

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

A participação social e a licença social para operar (LSO): análise cruzada dos conceitos jurídicos

The social participation and the social license to operate (LSO): cross-analysis of legal concepts

Michelle Lucas Cardoso Balbino

Gilda Nogueira Paes Cambraia

Nayara Lima Rocha da Cruz

VOLUME 22 • N. 1 • 2025
INTERDISCIPLINARY APPROACHES TO BUSINESS &
HUMAN RIGHTS: AN ASSESSMENT OF THE FIELD 10+
YEARS FROM THE UNGPs

Sumário

CRÔNICA	17
CHRONICLES OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW: HIGHLIGHTS OF HCCH'S WORK OVER THE PAST THREE YEARS	19
Nadia de Araujo, Arnaldo Silveira , Gustavo Ribeiro, Inez Lopes,. Lalisa Froeder Dittrich, Fabrício Polido, Marcelo De Nard e Nereida de Lima Del Águil	
BUSINESS AND HUMAN RIGHTS	58
RETHINKING CORPORATE HUMAN RIGHTS RESPONSIBILITY: A FUNCTIONAL MODEL.....	60
Chiara Macchi, David Birchall e Nadia Bernaz	
SHAPING CORPORATE RESPONSIBILITY IN LATIN AMERICA TO ADDRESS THE CHALLENGES OF CLIMATE CHANGE AND THE ENERGY TRANSITION	83
Daniel Iglesias Márquez	
RESOLUTION OF DILEMMAS OF HUMAN RIGHTS SANCTIONS AGAINST CORPORATIONS THROUGH THE APPLICATION OF THE BUSINESS AND HUMAN RIGHTS CONCEPT	99
Olena Uvarova e Iurii Barabash	
LA DIMENSIÓN NORMATIVA DE LA DEBIDA DILIGENCIA EN DERECHOS HUMANOS	122
Juan Camilo García Vargas e Dilia Paola Gómez Patiño	
DEVIDA DILIGÊNCIA EM DIREITOS HUMANOS: ENTRE ESFORÇOS EXTERNOS E MEDIDAS INTERNA CORPORIS DE COMBATE ÀS VIOLAÇÕES CAUSADAS POR EMPRESAS	150
Sandro Gorski Silva e Danielle Anne Pamplona	
HUMAN RIGHTS DUE DILIGENCE AND ACCESS TO REMEDY: A COMPARATIVE ANALYSIS OF TWENTY-SIX DUE DILIGENCE LAWS AND PROPOSALS	168
Axel Marx e Elene Dzneladze	

A PARTICIPAÇÃO SOCIAL E A LICENÇA SOCIAL PARA OPERAR (LSO): ANÁLISE CRUZADA DOS CONCEITOS JURÍDICOS 190

Michelle Lucas Cardoso Balbino, Gilda Nogueira Paes Cambraia e Nayara Lima Rocha da Cruz

ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS 222

EVALUACIÓN AMBIENTAL, PUEBLOS, COMUNIDADES INDÍGENAS Y TRADICIONALES, UNA PROPUESTA HERMENÉUTICA ARGUMENTATIVA “EN RED”: ESTUDIO COMPARADO BRASIL-CHILE 224

Juan Jorge Faundes e Patricia Perrone Campos Mello

MOBILIDADE HUMANA E VULNERABILIDADE SOCIOAMBIENTAL: A PROTEÇÃO DOS DESLOCADOS AMBIENTAIS NO RIO GRANDE DO SUL À LUZ DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS SOBRE PERDAS E DANOS 255

Gabriel Braga Guimarães, Julia Motte-Baumvol e Tarin Cristino Frota Mont’Alverne

GUARDIAN OF GLOBAL HEALTH: EXAMINING THE RESPONSIBILITY OF THE WORLD HEALTH ORGANIZATION DURING GLOBAL HEALTH CRISES 273

Samiksha Mathur e Sonu Agarwal

DIREITO PENAL ESPANHOL E POLÍTICA MIGRATÓRIA CONTEMPORÂNEA: UMA APROXIMAÇÃO DIRECIONADA À PROTEÇÃO OU À RESTRIÇÃO DE DIREITOS DE PESSOAS MIGRANTES? 293

Luciano de Oliveira Souza Tourinho e Ana Paula da Silva Sotero

CHINESE FOREIGN DIRECT INVESTMENT IN CHILE: BETWEEN ANNOUNCEMENTS, DIVERSIFICATION AND STRUCTURAL CHALLENGES 308

Juan Enrique Serrano-Moreno e Joaquín Sáez

CONCEPTUAL PRINCIPLES OF STIMULATING THE ATTRACTION OF INVESTMENTS IN RECONSTRUCTION PROJECTS OF UKRAINE 332

Vladyslav Teremetskyi, Kseniia Serhiivna Tokarieva , Olena Yuryevna Kurepina e Viktor Mykolayovych Dovhan

CHEMICALS AND HAZARDOUS WASTE MANAGEMENT: INTERNATIONAL NORMS AND THEIR IMPLEMENTATION IN INDIA 347

Sandeepa Bhat B e Dulung Sengupta

A PROLIFERAÇÃO DE NOVOS TIPOS PENAI: UM RISCO DE DESLEGITIMAÇÃO DO ATUAL DIREITO INTERNACIONAL PENAL? 367

Estela Cristina Vieira de Siqueira e Felipe Nicolau Pimentel Alamino

JUDICIAL CORRUPTION IN AFRICA: SENEGAL AND MADAGASCAR IN COMPARATIVE PERSPECTIVE385
Santiago Basabe-Serrano

AUTOMATED WEAPONS SYSTEMS & LETHAL AUTONOMOUS WEAPONS SYSTEM AND NEW INTERNATIONAL LEGAL AND HUMANITARIAN ISSUES400
Rahul J Nikam e Bhupinder Singh

Evaluación ambiental, pueblos, comunidades indígenas y tradicionales, una propuesta hermenéutica argumentativa “en red”: estudio comparado Brasil-Chile*

Environmental evaluation, peoples, indigenous and traditional communities dialogical, argumentative hermeneutic proposal: comparative study Brazil-Chile

Juan Jorge Faundes **

Patricia Perrone Campos Mello ***

Resumen

Realizamos un estudio comparado Chile y Brasil, en relación a los derechos humanos a la identidad cultural y al medio ambiente sano, reconocidos por el Derecho Internacional, universal y regional americano. Se focaliza en la legislación doméstica y las sentencias nacionales de competencia constitucional-ambiental, especialmente, focalizadas en pueblos indígenas y tradicionales. A partir de la interconexión entre el Derecho Internacional y la normativa doméstica, nos preguntamos, comparadamente (Brasil y Chile), cuál es núcleo normativo que gobierna la protección del medio ambiente, en especial cuando se ven afectados pueblos indígenas y tradicionales. Conforme los resultados, se postula, en especial, que el derecho humano a la identidad cultural y el derecho humano al medio ambiente sano constituyen la base internacional de un marco normativo vinculante (de nivel internacional, regional y doméstico comparado) para los estados, que delimitan las medidas y proyectos, públicos y privados, con efectos en pueblos y comunidades indígenas o tradicionales. Para Chile y Brasil en particular. Se usa revisión bibliográfica, método sistémico para la revisión de las fuentes internacionales Y metodología comparada para el estudio de legislación y jurisprudencia doméstica. Más, un enfoque hermenéutico cautelar de los derechos humanos, como base para un análisis crítico de las fuentes domésticas y de las respectivas decisiones de nivel constitucional. Para desarrollar la propuesta, este trabajo se divide en: i) marco normativo internacional, propuesta hermenéutica y respectivos estándares; (ii) revisión comparada de fuentes domésticas de Brasil y Chile; iii) análisis comparado crítico de decisiones destacadas de Brasil y Chile. Seguido por conclusiones.

Palabras clave: propuesta hermenéutica argumentativa; evaluación ambiental; pueblos comunidades indígenas tradicionales; Brasil; Chile.

* Recibido em 20/09/2024
Aprovado em 11/02/2025

** Dr. Juan Jorge Faundes Peñafiel Académico Docente Investigador - ADI Facultad de Derecho, Sede Temuco Instituto de Investigaciones en Derecho Claustro Doctorado en Derecho Universidad Autónoma de Chile Doctor en procesos sociales y políticos en América Latina
E-mail: juanjorgef@gmail.com

*** Profesora Titular del Programa de Mestrado e Doutorado del Centro Universitário de Brasília –CEUB– y Profesora Adjunta de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro (UERJ). Doctora y Master por la Universidad del Estado de Rio de Janeiro –UERJ–. Estudios de postdoctorado en la Harvard Kennedy School, EUA, y como Visiting Scholar en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law of Heidelberg, Alemania. También es Secretaria de Altos Estudios, Investigación y Gestión de la Información, del Supremo Tribunal Federal de Brasil y Procuradora del Estado de Rio de Janeiro
E-mail: patriciaperrone@uol.com.br

Abstract

We conducted a comparative study of Chile and Brazil focusing on human rights related to cultural identity and a healthy environment, as recognized by both universal and regional international law in the Americas. This study examines domestic legislation and national constitutional-environmental court rulings, with particular attention to those affecting indigenous and traditional peoples. By exploring the interplay between international law and domestic regulations, we aim to identify the core legal framework that governs environmental protection in Brazil and Chile, especially in contexts impacting indigenous and traditional communities. Our findings suggest that the human rights to cultural identity and a healthy environment form the international foundation of a binding legal framework. This framework operates at international, regional, and national levels, guiding both public and private initiatives that affect indigenous or traditional peoples and communities, with a particular focus on Chile and Brazil. The study employs a literature review and a systemic approach to examining international sources, alongside a comparative analysis of domestic legislation and jurisprudence. A precautionary hermeneutic approach to human rights underpins the critical analysis of domestic sources and constitutional-level decisions. The work is structured as follows: i) an exploration of the international legal framework, including a hermeneutic proposal and applicable standards; ii) a comparative review of domestic sources from Brazil and Chile; iii) a critical comparative analysis of significant decisions from both countries, followed by conclusions.

Keywords: argumentative hermeneutic proposal; environmental evaluation; traditional indigenous communities; Brazil; Chile.

1 Introducción

Este trabajo realiza un estudio comparado Chile y Brasil en relación con el derecho humano a la identidad cultural y el derecho humano al medio ambiente sano, reconocidos por las fuentes del Derecho Internacional, tanto en su nivel universal, como en el regional americano. Se centra en la normativa interna y las sentencias domésticas respectivas, de competencia constitucional-

-ambiental, especialmente, las que dialogan con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Todo, focalizado en pueblos indígenas y tradicionales, como sujetos individuales y colectivos de estos derechos¹.

La Corte IDH ha dicho que el derecho a la identidad cultural es un marco de “interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y por los ordenamientos jurídicos internos”². Asimismo, en relación al derecho humano al medio ambiente sano, plantea que “[e]n materia ambiental, la obligación de garantía incluye un deber especial de prevención, que implica tomar todas las medidas al alcance para evitar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción causen “daños significativos” al medio ambiente.

Así, a la luz de la jurisprudencia Interamericana, las decisiones nacionales, cuando aborden cuestiones ambientales, deben identificar, considerar y proteger de forma efectiva los elementos constitutivos de la identidad cultural de los pueblos indígenas y sus comunidades. En particular, aquellos conocidos como “intangibles culturales”, componentes de carácter cosmogónico, religioso o espiritual, propios de los modos de vida indígena y tradicional.

En este marco, el problema planteado indaga cuál es el núcleo normativo, cuáles son los principios basales, y respectivos estándares, que gobiernan la protección del medio ambiente, en especial cuando se ven afectados pueblos indígenas y tradicionales, sus comunidades e integrantes, de los países que componen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), en nuestro caso Brasil y Chile³.

¹ FAUNDES, Juan Jorge. Los Pueblos Indígenas como sujetos de Derecho Internacional y ante los estados nacionales. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 12, n. 3. p. 617-644, 2022.

² AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Costa Rica, Juzgado en 12 jun. 2012. párr. 213.

³ Se sigue la idea de un diálogo judicial entre tribunales internacionales de derechos humanos y cortes nacionales, sobre la base de un núcleo normativo, y un consenso mínimo, común y vinculante, de diversos niveles y alcances, en materia de derechos humanos. FAUNDES, Juan Jorge. Diálogo entre la corte interamericana de derechos humanos y el tribunal europeo de derechos humanos en torno al derecho humano a la identidad cultural. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 3, p. 222-255, 2020c, p. 230. FAUNDES, Juan Jorge. *El derecho humano a la identidad cultural en el Derecho Internacional: diálogo entre la corte interamericana de derechos humanos y el tri-*

Conforme el estudio, postula que el derecho humano a la identidad cultural y el derecho humano al medio ambiente sano configuran un marco normativo vinculante, de base internacional y alcance doméstico, que sintetizamos como: *principio hermenéutico precautorio e intercultural*. Así, se afirma que este marco normativo delimita la protección del medio ambiente, en particular, para pueblos y comunidades indígenas o tradicionales, para Chile y Brasil en particular.

Para la selección de sentencias, el criterio general utilizado consideró, respectivamente, solo fallos de nivel superior y competencia constitucional-ambiental, de ‘carácter emblemático’ o *leading case*, que, por una parte, abordan los mandatos constitucionales y, por otra, permiten mostrar diversos aspectos en debate. En el caso de Brasil, son 4 decisiones del Supremo Tribunal Federal (STF) y respecto de Chile son 4 decisiones de la Corte Suprema⁴. Como parámetros, en términos de contenido, se considera el derecho a las tierras indígenas, enlazado con la protección del medio ambiente. Para la priorización y elección en sí, consideramos: en el caso de Brasil, los criterios de las sistematizaciones que el mismo STF y el Conselho Nacional de Justicia (CNJ) han planteado, relevando las decisiones respectivas en la materia⁵. En Chile seguimos la selección de casos relevantes de dos estudios que han revisado la jurisprudencia superior bajo los criterios antes indicados: (i) 2009 a 2015 sobre la jurisprudencia más relevante

en materia de tierras indígenas⁶; (ii) 2009 a 2023, sobre la jurisprudencia de competencia ambiental aplicable a pueblos indígenas⁷.

Metodológicamente, se utiliza revisión bibliográfica, se estudian las fuentes internacionales en los niveles universal y regional interamericano. Se emplea metodología de derecho comparado en un sentido horizontal y nivel nacional, para el estudio de legislación y jurisprudencia doméstica. Más, un enfoque hermenéutico cautelar de los derechos humanos, como base para un análisis crítico de las fuentes domésticas y de las respectivas decisiones de nivel constitucional, adecuado a la protección de las formas de vida tradicionales e indígenas⁸. Al efecto, se sigue la propuesta hermenéutica argumentativa que se denomina: *constitucionalismo en red*. Ella se basa en la interacción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (internacional y regional interamericano), en relación con decisiones comparadas regionales de alcance constitucional, formulando estándares vinculantes a nivel doméstico, focalizados en el amparo de derechos fundamentales de grupos vulnerables⁹.

bunal europeo de derechos humanos. Valencia: Tirant lo Blanch. 2023, p. 94-95. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales. In: UGARTEMENDIA, Juan Ignacio; SAIZ, Alejandro. *La jurisdicción constitucional en la tutela de los Derechos Fundamentales de la UE*. Oñati: IVAP, MPI, 2017. p. 155-174. PIZZOLO, Calogero. *Comunidad de intérpretes finales: relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos: el diálogo judicial*. Buenos Aires: ASTREA, 2017.

⁴ La primera decisión estudiada (3.1.1), “*Linconao con Palermo*” (2009), solo fue confirmada por la Corte Suprema, pero el texto examinado corresponde a la Corte de Apelaciones de Temuco. Se escogió este fallo porque fue el primero en Chile que aplicó el Convenio N°169 de la OIT y, en especial, lo aplicó constitucionalmente.

⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Concretizando Direitos Humanos. Direitos dos Povos Indígenas*. Brasília: CNJ, 2023. p. 57-66. Disponible: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/Cadernos_STF_Povos_Indigenas_digital.pdf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Direito ambiental*. Brasília: Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação: 2023. <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/DireitoAmbiental.pdf>

⁶ Universidad Autónoma de Chile, Corte Suprema de Chile (2013). FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge; MELLO, Patricia Perrone Campos. Avaliação Ambiental e Proteção Cultural dos Povos Indígenas no Chile, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos. *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, v. 16, n. 2, p. 60-93, 2024. DOI: 10.21057/10.21057/repamv16n2.2022.48817.

⁷ Proyecto Fondecyt Regular, N° 1170505: “Justicia e interculturalidad en la Macroregión sur de Chile. Un estudio de las transformaciones del campo jurídico y de la cultura jurídica chilena ante la emergencia del derecho a la identidad cultural”. Universidad Autónoma de Chile, Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (2021-2025). FAUNDES, Juan Jorge, MELLO, Patricia Perrone Campos. Propuesta hermenéutica, precautoria-ambiental-intercultural, en la evaluación ambiental de proyectos de inversión y comunidades indígenas en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, v. 15, n. 1. p. 1-32, 2024.

⁸ Este enfoque metodológico, sin abandonar criterios propios de derecho comparado (definición de fuentes nacionales de una misma jerarquía constitucional, cortes con competencias constitucionales asimilables y respectivas sentencias de contenido materiales equivalentes), se encuadra en lo que SIEMS denomina “*other forms of comparative law*”. Indica que este enfoque “es epistemológicamente más abierto” y está asociado con estudios culturales, “bajo la prevalencia de narrativas locales”, con un énfasis en la pluralidad, intersubjetividad, experiencia, conocimiento situado, en la hermenéutica e hibridación” (traducción propia). SIEMS, Mathias. *Comparative Law (Law in context)*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 113-115. FAUNDES, Juan Jorge; BONNIEC, Fabien Le. Comparando la cultura jurídica desde el derecho a la identidad cultural en Brasil y Chile. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 1, p. 144-179, 2020, p. 151-152.

