

PERITAJES ANTROPOLÓGICOS: CUESTIONES TEÓRICO-METODOLÓGICAS, ÉTICAS Y DE PODER EN AMÉRICA LATINA

Delito, individuo y sociedad: derechos indígenas, pericias antropológicas y tensiones en el Poder Judicial

CAROLINE DIAS HILGERT ¹

¹ Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), Instituto de Filosofia e Ciências Humanas (IFCH), Programa de Pós Graduação em Antropologia Social (PPGAS), Campinas, SP, Brasil

Resumen:

Este artículo analiza los actuales embates sobre la pericia antropológica en causas penales y/o el encarcelamiento de personas pertenecientes a pueblos indígenas, a partir de las Resoluciones 287/19, 454/22, 524/23 y 544/24 del Consejo Nacional de Justicia de Brasil, y los posibles impactos en casos judiciales concretos. Para ello, fue necesario situar la cuestión en relación con los contextos del Estatuto del Indio; la Asamblea Constituyente de 1986-1988; la Constitución Federal de 1988 y el Convenio 169 de la OIT. Las consideraciones provisionales de esta investigación –en curso– indican que la redacción de nuevas resoluciones por parte del Consejo Nacional de Justicia ha instalado el debate sobre la identidad indígena en el tratamiento jurídico-penal brasileño, abriendo espacio a la cuestión.

Palabras clave: pericia antropológica; derechos indígenas; justicia penal.

Crime, Individuals, and Society: Indigenous Rights, Anthropological Expertise, and Tensions in the Judiciary

Abstract:

This paper analyzes the current clashes over anthropological expertise in criminal cases and/or the imprisonment of people belonging to indigenous peoples, based on Resolutions 287/19, 454/22, 524/23 and 544/24 of the Brazilian National Council of Justice, and the possible impacts on concrete legal cases. To do this, it was necessary to situate the issue in relation to the contexts of the Indigenous Statute; the 1986-1988 Constituent Assembly; the 1988 Federal Constitution and ILO Convention 169. The provisional considerations of this ongoing research indicate that the drafting of new resolutions by the National Council of Justice has raised the debate about indigenous identity in Brazilian legal-criminal treatment, opening up space for the issue.

Keywords: Anthropological Expertise; Indigenous Rights; Criminal Justice.

Crime, indivíduo e sociedade: direitos indígenas, perícia antropológica e as tensões no Judiciário

Resumo:

Este trabalho analisa embates atuais sobre a perícia antropológica em processos criminais e/ou prisão de pessoas pertencentes a povos indígenas, a partir das Resoluções 287/19, 454/22, 524/23 e 544/24 do Conselho Nacional de Justiça brasileiro, e os possíveis impactos em casos judiciais concretos. Para isso, foi preciso situar o tema em relação aos contextos do Estatuto do Índio; da Constituinte de 1986-1988; da Constituição Federal de 1988 e da Convenção 169 da OIT. As considerações provisórias desta investigação em curso apontam que a elaboração de novas resoluções pelo Conselho Nacional de Justiça tem levantado o debate acerca da identidade indígena no tratamento jurídico-criminal brasileiro, abrindo espaço para o tema.

Palavras-chave: perícia antropológica; direitos indígenas; justiça criminal.

Delito, individuo y sociedad: derechos indígenas, pericias antropológicas y tensiones en el Poder Judicial

CAROLINE DIAS HILGERT

INTRODUCCIÓN

Este artículo analiza los actuales enfrentamientos en torno a la pericia antropológica en causas penales y/o privativas de libertad que involucran a personas pertenecientes a pueblos indígenas, a partir de un breve contexto histórico-normativo sobre el status de los pueblos indígenas en Brasil, así como el impacto del movimiento indígena, indigenistas y antropólogos en la consecución del texto de la Constitución Federal de 1988 y del Convenio 169 de la OIT.

El objetivo es analizar la producción y aprobación de las Resoluciones 287/19, 454/22, 524/23 y 544/24 del Consejo Nacional de Justicia de Brasil, que forman un conjunto de directrices para los magistrados en el tratamiento penal, lo que ha impactado en la demanda de laudos antropológicos en casos penales o situaciones de encarcelamiento de indígenas. En vista de las nuevas resoluciones en el poder judicial, especialmente de la Corte Suprema, hay nuevos desafíos en la defensa penal de los derechos indígenas que se acercan a las ciencias antropológicas.

Para comprender críticamente las tres dimensiones propuestas en el título del artículo –delito, individuo, sociedad–, es necesario contrastar la razón jurídica y la razón antropológica sobre lo que significa ser indígena. Si consideramos, por un lado, la indivisibilidad de lo individual y lo colectivo, la reciprocidad del sentimiento de pertenencia entre ambos; y la cultura como conjugación dinámica, por otro, el ámbito penal sigue siendo el límite de la tolerancia de la sociedad hegemónica hacia las minorías. Es el cuerpo del individuo el que es puesto ante el Estado capitalista para ser punido, por lo que prevalece la lógica del cuerpo criminal individual del derecho penal, muy distinto a la organización, creencias, cultura, lengua, vida, del cuerpo y del pueblo de la persona indígena que enfrenta el castigo, el proceso judicial y el juicio, sin diálogo intercultural alguno.

En este trabajo, se parte de las normas relativas a los pueblos indígenas conseguidas en la Constitución Federal brasileña de 1988, movilizando conceptos antropológicos hasta la internalización del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). A con-

tinuación, se analiza el Poder Judicial y las Resoluciones 287/19, 454/22, 524/23 y 544/24 del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), poniendo en perspectiva las tensiones entre los textos de las leyes vigentes y las interpretaciones que dan los magistrados del STF. El objetivo es recuperar la relación entre la antropología y las reivindicaciones de los pueblos indígenas, y las situaciones más recientes que involucran los derechos de los indígenas en causas penales.

LA ANTROPOLOGÍA BRASILEÑA Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Como hito de la antropología en Brasil, la primera reunión de la Asociación Brasileña de Antropología (ABA) tuvo lugar en 1953, y su fundación formal, en 1958. La antropología brasileña comenzó, luego, a desempeñar un papel importante en la defensa de los derechos de las poblaciones indígenas, en oposición al régimen dictatorial cívico-militar-corporativo (1964-1985). Y en 1968, partiendo principalmente de los esfuerzos de Darcy Ribeiro y Luis Roberto Cardoso de Oliveira, se creó la primera licenciatura en antropología en el Museo Nacional de Río de Janeiro, seguida por la Universidad de São Paulo en 1970, la Universidad Estatal de Campinas en 1972 y la Universidad Nacional de Brasilia en 1972 (Rial y Machado 2022).

En primer término, se presenta el documento titulado “Declaración de Barbados”, elaborado por antropólogos de América del Sur entre el 25 y el 30 de enero de 1971, durante el “Simposio sobre Fricciones Interétnicas en América del Sur”, en el que se denunciaba el genocidio colonial de los Estados contra los pueblos indígenas, y se recomendaba que los Estados garantizaran a las poblaciones indígenas el “derecho a ser y permanecer como tales”, la propiedad colectiva e inalienable de sus territorios. También debían garantizar el “mantenimiento de las poblaciones indígenas” y reconocer su derecho a organizarse según sus especificidades culturales y a ejercer plenamente su ciudadanía (Barbados 1971).

La Declaración critica fuertemente las prácticas colonialistas de los Estados latinoamericanos (Oliveira 2022) y reconoce que la propia antropología ha servido como instrumento de dominación colonial y, por lo tanto, como respuesta, su papel pasó a ser la denuncia del genocidio y teorizar a partir de la realidad local, “para superar la condición subordinada de simples ejemplificadores de teorías ajenas” (Barbados 1971), colaborar en su lucha por la liberación y “reestructurar la imagen distorsionada que existe en la sociedad nacional en relación a los pueblos indígenas, desenmascarando su carácter ideológico colonialista” (Barbados 1971).

El documento también critica a los religiosos en su trato con los pueblos indígenas, recomendándoles dejar de catequizarlos o convencerlos para que se trasladaran. Esto generó “malestar”¹ en la Iglesia Católica de América Latina y, en 1971, seis años después de la conclusión del Concilio Vaticano II en 1965, se señaló la necesidad de cambiar las políticas

1 Tal el término utilizado por el asesor teológico del CIMI, Paulo Suess, en “Romper el malestar en la misión: los pueblos indígenas y la Iglesia postconciliar”. Disponible en: <https://cimi.org.br/2006/01/24360/>, última consulta: 24/08/2024.

de la Iglesia Católica hacia los pueblos indígenas (Rufino 2006). Las denuncias², formuladas en una reunión de profesionales de la antropología en 1971, ayudaron a argumentar la fundación del Consejo Indigenista Misionero (CIMI) en 1972.

Dicho organismo, vinculado a la Conferencia Nacional de Obispos de Brasil (CNBB), fue creado sobre la base de la Teología de la Liberación y buscaba orientar las acciones de la Iglesia Católica en relación con los pueblos indígenas en Brasil. Apenas creado, el CIMI comenzó a realizar cursos y seminarios, y a pulverizar los “ideales de Barbados” (Oliveira 2022:18). En el contexto brasileño, el documento no pudo tener una repercusión “explícita, directa e inmediata” (Oliveira 2022) desde el inicio, considerando el período de la dictadura cívico-empresarial-militar.

La Comisión Nacional de la Verdad (CNV), creada en 2012, analizó la violencia cometida por el Estado contra los indígenas entre el 18 de septiembre de 1946 y el 5 de octubre de 1988, especialmente en relación con los conflictos por la tierra, y puso a disposición materiales y análisis para comprender la magnitud de diversas atrocidades cometidas contra los pueblos indígenas, y el exterminio de al menos 8.350 indígenas durante el período analizado (Brasil 2015). Las acusaciones de maltrato y tortura basadas en el Informe Figueiredo³, encargado en 1967, llevaron al fin del SPI ese mismo año, organización indígena que funcionaba desde 1910, cuando también se creó la Fundación Nacional del Indio (FUNAI). Un ejemplo de esta política de control y exterminio fue el Puesto Indígena de la Tierra Indígena de Icatu, en el estado de São Paulo, que recibía a los llamados indígenas “rebeldes” de todo Brasil (Penteado Junior y Aguilera Urquiza 2021), que alcanzó su apogeo en las décadas de 1940 y 1950, y funcionó como Colonia Correccional hasta 1971.

El Reformatorio Agrícola Indígena Krenak, en Minas Gerais, fundado en 1969, fue donde los krenak y otros indígenas fueron encarcelados, torturados y sometidos a trabajos forzados (Corrêa 2003). Fue la primera institución penal creada para encarcelar a indígenas. Según la petición de amnistía política del pueblo Krenak, los presos indígenas, considerados “enemigos del Estado”, fueron sometidos a trabajos forzados y torturas, “prohibiéndoles comunicarse en su lengua o realizar rituales sagrados” (Brasil 2015). En 1974, el caso del Reformatorio Krenak fue llevado ante el Tribunal Russell II, denunciando que, incluso con la creación de la FUNAI, la política del Estado seguía siendo la misma.

