



Ana Maria D'Ávila Lopes (Brasil)\*

## El derecho fundamental de los indígenas brasileños a la tierra

### RESUMEN

La Constitución Federal brasileña de 1988 instituyó un nuevo paradigma para la protección de los indígenas al asegurarles diversos derechos, como la preservación de su cultura y la posesión de sus tierras. Ambos derechos se encuentran íntimamente ligados, pues la tierra para el indígena no es solo la fuente de su sustento económico, sino condición *sine qua non* de su propia existencia. En ese contexto, este trabajo tiene como objetivo fijar los contornos conceptuales y discutir los aspectos más polémicos del derecho de los indígenas brasileños a la tierra, a partir del análisis de la sentencia emitida por el Supremo Tribunal Federal sobre la demarcación de la reserva indígena Raposa Serra do Sol, considerado el *leading case* sobre la materia.

**Palabras clave:** protección de los derechos fundamentales, derecho de los indígenas a la tierra, tierras indígenas, Constitución política, caso *Raposa Serra do Sol*, Brasil.

### ZUSAMENFASSUNG

Die brasilianische Bundesverfassung von 1988 führte ein neues Paradigma zum Schutz der indigenen Bevölkerung ein, als sie ihr bestimmte Rechte wie den Schutz ihrer Kultur und den Besitz ihres Landes zugestand. Beide Rechte sind direkt miteinander verbunden, denn für die indigene Bevölkerung bildet das Land nicht nur die wirtschaftliche Lebensgrundlage, sondern es ist die *conditio sine qua non* ihrer Existenz schlechthin. In diesem Zusammenhang beabsichtigt diese Arbeit, mit Hilfe einer Analyse des Urteils des brasilianischen Obersten Bundesgerichts über die Demarkation der Indigenenreserve Raposa Serra do Sol als Präzedenzfall auf diesem Gebiet den konzeptionellen Rahmen des Rechts der indigenen Bevölkerung Brasiliens auf Landbesitz festzulegen und dessen umstrittenste Aspekte zu diskutieren.

**Schlagwörter:** Schutz der Grundrechte, Recht der indigenen Bevölkerung auf ihr Land, indigenes Land, Verfassung, der Fall *Raposa Serra do Sol*, Brasilien.

---

\* Posdoctora en Derechos Indígenas por la University of Auckland (Nueva Zelanda). Máster y doctora en Derecho Constitucional por la Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil). Profesora del Programa de Post-Grado en Derecho de la Universidade de Fortaleza (Brasil). <anadavilalopes@yahoo.com.br>

## ABSTRACT

The Brazilian Federal Constitution of 1988 established a new paradigm for the protection of indigenous people by guaranteeing several rights, such as preservation of their culture and possession of their lands. Both rights are closely linked, since for indigenous people, land is not only their source of livelihood but the *sine qua non* condition of their very existence. In that context, this paper seeks to define the conceptual boundaries and discuss the more controversial aspects of Brazilian indigenous people's right to the land, based on the analysis by the Supreme Federal Court in its ruling on the demarcation of the Raposa Serra do Sol indigenous reservation, which is considered the leading case on the subject.

**Keywords:** protection of fundamental rights, indigenous people's right to the land, political Constitution, *Raposa Serra do Sol* case, Brazil.

## 1. Introducción

Según estudios recientes, la población indígena brasileña es de alrededor de 460.000 habitantes, los que se encuentran distribuidos en 225 comunidades. Tales datos se refieren a los que viven en aldeas, pero se estima que debe haber entre 100.000 y 190.000 viviendo fuera de ellas, inclusive en áreas urbanas.

Como sucedió en el resto del continente americano, el proceso de colonización europea provocó una extensa serie de abusos contra los indígenas y su cultura. Esa situación solamente comenzó a cambiar en las últimas décadas. Momento paradigmático de ese cambio fue la promulgación de la Constitución Federal en 1988, que abandonó la imperante política asimilacionista para dar lugar al reconocimiento de diversos derechos indígenas, tales como el derecho a la preservación de su cultura (artículo 231, *caput*); el derecho a ser educado en su propio idioma y por medio de sus propios procesos de aprendizaje (artículo 210, § 2.º); el derecho originario a la posesión de las tierras tradicionalmente ocupadas por ellos y al usufructo de las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos en ellas existentes (artículo 231, *caput* § 2.º), y la protección directa del Ministerio Público (artículo 232).

Entre esos derechos, merece estudio más detallado el derecho fundamental a la tierra,<sup>1</sup> debido al papel fundamental que posee para la preservación de la cultura indígena y por constituir la más esencial de sus reivindicaciones, como bien señala Souza Filho: “*O direito à terra, entendida como o espaço de vida e liberdade de um grupo humano, é a reivindicação fundamental dos povos indígenas brasileiros e latino-americanos*”.<sup>2</sup>

El derecho de los indígenas a la tierra tiene en Brasil algunas características particulares, conforme se expone a continuación.