⁹ FAUNDES, Juan Jorge; MELLO, Patricia. Constitucionalismo en red: un método hermenéutico para la protección de los derechos fundamentales de grupos vulnerables y comunidades locales frente a

Con los fines indicados, este trabajo se desarrolla en cuatro partes: i) marco normativo internacional en sus niveles universal y regional americano para el derecho humano a la identidad cultural y el derecho humano al medio ambiente sano, incluyendo la jurisprudencia interamericana respectiva, más una propuesta hermenéutica y respectivos estándares que lo sistematizan, para la aplicación de dicho marco internacional en el ámbito doméstico; ii) revisión comparada de fuentes domésticas de Brasil y Chile en la materia; iii) estudio comparado crítico de decisiones destacadas seleccionadas de Brasil y Chile. Más un apartado de conclusiones.

2 El derecho humano a la identidad cultural y el derecho humano al medio ambiente sano en el Derecho Internacional

2.1 El derecho humano a la identidad cultural

El derecho humano a la identidad cultural ha sido reconocido a los pueblos indígenas y a los pueblos tradicionales afrodescendientes, aunque con alcances distintos asociados a los respectivos contextos regionales y nacionales. En el nivel universal, se basa en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 22), el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 27), la **Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial (2003)** y la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Identidad Cultural (2001). Respecto de instrumentos especializados, el Convenio N°169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de 1989 (Convenio 169), en particular, reconoce el derecho de estos pueblos y sus integrantes al respeto y promoción de su cultura, sus valores espirituales y prácticas culturales, “costumbres”, “derecho consuetudinario”, “instituciones propias” y características socioculturales (arts. 2, 4, 5, 8 y 9)¹⁰.

proyectos de inversión. In: CÁNDANO, Mabel; DÍAZ, Regina (ed.). *Igualdad y no discriminación: Protección jurídica de minorías y grupos sujetos a vulnerabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022. p. 168-200. p. 1-2;8

¹⁰ FAUNDES, Juan Jorge. *El derecho humano a la identidad cultural en el Derecho Internacional: diálogo entre la corte interamericana de derechos humanos y el tribunal europeo de derechos humanos*. Valencia:

En el contexto regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha reconocido y desarrollado evolutivamente este derecho en su jurisprudencia¹¹. Afirmo que para la protección de los modos de vida de los pueblos indígenas “los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural”¹². Destaca la “significación especial [que tiene] la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los pueblos indígenas, inclusive para preservar su identidad cultural y transmitirla a las generaciones futuras”¹³. Por ello, que al vulnerarse los derechos ancestrales de los pueblos indígenas sobre sus territorios “se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”; luego, para la Corte “toda denegación al goce o ejercicio de los derechos territoriales acarrea... el peligro de perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad y en el patrimonio cultural...”¹⁴.

La Corte IDH, entiende el derecho humano a la identidad cultural como un derecho de todas las personas y grupos, conforme el derecho a participar en la vida cultural, contenido en el artículo 26 de la Convención

Tirant lo Blanch, 2023. p. 24, 55-92.

¹¹ Entre otros v.: Corte IDH, *Comunidad (Sumo) Avas Tigni Vs. Nicaragua*, 31.8.2001; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, 17.6.2005 (Fondo) y Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, 6.2.2006 (Interpretación); Corte IDH, *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, 27.6.2012; Corte IDH, *Caso Norin Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile*, 29.5.2014; Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil* 5.2.2018; Corte IDH, *Caso comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*, 6.2.2020. Para una revisión detallada de las sentencias de la Corte IDH sobre el derecho humano a la identidad cultural, FAUNDES, Juan Jorge. *El derecho humano a la identidad cultural en el Derecho Internacional: diálogo entre la corte interamericana de derechos humanos y el tribunal europeo de derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023. p. 193-243.

¹² AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Fondo). *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Costa Rica, juzgado en 17 jun. 2005. párr. 51.

¹³ AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Interpretación). *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Costa Rica, juzgado en 6 fev. 2006. párr. 124, supra párr. 51.

¹⁴ AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Costa Rica, juzgado en 17 jun. 2005. párr. 51.

AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Interpretación). *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Costa Rica, juzgado en 6 fev. 2006. párr. 147, 222.

Americana de Derechos Humanos de 1969 (CADH)¹⁵. Y, en especial, lo afirma como un derecho individual y colectivo, de que gozan: pueblos y comunidades indígenas; pueblos y comunidades tradicionales (como los afrodescendientes); y sus respectivos integrantes¹⁶.

Procesalmente, la CADH (artículos 8 y 25) y el Convenio 169 (artículo 12), aseguran el derecho de “acceso a la justicia” y la protección judicial, mediante un “procedimiento rápido, sencillo, y eficaz”, en cualquier ámbito de conocimiento judicial¹⁷. Se trata de un estándar de “efectividad” (resultado) que implica: remediar en concreto la situación de vulneración sometida a conocimiento de la autoridad (en especial la judicial)¹⁸; que solo son “efectivos” los recursos que logran adecuarse a las circunstancias particulares del caso con potenciales efectos en comunidades indígenas (de lo contrario resultarían “ilusorios”)¹⁹; que no basta el acceso formal al órgano o tribunal, sino que se requiere “ser oído”, poder presentar la defensa o acción con todos sus elementos, incluido el contexto cultural propio. Entonces, poder acceder a todas las herramientas procesales y probatorias culturalmente pertinentes al caso (uso lenguas indígenas en cualquier gestión judicial y a disponer de intérpretes u otros medios adecuados al efecto, junto a pericias antropológicas o socio culturales)²⁰.

¹⁵ AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*. Costa Rica, juzgado en 6 feb. 2020, párr. 231 (Nota 233).

¹⁶ FAUNDES, Juan Jorge. *El derecho humano a la identidad cultural en el Derecho Internacional: diálogo entre la corte interamericana de derechos humanos y el tribunal europeo de derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023. p. 76. AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Costa Rica, juzgado en 27 jun. 2012. par. 213.

¹⁷ AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Costa Rica, juzgado en 19 set. 2006. párr. 116; AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Costa Rica, juzgado en 31 jan. 2001. párr. 69. CA Temuco, Rol 1773-2008, 16.9.2009 y CS, Rol 7287-2009, 30.11.2009. AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *OC-9/87, Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 CADH)*. Costa Rica, juzgado en 6 out. 1987. párr. 28.

¹⁸ AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Costa Rica, juzgado en 25 nov. 2000. párr. 191.

¹⁹ AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. Costa Rica, juzgado en 28 feb. 2003. párr. 126.

²⁰ FAUNDES, Juan Jorge; MELLO, Patricia Perrone Campos; ARAYA, Valentina. Peritaje antropológico, evaluación ambiental y pueblos indígenas. *CUHSO*, v. 33, n. 1, 2024. AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 CADH)*. Costa Rica, juzgado en 1987.

2.2 El derecho humano al medio ambiente sano y los pueblos indígenas, fuentes y alcances normativos

El derecho a un medio ambiente sano responde al desarrollo progresivo de diversos instrumentos de Derecho Internacional, tales como: la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano (1972), la Carta de la Naturaleza (1982), la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992), el Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992), la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo (2002); el Plan para la Implementación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo (2002) y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: Transformar Nuestro Mundo (2015). También son relevantes los instrumentos de la Organización de las Naciones Unidas que buscan enfrentar los desafíos derivados del cambio climático: la Convención Marco sobre el Cambio Climático (1992), el Protocolo de Kioto (1997) y el Acuerdo de París (2015).

La Asamblea General de la ONU, reconoció el derecho humano a un medio ambiente sano el 26 de julio de 2022 por resolución adoptada por unanimidad. Regionalmente, el Protocolo de San Salvador (1988) afirma el derecho de toda persona a vivir en un ambiente sano (artículo 11), en armonía con la CADH que obliga a los estados a implementar progresivamente los derechos sociales, económicos y culturales (artículo 26) y la Carta de la Organización de los Estados Americanos (arts. 30, 31, 33 y 34).

El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe –*Acuerdo de Escazú*²¹, busca contribuir “a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible”. Para ello, entre otros, establece derechos de acceso y participación (artículos 1 y 4), que deben considerar las necesidades propias de los diferentes grupos, tales como los pueblos indígenas y comunidades tribales²².

párr. 32. AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. Costa Rica, juzgado en 13 out. 2011. párr. 203.

²¹ Adoptado en Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018. Entró en vigencia el 22 de abril de 2021. Chile es Estado parte desde el 13 de junio de 2022.

²² BARROSO, Luis; MELLO, Patricia Perrone. Los efectos transformadores del Acuerdo de Escazú. Comentario al Acuerdo de

Regionalmente, la Corte IDH, en un proceso evolutivo más reciente, ha avanzado en el desarrollo progresivo del derecho humano al medio ambiente sano: primero lo declara y desarrolla sus estándares en la Opinión Consultiva 23/17, luego en *Lhaka Honhat vs. Argentina* (2020) lo reconoce por primera vez de forma vinculante; con *Baraona Bray vs. Chile* (2022) lo reafirma y vincula a los derechos de acceso del Acuerdo de Escazú y en *Habitantes de la Oroya vs. Perú* (2023) avanza en los estándares, inclusivos de los principios ambientales preventivo y precautorio, dando valor vinculante a los Principios Rectores en materia de derechos humanos y empresas de la ONU²³. La Corte IDH lo funda en el deber de supervisión y debida diligencia del Estado, en este caso reforzado por los principios preventivo y precautorio ambiental que lo obligan a adoptar medidas efectivas (oportunas), jurídicas, políticas o administrativas, para prevenir, investigar y, eventualmente, sancionar violaciones al derecho, cometidas por estas entidades²⁴.

Por último, para la Corte, también se vincula el derecho humano al medio ambiente sano con la Naturaleza

Escazú. In: JIMÉNEZ, Henry, ÁVILA, Luisa, FERRER, Eduardo (ed.). *Sobre derechos ambientales en América Latina y el Caribe*. Berlín-Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2023. p. 3-26.

²³ AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Habitantes de la Oroya Vs. Perú. Costa Rica, juzgado en 27 nov. 2023. párrs. 119, 136-138. En doctrina, AGUILAR, Gonzalo. El derecho humano a un medio ambiente sano, el acceso a la información ambiental y el ius commune. In: JIMÉNEZ, Henry; LUNA, Marisol (coord.). *Crisis climática, transición energética y derechos humanos*. Bogotá: Fundación Heinrich Böll; Heidelberg Center para América Latina, 2020. p. 69-95. BENZ, Eleanor; KAHL Verena. El caso Lhaka Honhat: la extensión de la justiciabilidad directa de los DESCA y la esperanza incumplida de la concreción del derecho a un medioambiente sano. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES, Mariela; FLORES, Rogelio (coord.). *El caso Lhaka Honhat vs. Argentina y las tendencias de su interamericanización*. México: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público; Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro Instituto de Investigaciones Jurídicas; Universidad Nacional Autónoma de México, 2021. p. 237-273. La decisión, asimismo, aborda interdependientemente otros derechos como el derecho a la alimentación adecuada, FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; VENTURA, Victor A. M. F.; CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. A dimensão internacional do Direito Humano à Alimentação Adequada e a possibilidade de responsabilização do Estado brasileiro: o retorno do Brasil ao mapa mundial da fome. *Revista de Direito Internacional*, v. 21, n. 2, p. 70-95, 2024.

²⁴ AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Habitantes de la Oroya Vs. Perú. Costa Rica, juzgado en 27 nov. 2023*. párrs. 1090 1260 155-156. Para otros enfoques convergentes en la justificación de los deberes de las empresas transnacionales, GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; PEDRA, Adriano Sant’Ana. Deveres internacionais e obrigações socioambientais para empresas multi e transnacionais. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 3, p. 519-537, 2020.

como sujeto de derechos. En tanto la considera, no sólo por su “utilidad” o por los efectos ambientales sobre los seres humanos, sino “por su importancia para otros organismos vivos”, como “bienes en sí mismos”, por su valor intrínseco, y no porque sean instrumentales a la protección de los intereses humanos.

2.3 Propuesta normativa hermenéutica precautoria ambiental intercultural para la evaluación ambiental

Hemos anunciado la formulación de una propuesta normativa hermenéutica *precautoria-ambiental-intercultural* para la evaluación ambiental. Para ello, en primer término, se emplea un método hermenéutico argumentativo que llamamos *constitucionalismo en red*²⁵. Se basa en la interacción Derecho Internacional de los Derechos Humanos (internacional y regional interamericano), en relación con decisiones comparadas regionales de alcance constitucional. Se trata de una estrategia hermenéutica de defensa de comunidades locales, en especial indígenas y tradicionales, frente a proyectos de inversión en América Latina.

Este método busca que las cortes domésticas con competencia constitucional alcancen un entendimiento hermenéutico compartido sobre derechos y problemas también comunes, enfrentados por los estados latinoamericanos. Esta comprensión interpretativa, contempla que el alcance del significado de los derechos fundamentales sea construido dialógicamente, tanto con las fuentes del Derecho Internacional de los derechos humanos, como con las decisiones de los tribunales internacionales y de las cortes de competencia constitucional de la Región. Se trata de avanzar en la integración de las decisiones domésticas de alcance constitucional, a la luz –recíprocamente– de los avances constitucionales de otros tribunales con competencia constitucional, con los que se comparte la obligación de respetar unas mismas fuentes internacionales de derechos humanos, valores y principios constitucionales.

²⁵ FAUNDES, Juan Jorge; MELLO, Patricia. Constitucionalismo en red: un método hermenéutico para la protección de los derechos fundamentales de grupos vulnerables y comunidades locales frente a proyectos de inversión. In: CÁNDANO, Mabel; DÍAZ, Regina (ed.). *Igualdad y no discriminación*. Protección jurídica de minorías y grupos sujetos a vulnerabilidad. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022. p. 168-200. p. 1-2, 8

Así, en base a este enfoque se articulan las fuentes internacionales, regionales y constitucionales domésticas, para formular estándares vinculantes para los estados, focalizados en la protección de los derechos fundamentales de los grupos y comunidades indicados.

En segundo lugar, a la luz de las fuentes estudiadas en el epígrafe precedente, se plantean los siguientes estándares que dotan de contenido a la propuesta hermenéutica indicada.

2.3.1 El derecho humano a la identidad cultural²⁶

Tiene un contenido espiritual, inmaterial y religioso que es la base de la continuidad de su cosmovisión propia, ligado a los modos de vida tradicional²⁷;

I Posee una dimensión colectiva, vinculada al derecho a la vida de estos pueblos, por ello la protección de sus tierras, territorios y recursos naturales, se afirma como esencial para asegurar su supervivencia física y cultural²⁸;

II El Estado debe asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas en la decisión sobre los planes de desarrollo, inversión, exploración o extracción llevados a cabo en su respectivo territorio, mediante consultas con los pueblos interesados²⁹;

²⁶ AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Bases del derecho en las obligaciones de respeto de los derechos y adecuación normativa, respectivamente, contenidas en los artículos 1.1. 2 de la CADH, que interpreta evolutivamente (artículo 29.b CADH), todo, en relación con los derechos: a la vida (artículo 4.1 CADH), a la integridad personal (artículo 5), a la propiedad, a los territorios, a la subsistencia (artículo 21 CADH), a la igualdad y no discriminación (artículo 24 CADH) y los DESC (artículo 26 CADH). FAUNDES, Juan Jorge. *El derecho humano a la identidad cultural en el Derecho Internacional: diálogo entre la corte interamericana de derechos humanos y el tribunal europeo de derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023. p. 76-77. FAUNDES, Juan Jorge; CARMONA, Cristóbal; SILVA, Pedro Pablo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina (2020)”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 2, p. 643-674, 2020.

²⁷ AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Fondo). *Comunidad indígena Yakey Axá vs. Paraguay. Costa Rica, juzgado en* 17 jun. 2005. párr.135.

²⁸ AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Costa Rica, juzgado en 27 jun. 2012. párr. 40.

²⁹ FAUNDES, Juan Jorge; CARMONA, Cristóbal; SILVA, Pedro Pablo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina (2020)”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 2, 2020, p. 643-674. p. 649; CARMONA, Cristóbal. La aplicación del derecho a consulta del Convenio 169 de la OIT en Chile: hacia una

III El Estado tiene un deber de diligencia reforzado que lo obliga a salvaguardar la supervivencia de tales pueblos mediante medidas efectivas para proteger el derecho humano a la identidad cultural, en todas sus dimensiones³⁰;

IV. El Estado debe realizar estudios de impacto socioambiental, previos a la implementación de los proyectos de inversión que pueden afectarlos, incluyendo la evaluación de los efectos de carácter cultural o intangible³¹.

V. Los derechos de los pueblos indígenas deben ser entendidos a la luz de la cosmovisión indígena, de sus costumbres y culturas, especialmente en su dimensión intangible o inmaterial³². Luego, los órganos administrativos y judiciales incorporar un enfoque interpretativo que nosotros denominamos *filtro hermenéutico intercultural*³³.

definición de su contenido sustantivo: afectación e instituciones representativas. In: MIRANDA, Ricardo; CARMONA, Cristóbal (ed.). *Testis de maestría sobre Pueblos Indígenas*. Buenos Aires: U. Nacional de San Martín, CIEP, 2013. v. 3. p. 15-139, p. 301-334. AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*. Costa Rica, juzgado en 6 feb. 2020. p. 169-185; AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Costa Rica, juzgado en 28 nov. 2007. párrs. 121;122;133.

³⁰ AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Pueblo indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. Costa Rica. párrs. 188, 93-194.

³¹ AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Costa Rica, juzgado en 28 nov, 2007. párrs. 129; AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Costa Rica, juzgado en 27 jun. 2012. par. 176.

³² En este sentido, sostiene la Corte que el derecho a la identidad cultural “[es] vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y por los ordenamientos jurídicos internos”. AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Costa Rica, juzgado en 27 jun 2012. párr. 213; también v.: AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile*. Costa Rica, juzgado en 29 may 2014. párr. 357.

