretendida disminución y / o abolición<sup>40</sup> del derecho fundamental de los indios a la posesión de las tierras tradicionalmente ocupadas (Art. 231, CF) de la separación de los poderes (Art. 2, CF). Además, por razonamiento lógico, se entiende también por la violación al Convenio 169 de la OIT y al principio de la prohibición del retroceso social, pues, una vez aprobada, la enmienda hará amenazada la efectiva preservación de los usos, costumbres y tradiciones asegurada a las comunidades indígenas por el hecho de la perpetuación cultural ser viabilizada por la protección al derecho a las tierras indígenas.

El procedimiento de demarcación es meramente declaratorio<sup>41</sup>, reconoce lo ya previsto por la Constitución, en este caso, el derecho originario a la posesión de las tierras tradicionalmente ocupadas. Si se aprueba, la PEC no respetará el principio de seguridad jurídica, pilar del Estado Democrático, pues amenazará la estabilidad del derecho adquirido a la tenencia de los miles de tierras ya demarcadas y otras tantas a la espera de la conclusión del rito demarcatorio.

---

40 Corroborando “El Congreso Nacional, en el ejercicio de su actividad constituyente derivada y en el desempeño de su función reformadora, está jurídicamente subordinado a la decisión del poder constituyente originario que, junto con restricciones de orden circunstancial, inhibitorias del poder reformador (CF, Art. 60, § 1º), identificó, en nuestro sistema constitucional, un núcleo temático intangible e inmune a la acción revisora de la institución parlamentaria. Las limitaciones materiales explícitas, definidas en el § 4º del artículo 60 de la Constitución de la República, inciden directamente en el poder de reforma conferido al Poder Legislativo de la Unión, inhibiendo el ejercicio en los puntos allí discriminados. La irreformabilidad de ese núcleo temático, acaso irrespetada, puede legitimar el control normativo abstracto, e incluso la fiscalización jurisdiccional concreta, de constitucionalidad. “(ADI 466, rel. Min. Celso de Mello, juicio en 3-4-1991, Plenario, DJ de 10-5-1991.)”

41 “Los derechos de los indios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan fueron constitucionalmente reconocidos”, y no simplemente otorgados, con lo que el acto de demarcación se honra de naturaleza declaratoria, y no propiamente constitutiva. Acto declaratorio de una situación jurídica activa preexistente. Esta es la razón por la que la Carta Magna los ha llamado “originarios”, a traducir un derecho más antiguo que cualquier otro, de manera a preponderar sobre supuestos derechos adquiridos, incluso los materializados en escrituras públicas o títulos de legitimación de posesión en favor de no indios. Actos, éstos, que la propia Constitución declaró como nulos y extinguidos’ (§6º del Art. 231 de la CF)” (Pet 3.388, rel. min. Ayres Britto, juzgado en 19-03-2009, Plenario, DJE de 1º-7-2010). Disponible en: <<http://www.stf.jus.br/portal/constitutiva/constitutiva.asp>>. Acceso en: Ene. 2016.

Por último, en la lectura de la última justificación del Proyecto, se percibe el entendimiento equivocado del diputado Almir Sá bajo el fundamento de que la atribución concedida a la Unión crea obstáculos, dichos por él, insuperables, por no establecer consulta o consideraciones a los intereses de los estados miembros, calificando la demarcación en un acto unilateral. Es notorio el vicio de inconstitucionalidad debido al firmado por el Decreto nº 1.775 (1996) regulador de las etapas de procedimiento de demarcación, entre las cuales se ve justamente la fase del contradictorio<sup>42</sup> y amplia defensa – principios constitucionales expresados, lo que posibilita la manifestación de los interesados.

## 5. Conclusión

En el transcurso del capítulo, se demostró el desarrollo de la comprensión de los derechos indígenas, ocurrida de forma lenta y para ello, fue necesario superar algunas discusiones acerca de definiciones importantes para el estudio. Imprescindible también fue examinar las disposiciones internacionales y patrias al respecto.

El escenario internacional fue abordado con el fin de demostrar la relevancia del tema y la incorporación, por el Derecho brasileño, de las ideas insertadas en las Declaraciones, Convenciones y Tratados Internacionales. El abordaje de la legislación brasileña – a nivel constitucional o no – dirigió más propiamente para la reglamentación acerca de los derechos originarios a la posesión y en la configuración de los indios como minorías.

