



La "cuestión de la diversidad": los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en la dinámica política brasileña

The "question of diversity": the constitutional rights of indigenous peoples in brazilian political dynamic

Milena Petters Melo¹

Universidade Regional de Blumenau (FURB), Brasil
Centro Euro-Americano sulle Politiche Costituzionali (CEDEUAM), Italia

milenapetters@furb.br

Thiago Burckhart²

Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli (UNICAMPANIA)
Caserta, Italia

thiago.burckhart@outlook.com

URL : <https://www.unilim.fr/trahs/2037>

DOI : 10.25965/trahs.2037

Licence : CC BY-NC-ND 4.0 International

La "cuestión de la diversidad" y su gestión por la política institucional son particularmente relevantes en sociedades étnicamente diversas, como la brasileña. Desde una perspectiva jurídica, la Constitución Federal de 1988 rediseñó una nueva perspectiva basada en el multiculturalismo y en la apertura al diálogo intercultural con estos pueblos, poniendo en su centralidad la necesidad del reconocimiento de sus tierras. Sin embargo, el escenario político actual vigente desde el comienzo de la crisis política en 2013 ha profundizado las relaciones asimétricas entre Estado y pueblos indígenas, especialmente con respecto al reconocimiento de sus derechos constitucionales, lo que ha mostrado una clara distancia entre texto y contexto. En este sentido, este trabajo tiene como objetivo analizar cómo se insertan los derechos de los pueblos indígenas en la dinámica política brasileña, centrándose en las respuestas del sistema político y jurídico federal a los derechos de los pueblos indígenas en el contexto de la crisis política actual. Buscase responder a la siguiente

¹ Doctora en Derecho. Profesora Titular de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos y Sustentabilidad, Universidade Regional de Blumenau (FURB, Brasil). Profesora Asociada de la Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Investigadora e Coordinadora para el área lusófona del Centro Didattico Euroamericano Sulle Politiche Costituzionale (Cedeuam, Itália/Brasil). Investigadora del Institut International d'Étude et de Recherche sur les Biens Communs (Paris/Napoles). Coordinadora del Núcleo de Estudos em Constitucionalismo, Internacionalização e Cooperação (Constinter, FURB, Brasil).

² Doctorando en Diritto Comparato e Processi di Integrazione, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli (Itália). Maestro en Derecho, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC, Brasil, 2019). Investigador del Centro Didattico Euroamericano Sulle Politiche Costituzionale (Cedeuam, Italia/Brasil). Investigador del Núcleo de Estudos em Constitucionalismo, Internacionalização e Cooperação (Constinter, FURB).

pregunta: ¿es posible afirmar que los derechos constitucionales de los pueblos indígenas actualmente se someten a un proceso de constitucionalización simbólica, en el sentido definido por el constitucionalista Marcelo Neves? El análisis se inscribe en el campo de la teoría constitucional y teoría política, con contribuciones de la sociología jurídica y se divide en cuatro partes: I – La era de la diversidad: la politización de la identidad indígena; II – El reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas; III – Entre avances y retrocesos; IV – Crisis política, crisis de derechos.

Palabras clave: diversidad: Constitución, pueblos indígenas, política, Brasil

La « question de la diversité » et sa gestion par la politique institutionnelle sont particulièrement importantes dans des sociétés ethniquement diverses, telle que la brésilienne. D'un point de vue juridique, la Constitution fédérale de 1988 a redessiné une nouvelle perspective fondée sur le multiculturalisme et l'ouverture au dialogue interculturel avec ces peuples, reconnaissant le besoin essentiel de reconnaissance de leurs terres. Cependant, le scénario politique actuel en vigueur depuis le début de la crise politique en 2013 a approfondi les relations asymétriques entre l'État et les peuples autochtones, particulièrement en ce qui concerne la reconnaissance de leurs droits constitutionnels, qui a montré une nette distance entre texte et contexte. En ce sens, ce travail vise à analyser comment les droits des peuples indigènes sont insérés dans la dynamique politique brésilienne, en focalisant les réponses du système politique et juridique fédéral quant aux droits des indigènes dans le contexte de la crise politique actuelle. Il cherche à répondre à la question suivante : est-il possible d'affirmer que les droits constitutionnels des peuples indigènes ont succombé, actuellement, face à un processus de constitutionnalisation symbolique, au sens décrit par le constitutionnaliste Marcelo Neves ? L'analyse s'inscrit dans le domaine de la théorie constitutionnelle et de la théorie politique, avec des contributions de la sociologie juridique. Elle est divisée en quatre parties : I – L'ère de la diversité : la politisation de l'identité indigène ; II – La reconnaissance constitutionnelle des droits des peuples autochtones ; III – Entre avancées et reculs ; IV – Crise politique, crise des droits.

Mots-clefs : diversité: Constitution, peuples indigènes, politique, Brésil

A “questão da diversidade” e sua gestão pela política institucional possuem especial relevância em sociedades etnicamente diversas, como a brasileira. Do ponto de vista jurídico, a Constituição Federal de 1988 redesenhou uma nova perspectiva calcada no multiculturalismo e na abertura para o diálogo intercultural com esses povos, reconhecendo a centralidade da necessidade do reconhecimento de suas terras. Contudo, o atual cenário político em vigência desde o início da crise política em 2013 aprofundou as relações assimétricas entre Estado e povos indígenas, sobretudo no que se refere ao reconhecimento de seus direitos constitucionais que tem mostrado um claro distanciamento entre texto e contexto. Nesse sentido, este trabalho tem por objetivo analisar de que forma os direitos de povos indígenas se inserem na dinâmica política brasileira, focalizando as respostas do sistema político e jurídico federal aos direitos de povos indígenas no contexto da crise política atual. Busca-se responder ao seguinte questionamento: é possível se afirmar que os direitos constitucionais dos povos indígenas passam atualmente por um processo de constitucionalização simbólica, no sentido criado pelo constitucionalista Marcelo Neves? A análise insere-se no campo da Teoria Constitucional e da Teoria Política, com aportes da Sociologia Jurídica e divide-se em quatro partes: I – A era da diversidade: a politização da identidade indígena; II – O reconhecimento constitucional dos direitos de povos indígenas; III – Entre avanços e retrocessos; IV – Crise política, crise de direitos.

Palavras-chave: Diversidade: Constituição, Povos indígenas, Política, Brasil

The “question of diversity” and its management by institutional policy are particularly relevant in ethnically diverse societies, such as Brazil. From the legal point of view, the Federal Constitution of 1988 redesigned a new perspective based on multiculturalism and opening up to intercultural dialogue with these peoples, recognizing the centrality of the need for the recognition and protection of their lands. However, the current political scenario in force since the beginning of the political crisis in 2013 has deepened the asymmetric relations between the State and indigenous peoples, especially with regard to the recognition of their constitutional rights, which has shown a clear distance between text and context. In this sense, this work aims to analyze how the rights of indigenous peoples are inserted in the Brazilian political dynamics, focusing on the responses of the federal political and legal system to the rights of indigenous peoples in the context of the current political crisis. It seeks to answer the following question: is it possible to affirm that the constitutional rights of indigenous peoples currently has undergone a process of symbolic constitutionalization, in the sense sentenced by the constitutionalist Marcelo Neves? The analysis is grounded of the field of Constitutional Theory and Political Theory, with contributions from Legal Sociology and is divided into four parts: I - The era of diversity: the politicization of indigenous identity; II - The constitutional recognition of the rights of indigenous peoples; III - Between advances and setbacks; IV - Political crisis, crisis of rights.

Keywords: diversity: Constitution, Indigenous people, politics, Brazil

Introducción

La cuestión de la diversidad tiene especial importancia en sociedades multiculturales como la brasileña. En ella, la relación conflictual de los pueblos autóctonos con el sistema político mayoritario caracteriza tanto la histórica como la realidad hodierna de estos pueblos, marcada por paradojas y contradicciones. Desde la década de 1970, todavía, el proceso de “politización de la cultura” en un nuevo escenario político y económico nacional e internacional, fue el elemento propulsor del empoderamiento político de los pueblos indígenas y para su consecuente reconocimiento como “nuevos sujetos políticos” y “nuevos sujetos de derechos”. Ese fenómeno efectivamente ha “tensionado” la dinámica política de la relación entre esos pueblos y el Estado, especialmente respecto al distanciamiento entre las promesas y las políticas concretas respecto a ellos.