³³ FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, 2019, p. 513-535. FAUNDES, Juan Jorge. *El derecho humano a la identidad cultural en el Derecho Internacional: diálogo entre la corte interamericana de derechos humanos y el tribunal europeo de derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023. p. 228-234; MELLO, P. P. C.; FAUNDES, J. J. Constitucionalismo em rede: o direito à identidade cultural dos povos indígenas como filtro hermenéutico para tutela da tradicionalidade da ocupação da terra. In: ROSSITO, F. D. et al. (coord.). *Quilombolas e outros povos tradicionais*. Curitiba: Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental (CEPEDIS), 2019. p. 317-339. MELLO, Patrícia Perrone Campos; ACCIOLY, Clara Lacerda. El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil. In: FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina (ed.). *Derecho funda-*

2.3.2 El derecho humano a un medioambiente sano

- Es un derecho que se desprende del derecho a la vida y a la integridad personal;
- Constituye un derecho autónomo a otros derechos conforme el artículo 11 del Protocolo de San Salvador (porque su protección afecta a todos los elementos que componen el medio ambiente, “tales como bosques, mares, ríos y otros, como bienes jurídicos en sí mismos, aunque no se tenga certeza o evidencia de riesgo para las personas individuales”³⁴).
- Se encuentra interconectado con los derechos humanos: al agua y saneamiento, a la alimentación adecuada, a la identidad cultural, a la vida (como vida colectiva y a la vida digna) y a la integridad personal. Lo cual es más relevante aún en el caso de ciertos grupos especialmente vulnerables al daño ambiental, como los pueblos indígenas y tradicionales³⁵.
- Contiene el Principio de prevención, como deber de diligencia que impone acciones efectivas para evitar actividades que causen “daños significativos” al medioambiente³⁶, tales como: (i) requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; (ii) regular, supervisar y fiscalizar actividades capaces de producir este daño; (iii) establecer planes de contingencia y mitigación, si ocurriere³⁷.
- Contiene el Principio de prevención, a su vez, involucra el Principio de equidad intergeneracional que exige generar políticas ambientales para asegurar “condiciones de estabilidad ambiental que permitan a las generaciones venideras similares [...]

mental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina. Santiago: RIL, Universidad Autónoma de Chile, 2020. p. 197-230.

³⁴ AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC-23/17, *Opinión Consultiva OC-23/17*. Solicitada por la República de Colombia sobre medio ambiente y derechos humanos. Costa Rica, juzgado en 15 nov. 2017. p. 62-63.

³⁵ AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC-23/17, *Opinión Consultiva OC-23/17*. Solicitada por la República de Colombia sobre medio ambiente y derechos humanos. Costa Rica, juzgado en 15 nov. 2017. p. 64; AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*. Costa Rica, juzgado en 6 feb. 2020. párr. 209;244;245;251;252. AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Habitantes de la Oroya Vs. Perú*. Costa Rica, juzgado en 27 nov. 2023. párrs. 113, 119, 136-138. FAUNDES, Juan Jorge. *El derecho humano a la identidad cultural en el Derecho Internacional: diálogo entre la corte interamericana de derechos humanos y el tribunal europeo de derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023. p. 225-229.

³⁶ AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Habitantes de la Oroya Vs. Perú*. Costa Rica, juzgado en 27 nov. 2023. párr. 126.

³⁷ AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC-23/17, p. 62-63.

oportunidades de desarrollo y de viabilidad de la vida humana”³⁸.

– Comprende el Principio precautorio, que obliga a adoptar todas las medidas de prevención de los efectos ambientales, dado su solo riesgo, más allá de que pueda no existir certeza científica de su ocurrencia³⁹;

– Supone un deber general de respeto que alcanza las empresas, públicas y privadas, resultando responsables frente a su violación⁴⁰.

– Dispone de los derechos procesales de: (i) acceso a la información; (ii) participación en los procesos ambientales; (iii) acceso a la justicia mediante recursos y acciones judiciales sencillas y eficaces⁴¹.

En síntesis, dichos estándares se sostienen, por una parte, en una matriz normativa dada por el principio *precautorio* ambiental. Por otra, respecto de los pueblos indígenas, en especial relación a los componentes intangibles culturales de sus formas de vida, como mandato interpretativo que obliga a los órganos del Estado (administrativos y judiciales) a interpretar las normas, conducir los procesos y, en especial, realizar la evaluación ambiental en relación a comunidades indígenas, incorporando los referentes culturales de los pueblos indígenas.

En consecuencia, el marco normativo descrito configura un imperativo que denominamos *principio precautorio ambiental intercultural*, en favor del resguardo de la naturaleza, en armonía con los derechos de los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes, cuando demandan la protección de sus modos de vida tradicionales.

Respecto de la evaluación ambiental y la consulta indígena, este principio exige una comprensión de la *susceptibilidad de afectación*, como un requisito precautorio de efectos probables, que no exige acreditaciones previas y ciertas. Como presupuesto en favor de los pueblos indígenas, para que den lugar a la consulta indígena y por medio de ese proceso se exponga, por los poten-

³⁸ AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Habitantes de la Oroya Vs. Perú*. Costa Rica, juzgado en 27 nov. 2023. párr. 127.

³⁹ AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Habitantes de la Oroya Vs. Perú*. Costa Rica, juzgado en 27 nov. 2023. párr. 127.

⁴⁰ AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Habitantes de la Oroya Vs. Perú*. Costa Rica, juzgado en 27 nov. 2023. párrs. 1090;1260, p. 155-156.

⁴¹ AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*. Costa Rica, juzgado en 6 feb. 2020. párrs. 208, 209.

cialmente afectados, cómo sus formas de vida, culturas, religiosidad, etc. se verían afectados, ante los proyectos sometidos a evaluación ambiental.

Este *principio precautorio ambiental intercultural* obliga en los procesos de evaluación ambiental relativos a proyectos de inversión con efectos en comunidades indígenas:

(i) **preventivamente, si fuere del caso, a optar por la medida de menor impacto en el medio ambiente, incluidas las formas de vida de los grupos indígenas o tradicionales potencialmente afectados;** (ii) **precautoriamente, frente a un riesgo grave e irreversible de daño ambiental, aún a falta de evidencia o certeza técnico-científica, a evitar tal afectación, asegurando, mediante medidas efectivas, las formas de vida tradicionales: sus intangibles culturales.**

3 Revisión comparada de fuentes domésticas Brasil y Chile

3.1 Ordenamiento jurídico Brasileño

El artículo 5, §2, de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 (CF) introduce al ordenamiento jurídico brasileño, con rango supralegal e infra constitucional, las normas previstas en los tratados internacionales de derechos humanos de que Brasil es parte⁴².

Asimismo, incluyó una amplia gama de normas para la protección de los Pueblos Indígenas, tanto en perspectiva sustantiva, como en perspectiva procesal e institucional. Desde una *perspectiva sustantiva*, aseguró a los indígenas la protección de “su organización social, costumbres, idiomas, creencias y tradiciones, y los derechos originales sobre las tierras que ocupan tradicionalmente” (artículo 231, CF). Determinó que su derecho a la tierra se extiende a las áreas “usadas en sus actividades productivas, a las indispensables para la preservación de los recursos ambientales necesarios para su bienestar y

a las necesidades para su reproducción física y cultural, según sus usos, costumbres y tradiciones” (artículo 231, §1, CF). La Constitución también protegió, como patrimonio cultural brasileño, las formas de expresión y las formas de crear, hacer y vivir de los Pueblos Indígenas (artículos 215 y 216, I y II, CF).

La Constitución de 1988 mantuvo la propiedad de las tierras indígenas bajo el dominio de la Unión (Estado Federal), se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a las tierras (derecho originario preestatal), garantizándoles a los indígenas el usufructo perpetuo, para que eventuales ataques a sus territorios también sean defendidos por el poder público y sus instituciones, conforme el artículo 231, CF⁴³.

En cuanto a la *perspectiva procedimental*, la Carta determinó que el uso de los recursos hídricos, incluyendo el potencial energético, la investigación y la explotación de la riqueza mineral en tierras indígenas, puede realizarse únicamente con autorización del Congreso Nacional, escuchadas las comunidades afectadas (artículo 231, CF). Y aseguró a los indígenas, a sus comunidades y organizaciones, la legitimidad para presentar demandas judiciales en defensa de sus intereses (artículo 232, CF).

Estableció, además, acciones judiciales directas que forman parte del control concentrado de constitucionalidad, la acción civil pública y la acción popular como instrumentos para la protección de los derechos fundamentales y/o del patrimonio histórico y cultural, que, por lo tanto, pueden ser utilizados en la defensa de los Pueblos Indígenas (artículo 5, LXXIII; artículo 102.a y §1: artículo 129, III)⁴⁴. Finalmente, en cuanto a la perspectiva institucional, la Constitución de 1988 se ocupó de prever instituciones destinadas a la protección de los derechos de estos pueblos. En ese sentido, asignó a la Fiscalía Pública y a la Defensoría Pública la defensa de sus intereses (artículos 129, V, 232 y 234, CF).

Tal institucionalidad se complementa, en el ámbito infra constitucional, por la Fundación Nacional del In-

⁴² VOLPINI, Carla Ribeiro; WANDERLEY, Silva Bruno. A responsabilidade internacional do Brasil em face do controle de convencionalidade em sede de direitos humanos: conflito de interpretação entre a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal quanto a Lei de anistia. *Brazilian Journal of International Law*, v. 12, n. 2, p. 611-629, 2015.

⁴³ TÓFFOLI, José. Os direitos dos povos indígenas no Brasil e a ADFP N°709. In: OSORIO, Aline; MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luna Van Brussel (coord.). *Direitos e Democracia: 10 anos do Ministro Luis Roberto Barroso no STF*. Belo Horizonte: FORUM, 2024, p. 62

⁴⁴ Las acciones populares pueden presentarse por cualquier ciudadano brasileño y las acciones civiles públicas por entidades gubernamentales y de la sociedad civil. Tienen la capacidad de paralizar proyectos dañinos para el medioambiente.

dígena – FUNAI⁴⁵-, por las Bases (BAPEs) y Frentes de Protección Etnoambiental (FPEs)⁴⁶ y por el Subsistema Especial de Salud Indígena⁴⁷, entre otras. Esas instituciones están destinadas a proteger y promover los derechos de los indígenas y tienen funcionarios públicos trabajando cerca de sus comunidades, sobrellevando una precariedad progresiva que incluye la pérdida de funcionarios y reducciones presupuestarias (Conselho Indigenista Missionário, 2020).

El derecho de participación directa de los pueblos y comunidades indígenas es fundamental para que puedan contribuir con los procesos de toma de decisiones que impactan sobre sus propias vidas. Este derecho se refuerza, asimismo, por normas del Convenio 169 de la OIT, el cual, como tratado de derechos humanos ratificado por Brasil, tiene estatus supra jurídico en el orden legal interno y funciona, por tanto, como norma hermenéutica y como paradigma de vigencia de las normas infra constitucionales, por intermedio del Control de Convencionalidad (artículo 5, §2, CF)⁴⁸.

⁴⁵ Creada por la Ley n. 5.371/1967, con el objeto de promover y proteger los derechos de los Pueblos Indígenas.

⁴⁶ Como aclara Amorim: “Las FPE son unidades desconcentradas de la FUNAI que trabajan con la implementación de la política indigenista dirigida a los pueblos indígenas aislados y recién contactados. Los Frentes actúan por intermedio de las Bases de Protección. Conforman estructuras físicas etnoambientales, ubicadas dentro de territorios indígenas, con el objetivo de controlar la entrada, vigilancia permanente y actuaciones de inspección en conjunto con otros organismos. Realizan actuaciones de localización y seguimiento de pueblos en aislamiento, dialogan con el medio indígena y no indígena, y realizan acciones de promoción de los derechos de los pueblos recién contactados”. AMORIM, Fabrício. Povos indígenas isolados no Brasil e a política indigenista desenvolvida para efetivação de seus direitos: avanços, caminhos e ameaças. *Revista Brasileira de Linguística Antropológica*, v. 8, n. 2, p. 19-39, 2016.

⁴⁷ Creado por la Ley n.9.836/1999, el Subsistema de Atención a la Salud Indígena es descentralizado y prevé órganos colegiados de formulación, monitoreo y evaluación de políticas de salud, como el Consejo Nacional de Salud y los Consejos Estatales y Salud Municipal. También determina la organización del sistema en Distritos Sanitarios Especiales Indígenas.

⁴⁸ Sobre la articulación entre el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional de los derechos humanos y el Derecho Constitucional comparado, así como sobre el estado de los tratados de derechos humanos en Brasil: MELLO, Patrícia. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer?, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p. 253-285, 2019. p. 252-283. MORALES, Mariela. O Estado Aberto: Objetivo do *Ius Constitutionale Commune* em Direitos Humanos. In: BOGDANDY, Armin; MORALES, Mariela; PIOVESAN, Flavia (org.). *Ius Constitutionale Commune na América Latina*: Marco conceptual. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1. p. 53-75

La Constitución de 1988 también estableció la protección del medio ambiente de manera muy amplia. Desde el *punto de vista sustantivo*, determinó que “toda persona tiene derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado”, imponiendo al Poder Público y a la comunidad “el deber de defenderlo y conservarlo para las presentes y futuras generaciones” (artículo 225, CF). La protección del medio ambiente prevista en esta disposición comprende no sólo espacios territoriales, fauna, flora y otros componentes. Alcanza también la tutela de animales contra el trato cruel, la protección de la calidad de vida, la preservación de “la diversidad e integridad del patrimonio genético”, la protección y restauración de todos los “procesos ecológicos esenciales” a los ecosistemas, así como la prohibición de prácticas que “causen la extinción de especies” (artículo 225, § 1, I, II, III, V, VII, CF). Esta visión amplia de la CF en la protección del medio ambiente fue expresada por el Supremo Tribunal Federal (STF):

[...] o meio ambiente constitui patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais (pelos Municípios, inclusive), qualificando-se como encargo irrenunciável que se impõe –sempre em benefício das presentes e das futuras gerações – tanto ao Poder Público quanto à coletividade em si mesma considerada... o direito à integridade do meio ambiente constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder deferido não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, em um sentido verdadeiramente mais abrangente, atribuído à própria coletividade social.⁴⁹

También cabe destacar, en materia de protección de la naturaleza, la relevancia de los principios preventivo y precautorio, como lineamientos para todas y cada una de las decisiones que involucren riesgos ambientales o la mitigación de los efectos adversos al medio ambiente (artículo 225, § 1, I, II y IV; artículo 196, CF). En este sentido, según estos principios, se deben tomar medidas preventivas para evitar daños conocidos o previsibles (prevención). Además, se deben adoptar medidas

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de inconstitucionalidade –Briga de galos (Lei Fluminense nº 2.895/98)*. Recorrente: Orleir Messias Cameli e Outro (A/S); Recorrido: Ministério Público Federal; Relator: Ministro Celso de Mello. Juzgamiento, 20 abr. 2020. p. 301/25. Esta decisión se destaca por el propio STF en su Cuaderno de Jurisprudencia sobre el derecho al medio ambiente. Brasil, STF (2023, p. 234). En doctrina, BARROSO, Luis Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira. *Revista Forense*, v. 161, n. 317, p. 167-168, 1993.

de protección contra los daños al medio ambiente aun cuando no hay certeza científica en cuanto a la posibilidad (precaución). Será necesario elegir la medida más segura y potencialmente menos adversa al medio ambiente, según el estado actual del conocimiento. En caso de duda sobre el potencial nocivo de una empresa, debe evitarse un producto o servicio. Esto se debe a que el daño ambiental, una vez producido, es difícil de recuperar, por lo cual el énfasis debe ser parte de las acciones de prevención⁵⁰.

Desde el *punto de vista procesal*, destaca el requisito de un previo estudio de impacto ambiental, como condición para la evaluación y el eventual licenciamiento (autorización ambiental) de proyectos potencialmente dañinos (art. 225, §1, IV, CF). Se relaciona, asimismo, con un conjunto de disposiciones infra constitucionales relativas a los procedimientos de evaluación ambiental, entre otros instrumentos de ordenamiento ambiental⁵¹.

Institucionalmente, la Unión, los Estados y los Municipios tienen competencia legislativa concurrente para los sujetos ambientales, así como competencias admi-

nistrativas comunes para promover la protección del medio ambiente, bosques, fauna y flora (artículos 23, VI y VII; 24, VI, VII y VIII, CF)⁵². La Fiscalía Pública tiene entre sus funciones institucionales la protección del medio ambiente. La Defensoría Pública es responsable de la protección de los derechos humanos de las personas y grupos vulnerables, incluida aquellos desde la perspectiva ambiental (artículo 134, CF). La sociedad en su conjunto también es responsable de proteger el medio ambiente (artículo 225, CF). Asimismo, existen acciones judiciales directas que integran el control concentrado de la constitucionalidad. Son las “acciones populares” y las “acciones civiles públicas”⁵³ que constituyen instrumentos calificados para la defensa del medio ambiente (artículo 5º, LXXIII; artículo 102.a y §1º, artículo 129, III, CF)⁵⁴.

Existe un importante debate sobre la interpretación <de las reglas para la protección de la naturaleza⁵⁵. Con todo, para nosotros, una visión *ecocéntrica* es armónica con la CF de 1988. En este sentido, ésta expresa la idea de que todos los elementos de la Naturaleza son esenciales para sus procesos⁵⁶. Por ello, la Naturaleza debe

⁵⁰ FAUNDES, Juan Jorge; MELLO, Patricia; RUDOLF, Renata. Pueblos Indígenas, Naturaleza y Ecocentrismo: estándares internacionales y una mirada comparada desde Brasil. *CUHSO, Universidad Católica de Temuco*, v. 32, n. 2, p. 206-247, 2023. p. 221. FERNANDES, Patricia Viera dos Santos. A importância dos princípios da precaução e da prevenção na busca do desenvolvimento sustentável. *LE&C – Revista de Administração Pública e Política*, n. 156, jun. 2011, p. 33-34; SCHMIDT, Cíntia. Princípios de direito ambiental. *Int. Públ.*, ano 13, n. 69, p. 187-207, 2011. p. 192-200; THOMÉ, Romeu; LAGO, Talita Martins Oliveira. Barragens de rejeitos da mineração: o princípio da prevenção e a implementação de novas alternativas. *Revista de Direito Ambiental*, v. 85, p. 17-39, jan./mar 2017; ZANELLA, Tiago Vinicius. A aplicação da precaução no direito internacional do ambiente: uma análise à luz da proteção do meio marinho. *Revista Internacional de Direito Ambiental*, v. 13, n. 5, p. 307-332, jan./abr. 2016. Un análisis completo del principio de la precaución en Brasil v.: MORAES, Gabriela Garcia Batista Lima; FERNANDES, Isabella Maria Martins. O Princípio da Precaução como fundamento à vinculação da administração pública à discricionariedade técnica no planejamento de atividades de risco: uma crítica com base no caso do fraturamento hidráulico como técnica de exploração de gás não convencional no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, v. 20, n. 3, p. 108-132, 2023. En sentido contrario, entendiendo que el principio de precaución conduce a una excesiva injerencia del Poder Judicial, genera parálisis y produce decisiones desproporcionales. REIS, Antonio Augusto; LAMARE, Julia A. O princípio da precaução e a intervenção judicial em processos de licenciamento ambiental de empreendimentos de energia. In: STEINDORFER, Fabriccio (coord.). *Direito da energia elétrica*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 191-208.