Durante la dictadura brasileña, “la macropolítica fue la asimilación, esa conquista de mentes y almas, que resultó en la dilución de los indios en los sectores más vulnerables de la población: el pasaje, como señaló Darcy Ribeiro, de indios específicos a indios genéricos” (Cunha 2017). El Estatuto del Indio (Brasil 1973) surgió con un carácter integracionista, operando una política de asimilación orientada por el Estado. El surgimiento del movimiento

2 Estas denuncias de la actuación de la Iglesia Católica fueron contestadas por el Concilio Ecuuménico de Asunción, celebrado en marzo de 1972 (Rufino 2006).

3 El Informe Figueiredo estuvo desaparecido durante mucho tiempo, se creía que había sido destruido en un incendio del Ministerio de Agricultura. Fue hallado en 2012 por Marcelo Zelik. El documento había sido encargado por el Ministerio del Interior para verificar presuntas irregularidades cometidas por el Servicio de Protección al Indio (SPI).

indígena e indigenista, así como la movilización de conceptos antropológicos, fueron determinantes para las conquistas de la Constitución Federal de 1988.

La normativa es una adaptación de las categorías de integración propuestas por Darcy Ribeiro en 1970, que no fueron revisadas a la luz de lo propuesto por Barth (1969). Aunque el Estatuto acogía que la “noción fundamental en la definición del indio es considerarse a sí mismo y ser considerado como tal” (Cunha 2017: 258), como sostenía Barth, estableció el criterio integracionista para medir su aplicación, incorporando las categorías “aislados”, “en proceso de integración” e “integrados”, que se convirtieron en la medida de la posibilidad de reconocimiento de la identidad indígena para la aplicación de los derechos allí contemplados.

En la década de 1970, la oposición del movimiento indígena e indigenista, apoyada por varios antropólogos, calificó la política del gobierno de Geisel (1974/1979) como un golpe, suyo y de otros interesados en apropiarse de las tierras indígenas. A partir de 1978, el ministro del Interior, Rangel Reis, intentó implementar una política de rápida emancipación de los indígenas, a la que el movimiento indígena e indigenista, junto con sus partidarios, frecuentemente se opusieron (Laraia 2008). Esta situación llevó a la formación de diversas organizaciones indígenas e indigenistas, que fueron fundamentales en la discusión sobre el texto de la Constitución de 1988 (Oliveira 2016), como el Consejo Indígena de Roraima (CIR).

En relación con el llamado “Decreto de Emancipación”, la antropóloga Manuela Carneiro da Cunha (2018) señala que “esto era para distinguir entre “silvícolas”, entendidos como indios que vivían de acuerdo con sus “tradiciones”, e indios “aculturados”, que ya se ajustaban a las costumbres de la mayoría de los brasileños y que debían emanciparse” (Cunha 2018: 430-431). Así, en el Código Civil de 1916, los “indios” fueron catalogados como “relativamente incapaces” y, para protegerlos de los “malos negocios”, fueron “equiparados a las mujeres casadas (pero no a las solteras) y a los menores entre 16 y 21 años”.

A diferencia de los “incapaces”, los “relativamente capaces” podían celebrar contratos, que se considerarían válidos (siempre que no les perjudicaran). Mientras que los niños, considerados incapaces, no podían celebrar contratos válidos, los contratos de los indios, relativamente capaces, eran válidos, aunque podían ser invalidados si les perjudicaban (D. Dallari, 1979 y 1994). Pero ambos eran considerados “tutores”. Las mujeres casadas eran tuteladas por sus maridos, y los indios por la Unión, que delegó esta tutela primero en el SPI, de 1916 a 1967, y, después del escándalo que reveló los abusos y la corrupción del SPI, en la Funai (...) (Cunha 2018: 430-431).

La autora concluye que, para el Estado, el proyecto de emancipación de los indígenas era una forma de liberar sus tierras.

En el plano político, Mário Juruna, líder indígena, proyectó su voz en defensa de la identidad y el territorio indígenas contra ese proyecto de “emancipación”. En la década de 1980, la política de criterios de integración de la FUNAI se sumó a la persecución de líderes indígenas y a las amenazas de modificar el Estatuto del Indio (Cunha 2017: 251). En este sentido, hubo manifestaciones del Estado para provocar, incluso de oficio, la emancipación de

los indígenas, con el fin de invisibilizar la identidad étnica. Es importante distinguir algunos términos utilizados en el período:

Por lo tanto, integración significa dar a las comunidades indígenas derechos reales de ciudadanía, lo que ciertamente no debe confundirse con emancipación, como grupos étnicamente diferenciados, es decir, proporcionarles los medios para hacer oír su voz y defender adecuadamente sus derechos en un sistema que, abandonado a sí mismo, los destruiría (...).

Todo esto parece estar lejos de las preocupaciones de la presidencia de la FUNAI, más interesada en «criterios de indianidad» que la libren de algunos indios «de más». (...) (Cunha 2017: 252. Las cursivas me pertenecen).

Los llamados “criterios de indianidad” ya estaban superados en la antropología social brasileña, y ya no se consideraba el criterio de inalterabilidad. En la antropología, la emancipación estaba relacionada con la autodeterminación, y la integración con tener derechos de ciudadanía, “los indios emancipados siguen siendo indios”, pero la FUNAI “se lavó las manos de cualquier responsabilidad en relación con los indios emancipados” (Cunha 2017: 253).

En este entendimiento, en antropología, un indígena, llamado integrado y/o emancipado, tiene derechos civiles y también derechos como parte de un “grupo étnicamente diferenciado”, lo que no significa, al contrario de lo que el Estado esperaba, “dejar de ser indígena” (Cunha 2017: 252). Esto muestra la tensión entre la antropología social y la línea política seguida por el Estado, pues la antropología brasileña ya había abandonado las categorías “racializantes” e integracionistas, e incorporado la definición de grupos étnicos y organizaciones sociales dada por el noruego Fredrik Barth (1969), que se concebía brevemente con el siguiente criterio: “un miembro que se identifica a sí mismo y es identificado por otros como constituyente de una categoría distinguible de otras categorías del mismo orden” (Barth 1969: 409).

El período que va desde la década de 1970 hasta mediados de la década de 1990 estuvo marcado en la antropología social brasileña por la referencia a las definiciones inauguradas por Barth, complejizando e intensificando la percepción de que, aunque los pueblos incorporaran nuevos hábitos, nunca perdían sus culturas (Cardoso de Oliveira 2003; Laraia 2021; Oliveira 1988; 1994; Cunha 2017). Aunque existan diversas críticas sobre cómo cada autor ha adaptado su interpretación de las nociones de Barth sobre la conformación de la identidad, sin incorporar sus actualizaciones (Oliveira 1994), es importante decir que en aquella época, según la antropología, los derechos civiles y los derechos indígenas eran complementarios, es decir, un indígena llamado integrado, con capacidad civil y/o emancipado, nunca dejaría de ser indígena, teniendo en cuenta que la cultura es dinámica.

Para el Estado, a lo largo de la historia, desde las “almas salvadas” hasta la “mano de obra” y los “indios salvajes” (Oliveira 2016), tratando de deshacerse de “algunos indios de más” (Cunha 2017: 252), los datos generales sobre el número de indígenas en Brasil han variado según su voluntad y necesidad política. Contrariamente a la antropología y a los

movimientos sociales, para el Estado, los derechos civiles e indígenas son excluyentes, es decir, la transición a la civilización excluiría los plenos derechos garantizados a los indígenas: el *ser* indígena se relativiza frente a un supuesto grado de integración, respaldado por el texto del Estatuto del Indio y del Código Penal.

Como explica Oliveira (2016), en la coexistencia de culturas en una unidad social y política, “es la ubicación de una persona en uno u otro lado de esta división cultural” lo que definirá su estatus de guardián y tutelado, por lo que “[m]ás sutiles manifestaciones de creencias o costumbres heterodoxas serán continuamente utilizadas como operadores de estratificación social” (2016: 310).

A continuación se expone cómo la antropología ha sido desacreditada en el tratamiento jurídico-penal de los indígenas por parte de los operadores del derecho, quienes han rechazado o restringido la producción de su conocimiento en los procesos penales.

CÓDIGO PENAL, ESTATUTO DEL INDIO, CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1988 Y CONVENCIÓN 169 DE LA OIT

Los indígenas eran equiparados a “menores” y considerados bajo la tutela del Estado, sin derechos civiles. El uso de criterios de (in)imputabilidad criminal anunciaba nociones basadas en las formulaciones del profesor, médico y antropólogo Raimundo Nina Rodrigues (1883-1906), que presentaba el llamado mestizaje brasileño (blancos, negros e indígenas) como el camino de degeneración de los estándares evolutivos europeos, señalando que las razas no blancas eran mentalmente inferiores (Rial y Machado 2022). Posteriormente, el antropólogo José Batista Lacerda adaptó y modificó la versión europea, formulando que, en el mestizaje, la evolución civilizatoria podría ocurrir a través del “blanqueamiento” de la sociedad.

El 14 de julio de 1928 entró en vigor en Brasil el Decreto 5.484, que regula la “situación de los indios nacidos en territorio brasileño”, en el que hay un apartado específico sobre los delitos cometidos por indígenas, cuyas penas están vinculadas a la asimilación forzosa a colonias agrícolas. En este decreto, se distinguía a los indígenas en función del nivel de las expectativas del Estado para su dominación, especialmente a través de una supuesta emancipación y asimilación a la condición de “civilizados y trabajadores”.

El Código Penal brasileño del 7 de diciembre de 1940, fue reformado en 1984, aunque su contenido sigue correspondiendo, en gran medida, al texto original. Coexistió durante varias décadas con el mencionado Decreto 5.484 de 1928 y con las políticas de los órganos indigenistas estatales, el Servicio de Protección al Indio y Localización de Trabajadores Nacionales (SPILTN), el Servicio de Protección al Indio (SPI) y la Fundación Nacional del Indio (FUNAI).

El Código Penal y sus criterios de (in)imputabilidad fueron entonces interpretados en conjunción con el Estatuto del Indio de 1973 (Brasil 1973). Éste último establece que el juez “tendrá en cuenta también el grado de integración del silvícola” (art. 56) y que “las penas de prisión y detención se cumplirán, si es posible, en régimen especial de semilibertad, en

el lugar de actuación del organismo federal de asistencia a los indígenas más próximo al domicilio del condenado” (art. 56, párrafo único). También establece que “[s]erá tolerada la aplicación por grupos tribales, de acuerdo con sus propias instituciones, de sanciones penales o disciplinarias contra sus miembros, siempre que no tengan carácter cruel o infamante, quedando prohibida en todo caso la pena de muerte” (art. 57). Así, en lo que se refiere a la situación jurídico-penal de los indígenas,

[l]a concepción predominante, en suma, era que los indios aislados eran inimputables, que los indios integrados eran inimputables, y que era necesario un examen pericial para evaluar la responsabilidad penal de los indios en proceso de integración (Santos Filho 2006: 3).

En este sentido, según Rial y Machado (2022), los criterios racistas en boga en Brasil, inspirados por Nina Rodrigues y João Batista Lacerda, sólo pudieron ser combatidos por la antropología brasileña y el movimiento negro con posterioridad a la década de 1950, y por el movimiento indigenista, después de la década de 1970.