La Constitución de 1988 fue el documento que marcó la apertura para este nuevo momento político y jurídico. Escrita por medio de una Asamblea Nacional Constituyente participativa – que contó también con la presencia de representantes indígenas – el texto constitucional coincide con el proceso de apertura política y de (re)democratización del país. Aunque éste no sea el primer documento constitucional que reconoce derechos específicos a los pueblos indígenas – que han sido positivados desde la Constitución de 1934 –, es el documento que reconoce una gran lista de derechos en un capítulo específico. Este reconocimiento ha sido importante para el redibujo de las políticas indigenistas en el país, especialmente respecto a la superación del ideal integracionista hasta entonces reinante en la teoría jurídica, en dirección a la apertura del constitucionalismo brasileño hacia la perspectiva de la diversidad, del reconocimiento del multiculturalismo y de la inclusión de la diferencia.

El reconocimiento formal de estos derechos puede ser comprendido como la “proyección jurídica” de las demandas de la “era de la diversidad” que se desarrolla en la segunda mitad del siglo XX y se caracteriza, entre otras cosas, por el empoderamiento político de los Pueblos Indígenas. Sin embargo, aunque tenga una innegable relevancia política y jurídica, la reciente constitucionalización de los derechos de Pueblos Indígenas es marcada por un claro desprendimiento entre texto y contexto. En efecto, ella no ha sido suficiente para contener la violencia política y simbólica contra estos pueblos, lo que demuestra la remanencia de prácticas integracionistas y asimilacionistas en la política brasileña.

El contexto reciente de crisis política – desde 2013 – ha expuesto las grietas del sistema político y, también, ha puesto la “incerteza” en la centralidad del pensamiento político-constitucional. En este contexto, nace el cuestionamiento: ¿se puede afirmar que los derechos constitucionales de los pueblos indígenas pasan actualmente por un proceso de constitucionalización simbólica, en el sentido expuesto por Marcelo Neves? Así, este trabajo tiene por objetivo analizar cómo los derechos de los pueblos indígenas se insieren en la dinámica política brasileña reciente, enfocando las respuestas del sistema político y jurídico “federal” a los derechos de Pueblos Indígenas en el contexto de la crisis política actual. El trabajo privilegia el campo de la Teoría Constitucional y de la Teoría Política, con contribuciones de la Sociología Jurídica, y se divide en cuatro partes: I – La era de la diversidad: la politización de la identidad indígena; II – El reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas en el Brasil contemporáneo; III – Entre avances y retrocesos; IV – Crisis política, crisis de derechos.

I – La era de la diversidad: la politización de la identidad indígena

La gestión del pluralismo ha estado en la centralidad de la formación de los Estados-nación a lo largo de la modernidad occidental, siendo una de las principales fuentes de identidad cultural y cultura nacional (Hall, 2010: 47). La pluralidad de culturas ha sido un “problema” para el Estado-nación, pues el ideal de “pluralismo” liberal vinculado a las revoluciones liberales del siglo XVIII estaba limitado a una dimensión política, de modo que su dimensión cultural fue, muchas veces, descuidado por una “neutralidad” que implicaba, en verdad, la homogenización cultural, a partir de la formulación de políticas asimilacionistas e integracionistas³. En efecto, el constitucionalismo moderno, al aprovechar el ideal del liberalismo vigente en la época, sirvió en muchos casos para legitimar este proceso político, pues buscaba la homogeneización y la sustentación de una específica “estética del poder” (Burckhart, 2017: 193) al mismo tiempo que servía para consolidar la ficción del Estado-nación, como comunidad unificada.

La segunda mitad del siglo XX ha sido un momento histórico importante para repensar la dinámica de la relación entre Estado y Sociedad, especialmente respecto a la gestión de la diversidad y del pluralismo cultural. La Segunda Guerra Mundial fue un marco para el constitucionalismo democrático, pues el nefasto resultado del conflicto que ha ganado terreno a nivel planetario impulsó la revisión de los principios morales, éticos, sociales, políticos y jurídicos que constituyen y deben regir la vida en sociedad, en los Estados democráticos y en el orden internacional. Se puede afirmar, por lo tanto, que desde entonces ha tenido lugar un proceso de “politización de la cultura” (Cfe. Benhabib, 2006; Benhabib, 2004), caracterizado por el empoderamiento político de “minorías étnicas, políticas y lingüísticas”, además de las “mayorías minoradas”⁴.

Como bien observa el sociólogo francés Alain Touraine en su libro intitulado “*Un nuevo paradigma*”, la comprensión del mundo contemporáneo ya no es simplemente posible, de acuerdo con el paradigma político del inicio del siglo XVIII, y tampoco con el paradigma social de finales del siglo XIX e inicios del XX (Touraine, 2007: 9)⁵. La contemporaneidad es caracterizada por la emergencia de categorías *culturales* para el análisis y descripción de gran parte de las experiencias en sociedad, de modo que esas categorías, paulatinamente, substituyen a las precedentes categorías sociales y políticas, caracterizando un cambio de paradigma en la representación de la vida colectiva y personal.

3 Las políticas asimilacionistas e integracionistas marcaron la construcción de la modernidad occidental, bajo los auspicios de la lógica del Estado nación. Solo recientemente, especialmente desde la década de 1980, las políticas multiculturales han sido objeto de atención institucional por parte de los Estados democráticos en América Latina.

4 Como es el caso de las mujeres y de los pueblos indígenas en algunos países donde en verdad son la mayor parte de la población, en Bolivia por ejemplo.

5 “Durante um longo período descrevemos e analisamos a realidade social em termos políticos: a desordem e a ordem, a paz e a guerra, o poder e o Estado, o rei e a nação, a República, o povo e a revolução. Em seguida a revolução industrial e o capitalismo libertaram-se do poder político e apareceram como a ‘base’ da organização social. Substituímos então o paradigma político por um paradigma econômico e social: classes sociais e riqueza, burguesia e proletariado, sindicatos e greves, estratificação e mobilidade social, desigualdade e redistribuição passaram a ser nossas categorias mais comuns de análise”. (Touraine, 2007: 10).

Este nuevo paradigma se caracteriza por la emergencia de nuevos sujetos políticos, que exigen agendas culturales, sobre todo el reconocimiento de identidades subordinadas y que se niegan en gran parte de lo que se ha llamado "modernidad". El "derecho a ser sujeto", para Alain Touraine, se manifiesta a medida en que “cada uno de combinar sua participação na atividade econômica com o exercício de seus direitos culturais, no quadro do reconhecimento dos outros como sujeitos” (2007:114). El sujeto, en lugar de las sociedades, se convierte en el protagonista de este nuevo paradigma, poniendo nuevos problemas y nuevas preguntas a lo contemporáneo, de manera que se haga más difícil pensar en la democracia actual sin los componentes de orden cultural.

La observación de Touraine encuentra sintonía con lo que Seyla Benhabib llama "el surgimiento de nuevas formas de política de identidad en todo el mundo" (Benhabib, 2006:12). La diversidad, que hasta la segunda mitad del siglo XX fue tratada como un problema externo a las sociedades, como un elemento de demarcación de las fronteras entre pueblos, países y naciones, se convirtió en una demanda de culturas dentro de los pueblos, países y naciones, en las zonas más diversas del mundo. Desde los Estados Unidos de América hasta Israel, desde la India hasta Marruecos, desde Uganda hasta Brasil, las pautas de identidad se convirtieron en parte de la agenda política.

Aunque la autora critique el "normativismo prematuro" y la aplicación de "políticas improvisadas" en este campo, que corren el riesgo de solidificar las diferencias entre los diferentes grupos y la falta de cuestionamiento del concepto y el significado de la identidad cultural, Seyla Benhabib afirma que estos nuevos movimientos pueden ser críticos y decididos en la medida en que sus motivaciones no son conservacionistas y apuntan a la emancipación de diferentes grupos en su singularidad. Como observa la autora, la cultura es una práctica humana compleja de significados y representaciones, de organización y atribución, en la medida en que "las culturas se crean a partir de diálogos completos con otras culturas" (Benhabib, 2006: 10).

En la misma línea, Stuart Hall (2010) afirma que las identidades culturales pasan por un proceso de crisis en la "posmodernidad", pues ya no asumen connotaciones fijas, y se vuelven cambiantes y flexibles. Este proceso también se produce a partir del fenómeno de la globalización cultural⁶, que comenzó a intensificarse a partir de mediados de los años 1980 y, sobre todo, a partir de la revolución tecnológica por la que todavía estamos pasando.

