

DEMARCAÇÃO DE TIERRAS INDÍGENAS Y SEGURIDAD JURÍDICA

Daize Fernanda Wagner¹

Universidade Federal do Amapá (UNIFAP)

Aline Suzana Figueira de Farias²

Universidade Federal do Amapá (UNIFAP)

RESUMEN

Este artículo analiza, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, el intento de cambiar la política de demarcación de tierras indígenas propuesta por el actual jefe del Poder Ejecutivo, en base al art. 21 XIV, § 2 y art. 43 “i” de la Medida Provisional (MP) n. 870/2019 que, aunque rechazados por el Congreso Nacional, tuvieron sus contenidos alterados en la misma sesión legislativa, por medio de la MP n. 886/2019. Aunque los cambios relativos a las obligaciones y la vinculación ministerial de la Funai no hayan sido aprobados por el Congreso Nacional, la propuesta resultó en varias acciones de inconstitucionalidad puesto que violaba los derechos indígenas previstos en la Constitución Federal de 1988 y el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Se adoptó una investigación con un enfoque crítico-dialéctico, del tipo jurídico-teórico, acompañado de un enfoque cualitativo a través de una encuesta bibliográfica extraída de fuentes de datos primarias y secundarias. Al final del estudio, se verificó la hipótesis inicial de que los parlamentarios contribuyeron al aumento de la inseguridad jurídica de los pueblos indígenas sobre la garantía de sus derechos territoriales.

¹Doctor en Derecho por la Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Máster en Derecho por la Laws of Ludwig Maximilian Universitat (LMU). Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidade Católica de Rio Grande do Sul (PUC-RS). Profesora en el curso de Derecho y en el Programa de Postgrado en Estudios Fronterizos (PPGEF) en UNIFAP. Líder del Grupo de Investigación UNIFAP / CNPQ Derechos Humanos, Ciudadanía y Justicia. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3879-6983> / e-mail: daizefernandawagner@gmail.com

² Bachiller en Ciencias Sociales en UNIFAP. Licenciada en Derecho por UNIFAP. Especialista en Conocimientos Jurídicos en Seguridad Pública. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-7887-7852> / e-mail: asuzanafarias@gmail.com

Palabras clave: demarcación de tierras indígenas; derechos territoriales; medidas provisionales; pueblos indígenas; seguridad jurídica.

*THE DEMARCATION OF INDIGENOUS LANDS AND
LEGAL SECURITY*

ABSTRACT

This article analyzes, under the legal security focus, the attempt to change the demarcation of indigenous lands policy proposed by the today President, based on the article 2121 XIV, § 2º and of the article 43 “i” in the Provisional Executive Act nr. 870/2019 that, even denied by the National Parliament, the content had been reedited in the same legislative session, through the Provisional Executive Act nr. 886/2070. Although the changes are related to the Funai’s duties have not been approved by the National Congress, the proposal resulted in several actions of unconstitutionality because it violates indigenous rights which are embedded in the Federal Constitution of 1988 and in the ILO’s Convention nr 169 on Indigenous and Tribal peoples of the International Labor Organization (ILO). A critical-dialect research was adopted, of legal-theoric type, followed by a qualitative approach through bibliographic survey from primary and secondary data. At the end, it was confirmed the initial hypothesis that the Provisional Executive Act contributed for the rise of the legal insecurity of the indigenous peoples in relation to the guarantee to their territory rights.

Keywords: demarcation of indigenous lands; indigenous peoples; legal security; provisional executive act; territory rights.

INTRODUCCIÓN

Este artículo analiza, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, el intento de cambiar la política de demarcación de tierras indígenas, propuesta por el actual jefe del Poder Ejecutivo, en base al art. 21, XIV, § 2 y art. 43, “i”, de la Medida Provisional (MP) n. 870/2019 que, a pesar de ser rechazado por el Congreso Nacional, sufrió reedición de su contenido en la misma sesión legislativa, a través del MP n. 886/2019.

La edición de la MP n. 870, en el primer día de 2019, con el propósito de reorganizar la estructura administrativa del gobierno federal, por intermedio de la unión de ministerios, extinción de carteras y transferencia de agencias públicas, presentó cambios significativos en la política de demarcación de tierras indígenas.

El art. 21, XIV, § 2, del MP, retiró la atribución de la Fundación Nacional del Indio (Funai) para la regularización de la tenencia de la tierra, la identificación, la delimitación y el registro de las tierras tradicionalmente ocupadas por pueblos indígenas y la pasó al Ministerio de Agricultura, Ganadería y Abastecimiento (MAPA).

La supervisión ministerial de Funai, que pertenecía al Ministerio de Justicia (MJ), se transfirió al Ministerio de la Mujer, la Familia y los Derechos Humanos, a través del art. 43 “i”, del MP 870/2019, lo que fue confirmado por la edición del Decreto n. 9.673/2019. El proceso administrativo de demarcación de tierras indígenas también se ha modificado a través del art. 66 del Decreto n. 9.667/2019, que transfirió la atribución de MJ para MAPA para que demarcara tierras indígenas.

Basado en la Constitución de la República Federativa de Brasil 1988 (CF/88), han surgido diversas manifestaciones sobre a la inconstitucionalidad de esta reorganización contenida en la MP n. 870/2019, por introducir una política disociada del respeto de los derechos originales de los pueblos indígenas a su territorio y por contradecir la literalidad de las garantías constitucionales expresadas en el art. 231 de CF/88.

La controversia ocurrió en la edición del art. 21, XIV, § 2, y art. 43 de la MP, ya que no sería coherente transferir la responsabilidad de demarcar las tierras indígenas al Ministerio de Agricultura, Ganadería y Abastecimiento para el MAPA, una cartera comandada por ruralistas y comprometida en promover intereses contrarios a la demarcación de tierras. Del mismo modo, no sería coherente retirar la supervisión ministerial de Funai del MJ.

Después de varias críticas contra la propuesta presentada por la MP, el 22 de mayo de 2019, el plenario de la Cámara de Diputados aprobó el texto básico del MP n. 870/2019, no aceptando los cambios promovidos por el gobierno federal. Por lo tanto, la demarcación de las tierras indígenas regresó a Funai y este órgano permaneció vinculado al MJ. El texto pasó al Senado. La propuesta inicial del MP fue rechazada y se mantuvieron los cambios realizados en la Cámara de Diputados. Con eso, el 18 de junio fue sancionada la Ley n. 13.844/2019. Sin embargo, al día siguiente, el Presidente de la República editó la MP n. 886/2019, que modifica el art. 21 XIV, § 2, de dicha ley.

La intención era, nuevamente, eliminar de Funai la competencia para identificar, reconocer, delimitar, demarcar y titular tierras tradicionalmente ocupadas por pueblos indígenas y atribuir las al MAPA, en contra a la decisión del Congreso Nacional.

El cambio fue impugnado ante el Supremo Tribunal Federal (STF) por tres partidos políticos de oposición. Los fundamentos de las acciones se basaron en la redacción del art. 62, § 10, del CF/88, que establece que “está prohibida la reemisión, en la misma sesión legislativa, de una medida provisional que ha sido rechazada”. Como el Congreso Nacional no estuvo de acuerdo con la redacción del art. 21, XIV, § 2, del MP n. 870/2019, el presidente no podría reeditar otra MP en la misma sesión legislativa que trata sobre un contenido similar.

De ese modo, el ministro Luís Roberto Barroso otorgó una decisión preliminar, que suspendió los cambios realizados a través del MP n. 886/2019 al art. 21, XIV, § 2, de la Ley n. 13.844/2019. Además, el ministro destacó que el Congreso Nacional ya había mantenido anteriormente la Funai como responsable por la demarcación de tierras indígenas. Por lo tanto, el acto era inconstitucional y constituía una clara violación del principio de separación de poderes de la República. Ante a este contexto, surgió la necesidad de plantear la discusión en la academia y la reflexión crítica sobre los cambios legislativos propuestos por el Poder Ejecutivo, por intermedio del MP n. 870 y n. 886/2019. Aunque los cambios propuestos no han sido aprobados por el Congreso Nacional, es necesario abordar el contenido del MP n. 870 y n. 866/2019, editado por el actual jefe del Poder Ejecutivo.