Durante la Asamblea Nacional Constituyente (1987-1988), la intensa movilización de indígenas, indigenistas, antropólogos y otros académicos, y simpatizantes que realizaron vigili­as en los pasillos de los gabinetes, luchando por la concepción antropológica social (Lacerda 2014: 194), dio un nuevo significado a la interpretación de la legislación indigenista vigente (Oliveira 2016: 290), incluyendo el Estatuto del Indio de 1973, en el proceso de conformación del texto constitucional.

Los derechos indígenas, promulgados el 5 de octubre de 1988, se establecieron como paradigma, ya que representaron el abandono de la visión evolucionista de la cultura que buscaba integrar a los pueblos indígenas a la comunidad nacional y su desaparición, acercándose a las demandas del movimiento indígena e indigenista, así como a los conceptos de la antropología social brasileña. Se consagró en el texto un capítulo con el título “De los indios”, compuesto por los artículos 231 y 232. El caput de este último contiene la expresión “son reconocidos a los indios”, es decir, no son derechos constituidos en el momento de la promulgación, el Estado reconoce que los “indios” siempre tuvieron derecho a “la organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”.

En cuanto a los derechos territoriales, las expresiones “derechos originarios” y “que tradicionalmente ocupan” alcanzan al pasado y al presente. En el primer párrafo, también llega al futuro, al afirmar que las “tierras tradicionalmente ocupadas” son las “necesarias para su reproducción física y cultural, según sus usos y costumbres”, lo que anula el derecho a la propiedad privada y a la posesión civil.

El artículo 232, combinado con los derechos del artículo 231, al reconocer que los indígenas son sujetos de derecho, puso fin a la tutela orfanológica entonces vigente, señalando la revocación de la aplicación del criterio integracionista del Estatuto del Indio, garantizándoles derechos civiles como a cualquier ciudadano brasileño, con base en lo que denominó “derecho

a la diferencia”. Cabe destacar que, aunque el artículo 37 del Estatuto del Indio establecía que las comunidades eran partes legítimas para defender sus derechos ante los tribunales, esto debía hacerse con la asistencia del MPF o de la FUNAI, es decir, mediante tutela (al igual que los menores de edad). Aunque este artículo no haya sido derogado, debe interpretarse a la luz de la diferente orientación de la Constitución Federal del ‘88 (CF/88).

La CF/88 distingue a Brasil como país multicultural al reconocer derechos originarios de los pueblos indígenas y romper con la línea positivista de un mundo fijo y preexistente, bajo la idea evolucionista de homogeneización y anulación de los pueblos indígenas. En este sentido, ha entendido que cada cultura vive y crea de formas diferentes, y que la “comprensión del mundo depende del lenguaje del grupo” (Duprat 2012: 233), especialmente al adecuar los derechos específicos de los pueblos y comunidades tradicionales a otras directrices internacionales que han sido firmadas por Brasil, como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En este entendimiento, el paradigma constitucional tiene el desafío de orientar toda la aplicación del derecho infraconstitucional, ya que los derechos culturales y étnicos tienen el estatus de derecho fundamental (Duprat 2012).

Al reconocer las diferencias culturales, se opone a la política estatal consumada hasta entonces, en la que la diversidad étnica se consideraba un obstáculo para alcanzar el nivel deseado de integración social. El reconocimiento de la “organización social” también está en consonancia con el carácter de pertenencia recíproca entre el individuo y el grupo étnico propuesto por Barth (1969), especialmente en el sentido de dinámica adaptativa cultural e intercultural.

En la década que siguió a la promulgación de la CF/88, el Acta de Disposiciones Constitucionales Transitorias no fue cumplida en lo que se refiere a la demarcación de las tierras indígenas en el plazo de cinco años, es decir, hasta 1993, situación que aún hoy está en disputa, como se verá más adelante.

Después de la CF/88, la FUNAI continuó los mandatos del Estatuto del Indio y movilizó, a sus empleados y a los indígenas, para defender la continuidad de la tutela. Considerada anticuada, a partir de 1990 sufrió una reducción de personal y de recursos presupuestarios. En 1992, el presidente Fernando Collor distribuyó sus funciones asistenciales entre diversos ministerios y, tras las protestas del organismo, la FUNAI pasó a concentrar sus actividades en las cuestiones de la tierra y de los “indios aislados”, así como su administración y poder de policía (Oliveira 2016: 295).

El Decreto 1.775 de 1996 reglamentó las fases del procedimiento administrativo de demarcación de tierras, que es responsabilidad de la FUNAI y debe ser ratificado por decreto presidencial. En la década de 1990, hubo una gran inversión de recursos internacionales en Brasil, que empezó a vincular los territorios indígenas a la preservación del medio ambiente. Los profesionales de la antropología empezaron a trabajar intensamente en la elaboración de laudos antropológicos⁴ para la demarcación de tierras indígenas y en cuestiones ambientales (Leite 2005).

4 Posteriormente (en 1996) se regularon los laudos antropológicos mediante el Decreto 1.775/1996, abriendo la posibilidad del contradictorio y cuestionamientos de particulares sobre los propios laudos.

Cabe señalar que el censo de 2000 del Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE) muestra que hay alrededor de 734.000 indígenas, frente a los 213.000 estimados en 1987. Esto no se debe sólo al nuevo paradigma constitucional; ha habido otras influencias en este auge, como señala el antropólogo João Pacheco de Oliveira (2016): la identificación de los indígenas como mantenedores del equilibrio ecológico del planeta; las nuevas directrices internacionales, la participación de los indígenas; los convenios internacionales; la valoración de la identidad y el patrimonio cultural.

El Convenio 169 fue adoptado por la Organización Internacional del Trabajo en 1989, en sustitución del Convenio 107, que presentaba un sesgo asimilacionista. Fue ratificado por el Estado brasileño en 2002 y promulgado en 2004, incorporándose a la legislación nacional con estatus de ley fundamental. Los movimientos indígenas, indigenistas y antropológicos, brasileños y latinoamericanos, influyeron en el texto del Convenio 169 de la OIT de 1989, utilizándolo para reforzar sus reivindicaciones. Como resultado, ayudaron a promover varias constituciones multiculturales en países como Bolivia y Ecuador.

La publicación del texto del Convenio 169 de la OIT amplió la definición de lo que significa ser indígena, al enfatizar que la conciencia de la identidad étnica es el criterio fundamental (Oliveira 2016), en la línea de Barth. También preveía subsidios para la autoidentificación, así como para la promoción de formas propias de resolución de conflictos, y consideraba expresamente el encarcelamiento como algo que debía evitarse para los pueblos indígenas.

También cabe destacar la organización del movimiento indígena en toda América Latina (Lacerda 2008; 2014) a favor de sus reivindicaciones, especialmente, la autodeterminación de sus pueblos. Este proceso contribuyó al pensamiento crítico de la antropología, ya que cuestionó los conceptos esencialistas y presentó una perspectiva contrahegemónica al proceso de dominación colonizadora.

Posteriormente, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, entre varias recomendaciones sobre los derechos que constituyen condiciones mínimas de dignidad para los pueblos indígenas, refuerza el derecho a la autodeterminación y a la diferencia.

En conclusión, los términos conquistados en la Constitución Federal fueron disputados a lo largo del proceso constituyente y ciertos conceptos fueron movilizados por la antropología, y también por el movimiento indígena e indigenista. Estos términos y derechos siguen en disputa por parte del Estado, especialmente en lo que se refiere al poder judicial penal. A continuación, se presentan algunas de las condiciones para que el Estado brasileño se acerque o se aleje del “paradigma integracionista”.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: TENSIONES

En esta sección se abordan las discusiones emblemáticas sobre el estatuto jurídico-penal de los indígenas a partir de las decisiones del Supremo Tribunal Federal (STF), que sirven de

ejemplo a todo el sistema judicial brasileño. La primera tensión que se detecta en relación a los derechos indígenas es sobre el punto de la competencia para el juzgamiento de las causas penales que involucran a indígenas; la segunda, sobre la afirmación del criterio integracionista.

Cabe destacar que el Superior Tribunal de Justicia (STJ), desde el 18 de mayo de 1995, resume el entendimiento jurisprudencial n.º 140, con decisiones de 1989 a 1994, que, con referencia a los arts. 109, XI, y 129, V, de la CF/88, determina que los delitos comunes en que los indígenas sean autores o víctimas, serán perseguidos y juzgados por los tribunales estatales comunes. En este sentido, sólo los delitos relacionados con los intereses de la Unión –incluyendo la tutela, las disputas por la tierra, los derechos colectivos y/o ejercidos contra la cultura indígena– estarían sujetos a la jurisdicción federal.

El Resumen Jurisprudencial 140 del STJ no aborda el multiculturalismo adoptado y, en particular, ignora la ratificación por parte de Brasil del Convenio 169 de la OIT en 2004. El artículo 109 (XI) de la Constitución establece que los casos que involucren “disputas sobre derechos indígenas” deben ser procesados y juzgados ante los tribunales federales. De las siete decisiones en las que se basó el Resumen Jurisprudencial 140 del STJ en 1995, presentamos un extracto de una de ellas, de 1989, que provenía de un caso que involucraba a un acusado y una víctima, ambos indígenas de Mato Grosso do Sul:

(...) sobre el alcance de la norma contenida en el art. 109, XI de la Constitución, que atribuye a los jueces federales competencia para procesar y juzgar “controversias sobre derechos indígenas”, y si repercute o no en la competencia penal del Tribunal Federal, porque, sin el menor asomo de duda, el delito denunciado en el expediente no guarda relación con los derechos indígenas a que se refiere la disposición constitucional.

En efecto, el delito consiste en *lesiones corporales causadas por un habitante de la selva a otro, pues la víctima dijo que su agresor se iba a convertir en un animal*, como consta en la denuncia (fl. 02). (Brasil 1995: 4)

Se puede observar que el STJ no considera las creencias culturales como elemento que atraiga la jurisdicción federal, ni el hecho de que el delito haya sido cometido en tierra indígena y entre indígenas.

En el ámbito del STF, cuando se juzgó el Hábeas Corpus (HC) 71.835-3, el 4 de abril de 1995, en la Segunda Sala, con Francisco Rezek como relator, la mayoría opinó que no se trataba de ampliar el artículo del CF/88, sino de interpretarlo literalmente, manteniendo la jurisdicción federal, mientras que la minoría opinó que debía restringir su alcance.

Posteriormente, la posición del STJ pasó a ser apoyada por el STF, especialmente cuando, el 27 de junio de 1997, se dictó la sentencia HC 75.404/DF en el caso del asesinato del indígena Pataxó Galdino, en la que surgió un desacuerdo interno sobre el alcance de los términos mencionados en el art. 109, XI, del CF/88, y la minoría de magistrados del STF, entre ellos el juez Maurício Correa, pasó a representar la opinión de que el artículo tenía un alcance literal.