El contacto con diferentes culturas produce un sincretismo cultural que fluye hacia culturas híbridas, en los procesos de entrada y salida de la modernidad, como lo afirma Néstor García (1989). Sin embargo, este mismo proceso también resulta en el nacimiento de una especie de malestar, que se materializa en el endurecimiento de localismos, tradicionalismos locales, concepciones estáticas de identidad cultural, con sujetos protagonistas que rechazan la posibilidad de cambios en este campo. Estas son relaciones complejas que deben, por lo tanto, ser analizadas desde una perspectiva compleja.

La diversidad es una categoría que pasó a ser disputada semánticamente tanto por las teorías del multiculturalismo como por el mercado global, en el contexto del proceso de globalización económica. En este contexto, existe la posibilidad de entrar en profundas contradicciones, y esto se debe a que el mercado no opera bajo el signo

6 O mismo "mundialización de la cultura" (cfe. Warnier, 2001)

de la homogeneización, sino de lo que Polanco llama *etnofagia*: un apetito por la diversidad, que la devora.

El discurso dominante de la globalización utiliza el lenguaje y las representaciones de la diversidad para homogeneizar. La homogeneización ya no se produce explícitamente, sino de manera sutil, siendo, sin embargo, aún efectiva (Cfe. Polanco, 2006). Este proceso termina, en cierto sentido, des-caracterizando las culturas "indígenas" y "localizadas" en detrimento de una concepción homogeneizadora de la comprensión en y del mundo y el espacio del individuo.

Se pone, por lo tanto, la necesidad de conceptualizar la diversidad desde una dimensión emancipadora. Antes que nada, es necesario afirmar que la complejidad del paradigma de la diversidad radica en buscar unir elementos del pluralismo cultural y la igualdad. Aunque el pluralismo adquiere una dimensión importante en el contexto contemporáneo, es cierto que la igualdad debe incluirse en el horizonte normativo de las diferentes sociedades. En este contexto, las demandas por el "derecho a la diferencia", para la protección de la igualdad, respetando las especificidades legítimas de las personas y los grupos, están creciendo en relevancia y complejidad.

En este sentido, sin igualdad no hay diversidad, y viceversa. Existe una interdependencia entre los conceptos de pluralismo e igualdad, donde se trabaja y se reconoce el paradigma de la diversidad. En segundo lugar, debe enfatizarse que el pluralismo cultural y la igualdad viven en constante tensión. El paradigma de la diversidad, construido gradualmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, inaugura una nueva posibilidad de convivencia armoniosa entre diferentes civilizaciones y diferentes grupos y sujetos que constituyen las respectivas civilizaciones. Se trata de la construcción de un nuevo marco civilizatorio, en el que la diferencia y la igualdad asumen una dimensión dialógica, en el sentido de superar la "dialéctica" hegeliana o marxista, y, por lo tanto, intrínsecamente compleja.

En Brasil, la politización de la identidad indígena en las décadas de 1970 y 1980 fue impulsada por el proceso de redemocratización y de la Asamblea Constituyente. A partir de la década de 1970, el indigenismo⁷ brasileño estuvo influenciado por el creciente proceso de "politización de la cultura" (Cfe. Benhabib, 2006), en el que nuevos sujetos políticos, entre ellos los pueblos indígenas, comenzaron a asumir el papel de protagonistas en la escena política, con el reconocimiento y proyección formal de nuevos derechos⁸.

Este proceso ha dado un nuevo significado al indigenismo, en la medida en que comenzó a reconocer a los pueblos indígenas como actores políticos capaces de participar también en la política institucional actual. El texto de Carlos Marés de Souza Filho titulado "*Multiculturalismo e direitos humanos*" describe puntualmente sobre la génesis del proceso de fortalecimiento político de los Pueblos Indígenas en Brasil, desde la década de 1970. En este contexto, el campo de las políticas indígenas e indigenistas⁹ ha experimentado una gran transformación debido a la interferencia

7 Para profundizar el concepto de "indigenismo", ver: Niezen (2003).

8 Para Alain Touraine, desde la década de 1970/80 ha habido un reemplazo gradual de las categorías de análisis político y social por categorías culturales, de modo que se puede hablar del surgimiento de un nuevo paradigma, tanto teórico como empírico, caracterizado por la proyección política y social, y en consecuencia, jurídico, de una serie de reclamos culturales, como lo fue la lucha de los pueblos indígenas por la diversidad. (Cfe. Touraine, 2007).

9 El término "política indigenista", busca caracterizar las acciones del Estado y otros actores hacia los pueblos indígenas. Generalmente se contrasta con el término "política indígena",

de estos nuevos movimientos sociales¹⁰ en el ámbito político nacional e internacional, produciendo una serie de efectos en el sentido del reconocimiento formal y material de los derechos.

La Constitución de 1988, por lo tanto, fue el resultado de una disputa en la arena política, que se manifestó claramente en la Asamblea Nacional Constituyente. En aquel momento, la "cuestión indígena", como sostiene Manuela Carneiro da Cunha, se centró en los "derechos territoriales"¹¹, es decir, en los reclamos por la demarcación de tierras indígenas y, en consecuencia, por su gestión por parte de los propios Pueblos Indígenas (Cunha, 1987: 32). A pesar de las grandes dificultades que enfrentaron las organizaciones de Pueblos Indígenas durante este proceso político, principalmente debido a la interferencia de grupos claramente opuestos a sus intereses y a la afirmación de sus derechos, como los "militares" y los representantes del agronegocio; fue posible lograrlo, dentro de las posibilidades fácticas y limitadas, las transformaciones legales hacia el reconocimiento de nuevos derechos y el mantenimiento de otros que ya habían sido reconocidos en constituciones anteriores¹².

II – El reconocimiento constitucional de los derechos de Pueblos Indígenas en el Brasil contemporáneo

La Constitución, por primera vez en la historia del constitucionalismo brasileño, describe un capítulo específico sobre los Pueblos Indígenas, que comprende los artículos 231 y 232 de su texto. Entre estas disposiciones, los Indígenas son reconocidos por su organización social, costumbres, idiomas, creencias y tradiciones, y los derechos originales sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, y la Unión es responsable por demarcar, proteger y garantizar el respeto de todos sus activos (art. 231).

La Constitución también define el concepto de "tierras tradicionalmente ocupadas" como aquellas en que ellos habitan permanentemente, aquellas utilizadas para sus actividades productivas, aquellas esenciales para la preservación de los recursos ambientales, necesarios para su bienestar y aquellas necesarias para su reproducción física y cultural, según sus usos, costumbres y tradiciones (art. 231, § 1). Aun así, se enfatiza que sus tierras están en posesión permanente de los Pueblos Indígenas y que las riquezas de la tierra, los ríos y los lagos son su usufructo (art. 231, § 2).

Como avances significativos, la Constitución determinó que las tierras indígenas son inalienables y son indisponibles, y los derechos sobre ellas son imprescriptibles (art.

que se refiere a las acciones emprendidas por los propios pueblos indígenas como sociedades políticamente autodeterminadas. Para profundizaciones, ver: Cunha (2014).

10 Sobre los nuevos movimientos sociales, ver: Touraine (2007); Warren-Scherer (2011).

11 El término "derechos territoriales" busca designar en este trabajo no solo el "derecho a la tierra", sino todos los demás derechos que se relacionan con él, como el caso de la gestión política territorial por parte de los propios pueblos indígenas, políticas públicas para el medio ambiente, entre otros. En efecto, los derechos territoriales están en el corazón de la "cuestión indígena" del país aún hoy.

12 Durante a Assembleia Nacional Constituinte ganhou relevância a atuação de organizações indígenas como a Comissão Pró-Índio (CPI/SP), a Associação Brasileira de Antropologia (ABA), e a Igreja Católica representada pelo Conselho Missionário Indigenista (CIMI), que em grande medida deram voz aos povos indígenas. (Cfe. Bicalho, 2010: p. 179.) Para aprofundamentos, também ver: Santos (1989).

231, § 4). En este sentido, el texto constitucional considera nulos los actos que tienen como objetivo la ocupación, el dominio y la posesión de estas tierras o la explotación de su riqueza (art. 231, § 6). Así, el texto constitucional establece un *paradigma protector para las tierras indígenas*, señalando, como lo describe Orlando Villas Bôas Filho, “uma maior autonomia dos direitos dos índios concernentes a interesses advindos dos sistemas econômico e político” (Villas-Bôas Filho, 2003: 291). En este sentido, a partir de una lectura sistemática de la Constitución, es posible concebir el *paradigma protector* de las tierras de los pueblos indígenas antes mencionado como un elemento constitutivo de la dignidad de la persona humana, un principio constitucional inscrito en el Artículo 1, punto III de la Constitución.