El gran avance a partir de 1988 fue entender, a través de la jurisprudencia, los derechos indígenas como derechos fundamentales trayendo la

---

42 “RECURSO ORDINARIO EN MANDADO DE SEGURIDAD. DEMARCACIÓN DE TIERRAS INDÍGENAS. ALEGACIÓN DE NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DEMARCATORIO. INEXISTENCIA. DECRETO 1.775/1996. CONSTITUCIONALIDAD RECONOCIDA POR EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRADICCIÓN Y DE LA AMPLIA DEFENSA. NO OCURRENCIA. RECURSO DESPROVADO. I – Esta Corte tiene entendimiento en el sentido de que el marco temporal previsto en el art. 67 del ADCT no es decadencial, pero que se trata de un plazo programático para la conclusión de demarcaciones de tierras indígenas dentro de un periodo razonable. Precedentes. II – El proceso administrativo orientado a la demarcación de tierras indígenas está regulado por legislación propia – Ley 6.001/1973 y Decreto 1.775/1996 – cuyas reglas ya fueron declaradas constitucionales por el Supremo Tribunal Federal. Precedentes. III – No hay ninguna ofensa a los principios de lo contradictorio y de la amplia defensa, pues según se verifica en los autos, la recurrente tuvo la oportunidad de manifestarse en el proceso administrativo y presentar sus razones, que fueron debidamente refutadas por FUNAI. IV – Recurso a que se niega desarrollo” (fl. 785). Disponible en: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19732518/recurso-ord-en-mandado-de-seguridad-rms-26212-df>>. Acceso en: Ene. de 2016.

idea de que el indio posee el derecho de ser y seguir siendo indio, preservando su cultura, costumbres, tradiciones y creencias, medio ambiente y biodiversidad.

De hecho, aunque la legislación ha progresado, los factores de discriminación y el interés económico, aún enraizados en algunos sectores sociales, llevaron hasta la PEC 215. Es inevitable la mirada crítica ante una propuesta cubierta de vicios insanables que afectan no sólo los derechos fundamentales de los derechos indígenas, pero también, y no menos importante, el derecho al medio ambiente, cuya titularidad es de toda la colectividad.

## Referencias

- ANJOS, Cláudia Giovannetti Pereira dos. O Supremo Tribunal Federal e a Proteção às Minorias. In: JUNIOR, Alberto do Amaral y JUBILUT, Líliliana Lyra. *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Editora Quartier Latin do Brasil. São Paulo, 2009, pp. 327-350.
- BRASIL. *Decreto nº 592 de 6 de Julio de 1992*. Promulga el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. Disponible en: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Acceso en: Nov. 2015.
- BRASIL. *Constitución de la República Federativa de Brasil*. Disponible en: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acceso en: Dic. 2015.
- BRASIL. *Decreto nº 591 de 6 Julio de 1992*. Promulga El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm)>. Acceso en: Nov. 2015.
- BRASIL. *Decreto nº 5.051 de 19 de abril de 2004*. Promulga la Convención nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Disponible en: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5051.htm)>. Acceso en: Dic. 2015.
- BRASIL. *Ley nº 6.001 de 19 de diciembre de 1973*. Estatuto del Indio. Disponible en: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6001.htm)>. Acceso en: Dic. 2015.