⁵¹ FAUNDES, Juan Jorge; MELLO, Patricia; RUDOLF, Renata. Pueblos Indígenas, Naturaleza y Ecocentrismo: estándares internacionales y una mirada comparada desde Brasil. *CUHSO, Universidad Católica de Temuco*, v. 32, n. 2, p. 206-247, 2023. p. 231.

⁵² En el orden jurídico brasileño, las competencias concurrentes o comunes implican el otorgamiento de una misma competencia a más de una entidad federativa.

⁵³ Las acciones populares pueden presentarse por cualquier ciudadano brasileño, mientras las acciones civiles públicas por entidades gubernamentales y de la sociedad civil que cumplan con las condiciones legales. Las dos generan sentencias con efectos amplios, no limitados a las partes del caso, y pueden prestarse a paralizar proyectos de inversión dañinos al medio ambiente, al patrimonio histórico y cultural, o a otros derechos colectivos y difusos.

⁵⁴ MELLO, Patricia Perrone Campos; FAUNDES, Juan Jorge. “Povos Indígenas e proteção da Natureza: a caminho de um “giro hermenêutico ecocêntrico””. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 3, p. 222-251, 2020. p. 231.

⁵⁵ TRINDADE, Antonio Caçado. *Direitos humanos e meio-ambiente: Paralelo Dos Sistemas De Proteção Internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. TRINDADE, Antonio Caçado. The parallel evolutions of international human rights protection and of environmental protection and the absence of restrictions upon the exercise of recognizes human rights. In: TRINDADE, Antonio Caçado; LEAL, C. *Human rights and environment*. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2017, p. 49-92. FERREIRA, Fabila; BOMFIM, Zulmira. Sustentabilidade Ambiental: visão antropocêntrica ou biocêntrica? *Ambientalmente sustentável*, v. 1, n. 9-10, p. 37-51, 2010. MARTÍNEZ, Esperanza; ACOSTA, Alberto. La Naturaleza entre la cultura, la biología y el derecho. *Polis, Revista Latinoamericana*, v. 13, n. 38, 623-627, 2014. p. 623-627. NAESS, Arne. The shallow and the deep, long-range ecology movement. A Summary. *An Interdisciplinary Journal of Philosophy*, v. 16, n. 1-4, 1973.

⁵⁶ GONÇALVES, Daniel Diniz; TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Giro egocêntrico: do Direito Ambiental ao Direito Ecológico. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, v. 8, n. 1, p. 138-157, 2018. NUSSBAUM, Martha. Compassion and humanity: justice for

entenderse como un bien jurídico autónomo, como patrimonio global a ser protegido integralmente. La destrucción de ecosistemas, animales y plantas debe hacernos reflexionar sobre la cuestión de la justicia ecológica y, por lo tanto, sobre el derecho de todos los seres (humanos y no humanos) a desarrollar y completar naturalmente su ciclo de vital⁵⁷.

De hecho, el artículo 225 de la Constitución de 1988 admite diferentes formas de interpretación⁵⁸. En ese marco, consideramos que la interpretación más armónica es la que adopta una visión *ecocéntrica* de la protección ambiental, que le confiere mayor efectividad y amplitud a la protección de la Naturaleza⁵⁹. Una hermenéutica *ecocéntrica* de las normas para la protección del medio ambiente involucra un giro de paradigma significativo hermenéuticamente, porque *atribuye el centro del orden jurídico a la naturaleza por su valor intrínseco*⁶⁰.

Por otra parte, el reconocimiento del valor de la integridad de la Naturaleza es compatible con las cosmovisiones indígenas que reconocen en los elementos vivos y no vivos, significados y valores específicos, cultura-

les y espirituales, que deben ser preservados. En consecuencia, la hermenéutica intercultural indígena y la hermenéutica *ecocéntrica* convergen en una hermenéutica cautelar de la naturaleza⁶¹. Y, hoy, a la luz de las últimas decisiones de la Corte IDH, incluso, puede considerarse interpretación conforme la CADH.

3.2 Ordenamiento jurídico chileno

El artículo 5 inc. 2° de la Constitución Política de Chile de 1980 (CPR), incorpora constitucionalmente al ordenamiento jurídico chileno los tratados internacionales en materia de derechos humanos, ratificados por Chile y que se encuentren vigente.

Pero la CPR no reconoce en su texto a los pueblos indígenas. Luego, en perspectiva *sustantiva*, los derechos de los pueblos indígenas se resguardan, principalmente, por medio del Convenio N°169 de la OIT (ratificado en 2008), como tratado internacional en materia de derechos humanos (conforme el artículo 5 inc. 2° CPR). De igual forma, debe considerarse la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de derechos de los pueblos indígenas. De acuerdo a este marco constitucional, se generó un proceso jurisprudencial sostenido de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas de alcance constitucional⁶².

nonhuman animals. In: NUSSBAUM, C. Martha. *Frontiers of justice*: disability, nationality, species membership. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 324-407. SARLET, I.; FENSTERSEIFER, T. *Direito constitucional ecológico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

⁵⁷ MELLO, Patricia Perrone Campos; FAUNDES, Juan Jorge. “Povos Indígenas e proteção da Natureza: a caminho de um “giro hermenéutico ecocêntrico””. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 3, p. 222-251, 2020. p. 232. La expresión justicia ecológica (basada en una visión *biocéntrica*) se opone a la concepción de justicia ambiental, que se centra en la percepción *antropocéntrica* de la importancia de preservar los bienes ambientales dada su relevancia para el ser humano. GUDYNAS, Eduardo. La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica. *Tabula Rasa*, n. 13, p. 45-71, jul./dez. 2010. p. 60.

⁵⁸ El dispositivo incluso ha inspirado una propuesta para reformular el principio de la dignidad humana, para incorporar el reconocimiento de un mínimo existencial ecológico (Torres, 2009).

⁵⁹ GUDYNAS, Eduardo. La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica. *Tabula Rasa*, n. 13, p. 45-71, jul./dez. 2010. GONÇALVES, Daniel Diniz; TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Giro ecocéntrico: do Direito Ambiental ao Direito Ecológico. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, v. 8, n. 1, p. 138-157, 2018. MELLO, Patricia Perrone Campos; FAUNDES, Juan Jorge. “Povos Indígenas e proteção da Natureza: a caminho de um “giro hermenéutico ecocêntrico””. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 3, p. 222-251, 2020. p. 233.

⁶⁰ FAUNDES, Juan Jorge; MELLO, Patricia; RUDOLF, Renata. Pueblos Indígenas, Naturaleza y Ecocentrismo: estándares internacionales y una mirada comparada desde Brasil. *CUHSO, Universidad Católica de Temuco*, v. 32, n. 2, p. 206-247, 2023. p. 220. PEÑA, Mario. “La revolución de los derechos humanos ambientales y de los derechos de la naturaleza”. *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y recursos naturales*, n. 28, 2018.

⁶¹ FAUNDES, Juan Jorge; MELLO, Patricia; RUDOLF, Renata. Pueblos Indígenas, Naturaleza y Ecocentrismo: estándares internacionales y una mirada comparada desde Brasil. *CUHSO, Universidad Católica de Temuco*, v. 32, n. 2, p. 206-247, 2023. p. 221. MELLO, Patricia Perrone Campos; FAUNDES, Juan Jorge. “Povos Indígenas e proteção da Natureza: a caminho de um “giro hermenéutico ecocêntrico””. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 3, p. 222-251, 2020. p. 233. En un sentido similar: SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. Algunas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. *Revista Direito e Sociedade*, v. 1, n. 3, p. 69-94, 2014. p. 86-88.

⁶² CARMONA, Cristobal. La aplicación del derecho a consulta del Convenio 169 de la OIT en Chile: hacia una definición de su contenido sustantivo: afectación e instituciones representativas. In: MIRANDA, Ricardo; CARMONA, Cristobal (ed.). *Tesis de maestría sobre Pueblos Indígenas*. Buenos Aires: U. Nacional de San Martín, CIEP, 2013. v. 3. p. 15-139. DURÁN, Álvaro. Comentario de jurisprudencia. La susceptibilidad de afectación directa como requisito de procedencia de la consulta a los pueblos indígenas en el sistema de evaluación de impacto ambiental. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, v. 89, n. 250, p. 393-421, 2021. FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge; MELLO, Patricia Perrone Campos. Avaliação Ambiental e Proteção Cultural dos Povos Indígenas no Chile, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos. *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, v. 16, n. 2, p. 60-93, 2024. DOI: 10.21057/10.21057/repamv16n2.2022.48817. HERVÉ, Dominique, BASCUR, Débora. “La Protección de los Derechos de las Comunidades Indígenas en

La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia de Chile ha reconocido en sus fallos el derecho humano a la identidad cultural de los pueblos indígenas con diversos alcances, como parte del derecho esencial que la Constitución asegura “de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible”, en relación al Convenio 169 y en el derecho de igualdad ante la ley. Entonces, el principio de igualdad se entiende en un sentido amplio, como el derecho radicado en la dignidad fundamental de la persona a llevar adelante su vida conforme todos los aspectos de su identidad personal, lo que, comprende su identidad y marco cultural, sus formas de vida en sentido colectivo, como integrante de un grupo que posee, en común, normas y valores culturales, espirituales, religiosos “una cosmovisión propia”; a ello, se asocian otras garantías constitucionales, como el derecho a la identidad personal (implícito en el derecho a la honra y la vida privada y familiar –19 N°4 CPR) y el derecho a la libertad de conciencia y religión (19 N°6, CPR)⁶³.

Constitucionalmente, la protección de las tierras se ampara de forma conexa entre las garantías constitucionales generales de “vivir en un medio ambiente libre de contaminación” (19 N°8, CPR) y de protección de la propiedad (19 N°24, CPR). Ellas configuran la protección de la propiedad indígena, en tanto hábitat y territorios indígenas, sustento material de las formas de vida indígena que el derecho humano a la identidad cultural ampara⁶⁴.

Luego, la protección de tierras y territorios indígenas ha sido objeto de un extenso debate jurisprudencial, con diversos desarrollos, tanto desde la perspectiva de acciones enmarcadas en la propiedad en sí (que escapan al objeto de este trabajo) y en relación a los territorios y la protección del medio ambiente (naturaleza) que abordamos sucintamente aquí.

el SEIA por Parte de los Tribunales Ambientales: ¿Avance y/o Retrosos? *Justicia Ambiental*, v. 9, n. 11, p. 197-232, 2019. GUERRA, Felipe; SÁNCHEZ, Gonzalo. “La función epistémica del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa en Chile”. *Ius et Praxis*, v. 27, n. 3, 2021.

⁶³ FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Ius et Praxis*, v. 26, n. 1, p. 77-100, 2020. p. 81-83.

⁶⁴ FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Ius et Praxis*, v. 26, n. 1, p. 77-100, 2020. p. 81-83.

En *perspectiva procedimental*, la Carta no contempla un recurso especial en materia de pueblos indígenas. Pero desde la ratificación y entrada en vigencia del Convenio 169 (2009), el recurso de Protección Constitucional (art. 20 CPR) fue considerado la vía adecuada para el amparo de los derechos de los pueblos indígenas que la CPR asegura. Así fue entendido bajo el estándar de un recurso rápido, sencillo y eficaz, conforme las garantías del debido proceso –en un sentido amplio– y del acceso a la justicia (19N°3 CPR), todo conforme los estándares interamericanos (art. 8 y 25, CADH).

Sin embargo, con la instalación de los tribunales ambientales (de competencia técnica ambiental)⁶⁵, los recursos de protección constitucional fueron rechazados en su mayoría. La jurisprudencia predominante afirmó que, en materia de consulta indígena y evaluación ambiental, la competencia de control jurisdiccional y técnica era exclusiva de los tribunales ambientales, que disponían de los medios técnicos y procesales requeridos. Mientras –se sostenía–, que el recurso de protección, de naturaleza cautelar y de emergencia, no dispone de tales medios. No obstante, las cortes de apelaciones y la Corte Suprema, aunque excepcionalmente, siguieron conociendo algunos casos graves y urgentes de contenido ambiental por la vía del recurso de protección. En especial, la Corte Suprema, sin cuestionar la competencia técnica ambiental, utiliza hasta la fecha su competencia constitucional de protección, como mecanismo de resguardo del medio ambiente y de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, a lo menos, en casos de afectación o riesgo grave, que requieren una medida urgente de restablecimiento del Derecho (como la violación manifiesta del derecho humano a la identidad cultural, del deber de consulta conforme el Convenio 169, en casos de daño ambiental, entre otros)⁶⁶.

Este debate, es de relevancia, no necesariamente por el control constitucional o la competencia misma de la Corte Suprema (que también actúa en segunda instancia de casación ambiental)⁶⁷, sino porque el Recurso de

⁶⁵ CHILE. *Ley 20.600 Crea los Tribunales Ambientales*. Judicialmente, inicia su operación con el Segundo Tribunal Ambiental (04/03/2013) y puede considerarse concluida con la entrada en operación 1° TA (04/09/2017).

⁶⁶ CARRASCO, Edecio. *El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*. Perspectivas, evolución y estándares jurisprudenciales. Santiago: DER ediciones, 2020. p. 63-178. MORAGA, Pilar. Comentario de sentencia. Sentencia de la Corte Suprema, de 30 de enero de 2017. *Actualidad Jurídica Ambiental*, v. 18, n. 4, 2017.

⁶⁷ Debe advertirse que para algunos, la competencia de casación

Protección constitucional ofrece un acceso amplio y relativamente desformalizado para el amparo de los derechos fundamentales, lo cual, a su vez, asegura mayores garantías de acceso a la justicia, en especial para grupos vulnerables como los pueblos indígenas.

Respecto a la protección del medio ambiente, la CPR establece una disposición muy acotada en su artículo 19 N°8, pero ha tenido un extenso desarrollo jurisprudencial. Desde el punto de vista *sustantivo*, el texto asegura a todas las personas “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación” y establece que es “deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”.

La visión jurisprudencial de la protección constitucional del medio ambiente ha transitado desde una interpretación literal, restringida, asociada a la idea de “contaminación” (bajo parámetros objetivos medibles)⁶⁸, hasta una concepción más amplia que excede el texto comprendiendo, por ejemplo, la afectación de áreas con valor patrimonial, las condiciones hídricas multifactoriales y o de la bio diversidad, entre otras. En este sentido, a modo de ejemplo, a dicho al Corte Suprema: [...] la noción de contaminante **es amplia y funcional** y es la interpretación que mejor se adecua a la finalidad que procura dar reconocimiento efectivo al derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación⁶⁹.

Con todo, hoy, aunque el texto constitucional no ofrece una definición, mayoritariamente se entiende que es un derecho fundamental, subjetivo, colectivo y público, cuyos titulares son todas las personas, incluso más allá de las personas individualmente consideradas que ampara “solo el derecho a un entorno que admita el desarrollo de la vida de las personas... en relación a él”⁷⁰. Se trata de un derecho que debe leer en “una

perspectiva “ecosistémica y amplia”, pero en relación a las personas potencialmente afectadas respecto del entorno natural necesario para su vida y desarrollo (Carrasco, 2020, p. 8). Así, se entiende que la CPR contiene una comprensión antropocéntrica, aunque moderada, en tanto la protección del derecho supone el amparo de “toda forma de vida” y la “armonía con el hábitat y con los ecosistemas existentes y en concordancia con el desarrollo sustentable [buscando] no comprometer las expectativas de las generaciones actuales y futuras”⁷¹.

Los principios preventivo y precautorio ambientales no son parte del texto, pero han tenido un desarrollo jurisprudencial progresivo en las últimas décadas, de la mano con su avance internacional. En este sentido, al entender el derecho humano al medio ambiente sano como parte de la Constitución material (vía art. 5 inc. 2° CPR), se amplía el amparo constitucional e incorpora los principios preventivo y precautorio que son parte del contenido del derecho, lo que ya se expresa en las decisiones judiciales recientes que revisaremos.

En consecuencia, este marco ambiental-intercultural, obliga a un análisis en concreto conforme el cual: por una parte, preventivamente, si fuere del caso, se opte por la medida de menor impacto en el medio ambiente, incluidos los indígenas potencialmente afectados; por otra, dado el principio precautorio, frente a un riesgo grave e irreversible de daño ambiental, aún a falta de evidencia o certeza técnico-científica, se adopten las medidas necesarias para evitar tal afectación, asegurando de forma efectiva las formas de vida tradicional —los intangibles culturales indígenas—.

Paralelamente, la jurisprudencia ha basado la protección especial de los pueblos indígenas, respecto de actividades con efectos ambientales, en las garantías genéricas de la CPR, del artículo 19 N°8, recién vista, junto al principio constitucional de igualdad, contemplado en los artículos 1 y 19 N°2 y la protección de la propiedad, del artículo 19 N°24. A este marco constitucional, se suma el artículo 4 inciso 2° de la Ley 19300 dispone que:

ambiental de la Corte Suprema excluiría el control de constitucionalidad, limitándose solo al legal, ergo, no habría equivalencia entre ambos controles. En tal sentido, v. CARRASCO, Edecio. De Trilium a Central Los Cóncores: Continuidad y Cambio del Recurso de Protección Ambiental en Veinte Años de Jurisprudencia. *Justicia ambiental*, Año 8, n. 9, p. 275-298, 2018. p. 294-295. 8 Yáñez Veas, Wendy del Carmen con Comisión de Evaluación Ambiental de la región de Coquimbo y Prime Energía SpA (2017); CS, Rol 6121 – 2017, 6.6.2017, C. 2. Voto disidente, Ministro Sergio Muñoz, disidencia primera.