El 17 de abril de 2001, en la sentencia del Recurso Extraordinario (RE) n° 270.379-6 relativo al asesinato del indígena Marçal de Souza, en Mato Grosso do Sul, el juez Maurício Correa consolidó su nuevo entendimiento, en el sentido de restringir el alcance del art. 109, XI, de la Constitución Federal, sólo a cuestiones de impacto colectivo, entendiendo que las disputas sobre tierras son un factor que atrae la jurisdicción de los tribunales federales. Al hacerlo, reforzó la legitimidad del Resumen Jurisprudencial 140 del STJ, al mismo tiempo que consolidó el entendimiento de que la disputa de tierras era algo de impacto colectivo, determinante de la jurisdicción de los tribunales federales, como puede verse en su voto en este último caso:

(...) Por eso, considero que es aplicable al caso, a *contrario sensu*, la posición también establecida en la sentencia del caso *Galdino* (HC 75.404), porque el caso en examen se refiere a una disputa de tierras que involucra el asesinato de su defensor, dentro del pueblo indígena, y los hechos se ajustan debidamente a la disposición contenida en el inciso XI del artículo 109 de la Constitución Federal, que determina la competencia del Tribunal Federal cuando está en juego una disputa sobre derechos indígenas, que, a su vez, están previstos en el “caput” del artículo 231 de la Constitución. (Brasil 2001).

A pesar de haber restringido su entendimiento, esta decisión del juez Maurício Correa fue importante para bloquear la aplicación del Resumen Jurisprudencial 140 del STJ por parte de tribunales de varias regiones del país.

El 6 de agosto de 2006, el Pleno del STF, presidido por la jueza Ellen Grace, se pronunció sobre la RE 419.528/PR, validando el Resumen Jurisprudencial 140/STJ. El ponente, el magistrado Marco Aurélio, votó a favor de la competencia federal, que pasó a denominarse “amplia”, es decir, que incluye no sólo al colectivo, sino también al individuo. A él se unieron los jueces Cármen Lúcia y Joaquim Barbosa, pero fue derrotado por el voto del juez César Peluso, que abrió la disidencia, seguido por Gilmar Mendes, Carlos Brito, Ricardo Lewandowski, Sepúlveda Pertence y Eros Grau (sucesor de Maurício Correa), estableciendo la jurisdicción federal de forma restringida y reforzando que el crimen cometido por –o contra– indígenas, o incluso en tierras indígenas, es independiente, importando como criterio sólo el impacto de que el crimen sea colectivo.

La Sumaria 140 se ha diluido en el tratamiento jurídico y penal dado a los indígenas en causas penales por los tribunales estaduais, alimentando la invisibilización de los indígenas presos o en conflicto con la ley en todo Brasil, así como la falta de preparación de los operadores jurídicos y la estandarización de las decisiones judiciales sobre el tratamiento jurídico y penal.

Así, en el ámbito penal, mientras que la cuestión de la jurisdicción es relativa al colectivo en la jurisprudencia del STF, el rechazo o no de la aplicación del criterio integracionista, y/o la necesidad de pericia antropológica, es relativa al individuo, y esta insistente oposición entre lo individual y lo colectivo es la mayor tensión detectada en el poder judicial en la búsqueda de la afirmación de los derechos indígenas.

En este escenario, las tesis de los jueces Eros Grau y Sepúlveda Pertence también estaban en disputa: el primero entendía que el mero hecho de que la persona fuera indígena, inde-

pendientemente del supuesto grado de integración, daba lugar a un régimen de semilibertad y atenuación de la pena, mientras que el segundo entendía que características externas a la persona (como vivir cerca de la ciudad) no eran suficientes para acreditar la integración y la imputabilidad, siendo necesario un laudo antropológico para valorarlo.

En la sentencia del HC n. 85.198/MA, indígenas del pueblo Guajajara acusados de tráfico de drogas, asociación y tenencia ilícita de armas de fuego, en la decisión relatada por el Magistrado Eros Grau, Sala Primera, el 19 de noviembre de 2005, se decidió que el régimen especial de semilibertad se aplica por la “simple condición” de ser indígena, prescindiendo, sin embargo, de la pericia antropológica frente al criterio integracionista afirmado por el magistrado, en los siguientes términos:

El examen antropológico destinado a evaluar el grado de integración del paciente en la sociedad es prescindible si el juez afirma su plena imputabilidad a partir de la evaluación de su nivel de escolaridad, del dominio de la lengua portuguesa y del nivel de liderazgo ejercido en la banda, entre otros elementos de convicción. Precedente. 2. Atenuación de la pena (artículo 56 del Estatuto de la India). Pretensión atendida en la sentencia. Prejudicialidad. 3. Régimen de semilibertad previsto en el párrafo único del artículo 56 de la Ley n° 6.001/73. Derecho conferido por la mera condición de indígena. Orden concedida en parte. (Brasil 2005. Cursivas en el original).

Por su parte, la decisión de la relatoría del Ministro Sepúlveda Pertence, en la sentencia unánime de RHC 84.308/MA, también de la Primera Sala del STF, y relativa a indígenas del pueblo Guajajara, del 15 de diciembre de 2005, concluyó que se debía realizar un peritaje:

(...) Sin embargo, todos se benefician de la nulidad de los motivos invocados para concluir que los pacientes están plenamente integrados.

Se trata aquí de demostrar que los pacientes estaban totalmente integrados, no por ninguna condición personal, sino porque pertenecían a una comunidad que, además de estar próxima a una determinada autopista, tenía viviendas atípicas de la cultura indígena, con presencia de «hombres blancos», coches, etc.

No se concluye de allí, sin embargo, que algunos indígenas –incluidos los pacientes– puedan tener hábitos culturales propios, con valores y costumbres sumamente relevantes para la resolución del caso, incluso para saber si se les aplica o no el régimen especial.

Siendo así, concedo la RHC 84.308, a fin de anular el proceso a partir de la decisión que juzgó cerrada la investigación, permitiendo la realización de las pericias necesarias para verificar el grado de integración de los pacientes y constatar la edad de Valdemir Guajajara y Argemiro Guajajara en la época del crimen. (Brasil. STF, RHC 84.308/MA, 15.12.2005, DJ 24/02/2006. Cursivas en el original).

El problema, en la opinión de algunos de los Jueces de la Primera Sala del STF, giraba en torno a la cuestión de si los magistrados habían reconocido características formales que dejaban dudas sobre si los indígenas acusados estaban o no “plenamente integrados”. Esta última decisión del Ministro Sepúlveda Pertence acogió la solicitud de un laudo antropológico para resolver la cuestión de la integración, anulando el proceso desde el final de la fase de instrucción, es decir, desde la producción de pruebas. Dicho informe sería incluso necesario para valorar si los indígenas tienen derecho al régimen especial. Mientras que en la decisión de Eros Grau (en HC 85.198/MA), cualquier indígena, independientemente de su supuesto grado de integración, tendría derecho al régimen de semilibertad y a la atenuación de la pena, y se prescindiría del laudo cuando el/la magistrado/a ya hubiera acreditado su integración.

En su momento, estas resoluciones se consideraron un avance en la jurisprudencia. La decisión del Ministro Sepúlveda abrió un nuevo camino, al afirmar que el hecho de que el acusado, perteneciente al pueblo Guajajara, viviera cerca de una autopista y de forma atípica no sería suficiente para acreditar su “total integración”, ya que se trataba de condiciones externas al acusado. De este modo, sería necesaria una pericia antropológica para valorar las condiciones personales de los acusados, con el fin de verificar su supuesto grado de integración y, con ello, orientar la aplicación de los derechos indígenas, incluido el régimen especial. La decisión de Eros Grau refuerza lo establecido en el Estatuto Indígena, de que cualquier indígena, independientemente de su “grado de integración”, tiene derecho a la aplicación de la pena reducida y del régimen de semilibertad.

En el ámbito judicial, no hubo controversia sobre el laudo antropológico en sí, ya que las sentencias dictadas determinaron que debía realizarse cuando no se acreditara la integración o cuando existieran dudas razonables sobre la misma. El desacuerdo se centró en los criterios de valoración de la integración y en si el magistrado tenía la competencia para valorarla.

La decisión del ministro Sepúlveda Pertence repercutió en las causas penales que involucraban a indígenas, pues los magistrados ya no podían validar los antiguos criterios de integración, lo que llevó a los órganos locales de enjuiciamiento a solicitar certificados de integración e imputabilidad a antropólogos, para evitar nulidades procesales, informes que muchas veces se colocaban al lado de pericias médicas o psicosociales, e incluso se adjuntaban como “incidente de salud mental”.

Señalando el avance jurisprudencial propiciado por la decisión del ministro Pertence, Tédney Silva (2019) analizó en su investigación quince resoluciones del STF entre 1968 y 2017 en las que, bajo el manto de la imputabilidad integracionista, los magistrados certificaron la culpabilidad indígena sin pruebas periciales. El autor relata que “la mayoría de las sentencias del STF sobre criminalización de indígenas, sin embargo, se vuelca a la discusión de otra agenda: la definición de la jurisdicción para el juzgamiento de casos que involucran a indígenas” (Silva 2019: 9). Sobre esta otra agenda, en la discusión que tuvo lugar en el STF en torno a la cuestión de la jurisdicción de los tribunales federales cuando el Tribunal Pleno

juzgó la RE 419.528/PR en 2006, hubo una disputa sobre la interpretación de la protección del Estado en relación a la persona indígena colectiva o individual, destacándose de esta última, como ya se mencionó.

En el sistema de justicia penal, al identificar la invisibilización de la diversidad étnica con la discriminación indirecta, Silva et al. (2022: 95) explican que los indígenas en situación de criminalización son nivelados de la misma forma que gran parte de la población carcelaria: “bajo el pretexto de aplicarse a todos indiscriminadamente, el sistema punitivo oculta la diversidad étnica y permite así la invisibilización de los indígenas y de sus reivindicaciones, con sumisión forzada a la obediencia buscada por el Estado” (Silva et al. 2022: 95). Además, el instituto de criminalizar a los líderes indígenas es utilizado rutinariamente en los conflictos fundiarios.

Existen al menos tres hipótesis de partida, no excluyentes entre sí, que promueven la invisibilización de los indígenas en situaciones de conflicto penal: frente a la violencia histórica perpetrada contra los pueblos indígenas por parte del estado, (1) al propio grupo indígena le resulta difícil/vergonzoso identificar a sus miembros en situación de encarcelamiento; (2) al indígena le resulta difícil/vergonzoso identificarse ante la justicia y/o desconoce sus derechos; y (3) el Estado, al tratar con indígenas en prisión, impone su dominación, invisibilizando identidades colectivas y negando derechos subjetivos, es decir, los poderes judicial y ejecutivo ignoran la condición indígena y/o utilizan criterios integracionistas para descartarla.

Sin embargo, nuevas formulaciones están propiciando un movimiento hacia un posible acercamiento entre el poder judicial y las ciencias antropológicas, y a continuación analizaremos los posibles impactos de las recientes Resoluciones del Consejo Nacional de Justicia sobre las decisiones del Supremo Tribunal Federal.