<sup>1</sup> Fundação Nacional do Índio, “Os índios”, disponible en <<https://www.funai.gov.br/>> (14/9/2009).

<sup>2</sup> Ana Maria D'Ávila Lopes y Karine Mattos: “O direito fundamental dos indígenas à terra: uma investigação científica do Brasil Colônia ao Estado Democrático de Direito”, en *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, vol. 43, 2006, pp. 221-234.

## 2. Elucidación del tipo de derecho

En primer lugar, es importante señalar que los indígenas brasileños no son considerados propietarios de las tierras que tradicionalmente ocupan, sino apenas sus poseedores. La propiedad de las tierras ocupadas por los indígenas le cabe a la Unión (artículo 20, XI, de la Constitución), y su usufructo está reservado exclusivamente a los indígenas (artículo 231, § 2.º, de la Constitución).

Ese modelo —Unión propietaria e indígenas poseedores— fue adoptado por el constituyente brasileño con el objetivo de preservar la cultura indígena, cuya existencia está íntimamente ligada a la tierra. De ese modo, al establecerse constitucionalmente que la Unión sería la propietaria de las tierras, se evitó que los indígenas pudiesen disponer de ellas, mientras que al asegurarse a los indígenas el derecho exclusivo de usufructo, se impidió que la Unión pudiese disponer de ellas. Fue así como se construyó un modelo biunívoco en que ambos sujetos (Unión e indígenas) se autodelimitan, con lo que se evita cualquier exceso capaz de derivar en la pérdida de la tierra y, consecuentemente, en la extinción de la comunidad indígena.

## 3. Naturaleza jurídica del derecho de los indígenas a la tierra

A pesar de que el derecho de los indígenas a la tierra no fue incluido en el título II de la Constitución Federal de 1988, que se refiere a los derechos y a las garantías fundamentales, es posible afirmar que, con base en el § 2.º del artículo 5.º, se trata de un derecho fundamental.

Según la referida norma, son derechos fundamentales: a) los que se encuentran expresos en la Constitución, es decir, no apenas los expresamente establecidos en el título II, sino en cualquier otra parte del texto, como el derecho al medioambiente, que está previsto en el título VIII; b) los emanados de los principios constitucionales, que no necesariamente son los que se encuentran recogidos en el título I, sino en cualquier otra parte de la Constitución; c) los derivados del régimen político adoptado, que es el democrático, y d) los que se encuentren previstos en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado brasileño. En este último caso, conforme el § 3.º del artículo 5.º, los tratados internacionales podrán tener jerarquía constitucional siempre que sean aprobados siguiendo el mismo procedimiento utilizado para una enmienda (votación en dos turnos en Diputados y Senadores, con mayoría de tres quintos en cada una de las cámaras), configurando lo que la doctrina llama *bloque de constitucionalidad*.<sup>3</sup>

Flávia Piovesan,<sup>4</sup> al analizar el § 2.º del artículo 5.º, afirma que su inclusión en la Constitución deriva de reconocer la fuerza expansiva de los valores de la dignidad

<sup>3</sup> Carlos Frederico Marés Souza Filho: *O renascer dos povos indígenas para o direito*, Curitiba: Juruá, 2005, p. 119.

<sup>4</sup> Cf. Ana Maria D'Ávila Lopes y Samuel de Araújo Marques: "O bloco de constitucionalidade no direito comparado e no direito brasileiro", en Francisco Luciano Lima Rodrigues (org.): *Estudos*

humana y de los derechos fundamentales, en cuanto parámetros axiológicos que orientan la comprensión del texto constitucional. De ese modo, la lista de derechos y garantías fundamentales en un Estado democrático como el brasileño no puede ser taxativa, sino que debe estar siempre abierta al reconocimiento de los valores de la sociedad que pretende regular.

Es esa, precisamente, la base conceptual de los derechos fundamentales, los cuales pueden ser definidos como los principios jurídicos de jerarquía constitucional que reflejan los valores más importantes de cada sociedad y buscan proteger directamente la dignidad humana, legitimando la actuación del Estado y de los particulares.<sup>5</sup>

De la definición se puede inferir que los derechos fundamentales son normas de la más alta jerarquía, en la medida en que buscan preservar la dignidad de todo ser humano, tarea que debe ser el centro y fin de todo acto, público o privado. Es más, su función de proteger la dignidad humana es el elemento clave para caracterizar un derecho como fundamental. Es cierto que todo derecho, toda norma jurídica, tiene como objetivo salvaguardar el bienestar del ser humano —o por lo menos así debería serlo—, pero, en el caso de los derechos fundamentales, esa protección es directa y sin mediaciones normativas.

Así, con base en los argumentos antes expuestos, es posible afirmar que el derecho de los indígenas a la tierra es un derecho fundamental, pues, a pesar de no haber sido incluido expresamente en el título II, esa condición deriva de su propia naturaleza. Después de todo, la tierra es incuestionablemente un elemento esencial para la preservación de la cultura indígena. Así se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, el 31 de agosto de 2001:

149. [...] 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>6</sup>

La importancia de reconocer la fundamentalidad del derecho de los indígenas a la tierra es crucial para garantizarle una mejor y firme protección. Diversos mecanismos constitucionales se encuentran establecidos para tal fin, como la norma que dispone que todo derecho y garantía fundamental tiene aplicación inmediata (artículo 5.º, § 1.º).

