

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

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)

The Inter-American Court of Human Rights. Environmental, cultural identity and consultation law hermeneutics in light of the case "*Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina* (2020)"

Juan Jorge Faundes Peñafiel

Cristobal Carmona Caldera

Pedro Pablo Silva Sánchez

Sumário

EDITORIAL	17
Bruno Amaral Machado, Camilla de Magalhães Gomes e Soraia Mendes	
SEÇÃO I: CONVIDADO ESPECIAL	19
AUTONOMIA PESSOAL, DESTINO, JULGAMENTOS E INSTITUIÇÕES NO BRASIL: NOTAS SOBRE UMA PERGUNTA E ALGUMAS RESPOSTAS	21
Luiz Edson Fachin	
SEÇÃO 2: DOSSIÊ TEMÁTICO	40
PARTE GERAL: ASPECTOS TEÓRICOS	41
RAÇA E ESSENCIALISMO NA TEORIA FEMINISTA DO DIREITO	43
Angela P. Harris, Tradução de Camilla de Magalhães Gomes e Ísis Aparecida Conceição	
POLÍTICAS DA MORTE: COVID-19 E OS LABIRINTOS DA CIDADE NEGRA	75
Ana Flauzina e Thula Pires	
QUEM PARIU AMÉFRICA?: TRABALHO DOMÉSTICO, CONSTITUCIONALISMO E MEMÓRIA EM PRETUGUÊS	94
Juliana Araújo Lopes	
O LIXO VAI FALAR: RACISMO, SEXISMO E INVISIBILIDADES DO SUJEITO NEGRO NAS NARRATIVAS DE DIREITOS HUMANOS	125
Ciani Sueli das Neves	
DIREITOS HUMANOS, DECOLONIALIDADE E FEMINISMO DECOLONIAL: FERRAMENTAS TEÓRICAS PARA A COMPREENSÃO DE RAÇA E GÊNERO NOS LOCAIS DE SUBALTERNIDADE	143
Rute Passos, Letícia Rocha Santos e Fran Espinoza	
DIREITO, RAÇA E GÊNERO: ELEMENTOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA FEMINISTA DO DIREITO ADEQUADA AO FEMINISMO NEGRO	174
Mário Lúcio Garcez Calil e Debora Markman	
“NEGRAS VADIAS”: A CRIMINALIZAÇÃO DO CORPO NEGRO QUE OUSA PROTESTAR	197
Soraia da Rosa Mendes e Bruno Amaral Machado	
A EXPERIÊNCIA DO ABAETÊ CRIOLO COMO AÇÃO DE ENFRENTAMENTO A DESIGUALDADES DE GÊNERO E RAÇA: UMA ANÁLISE DE DISCURSO SOBRE INTERSECCIONALIDADE E FEMINISMO NEGRO	213
David Oliveira e Thalita Tertó Costa	

ENTRE A AUSÊNCIA E O EXCESSO: A ATUAÇÃO DO ESTADO SOBRE CORPOS DISSIDENTES	230
Dayane do Carmo Barretos, Klelia Canabrava Aleixo e Vanessa de Sousa Soares	
SILÊNCIOS E MITOS NUMA PERSPECTIVA INTERSECCIONAL: DO CONTROLE INFORMAL DE CORPOS AO CONTROLE PENAL DE MULHERES NEGRAS	248
Elaine Pimentel e Nathália Wanderley	
MINISTÉRIO PÚBLICO E DOMÍNIO RACIAL: POUCAS ILHAS NEGRAS EM UM ARQUIPÉLAGO NÃO-NEGRO	267
Saulo Murilo de Oliveira Mattos	
POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A ARTICULAÇÃO DE GÊNERO E RAÇA: MEIOS PARA GARANTIR A REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA E JURÍDICA DA MULHER NEGRA NO BRASIL.....	296
Mariana Dionísio de Andrade e Eduardo Régis Girão de Castro Pinto	
PARTE ESPECÍFICA: INCIDÊNCIAS CONCRETAS.....	317
REIMAGING THE POLICING OF GENDER VIOLENCE: LESSONS FROM WOMEN’S POLICE STATIONS IN BRASIL AND ARGENTINA.....	319
Kerry Carrington, Melissa Bull, Gisella Lopes Gomes Pinto Ferreira e María Victoria Puyol	
NECROBIOPOLÍTICA DE GÊNERO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: O FEMINICÍDIO EM TEMPOS DE FASCISMO SOCIAL	340
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Joice Graciele Nielsson	
VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES QUILOMBOLAS: UMA REFLEXÃO SOBRE A APLICAÇÃO DE UMA PERSPECTIVA INTERSECCIONAL À LUZ DA IDEIA DE CONTRAPÚBLICOS SUBALTERNOS DELINEADA POR FRASER.....	360
Maria Eugenia Bunchaft, Leonardo Rabelo de Matos Silva e Gustavo Proença da Silva Mendonça	
POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENÇÃO AO FEMINICÍDIO E INTERSECCIONALIDADES.....	384
Thiago Pierobom de Ávila, Marcela Novais Medeiros, Cátia Betânia Chagas, Elaine Novaes Vieira, Thais Quezado Soares Magalhães e Andrea Simoni de Zappa Passeto	
DIREITO DE VIVER SEM VIOLÊNCIA: PROTEÇÃO E DESAFIOS DOS DIREITOS DAS MULHERES INDÍGENAS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS	417
Julia Natália Araújo Santos e Felipe Rodolfo de Carvalho	
ANÁLISE DE GÊNERO E DE CRUZAMENTOS INTERSECCIONAIS DE UM PROGRAMA PARA AUTORES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA AS MULHERES	441
Mariana Fernandes Távora, Dália Costa, Camilla de Magalhães Gomes e Adriano Beiras	
CONTROLE PENAL DA LOUCURA E DO GÊNERO: REFLEXÕES INTERSECCIONAIS SOBRE MULHERES EGRESSAS DA MEDIDA DE SEGURANÇA NO RIO DE JANEIRO.....	468
Bruna Martins Costa e Luciana Boiteux	