⁶⁸ ARELLANO, Gustavo; GUARACHI, Federico. Protección del medio ambiente en el contexto de una nueva constitución: recomendaciones en base a la experiencia comparada. *Estudios Constitucionales*, v. 19, n. 1, p. 66-110, 2021. p. 72-73.

⁶⁹ CS, Rol 15.996-201331.8. 2014 (destacado nuestro).

⁷⁰ CARRASCO, Edecio. *El derecho a vivir en un medio ambiente libre de*

contaminación. Perspectivas, evolución y estándares jurisprudenciales. Santiago: DER ediciones, 2020. p. 6-7.

⁷¹ CARRASCO, Edecio. *El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*. Perspectivas, evolución y estándares jurisprudenciales. Santiago: DER ediciones, 2020. p. 21-22. AGUILAR, Gonzalo. Las deficiencias de la fórmula ‘derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación’ en la Constitución chilena y algunas propuestas para su revisión. *Estudios Constitucionales*, v. 14, n. 2, 2016. p. 407.

Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

De tal manera, el amparo sustantivo de los derechos de los pueblos indígenas, en relación con los proyectos de inversión (con efectos ambientales) que pueden afectar sus tierras y territorios, se ha justificado en estos mínimos constitucionales y en base a un extenso desarrollo jurisprudencial que aplica el marco legal y reglamentario, a la luz de los tratados internacionales en materia de derechos humanos vinculantes para este país⁷².

En perspectiva *procesal e institucional*, en materia legal, la Ley 19300 (1993), “Ley general de Bases del medio ambiente”, regula el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Y, a partir de 2010, existe la llamada “Nueva Institucionalidad Ambiental (NIA)”, un robusto marco institucional que creó el Ministerio del medio Ambiente, la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) y el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) y, en especial, los Tribunales Ambientales⁷³.

Conjuntamente, las disposiciones del Convenio 169 pasaron a integrar materialmente el SEIA, como controlante convencional de mayor jerarquía o, a lo menos, imperativo de interpretación conforme⁷⁴. Este tratado, en su artículo 6 dispone que los estados deberán consultar a los pueblos Indígenas: “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de

afectarles directamente”. Entonces, se sigue que los pueblos indígenas deben ser consultados ante la posibilidad de que sean afectados por una medida administrativa o legislativa, sin que deba ocurrir tal afectación. Se dispone, un requisito precautorio de afectación probable, que no exige acreditaciones previas y ciertas. Este criterio es clave ya que los efectos “intangibles culturales”, por su naturaleza, no son perceptibles o comprensibles para terceros no integrantes de los pueblos indígenas⁷⁵. Los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes, en general, presentan barreras de acceso para acreditar (especialmente de forma previa), administrativa o judicialmente, que una determinada medida les afecta (o afectará). O bien, muchas veces, no conocen con certeza técnica todos efectos de una medida (proyecto), por lo que la consulta previa es el medio procesal, dialógico, que permitirá una acabada o mejor comprensión de los efectos de ésta. El objetivo será que los potencialmente afectados logren exponer cómo sus componentes culturales se verían afectados por el proyecto en evaluación ambiental.

Por su parte, la Ley 19300 señala los proyectos y actividades que deberán someterse al SEIA, en el artículo 10 de la Ley, si un proyecto o actividad genera o presenta alguno de los efectos, características o circunstancias (ECC) establecidas en su artículo 11, letras c), d), e) y f), en relación con los artículos 7, 8, 9 y 10 del Decreto 40, deberá presentar un EIA, en cuyo marco debe realizarse el “Procedimiento de Consulta Indígena” (PCI). Estos ECC se pueden sintetizar como: (i) reasentamiento de comunidades humanas; (ii) alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; (iii) localización, valor ambiental, paisajístico o turístico del territorio; (iv) alteración del patrimonio cultural (monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico).

Entonces, el SEA será responsable de implementar un PCI cuando alguna actividad o proyecto genere un

⁷² FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge; MELLO, Patricia Perrone Campos. Avaliação Ambiental e Proteção Cultural dos Povos Indígenas no Chile, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos. *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, v. 16, n. 2, p. 60-93, 2024. DOI: 10.21057/10.21057/repamv16n2.2022.48817.

⁷³ Ley 20.417 Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente; Chile, Ley 20.473 Otorga, transitoriamente, las facultades fiscalizadoras y sancionadoras que indica a la comisión señalada en el artículo 86 de la ley n° 19.300; Chile, Ley 20.600 Crea los Tribunales Ambientales.

⁷⁴ DÍAZ, Ingrid. Constitución y derechos humanos: Técnicas de articulación entre derecho internacional y derecho interno. *Estudios constitucionales*, v. 20, n. esp., p. 84-109, 2022. p. 92-95. También, como filtro hermenéutico intercultural. MELLO, Patricia Perrone Campos; FAUNDES, Juan Jorge. “Povos Indígenas e proteção da Natureza: a caminho de um “giro hermenêutico ecocêntrico””. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 3, p. 222-251, 2020.

⁷⁵ ANAYA, James. *Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile*. Informe del Relator Especial de N.U. para los Derechos Humanos de los Indígenas. Chile: UN, 2009. p. 23. FAUNDES, Juan Jorge. *El derecho humano a la identidad cultural en el Derecho Internacional: diálogo entre la corte interamericana de derechos humanos y el tribunal europeo de derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023. p. 188, 2020b, González, p. 7; PUSCHEL, Gabriela. *El concepto de territorio indígena en la jurisprudencia chilena como criterio de aplicación de la consulta previa en el marco del SEIA*. 2021. Tesis (Licenciatura) - Universidad de Chile, Santiago, 2021. p. 19.

impacto significativo a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, en los términos recién descritos. Y, para descartar el PCI, los órganos estatales con competencia ambiental, administrativa y jurisdiccional, deben establecer que no hay afectación ni *susceptibilidad de afectación*, esto es, demostrar que no se generan los referidos ECC.

Dado que esta potencial afectación, con frecuencia, no logra ser apreciada directamente por los terceros externos (como los agentes reguladores del SEIA), el PCI debe ser implementado antes de disponer cualquier medida (proyecto) que pueda generar efectos en territorios de presencia indígena. Es una comprensión del PCI como un mecanismo para el amparo sustantivo de derechos de los pueblos indígenas, en tanto busca la visibilización intercultural de los efectos (especialmente aquellos intangibles culturales). De esta manera, el presupuesto de *susceptibilidad de afectación* debe activar el PCI ante la eventual posibilidad de la generación de un efecto adverso respecto de pueblos indígenas, sus comunidades o integrantes, sin necesidad de certeza técnica ni evidencia directa de dicha afectación.

Luego la consulta indígena, advertida la *susceptibilidad de afectación* que pueda generar determinada medida, permite integrar la participación efectiva e informada de los grupos indígenas en la toma de decisiones estatales que los podrían afectar en sus formas de vida, sus “intangibles culturales”, como los primeros actores informantes. De esta forma, tendrán la oportunidad, en el marco del PCI, contando con los medios adecuados y pertinentes, de aportar un rango mayor de evidencias de los riesgos en curso sobre su cultura y modos de vida. Entonces, la consulta, opera como un mecanismo para el resguardo de derechos fundamentales de los pueblos indígenas⁷⁶, permitiendo la identificación de eventuales

afectaciones de otros derechos fundamentales sustantivos que el Estado debe cautelar.

En cuanto al procedimiento propiamente tal para recurrir en casos de incumplimiento del deber de consulta, siguiendo la jurisprudencia mayoritaria, la consulta indígena debe apegarse a los estándares del Convenio 169, incluso preferentemente a la regulación interna. Pero, a la luz de una tendencia jurisprudencial restrictiva, que ha sido preponderante hasta poco tiempo atrás, se ha observado en la regulación ambiental chilena un conjunto de deficiencias estructurales⁷⁷; y, en ese marco que a la consulta solo se le ha dado un alcance procesal⁷⁸.

Finalmente, más allá de la visión *antropocéntrica* (moderada) que ha sido preponderante en la comprensión constitucional de la protección del medio ambiente contenida en la CPR, postulamos que, a la luz de los derechos humanos a la identidad cultural y el medio ambiente sano —hoy integrantes del orden jurídico chileno—, y dada la amplitud conceptual del texto constitucional (19N°8 CPR), es posible una hermenéutica ecocéntrica del marco constitucional chileno —no excluyente de la antropocéntrica—, que otorgue reconocimiento y valor a la Naturaleza en sí misma, como medio en el que convivimos y del que dependemos todas las especies que, asimismo, es armónico con una mirada intercultural inclusiva de las cosmovisiones, espiritualidad y valores indígenas, también requirentes de amparo constitucional.

DES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural: Abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL Editores, 2020. p. 343-359.

⁷⁶ AYLWIN, José; MEZA-LOPEHANDÍA, Matías; YÁÑEZ, Nancy. *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: Lom Ediciones S.A., 2013. AGUAS, Javier; NAHUEL PAN, Héctor. Los límites del reconocimiento indígena en Chile neoliberal. La implementación del Convenio 169 de la OIT desde la perspectiva de dirigentes mapuche willeche. *CUHSO*, v. 29, n. 1, p. 108-130, 2018. MILLAMÁN, Sergio. *Consulta indígena, pueblo mapuche, territorios y evaluación medioambiental*. Documento ICSO- N° 52. [S.l.]: UDP, 2019. Disponible: https://lab-constitucional.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/04/ICSO_DT_52_Millaman.pdf

⁷⁸ CARMONA, Cristobal. “Evaluación ambiental, consulta indígena y el desplazamiento de los derechos de los pueblos indígenas”. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, v. 88, n. 248, p. 199-232, 2020a. SILVA, Carolina; PAROT, Gonzalo. “Desempeño del SEIA para canalizar la consulta indígena del Convenio. *Revista de Derecho Ambiental*, n. 6, 2016.

⁷⁶ ANAYA, James. *Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile*. Informe del Relator Especial de N.U. para los Derechos Humanos de los Indígenas. Chile: UN, 2009. CARMONA, Cristobal. La aplicación del derecho a consulta del Convenio 169 de la OIT en Chile: hacia una definición de su contenido sustantivo: afectación e instituciones representativas. In: MIRANDA, Ricardo; CARMONA, Cristobal (ed.). *Tesis de maestría sobre Pueblos Indígenas*. Buenos Aires: U. Nacional de San Martín, CIEP, 2013. v. 3. p. 15-139. CARMONA, Cristobal. “Evaluación ambiental, consulta indígena y el desplazamiento de los derechos de los pueblos indígenas”. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, v. 88, n. 248, p. 199-232, 2020. CARMONA, Cristobal. ¿La identidad cultural como límite de la Consulta Indígena en el SEIA? Notas para una subversión de la comprensión “procedimental” de la consulta. In: FAUN-

4 Pueblos indígenas y naturaleza, decisiones de Brasil y Chile

En Chile, desde la ratificación y entrada en vigor del Convenio 169 (2009), la jurisprudencia de los tribunales superiores ha sido muy variada y con alguna frecuencia contradictoria. Mientras, la Constitución Federal de Brasil de 1988 contiene disposiciones expresas de reconocimiento, lo que debiera favorecer, en principio, una jurisprudencia más consistente, pero el sistema brasileño goza de sus propias complejidades, debates jurisprudenciales y dificultades de cumplimiento efectivo.

Con todo, dado que en nuestro estudio buscamos dar cuenta de las posibilidades constitucionales, abiertas desde los derechos humanos a la identidad cultural y al medio ambiente sano, seleccionamos cuatro decisiones (y algunas conexas a ellas) de cada país que reflejan un enfoque hermenéutico intercultural ambiental.

4.1 Jurisprudencia chilena

En el caso de Chile, las decisiones ambientales, de competencia constitucional, tienen una data más extensa, que ha tenido una dinámica progresivamente evolutiva⁷⁹. Pero las cuestiones indígenas solo se abordan en perspectiva *constitucional-ambiental* tras la ratificación del Convenio 169, con la primera sentencia en 2009.

Para efectos de esta sucinta comparación seleccionamos decisiones que permiten mostrar el enfoque jurisprudencial que se apega a los estándares del Convenio 169. Sin embargo, en paralelo a ellas, un conjunto de otros fallos han seguido una tendencia mucho más restrictiva⁸⁰.

4.1.1 “Linconao Francisca con Forestal Palermo” (2009)

Se trata del primer fallo dictado por un Tribunal Superior de Justicia en Chile que aplicó el Convenio

⁷⁹ CARRASCO, Edecio. *El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*. Perspectivas, evolución y estándares jurisprudenciales. Santiago: DER ediciones, 2020.

⁸⁰ CARRASCO, Edecio. *El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*. Perspectivas, evolución y estándares jurisprudenciales. Santiago: DER ediciones, 2020. HERVÉ, Dominique, BASCUR, Débora. “La Protección de los Derechos de las Comunidades Indígenas en el SEIA por Parte de los Tribunales Ambientales: ¿Avance y/o Retroceso? *Justicia Ambiental*, v. 9, n. 11, p. 197-232, 2019.

Nº169 de la OIT, confirmado por la Excma. Corte Suprema, se pronunció sobre el alcance constitucional de los conceptos de “territorio” y su directa relación con el “hábitat”, “bajo interdependencia con los derechos culturales y la protección del medio ambiente”, en relación a los derechos de los pueblos indígenas, incorporados al ordenamiento jurídico chileno a partir de la ratificación del Convenio Nº169 de la OIT.

Señaló la decisión que se había vulnerado la garantía constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (19 Nº8 CPR). Sostiene expresamente una interpretación amplia del concepto de “medio ambiente”, en particular, que contiene los elementos culturales propios de la cosmovisión indígena mapuche (Faundes, 2010)⁸¹. Dice la sentencia:

[...] esta Corte asume que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación debe considerarse en forma amplia [...]. Si no hay un medio ambiente adecuado para vivir, resulta ilusorio que el hombre sea digno en libertad e igualdad y pueda disfrutar el pleno goce y ejercicio de sus derechos. Además, debe ser considerado en forma amplia y holística, por los deberes que impone el artículo 19 Nº8 al Estado... para que no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza... Si no se admite una concepción amplia, no se divisa cómo el Estado puede cumplir sus deberes Constitucionales indicados. En todo caso, no existe en el medio ambiente un grupo, o persona aislada, un elemento vivo o inerte que no esté relacionado con su entorno⁸².

En relación a los intangibles culturales indígenas expresa:

[...] el Derecho a Vivir en un medio libre de contaminación para la actora [Machi⁸³] se ha visto afectado, puesto que se vulnera la integridad física y psíquica [del Pueblo Mapuche], se agravia en su naturaleza humana y la calidad de vida y en la protección de sus sistemas de salud, puesto que el Menoko⁸⁴ es un lugar, espacio cultural, que no debe ser molestado, sino que siempre protegido⁸⁵.

⁸¹ CA Temuco, Rol Nº 1773-2008, 16.9.2009. CS, Rol 7287-2009, 30.11.2009 (confirma).

⁸² CA Temuco, Rol Nº 1773-2008, 16.9.2009. CS, 7287-2009, 30.11.2009 (confirma), C. 5.

⁸³ Autoridad ancestral mapuche, entre otros aspectos, cumple el rol guía espiritual en la cosmovisión mapuche.

⁸⁴ El *menoko*, es un manantial, espacio ecológica y culturalmente relevante, en tanto fuente de agua, de presencia de flora nativa-medicinal y, en especial, por el significado cosmogónico mapuche dado por la entidad (intangible) tutelar (*ngen*) que “reside” en ese lugar.

⁸⁵ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol Nº 1773-2008, 16.9.2009. Corte Suprema, 7287-2009, 30.11.2009 (confirma), párr. décimo cuarto.

4.1.2 Sentencia de la Corte Suprema del caso de la Consejera del pueblo Kawésqar contra el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental de Magallanes y la Antártica Chilena (2021)⁸⁶

La decisión estableció como presupuesto de procedencia de la consulta indígena un criterio de “probabilidad”, de una afectación “potencial”. Consideró que los derechos reconocidos en el Convenio 169 constituyen garantías fundamentales incorporados a la CPR⁸⁷. Declaró, que “cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella”⁸⁸. Dijo que, para la determinación de la *susceptibilidad de afectación* directa, el factor geográfico de la regulación ambiental constituye un elemento indiciario, cuya amplitud se encuentra determinada por los posibles impactos que pueda tener una medida en los derechos reconocidos de los pueblos indígenas⁸⁹. Asimismo, que para que la consulta no sea obligatoria se requerirá “que el titular del proyecto demuestre de forma exhaustiva que no se dan los efectos del artículo 11 letras c) y d) de la Ley N° 19.300”⁹⁰. De esta manera, **invirtió el onus probandi para poder justificar la omisión de una consulta indígena**, en consecuencia, la sola *susceptibilidad de afectación* resultó presupuesto *a priori* de procedencia de la referida consulta.

4.1.3 “Luis Araneda Necumán y otros con Director Ejecutivo del Servicio De Evaluación Ambiental” (“Central Hidroeléctrica Doña Alicia”)

En el caso “Central Hidroeléctrica Doña Alicia”, también destacó la Corte Suprema “la preminencia del principio precautorio” en la evaluación ambiental, explicando que su “significación y relevancia excede el marco puramente formal”; porque este principio, en especial:

[...] se estructura y rige el desarrollo y ponderación de los elementos que juegan en el proceso de evaluación ambiental buscando la relación existente entre el conocimiento científico disponible y la

complejidad de los sistemas ecológicos. Esto significa que, frente a una situación que pudiera generar daño ambiental pero mediando incertidumbre científica en cuanto a sus efectos, deben adoptarse las medidas necesarias para evitar ese riesgo [...]⁹¹.