*de direito constitucional e urbanístico*, São Paulo: RCS, 2007, vol. 1, pp. 39-54.

<sup>5</sup> Flávia Piovensan: *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 160.

<sup>6</sup> Ana Maria D'Ávila Lopes: *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*, Porto Alegre: Fabris, 2001, pp. 36-37.

Finalmente, el derecho de los indígenas a la tierra puede ser clasificado como un derecho fundamental difuso o de la tercera generación, en la medida en que corresponde a un derecho transindividual, de naturaleza indivisible, de un grupo indeterminado de personas, unidas por una situación de hecho.<sup>7</sup>

#### 4. Clasificación de las tierras indígenas

Las tierras tradicionalmente ocupadas por los indígenas son bienes de la Unión, es decir, son bienes públicos (artículo 29, XI, de la Constitución).

Los bienes públicos son clasificados, según el artículo 99 del Código Civil (ley n.º 10.406/2.002), en: a) de uso común o uso indistinto de todas las personas; b) de uso especial, destinados a una finalidad específica, y c) bienes dominicales, que constituyen el patrimonio de las personas jurídicas de derecho público, como objeto de derecho personal o real de cada una de esas entidades.

Con base en esa clasificación de bien público, las tierras indígenas pueden ser consideradas bienes de uso especial, ya que son bienes públicos destinados a un fin específico, cual es la posesión permanente de los indígenas para el usufructo de las riquezas del suelo, ríos y lagos en ellas existentes.

Debido a su cualidad de bien público de uso especial, las tierras indígenas son inalienables (artículo 100 del Código Civil, ley 10.406/2.002), imprescriptibles (artículo 100 de la Constitución Federal) e inembargables (párrafo único del artículo 191 de la Constitución Federal).

As terras habitadas tradicionalmente pelos índios constituem bens públicos federais e são por consequência intangíveis. A Constituição prescreve que tais terras são inalienáveis e indisponíveis, bem como imprescritíveis os direitos sobre elas. Assim sendo, as terras ocupadas pelas comunidades indígenas caracterizam-se por sua inalienabilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade. Também as terras indígenas são imunes à ação expropriatória do Poder Público, conforme a Lei federal n. 6.001/73, artigo 38. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios constituem *res extra commercium*, uma vez que no podem ser objeto de arrendamento, ato ou negócio jurídico restritivo do pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas.<sup>8</sup>

Es así también como lo dispone la Constitución en el § 4.º del artículo 231, donde se establece que las tierras indígenas son inalienables, indisponibles e imprescriptibles.

<sup>7</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 31 de agosto de 2001, serie C, n.º 79, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id\\_Pais=15](http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=15) (15/10/2009).

<sup>8</sup> Definición de derecho difuso prevista en el inciso I del párrafo único del artículo 81 del Código de Defensa del Consumidor, ley n.º 8078/1990.

## 5. Derechos originarios sobre las tierras

En el *caput* del artículo 231 de la Constitución se establece que les son reconocidos a los indígenas los derechos *originarios* sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, lo cual, para muchos juristas, significa el reconocimiento constitucional del instituto del *indigenato*.

El *indigenato* es una institución lusobrasileña creada en el Alvará Regio de 1 de abril de 1680, por medio del cual se reconoció a los indígenas la condición de primarios y naturales señores de las tierras de Brasil.<sup>9</sup>

En ese contexto, se entiende que el derecho de los indígenas a la tierra no es un derecho adquirido, sino que es originario o congénito, es decir, comienza y termina con ellos, sin necesidad de otro requisito que no sea la simple relación existencial con la tierra.

Por tratarse de una posesión ab origine, o sea, presente en la conciencia de las comunidades indígenas, no se encuentra regulada por el derecho civil, sino que obedece a los parámetros antropológicos de cada comunidad indígena.

Por otro lado, la expresión “tradicionalmente ocupadas” no se refiere a una ocupación inmemorial, sino a la ocupación de las tierras en su cualidad de hábitats, es decir, destinadas a la realización de las actividades productivas y a la preservación de los recursos ambientales necesarios al bienestar de la comunidad, así como para su reproducción física y cultural, conforme sus usos, costumbres y tradiciones (artículo 213, § 1.º, de la Constitución).

De ese derecho deriva el principio de la irremovilidad de los indígenas de sus tierras; solo se admiten, como excepción, los casos de catástrofe o epidemia, en los cuales la remoción deberá ser realizada ad referendum del Congreso Nacional o para proteger la soberanía nacional, en cuyo caso será necesaria la aprobación previa del Congreso Nacional. En todos los presupuestos citados debe garantizarse el retorno inmediato de los indígenas a sus tierras una vez cesado el riesgo (artículo 231, § 5.º).