Sin embargo, en la literatura jurídica, existe un punto de tensión al concebir las innovaciones de los párrafos (§§) 3 y 4 del artículo 231 como una evolución adquisitiva para los pueblos indígenas, en comparación con la Constitución anterior de 1967/1969. El jurista Marco Antonio Barbosa (2001: 96-97), cuando teoriza sobre los recursos minerales y hídricos en tierras indígenas, disciplinado en el artículo 231, § 3 de la Constitución, señala que en el sistema constitucional anterior este asunto no era tratado constitucionalmente, por lo que se entendió, y aquí el autor se refiere a Pontes de Miranda, que toda la riqueza natural, incluidos los recursos hídricos y la riqueza del suelo, eran de usufructo pleno y exclusivo de las comunidades indígenas. Según el autor, el tema de la minería en tierras indígenas en la Asamblea Nacional Constituyente fue uno de los más “acalorados”, y que resultó en un “revés constitucional” la posibilidad de explotar la tierra con la autorización del Congreso Nacional, siendo en contra de lo dispuesto en la reciente Declaración Internacional de los Derechos de Pueblos Indígenas (Barbosa, 2001: 96-97).

Otro punto que también crea debate es la posibilidad de remoción de los pueblos indígenas de sus tierras en caso de catástrofe o epidemia que ponga en riesgo a su población, conforme dispone el art. 231, § 5º de la Constitución. Como argumentan Marco Antonio Barbosa y José Alfonso da Silva, esta disposición constitucional infringe el derecho de posesión permanente de los pueblos indígenas (Barbosa, 2001, 96-97; Silva, 2017: 425).

Finalmente, el capítulo sobre pueblos indígenas termina con el art. 232 que prevé la capacidad jurídica de los indígenas, sus comunidades y organizaciones para ingresar como partes legítimas en los tribunales, en defensa de sus derechos. Se trata de la posibilidad de autodeterminación en asuntos legales que les conciernen, considerando que, hasta la promulgación de la Constitución de 1988, los pueblos indígenas eran considerados por el antiguo Código Civil (1916) como “relativamente incapaces”, lo que les impedía ingresar en pleitos.

También se señala que existe un tipo de “consenso” en la literatura jurídica para clasificar los derechos territoriales de los pueblos indígenas previstos sobre todo en el art. 231 como “derechos fundamentales” (Cfe. Silva, 2017; Dallari, 2009; Villares, 2009; Barbosa, 2001; Kayser, 2010; Joaquim, 2013). Esto se debe también a la apertura del Artículo 5º, § 2 e § 3, que reconoce expresamente que el elenco de los derechos fundamentales en la Constitución incluye otros derechos constitucionalmente previstos así como derechos derivados del régimen y los principios adoptados por el texto constitucional e por tratados internacionales de protección de los derechos humanos, afirmase así la existencia de derechos

fundamentales "dispersos" en el texto constitucional¹³. El razonamiento detrás de esta posición doctrinaria che reconoce los derechos territoriales como derechos fundamentales gira en torno a la importancia fundamental de la tierra, como condición indispensable para la existencia y supervivencia de los pueblos indígenas, y también se refiere a los tratados y convenciones internacionales sobre el tema.

El capítulo específico sobre los pueblos indígenas en la Constitución se limita a los aspectos discutidos anteriormente; sin embargo, los derechos de los pueblos indígenas se abordan transversalmente también en otras disposiciones del texto. La Constitución establece la competencia exclusiva de la Unión para legislar sobre las poblaciones indígenas (art. 22, XIV); la competencia exclusiva del Congreso Nacional para autorizar la exploración y explotación de los recursos hídricos, la investigación y la extracción de riqueza mineral en tierras indígenas (art. 49, XVI); la competencia de los jueces federales para procesar y juzgar disputas sobre los derechos indígenas (art. 109, XI); la defensa judicial de los pueblos indígenas como responsabilidad del *Ministerio Público* (art. 129, V); además del establecimiento de un período de cinco años para completar la demarcación de tierras indígenas en el país (acto de disposiciones transitorias, art. 67)¹⁴. En la sección que trata sobre Cultura, el texto constitucional también establece que el Estado debe garantizar y proteger las manifestaciones de la cultura indígena y los grupos que participan en el proceso civilizador brasileño (art. 215, § 1).

Con respecto a los derechos de los pueblos indígenas previstos en la Constitución, aún es apropiado enfatizar que deben ser leídos e interpretados de manera sistemática con lo que está previsto en otras disposiciones de la Constitución, especialmente los derechos sociales, los derechos de libertad, la protección del medio ambiente ecológicamente equilibrado y los derechos culturales. Se menciona también que, además de los derechos territoriales, es posible afirmar que un enfoque constitucional de los derechos de los pueblos indígenas no puede prescindir de al menos otros tres puntos notables para un análisis basado en la complejidad de este fenómeno: a) la superación del integracionismo y el reconocimiento del pluralismo cultural; b) el reconocimiento de una especie de "pluralismo jurídico"; c) la apertura al derecho internacional de los derechos humanos.

Sobre el primer punto, basado en un análisis sistemático de la Constitución, juristas e investigadores de los derechos indígenas afirman que el texto constitucional ha superado un paradigma que históricamente marcó la relación entre el Estado y los pueblos indígenas en el país, a saber, el paradigma del *integracionismo*, que se articuló como una política de Estado desde principios del siglo XX. Según Raquel Fajardo (2006: 542), el integracionismo fue una de las características del constitucionalismo social en América Latina, al igual que el asimilacionismo lo fue del constitucionalismo liberal. Ambos términos pueden interpretarse como sinónimos de una práctica que tiene como objetivo, en resumen, negar el derecho al futuro de estos pueblos, en la medida en que niegan sus prácticas y sus expresiones culturales ¹⁵, desde la creación de una "necesidad", inscrita en la homogeneización a la cultura "dominante".

13 Derechos "fundamentales más fuera del catálogo" según la clasificación de Canotilho (1995: 539-540).

14 Lo que, efectivamente, no resultó cumplido.

15 Algunos autores hacen una distinción entre asimilacionismo e integracionismo. Para Orlando Villas Bôas Filho, "a integração que, grosso modo, consistiria na participação na sociedade nacional sem a perda da identidade étnica, ao ser confundida com a assimilação,

Esta es una forma de manejar el problema del pluralismo y la diferencia, como lo define María José Fariñas Dulce (2014). Desde el descubrimiento y el encubrimiento del "otro" (Dussel, 1994)¹⁶ en la génesis de la modernidad, el problema del pluralismo ha demostrado ser un desafío para la colonia portuguesa y española. El segregacionismo, el asimilacionismo, el integracionismo, el multiculturalismo y la interculturalidad eran, y siguen siendo, "metodologías políticas", o "técnicas políticas" que buscan gestionar y responder a este desafío, tratado como "problemático" por los pueblos colonizadores. La asimilación y el integracionismo prevalecieron tanto en la esfera jurídico-formal, sea en la esfera constitucional, legal o infra-legal, como también en las prácticas políticas hasta la promulgación de la Constitución de 1988, que, teniendo en cuenta las reivindicaciones de una parte considerable de la sociedad brasileña, insertó una perspectiva multicultural en su texto.

El integracionismo del siglo XX aún dejó huellas de este régimen de juridificación (Villas-Bôas Filho, 2017: 345) en la legislación pre-Constitución de 1988, en la cual el *Estatuto do Indio* (Ley n° 6.001/1973) es el ejemplo más evidente. Como observa Orlando Villas-Bôas Filho (2017:283), este documento legal se guió por la ideología integracionista, de modo que su texto hace expresa referencia a la integración "progressiva e harmoniosa" de los pueblos indígenas en la "comunidad nacional" (cf. art. 2 del *Estatuto do Indio*). Dicha integración tendría lugar a través de la gradual "emancipación" de los pueblos indígenas, sin perder necesariamente su identidad cultural.