4.1.4 Jara Alarcon Luis con Servicio de Evaluación Ambiental

En este caso la Corte Suprema definió estándares para establecer la susceptibilidad de afectación, en especial, frente a los componentes culturales de las formas de vida tradicional, desde el punto de vista del principio precautorio ambiental. Dijo que:

[...] toda evaluación ambiental debe abarcar, de manera cabal, no sólo los impactos que sean declarados por el titular, sino también todas aquellas circunstancias que sean conocidas por la autoridad y que puedan tener incidencia en los mayores o menores efectos de un proyecto sobre el medio ambiente... todos los cuales recogen el carácter precautorio de los instrumentos de política ambiental [...] sólo de esa forma la autoridad estará en condiciones de adoptar medidas que resulten eficaces para hacerse cargo del real impacto ambiental y, consecuentemente, evitar eventuales daños irreparables [...]⁹².

[...] las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados⁹³.

[...] la participación de los pueblos afectados por un proyecto en el PCI, les permite ser parte de un intercambio de información relevante acerca de las obras a realizar y la forma en que ellas influirán en sus sistemas de vida, la exposición de los puntos de vista de cada uno de los potenciales afectados de manera de determinar la forma específica en que el proyecto les perturba, el ofrecimiento de medidas de mitigación, compensación y/o reparación por parte del titular del proyecto [...]

Sólo así es posible [cumplir con] el artículo 4° de la Ley N°19.300... otorgando a los pueblos indígenas la posibilidad de influir de manera real y efectiva en las decisiones públicas que sean de su interés.

En tanto de los antecedentes del proyecto aparecía la existencia de una susceptibilidad de afectación directa a pueblos indígenas, necesariamente debe seguirse un PCI, toda vez que éste es el estándar empleado para determinar su obligatoriedad [...]⁹⁴.

⁸⁶ CS, Rol 36.919-2019, 22.2.2021, acoge casación contra sentencia del 3° TA.

⁸⁷ CS, Rol 36.919-2019, 22.2.2021, C. 1.

⁸⁸ CS, Rol 36.919-2019, 22.2.2021, C. 7.

⁸⁹ CS, Rol 36.919-2019, 22.2.2021, C. 15.

⁹⁰ CS, Rol 36.919-2019, 22.2.2021, C. 14.

⁹¹ CS, Rol 3971-2017, 28.6.2018, C. Trigésimo cuarto.

⁹² Corte Suprema Rol 8573 2019, Sentencias de Casación y de reemplazo) 13/01/2021.

⁹³ Corte Suprema Rol 8573 2019 13/01/2021. Rol 8573 2019 (13/01/2021, cons. Cuadragésimo noveno (Sentencia de Casación)

⁹⁴ Corte Suprema Rol 8573 2019. 13/01/2021. Rol 8573 2019 (Sentencias de Casación y de reemplazo) 13/01/2021. Cons. Quinc-

Así, bajo los presupuestos de las decisiones chilenas revisadas, para la Corte Suprema, la evaluación ambiental de proyectos con efectos en pueblos indígenas, en especial respecto de la ponderación de los intangibles culturales, se encuentra *governada* por el principio precautorio ambiental. En consecuencia, este principio se impone como premisa de apreciación epistémica e imperativo interpretativo, en favor del resguardo de la naturaleza, en armonía con los derechos de los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes, cuando demandan la protección de sus modos de vida tradicionales.

4.2 Jurisprudencia brasileña

A continuación revisamos algunas decisiones del Supremo Tribunal Federal (STF) que ejemplifican a grandes rasgos el tránsito jurisprudencial respecto de los derechos de los pueblos indígenas y tradicionales, en los que el derecho a las tierras indígenas asegurado constitucionalmente es central. Y, desde ahí, se enlaza con el derecho al medio ambiente sano, en armonía con la protección misma de la naturaleza⁹⁵. Solo estudiamos algunos fallos emblemáticos que dan cuenta de los mandatos constitucionales referentes a pueblos indígenas, que conlleva la protección del medio ambiente y que dan cuenta de diversas tensiones no resueltas.

4.2.1 PET n° 3388: Caso Raposa Serra do Sol⁹⁶

La PET n° 3388 refiere al régimen constitucional de demarcación de las tierras indígenas en Brasil. Es un caso de alta relevancia, porque a partir de esta sentencia se desarrolló el régimen constitucional de reconocimiento de la propiedad indígena en Brasil⁹⁷. Corres-

ponde a una acción popular que busca la declaración de nulidad del proceso administrativo de demarcación de la a tierra indígena *Raposa Serra do Sol*. El STF declaró parcialmente improcedente la petición, afirmando la constitucionalidad del proceso de demarcación de las tierras.

Conjuntamente, delimitó normativamente el proceso de demarcación e impuso condicionantes para el ejercicio del derecho a la demarcación de las tierras indígenas, conforme lo previsto en los artículos 231 e 232 de la CF. La sentencia, abarca un conjunto amplio de temas como la propia naturaleza de la relación de los indígenas con las tierras amparada constitucionalmente, el contenido del derecho a la demarcación indicada, la propiedad estatal (de la Unión), la consulta indígena y la participación indígena en la toma de decisiones en estas tierras, junto a los intereses vinculados a la seguridad de la Unión (Estado federal) en estos espacios, entre otros.

Primero, en términos generales prescribió:

Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as ‘imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar’ e ainda aquelas que se revelarem ‘necessárias à reprodução física e cultural’ de cada qual das comunidades étnico-indígenas, ‘segundo seus usos, costumes e tradições’ (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígene, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia⁹⁸.

Describiendo el contenido del artículo 231 CF y el sentido del reconocimiento de la propiedad indígena plantea:

O termo ‘originários’ a traduzir uma situação jurídico-subjetiva mais antiga do que qualquer outra, de maneira a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em

uagésimo (Sentencia de Casación).

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Direito ambiental*. Brasília: Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e gestão da Informação: 2023. <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/DireitoAmbiental.pdf>

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição n° 3388*. Embte.: Augusto Affonso Botelho Neto; Embdo.: União. Relator: Ministro Carlos Britto. Juzgamiento, 19 mar. 2009.

⁹⁷ Un análisis más extenso de las decisiones basales (PET n° 3388. Relator Ministro A. Brito, 19.03.2009; PET 3.388 ED, Relator Ministro L.R. Barroso, 23.10.2013). v.: Mello, Faundes (2019). CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Concretizando Direitos Humanos. Direitos dos Povos Indígenas*. Brasília: CNJ, 2023. p. 57-66. Disponible: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/Cadernos_STF_Povos_Indigenas_digital.pdf. A la fecha de

cierre de este trabajo (agosto 2024), una nueva decisión, a lo menos en su tesis central, ratificó la tesis excluyente del “marco temporal restrictivo” del derecho a la demarcación conforme el artículo 231 CF 1988, fue resuelta recién en 2023 y tuvo un alto impacto en BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 1017365*. 30/08/2023. Luego, tenemos la ADC 87, “*Ação declaratória de constitucionalidade 87 Distrito Federal*” (decisión conjunta ADC 87, ADI 7.582, ADI 7.583, ADI 7.586 e ADO 86). Decisión Monocrática, Ministro Relator Gilmar Mendes. 22.04.2024. Dispositivo 1., p. 16.

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição n° 3388*. Embte.: Augusto Affonso Botelho Neto; Embdo.: União. Relator: Ministro Carlos Britto. Juzgamiento, 19 mar. 2009. p. 8.

favor de não-índios. Termo sinônimo de primevo, em rigor, porque revelador de uma cultura pré-européia... A primeira de todas as formas de cultura e civilização genuinamente brasileiras, merecedora de uma qualificação jurídica tão superlativa a ponto de a Constituição dizer que ‘os direitos originários’ sobre as terras indígenas não eram propriamente outorgados ou concedidos, porém, mais que isso, ‘reconhecidos’ (parte inicial do art. 231...); isto é, direitos que os mais antigos usos e costumes brasileiros já consagravam por um modo tão legitimador que à Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988 não restava senão atender ao dever de consciência de um explícito reconhecimento⁹⁹.

O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse fundiária um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Visto que terra indígena, no imaginário coletivo aborígene, deixa de ser um mero objeto de direito para ganhar a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia...¹⁰⁰.

Sobre la relación de los indígenas con las tierras, en relación al concepto constitucional de “tradicionalidade da ocupação” (art. 231 CF), el voto del relator indica que se trata de:

Mas um tipo qualificadamente tradicional de perdurabilidade da ocupação indígena, no sentido entre anímico e psíquico de que viver em determinadas terras... Espécie de cosmogonia ou pacto de sangue que o suceder das gerações mantém incólume, não entre os índios enquanto sujeitos e as suas terras enquanto objeto, mas entre dois sujeitos de uma só realidade telúrica: os índios e as terras por ele ocupadas. As terras, então, a assumir o status de algo mais que útil para ser um ente. A encarnação de um espírito protetor. Um bem sentidamente congênito, porque expressivo da mais natural e sagrada continuidade etnográfica, marcada pelo fato de cada geração aborígene transmitir a outra, informalmente ou sem a menor precisão de registro oficial, todo o espaço físico de que se valeu para produzir economicamente, procriar e construir as bases da sua comunicação linguística e social genérica. Nada que sinalize, portanto, documentação dominial ou formação de uma cadeia sucessória. E tudo a expressar, na perspectiva da formação histórica do povo brasileiro, a mais originária mundividência ou cosmovisão [...] ¹⁰¹.

En relación a las tierras, como sustento material de las formas de vida indígena en diálogo con la protección misma de la naturaleza (*ergo*, como base mínima que debe ser demarcada), señala el voto del relator:

[...] do advérbio ‘tradicionalmente’, grafado no caput do art. 231 da Constituição, ele coincide com a própria finalidade prática da demarcação; quer dizer, áreas indígenas são demarcadas para servir, concretamente, de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas (deles, indígenas de uma certa etnia), mais as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (§ 1º do art. 231). Do que decorre, inicialmente, o sobredireito ao desfrute das terras que se fizerem necessárias à preservação de todos os recursos naturais de que dependam, especificamente, o bem-estar e a reprodução físico-cultural dos índios. Sobredireito que reforça o entendimento de que, em prol da causa indígena, o próprio meio ambiente é normatizado como elemento indutor ou via de concreção (o meio ambiente a serviço do indigenato, e não o contrário, na lógica suposição de que os índios mantêm com o meio ambiente uma relação natural de unha e carne [...] ¹⁰².

Asimismo, para comprender de mejor forma el régimen brasileño en relación a la presencia territorial indígena, debe tenerse presente que los pueblos indígenas y tradicionales habitan espacios bajo diversos estatutos territoriales (cuyo examen en profundidad escapa a este trabajo). Hasta aquí, los pasajes destacados de la decisión abordan la situación en concreto de las tierras indígenas. Pero el escenario normativo territorial es complejo conteniendo tierras de conservación (parques nacionales, en Chile denominados genéricamente como “áreas silvestres protegidas”), zonas fronterizas (con actuación preponderante del poder público y las fuerzas armadas) y las tierras indígenas en sí, de propiedad de la Unión (Estado Federal), bajo régimen constitucional de usufructo perpetuo en favor de los respectivos pueblos indígenas (art. 231 CF). Éstas, a su vez, pueden estar reconocidas a como tales (homologadas), demarcadas o con procesos de demarcación requeridos a la administración, pero pendientes. En ese contexto, la decisión se hace cargo de este marco y afirma la existencia de un régimen de “convivencia”, de respeto de los derechos indígenas, pero de recíprocas limitaciones. Así, en rela-

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição nº 3388*. Embte.: Augusto Affonso Botelho Neto; Embdo.: União. Relator: Ministro Carlos Britto. Juzgamiento, 19 mar. 2009. p. 298/43.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição nº 3388*. Embte.: Augusto Affonso Botelho Neto; Embdo.: União. Relator: Ministro Carlos Britto. Juzgamiento, 19 mar. 2009. p. 303/49.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição nº 3388*. Embte.: Augusto Affonso Botelho Neto; Embdo.: União. Relator: Ministro Carlos Britto. Juzgamiento, 19 mar. 2009. p. 297/43.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição nº 3388*. Embte.: Augusto Affonso Botelho Neto; Embdo.: União. Relator: Ministro Carlos Britto. Juzgamiento, 19 mar. 2009. p. 301/47.

ción a las “Unidades de Conservação e Terras Indígenas” afirma el voto del Ministro Menezes Direito:

Das normas examinadas, logo se vê que há um conflito, aparente nos respectivos textos, entre os dispositivos que regulam as terras indígenas e aqueles que tratam das unidades de conservação. Anote-se que tanto as terras indígenas quanto as unidades de conservação têm sede constitucional. Da mesma forma que as terras indígenas são reconhecidas no art. 231, mas dependem de um processo de regularização fundiária para que os direitos dos índios sejam assegurados, as unidades de conservação também são reconhecidas no inciso III do § 1º do art. 225, embora devam ser identificadas e regularizadas na forma da lei. Isso porque... ‘o conjunto de unidades de conservação deve representar amostras significativas e ecologicamente viáveis das diferentes populações, habitats e ecossistemas do território nacional e das águas jurisdicionais. Atualmente, as unidades de conservação são entendidas como um sistema, e não se considera cada unidade como um fim em si mesma, ou como um fragmento isolado, mas como parte de um sistema de ordenamento territorial’ [...] Ao contrário do que sustentam alguns defensores de um caráter absoluto dos direitos indígenas, estes são, em verdade, uma das diversas expressões do interesse público de âmbito nacional. **À nação brasileira interessa, sem dúvida, a proteção e a preservação dos interesses indígenas, mas interessa também a preservação do meio ambiente e da segurança de nossas fronteiras além de outros interesses públicos representados pela União, como prevê literalmente o art. 231 da Constituição da República.** É importante identificar tais interesses para que o estatuto jurídico das comunidades indígenas possa ser de una vez por todas definido considerando a disciplina constitucional... E em nossos dias é necessário ter presente que a preservação do meio ambiente é imperativa para a humanidade e não apenas para as nações ou comunidades individualmente consideradas.¹⁰⁵

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição nº 3388*. Embte.: Augusto Affonso Botelho Neto; Embdo.: União. Relator: Ministro Carlos Britto. Juzgamiento, 19 mar. 2009. p. 404/46. Destacado nuestro.

4.2.2 STF, RE 1017365. Recurso Extraordinário 1.017.365 Santa Catarina (Tesis del “Marco Temporal”)^{104, 105}

En lo nuclear, esta decisión retoma el debate en torno a la cuestión del “marco temporal”, como límite al derecho constitucional a la demarcación de las tierras indígenas, ya debatida en el *Caso Raposa Serra do Sol* (2009).

Tras un extenso proceso, el STF afirmará que el derecho a la demarcación se encuentra garantizado en la CF (artículo 231). En ese sentido, la decisión referirá a que ya la Corte IDH en el *Caso Xukuri vs. Brasil* (2018) sancionó al Estado Brasileño por el incumplimiento de su deber de adoptar las medidas efectivas para asegurar el derecho a la demarcación establecido constitucio-

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 1.017.365 Santa Catarina*. Relator: Ministro Edson Fachim. Juzgamiento, 30 jul. 2023.

¹⁰⁵ A la fecha de cierre de este estudio (agosto 2024) nuevas acciones han reabierto el debate del “Marco Temporal”. Esta vez, el Congreso buscó establecer el referido “marco temporal” por medio de la Ley 14.701-23. Esta iniciativa legislativa fue vetada en varios artículos por el Presidente de la República, pero el Congreso insistió, superando los vetos. Luego, en relación a esta ley, se han presentado: (i) la ADI 7582 que solicita la invalidación; (ii) la ADI 7583 (*Ação Direta de Inconstitucionalidade*) que también impugna la validez de la ley; (iii) la ADI 7586, que también cuestiona la Ley 14.701/2023, en base a que impone graves limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, sin tener amparo en norma constitucional alguna; (iv) la ADC 87 (*Ação Declaratória de Constitucionalidade*), que pide la validación de la ley indicada. El Ministro Relator Gilmar Mendes, resolvió de manera conjunta las acciones indicadas (ADC 87), dispuso la suspensión cautelar de todas las acciones judiciales que discuten la constitucionalidad la nueva Ley 14.701-2023, con lo que *esta ley mantiene vigencia* preliminar, sin perjuicio de la revisión definitiva del caso por el Pleno del STF (“ad-referendum”). BRASIL, STF. ADC 87, “*Ação declaratória de constitucionalidade 87 Distrito Federal*” (decisión conjunta ADC 87, ADI 7.582, ADI 7.583, ADI 7.586 e ADO 86). Decisión Monocrática, Ministro Relator Gilmar Mendes. 22.04.2024. Dispositivo 1., p. 16. A esta fecha, el proceso se encuentra con un proceso de “conciliación” dispuesto por el Ministro Relator Gilmar Mendes (utilización de los “meios consensuais de solução de litígios, a intimação, no prazo de 30 (trinta) dias, das duas casas do Congresso Nacional para a prestação de informações (Lei 9.868/1999, arts. 6º e 11).”, 22.04.2024). El proceso ha tenido dos audiencias públicas (5.8.2024/28.8.2024), con el actual retiro de los representantes indígenas. Además, existe un pedido de “vista”, por parte del Presidente de STF, encontrándose prevista su pronta discusión por el Plenario del STF. v. BRASIL, STF. “*Partidos pedem que Supremo valide lei do marco temporal*” (28/12/2023). Disponible en: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=523472&ori=1>. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “*STF recebe mais uma ação contra lei que institui o marco temporal indígena*”. *Supremo Tribunal Federal Notícias*, 2 jan. 2024. Disponible en: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=523742&ori=1>

nalmente¹⁰⁶. Luego, que la tesis del “Marco Temporal” (limitación al derecho constitucional de demarcación, solo a aquellos pueblos o comunidades que tenían ocupación material de sus tierras a la fecha de entrada en vigencia de la CF, el 5/10/1988), debatida en la especie, no se apega al sentido de la CF y, en especial, vulnera las obligaciones internacionales de Brasil. Señala la “emenda” (resumen oficial de la decisión):

I - A demarcação consiste em procedimento declaratório do direito originário territorial à posse das terras ocupadas tradicionalmente por comunidade indígena; II - A posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos indígenas, nas utilizadas para suas atividades produtivas, nas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e nas necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do §1º do artigo 231 do texto constitucional; III - A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, nos termos do §1º do artigo 231, sempre segundo os usos, costumes e tradição da comunidade¹⁰⁷.