## 6. Usufructo constitucional

El § 2.º del artículo 231 de la Constitución Federal determina que las tierras tradicionalmente ocupadas por los indígenas se destinan a su posesión permanente, y a ellos les cabe el usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos que allí existen. En ese sentido, la Carta Magna atribuye la nuda propiedad de esas tierras a la Unión y confiere a los indígenas el usufructo exclusivo de sus riquezas naturales.

El derecho de usufructo exclusivo significa que los indígenas pueden aprovecharse de todos los recursos naturales de sus tierras, como los frutos, utilidades y rendimientos, siempre que no vulneren la sustentabilidad ambiental, en la medida en que eso

---

<sup>9</sup> Luiz Pinto Ferreira: *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 12.ª ed., 2002, p. 577.

comprometería el derecho de las futuras generaciones indígenas a la tierra (artículo 225 de la Constitución).

Ese derecho ya se encontraba previsto en el Estatuto del Indio (ley 6001/1973), en el artículo 24:

Artículo 24. O usufruto assegurado aos índios ou silvícolas compreende o direito à posse, uso e percepção das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupadas, bem assim ao produto da exploração econômica de tais riquezas naturais e utilidades.

§ 1.º Incluem-se, no usufruto, que se estende aos acessórios e seus acréscidos, o uso dos mananciais e das águas dos trechos das vias fluviais compreendidos nas terras ocupadas.

§ 2.º É garantido ao índio o exclusivo exercício da caça e pesca nas áreas por ele ocupadas, devendo ser executadas por forma suasória as medidas de polícia que em relação a ele eventualmente tiverem de ser aplicadas.

Sin embargo, el derecho de usufructo exclusivo no obliga a los indígenas a usar o explotar directamente las riquezas, pues les es permitido asociarse y ser asesorados por terceros en proyectos que objetiven la explotación de sus recursos naturales. De cualquier forma, debido a que las tierras indígenas son inalienables, ellos no pueden involucrarse en proyectos que ocasionen la pérdida de la posesión de sus tierras o que comprometan la sustentabilidad de sus recursos. Así fue establecido tanto en la Constitución (artículo 213, § 6.º), como en el Estatuto del Indio (artículo 18, caput).

Por otro lado, en la definición de usufructo exclusivo indígena debe distinguirse: a) el uso de los recursos naturales para atender las necesidades internas de las comunidades indígenas, en conformidad con sus usos, costumbres y tradiciones, y b) la producción de excedentes para la comercialización, aunque sea para su subsistencia. En la primera hipótesis, los recursos y los bienes podrán ser utilizados sin ninguna restricción, en la medida en que, por la propia cosmología indígena, de respeto por la naturaleza, no hay riesgo de que puedan cometer algún exceso contra ella (el indígena no tiene una visión antropocéntrica de la naturaleza como la que está presente en la cultura occidental).<sup>10</sup> Ya en la segunda hipótesis, la extracción de esos excedentes deberá seguir las normas de protección ambiental, es decir, estará limitada por la legislación aplicable, principalmente la ambiental.

## 7. Proceso de demarcación de las tierras indígenas

El proceso de demarcación de las tierras indígenas es un acto administrativo por medio del cual se establecen los límites de esas tierras. La demarcación es un deber de la

---

<sup>10</sup> Manuela Carneiro Cunha: *Os direitos dos índios: ensaios e documentos*, São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 33.

Unión, conforme lo dispuesto en el *caput* del artículo 231 de la Constitución, donde se estipula que, aparte de demarcarlas, es obligación de la Unión también protegerlas y hacer respetar todos sus bienes.

En el artículo 65 del Estatuto del Indio se estableció el plazo de cinco años para la demarcación de las tierras indígenas, el cual no fue cumplido. Frente a eso, en la Constitución Federal de 1988 se fijó un nuevo plazo de cinco años, que tampoco fue cumplido (artículo 67 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias). De cualquier forma, la inobservancia de esos plazos no perjudica la obligación de concluir la demarcación, ya que se trata de plazos de carácter no perentorio, cuyo objetivo era indicar la duración aproximada de la realización de los trabajos.

El procedimiento para la identificación, delimitación, demarcación física, homologación y registro de las tierras indígenas está regulado en el decreto 1775, del 8 de enero de 1996. La competencia para la iniciativa y orientación del procedimiento fue atribuida al órgano federal de asistencia al indio (artículo 1.º del decreto 1775/1996), que actualmente es la Fundación Nacional del Indio (FUNAI).

El paso inicial del procedimiento es la designación, por la Fundación Nacional del Indio, de un grupo técnico especializado, compuesto de preferencia por servidores de su cuadro funcional y coordinado por un antropólogo, para realizar los estudios de naturaleza etnohistórica, sociológica, jurídica, cartográfica y ambiental necesarios, así como para el levantamiento topográfico de la tierra (artículo 2.º, § 1.º, del decreto 1775/1996).