RESOLUCIONES Y DECISIONES

La criminalización de los indígenas ha cobrado relevancia con el creciente protagonismo de los pueblos indígenas en el tema desde la creación del Observatorio de Justicia Penal en 2020, por parte de la Articulación de Pueblos Indígenas de Brasil (APIB), con el objetivo de recopilar información, monitorear situaciones de violencia y criminalización contra los indígenas, y contribuir al debate. Más recientemente, el Consejo Indígena de Roraima (CIR), histórica organización indígena, puso en marcha un observatorio del delito a nivel estadual. Hasta entonces, la única organización con asesoría jurídica específicamente centrada en cuestiones penales que involucraban a indígenas era el Consejo Indigenista Misionero (CIMI) que, a través de su trabajo, así como de las defensorías públicas de los estados y de la Unión, y de abogados de base, libró importantes batallas judiciales para garantizar derechos. También se destacan las recientes iniciativas del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), específicamente en relación al tratamiento de los indígenas en el acceso a la justicia y en el ámbito penal.

El CNJ fue creado en junio de 2005 y es un órgano administrativo que regula y supervisa el poder judicial, en el marco del cual establece políticas públicas judiciales en materia de

acceso a la justicia, derechos humanos y medio ambiente. El Consejo está presidido por el presidente del Supremo Tribunal Federal e integrado por quince miembros, entre los que se encuentran miembros del poder judicial, fiscales, dos abogados designados por el Consejo Federal de la Orden de Abogados de Brasil y dos ciudadanos, uno designado por la Cámara de Diputados y el otro por el Senado Federal. Entre sus competencias, el CNJ puede crear normas con una finalidad reguladora/fiscalizadora para el poder judicial o para complementar las leyes, en el ámbito penal también puede crear normas para promover los derechos humanos (Castilho y Silva 2022). Sus resoluciones tienen efecto vinculante para el poder judicial, y los magistrados que incumplan sus directrices pueden ser procesados.

En este sentido, la Resolución 287 del Consejo Nacional de Justicia, del 25 de junio de 2019, entró en vigor bajo la presidencia del magistrado Dias Toffoli, con su respectivo Manual⁵, noventa días después de su publicación, el 25 de septiembre de 2019, orientando a los magistrados en el tratamiento jurídico y penal de los indígenas detenidos y/o acusados.

En la introducción del Manual, el magistrado Dias Toffoli, reconociendo la diversidad indígena del país, con sus más de 305 pueblos y 270 lenguas, describe el problema que llevó a la producción de la resolución, explicando que, antes de la CF/88, los indígenas que incorporasen derechos civiles perdían derechos culturales, y que gran parte del problema actual gira en torno al hecho de que las normas infraconstitucionales deben ser interpretadas de acuerdo con la CF/88, pero no han sido actualizadas textualmente (Brasil 2019b: 07). Un extracto de la introducción del Manual de la Resolución 287/19 subraya:

Como resultado, el tratamiento jurídico de la cuestión indígena a través de las categorías de civilizados, aculturados o no aculturados, aldeanos y no aldeanos, integrados o en proceso de integración se tornó incompatible con el orden constitucional vigente (Brasil 2019b: 12. La cursiva me pertenece).

En la sección que trata de los principios generales, el Manual refuerza que “debe haber un análisis específico del caso concreto, incluyendo la solicitud de un informe antropológico específico y la consulta a la comunidad indígena sobre la decisión que se adoptará, incluso si hay antecedentes de consulta con esta comunidad” (Brasil 2019b: 16).

La resolución prevé la realización de pericias antropológicas para comprender las especificidades socioculturales, especialmente sobre la comprensión de los hechos por parte de la comunidad y sus propias formas de resolución de conflictos, y amplía la posibilidad de régimen especial de semilibertad, que puede ser articulado por el juez con los líderes comunitarios del distrito judicial. Además, recomienda la creación de una base de datos de antropólogos e intérpretes por parte del poder judicial, así como la organización de la legislación sobre los

5 Este Manual se encuentra disponible en: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/Manual-Resolucao-287-2019-CNJ.pdf>.

derechos fundamentales que ya existía, tratando de promover y supervisar la aplicación de los derechos de los indígenas detenidos y / o acusados.

También afirma que sus directrices son aplicables a todas las personas que se declaren indígenas, sean brasileñas o no. Esta afirmación de la identidad indígena, que va más allá de la frontera brasileña, se destaca, especialmente en las reivindicaciones de los pueblos amerindios y de los países que también son signatarios del Convenio 169 de la OIT, por reconocer que las fronteras indígenas no están cubiertas por los límites del territorio nacional y, al mismo tiempo, por respetar los derechos indígenas de las personas que se identifican como tales, aunque provengan de otros países, según el artículo 2° de la Resolución 287/19 de la CNJ. Finalmente, este artículo refuerza que la aplicación de la Resolución abarca a todos los indígenas, estén o no en territorio regularizado, en contexto urbano o rural. En este punto, es importante recordar la posición histórica del órgano indígena oficial, la FUNAI, que, a lo largo del tiempo, se ha adaptado a los intereses políticos del Estado gobernante, incluyendo o excluyendo a las personas y pueblos indígenas según sus propios criterios.

El artículo 6 de la citada Resolución recomienda el peritaje antropológico:

Art. 6 Al recibir una acusación o denuncia contra una persona indígena, la autoridad judicial podrá ordenar, siempre que sea posible, de oficio o a petición de las partes, que se realice una pericia antropológica, la cual proporcionará información para establecer la responsabilidad de la persona acusada, y deberá contener como mínimo:

I - la calificación, etnia y **lengua** hablada por la persona acusada;

II - las circunstancias personales, culturales, sociales y económicas del acusado;

III - los usos, costumbres y tradiciones de la comunidad indígena a la que pertenece;

IV - *la comprensión de la comunidad indígena sobre la conducta típica imputada*, así como los *mecanismos de juzgamiento* y sanción adoptados para sus miembros; y

V - otras informaciones que se consideren pertinentes para el esclarecimiento de los hechos. Párrafo Único. *El informe pericial será elaborado por antropólogo, científico social u otro profesional designado por el tribunal con conocimiento específico en la materia* (La cursiva me pertenece).

Además, en el artículo 7, la Resolución 287/19 de la CNJ refuerza que el/la magistrado/a debe considerar sus propios mecanismos de resolución de conflictos y rendición de cuentas de acuerdo con las costumbres de la comunidad indígena a la que pertenece, así como realizar una consulta previa con la comunidad.

La Resolución 287/19 (Brasil 2019a) equipara los derechos de las mujeres indígenas a los de cualquier otra mujer, especialmente en lo que se refiere a la Convención de Bangkok y al Marco Legal para la Primera Infancia. Este esfuerzo es necesario para que no haya dudas

en la aplicación de la ley por parte de los magistrados, ya que aún hay mujeres indígenas en prisión que son madres de niños menores de doce años y/o responsables de otros.

La Resolución 287/19 de la CNJ recomienda que el poder judicial registre la información sobre etnia y lengua hablada, en el expediente y en el sistema informático, para que se pueda hacer un seguimiento de los datos sobre los casos de indígenas acusados o encarcelados. Sin embargo, existen varios obstáculos ante la historia de violencia perpetrada por el Estado contra los pueblos indígenas, lo que dificulta la reivindicación de esta identidad ante la justicia penal.

Después de los impactos de la pandemia del Covid, especialmente la sentencia de la Acción por Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) 709, bajo la presidencia del Ministro Luiz Fux, el CNJ publicó la Resolución 454⁶, del 22 de abril de 2022 (Brasil 2022b), que trata ampliamente del acceso a la justicia para los pueblos indígenas y, en el mismo día, también la Resolución 453 (Brasil 2022a) que “Instituye el Foro Nacional del Poder Judicial para el seguimiento y la eficacia de las demandas relacionadas con los Pueblos Indígenas (Fonepi)”⁷.

Con la Resolución 454/22 (Brasil 2022b), además de la citación personal con intérprete y la recomendación de no realizar actos procesales en días rituales o similares, se abre la posibilidad de que los profesionales de la antropología sean requeridos con mayor frecuencia por el Poder Judicial para dilucidar las especificidades socioculturales como condición de acceso a la justicia de los pueblos indígenas, incluso en causas penales, ya que “el tribunal ordenará la producción de exámenes técnicos por antropólogo o antropóloga de reconocida idoneidad” (Art. 14), y recomienda que la admisibilidad del “examen técnico-antropológico no se base en supuestos grados de integración de los pueblos y comunidades indígenas a la comunidad nacional” (Art. 14).

Esta resolución demuestra los esfuerzos de la CNJ para promover el acceso a la justicia de los pueblos indígenas y sus individuos, buscando garantizar que sus especificidades lingüísticas y culturales sean respetadas en todos los ámbitos del poder judicial. Al reforzar la Resolución 287/19 de la CNJ, y recomendar que la pericia no sea aceptada o descartada por el magistrado sobre la base de supuestos grados de integración, la Resolución 454/22 desalienta expresamente la aplicación del criterio integracionista en el ámbito penal.

Recientemente, la CNJ publicó la Resolución 524/23 sobre recomendaciones para el tratamiento de jóvenes y adolescentes indígenas considerados infractores, recomendando nuevamente la pericia antropológica.

Las Resoluciones de la CNJ mencionadas tratan sobre los derechos de los pueblos indígenas y sus individuos, el acceso a la justicia en general y el seguimiento de sus demandas

6 La resolución 454/22 tiene extensos considerandos que reafirman las normas internacionales y nacionales de derechos. El CNJ ha iniciado una encuesta para mapear la implementación de esta resolución y de la 287/19, dirigida a magistrados, grupos de monitoreo e inspección de prisiones, y al tercer sector, además de producir el manual respectivo para mediados de 2023. Disponible en: <https://www.cnj.jus.br/cnj-lanca-questionario-sobre-direitos-indigenas-e-acesso-a-justica/>. Última consulta: 11/03/2025.

7 Inicialmente denominado “Foro Nacional del Poder Judicial para el monitoreo y la efectividad de las demandas relacionadas a pueblos Indígenas y Tribales” (FONIT), la redacción fue modificada por la Resolución 489/2023.

en el Poder Judicial, y se complementan entre sí en cuanto al tratamiento jurídico y penal. Por un lado, la Resolución 287/19 pide implícitamente el abandono del criterio integracionista y el fin de la tutela orfanológica del Estado sobre los indígenas, y sólo es explícita en su Manual; por otro lado, la Resolución 454/22 es explícita en su recomendación de rechazar la aplicación del criterio integracionista.

Antes de las Resoluciones 287/19 (Brasil 2019), 454/22 (Brasil 2022b) y 524/23 (Brasil 2023), no existían normas que determinasen expresamente la realización de pericias antropológicas en procesos judiciales penales, excepto por analogía con el Código de Proceso Penal en relación a otras pericias puestas en parámetro en lo que se refiere a la cuestión de la (in)imputabilidad. Había un entendimiento establecido en la jurisprudencia del STF de que sería necesario un laudo antropológico para verificar el supuesto grado de integración del indígena acusado o detenido, en caso de que hubiera dudas por parte de los magistrados. Los magistrados pasaron a medir ese grado por determinados criterios que les parecían pruebas de capacidad civil⁸, negando sistemáticamente la pericia antropológica.