En estos términos, el reconocimiento constitucional de la diferencia, en el texto de la Constitución de 1988, sobre todo el reconocimiento de los derechos culturales, la cultura y las prácticas indígenas, inaugura un "nuevo paradigma político y jurídico" basado en la "pluriétnicidad" (VILLARES, 2009: 16), donde

abandona-se definitivamente o conceito, inclusive jurídico, de que os índios são seres humanos com uma cultura inferior, primitiva, e de que a aproximação com a sociedade ocidental brasileira condena-os à civilização ocidental e à consequente perda de sua identidade étnica. (Villares, 2009: 17)¹⁷.

Jurídicamente, este reconocimiento también se refleja en el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, promulgado en 1989, que Brasil ha ratificado¹⁸.

El segundo punto se refiere al reconocimiento de cierto tipo de pluralismo jurídico¹⁹. El reconocimiento jurídico de la diversidad social, cultural y política de los pueblos indígenas promovió lo que Marcelo Neves (2012: 237) llama "transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e ordens locais extraestatais" que se evidencia y ejemplifica en el reconocimiento de las costumbres indígenas en el campo de la jurisdicción, ya sea civil, penal, constitucional o internacional. Se trata, pues, de la caracterización de un tipo de pluralismo jurídico,

que seria justamente a total incorporação de um indivíduo ou grupo na sociedade nacional, com a perda de sua identidade étnica e cultural". (Villas-Bôas Filho, 2003: 284).

16 En el mismo sentido crítico ver: Bhabha (2013).

17 Em este sentido, es importante puntuarse el trabajo de Claude Lévi-Strauss "Raça e História", Lévi-Strauss (1976).

18 La convención fue ratificada mediante el Decreto n. 5.051, 19 de abril de 2004.

19 Para una análisis desde la teoría del derecho y sociología jurídica del concepto de pluralismo jurídico, ver: Wolkmer (2015).

no idéntico o al mismo nivel de aquél practicado hoy en los países andinos, en el llamado "nuevo constitucionalismo latinoamericano", pero éstas son prácticas jurídicas que en gran medida innovan la racionalidad del derecho moderno y admiten una nueva posibilidad de practicar y concebir el derecho.

El tercer punto a tratar se refiere a la cláusula de apertura de la Constitución al derecho internacional de los derechos humanos, como se establece en el § 3 del artículo 5. Actualmente, es en gran parte difícil, e incluso inadecuado, llevar a cabo una lectura de la Constitución, especialmente con respecto a los derechos fundamentales, que no tenga en cuenta el derecho internacional de los derechos humanos y el desarrollo de la jurisprudencia de los sistemas regionales de protección de estos derechos, específicamente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, el mejoramiento de los marcos jurídicos internacionales en el área de los derechos humanos ha impactado directamente la forma en que se organizan los Estados nacionales (Cançado Trindade, 2003; Cançado Trindade, 2001; Buergenthal, 1988). Esto hizo posible una aproximación dialógica entre el orden Constitucional de los Estados y las normas internacionales, así como entre la jurisdicción Constitucional y la jurisdicción internacional que se agregan a la protección de personas, grupos y pueblos.

Con respecto a los derechos de los pueblos indígenas, actualmente hay una serie de documentos internacionales ratificados por Brasil, que incorporan, al menos desde el punto de vista material²⁰, una serie de derechos con estatus constitucional. Este reconocimiento se produjo tanto en el Sistema Mundial para la Protección de los Derechos Humanos como en el Sistema Regional, con énfasis en el Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos²¹. En este sentido, se observa que dicho paradigma de protección constitucional de los derechos de los pueblos indígenas no se limita solo al texto constitucional, sino que también se refiere al marco de protección internacional que, recientemente, ha tenido un desarrollo fructífero.

III – Entre avances y retrocesos

Aunque ha habido un reconocimiento constitucional importante y fructífero de los derechos de los pueblos indígenas en las últimas cuatro décadas en Brasil, y en gran parte del mundo, es evidente que, en ciertas cuestiones políticas y económicas fundamentales, como la cuestión de las "tierras indígenas" en Brasil, efectivamente no existe un "consenso" en la esfera pública brasileña sobre la necesidad de su salvaguardia. Se observa que desde la "crisis política" en el país, que comenzó en 2013, el cuestionamiento discordante de los sectores de la comunidad política institucional sobre los derechos de los pueblos indígenas se ha intensificado (United Nations, 2016), tanto desde el punto de vista de la violencia física y material como también en la violencia simbólica. En relación con esta última, los tres poderes de la República han demostrado a través de acciones la intención de cambiar o incluso "subvertir" las disposiciones constitucionales en detrimento de los derechos de los pueblos indígenas ya reconocidos.

La crisis demuestra que el histórico "problema de la tierra" de los pueblos indígenas está lejos de ser considerado un "asunto del pasado", pues sigue siendo un tema

20 La discusión sobre la jerarquía formal de los tratados internacionales de derechos humanos se peleó en el "Supremo Tribunal Federal" brasileño en 2004. Para profundizar, ver: Piovesan (2018).

21 Para profundizar ver: Anaya (1996).

central en la cartografía política brasileña actual. De hecho, las discusiones recientes sobre los derechos de los pueblos indígenas se centran en la dinámica de protección y conservación de las tierras indígenas reconocidas y las que están en proceso de reconocimiento por parte de FUNAI. El disenso político sobre los derechos de los pueblos indígenas plantea en evidencia la cuestión de sus tierras y la posibilidad de su "compra", uso con fines ajenos a la preservación de sus costumbres y tradiciones y la explotación de grandes capitales a través de la minería y la expansión de la frontera agrícola. Este disenso socava la centralidad de la relación de profunda identidad que los pueblos indígenas establecen con sus tierras, y plantea un desafío para la gestión de la diversidad en Brasil.

Las "amenazas" a los derechos de los pueblos indígenas en Brasil se establecieron dentro del alcance de los tres poderes, en la esfera federal. De hecho, tanto el Ejecutivo, el Legislativo y el Poder Judicial han recientemente actuado, en algunos casos, en dirección opuesta a las disposiciones constitucionales.

En el ámbito del poder judicial, el *Supremo Tribunal Federal* (STF) creó en 2009 la tesis del "marco temporal" dentro del alcance del caso "*Raposa Serra do Sol*"²². Según esta tesis, los pueblos indígenas solo tendrían derecho a sus tierras si estuvieran en ellas en la fecha de promulgación de la Constitución de 1988. De lo contrario, en la lógica de esta tesis, no habría posibilidad legal de caracterizarlas como tierras indígenas. Es una "innovación judicial" en que la Corte Suprema creó un criterio extralegal y extra-constitucional para la caracterización de las tierras indígenas, incluso negando los casos de "esbozo posesivo" que ocurrieron durante la dictadura militar (1964-1985) que son difíciles de probar por parte de estos pueblos. La tesis generó una serie de discusiones académicas y movilización política y doctrinaria, considerando que, no obstante, el *Supremo Tribunal Federal* ha declarado, en el contexto de embargos de declaración, que los efectos de la tesis del "marco temporal" se limitarían a la aplicación del caso *Raposa Serra do Sol*, el mismo Tribunal aplicó la tesis en al menos otros tres casos. Además, la afirmación de la tesis en juicio abrió el camino para que los jueces de los niveles inferiores de los tribunales estatales y federales también la apliquen²³.

En la esfera del Poder Ejecutivo, la *Advocacia Geral da União* emitió tres opiniones a favor de aplicar la tesis del "marco temporal" en los procesos administrativos para el reconocimiento de las nuevas tierras indígenas que actualmente se procesan en la *Fundação do Índio* (FUNAI). Dos de ellos fueron revocados, y la última opinión con fecha de 2017 sigue vigente, pero con sus efectos suspendidos en ciertos casos específicos debido a la concesión de medidas cautelares para su suspensión²⁴. La opinión antes mencionada, al obligar a los órganos de la Administración Pública Federal a hacer cumplir el "marco temporal" y las salvaguardias institucionales²⁵, se muestra como una medida aún más perjudicial para los pueblos indígenas.

22 Quedó conocida como "caso *Raposa Serra do Sol*", la "Ação Popular" n. 3388 impetrada por senadores de la República contra la Unión Federal y el Estado de Roraima: Supremo Tribunal Federal (2009).

23 Para un análisis crítico de este caso desde el punto de vista de la Teoría Constitucional y de la teoría política, ver: Burckhart (2019).

24 Trata-se da Ação Civil Pública n. 1002351-95.2018.4.01.3600, ajuizada pelo Ministério Público Federal em face da União e da FUNAI.