Así, esta investigación tiene como objetivo dilucidar el proceso de cambio en la política de demarcación de tierras indígenas propuesta por el Jefe Ejecutivo, a través del MP n. 870/2019 y n. 886/2019. Por consiguiente,

parte de la pregunta ¿Cómo se llevó a cabo el proceso de cambio para generar incertidumbre legal para los pueblos indígenas? La hipótesis presentada es que los cambios previstos en MP n. 870/2019 y n. 886/2019 desencadenó una creciente inseguridad jurídica para los pueblos indígenas, tanto en lo que toca a la garantía de la demarcación de sus tierras por parte de la Unión, prevista en el art. 231 de CF/88, como, por violar el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, según lo determinado en el art. 6 del Convenio 169 de la OIT.

Lo que concierne a los aspectos metodológicos, inicialmente, se realizó una investigación exploratoria en los sitios web del Ministerio Público Federal (MPF), la Cámara de Diputados, el Senado Federal y el STF, para actualizar la información que estaba en proceso de análisis y debate por parte del Poder Legislativo y Judicial. Luego, el estudio se complementó con la lectura del contenido de doctrina, jurisprudencia, estándares nacionales e internacionales.

La investigación presenta un abordaje cualitativo, con un enfoque crítico-dialéctico. En cuanto al tipo de investigación en derecho, optamos por una investigación jurídico-teórica, acompañada de una encuesta bibliográfica sobre el tema. Acerca de la naturaleza de los datos, se utilizaron fuentes primarias, como el análisis de la legislación sobre el tema y fuentes secundarias, tales como: libros y artículos científicos especializados en el asunto.

1 LA SEGURIDAD JURÍDICA

Abordar la seguridad jurídica no es una tarea sencilla puesto que la ambigüedad conceptual que plantea la expresión y las diferencias en respecto a su definición como principio constitucional implícito o expresado en la CF/88.

Ávila (2011) considera que el preámbulo de la CF/88 ya demuestra la importancia de la seguridad jurídica en un Estado Democrático de Derecho. Además del preámbulo, otras referencias directas e indirectas al término están presentes en el art. 5, que establece el derecho fundamental a la seguridad.

El CF/88 menciona la seguridad como un valor fundamental en su preámbulo, también incluye como un derecho inviolable en la materia del art. 5, pero en ningún momento el constituyente se refiere expresamente a un derecho a la seguridad jurídica en el texto de la Constitución (ROCHA,

2005). Si bien en ningún momento se ha referido expresamente a un derecho a la seguridad jurídica, el Constituyente contempla este derecho en varias disposiciones de la CF/88 (SARLET, 2010).

Puede observarse que, a pesar de las diferentes interpretaciones sobre la definición del concepto de seguridad jurídica, existe un entendimiento común de que el principio se deriva del art. 5 de la CF/88 y “posee una conexión directa con los derechos fundamentales” (MELO, 2006, p. 136).

La idea central de la seguridad jurídica se basa en dos conceptos básicos (CANOTILHO, 2000): (1) estabilidad de las decisiones, una vez adoptadas, no pueden modificarse de manera autoritaria o abusiva, sino en situaciones donde hay hipótesis materiales considerables; (2) previsibilidad, basada en la idea de confianza, certeza de los ciudadanos sobre los efectos jurídicos de la norma. También complementa que se refiere a dos principios materiales que se basa el principio general de seguridad:

[...] el principio de determinabilidad de las leyes expresado en la demanda de leyes claras y densas y el principio de protección de la confianza, traducido en la demanda de leyes que tienden a ser estables, o al menos no perjudiciales para la previsibilidad y el cálculo de los ciudadanos en relación a sus efectos jurídicos (CANOTILHO, 2010, p. 372).

En un contexto de inestabilidad en las decisiones, la seguridad jurídica asume la función principal contra la práctica de la arbitrariedad y en la búsqueda de la pacificación social, la justicia y la protección de los derechos. Por esta razón, debe ser inherente al funcionamiento regular del sistema jurídico de un Estado Democrático de Derecho.

El valor fundamental del principio de seguridad jurídica reside en la propia existencia del derecho, ya que es una base que sostiene la estabilidad de las relaciones jurídicas y no permite “afectar situaciones ya reconocidas y consolidadas adecuadamente, nacidas bajo el imperio de la ley anterior, con aplicación retroactiva de una nueva interpretación de la ley” (OLIVEIRA, 2003, p. 224).

Cabe señalar también que CF/88, en el punto XXXVI, del art. 5, determina que la ley no perjudicará el derecho adquirido, el acto jurídico perfecto y la cosa juzgada. Así también el art. 6 de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño (LINDB): que el acto jurídico perfecto, el derecho adquirido y la cosa juzgada deben respetarse cuando entra en vigencia una nueva ley.

La redacción de estos artículos está relacionada al concepto subjetivo de seguridad jurídica, correspondiente a los “límites a la retroactividad de

los actos del Estado, incluso cuando califican como actos legislativos. Por lo tanto, se refiere a la protección de los derechos adquiridos, el acto jurídico perfecto y la cosa juzgada” (COUTO E SILVA, 2004, p. 273). Desde este punto de vista, en el aspecto objetivo, la seguridad jurídica se refiere a la estabilidad de las relaciones jurídicas, mientras que en el aspecto subjetivo se relaciona con la protección de la confianza en la validez y estabilidad de los actos realizados (CANOTILHO, 2000).

Es importante considerar que la seguridad jurídica y la protección de la confianza no pueden ser valores absolutos capaces de inmovilizar al Estado para realizar cambios en el interés público. Sin embargo, el Estado no puede ser admitido adoptando medidas capaces de sorprender a quienes confiaron en sus derechos que emanan del poder constituyente (COUTO E SILVA, 2004).

Se imponen límites al Estado para practicar actos y cambiarlos. Por lo tanto, la sucesión de leyes a lo largo del tiempo debe garantizar el valor de la seguridad jurídica debido a la confianza de las personas de que las relaciones establecidas bajo la validez de un determinado estándar serán válidas hasta que sean reemplazadas por otras (SILVA, 1998).

Por esta razón, Rocha (1997) considera la seguridad jurídica como un principio que apoya al Estado, capaz de proporcionar al individuo firmeza en la aplicación de la justicia y el cumplimiento de los derechos del ciudadano. Sin embargo, la protección a los ciudadanos se busca a través de la medida que propone respeto a los derechos fundamentales por la nueva norma jurídica, pudiéndola ser desproporcionada o inadecuada (CANOTILHO, 2000).

Luego, un Estado considerado democrático por ley tiene entre sus fundamentos el principio de seguridad jurídica. Los actos que emanan de los poderes de la República deben estar subordinados al respeto de las prerrogativas adquiridas y no pueden promover la revocación de los derechos fundamentales.

La propia definición del concepto de seguridad jurídica se asocia al mantenimiento de la estabilidad y la eficacia para garantizar los derechos adquiridos, la no violación de los mismos, la prohibición de medidas con contenido que presenten la retirada o la supresión de los derechos ya garantizados.

Es en este escenario que el principio de prohibición de regresividad también se destaca. Según Sarlet (2010), la protección de los derechos fundamentales solo es posible a través de un nivel mínimo de seguridad

jurídica en el que el Derecho también garantice la protección de la confianza, la dignidad de la persona humana y la prohibición de medidas de retroceso.

La prohibición del retroceso resulta de los siguientes principios: principio del estado de derecho social y democrático, que requiere un nivel mínimo de seguridad jurídica; Principio de la dignidad humana; principio de máxima efectividad de las normas que definen los derechos fundamentales; principio de protección de la confianza (SARLET, 2010).

A partir del momento en que el ciudadano está desprotegido contra las leyes retroactivas que afecten sus derechos o cuando se ve frustrada su confianza en el orden jurídico consolidado, las relaciones se vuelven inestables y jurídicamente inseguras. Por lo tanto, el papel del Estado es proporcionar seguridad jurídica en las relaciones sociales, especialmente en relación con el disfrute de los derechos fundamentales, como lo es el derecho de los pueblos indígenas al territorio tradicionalmente ocupado.