A partir de las resoluciones, han sido constantes las reuniones entre la CNJ y la Asociación Brasileña de Antropología (ABA), con la participación de la sociedad civil, indígenas e indigenistas, que animan al organismo a hacer recomendaciones. El 16 de febrero de 2024 se publicó la Resolución 544, que establece recomendaciones para los honorarios de los peritos antropólogos, un tema, entre muchos, que ha llegado a angustiar a los profesionales de la antropología.

Con las Resoluciones del CNJ, se dispone ahora de instrumentos jurídicos que abandonan expresamente el criterio integracionista, en la preocupación por acercar el derecho y las ciencias antropológicas contemporáneas, recomendando a los magistrados la realización de pericias antropológicas para el diálogo intercultural. Además, se concretan en algo específicamente organizado para el tratamiento jurídico-penal de los indígenas, y condensan la escasa legislación que garantiza sus derechos especiales. De esta manera, promueven mecanismos de identificación de los indígenas en los procesos penales y su seguimiento, lo que podría abrir puertas a una mayor visibilidad y efectivización de sus derechos.

Sin embargo, el relevamiento y análisis preliminar de dieciocho decisiones del STF publicadas con posterioridad a la Resolución 287/19, es decir, entre octubre de 2019 y marzo de 2024, muestra que más de la mitad de ellas son casos del estado de Mato Grosso do Sul en los que actuó la Defensoría Pública estadual. Sólo tres decisiones concedieron la petición en relación con los derechos del peticionario indígena, todas ellas de la Ministra Carmen Lúcia. Las demás utilizaron el criterio integracionista para denegar las peticiones.

8 El criterio integracionista se ha aplicado de forma arbitraria y discrecionalmente por parte de los actores del poder judicial, basándose en argumentos como: “habla portugués”, “tiene permiso de conducir”, “tiene documento electoral”. Esta cuestión se tratará en el siguiente apartado.

Tabla 1

Estado	STF	Ministro	PLEITO	Fecha de publ. de decisión	Decisión
Santa Catarina	ARE 1232329	Alexandre de Moraes	semi libertad	19/09/2019	indeferimento
Paraná	RE 1270202	Cármén Lúcia	semi libertad	20/10/2020	deferimento
Mato Grosso do Sul	RHC 199360	Cármén Lúcia	nulidade da instrução sem perícia antropológica	06/04/2021	medida cautelar concedida
Mato Grosso do Sul	RHC 199360	Cármén Lucia	nulidade da instrução sem perícia antropológica	06/04/2021	concedida
Maranhão	HC 190240	Gilmar Mendes	semi libertad	05/05/2021	denegada
Mato Grosso do Sul	RE 1318226	Cármén Lúcia	perícia antropológica	04/05/2021	denegada
Paraná	RHC 210066	Alexandre de Moraes	semi libertad	10/01/2022	denegada
Mato Grosso do Sul	ARE 1380420	Luiz Fux	semi libertad y arresto domiciliario	10/05/2022	denegada
Mato Grosso do Sul	ARE 1379745	Edson Fachin	semi libertad, arresto domiciliario anticipación de la progresión del régimen COVID	26/05/2022	denegada
Paraná	RHC 216252	Alexandre de Moraes	semi libertad	08/06/2022	denegada
Paraná	ARE 1330233	Alexandre de Moraes	semi libertad	21/06/2022	denegada
Mato Grosso do Sul	ARE 1376311	Edson Fachin	semi libertad y arresto domiciliario	28/07/2022	denegada
Mato Grosso do Sul	ARE 1394644	Alexandre de Moraes	semi libertad	16/08/2022	denegada
Bahía	HC 221551	Dias Toffoli	semi libertad	25/10/2022	denegada
Mato Grosso do Sul	ARE 1421391	Rosa Weber	traductor/intérprete para examen criminológico	24/02/2023	denegada
Mato Grosso do Sul	ARE 1455873	Cristiano Zanin	pericia antropológica	27/09/2023	denegada
Mato Grosso do Sul	ARE 1389661	André Mendonça	intérprete	23/10/2023	denegada
Bahía	ARE 1473890	Gilmar Mendes	competencia federal, atenuación y semi libertad	08/03/2024	denegada

En cuanto a las decisiones de la jueza Cármén Lúcia, en el primer caso (RE 1.270.202), en 2020, hizo referencia a la decisión paradigmática de Eros Grau de garantizar el régimen de semilibertad como el único aplicable a los indígenas en caso de encarcelamiento. En la

segunda HC 199.360 (Brasil 2021), juzgada el 6 de abril de 2021, concedió el sobreseimiento de la causa hasta que se juzgue el fondo y, en la tercera, relativa al mismo caso, referenció y superó la decisión de Sepúlveda Pertence, ordenando la realización de pericias antropológicas y la anulación del pronunciamiento⁹ basado en el principio de multiculturalidad. Finalmente, en una cuarta decisión de la Ministra (RE 1.318.226), del 4 de mayo de 2021, se denegó la complementación del informe antropológico porque ya se había producido.

En el HC 199.360, de Mato Grosso do Sul, promovido por la Defensoría Pública del Estado en nombre de un Kaiowá Guaraní acusado de femicidio, en una decisión unipersonal, la Ministra Cármen Lúcia, impulsada por la Resolución 287/19 de la CNJ (Brasil 2019a), abordó la cuestión de la producción antropológica de manera diferente, exaltando el multiculturalismo del Estado brasileño y el abandono de una visión integracionista de los pueblos indígenas y de sus individuos ante la justicia penal:

Cabe, por tanto, señalar que incluso en el caso de que no se constatará la inimputabilidad o semi imputabilidad del recurrente (paradigma integracionista), el laudo antropológico es importante en el asunto tratado, porque en este caso el imputado será juzgado *por el Consejo de Sentencia del Tribunal del Jurado, órgano formado por jueces legos, que necesitan disponer de los datos necesarios para una perfecta comprensión del contexto en el que se produjeron los hechos, para analizar y concluir sobre la conducta del acusado y las circunstancias en las que se produjo.*

(...)

Se ha argumentado por las anteriores instancias que era innecesario acoger el motivo de la defensa por haber quedado acreditada la imputabilidad del acusado. Sin embargo, lo que debe exponerse en su integridad es el **cuadro fáctico y cultural** para destacar no sólo la imputabilidad y responsabilidad penal del acusado, que no se discuten, sino los datos completos a considerar para concluir la culpabilidad o dolo del acusado. *Preguntas fundamentales sobre las calificadoras y cómo los indígenas de la etnia del recurrente y de la víctima observan el caso para expresar su íntima convicción (perspectiva multiculturalista), son necesarias para que los jurados comprendan todo el escenario* (Brasil 2021. Cursivas en el original. La cursiva me pertenece).

Siempre sobre la perspectiva multiculturalista y la pericia antropológica en los procesos penales, la Ministra comenta:

La realización de un peritaje antropológico no tiene por objeto eximir de responsabilidad judicial al recurrente, sino comprender el hecho analizado también en su marco cultural específico, en el que se insertan el recurrente y la víctima, que puede ser diferente, más grave o más leve que en la cultura no indígena. El laudo también podría mostrar si el delito fue objeto de reacción de acuerdo con la cultura del acusado y de la víctima, y su personalidad, o las consecuencias del delito para la comunidad en la que tuvo lugar.

⁹ Los procesos penales que son competencia del jurado, es decir, los que versan sobre delitos contra la vida, se denominan en derecho penal bifásicos: en la primera fase el juez comprueba los indicios técnicos de autoría y dicta sentencia, de acusación o de prisión. Si hay acusación, se pasa a la segunda fase y el acusado es sometido al Jurado Popular.

(...)

Puede verse que las negaciones del estudio antropológico se limitaban a si el recurrente estaba o no integrado en la cultura occidental y que no se trataría de un caso de inimputabilidad del recurrente.

En su dictamen, la Fiscalía también mantuvo su opción por una perspectiva integracionista, al afirmar que:

(...) está siendo acusado de un delito grave (tentativa de homicidio calificado), sabe leer y escribir, estudió hasta el sexto grado, tiene 23 años de edad y, además, en la audiencia de instrucción, entendía perfectamente la lengua vernácula y hablaba fluidamente el portugués, siendo una persona, por lo tanto, plenamente integrada y con capacidad para comprender el presunto ilícito cometido, razón por la cual es realmente prescindible la realización del examen pericial antropológico en este caso (fl. 11, e-doc. 8). (...) (Brasil 2021. Cursivas en el original. La cursiva me pertenece).

La oposición entre la ministra y la Procuraduría General de la República (PGR), es decir, entre el multiculturalismo y el integracionismo, tiene que ver con el desfase explícito entre los actores judiciales y la antropología, ya que utilizan argumentos obsoletos que datan de finales del siglo XIX a la primera mitad del siglo XX, sirviendo al poder hegemónico al considerar las culturas de los pueblos a través de una lente evolutiva, apuntando a su estancamiento o a su fin. Por su parte, la antropología brasileña ya había proporcionado los elementos para comprender las diferentes formas de vivir y entender el mundo, la dinámica cultural, la organización social, sin determinar jerarquías de conocimiento o el fin de los pueblos indígenas, influyendo en la propia redacción de la Constitución Federal de 1988. Además, para las ciencias antropológicas, lo individual y lo colectivo están entrelazados, en reconocimientos recíprocos de existencia; no son separables. Para la Ministra, aspirar a

(...) un juicio justo, en el que los jurados conozcan la matriz cultural y el marco sociológico del entorno de los hechos, no debe ignorarse ni subestimarse la finalidad buscada insistentemente por la defensa para la producción del laudo antropológico que le fue negado.

(...) Concedo la orden de reconocer el derecho a la pericia antropológica, esencial para el ejercicio del derecho de defensa, para completar la fase de instrucción, anulando la sentencia de acusación y ordenando que este acto se lleve a cabo (Brasil 2021. La cursiva me pertenece).

Cármen Lúcia, de forma inédita en el STF, vuelve a unir al individuo con su colectivo, discutiendo la necesidad de un laudo antropológico de forma no relacionada con la imputabilidad, buscando comprender el contexto a través del “marco cultural específico”. Es decir, su decisión no está vinculada a las características formales de la persona para aplicar el criterio integracionista, sino a la perspectiva multicultural, que involucra la diversidad étnica de forma fluida en el tiempo, atendiendo a los principios del CF/88, del Convenio 169 de la OIT, así como a las orientaciones emanadas de la Resolución 287/19 del CNJ.