25 Cf. Parecer n. 001/2017/GAB/CGU/AGU. "1. O Supremo Tribunal Federal, no acórdão proferido no julgamento da PET 3.388/RR, fixou as "salvaguardas institucionais às terras indígenas", as quais constituem normas decorrentes da interpretação da Constituição e, portanto, devem ser seguidas em todos os processos de demarcação de terras indígenas. 2. A

Esto se debe a que la Administración Pública Federal es responsable de los procesos administrativos de demarcación de las tierras indígenas. Aún dentro del alcance del Poder Ejecutivo Federal, debe tenerse en cuenta que, desde la crisis política de 2013, se ha registrado el menor número histórico de tierras indígenas reconocidas y formalizadas por los Presidentes de la República (Souza, 2018), de la misma manera que FUNAI fue desmantelada y hubo el intento de transferencia de sus competencias para el Congreso Nacional, además de la reciente propuesta del gobierno del presidente Jair Bolsonaro de autorizar la minería en tierras indígenas.

En el Poder Legislativo, las amenazas son aún más contundentes. Recientemente, la *Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados* (CDMH) enumeró 40 amenazas legislativas a los derechos humanos que están pendientes en ese órgano. Entre las propuestas, hay dos que afectan directamente los derechos de los pueblos indígenas, mientras que otras cuatro afectan indirectamente. Comenzando con aquellos que amenazan indirectamente, hay una propuesta para 1) vender tierras a extranjeros²⁶, lo que puede afectar incluso las tierras de los pueblos indígenas que aún no han sido demarcadas; 2) el nuevo Código de Minería²⁷, que también influye en las áreas indígenas; 3) y el fin de la licencia ambiental²⁸, que afecta a las comunidades indígenas en la medida en que se hace más fácil llevar a cabo proyectos en áreas que bordean las tierras indígenas, que pueden afectarles directa o indirectamente, sin el debido control estatal.

Administração Pública Federal, direta e indireta, deve observar, respeitar e dar efetivo cumprimento, em todos os processos de demarcação de terras indígenas, às condições fixadas na decisão do Supremo Tribunal Federal na PET 3.388/RR, em consonância com o que também esclarecido e definido pelo Tribunal no acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Declaração (PET-ED 3.388/RR)”.

26 “7. Venda de Terras Indígenas para estrangeiros. Desde 2015 a proposta que permite a venda de terras para estrangeiros está com urgência aprovada, para que possa ser apreciada pelo Plenário da Câmara. Defendido pela bancada ruralista, o PL viola a soberania nacional. Alexandre Conceição, do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra, sintetiza: “Numa ponta, nós lutamos pela distribuição de terras para produzir alimento; na outra, eles querem justamente entregar essas terras e jogar as comunidades para as periferias das grandes cidades”, agravando a exclusão social. (PL 4059/2012)”. Cfe. Joao (2017).

27 “10. Mineração. O projeto de Código da Mineração vai no sentido contrário ao das necessidades indicadas pelo maior desastre ambiental da história do Brasil, provocado pela mineração empresarial: a tragédia de Mariana. O código mais incentiva que regula a mineração. Os substitutivos apresentados – um dos quais escrito no computador de uma mineradora – fragilizam o controle estatal e a capacidade de o Poder Público atuar no planejamento desse setor estratégico. (PL 37/2011)”. Cfe. Joao (2017).

28 11. “Fim do Licenciamento Ambiental. O presidente da Frente Parlamentar da Agropecuária anunciou que acordou com o Governo Federal a aprovação do “auto-licenciamento” ambiental - que permite às empresas obter o licenciamento com o simples preenchimento de um formulário, retirando do Estado o poder de controlar os empreendimentos em prol do meio ambiente. Segundo a mesma fonte, este acordo permitirá, ainda, a dispensa do licenciamento. Outro projeto, apelidado de “fast track” ambiental, simplifica o licenciamento. Além disso, três projetos legislativos apresentados pela bancada ruralista visam a autorizar a construção de hidrovias sem necessidade de licenciamento ambiental, nos rios Tapajós, Tocantins e Araguaia, e Paraguai. A informação é do site Intercept. (PL 3729/2004, PLS 654/2015, PDCs 118, 119 e 120/2015)”. Cfe. Joao (2017).

Además de éstos, también están aquellos que amenazan directamente los derechos de los pueblos indígenas, con el fin de las demarcaciones indígenas²⁹ y la Comisión Parlamentaria de Investigación de INCRA y FUNAI (JOAO, 2017).

La *Proposta de Emenda à Constituição* (PEC) 215/2000 es quizás la "amenaza legislativa" que más ha repercutido desde el punto de vista político y mediático. Es un cambio aparentemente sutil (la transferencia del Poder Ejecutivo al Legislativo de la competencia para demarcar las tierras indígenas), pero que tendrá innumerables efectos, considerando que en la esfera del Poder Legislativo federal existen grupos políticos favorables al agronegocio y que se oponen claramente, en su mayor parte, a los derechos de los pueblos indígenas. También se señala, como ya se mencionó, las Propuestas de Ley (PL 490/2007; PL 1.216/2015; PL 1.218/2015; PL 7.813/2017) que buscan "legalizar" la tesis antes mencionada del marco temporal en el sistema jurídico brasileño.

IV – Crisis política, crisis de derechos

La crisis política brasileña, que comienza en 2013 y se profundiza con el proceso de *impeachment* de la presidenta Dilma Rousseff en 2016 y con el proceso electivo del presidente Jair Bolsonaro en 2018, se desarrolla en línea con macroprocesos a nivel internacional y nacional que la (re)dimensionan de modo aún más agudo.

En el ámbito internacional, el neoliberalismo, entendido como una nueva *racionalidad* no solo económica, sino también ética y política (Cfe. Dardot & Laval, 2019), delinea los contornos de sociedades cada vez más desiguales, marcadas por la precariedad de las relaciones laborales y económicas. Por otro lado, y como resultado de las políticas neoliberales, el "neoconservadurismo" (Fariñas Dulce, 2014: 112) se presenta como una nueva racionalidad política que sostiene el neoliberalismo y también sus consecuencias. Vinculado a esto está la crisis de las "democracias liberales" (Cfe. Ziblatt & Levitsky, 2018) y el establecimiento de "democracias iliberales", incluso en los espacios políticos reconocidos como democracias "consolidadas", como los Estados Unidos y el Reino Unido, marcadas por la emergencia del "populismo" de derecha, de extrema derecha y de izquierda.

En el ámbito interno, esta crisis está relacionada con la crisis económica, también reciente, caracterizada por la caída de los precios de las *commodities*, que son un efecto directo del neoliberalismo (Cfe. Mascaro, 2017). Tal crisis profundizó las precarias relaciones económicas de la población brasileña y la hizo políticamente

29 PEC 215/2000, Portaria nº 68, de 14 de janeiro de 2017. "A Proposta de Emenda à Constituição, que já foi aprovada em Comissão Especial e está pronta para o Plenário da Câmara, prevê a competência do legislativo para demarcar terras - o que impossibilitará, na prática, futuras demarcações. Além disso, transforma as terras tradicionais em equivalentes da propriedade rural: podem ser arrendadas, divididas e permutadas e ainda receber empreendimentos econômicos. Isso permite a investida do agronegócio e das mineradoras sobre terras indígenas homologadas, acabando com a noção de tradicionalidade. A PEC estende o "marco temporal" (necessidade de estar sobre a terra tradicional na data de promulgação da Constituição de 1988) também às comunidades quilombolas. Ou seja, é danosa também para essas comunidades tradicionais. Algumas demandas de ruralistas expressas na PEC 215 foram regulamentadas por Portaria do Ministro da Justiça. A norma, de hierarquia inferior à lei, relativiza o parecer técnico da FUNAI. Agora, o Ministério da Justiça pode rever o procedimento. A Portaria abre espaço para pressão dos ruralistas e para adoção imediata do "marco temporal". A norma, além de inconstitucional, fere a Convenção 169 da OIT, que determina que os povos indígenas devem ser consultados previamente sobre medidas que os afetem".

vulnerable, como lo señala la investigación realizada por la antropóloga Rosana Pinheiro-Machado (2018). En la misma línea, la desconfianza en el sistema político brasileño y, sobre todo, en los partidos políticos tradicionales, en razón de escándalos de corrupción, pero también de instituciones como el *Supremo Tribunal Federal*, también nos permite hablar de una "crisis de representatividad" generalizada, que permitió el surgimiento de las figuras "outsiders" en la dinámica política brasileña, tanto en el Ejecutivo como en el Legislativo. Los efectos de estas crisis tuvieron repercusiones en el crecimiento de la derecha y la extrema derecha política, además de profundizar los radicalismos y fundamentalismos de la derecha, extrema derecha e izquierda.