2 EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA DEMARCACIÓN DE SUS TIERRAS

El art. 231 de CF/88 reconoce “a los indios su organización social, costumbres, idiomas, creencias y tradiciones, y los derechos originales sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, la Unión es responsable por demarcar, proteger y garantizar el respeto a todos sus bienes” (BRASIL, 1988, p. 68).

Antes de CF/88, el reconocimiento de los derechos indígenas se limitaba al derecho de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupaban. Después de la promulgación de CF/88, hubo una expansión de los derechos, que se extendió al respeto a su organización social, costumbres, idiomas, creencias y tradiciones. En este sentido, entre otros, Barreto (2014), Souza Filho (1998), Wagner (2019).

Según Fernandes (2017), la propiedad indígena en la legislación brasileña está configurada como un derecho fundamental y está presente tanto en CF/88 como en la legislación infraconstitucional. Su protección no está vinculada a la propiedad privada, tampoco se compara con la posesión civil, puesto que los pueblos indígenas tienen una visión comunitaria de la tierra y una forma diferente de entenderla y relacionarse con ella.

El avance en la legislación representó la garantía del derecho a la diferencia y la legitimación de los derechos territoriales, además de permitir

el mantenimiento de sus organizaciones sociales y establecer el ritmo adecuado de contacto con el resto de la sociedad, sin eliminar su identidad cultural, rompiendo con la idea de una sociedad brasileña homogénea, en que los pueblos indígenas deberían integrarse.

Para Cunha (1998), la demarcación representa un acto de reconocimiento por parte del Estado de que los indígenas tienen el título original sobre sus tierras. El Poder Ejecutivo emite solo un acto declaratorio de un derecho anterior al propio ordenamiento jurídico.

La tierra tradicionalmente ocupada por los pueblos indígenas, garantizada constitucionalmente, es un derecho que está más allá del reconocimiento del Estado: es anterior a la propia ley, es un derecho preexistente. “Y esta presunción tiene un fuerte rastro de realidad, los pueblos indígenas ya estaban en esa tierra antes de que llegaran los que no son indígenas” (SOUZA FILHO, 1998, p. 148).

El MPF, por intermedio de la 6ta Cámara de Revisión (poblaciones indígenas y comunidades tradicionales), al emitir una nota técnica contra la Propuesta de Enmienda Constitucional (PEC) n. 215/2000 que tiene como objetivo, entre otros puntos, otorgar al Congreso Nacional la aprobación de la demarcación de tierras indígenas, consideró que viola derechos fundamentales, como el derecho de los pueblos indígenas a tierras tradicionalmente ocupadas (art. 231) y los derechos adquiridos otorgados directamente por el constituyente en el art. 5, XXXVI de la CF/ 88 (SARMENTO, 2013).

El Plenario del STF ya ha enfatizado la importancia de la originalidad y anterioridad del derecho de los pueblos indígenas a sus territorios:

DERECHOS “ORIGINARIOS”. Los derechos de los indios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan fueron “reconocidos” constitucionalmente, y no simplemente concedidos, con el resultado de que el acto de demarcación es de naturaleza declarativa, y no exactamente constitutiva. Acto declaratorio de una situación jurídica activa preexistente. Esta es la razón por la cual la Carta Magna los llamó “originarios”, para traducir un derecho más antiguo que cualquier otro, a fin de preponderarse sobre los supuestos derechos adquiridos, incluso aquellos materializados en títulos públicos o títulos de legitimación de posesión a favor de los no indios. Actos, estos, que la propia Constitución declaró “nulo y sin efecto” (§ 6 del art. 231 de la CF) (BRASIL, 2009, p. 237).

La lucha del movimiento indígena y los sectores de la sociedad civil, en medio al proceso de redemocratización en Brasil, contribuyó para romper la perspectiva de asimilación y protección de los pueblos indígenas que

prevaleció en la ley hasta 1988. Por lo tanto, “la cuestión de la tierra era uno de los temas más controvertidos en la redacción de la Constitución de 1988, que buscaba rodear este derecho fundamental con todas las garantías” (SILVA, 2014, p. 871).

Según Santilli (2000) y Luciano (2006), la CF/88 abandonó las ideas asimilacionistas e introdujo el reconocimiento de los derechos permanentes de los pueblos indígenas, considerándolos sujetos presentes, con derecho a la existencia futura como pueblos diferenciados. Se reconoció que la tierra tiene un significado de identidad para los pueblos indígenas, representa su supervivencia física y cultural, el mantenimiento de su forma de vida y conocimiento.

Se puede decir, entonces, que la CF/88 rompió con la política sistemática de asimilación y desarraigo cultural e inauguró una política de acogida, proporcionando el entendimiento de que una democracia pluralista no existe sin la presencia de minorías con derechos respetados (DORNELLES, 2017).

Como un derecho fundamental (SILVA, 2014), el reconocimiento del derecho a las tierras tradicionalmente ocupadas exige un acto formal de este reconocimiento, que es la demarcación. La demarcación es importante tanto para los pueblos indígenas como para los no indígenas, de modo que se hace evidente el reconocimiento explícito de este derecho a los primeros y el deber de respetarlo a los demás.

En términos generales, se entiende que la demarcación de tierras es un acto administrativo de carácter declarativo que es competencia de la Unión para delimitar el territorio tradicionalmente ocupado por los pueblos indígenas. Tal acto está vinculado al art. 231 de la CF/88 y la Unión no puede dejar de practicarlo, dado que es importante explicar los límites de la propiedad indígena y garantizarles una mayor seguridad jurídica.

Aunque la Constitución haya ordenado a la Unión que demarque las tierras indígenas, hasta ahora, hay varias áreas sin definir sus límites³. el art. 67 del Acto de Disposiciones Constitucionales de Transición (ADCT) determinó un período de cinco años a partir de la promulgación de la CF/88 para concluir las demarcaciones en Brasil.

Han pasado más de tres décadas y esto no ha ocurrido en su totalidad. El plazo estipulado es constitucional, es un objetivo que debe cumplirse,

3 Funai revela que hay 440 tierras indígenas regularizadas, es decir, con el proceso de demarcación completado, 127 tierras indígenas en diferentes fases de la demarcación y 117 áreas en estudio (FUNAI, 2016).

pero está claro que la Unión lo interpreta como un acto discrecional, sin un plazo definido para la ejecución.

Sobre este asunto, el STF se expresó, en una decisión en el Recurso en Mandato de seguridad n. 26.212, en el sentido de que la disposición del art. 67 del ADCT no es decadente. Es un estándar programático que debe cumplirse dentro de un período razonable (BRASIL, 2011).

Anterior a la CF/88, el Estatuto del Indígena, Ley n. 6.001/1973, en el art. 65, determinó que el Poder Ejecutivo demarcaría las tierras indígenas en cinco años, es decir, en 1978, todas las tierras indígenas conocidas ya deberían estar debidamente demarcadas. Está claro que este plazo tampoco se ha cumplido y la omisión no tuvo ninguna consecuencia jurídica o administrativa. “La Unión está en deuda con los pueblos indígenas y persiste, aún más intensamente, la obligación de promover la demarcación que el párrafo del art. 231 determina” (SOUZA FILHO, 1998, p. 150).

El Estatuto del Indígena, elaborado en el contexto de la Constitución de 1967, se basa en una visión integracionista que ve a los pueblos indígenas todavía bajo el régimen de tutela, considerándolo incapaz de ejercer ciertos actos de la vida civil. En este punto, por lo tanto, está fuera de acuerdo con la CF/88. El proyecto de ley (PL) n. 2.057/1991, conocido como el “Estatuto de las Sociedades Indígenas”, para regular las disposiciones constitucionales y adaptar el Estatuto a los términos de la CF/88, pero el proyecto se ha paralizado desde 1994 sin posibilidad de aprobación (BRASIL, 1991).