ONDE ESTÃO NOSSOS DIREITOS? O CAMPO FEMINISTA DE GÊNERO BORDADO PELAS MULHERES ATINGIDAS POR BARRAGENS	490
Tchenna Fernandes Maso e Tchella Fernandes Maso	
OS SEGREDOS EPISTÊMICOS DO DIREITO DO TRABALHO	520
Flávia Souza Máximo Pereira e Pedro Augusto Gravatá Nicoli	
REFORMA TRABALHISTA E DESIGUALDADE DE GÊNERO NO BRASIL: UMA PERSPECTIVA JURÍDICA E ECONÔMICA	546
Natalia Branco Lopes Krawczun, Magno Rogério Gomes e Solange de Cassia Inforzato de Souza	
A COLONIALIDADE DO PODER NA PERSPECTIVA DA INTERSECCIONALIDADE DE RAÇA E GÊNERO: ANÁLISE DO CASO DAS EMPREGADAS DOMÉSTICAS NO BRASIL	565
Daphne de Emílio Circunde Vieira Andrade e Maria Cecília Máximo Teodoro	
COMPETIÇÃO POLÍTICA E DESIGUALDADES DE GÊNERO NAS ELEIÇÕES PARA ASSEMBLEIAS ESTADUAIS EM 2018	587
Lígia Fabris Campos, Décio Vieira da Rocha, Leandro Molhano Ribeiro e Vitor Peixoto	
DISCRIT: OS LIMITES DA INTERSECCIONALIDADE PARA PENSAR SOBRE A PESSOA NEGRA COM DEFICIÊNCIA	612
Philippe Oliveira de Almeida e Luana Adriano Araújo	
SEÇÃO III: TEMAS GERAIS	642
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)	644
Juan Jorge Faundes Peñafiel, Cristobal Carmona Caldera e Pedro Pablo Silva Sánchez	
LA RESPUESTA INSTITUCIONAL FRENTE A LA TRATA DE PERSONAS EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA. UN ANÁLISIS DE POLÍTICA PÚBLICA	676
Martha Aurelia Dena Ornelas	
COMUNIDADES QUILOMBOLAS, RACISMO E IDEOLOGIA NO DISCURSO DE JAIR BOLSONARO: ESTUDO CRÍTICO DOS DISCURSOS POLÍTICO E JUDICIAL	700
Ricardo de Macedo Menna Barreto e Helena Mascarenhas Ferraz	
O PRINCÍPIO GERAL DA BOA ADMINISTRAÇÃO NO CÓDIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PORTUGUÊS. PISTAS DE INVESTIGAÇÃO	724
Ana Melro	

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) *

The Inter-American Court of Human Rights. Environmental, cultural identity and consultation law hermeneutics in light of the case “*Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina (2020)*”

Juan Jorge Faundes Peñafiel**

Cristobal Carmona Caldera***

Pedro Pablo Silva Sánchez ****

Resumen

El objetivo principal del presente trabajo es mostrar cómo y con qué alcances la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce, dota de contenido y establece una serie de estándares generales para la protección de los pueblos indígenas. Con ese propósito se efectúa un análisis de su reciente fallo en el caso “*Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*”. El estudio revisa el impacto de la decisión dentro del contexto constitucional argentino, el tratamiento que hace la Corte del derecho de propiedad, del derecho a un medio ambiente sano, del derecho a la identidad cultural y del derecho a la participación y consulta. Asimismo, examina críticamente el marco hermenéutico que utiliza la Corte. Como conclusión, se señala que la Corte avanza en el desarrollo de nuevas categorías para fortalecer la protección de los pueblos indígenas, como el derecho humano a un medio ambiente sano y el derecho humano al agua, en interdependencia con otros derechos en que ya venía sosteniendo en su jurisprudencia, como el derecho a las tierras comunitarias indígenas, a la identidad cultural y la consulta. Con todo, el presente trabajo anota algunas cuestiones que esta sentencia deja abiertas, como las dificultades que podrían derivarse del uso del marco interpretativo extensivo de la Corte.

Palabras clave: Jurisprudencia. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pueblos indígenas. Derecho medio ambiente sano. Derecho identidad cultural. Consulta. Desarrollo progresivo.

Abstract

The main objective of this work is to show how, and with what results, the Inter-American Court of Human Rights recognizes, gives content and esta-

* Recibido em 25/05/2020
Aprovado em 02/08/2020

** Académico investigador, Instituto de Investigación en Derecho, Doctorado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Chile. Doctor en procesos sociales y políticos en América Latina, Universidad Arcis.

*** Investigador Adjunto, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Magíster en Estudios Filosóficos, Universidad Alberto Hurtado, Chile. Magíster en Derechos Humanos y Democratización para América Latina y el Caribe, Universidad Nacional San Martín, Buenos Aires, Argentina.

**** Profesor Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad Alberto Hurtado. Dr. Jur. Universidad de Bremen. Máster en Derecho Internacional Público de las Universidades de Heidelberg y de Chile. Máster en Medioambiente Global y Derecho del Cambio Climático de la Universidad de Edimburgo.

blishes a series of general standards for the protection of indigenous peoples. To achieve this aim, the paper analyses the recent judgement of this Court in the “*Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” case. Thus, it reviews the impact of this ruling within the Argentinean constitutional context and examines the Court’s treatment of the right to property, the right to a healthy environment, the right to cultural identity and the right to participation and consultation. It also critically examines the hermeneutical framework used in this and other cases by the Court. The article concludes that the Court develops new categories of rights with the view to strengthen the protection of indigenous peoples, such as the right to a healthy environment and the human right to water, in interdependence with other rights already recognised in its jurisprudence, such as the right to indigenous communal lands, cultural identity and the duty to consult. Nonetheless, the present work points to some issues left open by this decision, such as the difficulties that could derive from the use of the Court’s extensive interpretative framework.

Key words: Precedents. Inter-American Court of Human Rights. Indigenous peoples. Right to a healthy environment. Right to cultural identity. Consult. Progressive development.

1 Introducción

Las Comunidades de los pueblos indígenas *Wichí* (*Mataco*), *Iyjuvaja* (*Chorote*), *Komlek* (*Toba*), *Niwackle* (*Chulupí*) y *Tapy’y* (*Tapiete*) de la “Asociación *Lhaka Honhat*”, tienen su hábitat histórico en el Chaco semi árido de la Provincia de Salta, Argentina, al sur del río Pilcomayo y se han visto gravemente afectadas por la construcción del Puente Internacional sobre el Río Pilcomayo, más una red de caminos y edificios instalados en su territorio. Al mismo tiempo, a lo largo de los últimos 60 años han sufrido la interferencia en su territorio y forma de vida por dichas obras y, en especial, por las acciones de agricultores “criollos” con quienes disputan los espacios necesarios para su sobrevivencia.

Ya en los años 60 definían sus primeras estrategias de defensa jurídica. En 1984 presentaron su primer reclamo administrativo, en 1995 el primer recurso judicial, en 1998 llegaron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en 2012 a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

En febrero de 2020 obtuvieron una sentencia favorable que condenó al Estado Argentino¹ y le concedió un plazo de 6 años más para el cumplimiento de las reparaciones que otorgó a las víctimas².