En caso de que se necesite hacer el levantamiento topográfico, este podrá ser realizado en conjunto entre el órgano federal y estadual, y también será posible solicitar la colaboración de la comunidad científica o de otros órganos públicos (artículo 2.º, § 2.º y 4.º, del decreto 1775/1996).

La participación de la comunidad indígena afectada es asegurada en todas las fases del proceso de demarcación (artículo 2.º, § 3.º del decreto 1775/1996).

Después de concluido el trabajo de identificación y delimitación del área a ser demarcada, el grupo técnico debe presentar informe circunstanciado al órgano federal de asistencia al indio, el cual, tras aprobarlo, mandará, en el plazo de quince días de la fecha de su recibimiento, publicar su resumen en el *Diario Oficial de la Unión* y en el diario oficial de la unidad federada donde se localice el área a ser demarcada. La publicación debe ser acompañada del memorial descriptivo y del mapa del área, así como divulgada en la sede municipal donde se encuentre el inmueble (artículo 2.º, § 7.º, del decreto 1775/1996).

Hasta noventa días después de la publicación del resumen, los interesados y los gobiernos de los estados y municipios donde se encuentra el área que fue identificada y delimitada pueden reivindicar eventual indemnización o demostrar los posibles vicios totales o parciales del informe (artículo 2.º, § 8.º, del decreto 1775/1996). Para tal fin, deben presentar al órgano federal de asistencia al indio los motivos y las pruebas pertinentes (títulos de dominio, laudos periciales, pareceres, declaraciones de testigos, fotografías, mapas, etcétera). Esta norma es la que viene provocando el mayor número de controversias, debido a que frecuentemente es utilizada por ocupantes no indígenas de las tierras para atrasar indebidamente el proceso de demarcación.

De cualquier forma, esas reclamaciones deben ser analizadas por el grupo técnico del órgano federal de asistencia al indio, el cual debe emitir una opinión al respecto y enviarla, junto con todo el procedimiento, al Ministro de Justicia en el plazo de sesenta días contados desde la publicación del resumen del informe del procedimiento de demarcación (artículo 2.º, § 9.º, del decreto 1775/1996).

Recibido el procedimiento, el Ministro de Justicia tiene, según el § 10.º del artículo 2.º, treinta días para pronunciarse, y puede: a) declarar mediante una *portaria* el área indígena que será demarcada; b) determinar que se adopten las diligencias necesarias para subsanar los posibles errores o deficiencias del proceso, las cuales deberán ser cumplidas en el plazo de noventa días, o c) reprobado el informe del órgano federal de asistencia al indio mediante decisión fundamentada que demuestre su no encuadramiento en lo dispuesto en el § 1.º del artículo 231 de la Constitución.

Después de analizado el informe se realiza la demarcación física de la tierra indígena, procedimiento que debe ser homologado por el presidente de la República mediante un decreto (artículo 5.º del decreto 1775/1996). Posteriormente el área demarcada se registra en la Oficina de Registros Inmobiliarios de la comarca donde se encuentre localizada y también en la Secretaría del Patrimonio de la Unión del Ministerio de Hacienda, lo que debe ser realizado por el órgano federal de asistencia al indio en los treinta días siguientes a la publicación del decreto de homologación (artículo 6.º del decreto 1775/1996).

Por otro lado, si se constata la presencia de ocupantes no indígenas en las tierras demarcadas, la Comisión Permanente de Averiguación, creada por la Fundación Nacional del Indio, determinará el pago de las mejoras realizadas en las tierras indígenas, pero siempre que los ocupantes lo sean de buena fe y se respete el planeamiento presupuestario de la Unión.

La demarcación de las tierras es fundamental para una comunidad indígena, a tal punto que, en caso de omisión, los indígenas pueden demandar judicialmente a la Unión, exigiendo el cumplimiento de esa obligación constitucionalmente establecida (artículo 231, *caput*). Para ello deben cumplirse los requisitos exigidos para toda acción judicial: a) posibilidad jurídica del pedido (artículo 295, parágrafo único, inciso III, del Código de Proceso Civil, ley 5869/1973); b) legitimidad para la acción (artículo 295, inciso II, del Código de Proceso Civil), y c) interés procesal (artículo 295, inciso III, del Código de Proceso Civil).

También deberán estar presentes los presupuestos procesales con relación a las partes: a) capacidad para ser parte; b) capacidad para estar en juicio, y c) capacidad para postular en juicio.<sup>11</sup> Respecto a este último presupuesto, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 232 de la Constitución, donde se establece la participación del Ministerio Público en todos los actos del proceso judicial que involucren derechos indígenas.

---

<sup>11</sup> Cf. Eduardo Viveiros de Castro: *Perspectivismo e multinaturalismo na América indígena*, São Paulo: Cosac & Naify, 2002.