En este contexto, se puede decir que las crisis políticas son el pilar de la "crisis de derechos". Esto se debe porque la efectividad de los derechos ya reconocidos en el ámbito constitucional e infraconstitucional depende de acciones políticas (Hesse, 2010), de "políticas constitucionales", que son capaces de "dar vida al texto", convirtiéndolo en la "norma". En efecto, los momentos de crisis política contrastan con la racionalidad jurídica que caracteriza el diseño constitucional, es decir, la búsqueda de la "estabilidad" y el "buen progreso" de la vida política basada en las reglas determinadas en su texto. Las crisis tensionan la "fuerza normativa" del texto constitucional que, en ciertos momentos, puede sucumbir a la racionalidad política. La crisis de derechos, por lo tanto, se desarrolla cuando la racionalidad jurídica presente en el texto constitucional y su efectividad, a través de su transformación en una "norma constitucional", es reemplazada por la racionalidad "política" y se agudiza aún más cuando esta última racionalidad demuestra ser hostil a la oposición, instrumentalizándose en la lógica del amigo-enemigo, como señala Carl Schmitt (2007).

Los derechos constitucionales de los pueblos indígenas y la gestión de la diversidad están en la centralidad de esta dinámica. Como minoría social y étnica en Brasil, los pueblos indígenas son víctimas os discursos "populistas" que los atacan simbólicamente. El actual presidente de la República, Jair Bolsonaro, ha declarado varias veces su intención de no demarcar más ningún "milímetro" de tierras indígenas y tratar de deconstruir las demarcaciones de tierras indígenas ya demarcadas, además de establecer una política integracionista que desbarata la *Fundação Nacional do Índio* (FUNAI)³⁰. En este contexto, los derechos constitucionales de los pueblos indígenas corren el riesgo de sucumbir a una dinámica de "constitucionalización simbólica", en la que existe una hipertrofia de su dimensión simbólica, en detrimento de la función jurídico-instrumental (Neves, 2011: 13).

Partiendo de un modelo teórico para la definición del término Constitución, basado en la teoría sistémica del derecho, en diálogo con los modelos teóricos de Friedrich Müller y Peter Haberle, Marcelo Neves define la constitucionalización simbólica como un *déficit* en la concreción jurídico-normativa del texto constitucional. A través de la interferencia de la racionalidad política en la racionalidad jurídico-instrumental, la constitucionalización simbólica funcionaría como un fenómeno en el que los problemas sociales y culturales se enmascaran a través de un texto que no resulta efectivo en resultados prácticos y transformaciones empíricas en la realidad social.

30 La ONG Internacional "Survival International" ha hecho una compilación de los comentarios del actual Presidente brasileño sobre los pueblos indígenas. Survival International (2018).

Es un problema que se agrava en las sociedades periféricas, marcadas por un alto nivel de desigualdades sociales e injusticias, y también por relaciones de “subintegración” y “sobreintegración” de la ciudadanía (Neves, 1994: 254-255), donde el sistema político se apoya en el "formalismo" constitucional sin, todavía, defender la "positividad" de su texto y su transformación en una norma constitucional.

Si, por un lado, en un análisis comprometido con la efectividad de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en Brasil, se puede decir que se produce un proceso de "constitucionalización simbólica", por otro lado, también es evidente que el texto constitucional no ha perdido todo su valor jurídico-instrumental. Esto se debe a que, aunque la "política indígena clandestina"³¹ de las grandes corporaciones, de los sectores vinculados al agronegocio y también del Gobierno Federal, actúan en desacuerdo con lo establecido en el texto constitucional, la permanencia de este texto parece evitar injusticias políticas a mayor escala. El intento de cambiar el texto constitucional a través de la *Proposta de Emenda Constitucional* (PEC) 215/2000 demuestra que el texto constitucional todavía tiene su valor jurídico e instrumental y no simplemente simbólico, pues representa un obstáculo jurídico para determinadas acciones políticas, a pesar de los obstáculos sociales y económicos impuestos para su plena implementación.

De hecho, se puede hablar de una constitucionalización simbólica en términos y en situaciones específicas. Esto indica que la crisis política brasileña ha debilitado la implementación ya frágil del texto constitucional. En estos términos, se puede hablar de un proceso de "debilitamiento constitucional" o incluso, como sinónimo, de "constitucionalismo frágil" en el que la dimensión protectora de los derechos fundamentales, a menudo, es descuidada o es negociada a favor de la voluntad política y/o económica hegemónica. Este proceso de "debilitamiento" constitucional, que marca la historia del constitucionalismo brasileño y de aquellos países que se caracterizan por una esfera pública de baja densidad democrática, se profundiza en momentos de crisis política y económica. Este escenario refuerza las relaciones de poder asimétricas y relega a la marginalidad los derechos de las minorías étnicas y el "problema de la diversidad".

Este cuadro apunta en dirección a una evidente falta de “apertura cognitiva” por parte del sistema político y jurídico brasileño hacia la interculturalidad y los diálogos entre diferentes culturas y cosmovisiones. El blindaje de gran parte del sistema político y también de una esfera del sistema de justicia, impide la creación efectiva de este diálogo, prevaleciendo un enfoque integracionista sobre la forma de representar y concebir a los pueblos indígenas en la estructura de la sociedad brasileña, como sujetos políticos y sujetos de derechos. La imposibilidad de esta “apertura cognitiva” en el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas hace que la condición social de los pueblos indígenas sea aún más vulnerable, y que sus derechos específicos, reconocidos constitucionalmente, queden relegados, en muchos casos, al apagamiento jurídico y político, caracterizándolos – y perpetuando, en determinado sentido – una dinámica de marginalidad política y de derechos.

Sin embargo, esta realidad, además de un análisis fatalista, que incluso puede dar soporte a la dinámica de la dominación política, puede ser, por otro lado, el impulso para la reorganización del indigenismo con base en el fortalecimiento del

31 Se tratan de acciones de agentes públicos y privados que actúan clandestinamente al margen de las políticas oficiales del Estado y al margen del establecido en el texto constitucional.

movimiento indígena en Brasil, o sea, una política constitucional de protección de los pueblos indígenas con la participación activa de los mismos. Un ejemplo reciente en esta última dirección, es el relanzamiento de la "*Aliança dos Povos da Floresta*", en la que los líderes indígenas se reunieron en la Amazonía para posicionarse en contra de las políticas del gobierno de Bolsonaro en los campos indígenas y ambientales. Esta movilización encontró apoyo de otros sectores institucionales (como por ejemplo el *Ministério Público Federal*) y de la sociedad. El problema de la diversidad, y la crisis política que también repercute en una "crisis de derechos", solo puede superarse refundando la movilización política y redefiniendo la normatividad del texto constitucional como fundamental para la acción política democrática. Es en el poder político de la movilización crítica y comprometida donde se encuentra el camino hacia la emancipación y la mejor concretización constitucional.

Reflexiones finales

La "gestión de la diversidad" sigue siendo un tema central en la dinámica política y jurídica del Estado brasileño. Esta constatación, por un lado, demuestra la fragilidad del Estado multicultural esculpido en el texto constitucional de 1988; pero, por otro lado, apunta a su potencial como sociedad megadiversa y constitucionalmente comprometida con la protección de la diversidad y la creación de soluciones políticas innovadoras y creativas. De hecho, existe la necesidad de superar una cultura jurídica y política basada en la lógica individual o privatista hacia la noción del "común" – la unidad común – que, en gran medida, ya es positiva en el texto constitucional, la legislación infraconstitucional y tratados internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas y la protección ambiental y cultural.

Del mismo modo, los momentos de crisis muestran la necesidad de volver a los *fundamentos*. No de aferrarse a ellos, sino de repensarlos y reconcebirlos desde una nueva perspectiva de coyuntura, evitando que el discurso fácil y mercantilizado del populismo sea capaz de alzarse como la respuesta correcta. Volver a los fundamentos implica volver a legitimar la noción fundamental de "*derechos humanos*" basada en la lógica misma de protección de la dignidad de la persona humana.