Si bien la Corte IDH llevaba 22 años en un proceso continuo de protección de los derechos de los pueblos indígenas, desde el reconocimiento de la propiedad comunitaria y otros derechos conexos a estos pueblos en el caso *Awás Tigni* de 2001 y alcanzó avances relevantes en fallos más recientes con un complejo e interdependiente desarrollo del derecho fundamental a la identidad cultural, el reconocimiento al derecho a un medio ambiente sano era muy reciente, ya que solo se había formulado en abstracto con la OC-23/17³ y quedaban serias dudas sobre la exigibilidad, con independencia al derecho colectivo de propiedad, dado su carácter de “desarrollo progresivo”, conforme el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

En este contexto, el 6 de febrero de 2020 la Corte IDH dictó su sentencia en el “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (fondo, reparaciones y costas), dada a conocer solo los primeros días de abril de 2020. El fallo no solo abordó las cuestiones indicadas, sino que afirma un conjunto de derechos, bajo un criterio de interdependencia, varios por primera vez.

¹ CARRASCO, Morita. *Derecho a la identidad: organización comunitaria y territorio indígena*. Estudio de caso: *Lhaka Honhat* c/ Estado Argentino. Buenos Aires: La Ley, Thomson Reuters, Facultad de Derecho, UBA, 2014. p. XIII, XXI, 9-16.

² Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020).

³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-23/17, “Solicitada por la República de Colombia. Sobre medio ambiente y derechos humanos”, de 15 noviembre 2017.

A groso modo, la sentencia, a lo menos: 1) reafirma sus precedentes sobre la propiedad indígena y especifica cuáles son las obligaciones del Estado necesarias para garantizar el derecho a la propiedad comunitaria; 2) reconoce expresamente que la CADH comprende la protección del derecho al medio ambiente sano; 3) igual reconocimiento hace del “derecho a la alimentación adecuada” y el “derecho humano al agua”; 3) reafirma y desarrolla el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas (como parte del derecho común “a participar en la vida cultural”); 4) desarrolla el derecho de los pueblos indígenas a la participación (consulta) en interrelación con el derecho a la propiedad indígena frente a proyectos; 5) detalla los alcances del derecho a las garantías y protección judicial; y 6) en cuanto al tratamiento de las fuentes por la propia Corte: (i) aborda la obligación de desarrollo progresivo, a la luz del artículo 26 de la CADH, el principio de interdependencia de los derechos, afirma su carácter vinculante y establece diversos estándares; (ii) reafirma su hermenéutica lo que implica fortalezas y riesgos, según veremos.

Ahora bien, dadas las amplias pretensiones que ha tenido la Corte en esta sentencia, nos parecen necesarias algunas explicaciones previas sobre nuestro abordaje. En primer lugar, nos parecía importante presentar un análisis académico que abordaba la mayoría de las materias resueltas y con la mayor profundidad que fuese posible (aunque el número de tópicos del mismo fallo competía con esta última aspiración), todo lo cual motivó, necesariamente, un trabajo colectivo. En segundo lugar, si bien revisamos la sentencia en su mayor parte, han quedado varios aspectos sin un estudio en específico, tales como: el derecho a una alimentación adecuada, el derecho humano al agua y el derecho a las garantías judiciales.

En este contexto, a la luz de la sentencia *Lakha Honhat*, nuestro propósito es mostrar cómo y con qué alcances la Corte IDH ha reconocido un conjunto de derechos para la protección los pueblos indígenas, los ha dotado de contenido y fijado estándares generales de cumplimiento para ellos, tales como: el derecho a un medio ambiente sano, a la identidad cultural, a la participación (consulta) y otros derechos en interdependencia y especial relación.

Con la finalidad enunciada, en este trabajo: i) se reseña el Contexto del caso en Argentina, considerando una mirada crítica constitucional; ii) se expone el derecho a un medio ambiente sano reconocido por esta sentencia; iii) se revisa cómo el fallo consolida el derecho fundamental a la identidad cultural en interdependencia con otros derechos; iv) se estudia el derecho a la participación (consulta) en relación con proyectos u obras sobre la propiedad comunitaria; y v) se reflexiona en torno a la hermenéutica de la Corte IDH.

2 Contexto del caso en Argentina y mirada crítica constitucional⁴

Para Argentina, con una constitución “austera” en relación a la recepción de los derechos indígenas acotada a una disposición constitucional única (art. 75 inc. 17), introducida en 1994, la sentencia de la Corte IDH resulta paradigmática, porque es la primera vez que este tribunal internacional responsabiliza al Estado por violaciones a un conjunto de derechos indígenas. Avanza sobre el contenido del texto constitucional y determina la vulneración del derecho a la propiedad comunitaria indígena en relación al derecho a la consulta y su obligación de garantizar los derechos, a un medio ambiente sano, a una alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural. En definitiva, la sentencia establece de manera clara los alcances de los derechos territoriales indígenas y su interdependencia con otros derechos.⁵

La decisión enfrenta un escenario domestico de escaso desarrollo doctrinario alrededor del artículo 75

⁴ Agradecemos a la Profesora Silvina Ramírez de la UBA -mejor conocedora que nosotros del caso *lite*, de la realidad y marco jurídico de Argentina-, por sus valiosos comentarios y críticas, fruto de un rico un diálogo amical en las etapas preliminares de este trabajo.

⁵ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lbaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párr. 84.

inc. 17 que recepta los derechos indígenas⁶. Por ello, el fallo de la Corte Interamericana aporta elementos imprescindibles a la hora de llevar adelante una correcta interpretación de la propia Constitución y del material normativo existente en Argentina⁷.

Si se focaliza el análisis sobre el derecho a la propiedad comunitaria indígena, la Corte claramente expresa los alcances del derecho y la obligación del Estado con respecto a éste. Cita sus propios precedentes con respecto al contenido de los derechos territoriales y a las acciones que debe llevar adelante el Estado y va señalando cada una de ellas, según destacamos a continuación:

“98... es relevante recordar que el Estado debe asegurar la propiedad efectiva de los pueblos indígenas y, por tanto, debe: a.- deslindar las tierras indígenas de otras y otorgar título colectivo de las tierras a las comunidades; b.- abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de su territorio”, y c.- a su vez, garantizar el derecho de los pueblos indígenas de controlar y usar efectivamente su territorio y recursos naturales, así como de ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa de terceros”.

La Constitución argentina, con una matriz claramente liberal, no incorpora la dimensión colectiva de la propiedad en su articulado⁸. Por el contrario, su impronta individualista se refleja hasta en el inciso mismo del artículo que incorpora los derechos indígenas. Para la mirada de los constituyentes -y para el paradigma constitucional- los derechos individuales siguen siendo el eje de la carta fundamental. De allí que sea tan complejo implementar derechos que carecen del componente colectivo, más allá de la denominación que se le dé (el art. 75 inc. 17 denomina “propiedad comunitaria indígena” a los derechos territoriales). Sobre estos debates, la Corte sienta una posición muy clara, precisamente refiriéndose al derecho a la autodeterminación y enfatizando su actuar colectivo en relación al aprovechamiento de los bienes comunes naturales. Dice la Corte:

“154... es preciso recordar que ‘la normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros [...] los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva’, entre ellos, el derecho de propiedad de la tierra. Al respecto, la Corte ha señalado el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas respecto a la “disposición libre [...] de sus riquezas y recursos naturales”, la que es necesaria para no verse privados de “sus propios medios de subsistencia”. Se ha indicado ya que el derecho de propiedad comunitaria debe ser observado de modo de garantizar el control por parte de los pueblos indígenas de los recursos naturales del territorio, así como su estilo de vida...”.