La composición del STF cambia a lo largo del tiempo, revelando nuevas y antiguas posiciones de acuerdo con el perfil que se va incorporando. En este sentido, se observa que ministros más recientes del STF, Alexandre de Moraes (2017), André Mendonça (2019), Kassio Nunes Marques (2020) y Cristiano Zanin (2023), han utilizado el criterio integracionista para negar los derechos de las personas pertenecientes a pueblos indígenas en el ámbito penal. Aún no se sabe cuál será la posición del recién investido magistrado Flávio Dino, que sustituyó a la magistrada Rosa Weber en 2024, pero Luiz Fux y Cármen Lúcia son los siguientes en salir, en 2028 y 2029 respectivamente. La cuestión no es pacífica en la historia del poder judicial, e incluso el ministro Fux –que como presidente del CNJ firmó la publicación de las Resoluciones 454/2022 sobre el acceso a la justicia, la recomendación de la pericia antropológica y el rechazo del criterio integracionista– la utiliza en sus decisiones en el STF. Cabe señalar también que Edson Fachin, relator de la discusión sobre el plazo, en el Tema 1031 juzgado en 2023; y Dias Toffoli, que era presidente del CNJ cuando se publicó la Resolución 287/19 y su Manual, también utilizan criterios integracionistas que han sido superados por la antropología y la Constitución Federal de 1988, junto con el Convenio 169 de la OIT, que se ha internalizado en Brasil con el estatus de derecho fundamental.

A pesar de las directrices de las resoluciones del CNJ, el escenario parece cada vez más caldeado, y los términos conquistados en la Constitución Federal de 1988 y sus conceptos antropológicos siguen en disputa en el poder judicial brasileño.

COMENTARIOS AL CASO DE PASO PIRAJU (MATO GROSSO DO SUL)

A título de ejemplo, cabe mencionar el caso de los nueve indígenas Guaraní Kaiowá' y Ofaié de la *tekoha* Paso Piraju¹⁰, en Mato Grosso do Sul, acusados de doble homicidio y tentativa de homicidio por hechos ocurridos el 1 de abril de 2006. Si bien el estado de Mato Grosso do Sul ostenta actualmente el récord de encarcelamiento de indígenas, especialmente de los Guaraní Kaiowá¹¹, en 2006 ya ostentaba el récord de asesinatos de indígenas, ranking que se mantiene hasta la actualidad¹², destacando la violencia y el régimen de terror contra los Kaiowá (Barbosa da Silva 2023; Capiberibe y Bonilla 2015).

La situación de criminalización de la comunidad de Passo Piraju ganó relevancia, influyendo en toda la demarcación de tierras de Mato Grosso do Sul, al ser muy expuesta por los medios de comunicación del estado. Fue la primera vez en el estado que, en un conflicto de tierras, en lugar de morir indígenas, morían no indígenas. Sobre este tema, vale la pena recordar las enseñanzas de Achille Mbembe (2016), basadas en su concepto de *necropolítica*,

10 La acción penal bajo la Jurisdicción del Jurado N ° 0001109-22.2007.403.6002 que se tramita en el Tribunal Federal de Mato Grosso do Sul.

11 Véase el informe sobre los esfuerzos conjuntos realizados en Mato Grosso do Sul para ayudar a los pueblos indígenas, disponible en: <https://shorturl.at/X77ve>. Última consulta: 11/03/2025.

12 Véase también: <https://shorturl.at/2OZEE>. Última consulta: 11/03/2025.

sobre los que deben morir y los que deben vivir en un estado de excepción establecido, donde domina la *necropolítica*, que también se vuelve contra los cuerpos indígenas.

A raíz de una denuncia del Ministerio Público del estado de Mato Grosso do Sul, el 12 de abril de 2006, mientras este órgano rechazaba la competencia de los tribunales federales aplicando el Resumen Jurisprudencial 140 del STJ, utilizó la decisión en la RHC 84.308/MA, del Ministro Sepúlveda Pertence, para evitar nulidades procesales, solicitando que se realizara un laudo antropológico para certificar la imputabilidad de los acusados, además de una pericia psiquiátrica y psicológica. A continuación se abrió un incidente de salud mental. Cabe destacar la falta de entendimiento entre la razón antropológica y la razón jurídica: bien por el Ministerio Fiscal, que pretendió su certificado de integración, convencido de un supuesto evolucionismo biológico; bien por el juez, que nombró y volvió a nombrar para la pericia antropológica a un médico que se negó a realizarla ante su falta de expertise; bien por las conclusiones de los laudos antropológicos que, en un intento de diálogo con la razón jurídica, afirmaron que los indígenas examinados “no están integrados en la sociedad” y “no eran capaces de comprender el carácter ilícito de su conducta”¹³.

Además, después de un año de proceso en los tribunales estaduais, durante el cual las nueve personas acusadas permanecieron en prisión, hubo una sentencia en el HC 65.898/MS, presentada por la defensa de los indígenas acusados, en la que el STJ se basó en las sentencias del STF mencionadas anteriormente¹⁴, liberando a los kaioiwá y ordenando la transferencia del caso a los tribunales federales.

Los laudos antropológicos fueron elaborados en 2006, a pedido del Ministerio Público del Estado, bajo la coordinación de la antropóloga Alexandra Barbosa da Silva, y en 2008, a pedido del Tribunal Federal, por los antropólogos Graciela Chamorro y Jorge Eremites de Oliveira (2019). Ambos llegaron a las mismas conclusiones: tres personas confesaron haber participado en el hecho y los demás han dicho a coro, junto con los confesores y la comunidad, que no tuvieron nada que ver. En todo caso, los indígenas actuaron sin saber que se trataba de policías civiles, pues fueron confundidos con *capangas* del hacendado, buscando neutralizar y repeler la agresión contra la comunidad. Sin embargo, a lo largo del juicio, los laudos antropológicos fueron totalmente ignorados por la fiscalía y los tribunales, porque llegaban a una conclusión diferente de la que esperaban y diferente de los informes médicos y psicológicos.

Si desde el punto de vista del derecho se buscaba un certificado antropológico de integración e imputabilidad, fueron elaborados dos laudos antropológicos que, en un esfuerzo de diálogo, concluían que los imputados no estaban integrados y que eran incapaces de entender su conducta como ilícita. Observando las preguntas y las respuestas, se aprecia

13 También es muy frecuente ver en los laudos antropológicos de casos penales la expresión “eternamente en proceso de integración”.

14 En el punto “Tribunal Supremo Federal: tensiones”, se ha hecho referencia a los asuntos RE 270.379-6 y RE 419.528/PR.

el distanciamiento entre la razón antropológica y la razón jurídica, tratando la primera de explicar a la segunda que el criterio integracionista ha sido superado por la antropología. Para responder a la pregunta, los expertos lo plantean así: si integración significa pérdida de valores culturales, entonces no están integrados.

La influencia positiva de estas pericias en aquel momento del proceso fue la garantía del STJ de que la prisión preventiva se cumpliría en la aldea, bajo la supervisión de la FUNAI, en régimen de semilibertad, que se consideraba el régimen máximo aplicable dentro de los límites establecidos en la decisión del ministro del STF Eros Grau¹⁵.

Los juicios por jurados en este caso se celebraron en junio de 2019 y febrero de 2024. En el primero, la resolución 287 del CNJ aún no estaba en vigor, pero aun así, se garantizaron sus premisas junto con las del CF/88, el Estatuto del Indio y el Convenio 169 de la OIT, en el sentido de atenuar la pena y aplicar el régimen de semilibertad; de los cinco Kaiowá juzgados, cuatro fueron condenados y uno absuelto, y ninguno fue condenado por tentativa de homicidio contra la víctima superviviente. En el segundo juicio, de un hombre y una mujer kaiowa, aunque fueron absueltos de asesinato y tentativa de asesinato, hubo una inhabilitación por lesiones en relación con la única mujer acusada, y se aplicaron las resoluciones del CNJ en la sentencia y también en las negociaciones en el pleno, en relación con el derecho a la lengua y a un intérprete¹⁶.

En ambos procesos, los laudos antropológicos fueron fundamentales para el diálogo intercultural de la defensa de los acusados con los miembros del jurado, ya que éstos, a petición de la defensa, recibieron el material desde el primer día de la sesión para su lectura, en el que, además de las conclusiones mencionadas, se explicaba que, para la comunidad, la acción fue necesaria para repeler un mal injusto, ya que, en un escenario de conflicto de tierras, policías civiles vestidos de civil ingresaron a la comunidad a gran velocidad, en un vehículo negro no identificado, fuertemente armados, disparando hacia arriba, al punto de impactar el dedo gordo del pie de un indígena Ofaié que se encontraba haciendo el techo de su casa de paja. Cuando se acercaron al coche, la escopeta del calibre 12 de uno de sus ocupantes se disparó, alcanzando a su propio compañero, por lo que “policía mató a policía”. Otra cuestión relevante, trabajada en la defensa de los acusados y abordada en profundidad en el laudo, fue la cuestión del manejo de la lengua materna y del portugués (Chamorro y Oliveira 2019), asegurando en el plenario que, aunque hubiera conocimiento de la lengua portuguesa, no se podía violar el derecho a expresarse en la propia lengua materna, ni debía servir para desacreditar al indígena.

Sin embargo, mirando los casos individuales en general, como se puede ver en la tabla anterior, el caso de Passo Piraju, que obtuvo la jurisdicción federal, un laudo y una sentencia

15 En el Habeas Corpus 85.198/MA.

16 Para conocer más sobre el caso, véase: <https://rb.gy/bgk5bz>, consultado el 09/03/2024.

garantizando los derechos específicos de los pueblos indígenas, es una rareza en el poder judicial brasileño. Existe un conflicto sobre si los derechos reconocidos a los indígenas se aplican a todos los indígenas o sólo a algunos en función de un supuesto *grado de integración*. Los operadores jurídicos utilizan este criterio para evitar la aplicación de los derechos relativos a la especificidad cultural indígena, en la misma medida en que, durante la dictadura cívico-militar-corporativa, la incorporación de los derechos civiles estuvo vinculada a la pérdida de los derechos culturales.

Así, en cuanto a la garantía de los derechos del individuo, el STF aún debate si restringir el alcance de las normas constitucionales e infraconstitucionales en relación a los individuos indígenas, separados de su colectivo en el tratamiento jurídico y penal de sus derechos. Mientras tanto, en la antropología, el problema de la integración fue superado desde la década de 1950 y completamente abandonado desde la década de 1970, en el entendimiento de que nadie deja de ser lo que es, ya que la cultura es dinámica.

CONCLUSIÓN

Los resabios del tratamiento tutelar dado a los pueblos indígenas antes de la promulgación de la Constitución Federal de 1988 aún son fuertes en el Poder Judicial penal, que separa al individuo de la colectividad a la que pertenece y define sus derechos con criterios retrógrados. La disputa interpretativa sobre las condiciones de validez de los derechos indígenas está latente en el ámbito penal.

Ya en 1995, el Tribunal Superior de Justicia resumió su opinión sobre la competencia de los tribunales ordinarios para juzgar delitos cometidos por o contra indígenas, reduciendo los derechos indígenas conquistados en virtud de los artículos 231 y 232 de la Constitución Federal de 1988 en el sistema de justicia penal. Esto fue respaldado por el Supremo Tribunal Federal. Este mismo órgano sigue utilizando el criterio integracionista para excluir la aplicación de los derechos derivados de la identidad indígena.

Este respaldo dado por el STF, al no enfrentar la inconstitucionalidad de la aplicación del criterio integracionista, dificulta que los tribunales de primera y segunda instancia realicen un cambio más contundente, incluso con los esfuerzos de la CNJ.