Finalmente, en cuanto a la naturaleza jurídica del acto administrativo de demarcación de la tierra indígena, vale destacar que la mayor parte de la doctrina brasileña defiende que se trata de un acto de naturaleza declaratoria, en función de lo establecido en el *caput* del artículo 231, donde se lee que se reconocen a los indios derechos *originarios* sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. En ese mismo sentido Leitão afirma:

A demarcação de uma terra indígena, fruto do reconhecimento feito pelo Estado, portanto, é ato meramente declaratório, cujo objetivo é simplesmente precisar a real extensão da posse para assegurar a plena eficácia, do dispositivo constitucional, que impõe ao Estado a obrigação de protegê-la.<sup>12</sup>

El Supremo Tribunal Federal ya se ha pronunciado también a favor del carácter declaratorio de la demarcación de las tierras indígenas en la decisión de la *Raposa Serra do Sol* (PET 3388-4).

EMENTA: AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. [...] 3.3. A demarcação administrativa, homologada pelo Presidente da República, é “ato estatal que se reveste da presunção juris tantum de legitimidade e de veracidade” (RE 183.188, da relatoria do ministro Celso de Mello), além de se revestir de natureza declaratória e força auto-executória [...].<sup>13</sup>

Es más, en el decreto 1775/1996 (artículo 2.º, § 10.º, I) hay una referencia directa al carácter declaratorio del procedimiento, ya que expresamente se establece que el órgano federal de asistencia al indio *declarará*, mediante una *portaria*, los límites de la tierra indígena, determinando su demarcación.

## 8. Presencia de terceros en área indígena

En el § 6.º del artículo 231 de la Constitución se establece que todo acto que tenga por objeto la ocupación, el dominio o la posesión de tierras indígenas será declarado nulo y extinto, y se garantizará a los terceros de buena fe apenas el derecho de recibir el reembolso por las mejoras realizadas, según lo dispuesto en ley.

La ley que debe regular el tipo y el proceso de pago de las mejoras aún no ha sido promulgada, motivo por el cual viene siendo subsidiariamente aplicado el artículo 1.219 del Código Civil (ley 10.406/2002), en el cual a los poseedores de buena fe se les reconocen los siguientes derechos: a) indemnización por las mejoras necesarias y útiles realizadas; b) retención de las mejoras hasta que estas no sean indemnizadas, y

<sup>12</sup> Leandro Silva Raimundo: *Dos pressupostos processuais e das condições da ação no processo civil*, disponible en <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5493&p=2>> (16/11/2009).

<sup>13</sup> Raimundo Sérgio Barros Leitão: “Natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento da terra indígena. A declaração em juízo”, en Juliana Santilli (coord.): *Os direitos indígenas e a constituição*, Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 67.

c) retirada de las mejoras suntuarias (de lujo o de recreo), siempre que eso no cause ningún daño al inmueble. La buena fe del poseedor se refiere al desconocimiento de estar ocupando tierra indígena.

El valor de las mejoras deberá ser lo más próximo posible al valor real y lo determinará un perito, con base en criterios técnicos. Finalmente, la Unión será la responsable por el pago de las mejoras.

## 9. Decisión del Supremo Tribunal Federal sobre el caso *Raposa Serra do Sol*

La decisión del Supremo Tribunal Federal sobre la demarcación de la tierra indígena Raposa Serra do Sol (PET 3388-4 Roraima)<sup>14</sup> fue emitida el 19 de marzo de 2009 y constituye, a pesar de algunos problemas que relataremos, un marco paradigmático en la lucha por la protección de los derechos indígenas en el Estado brasileño, por cuanto se reconoció la importancia de la tierra para la preservación de la cultura indígena.

Raposa Serra do Sol está localizada en los municipios de Normandía, Pacaraíma y Uiramutã, en el estado de Roraima, en pleno Amazonas brasileño. Su extensión es de 1.747.464 hectáreas y está habitada desde hace más de 150 años por las etnias macuxi, patamona, wapixana, taurepang e ingarikó, las que mantienen una fuerte interacción entre sí y cuyos idiomas derivan de un tronco común. En esas mismas tierras también se encontraban viviendo<sup>15</sup> ganaderos y agricultores, principalmente arroceros, amparados por una política de colonización del Amazonas promovida por el Instituto Nacional de Colonización y Reforma Agraria (INCRA), que en las últimas décadas les había concedido títulos de propiedad sobre esas tierras.

La presencia de esos dos grupos humanos con intereses opuestos en la Raposa Serra do Sol dio origen durante los últimos años a diversas acciones judiciales —acciones populares, acciones posesorias, acciones civiles públicas, etc.— en la justicia federal (que tiene la competencia para decidir sobre la disputa de derechos indígenas según el inciso XI del artículo 109 de la Constitución), que fueron centralizadas por el Supremo Tribunal Federal, el cual reúne la funciones de órgano cúpula del Poder Judicial brasileño y de Corte Constitucional, conforme *caput* del artículo 102 de la Constitución.