En este escenario de omisión del Poder Ejecutivo, aparece el derecho subjetivo de los pueblos indígenas a buscar en el Poder Judicial el cumplimiento de la determinación constitucional. Si bien las demarcaciones no ocurren en su totalidad, las comunidades indígenas están expuestas a la inseguridad y vulnerabilidad promovida por la lentitud de la Unión para enfrentar la discriminación constitucional.

La situación tiende a empeorar con la política del gobierno federal implementada desde 2019. Existe una fuerte tendencia a restringir los derechos indígenas, especialmente los relacionados con el reconocimiento de sus territorios, así como la protección de los que ya están demarcados.

3 LAS MEDIDAS PROVISIONALES

La CF/88 permite al presidente de la República la posibilidad de editar MP, instrumentos normativos con fuerza de ley y producción de efectos

inmediatos que se adoptarán solamente en casos de relevancia y urgencia, para que, posteriormente, sean sometidos a la apreciación del Congreso Nacional para convertirse en ley.

El plazo de un MP es de 60 días, renovable una vez por un período igual. Si no se vota dentro de los 45 días de su publicación, bloqueará la agenda de votación en la casa legislativa en la que se encuentra. Después de que haya sido enviado al Congreso Nacional, se creará una comisión mixta, formada por diputados y senadores, para que prepare una opinión sobre la medida. En caso de aprobación de la opinión, el texto se remite a la Plenaria de la Cámara, luego a la Plenaria del Senado.

De lo contrario, si la Cámara o el Senado no está de acuerdo con la opinión, o el parlamentario ha perdido su efectividad, será necesario emitir un decreto legislativo por parte de los parlamentarios para guiar los efectos legales causados durante su vigencia.

En la situación cuyo contenido sufre cambios, el MP comienza a tramitar como factura de conversión. Cuando se la apruebe por la Cámara y el Senado, el MP o el proyecto de ley de conversión son enviados al presidente de la República para sanción. Este lo puede vetar en partes o en su totalidad.

Todo este proceso de tramitación descrito está previsto en el art. 62 de la CF/88, que también define los temas en los cuales está prohibida la edición de la MP. A pesar del uso de MP, Figueiredo y Limongi (2001) entienden que la evaluación de las ventajas en usar este tipo de instrumento debe ser analizada bajo dos efectos, uno positivo y otro negativo: el primero mide el aumento de las ganancias logradas con los objetivos para que la medida estaba destinada, mientras que la segunda tiene en cuenta la capacidad de evitar determinadas pérdidas de derechos.

No obstante, se requiere como presupuesto, la relevancia y urgencia para edición de MP, Rocha (2005) critica la subjetividad existente en la evaluación del Ejecutivo al definir lo que sería relevante y urgente. Esto termina dificultando el control del Congreso Nacional y permitiendo que el Poder Judicial interfiera en la actividad legislativa ejercida. El sistema jurídico requiere protección a través de propuestas legislativas para enmendar e innovar estándares para adaptarlos al principio de seguridad jurídica.

La posibilidad de innovar en el orden jurídico mediante un tipo normativo de naturaleza de emergencia puede resultar en el uso abusivo de las atribuciones legislativas por parte del jefe del Poder Ejecutivo. Como no hay una discusión republicana sobre el tema que se abordará al principio, “estas medidas generalmente se consideran como otra característica del

presidencialismo latinoamericano, un residuo autoritario heredado por las nuevas democracias” (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001, p. 125).

Como resultado, se debe poner atención a la observancia del principio de separación de poderes, ya que cada uno de los poderes, Ejecutivo, Legislación y Judicial, tiene ciertas funciones. Los poderes, en esta línea de separación, deben seguir los fines que se proponen (BONAVIDES, 2000). Aunque autónomo e independiente el uno del otro, una potencia necesita controlar a la otra por medio de lo que se llama el sistema de freno y contrapeso, en el que un Poder puede retener eventual abuso por parte del otro, restaurando el equilibrio necesario para garantizar un Estado de Derecho y el funcionamiento de las instituciones.

En el caso del MP, el Poder Ejecutivo recibe una autorización constitucional para el ejercicio de una función legislativa especial, con la excepción de su función administrativa, con el objetivo de proporcionar una mayor preparación y agilidad para la creación de normas en ciertas situaciones.

De ahí la necesidad de fortalecer el sistema de controles y contrapesos para la MP sean empleadas con cuidado, para que no asistan únicamente a proyectos gubernamentales desconectados de los intereses de la sociedad. El Ejecutivo no puede usar la MP de manera excesiva e intrascendente para legislar, aprovechando la efectividad inmediata y la fuerza de ley que poseen.

4 LA EDICIÓN DE ART. 21 Y 43 DE LA MEDIDA PROVISIONAL 870/2019 E INSEGURIDAD JURÍDICA

La edición del art. 21 y art. 43 del MP n. 870/2019 generó una serie de críticas, no solo de representantes de movimientos indígenas, sino también de parlamentarios y medios periodísticos (LOTFI; BRITTO, 2019). El art. 21, XIV, § 2 tenía la siguiente redacción:

Art. 21. Las áreas de competencia del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Abastecimiento son:

XIV – reforma agraria, regularización de la tenencia de la tierra de las zonas rurales, Amazonía legal, tierras indígenas y quilombolas;

§ 2. La competencia mencionada en el ítem XIV del párrafo incluye:

I – identificación, delimitación, demarcación y registro de tierras tradicionalmente ocupadas por pueblos indígenas (BRASIL, 2019c) (BRASIL, 2019c).

El art. 43, “i”, de MP n. 870/2019 cambió la supervisión ministerial de la Funai que pertenecía al MJ, Ministerio de la Mujer, Familia y de los Derechos Humanos:

Art. 43 Constituye área de competencia del Ministerio de la Mujer, la Familia y los Derechos Humanos:

i) derecho indio, incluido en el monitoreo de acciones de salud desarrolladas a favor de las comunidades indígenas, sin perjuicio de las competencias del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Abastecimiento (BRASIL, 2019c).

El cambio fue confirmado por la publicación del Decreto n. 9.673/2019. El proceso administrativo de demarcación de tierras indígenas también fue modificado a través del art. 66 del Decreto n. 9.667/2019, que transfirió la atribución para demarcarlas de MJ a MAPA.

Esta desconcentración de competencia daría como resultado la eliminación de las tareas realizadas por Funai destinadas a la concesión de licencias ambientales para empresas capaces de generar impactos en los pueblos indígenas. De esta manera, tanto el proceso de demarcación como la realización de licencias ambientales con impacto en las tierras indígenas pasarían a ser responsabilidad de la Secretaría de Asuntos Jurídicos y Agrarios del MAPA.

La posición del gobierno actual, con un claro discurso de una visión integracionista en lo que toca a los pueblos indígenas, lleva a creer que la MP n. 870/2019 tuvo como objetivo debilitar los derechos garantizados a estos pueblos en el sistema jurídico brasileño (PALMQUIST *et al.*, 2019).

A pesar de las dificultades para llevar a cabo sus funciones, Funai tiene una estructura organizativa destinada a la tutela de los derechos a la tierra de los pueblos indígenas su protección. Los principios que la sustentan se basan en la consolidación del Estado democrático, con reconocimiento de la organización social de estos pueblos, en la preservación de sus costumbres, idiomas, creencias y tradiciones (FUNAI, 2016).

La demarcación de tierras es un procedimiento extremadamente complejo, que requiere conocimiento interdisciplinario en varias áreas del conocimiento. No solo eso, depende de una relación de confianza, ya establecida por Funai con los pueblos indígenas, y esta vocación histórica no puede ser simplemente ignorada.

Se observa que las propuestas de cambios en la política indígena, elaboradas a través de la MP n. 870/2019, resultaría en la imposibilidad de nuevas demarcaciones de tierras, una violación del derecho previsto en el art. 231 de la Constitución, que produce una enorme inseguridad en lo que concierne a la continuidad de los procesos de demarcación ya existentes y la dificultad de iniciar nuevos procesos para el reconocimiento de los territorios indígenas.