Así, más allá de todo lo que ya había expresado en otros fallos que anteceden el presente, a partir de aquel inicial “*Awás Tingni vs. Nicaragua*” en 2001⁹, hasta el de “*Xucurú vs. Brasil*” de 2018¹⁰, la Corte exige en este caso específico que se den parámetros de seguridad jurídica para efectivizar el derecho a la propiedad comunitaria. En otras palabras, el estándar definido por la Corte IDH exige contar con una ley especial que contemple los procedimientos a seguir para obtener, finalmente, el título colectivo, único e indiviso, del territorio reclamado. Pero el estado argentino, según la valoración de la Corte, carece del marco normativo

⁶ ZIMERMAN, Silvina. *Estándares internacionales de derechos humanos sobre el derecho indígena a la tierra y al territorio*: un estudio sobre su contenido normativo y sobre el desarrollo de pautas para la creación de garantías de protección. Tesis (Doctorado) Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2014. p. 161.

⁷ Estudios críticos a la hermenéutica constitucional del artículo 75 inc. 17: v. HUALPA, Eduardo. *Derechos Constitucionales de los Pueblos Indígenas*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2014. p. 69-293. RAMÍREZ, Silvina. *Matriz constitucional, Estado intercultural y derechos de los pueblos indígenas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2015. p. 264-272. ZIMERMAN, Silvina. *Estándares internacionales de derechos humanos sobre el derecho indígena a la tierra y al territorio*: un estudio sobre su contenido normativo y sobre el desarrollo de pautas para la creación de garantías de protección. Tesis (Doctorado) Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2014. p. 161-231.

⁸ RAMÍREZ, Silvina. *Matriz constitucional, Estado intercultural y derechos de los pueblos indígenas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2015. p.129-272.

⁹ Corte IDH “Comunidad (Sumo) *Awás Tigni vs. Nicaragua*” (2001).

¹⁰ Corte IDH. “Caso Pueblo Indígena *Xucuru vs. Brasil*” (2018).

adecuado para garantizar el goce del derecho a la propiedad comunitaria. Al respecto dice en su considerando 164:

“... La falta de aptitud del régimen normativo aludido para tratar en forma adecuada y suficiente la cuestión de la propiedad indígena se infiere de la propia normativa nacional posterior a la reforma constitucional de 1994 (supra párr. 54). Aquella normativa, como se explica seguidamente, señala una situación de “emergencia” de la propiedad indígena y la necesidad de adoptar legislación y procedimientos específicos al respecto. En ese sentido, es con base en los propios señalamientos estatales, referidos en las disposiciones que se indican a continuación, que la Corte entiende que el régimen legal existente en el Estado no es apto para observar el derecho de propiedad comunitaria”.

Esta sentencia no sólo es armónica con la línea jurisprudencial que ha desplegado la Corte Interamericana en las últimas dos décadas -sin perjuicio de las debilidades que revisaremos-, sino que avanza en otras consideraciones relevantes. Por ejemplo, sigue robusteciendo el concepto de propiedad comunitaria al vincularlo, necesariamente, con otros derechos vigentes. Asimismo, la sentencia tiene un potencial enorme en el ámbito interno. Entre otras proyecciones de impacto, en un futuro no muy lejano el Estado argentino debería promulgar una ley que regule la propiedad comunitaria indígena. Paralelamente, la sentencia vincula el derecho de propiedad con los derechos de participación y consulta, ordenando al Estado nacional y al provincial de Salta¹¹, a cumplir con su obligación de garantizar derechos constitucionalmente vigentes en el país hace casi tres décadas.

La sentencia, entonces, delinea de manera clara aspectos que hoy son centro de la discusión en el debate alrededor de los derechos indígenas¹². Posiciona de manera ordenada y contundente a la propiedad comunitaria indígena. No solo robustece el amparo de la propiedad indígena relevando su conexión con el derecho a la consulta, sino que va más allá y destaca que el socavamiento de un ambiente sano, la afectación a una alimentación adecuada y o del acceso al agua, deterioran inevitablemente su derecho fundamental a la identidad cultural de las comunidades indígenas afectadas.

Toda la sentencia apunta a señalar los incumplimientos estatales en relación a los derechos mencionados, y ordena las medidas pertinentes de reparación. De este modo, la Corte dispone la creación de un fondo de desarrollo comunitario para la cultura indígena, a fin de reparar el daño a la identidad cultural, entre otras medidas. Vale la pena destacar que tales medidas tienden a remediar de manera general los daños ocasionados en el caso en particular. Pero, asimismo, con estas reparaciones la Corte IDH, a su vez, abre las puertas a un alcance más amplio de su decisión, tanto a la necesidad de subsanar la ausencia de legislación sobre propiedad comunitaria indígena, como a poner de relieve la preeminencia que adquieren para los pueblos indígenas los derechos a la alimentación, a un ambiente sano y del acceso al agua¹³.

En pocas palabras, la sentencia de la Corte Interamericana destaca la afectación al derecho a la propiedad comunitaria y lo hace señalando la falta de seguridad jurídica existente en el país para garantizarla. Su vinculación con otro conjunto de derechos enfatiza la profunda conexión que existe entre todos ellos (el criterio de “interdependencia” aquí robustecido por la Corte). Los derechos a la igualdad y no discriminación y el derecho fundamental a la identidad cultural, generan la necesidad de respetar otros derechos que no habían sido contemplados -hasta este fallo- de manera tan directamente conectados (interconectados) con la propiedad comunitaria y con la forma de vida misma de los pueblos indígenas¹⁴.

¹¹ Dada la organización gobierno federal en Argentina, ambos niveles de gobierno son los obligados por el dictamen interamericano.

¹² RAMÍREZ, Silvina. Lhaka Honhat vs. Argentina - Comentario sobre la primera sentencia de la Corte Interamericana que protege derechos indígenas, 2020. Disponible en: <https://dialogoderechoshumanos.com/blog/634-comentario-sobre-la-primera-sentencia-de-la-corte-interamericana-que-protege-derechos-indigenas> . Acceso en: 01 mayo 2020.

¹³ RAMÍREZ, Silvina. Lhaka Honhat vs. Argentina - Comentario sobre la primera sentencia de la Corte Interamericana que protege derechos indígenas, 2020. Disponible en: <https://dialogoderechoshumanos.com/blog/634-comentario-sobre-la-primera-sentencia-de-la-corte-interamericana-que-protege-derechos-indigenas> . Acceso en: 01 mayo 2020.