Así, el STF, repasa las bases constitucionales de los derechos de los pueblos indígenas en Brasil, conforme “las posibilidades hermenéuticas del artículo 231 de la Constitución de 1988”, tales como: la posesión de las tierras indígenas de ocupación tradicional; la naturaleza jurídica meramente declaratoria del derecho originario (preestatal) de los indígenas y la compatibilidad de la posesión indígena con la protección ambiental¹⁰⁸. En este sentido, expresó el acuerdo del STF:

Ao reconhecer aos indígenas ‘sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam’, o artigo 231 tutela aos povos indígenas direitos fundamentais, com as consequentes garantias inerentes à sua proteção, quais sejam, consistir em cláusulas pétreas, anteparo em face de maiorias eventuais, interpretação extensiva e vedação ao retrocesso. ... O texto constitucional reconhece a existência dos direitos territoriais ori-

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 1.017.365 Santa Catarina*. Relator: Ministro Edson Fachim. Juzgamiento, 30 jul. 2023. p. 31;638-639;668.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 1.017.365 Santa Catarina*. Relator: Ministro Edson Fachim. Juzgamiento, 30 jul. 2023. p. 7-8.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 1.017.365 Santa Catarina*. Relator: Ministro Edson Fachim. Juzgamiento, 30 jul. 2023. p. 7-8.

ginários dos indígenas, que lhe preexistem, logo, o procedimento administrativo demarcatório não constitui a terra indígena, mas apenas declara que a área é de ocupação pelo modo de viver da comunidade. ... A posse indígena espelha o habitat de uma comunidade, a desaguar na própria formação da identidade, à conservação das condições de sobrevivência e do modo de vida indígena, distinguindo-se da posse civil, de feição marcadamente econômica e mercantil. ... A tradicionalidade da ocupação indígena abrange as áreas por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas tradicionalmente ocupam independente da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988...¹⁰⁹.

Finalmente, en relación con los estándares interamericanos, señaló el Ministro Barroso:

... É muito importante assinalar... a decisão da [Corte IDH] no caso do Povo Indígena Xucuru e seus Membros vs. Brasil... em que se reconheceu a responsabilidade internacional do Brasil pela irrazoável demora na demarcação e pelo prejuízo sofrido por tal povo...

... parece-me haver plena compatibilidade constitucional da dupla afetação da área para a proteção indígena e para a proteção ambiental de forma simultânea. Todas as pesquisas documentam que as áreas demarcadas para as comunidades indígenas têm um índice de desmatamento significativamente inferior às reservas ambientais do poder público e às florestas de uma maneira geral. De modo que não há nenhuma incompatibilidade entre preservação ambiental e ocupação pelas comunidades indígenas¹¹⁰.

4.2.3 RE n° 654833/AC: imprescritibilidade de pretensão de reparação civil de dano ambiental (Comunidade Ashaninka-Kampa do Rio Amônia)¹¹¹

La RE n° 654833/AC: imprescritibilidade de pretensão de reparação civil de dano ambiental (Comunidade Ashaninka-Kampa do Rio Amônia)”. Su objetivo era la reparación de daños materiales, morales y ambientales

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 1.017.365 Santa Catarina*. Relator: Ministro Edson Fachim. Juzgamiento, 30 jul. 2023. p. 14-16.

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 1.017.365 Santa Catarina*. Relator: Ministro Edson Fachim. Juzgamiento, 30 jul. 2023. p. 668.

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 654833/AC*. Imprescritibilidade de pretensão de reparação civil de dano ambiental (Comunidade Ashaninka-Kampa do Rio Amônia)”. Recorrente: Procurador Geral da República. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Juzgamiento, 20 abr. 2020. Corresponde a un recurso extraordinario con alcance general (Tema 9999) interpuesto ante el Superior Tribunal de Justiça (STJ), mediante acción civil pública interpuesta por el Ministério Público Federal (MPF), elevado al STF.

derivados de invasiones del área indígena ocupada por la comunidad *Ashaninka-Kampa do Rio Amônia*. Se sostenía la imprescriptibilidad de la acción de reparación civil del daño ambiental. El STF reconoció la hipótesis de la imprescriptibilidad de la acción de reparación civil de daño ambiental, entre otros aspectos, dado que el medio ambiente “debe ser considerado patrimonio común de toda la humanidad, como garantía de su protección integral, especialmente en relación a las generaciones futuras... La reparación del daño ambiental es un derecho fundamental indisponible...”¹¹². Entre otros aspectos, dice la decisión:

... o direito de viver em um ambiente saudável, com plenas condições de o ser humano desenvolver todas as suas capacidades sociais, culturais, de trabalho e lazer, encontra raízes no núcleo essencial dos direitos fundamentais atinentes à vida, à saúde, à liberdade e à igualdade.¹¹³

... no tocante à indisponibilidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto direito fundamental inerente à própria condição humana, alinha-se à compreensão desta SUPREMA CORTE¹¹⁴.

... a natureza transgeracional do direito ao meio ambiente saudável e íntegro. Nesses termos: “[...] Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano... Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual... O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral.¹¹⁵

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 654833/AC*. Imprescritibilidade de pretensão de reparação civil de dano ambiental (Comunidade Ashaninka-Kampa do Rio Amônia)”. Recorrente: Procurador Geral da República. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Juzgamiento, 20 abr. 2020. p. 2/2 (traducción es nuestra).

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 654833/AC*. Imprescritibilidade de pretensão de reparação civil de dano ambiental (Comunidade Ashaninka-Kampa do Rio Amônia)”. Recorrente: Procurador Geral da República. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Juzgamiento, 20 abr. 2020. p. 20/5.

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 654833/AC*. Imprescritibilidade de pretensão de reparação civil de dano ambiental (Comunidade Ashaninka-Kampa do Rio Amônia)”. Recorrente: Procurador Geral da República. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Juzgamiento, 20 abr. 2020. p. 21/6.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 654833/AC*. Imprescritibilidade de pretensão de reparação civil de dano ambiental (Comunidade Ashaninka-Kampa do Rio Amônia)”. Recorrente:

4.2.4 STF ADPF 709

La ADPF 709¹¹⁶ es una acción de control de constitucionalidad presentada directamente al STF por la *Articulação dos Povos Indígenas do Brasil* en conjunto con diversos partidos políticos brasileños, en que se invoca violación al derecho de los pueblos indígenas a la vida y a la salud frente a la pandemia por COVID-19. Los postulantes afirman que tales pueblos presentan condiciones de vulnerabilidad epidemiológica más grave que la mayoría de los brasileños al COVID, en razón de su menor exposición a enfermedades infectocontagiosas, su modo de vida comunitario y su residencia en locales con difícil acceso a servicios de salud. Afirman, además, que el gobierno no estaría adoptando medidas adecuadas a su protección.

El STF concedió en parte las medidas cautelares pertinentes a estos requerimientos. Expuso, en primer término, que la protección y respeto del aislamiento y, por tanto, de la identidad cultural, en el caso de esos pueblos indígenas, es la mejor forma de protección de su derecho a la vida y a la salud, teniendo el aislamiento como la mejor defensa ante el contagio (siguiendo las directrices internacionales de la ONU y la CIDH)¹¹⁷.

Asimismo, a esa fecha, el Presidente de la República había declarado que no demarcaría tierras indígenas durante su gobierno¹¹⁸. En esas condiciones, no asegurar el aislamiento voluntario, se estaba vulnerando el derecho a la tierra asegurado a los pueblos indígenas por la CF de 1988. que el derecho de los pueblos a vivir en aislamiento voluntario está contenido en su derecho a la libre determinación, enlazado con sus derechos a las tierras asegurado constitucionalmente y su derecho a la identidad cultural, conforme los artículos 2, 5 y 7 del Convenio N°169 de la OIT¹¹⁹. Así, se dijo:

Procurador Geral da República. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Juzgamiento, 20 abr. 2020. p. 23/8.

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, juzgamiento. 05 ago. 2020.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, juzgamiento. 05 ago. 2020. p. 42/11.

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, juzgamiento. 05 ago. 2020. p. 38/7.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, juzgamiento. 05 ago. 2020. p. 14-15.

... a Constituição de 1988 assegura aos povos indígenas o direito à sua ‘organização social, costumes, línguas, crenças e tradições’, bem como os ‘direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam’ (CF, art. 231). Na mesma linha, a Convenção 169 da OIT, vinculante para o Brasil, assegura o direito dos povos indígenas à autodeterminação e à identidade cultural (artigos 2º, 1; 4º, 1 e 2; 5º e 7º).¹²⁰

En este contexto, el STF estableció que, las acciones (omisiones) gubernamentales ponían en riesgo el derecho a la identidad cultural, en relación a la preservación de su sobrevivencia y existencia como pueblo, lo que demandaba un deber de actuación para el Estado:

... a opção pelo não contato decorre de seu direito à autodeterminação e constitui uma forma de preservar a sua identidade cultural e as suas próprias organizações, usos, costumes e tradições. Nessa medida, o ingresso de qualquer membro exógeno à comunidade, sem a sua autorização, constitui um ilícito. Tais povos têm direito ao isolamento e o Estado tem o dever de assegurá-lo.¹²¹

Por último, todo el proceso fue desarrollado desde la metodología pionera de un “proceso estructural”, demandando acciones de diversos organismos del Estado, instalando al efecto, por requerimiento judicial cautelar, una “mesa de situación” en la cual, junto a los organismos públicos incumbentes, la participación de los propios pueblos indígenas mediante sus organizaciones de representación, fue central. En este sentido dice el voto del Relator:

“... estabelecer um diálogo intercultural entre nossa própria cultura e a cultura indígena... parecia imprescindível para a solução adequada desses problemas.

As comunidades indígenas têm que expressar suas necessidades e auxiliar o Estado na busca das soluções cabíveis e possíveis, inclusive porque é preciso ter em conta que as comunidades têm suas particularidades, peculiaridades e tradições culturais, muitas vezes, diversas. [...] A participação das comunidades indígenas... além de decorrer de um princípio de justiça natural - porque estamos tratando da vida, da terra e da cultura deles - também decorre de tratados internacionais que determinam que sejam ouvidos e considerados em todas as questões que digam respeito a seus povos, conforme decorre da

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, julgamento. 05 ago. 2020. p. 40.

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, julgamento. 05 ago. 2020. p. 42.

Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.¹²²

El STF determinó que el Gobierno Federal debía elaborar un Plan General de Enfrentamiento al COVID para Pueblos Indígenas (Plan General), con la participación de los representantes de los indígenas. El Plan General garantizó múltiples servicios y prestaciones positivas en materia de salud, acceso al agua, seguridad alimentaria, habitación y beneficios asistenciales, con el fin de garantizar su protección durante la pandemia. Con el desarrollo de vacunas anti-COVID, aseguró a todos los pueblos indígenas el derecho a la vacunación prioritaria¹²³.

Respecto de los principios de prevención y precaución señaló el voto del Relator:

No que respeita aos princípios da precaução e da prevenção, é importante frisar que se alega, na inicial, um risco iminente de extermínio em massa de povos indígenas em decorrência da expansão da pandemia por COVID-19. Em tais circunstâncias, de alegação de risco ao direito à vida e à saúde, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendido que as decisões judiciais devem pautar-se por tais princípios.

Em caso de dúvida, devem-se adotar as medidas mais protetivas de que se disponha e vedar aquelas cuja segurança seja incerta...¹²⁴.

Puede destacarse de este caso que el STF, tanto al identificar el riesgo, como al otorgar las medidas cautelares respectivas y en su función de monitoreo del cumplimiento de estas acciones, dio cuenta de una comprensión del derecho humano a la identidad de los pueblos indígenas y tradicionales que sigue el texto y el espíritu de la CF, en armonía con los estándares adelantados por la CIDH y la Corte IDH.

5 Conclusiones

Internacionalmente, tanto Chile, como Brasil, han recepcionado por medio de mecanismos constitucio-

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, julgamento. 05 ago. 2020. p. 23-24.

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, julgamento. 05 ago. 2020. p. 13-16.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, julgamento. 05 ago. 2020. p. 38/7.

nales los derechos humanos a la identidad cultural y al medio ambiente sano lo que, respectivamente, en interacción con el conjunto de fuentes internacionales de derechos humanos, generales y regionales, genera un nuevo marco de obligaciones de aplicación en el ámbito interno.

Este nuevo ordenamiento contribuye a la interacción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (general, regional interamericano y las decisiones comparadas regionales de alcance constitucional), bajo la perspectiva hermenéutica argumental que llamamos *constitucionalismo en red*.

Conjuntamente, las garantías procesales, generales y especiales, constituyen la base para sostener la necesidad de que todo mecanismo de evaluación ambiental, administrativa o judicial, contenga los medios para ponderar los elementos propios de las formas de vida de los pueblos indígenas (*intangibles culturales*) que pueden ser afectados por proyectos de inversión u otras acciones del Estado o de particulares.

Si bien, el texto de la CF brasileña es expreso y consistente en el reconocimiento los derechos de los pueblos indígenas, su identidad cultural y al medio ambiente sano, mientras la CPR chilena, omite los primeros y es escueta en materia ambiental, en ambos casos ha sido la jurisprudencia de nivel superior (STF en Brasil, Cortes de Apelaciones y Corte Suprema en Chile), las que han dotado de contenido y estándares a estos derechos.

En general, en Chile, conforme la regulación ambiental y la interpretación, en general, seguida, la labor de los organismos administrativos y judiciales, en especial los técnico ambientales, se centran en determinar si se descartan o no, en los proyectos de inversión sometidos a evaluación, alguno de los efectos, características o circunstancias contemplados en el artículo 11 de la Ley 19.300 (ECC), como factor detonante de la consulta indígena. A la luz de estos dispositivos, la noción de *susceptibilidad de afectación*, desarrollada jurisprudencialmente, establecida como requisito de procedencia de la consulta indígena, ha sido debatida. Primero, se sostuvo una tesis formalista restrictiva (centrada en la interpretación legal interna que exige un estándar alto de evidencia previa) que desplazó el rol tutelar de la consulta indígena, respecto de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas, hacia un complejo sistema administrativo y judicial. Luego, transitó a otra (más abierta, conforme el Convenio 169, de afectación solo probable) que hoy

es convergente con los principios preventivo y precautorio ambientales, conforme los derechos humanos a la identidad cultural y al medio ambiente sano, asegurados internacionalmente, vinculantes para ambos estados.

En Brasil, el foco principal ha radicado en el derecho a la demarcación de las tierras indígenas. La CF reconoce el derecho originario de los pueblos indígenas a las tierras (art. 231 CF), otorgando un usufructo perpetuo e imprescriptible sobre ellas, reservándose la Unión (Estado Federal), la propiedad en sí, como forma de resguardo de estas tierras. El debate se centró en los eventuales límites temporales de este derecho dado que se ha postulado que sólo gozarían de este derecho quienes poseyeran o tuvieran ocupación de las tierras a la fecha de entrada en vigencia de la Constitución en 1988 (tesis del “marco temporal”). Al respecto, aunque la jurisprudencia del STF ha tendido a no admitir la tesis del “marco temporal”, el debate está abierto, es complejo e involucra a los tres poderes del Estado. A agosto de 2024 no existe una sanción definitiva del asunto, lo que debilita el marco constitucional en su conjunto.

Asimismo, con ocasión de los graves efectos de la Pandemia de COVID en los pueblos indígenas, el STF, determinó los deberes de diligencia del Estado Brasileño, requiriéndole adoptar diversas medidas de protección, bajo la que podemos llamar una *hermenéutica constitucional cautelar intercultural*. El STF, tanto al identificar el riesgo, como al otorgar las medidas cautelares respectivas y en su función de monitoreo del cumplimiento de estas acciones, dio cuenta de una comprensión del derecho humano a la identidad cultural de los pueblos indígenas y tradicionales que sigue el texto y el espíritu de la CF, en armonía con los estándares adelantados por la CIDH y la Corte IDH.

Sin perjuicio de una gramática expresa y robusta de la CF de 1988 -aunque no ajena al debate sobre su alcance, especialmente temporal- y otra escueta de la CPR de 1980, pero de interpretación extensiva, en ambos casos es posible advertir, especialmente en el ciclo jurisprudencial más reciente, un enfoque hermenéutico cautelar de comunidades locales, en especial indígenas y tradicionales.

Los derechos humanos a la identidad cultural y al medio ambiente sano, incorporados a los respectivos ordenamientos jurídicos, se materializan, tanto, en el reconocimiento de la identidad cultural como imperativo interpretativo constitucional: como, en los principios

preventivo y precautorio ambientales que gobiernan los procesos de evaluación ambiental, en sus dimensiones administrativas y de control judicial de autorizaciones, licenciamientos o evaluación ambientales. Incluso, fundamentan las medidas que implemente el Estado en procesos de emergencia o extraordinarios, como fue el caso de la Pandemia de COVID.

De igual forma, se observa un avance emergente y progresivo del paradigma *ecocéntrico* —protector de la naturaleza por su valor en sí—, enfoque convergente con los respectivos estatutos constitucionales y el Derecho Internacional (general e interamericano) estudiado, pero cuyo desarrollo no está plenamente consolidado y debe ser objeto de más seguimiento.