5 LA ACCIÓN DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD N. 6062 Y LOS ARTS. 21 Y 43 DE LA MP 870/2019

La Acción Directa de Inconstitucionalidad (IDA) n. 6062, presentada por el Partido Socialista Brasileño (PSB), solicitó la redacción del art. 21, XIV, §2 (ADI) n. 6062, impetrada por el Partido Socialista Brasileiro (PSB), cuestionó la redacción del art. 21, XIV, §2. El argumento sostenía que la medida era perjudicial para la subsistencia de los grupos indígenas, ya que los deberes de Funai serían transferidos a un organismo sin experiencia en el asunto y con opiniones que diferían de las opiniones de los pueblos indígenas. También se alegó que las reglas no cumplían con las garantías de los pueblos indígenas a una administración pública con una estructura compatible con la legislación y que no hubo una consulta previa con los principales temas involucrados para la elaboración de la MP (BRASIL, 2019e).

La medida cautelar fue rechazada por el ministro del relator, Luiz Roberto Barroso, quien consideró la reestructuración de los cuerpos por parte del jefe del Poder Ejecutivo como un acto de carácter político, parte de su competencia discrecional. Además, el asunto todavía estaba bajo consideración por el Congreso Nacional y podría ser remodelado. Sin embargo, el ministro enfatizó que la estructuración de los órganos de la Presidencia de la República está sujeta a control judicial en cuanto a la forma, finalidad y proporcionalidad (BRASIL, 2019e).

En lo que toca a la forma, enfatizó que el cambio del organismo competente para la demarcación de tierras indígenas no sería una razón para obligar al Poder Ejecutivo a llevar a cabo la consulta previa determinada en el Convenio 169 de la OIT, ya que no significaría interferencia en los intereses de las comunidades indígenas. Respecto al propósito, el relator consideró que no es aceptable prejuzgar que la Unión ya no demarcaría las tierras indígenas con la medida, ya que su competencia está vinculada a esta atribución y no está sujeta a posiciones políticas. Ya sobre la proporcionalidad, el ministro entendió que no era posible prever el incumplimiento por parte de la Administración Pública de su obligación constitucional de proteger los derechos de los pueblos indígenas (BRASIL, 2019e).

Por lo tanto, en el plan abstracto, el Poder Judicial no identificó la inconstitucionalidad en el contenido del art. 21, §2 y art. 43, “i”, de MP n. 870/2019. Dejó la responsabilidad al Congreso Nacional de evaluar si rechazaría o aprobaría su contenido.

Por un lado, el Poder Judicial no quiso intervenir en un asunto que consideraba un acto discrecional del presidente de la República, entendiendo que la intervención judicial no era necesaria en ese momento. Por otro lado, la decisión resultó ineficaz, ya que el tema volvió al STF, debido a la insistencia del jefe del Poder Ejecutivo de aprobar el asunto de acuerdo con su voluntad soberana, en desacuerdo con la determinación del Congreso Nacional.

6 EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS PROVISTO EN LA CONVENCIÓN 169 DE LA OIT Y SU VIOLACIÓN

El Convenio n. 169 de la OIT tiene como uno de sus elementos centrales el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados y deben participar en las decisiones tomadas a través de medidas administrativas y legislativas que aborden sus intereses.

Esta consulta se llevará a cabo a través de representantes legítimos y con el uso de procedimientos apropiados para conducir a una negociación dirigida a una decisión conjunta, que tenga en cuenta la opinión de los principales actores involucrados.

Insertado en el sistema jurídico brasileño por Decreto n. 5.051/2004, Convenio n. 169 de la OIT tiene la naturaleza de un acto normativo supralegal, ya que es un tratado internacional de derechos humanos, y su contenido debe observarse en la preparación de normas, bajo pena de responsabilidad en el ámbito internacional por incumplimiento de un tratado ratificado. “El gran mérito de la recepción del Convenio 169 de la OIT, por lo tanto, es el compromiso internacional asumido por Brasil en relación con sus pueblos indígenas, ahora de acuerdo con las disposiciones de ámbito interno” (WAGNER, 2014, p. 260).

Para Souza Filho (2009), esta Convención garantiza el reconocimiento de las sociedades indígenas en el orden legal de los países que la adoptan, con el objetivo de determinar a los Estados la protección de la propiedad, la demarcación de los territorios indígenas y la consulta previa. El art. 6 del Convenio 169 de la OIT establece que:

- 1 – Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) consultar los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de sus instituciones representativas, siempre que se prevean medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos directamente (BRASIL, 2004).

De manera sintética, se afirma que cualquier medida legislativa o administrativa capaz de afectar a los pueblos indígenas depende de una consulta libre, previa e informada con las partes interesadas, de modo que el incumplimiento implicará responsabilidad para el Estado. Las medidas administrativas se consideran “actos administrativos con fuerza de ley y actos normativos derivados del Poder Ejecutivo, como medidas provisionales, decretos, ordenanzas, instrucciones normativas (GLASS, 2019, p. 87).

Así, no se permiten medidas políticas arbitrarias que interfieran en la vida de los pueblos indígenas sin su participación. Es esencial escucharlos y adaptar las decisiones a sus necesidades. El Estado no puede tratar de servir solo intereses políticos y económicos, sin fijar la atención en garantizar los derechos de las principales personas afectadas. “Se impuso un nuevo hito para guiar la relación entre los pueblos indígenas y tribales y los estados nacionales, lo que apunta a un escenario de mayor respeto y menos asimetría” (YAMADA, 2019, p. 11).

Además del Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas también establece el derecho a la consulta previa:

Artículo 19 – Los Estados consultarán y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados, a través de sus instituciones representativas, para obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que les afecten (BRASIL, 2004).

Los artículos inferen el requisito de consultar a los pueblos indígenas antes de que se tomen y apliquen medidas legislativas y administrativas que aborden cuestiones relacionadas a sus territorios, recursos y desarrollo.

Estos instrumentos jurídicos prueban la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas cuando se edite medidas, como los diputados n. 870 y n. 866/2019, que trató sobre cambios significativos en la política indígena.

No se puede considerar la existencia de una discreción o legitimidad por parte del gobierno que permita la renuncia al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y la imposición de medidas contrarias a sus intereses. Desde este ángulo, es incorrecto decir que hay democracia cuando no hay participación de los sujetos involucrados en las decisiones políticas. Como son los pueblos indígenas de la nación, tienen derecho a la información y a la participación en las decisiones de sus intereses (VILLARES, 2009).

Es relevante destacar que el Poder Judicial brasileño ya ha estado aplicando el art. 6 del convenio 169 de la OIT. Como ejemplo, se destaca la sentencia emitida en 2017, en la que el Tribunal Regional Federal de la 1.ª Región (TRF1) determinó la suspensión indefinida de la licencia previa para instalar la empresa minera canadiense Belo Sun Mining y determinó esa consulta previa a las comunidades indígenas afectadas, Juruna y Arara de Volta Grande do Xingu (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2018).

La compañía planea instalar la mina de oro a cielo abierto más grande del país en el municipio de Senador José Porfirio (PA), aproximadamente a 10 km de la presa de la Central Hidroeléctrica Belo Monte (UHE), en el municipio de Altamira, en el estado de Pará. La decisión TRF1 cumplió con la solicitud de una acción civil pública presentada por el MPF, desde 2013, que solicita una consulta previa para los pueblos indígenas que pueden verse afectados por la instalación del emprendimiento (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2018).

Según Duprat (2015), a pesar de la determinación legal de consulta previa, existe una falta constante de respeto por parte del Estado brasileño, por considerarlo una formalidad innecesaria. El Estado se considera calificado para señalar lo que sería de interés para los pueblos indígenas y para implementar políticas de acuerdo con su propia orientación.

Para garantizar este derecho, varios pueblos indígenas han creado sus propios protocolos de consulta previa para formalizar ante el Estado el procedimiento apropiado para dialogar con cada pueblo para decidir sus prioridades frente a propuestas gubernamentales que interfieren con sus derechos o territorios. Esta iniciativa busca certificar la existencia del derecho a la consulta previa y llevarlo a cabo con los medios adecuados, considerando las características específicas, la organización social y cultural de cada persona involucrada (GLASS, 2019).