En este desajuste, a pesar de que la producción de pericia antropológica en el proceso penal existe desde hace mucho tiempo, el informe sólo se elaboraba para dar fe del supuesto grado de integración de los indígenas acusados o presos, y sólo si el magistrado tenía dudas justificadas sobre la “integración total”, muchas veces utilizada como prueba de la capacidad de cognición del acusado, para evaluar la imputabilidad. El paradigma integracionista sigue siendo utilizado por la judicatura de forma totalmente anacrónica en relación con la legislación vigente y la antropología contemporánea.

Las resoluciones de la CNJ han sido aceptadas en pocas causas penales y ejecuciones y, aún con recomendación expresa de la CNJ, la mayoría de las veces son rechazadas con base

en el criterio integracionista. Este entendimiento persiste entre los ministros del STF, que han mantenido el criterio integracionista en el apoyo a las decisiones de los tribunales inferiores, con excepción de la ministra Cármen Lúcia. Su posición es una novedad en el máximo tribunal del país, lo que la hace relevante para el debate actual sobre el tratamiento jurídico y penal de los indígenas en Brasil y las posibilidades del informe desde una perspectiva multicultural.

Al mismo tiempo en que la composición actual del STF muestra señales de retroceso, parece haber una apertura para la disputa y consolidación de conceptos antropológicos en el poder judicial, desde la CNJ, defensores públicos estaduais y federales, fiscales públicos estaduais y federales, *advocacy* popular y otros actores.

TRANSLATED BY RAÚL FEDERICO LAVEZZO HUBERMAN

RECEIVED: MARCH 31, 2023.

APPROVED: MARCH 17, 2025.

DECLARACIÓN DE DISPONIBILIDAD DE LOS DATOS DE LA INVESTIGACIÓN:

Todo el conjunto de datos de apoyo a los resultados de este texto ha sido publicado en el mismo artículo.

REFERENCIAS

- BARBADOS, Declaração de. 1971. Declaração de Barbados: pela libertação do indígena. América do Sul. *Missiologia*, 30 de enero. https://www.missiologia.org.br/wp-content/uploads/cms_documentos_pdf_28.pdf.
- BARBOSA DA SILVA, Alexandra. 2023. “Um regime de terror para os indígenas Kaiowa no Brasil contemporâneo (ou subjetividade analítica e compreensão da violência)”. *Revista Etnográfica*, outubro de 2023, 27(3), 715-737. <https://revistas.rcaap.pt/etnografica/article/view/33688/23533>.
- BARTH, Frederick. 1969. *Introduction to ethnic groups and boundaries: the social organization of cultural difference*. Oslo: Universitetsforlaget.
- BRASIL. Congresso Nacional. 1973. *Lei 6.001, de 19 de dezembro. Estatuto do Índio*. Brasília, DF: CN.
- BRASIL. 1988. Constituição Federal, 05 de outubro. Brasília, DF.
- BRASIL. Congresso Nacional. 2002. Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. Brasília, DF: CN.
- BRASIL. Casa Civil, 2015. Portaria Interministerial No - 1.321-A, 29 de Setembro de 2015, “Comissão Nacional da Verdade”. CNV. <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/institucional-acesso-informacao/a-cnv.html>.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. 2019a. “Resolução 287”. Brasília, DF: CNJ.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. 2019b. *Manual da Resolução 287* (online) Brasília, DF: CNJ, setembro. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/Manual-Resolucao-287-2019-CNJ.pdf>
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1995. “Súmula 140”. https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_10_capSumula140.pdf. DJ 24/05/1995. Brasília, DF: STJ.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2005. HC 85.198/MA. DJ 19/12/2005. Brasília, DF: STF.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. 2006. RHC 84.308/MA, julg. 15.12.2005, DJ 24/02/2006. Brasília, DF: STF.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2021. HC 199.360/MS, *relatoria da ministra Cármen Lúcia*. Brasília, DF: STF.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. 2022a. *Resolução 453*. Brasília, DF: CNJ.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. 2022b. *Resolução 454*. Brasília, DF: CNJ.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. 2023. *Resolução 524*. Brasília, DF: CNJ.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. 2024. *Resolução 544*. Brasília, DF: CNJ.
- CAPIBERIBE, Artionka, y Oiara BONILLA. 2015. “A ocupação do Congresso: contra o quê lutam os índios?”. *Estudos Avançados* 29(83): 293-313. <https://www.scielo.br/j/ea/a/b6VKRLZN-QQ8DJ6pg6PrJxNh/?format=pdf&lang=pt>
- CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. 2003. “Identidade étnica, identificação e manipulação”. *Sociedade e Cultura*, 6(2): 117-131.
- CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de, y Tédney Moreira da SILVA. 2022. “Incarceration of indigenous people in Brazil and resolution no. 287 of the National Council of Justice of Brazil”. *Vibrant*, 19: 1-22. <https://doi.org/10.1590/1809-43412022v19a708>.
- CHAMORRO, Graciela, y Jorge EREMITES DE OLIVEIRA. 2019. “Laudo antropológico sobre os indígenas acusados de terem cometido duplo homicídio e tentativa de homicídio no município de Dourados, estado de Mato Grosso do Sul, Brasil”. *Espaço Ameríndio*, 13(2): 355-426. DOI: 10.22456/1982-6524.93316. <https://seer.ufrgs.br/index.php/EspacoAmerindio/article/view/93316>.
- CORRÊA, José Gabriel S. 2003. “A proteção que faltava: o reformatório agrícola indígena krenak e a administração estatal dos índios”. *Arquivos do Museu Nacional*, 61(2): 129-146.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. 2017. *Cultura com aspas e outros ensaios*. São Paulo: Ubu Editora.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. 2018. “Índios na Constituição”. *Novos estudos. CEBRAP*, 37(3): 429-443. <https://doi.org/10.25091/S01013300201800030002> <https://www.scielo.br/j/nec/a/d9Kq7jjTt8GqR8DqBSgQBTK/abstract/?lang=pt>,

- DUPRAT, Deborah. 2012. “O direito sob o marco da pluriethnicidade/multiculturalidade”. En: A. Ramos (org.), *Constituições Nacionais e Povos Indígenas*. Belo Horizonte: Editora UFMG. pp. 228-236.
- LACERDA, Rosane Freire. 2008. *Os povos indígenas e a Constituinte: 1987-1988*. Lusiânia, DF: Editora Conselho Indigenista Missionário.
- LACERDA, Rosane Freire. 2014. “*Volveré y Seré Millones*”: Contribuições Descoloniais dos Movimentos Indígenas Latino Americanos para a Superação do Mito Estado-Nação. Brasília. Tesis de Doctorado, Universidad de Brasília (UnB) – Brasília.
- LARAIA, Roque de Barros. 2008. “Antropologia e direito”. *Ilha Revista de Antropologia*, 10(1): 311-317. DOI: 10.5007/2175-8034.2008v10n1p311. <https://shorturl.at/ZCfox>.
- LARAIA, Roque de Barros. 2021. *Cultura: um conceito antropológico*. 31ª impression. Rio de Janeiro: Editora Zahar.
- LEITE, Ilka Boaventura (org.). 2005. *Laudos Antropológicos em debate*. Florianópolis: NUER/ABA.
- MBEMBE, Achille. 2016. “Necropolítica”. *Arte & Ensaios*, 32(1):122-151. <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>.
- OLIVEIRA, João Pacheco de. 1994. “Os instrumentos de bordo: expectativas e possibilidades de trabalho do antropólogo em laudos periciais.” En: O. Silva, L. Luz y Cecília Maria V. Helm (orgs.), *A perícia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: Editora da UFSC. pp. 111-139.
- OLIVEIRA, João Pacheco de. 2016. *O nascimento do Brasil e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Contra Capa. <https://www.scielo.br/j/dados/a/tRJwGn7RT4j9Njhmwcv6RwG/?lang=pt>
- OLIVEIRA, João Pacheco de. 2022. “Uma antropologia comprometida com as lutas de libertação: os impactos de Barbados na Antropologia Brasileira”. *Guarimã – Revista de Antropologia Política*, 4(2): pp. 13-40.
- OLIVEIRA, João Pacheco de, Fabio MURA, y Alexandra BARBOSA DA SILVA (orgs.). 2015. *Laudos antropológicos em perspectiva*. Brasília, DF: ABA.
- PENTEADO JUNIOR, Ariovaldo Toledo, y Antonio Hilario AGUILERA URQUIZA. 2021. “Cem anos de prisão: Um Século do aprisionamento de indígenas Sul-Mato-Grossenses”. *Revista Brasileira de Execução Penal*, Brasília, 2(2): 15-42.
- RANGEL, Lucia Helena (coord.). 2022. *Relatório de Violência contra os Povos Indígenas no Brasil*. Brasília, DF: Conselho Indigenista Missionário. <https://cimi.org.br/observatorio-da-violencia/edicoes-anteriores/>
- RIAL, Carmen, y Lia Zanotta MACHADO. 2022. “Brazilian Anthropology as seen in ABA data for the Global Survey of Anthropological Practice: From an imaginary nation to a defense of rights”. *Vibrant*, 19. <https://doi.org/10.1590/1809-43412022v19d702>
- RUFINO, Marcos Pereira. 2006. “O código da cultura: o CIMI no debate da enculturação”. En: Paula Montero (org.), *Deus na Aldeia: missionários, índios e mediação cultural*. São Paulo: Editora Globo. pp. 235-275.
- SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. 2006. “Índios e Imputabilidade Penal”. Ministério Público Federal. www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/indios_imputabilidade_Penal.pdf.
- SILVA, Tédney Moreira da. 2019. “A necessidade de perícia antropológica de acusados indígenas”. Ponencia presentada ante el VI ENADIR (*Encuentro Nacional de Antropología del Derecho*), Grupo de Trabajo 01, Antropología del delito y del derecho: justicia y criminalidad en perspectiva, Pirenópolis, GO, Brasil.
- SILVA, Tédney Moreira da, BOTELHO, Tiago Resende, y Nathaly Conceição Munarini OTERO. 2022. “Sobre Prisões Sem Muros: Punição e Dulcificação de Indígenas em Dourados no Estado de Mato Grosso Do Sul”. *Vivencia Revista de Antropologia*, (59): 79-103. <https://doi.org/10.21680/2238-6009.2022v1n59ID28535>

CAROLINE DIAS HILGERT

Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), Instituto de Filosofia y Ciencias Humanas (IFCH),
Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social (PPGAS), Campinas, SP, Brasil

carolinediash@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0008-4569-7012>

EDITORES DEL DOSIER

Alexandra Barbosa da Silva (alexandrabar01@gmail.com)

Universidade Federal da Paraíba-UFPB Comitê de Laudos da ABA

Eliane Cantarino O'Dwyer (elianeantropologia@gmail.com)

Universidade Federal Fluminense-UFF Universidade Federal do Pará-UFPA Comitê de Laudos da ABA

Luís Alejandro Pérez Ortiz (luís.perez@enesmorelia.unam.mx)

Universidad Nacional Autónoma de México-UNAM

Sebastián Valverde (sebavalverde@gmail.com)

Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas CONICET Universidad de Buenos Aires-UBA