¹⁴ RAMÍREZ, Silvina. Lhaka Honhat vs. Argentina - Comentario sobre la primera sentencia de la Corte Interamericana que protege derechos indígenas, 2020. Disponible en: <https://dialogoderechoshumanos.com/blog/634-comentario-sobre-la-primera-sentencia-de-la-corte-interamericana-que-protege-derechos-indigenas>

La propiedad comunitaria sigue siendo uno de los derechos más fuertemente reivindicados en toda la región. Entender que esta no se reduce a obtener un título, sino que debe necesariamente integrarse con otros derechos, que no sólo la complementan, sino que se convierten en condiciones necesarias para su efectivo goce y ejercicio, es uno de los aportes más significativos del fallo¹⁵. El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos (SIDH), a través de esta sentencia, contribuye, a la jurisprudencia ya existente en materia de derechos indígenas, con la enunciación de derechos y estándares adicionales a los ya reconocidos, fortaleciendo su concepción amplia y extensiva de los derechos indígenas, la propiedad comunitaria y ahora de la protección del medio ambiente, según veremos a continuación.

3 Derecho a un medioambiente sano en interdependencia con los derechos

En esta sección buscamos explicar, primero, el alcance y contenido dado por la Corte IDH al derecho a un medioambiente sano como derecho autónomo, reconocido por ella en interdependencia con el derecho a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural. Segundo, revisaremos la estrategia hermenéutica usada por la Corte Interamericana para justificar estos derechos. En particular, en qué medida este pronunciamiento aclara problemáticas aún no estaban resueltas por la Corte, como si, bajo el artículo 26 de la CADH, están o no internacionalmente obligados a respetar el derecho a un medioambiente sano aquellos estados que no han ratificado el Protocolo de San Salvador, visualizando algunas debilidades que surgen del razonamiento de la Corte.

Para lograr estos propósitos, es necesario comprender la naturaleza de las vulneraciones a la CADH que se reclamaron en el caso lo que refiere a las acciones en concreto sufridas por las Comunidades de la Asociación *Lhaka Honhat* del Río Pilcomayo del Chaco argentino. Estas comunidades alegaron ante la Corte IDH violaciones a su ejercicio del derecho a un medioambiente sano como derecho autónomo, a la alimentación adecuada y a la identidad cultural, considerados como derechos autónomos, que se encontrarían contenidos en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Denunciaron que las actividades de agricultores “criollos” degradaba el medioambiente y, como consecuencia de ello, se limitaba su derecho de acceso a sus fuentes de alimento tradicionales, al agua y, en última instancia, se afectaba su identidad cultural. El Estado, agregaron, tenía pleno conocimiento de las circunstancias narradas, no obstante, no adoptó las medidas de protección apropiadas.¹⁶

La Corte dio por establecido que la posesión de las comunidades involucradas sobre sus territorios estaba efectivamente afectada a las interferencias referidas. Estableció así que, al afectarse las prácticas ancestrales que forman parte de la identidad cultural de las comunidades, al mismo tiempo, se vio afectado su derecho a la alimentación¹⁷.

Dijo la Corte que el incremento del ganado y el sobre-pastoreo tiene un impacto en el acceso al agua, la contaminan con heces y además han llevado a la desertificación de los territorios. Los animales consumen lo que las comunidades requieren para su subsistencia, los frutos que recolectan y también el producto de su horticultura, que son parte de su alimentación tradicional y daña las especies utilizadas ancestralmente

sentencia-de-la-corte-interamericana-que-protege-derechos-indigenas . Acceso en: 01 mayo 2020.

¹⁵ RAMÍREZ, Silvina. *Lhaka Honhat vs. Argentina - Comentario sobre la primera sentencia de la Corte Interamericana que protege derechos indígenas*, 2020. Disponible en: <https://dialogoderechoshumanos.com/blog/634-comentario-sobre-la-primera-sentencia-de-la-corte-interamericana-que-protege-derechos-indigenas> . Acceso en: 01 mayo 2020.

¹⁶ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párrs. 186-190.

¹⁷ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párrs. 280-284.

con fines medicinales. También señaló que durante años los pobladores “criollos” han instalado alambrado, impidiendo el tránsito libre a los comuneros para la búsqueda de alimentos y agua en sus territorios. Asimismo, el Tribunal indicó que en el proceso se demostró la existencia de tala ilegal, que ha degradado el medioambiente en los territorios comunales, afectando la biodiversidad que es necesaria para su alimentación y prácticas ancestrales¹⁸.

3.1 El derecho a un medioambiente sano, contenido y alcances

En lo normativo, para fundamentar el derecho a un medioambiente sano, la Corte IDH se remitió a su reciente OC-23/17 “sobre medio ambiente y derechos humanos”. En ella, ya había indicado que el derecho a un medioambiente sano puede desprenderse de otros derechos humanos, como el derecho a la vida o a la integridad personal, pero también es un derecho autónomo, caso en el cual su contenido será distinto del que surge de la protección de otros derechos¹⁹. Como derecho autónomo, en los términos reconocidos en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, “protege los componentes del [...] ambiente, tales como bosques, mares, ríos y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales”²⁰. Señala la Corte que “se trata de proteger la naturaleza”, no solo por su “utilidad” o “efectos” respecto de los seres humanos, “sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta”.²¹ Lo anterior no obsta, desde luego, a que otros derechos humanos puedan ser vulnerados como consecuencia de daños ambientales²². Con esta afirmación avanza hacia la protección de los derechos de la naturaleza en sí.

Con respecto a su contenido, considerado como parte del artículo 26 de la CADH, este derecho impone a los estados el deber genérico de respetar y garantizar, establecido en sus artículos 1.1 y 2. Como regla general, la obligación de garantía implica el deber positivo de adoptar medidas jurídicas, políticas o administrativas para proteger los derechos humanos y de establecer procedimientos judiciales y/o administrativos para investigar y sancionar eventuales violaciones, sea por el Estado o privados. Dichas medidas deben además ser “eficaces”.

En 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 medioambiente. Esta obligación debe cumplirse bajo un estándar de debida diligencia, y debe incluir medidas tales como: (i) regular, supervisar y fiscalizar actividades capaces de producir daño ambiental significativo; (ii) requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; (iii) establecer planes de contingencia, y de mitigación, en casos de ocurrencia de daño ambiental. La adopción de tales medidas debe estar gobernada por el principio precautorio y respetar los denominados derechos de procedimiento, tales como, el acceso a la información, a la participación pública y a la justicia²³.

Finalmente, la Corte enfatizó que ciertos grupos, como las comunidades indígenas, son especialmente

¹⁸ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párrs. 282-284.

¹⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-23/17, “Solicitada por la República de Colombia. Sobre medio ambiente y derechos humanos”, de 15 noviembre 2017, párrs. 62-63.

²⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-23/17, “Solicitada por la República de Colombia. Sobre medio ambiente y derechos humanos”, de 15 noviembre 2017, párr. 62.

²¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-23/17, “Solicitada por la República de Colombia. Sobre medio ambiente y derechos humanos”, de 15 noviembre 2017, párr. 62.

²² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-23/17, “Solicitada por la República de Colombia. Sobre medio ambiente y derechos humanos”, de 15 noviembre 2017, párr. 64.

²³ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párrs. 208, 209. Sobre principios *pro natura* y “precautorio ambiental” v.: OLIVARES, Alberto. Contenido y desarrollo del principio *in dubio pro natura*. Hacia la protección integral del medio ambiente. *Ius et Praxis*, N°24, v. 3, 2018. pp. 619-650; BERMÚDEZ, Jorge. Fundamentos del Derecho Ambiental. Santiago: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2015.

vulnerables al daño ambiental. Por ello, los Estados tienen la obligación internacional de otorgar una protección que esté conforme con el principio de la igualdad y no discriminación²⁴.

Al analizar el contenido de los demás derechos presuntamente vulnerados (acceso a la alimentación, al agua y derecho a la identidad cultural, etc.), la Corte subrayó la interdependencia que existe respecto de ellos, entre sí, y con el derecho a un medio ambiente sano. Así, sostuvo que el derecho a la alimentación comprende el de acceso a alimentos para una nutrición adecuada. Estos alimentos, a su vez, deben estar libres de contaminantes y ser aceptables para una cultura determinada²⁵. Dijo que el derecho al agua, por su parte, no está reconocido expresamente en los principales instrumentos de derechos humanos, pero es generalmente aceptado que emana, *inter alia*, del derecho a la alimentación y al medioambiente. Este derecho comprende el acceso al agua, libre de contaminación, para el consumo, el saneamiento, la colada, la higiene personal y doméstica, la preparación de alimentos y el uso agrícola para la producción de éstos²⁶.

Señaló que el derecho a participar en la vida cultural, a su vez, comprende la disponibilidad de bienes y servicios culturales, incluidos los dones de la naturaleza, tales como ríos, bosques, flora y tradiciones, así como valores, que configuran la identidad cultural, entre otros, de las comunidades indígenas²⁷ (volveremos sobre este derecho en el apartado siguiente).

Finalmente, al ser considerados como elementos del artículo 26 de la CADH, todos estos derechos también imponen a los Estados el referido deber genérico de protección y garantía establecido en los artículos 1.1. y 2 de la CADH, que incluye la obligación que las medidas adoptadas al efecto sean eficaces, según veremos en la última parte de este trabajo.

3.2 El razonamiento hermenéutico de la Corte IDH para fundamentar el derecho a un medio ambiente sano

Si bien el derecho al medio ambiente sano y otros derechos interdependientes reconocidos por la Corte IDH no se encuentran reconocidos textualmente en la CADH, como lo ha venido haciendo desde algún tiempo, la Corte justificó su competencia para conocer la materia en el artículo 26 de la CADH.²⁸ Esta disposición protege, en forma genérica, los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) que se deriven la Carta de la OEA.²⁹

Con respecto al derecho a un medioambiente sano, citando su reciente OC-23/17, la Corte resolvió que éste debe considerarse incluido entre los DESC protegidos por el referido artículo 26. Basó este reconocimiento en que la Carta de la OEA establece, en su Capítulo VII, la obligación de los Estados de alcanzar el “desarrollo integral” de sus pueblos³⁰. Este concepto, que también se encuentra en la Carta Democrática Interamericana de 2001, ha sido definido por la Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral de la OEA (SEDI) como el conjunto de políticas destinadas a fomentar el “desarrollo sostenible”, que a su vez, como

²⁴ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párr. 209.

²⁵ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párr. 218.

²⁶ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párrs. 222, 230.

²⁷ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párr. 241.

²⁸ v. Corte IDH, “Caso Lagos del Campo vs. Perú” (2017), párr. 142; CORTE IDH, “Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile” (2018), párr. 100; y CORTE IDH, “Caso Muelle Flores vs. Perú” (2019), párrs. 170 a 208. Todos citados en CORTE IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párr. 195.

²⁹ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párrs. 195-196.

³⁰ Más específicamente, Carta de la OEA, artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta. v. CORTE IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párr. 202.

dan cuenta una serie de instrumentos internacionales medioambientales, incluidas las declaraciones de Estocolmo de 1972, Río de 1992 y Johannesburgo de 2002, se basa en tres pilares: el “desarrollo económico”, el “desarrollo social” y la “protección del medioambiente”.³¹

La existencia de un derecho a un medioambiente sano de carácter general, bajo el artículo 26 de la CADH, al que todos sus estados parte se encuentren obligados, como el que se desprende de las consideraciones de la Corte, deja abiertas algunas cuestiones que podrán abonar a los debates sobre la extensión de su competencia:

- a) El derecho humano a un medioambiente sano solo cuenta con reconocimiento en instrumentos de algunos sistemas regionales³². En particular, en el ámbito de la OEA, dicho derecho sólo se contempla en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador de 1988, en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015 y en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016. Pero no se encuentra establecido ni el texto de la CADH, ni de la Carta de la OEA, ni en la Declaración Americana. Asimismo, tampoco ha sido expresamente reconocido en los tratados que conforman el sistema de protección universal de los derechos humanos.
- b) Si bien algunos instrumentos internacionales ambientales, como la Declaración de Estocolmo de 1972, reconocen que un medioambiente sano es esencial para el goce de los derechos humanos, ello no significa, necesariamente, que exista un consentimiento general de los estados en la materia, en sentido positivo formal, más allá de que la protección ambiental pueda ser un pilar del desarrollo sostenible³³.
- c) Diversos instrumentos que cita la Corte para reconocer el derecho a un medio ambiente sano no son vinculantes. En este sentido, la Corte realiza un esfuerzo extensivo que va más allá de la afirmación de obligaciones ambientales derivadas de otros derechos humanos contenidos en los instrumentos generales y en la propia CADH, como la vida o la propiedad, cuyo goce se pueda ver limitado por el daño ambiental.

Con todo, en el ámbito de la protección de los derechos indígenas, este derecho se puede inferir con mayor claridad del Convenio 169 de la OIT de 1989 y complementariamente se refuerza con el reconocimiento expreso que del artículo 29 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007. Conforme con lo planteado, nos preguntamos si pudo haber sido más sencillo para la Corte afirmar la existencia de un derecho a un medioambiente sano, como parte del contenido del

³¹ Los instrumentos referidos son: Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972, Doc. ONU A/CONF.48/14/Rev.1); Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992, Doc. ONU NCONP.I51/26/Rev.1 (Vol. 1)); Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible y Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (Cumbre Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, 4 de septiembre de 2002, Doc. ONU A/CONF.199/20); “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” (Resolución 70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 25 de septiembre de 2015, Doc. ONU A/RES/70/1). Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párr. 202, nota 191.

³² Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) de 1981, artículo 24; Declaración sobre los Derechos Humanos de la Asociación de Naciones del Sureste Asiático (ASEAN) de 2012, Artículo 28(f); y la Carta Árabe sobre los Derechos Humanos de 2004, artículo 28.

³³ Incluso, en doctrina se afirma que es difícil que el desarrollo sostenible consista en un principio o noción que pueda generar una obligación internacional para los Estados. Más bien, se trataría de un objetivo, una política, que puede influenciar la resolución de casos, la interpretación de los tratados, la práctica de los Estados y que puede llevar a cambios y desarrollos en la legislación. v. BIRNIE, P., BOYLE, A., REDGWELL, C. *International Law & the Environment*. Third Edition. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 125-127; DUPUY, Pierre-Marie, VIÑUALES, Jorge. *International Environmental Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 81. En este sentido parece entenderlo también la Corte Internacional de Justicia que se refirió al desarrollo sustentable como un mero “concepto” y no como una norma o principio. v. CIJ, “Caso *Gabcikovo Nagymaros*” (1997) párr. 140; CIJ, “Celulosas sobre el Río Uruguay” (2010), párrs.75-7, 177.

artículo 26 de la CADH, en el caso *sub-lite*, basada en las normas convencionales que contemplan el derecho y son aplicables a Argentina. En efecto, Argentina es parte del Protocolo de San Salvador de 1988, del Convenio N°169 de 1969 y reconoce el derecho a un medioambiente sano en su Constitución³⁴. Con tales elementos aseguraba la tutela efectiva en el caso, consolidando un marco normativo tutelar del derecho al medio ambiente sano, si no, general, a lo menos regional, en particular para los estados suscriptores de la CADH, el Pacto de San Salvador y del Convenio N°169 de la OIT. No obstante -críticas más o menos-, la Corte Interamericana “fue por más”, buscó afirmar la existencia del derecho humanos a un medio ambiente sano como un derecho que en la práctica sería exigible a todos los estados miembros de la Organización Regional, incluidos aquellos que no han ratificado. Al efecto, manifestó su mirada amplia -en alguna medida “política”- sobre un sistema internacional de derechos humanos en permanente evolución y afirmación de derechos humanos, necesarios de asegurar de acuerdo a los nuevos contextos. Antes lo hizo con los crímenes de lesa humanidad³⁵, luego asegurando derechos de grupos vulnerables y minorías³⁶, ahora apostó en avanzar por la protección de la naturaleza, como el derecho a un medio ambiente sano, si bien imprescindible para la sobrevivencia de los pueblos indígenas americanos, exigible en el futuro por todos como un derecho humano general asegurado por la CADH aunque no esté en su texto.

4 Derecho fundamental a la identidad cultural

El derecho fundamental a la identidad cultural, ya recogido previamente por la Corte Interamericana en una jurisprudencia sostenida³⁷, se trata de un derecho de naturaleza colectiva y de titularidad de las comunidades, pueblos indígenas, grupos afrodescendientes y sus respectivos miembros³⁸. Este derecho contiene, así, tanto el deber de protección de las manifestaciones identitarias y culturales, como, en especial, la obligación del Estado y sus operadores de comprender los comportamientos de cada pueblo o comunidad a la luz de su visión del mundo, de los significados que ellos dan a sus comportamientos, sin imponer los significados o pre-comprensiones de la cultura hegemónica, a la cual pertenece regularmente el intérprete³⁹.

³⁴ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párrs. 204 y 205. Cabe indicar que la Corte también intentó justificar su afirmación estableciendo una especie de “estándar común interamericano”, herramienta interpretativa que suele ser utilizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Common European Standard). Más específicamente, indica que el derecho al ambiente sano ha sido objeto de reconocimiento por al menos 16 estados en el continente. v. Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párr.206

³⁵ Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile” (2006).

³⁶ Entre otros v. Corte IDH, “Atala Riffo y Niñas vs. Chile” (2012). Corte IDH, “Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica” (2012).

³⁷ Corte IDH. “Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala” (2000). Corte IDH “Comunidad (Sumo) *Anas Tigni* Vs. Nicaragua” (2001). Corte IDH, “Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala” (2004). Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena *Moiwana* vs. Surinam” (2005), Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa* vs. Paraguay (2006). Corte IDH, “Caso de la Comunidad Indígena *Sawboyamaxa* vs. Paraguay (2006). Corte IDH, “Caso del Pueblo *Saramaka* vs. Surinam” (2007). Corte IDH, “Comunidad indígena *Xákmok Kásek* vs. Paraguay” (2010). Corte IDH, “Pueblo Indígena *Sarayaku* vs. Ecuador” (2012). Corte IDH, “Caso *Norín Catrimán* y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena *mapuche*) vs. Chile” (2014). Corte IDH, “Caso *Comunidad Garifuna de Punta Piedra y sus miembros* vs. Honduras” (2015).

Corte IDH, “Caso Pueblo Indígena *Xucuru* y sus miembros vs. Brasil” (2018).

El estudio de estos precedentes en perspectiva del derecho fundamental a la identidad cultural v. 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, 2020a.

³⁸ 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 de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-525. 2019b. 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^a. p. 81-82.

³⁹ 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 de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-525. 2019b. p. 514-516. FAUNDES, Juan Jorge. Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en

La Corte IDH, de forma previa a la sentencia de 2020 que estudiamos, ha afirmado algunas cuestiones centrales sobre el derecho a la identidad cultural que nos parece importante recordar. Primero, que “el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática...”⁴⁰. Segundo, que los Estados “al interpretar y aplicar su normativa interna 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”⁴¹ como forma de dar cumplimiento efectivo a los artículo 2 y 1.1 de la CADH. Tercero, que el derecho a la identidad cultural se conecta con el derecho a la vida y sus derechos territoriales, porque la “conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar... su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión”, conforme el artículo 21 de la CADH⁴². Cuarto, en relación a sus efectos hermenéuticos ha afirmado la Corte que el derecho a la identidad cultural constituye “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”⁴³. **Quinto, que la relación entre el derecho a la identidad cultural y el derecho a la vida generan una obligación recaída en el Estado de cautela efectivas que lo obliga a** adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otro carácter necesarias para garantizar a estos pueblos, sus comunidades e integrantes la protección de sus territorios y recursos, para “que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional, conforme a su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas”⁴⁴.

A partir de estas consideraciones, se ha sostenido que el derecho a la identidad cultural constituye un *derecho matriz*⁴⁵ y *filtro hermenéutico*⁴⁶ de los demás derechos, porque es un derecho sustantivo base de los restantes derechos de los pueblos indígenas, su contenido debe garantizarse por el Estado y, al mismo tiempo, otorga significado modelando el sentido y alcance de los demás derechos de sus titulares en el proceso interpretativo interno. Conforme con esta comprensión del derecho a la identidad cultural: (i) los derechos de los pueblos deben ser comprendidos a la luz de la cosmovisión indígena y de los elementos inmateriales de sus vivencias y culturas -especialmente en su dimensión intangible o inmaterial⁴⁷- (ii) es un derecho de base

la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de Derecho hegemónico. *Revista Izquierdas*, n. 45, feb. p. 51-78, 2019a. p. 56-59.