Entre esas acciones, se destaca la acción popular PET 3388-RR, en la cual el Supremo Tribunal Federal decidió a favor de la demarcación continua de la reserva indígena Raposa Serra do Sol. Tal decisión constituye un hito en el proceso de concreción de los derechos indígenas, debido a que se trata de la primera demarcación continua de una tierra indígena de grandes proporciones. No obstante esa conquista, en esa misma sentencia se establecieron 19 condiciones al ejercicio del derecho a la tierra, algunas de las cuales son realmente controvertidas debido a su incompatibilidad con la Constitución

---

<sup>14</sup> Supremo Tribunal Federal, *PET 3388/ RR Roraima*, disponible en <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283388.NUME.%20OU%203388.ACMS.%29&base=baseAcordaos>> (15/10/2009).

<sup>15</sup> *Ibidem*.

Federal, el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por Brasil,<sup>16</sup> y con leyes infraconstitucionales como el Estatuto del Indio.

Así, prácticamente todas las condiciones impuestas incurren en el error de omitir la necesidad de consultar a las comunidades indígenas sobre cualquier medida que pueda afectar directamente sus derechos, conforme lo dispuesto en el artículo 6.º de la Convención 169 de la OIT.

En relación con el derecho de usufructo, varias condiciones establecieron exigencias directamente contrarias a lo dispuesto en la Constitución. Citamos como ejemplo la segunda condición, que impone a los indígenas la necesidad de obtener una autorización del Congreso Nacional para explotar los recursos hídricos y los potenciales energéticos que se encuentren en sus tierras. En la Constitución esa exigencia está prevista solo para los terceros, no para los propios indígenas (artículo 231, § 3.º).

Problema semejante se encuentra en la cuarta condición, donde para el ejercicio de la minería artesanal (*garimpagem*) y el chispeo (*faiscação*) se pasa a exigir el permiso administrativo correspondiente. Si bien la Constitución especifica que ese tipo de actividad debe realizarse con previa autorización o concesión administrativa (artículo 176, § 1.º), debe interpretarse que, en el caso de los indígenas, esa exigencia se cumple gracias a lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto del Indio, donde expresamente se les autoriza el ejercicio de la minería artesanal (*garimpagem*), el chispeo (*faiscação*) y la búsqueda (*cata*) de minerales en sus tierras, sin necesidad, por lo tanto, de permiso administrativo.

Otro punto controvertido de la sentencia lo constituyen la octava y la novena condición, donde se atribuye al Instituto Chico Mendes de Conservación de la Biodiversidad la responsabilidad exclusiva por el control y la administración del usufructo de tierras indígenas en unidades de conservación.<sup>17</sup> Teniendo en consideración las normas de protección de los derechos indígenas, no pueda aceptarse que un único órgano, ajeno a la causa indígena, tome decisiones sin que los principales afectados y las entidades que los representan puedan ser escuchados. La solución de los eventuales problemas surgidos en esos espacios debe hallarse a partir del diálogo entre los órganos de protección ambiental (Instituto Chico Mendes de Conservación de la Biodiversidad e Instituto Brasileño del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables),<sup>18</sup> de protección de los indígenas (Fundación Nacional del Indio) y de los propios indígenas (según lo dispuesto en el artículo 6.º de la Convención 169 de la OIT).

Finalmente, el punto más polémico de la sentencia es la prohibición de ampliar tierra indígena ya demarcada. Esa prohibición, que consta en la condición diecisiete, no

<sup>16</sup> Con la sentencia están siendo obligados a dejar la tierra indígena.

<sup>17</sup> La Convención 169 de la OIT fue ratificada por Brasil por medio del decreto legislativo n.º 143, vigente desde el 2003.

<sup>18</sup> Unidad de conservación es el espacio territorial instituido por ley con el objetivo de preservar los recursos naturales y la biodiversidad en ella existentes. La ley n.º 9985/2000 creó el Sistema Nacional de Unidades de Conservación (SNUC), que divide las unidades de conservación en dos grupos: a) protección integral: admite apenas el uso indirecto de sus recursos naturales; b) uso sustentable: busca compatibilizar la conservación de la naturaleza con el uso sustentable de sus recursos.

solo no tiene por base ninguna norma del ordenamiento jurídico brasileño, sino que es contraria al propio espíritu de la Constitución, que busca afirmar una política de defensa y promoción de los derechos indígenas. Además, en más de una oportunidad el Poder Judicial se ha visto en la obligación de rever procesos de demarcación debido a la presencia de errores e imprecisiones en la identificación y delimitación de tierras indígenas. Consecuentemente, la prohibición de ampliar el área ya demarcada no solo viola la Constitución, sino que evidencia el desconocimiento de la realidad brasileña.<sup>19</sup>

## 10. Conclusión

El análisis de la sentencia emitida en marzo del 2009 por el Supremo Tribunal Federal sobre la demarcación de la reserva indígena Raposa Serra do Sol revela cuánto se ha avanzado desde la promulgación de la Constitución de 1988, pero también cuánto hay aún por conquistar.

El conocimiento sobre los indígenas y sus derechos continúa siendo limitado e impregnado de valores excluyentes que menosprecian la esencialidad de la tierra para ese grupo humano. Sin tierra, una comunidad indígena no puede subsistir como tal, no solo por una cuestión económica, sino porque la tierra constituye la razón de su existencia. No proteger las tierras indígenas equivale a dictar la sentencia de extinción de esa cultura, situación inaceptable en un Estado como el brasileño, autotitulado *democrático*, que tiene como principios constitucionales la dignidad humana y la igualdad de todas las personas.