- CORDEIRO, Enio. *Política indigenista brasileira e promoção internacional dos direitos das populações indígenas*. Brasília: Instituto Rio Branco, 1999.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. O futuro da questão indígena. *Estudos avançados* (121 – 136), 1994. Disponible en: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v8n20/v8n20a16.pdf>>. Acceso en: Ene. 2016.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Reconhecimento e proteção dos Direitos dos Índios. *Revista Informativo Legislativo*. a. 28. n. 111. Brasília, 1991.
- EBC. *Projecto de Enmienda Constitucional nº 215 de 2000*. Disponible en <<http://www.ebc.com.br/sites/default/files/pec215.pdf>>. Acceso em: Ene. 2016.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Diccionario Aurélio de la Lengua Portuguesa*. 5. ed Curitiba: Editora Positivo, 2010.
- JUNQUEIRA, Carmen Sylvia de Alvarenga; PAIVA, Eunice. La legislación brasileña y las poblaciones indígenas en Brasil. In: STAVENHAGEN, Rodolfo. *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*. México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos/El Colégio de México, 1988
- LEVY, Maria Stella Ferreira. O direito das minorias e as nações indígenas no Brasil. *Cad. CRH* [online]. vol. 22, n. 57. pp. 493-505. 2009. ISSN 0103-4979. Disponible en: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010349792009000300005&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010349792009000300005&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acceso en: Ene. 2016.
- MOREIRA, Felipe Kern. O direito internacional dos povos indígenas: colisão multidimensional de direitos. *Revista Meridiano* 47. Instituto Brasileiro de Relaciones Internacionales, Brasília, nº 95, pp. 25-26, 2008.
- NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *CLÁUSULAS PÉTREAS: breves consideraciones sobre amplitud de la protección, núcleo esencial y doble enmienda*. 2009. Disponible en: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/203/244>>. Acceso en: Ene. 2016.
- OIT. *Convención nº 169 de la OIT*. Disponible en <http://www.oitbrasil.org.br/convention>. Acceso en Nov. 2015.
- OIT. *Convención nº 107 de la OIT*. Disponible en <http://www.oitbrasil.org.br/convention>. Acceso en Nov. 2015.
- ONU. Disposiciones para la promoción y protección de los derechos de las personas pertenecientes a las minorías. *Ficha informativa sobre derechos humanos* n.º 18 | Rev. 1 [ACNUDH]. Disponible en: <[http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Ficha\\_18.pdf](http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Ficha_18.pdf)>. Acceso en: Nov. 2015.
- ONU. *Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Disponible en: <[http://www.cimi.org.br/pub/publicacoes/1191526307\\_Encarte299.pdf](http://www.cimi.org.br/pub/publicacoes/1191526307_Encarte299.pdf)>. Acceso en: Nov. 2015.

- ONU. *Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas*. Disponible en: <[http://direitoshumanos.gddc.pt/3\\_2/IIIPAG3\\_2\\_10.htm](http://direitoshumanos.gddc.pt/3_2/IIIPAG3_2_10.htm)>. Acceso en: Nov. 2015.
- PIOVESAN, Flávia. *Derechos Humanos y el Derecho Constitucional Internacional*. 14. ed., rev. e actual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Acción afirmativa. El contenido democrático del principio de igualdad jurídica. *Revista de Información Legislativa*, nº 33, 1996. Disponible en: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176462/000512670.pdf?sequence=3>>. Acceso en: Ene. 2016.
- ROULAND, Norbert. *Derecho de las Minorías y de los pueblos autóctonos*. Trad. Ane Lise Spaltemberg. Brasília: UnB, 2004.
- SALMÓN, Elizabeth. *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2011
- SANTOS, Sílvio Coelho dos. Derechos Humanos y de los Derechos de los Pueblos Indígenas en Brasil. *Ilha Revista de Antropologia*, v. 7, nº 1,2. Santa Catarina: 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *La eficacia de los derechos fundamentales en la perspectiva constitucional*. 10. ed. rev.e ampl., 3. tir. Puerto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- STAVENHAGEN, Rodolfo. El sistema internacional de los derechos humanos, *Revista IIDH*, vol. 26 1998. Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/26/dtr/dtr3.pdf>>. Acceso en: Nov. 2015.
- STF. *La Constitución y el Supremo*. Disponible en: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acceso en: Ene. 2016.
- SIMONI, Mariana Yokoya. El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas bajo la perspectiva internacional y la brasileña. *Revista Meridiano* 47. Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, Brasília, nº 105, pp. 37-42, 2009.
- YAMADA, Erica Magami e VILLARES, Luiz Fernando. Juicio de la Tierra Indígena Raposa Serra del Sol: todo dia era día de índio. *Revista direito GV*, vol. 6, n. 1, São Paulo, 2010. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322010000100008>>. Acceso en: Ene. 2016.

Recebido em 21 de fevereiro de 2018.

Aprovado em 20 de novembro de 2019.