Los protocolos configuran el ejercicio del derecho de consulta con los pueblos indígenas. Esta alternativa de diálogo es una oportunidad para expresar sus opiniones y participar en la toma de decisiones en conjunto con el Estado. Los protocolos “pueden garantizar la seguridad y la legitimidad de los procesos que, al principio, tienden a ser conflictivos y desiguales” (GRUPIONI, 2017, p. 84).

Según Glass (2019), las medidas legislativas que violan el derecho a la consulta y el consentimiento de los pueblos indígenas pueden cuestionar su constitucionalidad. Los actos que emanan de ellos pueden considerarse nulos tanto bajo el examen de la inconstitucionalidad como de la no convencionalidad de la ley.

La MP n. 870/2019 es un ejemplo de una medida administrativa que afectaría directamente la vida de los pueblos indígenas y que no ha cumplido con el deber de consultarlos. En este caso, la medida clasificada como “incompatible” tiene un defecto de inconstitucionalidad (GLASS, 2019).

Palmquist *et al.* (2019) señala que la MP n. 870/2019 tenía vicios que conducirían a la nulidad de los cambios presentados en el art. 21, XIV, § 2 y art. 43, dado que no había relevancia ni urgencia para el tema en cuestión, además del requisito de consulta previa, según lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT.

El Convenio 169 de la OIT garantiza que los pueblos indígenas tengan sus intereses respetados cuando se implemente una política pública específica. El Estado tiene el deber de aplicar las normas y principios que se ocupan de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. No puede, simplemente por conveniencia, excluirlos de la toma de decisiones.

7 LA REEDICIÓN DE LA MATERIA RECHAZADA EN MP 870/2019 Y LA AGREGACIÓN DE LA INSEGURIDAD JURÍDICA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Ante el rechazo de las enmiendas propuestas por la MP n. 870/2019 en la política de demarcación de tierras indígenas, el presidente de la República decidió volver a emitir el contenido del art. 21, XIV, § 2, a través de la MP n. 886/2019 y repararlo a Funai para la supervisión de MAPA, en violación a lo que había sido determinado por el Congreso Nacional.

Esta enmienda al art. 21 de la Ley n. 13.844/2019, promovida por el art. 1 del MP n. 886/2019, fue impugnada con el STF basado en el art. 62, § 10, de la CF/88, que aclara que: “está velada la reedición, en la misma sesión legislativa, de medida provisional que ha sido rechazada”. Como el contenido no fue aprobado por el Congreso, el presidente no pudo presentar la propuesta nuevamente en otra Medida Provisional en la misma sesión legislativa.

8 ACCIÓN DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LA MEDIDA PROVISIONAL N. 886/2019

Fueron propuestos tres acciones de inconstitucionalidad contra el MP n. 886/2019: ADI n. 6172, presentada por el partido Red de Sostenibilidad (REDE), que desafió el art. 1 en la parte que cambia los arts. 21, inc. XIV

y §2, y 37, XXI, de la Ley n. 13,844/201; las otras acciones, creadas por el Partido de los Trabajadores (PT) y el Partido Democrático de Trabajo (PDT), respectivamente ADI 6173 y ADI 6174, se limitaron a desafiar los cambios promovidos en el art. 21, punto XIV y § 2. Los demandantes alegaron que las disposiciones eran inconstitucionales porque volvieron a emitir una regla que tenía la intención de transferir la competencia para demarcar las tierras indígenas de Funai a MAPA.

Según los argumentos de los demandantes, existía una inconstitucionalidad formal, por violación del art. 62, § 10, de la CF/88, y material, en los siguientes aspectos: (a) violación del principio de separación de poderes (art. 2 de la CF), ya que el MP era una forma de eludir la deliberación del Congreso Nacional; (b) falta de respeto al estado de derecho (art. 1 de la Constitución); (c) incumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas a la demarcación de sus tierras (art. 231 de la CF/88), considerando que hay intereses en conflicto; y (d) violación del Convenio 169 de la OIT (BRASIL, 2019e).

Frente a eso, el ministro Luís Roberto Barroso otorgó una orden judicial para las tres ADI propuestas y, por lo tanto, suspendió la aprobación de la MP n. 886/2019 que transmitió nuevamente la competencia para demarcar tierras indígenas al MAPA.

Para el ministro, los requisitos para otorgar la orden judicial preliminar estaban presentes. La decisión final recayó al Congreso Nacional, que actuó en su función típica, al rechazar el proceso de conversión de la MP n. 870/2019 la transferencia de la demarcación de tierras a MAPA. Además, la edición de MP n. 886/2019 fue contra la regla del art. 62, §10, de la CF/88.

Así, los cambios realizados por el art. 1 de la MP n. 886 al art. 21, punto XIV y § 2 de la Ley 13.844/2019, reconociendo la imposibilidad de volver a emitir la MP que trata con contenido rechazado en la misma sesión legislativa. La siguiente tesis fue consolidada por el STF:

Es inconstitucional medida o ley provisional resultante de la conversión de medida provisional cuyo contenido normativo caracteriza la reemisión, en la misma sesión legislativa, de una medida provisional anterior rechazada, de efectividad agotada durante el período o que aún no ha sido considerada por el Congreso Nacional dentro del término establecido por la Constitución Federal (BRASIL, 2019e, p. 3).

Así, en el 1 de agosto de 2019, los ministros del STF respaldaron por unanimidad la medida cautelar otorgada por el ministro Luís Roberto Barroso. Se constató que el jefe del Poder Ejecutivo ignoró la Constitución al

promover cambios en el art. 21 de la Ley 13.844/2019. En consecuencia, la competencia para demarcar tierras indígenas permanece con Funai y no más con la MAPA.

La movilización de liderazgos y parlamentarios indígenas opuestos a los cambios en la política indígena contribuyó a la revisión y alteración del contenido contrario a los intereses a los pueblos indígenas (ENTITIES CRITICATE ..., 2019). La ausencia de consultas previas con los pueblos indígenas y el formato adoptado por la presidencia de la República para proponer cambios – a través de MP – eso no permitió el debate amplio y abierto con la sociedad y, sobre todo, con los pueblos indígenas, que se verían directamente afectados por los cambios, no fue adecuado.

Aunque la decisión del STF se basó en la falta de respeto a las disposiciones del art. 62, § 10, del CF/88, es efectivamente necesario cuestionar la opción tomada por el Director Ejecutivo. Se observa que el cambio en la política de demarcación propuesta está fuera de sintonía con la etapa actual y la comprensión de las normas legales que reconocen los derechos de los pueblos indígenas, especialmente el derecho a demarcar sus tierras y el derecho a ser consultado sobre medidas administrativas y medidas legislativas que puedan alcanzarlos.

CONCLUSIÓN

Fue posible probar la hipótesis presentada inicialmente en la investigación. Las MPs bajo análisis contribuyeron para el aumento de la inseguridad jurídica de los pueblos indígenas en lo que se refiere a la garantía de la demarcación de sus tierras por parte de la Unión, prevista en el art. 231 de CF/88, y por violar el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en su preparación, según lo determinado por el art. 6 del Convenio 169 de la OIT.

El intento de transferir la atribución de la demarcación de tierras indígenas de Funai a un Ministerio que tiene funciones incompatibles con la demarcación, es profundamente preocupante. En la práctica, subraya el no reconocimiento de los pueblos indígenas como los principales sujetos afectados por los cambios sugeridos, denuncia la falta de interés en mantener una política de reconocimiento y garantía de sus territorios tradicionalmente ocupados y, lo que es peor, coloca al Estado como el único responsable de toma de decisiones.

Se hace la misma interpretación cuando se trata de comprender el

cambio en el vínculo ministerial de Funai. Al eliminarlo del MJ, Funai sería prácticamente incapaz de actuar en los servicios de monitoreo e inspección de tierras indígenas.

La CF/88 reconoció los derechos territoriales a los pueblos indígenas, les otorgó un trato diferente y rompió con la visión integracionista que prevalecía hasta entonces. Por lo tanto, cualquier política contraria a esta posición se considerará incompatible con los preceptos constitucionales.