---

<sup>19</sup> El Instituto Chico Mendes de Conservación de la Biodiversidad (ICMBIO) y el Instituto Brasileño del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables (IBAMA) fueron definidos como los órganos ejecutores del Sistema Nacional de Unidades de Conservación (artículo 6.º, III de la ley n.º 9985/2000), y una sus misiones es instituir, en el plazo de 180 días de vigencia de la ley, un grupo de trabajo para proponer las directrices aplicables a la regularización de eventuales superposiciones entre áreas indígenas y unidades de conservación (artículo 57), tarea que no ha sido aún totalmente cumplida.

## Bibliografía

- CUNHA, Manuela Carneiro: *Os direitos dos índios: ensaios e documentos*, São Paulo: Brasiliense, 1987.
- FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO: *Os índios*, disponible en <<https://www.funai.gov.br/>> (14/9/2009).
- LEITÃO, Raimundo Sérgio Barros: “Natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento da terra indígena – a declaração em juízo”, en Juliana SANTILLI (coord.): *Os direitos indígenas e a constituição*, Porto Alegre: Fabris, 1993.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila: *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*, Porto Alegre: Fabris, 2001.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila, y Samuel de Araújo MARQUES: “O bloco de constitucionalidade no direito comparado e no direito brasileiro”, en Francisco Luciano Lima RODRIGUES (org.): *Estudos de direito constitucional e urbanístico*, vol. 1, São Paulo: RCS, 2007, pp. 39-54.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila, y Karine MATTOS: “O direito fundamental dos indígenas à terra: uma investigação científica do Brasil Colônia ao Estado Democrático de Direito”, en *Revista de Informação Legislativa*, vol. 43, Brasília: Senado Federal, pp. 221-234, 2006.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL: *Terra indígena Bacurizinho terá que ser demarcada em 180 dias*, <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/clipping/julho-1/terra-indigena-bacurizinho-tera-que-ser-demarcada-em-180-dias>> (15/11/2009).
- PINTO FERREIRA, Luiz: *Curso de direito constitucional*, 12.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- PIOVENSAN, Flávia: *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- RAIMUNDO, Leandro Silva: *Dos pressupostos processuais e das condições da ação no processo civil*, <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5493&p=2>> (16/11/2009).
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés: *O renascer dos povos indígenas para o direito*, Curitiba: Juruá, 2005.
- VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo: *Perspectivismo e multinaturalismo na América indígena*, São Paulo: Cosac & Naify, 2002.

## Documentos

- Brasil. Decreto n.º 6703, de 18 de diciembre de 2008. *Dispõe sobre a Estratégia Nacional de Defesa*. Disponible en <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6703.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6703.htm)> (16/10/2009).
- Lei n.º 10406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponible en <<https://www.planalto.gov.br/>> (7/10/2009).
- Decreto, n.º 1.775, de 08 de janeiro de 1996. *Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências*. Disponible en <<https://www.planalto.gov.br/>> (10/10/2009).

- Lei n.º 8078, de 11 de setiembre de 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. Disponible en <<https://www.planalto.gov.br/>> (10/10/2009).
  - Lei n.º 5869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Disponible en <<https://www.planalto.gov.br/>> (7/10/2009).
  - Lei n.º 6001, de 19 de dezembro de 1973. *Dispõe sobre o Estatuto do Índio*. Disponible en <<https://www.planalto.gov.br/>> (7/10/2009).
  - Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850. *Dispõe sobre as terras devolutas do Império*. Disponible en <<https://www.planalto.gov.br/>> (14/10/2009).
  - Lei n.º 9985, de 18 de julho de 2000. *Regulamenta o artículo 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências*. Disponible en <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19985.htm)> (15/10/2009).
  - Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada el 5 de octubre de 1988. Disponible en <<https://www.planalto.gov.br/>> (10/10/2009).
  - Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sentencia del 31 de agosto de 2001*. Serie C - n 79. Disponible en <[http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id\\_Pais=15](http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=15)> (15/10/2009).
  - Organización Internacional del Trabajo. *Convención n.º 169*. Disponible en <<http://www.oit.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>> (13/10/2009).
  - Supremo Tribunal Federal. PET 3388/ RR Roraima. Disponible en <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283388.NUME.%20OU%203388.ACMS.%29&base=baseAcordaos>> (15/10/2009).
- Un ejemplo de esa situación lo constituye el caso de tierra indígena Bacurizinho, en el municipio de Grajaú (estado de Maranhão). Cf. Ministério Público Federal: *Terra indígena Bacurizinho terá que ser demarcada em 180 dias*, disponible en <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/clipping/julho-1/terra-indigena-bacurizinho-tera-que-ser-demarcada-em-180-dias>> (15/11/2009).