Conforme la perspectiva hermenéutica *cautelar-intercultural—ambiental*, reflejada en las decisiones seleccionadas, las cortes domésticas con competencia constitucional (de Brasil y Chile) han alcanzado entendimientos que (en abstracto) “dialogan” en torno a unos mismos derechos y problemas. En ese sentido muestran componentes del *constitucionalismo en red*. Con todo, solo observamos un “diálogo” en abstracto, en tanto, el espacio de convergencia hermenéutica, si bien se constata respecto de las fuentes generales y regionales interamericanas (en particular en relación a la jurisprudencia de la Corte IDH), no se observa un diálogo horizontal efectivo, en concreto, en los casos estudiados de Chile y Brasil. Ahora bien, al efecto, las conclusiones de este trabajo pueden contribuir, en tanto contenido normativo argumental disponible para futuras decisiones que avancen en ese diálogo comparado horizontal que, sustantivamente ya posee una ruta armónica, aunque con respectivas tensiones internas.

Bibliografía

AGUAS, Javier; NAHUEL PAN, Héctor. Los límites del reconocimiento indígena en Chile neoliberal. La implementación del Convenio 169 de la OIT desde la perspectiva de dirigentes mapuche williche. *CUHSO*, v. 29, n. 1, p. 108-130, 2018.

AGUILAR, Gonzalo. El derecho humano a un medio ambiente sano, el acceso a la información ambiental y el *ius commune*. In: JIMÉNEZ, Henry; LUNA, Maarisol (coord.). *Crisis climática, transición energética y derechos*

humanos. Bogotá: Fundación Heinrich Böll; Heidelberg Center para América Latina, 2020.

AGUILAR, Gonzalo. Las deficiencias de la fórmula ‘derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación’ en la Constitución chilena y algunas propuestas para su revisión. *Estudios Constitucionales*, v. 14, n. 2, 2016.

AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Fondo). *Comunidad indígena Yakey Axa vs. Paraguay*. Costa Rica, juzgado en 17 jun. 2005.

AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Interpretación). *Comunidad indígena Yakey Axa vs. Paraguay*. Costa Rica, juzgado en 6 feb. 2006.

AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Costa Rica, juzgado en 24 agosto 2010.

AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Comunidad Indígena Sawboyamaxa Vs. Paraguay*. Costa Rica, juzgado en 29 de marzo 2006.

AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Xucuro Vs. Brasil*. Costa Rica, juzgado en 5 de febrero de 2018.

AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Costa Rica, juzgado en 12 junio 2012.

AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Costa Rica, juzgado en 28 de noviembre de 2007.

AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 CADH)*. Costa Rica, juzgado en 1987.

AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *OC-23/17, Opinión Consultiva OC-23/17*. Solicitada por la República de Colombia sobre medio ambiente y derechos humanos. Costa Rica, juzgado en 15 nov. 2017.

AMÉRICAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *OC-9/87, Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 CADH)*. Costa Rica, juzgado en 6 out. 1987.

ANAYA, James. *Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile*. Informe del Relator Especial de N.U. para los Derechos Humanos de los Indígenas. Chile: UN, 2009.

- ARELLANO, Gustavo; GUARACHI, Federico. Protección del medio ambiente en el contexto de una nueva constitución: recomendaciones en base a la experiencia comparada. *Estudios Constitucionales*, v. 19, n. 1, p. 66-110, 2021.
- AYLWIN, José; MEZA-LOPEHANDÍA, Matías; YÁÑEZ, Nancy. Los pueblos indígenas y el derecho. Santiago: Lom Ediciones S.A., 2013.
- BARROSO, Luis Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira. *Revista Forense*, v. 161, n. 317, p. 167-168, 1993.
- BARROSO, Luis; MELLO, Patricia Perrone. Los efectos transformadores del Acuerdo de Escazú. Comentario al Acuerdo de Escazú. In: JIMÉNEZ, Henry, ÁVILA, Luisa, FERRER, Eduardo (ed.). *Sobre derechos ambientales en América Latina y el Caribe*. Berlín-Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2023.
- BENZ, Eleanor; KAHL Verena. El caso Lhaka Honhat: la extensión de la justiciabilidad directa de los DESCAs y la esperanza incumplida de la concreción del derecho a un medioambiente sano. In: FERRER MACGREGOR, Eduardo; MORALES, Mariela; FLORES, Rogelio (coord.). *El caso Lhaka Honhat vs. Argentina y las tendencias de su interamericanización*. México: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público; Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro Instituto de Investigaciones Jurídicas; Universidad Nacional Autónoma de México, 2021.
- BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um Constitucionalismo Transformador. *Revista de Direito Administrativo*, v. 269, maio/ago. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, julgamento. 05 ago. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Direito ambiental*. Brasília: Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e gestão da Informação: 2023. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/DireitoAmbiental.pdf>
- CARMONA, Cristobal. ¿La identidad cultural como límite de la Consulta Indígena en el SEIA? Notas para una subversión de la comprensión “procedimental” de la consulta. In: FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural: Abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL Editores, 2020. p. 343-359.
- CARMONA, Cristobal. “Evaluación ambiental, consulta indígena y el desplazamiento de los derechos de los pueblos indígenas”. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, v. 88, n. 248, p. 199-232, 2020.
- CARMONA, Cristobal. La aplicación del derecho a consulta del Convenio 169 de la OIT en Chile: hacia una definición de su contenido sustantivo: afectación e instituciones representativas. In: MIRANDA, Ricardo; CARMONA, Cristobal (ed.). *Tesis de maestría sobre Pueblos Indígenas*. Buenos Aires: U. Nacional de San Martín, CIEP, 2013. v. 3. p. 15-139.
- CARRASCO, Edecio. De Trillium a Central Los Cóncores: Continuidad y Cambio del Recurso de Protección Ambiental en Veinte Años de Jurisprudencia. *Justicia ambiental*, Año 8, n. 9, p. 275-298, 2018.
- CARRASCO, Edecio. *El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*. Perspectivas, evolución y estándares jurisprudenciales. Santiago: DER ediciones, 2020.
- CHILE. *Ley 20.600 Crea los Tribunales Ambientales*. Judicialmente, inicia su operación con el Segundo Tribunal Ambiental (04/03/2013) y puede considerarse concluida con la entrada en operación 1° TA (04/09/2017).
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Concretizando Direitos Humanos. Direitos dos Povos Indígenas*. Brasília: CNJ, 2023. Disponible: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/Cadernos_STF_Povos_Indigenas_digital.pdf.
- DÍAZ, Ingrid. Constitución y derechos humanos: Técnicas de articulación entre derecho internacional y derecho interno. *Estudios constitucionales*, v. 20, n. esp., p. 84-109, 2022.
- DONOSO, Sebastián; NÚÑEZ, Manuel. *El Convenio N°169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*. Manual para su aplicación Judicial. Santiago: DER ediciones, 2022.
- DURÁN, Álvaro. Comentario de jurisprudencia. La susceptibilidad de afectación directa como requisito de procedencia de la consulta a los pueblos indígenas en el sistema de evaluación de impacto ambiental. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, v. 89, n. 250, p. 393-421, 2021.

FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge; MELLO, Patricia Perrone Campos. Avaliação Ambiental e Proteção Cultural dos Povos Indígenas no Chile, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos. *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, v. 16, n. 2, p. 60–93, 2024. DOI: 10.21057/10.21057/repamv16n2.2022.48817.

FAUNDES, Juan Jorge. “Consulta indígena y centrales de generación hidroeléctrica de menos de 3 MW: Desregulación riesgosa, a la luz del derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas”. In: BOZZO, Sebastián; REMESEIRO, Rebeca; ESIS, Isabel (coord.). *Memorias III Congreso Internacional de Regulación y Consumo*. Santiago: RIL Editores, Universidad Autónoma de Chile, 2020. p. 359-399.

FAUNDES, Juan Jorge. Diálogo entre la corte interamericana de derechos humanos y el tribunal europeo de derechos humanos en torno al derecho humano a la identidad cultural. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 3, p. 222-255, 2020.

FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-535, 2019.

FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Ius et Praxis*, v. 26, n. 1, p. 77-100, 2020.

FAUNDES, Juan Jorge. *El derecho humano a la identidad cultural en el Derecho Internacional*. Diálogo entre la corte interamericana de derechos humanos y el tribunal europeo de derechos humanos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

FAUNDES, Juan Jorge. Los Pueblos Indígenas como sujetos de Derecho Internacional y ante los estados nacionales. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 12, n. 3, p. 617-644, 2022.

FAUNDES, Juan Jorge; BONNIEC, Fabien Le. Comparando la cultura jurídica desde el derecho a la identidad cultural en Brasil y Chile. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 1, p. 144-179, 2020.

FAUNDES, Juan Jorge; CARMONA, Cristobal; SILVA, Pedro Pablo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hermenéutica del derecho al medio ambien-

te sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina (2020)”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 2, p. 643-674, 2020.

FAUNDES, Juan Jorge; MELLO, Patricia Perrone Campos. Propuesta hermenéutica, precautoria-ambiental-intercultural, en la evaluación ambiental de proyectos de inversión y comunidades indígenas en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, v. 15, n. 1, p. 1-32, 2024.

FAUNDES, Juan Jorge; MELLO, Patricia Perrone Campos; ARAYA, Valentina. Peritaje antropológico, evaluación ambiental y pueblos indígenas. *CUHSO*, v. 33, n. 1, 2024.

FAUNDES, Juan Jorge; MELLO, Patricia. Constitucionalismo en red: un método hermenéutico para la protección de los derechos fundamentales de grupos vulnerables y comunidades locales frente a proyectos de inversión. In: CÁNDANO, Mabel; DÍAZ, Regina (ed.). *Igualdad y no discriminación: Protección jurídica de minorías y grupos sujetos a vulnerabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022. p. 168-200.

FAUNDES, Juan Jorge; MELLO, Patricia; RUDOLF, Renata. Pueblos Indígenas, Naturaleza y Ecocentrismo: estándares internacionales y una mirada comparada desde Brasil. *CUHSO*, v. 32, n. 2, p. 206-247, 2023.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; VENTURA, Victor A. M. F.; CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. A dimensão internacional do Direito Humano à Alimentação Adequada e a possibilidade de responsabilização do Estado brasileiro: o retorno do Brasil ao mapa mundial da fome. *Revista de Direito Internacional*, v. 21, n. 2, p. 70-95, 2024.

FERNANDES, Patricia Viera dos Santos. A importância dos princípios da precaução e da prevenção na busca do desenvolvimento sustentável. *Revista de Administração Pública e Política*, n. 156, jun. 2011.

FERREIRA, Fabila; BOMFIM, Zulmira. Sustentabilidade Ambiental: visão antropocêntrica ou biocêntrica? *Ambientalmente sustentável*, v.1, n. 9-10, p. 37-51, 2010.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales. In: UGARTEMENDIA, Juan Ignacio; SAIZ, Alejandro. *La jurisdicción constitucio-*

- nal en la tutela de los Derechos Fundamentales de la UE. Oñati: IVAP, MPI, 2017. p. 155-174.
- GONÇALVES, Daniel Diniz; TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Giro egocêntrico: do Direito Ambiental ao Direito Ecológico. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, v. 8, n. 1, p. 138-157, 2018.
- GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Deveres internacionais e obrigações socioambientais para empresas multi e transnacionais. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 3, p. 519-537, 2020.
- GONZÁLEZ, Ricardo. *El sentido y alcance de la susceptibilidad de afectación directa en la implementación de la consulta indígena en Chile. Un análisis crítico*. 2022. Tesis (Facultad de Derecho) - Universidad Autónoma de Chile, Temuco, 2022.
- GUDYNAS, Eduardo. La senda biocêntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica. *Tabula Rasa*, n. 13, p. 45-71, jul./dez. 2010.
- GUERRA, Felipe; SÁNCHEZ, Gonzalo. La función epistémica del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa en Chile. *Ius et Praxis*, v. 27, n. 3, 2021.
- HERVÉ, Dominique; BASCUR, Débora. “La Protección de los Derechos de las Comunidades Indígenas en el SEIA por Parte de los Tribunales Ambientales: ¿Avance y/o Retroceso?” *Justicia Ambiental*, v. 9, n. 11, p. 197-232, 2019.
- MARTÍNEZ, Esperanza.; Acosta, Alberto. La Naturaleza entre la cultura, la biología y el derecho. *Polis, Revista Latinoamericana*, v. 13, n. 38, p. 623-627, 2014.
- MELLO, P. P. C.; FAUNDES, J. J. Constitucionalismo em rede: o direito à identidade cultural dos povos indígenas como filtro hermenêutico para tutela da tradicionalidade da ocupação da terra. In: ROSSITO, F. D. *et al.* (coord.). *Quilombolas e outros povos tradicionais*. Curitiba: Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental (CEPEDIS), 2019.
- MELLO, Patricia Perrone Campos; ACCIOLY, Clara Lacerda. El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil. In: FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL, Universidad Autónoma de Chile, 2020. p. 197-230.
- MELLO, Patricia Perrone Campos; FAUNDES, Juan Jorge; RUDOLF, Renata Helena Souza Batista de Azevedo. “Pueblos Indígenas, Naturaleza y Ecocentrismo: estándares internacionales y una mirada comparada desde Brasil”. *CUHSO*, v. 33, n. 1, 2023.
- MELLO, Patricia Perrone Campos; FAUNDES, Juan Jorge. “Povos Indígenas e proteção da Natureza: a caminho de um “giro hermenêutico ecocêntrico””. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 3, p. 222-251, 2020.
- MELLO, Patricia. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 253-285, 2019.
- MILLAMÁN, Sergio. *Consulta indígena, pueblo mapuche, territorios y evaluación medioambiental*. Documento ICSO Nº 52. [S.l.]: UDP, 2019. Disponível: https://labconstitucional.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/04/ICSO_DT_52_Millaman.pdf
- MORAES, Gabriela Garcia Batista Lima; FERNANDES, Isabella Maria Martins. O Princípio da Precaução como fundamento à vinculação da administração pública à discricionariedade técnica no planejamento de atividades de risco: uma crítica com base no caso do fraturamento hidráulico como técnica de exploração de gás não convencional no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, v. 20, n. 3, p. 108-132, 2023.
- MORAGA, Pilar. Comentario de sentencia. Sentencia de la Corte Suprema, de 30 de enero de 2017. *Actualidad Jurídica Ambiental*, v.18, n.4, 2017.
- MORALES, Mariela. La vulnerabilidad como principio transnacional. Aportes de la CORTE IDH a la luz del IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE democrático. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*. México: Editorial Porrúa, IMDPC, 2016. p. 295-334.
- MORALES, Mariela. O Estado Aberto: Objetivo do Ius Constitutionale Commune em Direitos Humanos. In: BOGDANDY, Armin; MORALES, Mariela; PIOVESAN, Flavia (org.). *Ius Constitutionale Commune na América Latina*. Marco conceptual. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1. p. 53-75.

- NAESS, Arne. The shallow and the deep, long-range ecology movement. A Summary. *An Interdisciplinary Journal of Philosophy*, v. 16, n. 1-4, 1973.
- NUSSBAUM, Martha. Beyond. Compassion and humanity: justice for nonhuman animals. In: NUSSBAUM, C. Martha, *Frontiers of justice: disability, nationality, species membership*. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 324-407.
- PEÑA, Mario. “La revolución de los derechos humanos ambientales y de los derechos de la naturaleza”. *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y recursos naturales*, n. 28, 2018.
- PIZZOLO, Calogero. *Comunidad de intérpretes finales: relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos: el diálogo judicial*. Buenos Aires: ASTREA, 2017.
- PUSCHEL, Gabriela. *El concepto de territorio indígena en la jurisprudencia chilena como criterio de aplicación de la consulta previa en el marco del SELA*. 2021. Tesis (Licenciatura) - Universidad de Chile, Santiago, 2021.
- REIS, Antonio Augusto; LAMARE, Julia A. O princípio da precaução e a intervenção judicial em processos de licenciamento ambiental de empreendimentos de energia. In: STEINDORFER, Fabriccio (coord.). *Direito da energia elétrica*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 191-208.
- SARLET, I.; FENSTERSEIFER, T. *Direito constitucional ecológico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. *Revista Direito e Sociedade*, v. 1, n. 3, p. 69-94, 2014.
- SCHMIDT, Cíntia. Princípios de direito ambiental. *Int. Públ.*, ano 13, n. 69, p. 187-207, 2011.
- SIEMS, Mathias. *Comparative Law (Law in context)*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- SILVA, Carolina; PAROT, Gonzalo. “Desempeño del SEIA para canalizar la consulta indígena del Convenio. *Revista de Derecho Ambiental*, n. 6, 2016.
- SILVA, Carolina; PAROT. Desempeño del SEIA para canalizar la consulta indígena del Convenio. *Revista de Derecho Ambiental*, v. 6, 2016.
- THOMÉ, Romeu; LAGO, Talita Martins Oliveira. Barragens de rejeitos da mineração: o princípio da prevenção e a implementação de novas alternativas. *Revista de Direito Ambiental*, v. 85, p. 17-39, jan./mar. 2017;
- TÓFFOLI, José. Os direitos dos povos indígenas no Brasil e a ADFP N°709. In: OSORIO, Aline; MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luna Van Brussel (coord.). *Direitos e Democracia: 10 anos do Ministro Luis Roberto Barroso no STF*. Belo Horizonte: FORUM, 2024.
- TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose do direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direitos constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- VARELLA, Marcelo; MONEBHUURUN, Nitish; GONTIJO, André Pires. *Proteção internacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019.
- TRINDADE, Antonio Caçado. *Direitos humanos e meio-ambiente: Paralelo Dos Sistemas De Proteção Internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.
- TRINDADE, Antonio Caçado. The parallel evolutions of international human rights protection and of environmental protection and the absence of restrictions upon the exercise of recognizes human rights. In: TRINDADE, Antonio Caçado.; LEAL, C. *Human rights and environment*. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2017. p. 49-92.
- VOLPINI, Carla Ribeiro; WANDERLEY, Silva Bruno. A responsabilidade internacional do Brasil em face do controle de convencionalidade em sede de direitos humanos: conflito de interpretação entre a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal quanto a Lei de anistia. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 611-629. 2015.
- ZANELLA, Tiago Vinicius. A aplicação da precaução no direito internacional do ambiente: uma análise à luz da proteção do meio marinho. *Revista Internacional de Direito Ambiental*, v. 13, n. 5, p. 307-332, jan./abr. 2016.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.