Con respecto a los derechos de los pueblos indígenas, además de su especificidad teórica y epistemológica como una verdadera "rama" del derecho, es necesario pensar en ellos desde la perspectiva del "derecho socioambiental", en la medida en que las cuestiones relacionadas con la protección jurídica de la diversidad, en sus diferentes dimensiones, van de la mano con la protección del medio ambiente y la sostenibilidad (socio)ambiental. Específicamente sobre el derecho a la tierra, hoy é evidente que este es una de las garantías centrales para la identidad y la forma de vida de los pueblos indígenas, al mismo tiempo que esta cuestión también porta consigo la necesidad de proteger el medio ambiente y la cultura y conocimientos de estos pueblos, su patrimonio cultural inmaterial.

En respuesta a la pregunta de investigación lanzada en la introducción de este trabajo, es posible afirmar que, en cierto sentido y en situaciones casuales, se produce un proceso de "constitucionalización simbólica" del texto constitucional, con respecto a los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, también es notable que este mismo texto no ha perdido por completo su dimensión jurídico-instrumental, sino que se simboliza cuando los intereses económicos y/o políticos se colocan circunstancialmente en una relación dinámica superior a la de la racionalidad jurídica.

Por lo tanto, se prefiere hablar de un proceso de *debilitamiento constitucional circunstancial* o de un *constitucionalismo frágil*, que es resultado de una crisis política sin precedentes en la historia político-constitucional brasileña y la profundización de una política indígena clandestina que debilita la racionalidad jurídico-instrumental, pero no la supera por completo, en el sentido sociológico de la Constitución Política de Fernando Lassale (1985).

De hecho, la crisis política y la crisis de derechos imponen nuevos desafíos para los pueblos indígenas, para las instituciones, el Estado y la sociedad civil organizada, a fin de fortalecer la normatividad del texto constitucional, ya sea a través de la movilización política colectiva o mediante instrumentos jurídico-procesales que pueden utilizarse en esta dinámica, incluso a nivel internacional, a través de la responsabilidad jurídica internacional del Estado brasileño. La Constitución, como documento legal-instrumental y proyecto político fundamental, impone a todo el deber de defender y comprometerse en su efectividad en la realidad social. Es en estas relaciones que la Constitución encuentra su fuerza política instrumental y es allí donde radica la posibilidad de emancipación de los pueblos indígenas, los sujetos marginados y la sociedad civil en general, funcionando también como garantía para la sostenibilidad socioambiental.

Referencias

- Anaya, J. (1996). *Indigenous peoples in international law*. New York: Oxford University Press.
- Barbosa, M. A. (2001). *Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil*. São Paulo : Plêiade.
- Benhabib, S. (2006). *Las reivindicaciones de la cultura: igualdad y diversidad en la era global*. Buenos Aires : Katz Editores.
- _____ (2004). *The rights of others: aliens, residents and citizens*. New Haven : Yale University Press.
- Bhabha, H. (2013). *Nuevas minorías, nuevos derechos: notas sobre cosmopolitismos vernáculos*. Buenos Aires : Siglo XXI.
- Buergenthal, T. (1988). *International Human Rights*. Minnesota, West Publishing.
- Burckhart, T. (2017). *Direito, Cultura e Cidadania*. Curitiba : Editora Prismas..
- _____ (2019). *Direitos indígenas e jurisdição constitucional: uma análise crítica do caso Raposa/Serra do Sol*. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina.
- Cançado Trindade, A. A. (2003). *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. I. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor.
- _____ (2001). *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago: Editorial Jurídica del Chile.
- Canotilho, J. J. G. (1995). *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra : Livraria Almedina.
- Cunha, M. C. et. al. (Org.). (2014). *Políticas Culturais e Povos Indígenas*. São Paulo : Cultura Acadêmica.
- Cunha, M. C. (1987). *Os direitos do índio: ensaios e documentos*. São Paulo : Imprint.
- Curi, M. V. (2012). O direito consuetudinário dos povos indígenas e o pluralismo jurídico. *Revista Espaço Ameríndio*, v. 6.

- Dallari, D. (2009). *Os direitos humanos dos índio*. In: MIRAS, Julia Trujillo (et. al.). *Makunaima Grita! Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil*. Rio de Janeiro : Beco do Azougue.
- Dardot, P.; Laval, C. (2019). *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo : Boitempo.
- Dussel, E. (1994). *El encubrimiento del otro: hacia el origen del 'mito de la modernidad'*. La Paz: CLACSO.
- Fajardo, R. (2006). *Hitos del reconocimiento del pluralismo y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*. In: Lopez, M. B. (Org.). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao : Universidad de Deusto.
- Fariñas, M. J. D. (2014). *Democracia y Pluralismo*. Madrid : Dykinson.
- Hall, S. (2010). *A identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro : DP&A.
- Hesse, K. (2010). *A força normativa da Constituição*. Brasília : IBDC.
- Joaquim, A. P. (2013). *Direito Constitucional Indígena: uma análise à luz do caso Raposa/Serra do Sol*. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de São Paulo, USP.
- João, P. (2017). *40 ameaças legislativas aos direitos humanos*. Câmara dos Deputados. Recuperado de : <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/40-ameacas-legislativas-aos-direitos-humanos> .
- Kayser, H. (2010). *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Tradução de Maris da Glória Lacerda Rurack. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Ed..
- Lassalle, F. (1985). *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro : Liber Juris.
- Lévi-Strauss, C. (1976). *Raça e história*. In: LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural II*. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro.
- Mascaro, A. (2017). *Direito, crise e impeachment no Brasil*. *Revista Observatorio Latinoamericano y Caribeno*, n. 1.
- Neves, M. (2009). *Transconstitucionalismo*. São Paulo : WMF Martins Fontes.
_____. (2011). *Constitucionalização simbólica*. São Paulo : Martins Fontes.
_____. (1994). *Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente*. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2.
- Niezen, R. (2003). *The origins of indigenism: human rights and the politics of identity*. Berkeley : University of California Press.
- Pinheiro-Machado, R. (2018). *Da esperança ao ódio: juventude, política e pobreza do lulismo ao bolsonarismo*. *Cadernos IHU Ideias*, 16, n. 278, vol. 16.
- Piovesan, F. (2018). *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 18ª Ed. São Paulo : Saraiva.
- Polanco, H. (2006) *Elogio a la diversidad: globalizacion, multiculturalismo y etnofagia*. Ciudad de México : Siglo XXI Ediciones.
- Santos, S. C. (1989). *Povos indígenas e a Constituinte*. Florianópolis: Editora da UFSC,.
- Schmitt, C. (2007) *The Concept of the Political*. Trad. George Schwab. Chicago : Chicago University Press.

- Silva, J. A. (2017). *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 40ª Ed. São Paulo : Malheiros.
- Souza, O. B. (2018). Com pior desempenho em demarcações desde 1985, Temer tem quatro terras indígenas para homologar. *Instituto Socioambiental*, 19 abr..
- Survival International. (2018). O que Jair Bolsonaro, Presidente-eleito, disse sobre os povos indígenas do Brasil. *Survival International*.
- Supremo Tribunal Federal. (2009). Petição 3.388/RR, julgamento 19/03/2009, Relator: Min. Carlos Britto, Órgão julgador: Tribunal Pleno
- Touraine, A. (2007). *Um novo paradigma. Para compreender o mundo de hoje*. Tradução de Gentil Avelino Tilton. Petropolis : Vozes.
- United Nations. (2016). *Report of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples A/HRC/33/42*. Human Rights Council.
- Villas Bôas Filho, O. (2003). *Os direitos indígenas no Brasil contemporâneo*. In: Bittar, E. (Org.). (2003). *História do direito brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional*. São Paulo : Atlas.
- _____ (2017). A juridicização e o campo indigenista no Brasil: uma abordagem interdisciplinar. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 111.
- Villares, L. F. (2009). *Direito e povos indígenas*. Curitiba : Juruá.
- Warnier, J. P. (2001). *La mundializacion de la cultura*. Quito : Ediciones Abya-Yala.
- Warren-Scherer, I.; Luchman, L. (Org.) (2011). *Movimentos sociais e participação: abordagens e experiências no Brasil e na América Latina*. 1. ed. Florianópolis: Editora UFSC.
- Wolkmer, A. C. (2015). *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 4ª Ed. São Paulo :Saraiva.
- Ziblatt, D.; Levitsky, S. (2018). *How Democracies Die*. New York : Crown.