No se puede admitir el regreso de la lógica integracionista, rota con la CF/88. Esto representaría un verdadero revés en la sociedad brasileña, después de varios años de lucha y persistencia de los pueblos indígenas para obtención del reconocimiento de sus derechos. Sería injusto admitir la legitimidad de las propuestas inconstitucionales destinadas a eliminar la protección de sus derechos fundamentales.

Es inaceptable legitimar un discurso para negar la existencia de estos pueblos, de asimilación cultural y falta de respeto por el mantenimiento de la identidad y la cultura indígena. La verdad es que estos discursos tienen como objetivo servir los intereses de unos pocos y no de la nación en general, entre sus objetivos la liberación de tierras indígenas para la explotación económica sin la preocupación por la preservación del medio ambiente, ni mantener la organización cultural y social de estas comunidades.

A través de declaraciones diseñadas para aumentar los prejuicios, el racismo y el sentimiento de odio contra los pueblos indígenas, el presidente de la República promueve la intolerancia hacia los diferentes. La edición del contenido de la MP n. 870/2019 representó el comienzo del intento del gobierno federal de dismantelar la política de defensa y garantía de los derechos territoriales indígenas.

La insistencia en mantener la demarcación de las tierras indígenas bajo la responsabilidad de MAPA, a través del MP n. 886/2019, es una causa de gran incertidumbre legal para los pueblos indígenas. La aprobación del asunto condicionaría la demarcación de tierras a los intereses políticos y económicos del sector rural que dirige MAPA.

Es cierto que el rechazo de las propuestas presentadas en la MP n. 870 y n. 886/2019 no paralizará la intención del jefe del Poder Ejecutivo de consolidar su proyecto político para los pueblos indígenas, cuya percepción parece estar más alineada con la visión integracionista que con la CF/88.

Se ha notado aún, que la incertidumbre legal causada a los pueblos indígenas está presente no solo en la edición de la MP n. 870 y 886/2019,

pero en varias declaraciones del presidente de la República. Al afirmar que ya no demarcará ningún centímetro de tierras indígenas y aún revisará las que ya están demarcadas para reducir las extensiones territoriales (RESENDE, 2018), o incluso cuando se posicione, por ejemplo, a favor de la regulación de la exploración minera y la actividad agrícola en tierra indígena (EUSÉBIO, 2019).

En esta dirección, el proyecto recién de ley n. 191/20, remitido a la Presidencia de la Cámara de Diputados, que tiene la intención de regular el § 1 del art. 176 y § 3 del art. 231 de la Constitución, para establecer condiciones específicas para la investigación y extracción de recursos minerales e hidrocarburos y para el uso de recursos hídricos para la generación de electricidad en tierras indígenas e instituir indemnización por la restricción del uso de tierras indígenas (BRASIL, 2020).

Por lo tanto, es necesario continuar siguiendo el desarrollo de la política indígena actual del gobierno federal, para no permitir contratiempos en relación a los derechos fundamentales garantizados en la CF/88 a los pueblos indígenas, como la demarcación de las tierras tradicionalmente ocupadas.

Se puede considerar el intento de reestructurar a Funai retirando su atribución para ejercer la función de demarcar la tierra y pasarla al MAPA como una causa de enorme incertidumbre legal para los pueblos indígenas, ya que sus derechos originales a las tierras, tradicionalmente las áreas ocupadas, pueden ser descalificadas y anulados.

No se identificó razonabilidad en la decisión tomada por el Poder Ejecutivo respecto al contenido alusivo a la demarcación de tierras indígenas, ni en la decisión de transferir la supervisión ministerial del organismo. La razón dada para la reestructuración de los órganos, a fin de ofrecer más economía y racionalidad en la organización de la administración pública federal en sus ministerios, no justificó los cambios propuestos a las funciones de Funai.

Los pueblos indígenas se han manifestado, expresando claramente su opinión y cosmovisión. Un ejemplo de esto son los Protocolos de consulta preparados por varios pueblos indígenas. En ellos, los pueblos indígenas explican un poco sobre su forma de vida y aclaran cómo se debe ocurrir el diálogo con los no indígenas. Varios pueblos indígenas han desarrollado sus protocolos, publicados ampliamente en diferentes medios, incluso en Internet, como es el caso del pueblo Wajãpi, el pueblo Juruna, el pueblo Krenac, el pueblo Munduruku etc (GLASS, 2019). Otro ejemplo son los

Planes de Vida, que expresan la planificación para el futuro, eligiendo prioridades y objetivos de esa respectiva comunidad. Como ejemplo, se plantea el Plan de Vida de los Pueblos y Organizaciones Indígenas de Oiapoque (APIO, 2009).

Son documentos construidos colectivamente, con la participación de la comunidad involucrada, en asambleas que pueden durar varios días. Algunas de estas reuniones pueden incluso contar con la participación y el apoyo de personas no indígenas, pero, aun así, son la materialización del deseo de esa comunidad, que son los pueblos indígenas.

Entonces, el derecho a ser escuchado y a manifestarse, previsto en el art. 6 del Convenio 169 de la OIT, lo ejercen efectivamente los pueblos indígenas. ¿Por qué es tan difícil de escuchar?

Un derecho que es tan obvio – El derecho a expresar, opinar y ser escuchado sobre las medidas y acciones que les afectan – se ignora sistemáticamente y, por lo tanto, es frágil. La explicación pasa por la tutela estatal, que dejó sus huellas profundas en algunas personas, que ocupan cargos públicos importantes, como el Director Ejecutivo. Sin embargo, la explicación va mucho más allá de la visión tutelar de los pueblos indígenas e incluye conflictos de cosmovisión, incluso sobre lo que es valioso y debe ser preservado. Pasa por seguridad jurídica y buena fe. Sin embargo, el derecho a la consulta ha sido reconocido tanto a nivel interno como internacional. Por lo tanto, al promulgar la CF/88 y ratificar el Convenio 169 de la OIT, el Estado brasileño se comprometió y generó una expectativa justa de que efectivamente cumpliría con ese compromiso y cumpliría efectivamente con la legislación que él mismo aprobó.

En este escenario, se debilita la seguridad jurídica que debe impregnar las relaciones entre los pueblos indígenas y los agentes estatales. En cambio, la incertidumbre legal para los pueblos indígenas crece, en la medida en que su derecho constitucional a demarcar las tierras tradicionalmente ocupadas no se aplica por la Unión y el derecho de consulta no es respetado plenamente.

Al reforzar dicha incertidumbre legal, el cargo del Director Ejecutivo, que hace declaraciones públicas contrarias a la demarcación de tierras y propone la explotación de tierras tradicionalmente ocupadas por pueblos indígenas en formas incompatibles con las establecidas por los propios indígenas. De este modo, la posibilidad de nuevas medidas contrarias a los intereses de los pueblos indígenas y en desacuerdo con la CF/88 y el Convenio 169 de la OIT está en el horizonte y solo aumenta la inseguridad jurídica.

REFERENCIAS

APIO – ASSOCIAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO OIAPOQUE. *Plano de vida dos povos e organizações indígenas do Oiapoque*. Oiapoque: APIO, 2009.

ÁVILA, H. *Teoria da segurança jurídica*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. *Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16001.htm. Acesso: 10 de septiembre. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 2.057, de 23 de Dezembro de 1991*. Dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1685910&filename=PL+2057/1991. Acesso: 14 de noviembre. 2019.

BRASIL. *Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004*. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho-OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Brasília, DF, abr. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso: 20 de mayo. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição n. 3.388*. Brasília: DF. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClass e=0&origem=JUR&recurso=0&tipo-Julgamento=M>. Acesso: 12 de noviembre. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de Segurança n. 26.212*. Brasília: DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 19 de maio 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=86108664&ext=.pdf>. Acesso: 12 de noviembre. 2019.

BRASIL. *Decreto n. 9.667, de 2 de Janeiro de 2019*. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das

Funções de Confiança do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, remaneja cargos em comissão e funções de confiança, transforma cargos em comissão e funções de confiança e altera o Decreto n. 6.464, de 27 de maio de 2008, que dispõe sobre a designação e atuação de adidos agrícolas junto a missões diplomáticas brasileiras no exterior. Brasília, DF, jan. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9667.htm. Acesso: 18 de mayo. 2019. [2019a].

BRASIL. *Decreto n. 9.673, de 02 de Janeiro de 2019*. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Confiança do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, remaneja cargos em comissão, Funções Comissionadas do Poder Executivo e Funções Gratificadas, transforma cargos em comissão do grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS e substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo – FCPE. Brasília, DF, jan. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Decreto/D9673.htm. Acesso: 18 de mayo. 2019. [2019b].

BRASIL. *Medida Provisória n. 870, de 01 de janeiro de 2019*. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Brasília, DF, jan. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/Mpv/mpv870.htm. Acesso: 20 de febrero. 2019. [2019c].

BRASIL. *Medida Provisória n. 886, de 18 de Junho de 2019*. Altera a Lei n. 13.844, de junho de 2019, a Lei n. 8.171, de 17 de janeiro de 1991, a Lei n. 12.897, de 18 de dezembro de 2013, a Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, e a Lei n. 13.334, de 13 de 13 de setembro de 2016, para dispor sobre a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Brasília, DF, jun. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv886.htm. Acesso: 10 de agosto. 2019. [2019d].

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 6.062/DF*. Processo n. 0016923-51.2019.1.00.0000. Relator: Min. Luiz Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stj.jus.br/noticias/ver>. Acesso: 21 de abril. 2019. [2019e].

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 191, de 06 de fevereiro 2020*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/>

- fichadetramitacao?idProposicao=2236765. Acesso: 14 de febrero. 2020.
- BARRETO, H. G. *Direitos indígenas: vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2014.
- BONAVIDES, P. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.
- COUTO E SILVA, A. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-316, jul. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44376/44830>. Acesso: 7 de octubre. 2019.
- CUNHA, M. C. (org.). *História dos índios no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- DORNELLES, E. N. P. *Indígenas no Brasil: (in)visibilidade social e jurídica*. Curitiba: Juruá, 2017.
- DUPRAT, D. A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. In: *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Brasília, DF: ESMPU, 2015.
- ENTIDADES CRITICAM transferência da demarcação de terras indígenas e quilombolas para agricultura. G1, 2 jan. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2019/01/02/entidades-criticam-transferencia-da-demarcacao-de-terras-indigenas-e-quilombolas-para-agricultura.gh.html>. Acesso: 12 de febrero. 2020.
- EUSÉBIO, M. Bolsonaro defende que índios explorem mineração e agropecuária em suas terras. *Capital News*, 21 abr. 2019. Disponível em: <https://www.capitalnews.com.br/colunistas/marco-eusebio/bolsonaro-defende-que-indios-explorem-mineracao-e-agropecuaria-em-suas-terras/328428>. Acesso em: 26 de noviembre. 2019.
- FERNANDES, E. *Direito à terra indígena: um estudo dos casos Raposa Serra do Sol e Mayagna Awas Tingni*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- FIGUEIREDO, A. C.; LIMONGI, F. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2001.
- FUNAI – FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. *Política indigenista*.

Brasília, DF: Funai, 2016. Disponible en: <http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoes/politica-indigenista>. Acceso: 21 de abril. 2019.

GLASS, V. (Org). *Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação*. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CESPEDIS, 2019. Disponible en: <http://direitosocioambiental.org/livros/>. Acceso: 10 de octubre. 2019.

GRUPIONI, L. D. B. Elaborações indígenas do direito de consulta no Brasil. *Povos Indígenas no Brasil 2011/2016*, 2017. Disponible en: <https://reca.org.br/wp-content/uploads/2017/12/2017-PIB-Protocolos-de-consulta-E-laborações-indígenas-do-direito-de-consulta-Luis-Grupioni.pdf>. Acceso: 12 de octubre. 2019.

LOTFI, T. F.; BRITTO, T. M. C. A medida provisória 870/2019 e a demarcação de terras indígenas. *Revista Culturas Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 13, p. 411-420, jan./abr. 2019.

LUCIANO, G. S. *O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília, DF: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

MELO, L. M. S. Segurança jurídica: fundamento do Estado de Direito. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte. v. 25, p. 133-144, 2006. Disponible en: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/download/429/431>. Acceso: 15 de noviembre. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *TRF 1 ordena consulta prévia a indígenas afetados pela mineradora Belo Sun e mantém suspensão do licenciamento*. Assessoria de Comunicação da Procuradoria Geral da República da 1ª Região. Brasília, DF, 6 dez. 2018. Disponible en: <http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/noticias-pa/trf1-ordena-consulta-previa-a-indigenas-afetados-pela-mineradora-belo-sun-e-mantem-suspensao-do-licenciamento>. Acceso: 13 de noviembre. 2019.

OLIVEIRA, K. C. P. P. O Direito adquirido e o princípio da segurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 233, p. 213-228, 2003. Disponible en: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45449>. Acceso: 16 de noviembre. 2019.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração das*

Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Rio de Janeiro: ONU, 2008. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso: 20 de mayo 2019.

PALMQUIST, H. *et al. Reminiscências tutelares: a MP n. 870/2019 e seu projeto inconstitucional para os povos indígenas*, 2019. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/artigo-remiscencias-tutelares-1.pdf. Acesso: 4 de mayo. 2019.

RESENDE, S. M. 'No que depender de mim, não tem mais demarcação de terra indígena', diz Bolsonaro a TV: Presidente eleito falou em entrevista ao Brasil Urgente da Band. *Jornal Folha de S.Paulo*, 11 nov. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/11/no-que-depender-de-mim-nao-tem-mais-demarcacao-de-terra-indigena-diz-bolsonaro-a-tv.shtml>. Acesso: 15 de noviembre. 2019.

ROCHA, C. L. A. Princípios constitucionais do processo administrativo na Constituição Brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 34, n. 136, p. 5-28, out./dez. 1997. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/287>. Acesso: 7 de octubre. 2019.

ROCHA, C. L. A. R. (org.). *Constituição e segurança jurídica: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 261-265.

SARLET, I. W. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social do Direito Constitucional Brasileiro*. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 21, mar./maio, 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>. Acesso: 24 de septiembre. 2019.

SARMENTO, D. *A PEC 215 e as cláusulas pétreas: nota técnica*. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/23-a-pec-215-00-e-as-clausulas-petreas/daniel-sarmento-a-pec-215-00-e-as-clausulas-petreas.pdf>. Acesso: 15 de noviembre. 2019.

SANTILLI, M. *Os brasileiros e os índios*. São Paulo: Senac, 2000.

SILVA, J. A. Reforma Constitucional e direito adquirido. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 213, p. 121-132, jul. 1998. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47202/45410>. Acceso: 7 de octubre. 2019.

SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA FILHO, C. F. M. *Projeto pensando o direito: estatuto dos povos indígenas*. Curitiba: PUC-PR, 2009. Disponible en: http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2012/11/19Pensando_Direito.pdf. Acceso: 2 de abril. 2019.

SOUZA FILHO, C. F. M. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 1998.

VILLARES, L. F. *Direito e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009.

WAGNER, D. F. *Dez anos após a entrada em vigor da Convenção 169 da OIT no Brasil: um olhar sob a perspectiva da efetividade*. In: *Direito Internacional dos Direitos Humanos II: XXIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI*, Florianópolis: UFSC, 2014. Disponible en: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=acf73df8e44ed30b>. Acceso: 23 de julio. 2019.

WAGNER, D. F. *Identidades Étnicas em Juízo: o caso Raposa Serra do Sol*. Belo Horizonte: Initia Via, 2019.

YAMADA, E. M. *Protocolos autônomos de consulta e consentimento: guia de orientações*. São Paulo: RCA, 2019. Disponible en: <https://rca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/2019-Guia-de-Protocolos-RCA-versão-web.pdf>. Acceso: 12 de octubre. 2019.

Artículo recibido el: 27/02/2020.

Artículo aceptado el: 06/01/2020.

Cómo citar este artículo (ABNT):

WAGNER, D. F.; FARIAS, A. S. F. Demarcación de tierras indígenas y la seguridad jurídica. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 17, n. 38, p. 375-404, mayo/ago. 2020. Disponible en: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1780>. Acceso: día del mes. año.