⁴⁰ Corte IDH. “Caso del Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*” (2012), párr. 213.

⁴¹ Corte IDH. “Caso *Norín Catrimán* y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena *mapuche*) vs. Chile” (2014), párr. 357.

⁴² Corte IDH. “Caso del Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*” (2012), párr. 40.

⁴³ Corte IDH. “Caso del Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*” (2012), párr. 213.

⁴⁴ Corte IDH. “Caso Pueblo Indígena *Xucuru vs. Brasil*” (2018), párrs. 93-194.

⁴⁵ v. 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 de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 517. 2019b. La idea de “derecho matriz” ha sido desarrollada conjuntamente con la profesora Silvina Ramírez. v. FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina. “INTRODUCCIÓN. El derecho a la identidad cultural, horizontes plurales latinoamericanos”. En: FAUNDES Juan Jorge; RAMÍREZ Silvina (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL, Universidad Autónoma de Chile, 2020.

⁴⁶ Sobre la idea de “filtro hermenéutico” v. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

⁴⁷ FAUNDES, Juan Jorge. Consulta indígena y centrales de generación hidroeléctrica de menos de 3MW: desregulación riesgosa, a la luz del derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas. En: BOZZO, Sebastián; REMESEIRO, Rebeca; ESIS, Ivette (ed.). *Memorias III Congreso Internacional de Regulación y Consumo*. Santiago: RIL, Universidad Autónoma de Chile, 2020b. p. 369-373.

Como señalan Cavallazzi y Mello, la gramática de las culturas indígenas envuelve una vivencia de experiencias en planos de significados y creencias que se desplazan entre formas metafísicas, explicaciones, causales, métodos de evaluación y estilos culturales radicalmente diferentes de los accidentales. Todo ello, determina diferencias entre las categorías de reflexión y análisis, entre los sistemas de significantes y las especies de conocimientos que serán producidos. La comprensión de esas diferencias constituye, también, un marco esencial para la comprensión del sentido de las violaciones a los derechos de los pueblos indígenas. CAVALLAZZI, Vanessa Wendhausen, MELLO, Patrícia Perrone Campos, SOARES, Raony. Educação superior intercultural, reconhecimento e redistribuição: o duro caminho dos povos indígenas no Equador. *Brazilian Journal of International Law*, v. 15, n. 1, p.179-198, 2018.

religiosa, cultural, espiritual, inmaterial, ligada esencialmente a las tierras, territorios y recursos naturales en que habitan estos pueblos; (iii) ergo, las tierras y territorios indígenas, así como recursos naturales en ellos existentes, en cuanto *habitat*, son imprescindibles -en sentido material y espiritual- para la preservación de su cultura y su sobrevivencia como pueblo; (iv) en especial, este derecho se expresa de forma inalienable con el derecho a la vida, comprendido ampliamente bajo una la dimensión colectiva, como derecho a la sobrevivencia de los pueblos indígenas, por lo que -sostiene la Corte- al vulnerarse los derechos de comunidades y pueblos indígenas sobre sus tierras comunitarias, territorios y recursos naturales, se afecta el derecho a la vida, la supervivencia misma de estos pueblos, sus comunidades e integrantes. (v) el Estado tiene, entonces, un *deber especial de diligencia* que le impone resguardar dicha supervivencia adoptando *medidas efectivas* en el resguardo del derecho a la identidad cultural, en todos sus alcances⁴⁸.

En síntesis, la sentencia de la Corte IDH en el caso *Lhaka Honhat*, continuando en general con su línea jurisprudencial sobre el derecho a la identidad cultural dijo en este caso que:

- El derecho de las personas a disfrutar de su propia cultura guarda relación con los modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso de los recursos de los miembros de comunidades indígenas;
- Que este derecho se manifiesta como “un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres”;
- Que “el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas está vinculado con la protección y acceso a los recursos naturales que se encuentran en sus territorios”;
- Que “el bienestar físico, espiritual y cultural de las comunidades indígenas está íntimamente ligado con la calidad del medio ambiente en que desarrollan sus vidas”;
- Que “el vínculo de los miembros de una comunidad con sus territorios [resulta] fundamental e inescindible para su supervivencia alimentaria y cultural”.
- Que la cultura es dinámica y evolutiva, que “las pautas culturales propias de los pueblos indígenas pueden ir modificándose a lo largo del tiempo y a partir de su contacto con otros grupos humanos” pero que los cambios que pueda experimentar “no priva a los pueblos respectivos de su carácter indígena”, menos aún cuando las alteraciones son consecuencias de intervenciones “de pobladores no indígenas y actividades ajenas a sus costumbres tradicionales”⁴⁹.

En relación a la “interdependencia” del derecho fundamental a la identidad cultural los derechos de los pueblos indígenas con los derechos a un ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, señaló la Corte:

“243. Los derechos antes referidos presentan una estrecha vinculación, de modo que algunos aspectos que hacen a la observancia de uno de ellos pueden estar imbricados con la satisfacción de los otros”.

“244. Esta Corte... ha destacado la “estrecha” relación o “interdependencia” entre el ambiente y los derechos humanos. Lo dicho, por cuanto éstos pueden ser afectados por la degradación ambiental y, a su vez, dado que la protección eficaz del [...] ambiente depende con frecuencia del ejercicio de derechos humanos”²⁴².

p. 187 (síntesis y traducción libre).

⁴⁸ 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 de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 516-517, ago. 2019b.

⁴⁹ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina”, sentencia de 6 de febrero de 2020 (fondo, reparaciones y costas), párr. 284.

245. En este marco, hay amenazas ambientales que pueden incidir en la alimentación; el derecho respectivo, como también el derecho a participar en la vida cultural y el derecho al agua, resultan ‘particularmente vulnerables’ a ‘afectaciones ambientales’.”

247. Respecto a los pueblos indígenas en particular, debe señalarse que el Convenio 169, en sus artículos 4.1, 7.1, 15.1 y 23, establece, respectivamente, la obligación estatal de ‘adoptar [...] las medidas especiales que se precisen para salvaguardar [...] las culturas y el medio ambiente de los pueblos [indígenas o tribales]’; el derecho de tales pueblos a ‘decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas [...] y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera’; ‘los derechos de los pueblos [referidos] a los recursos naturales existentes en sus tierras, que ‘comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos’...”.

Finalmente, si bien entendemos como una fortaleza en perspectiva democrática que la Corte IDH señalara expresamente que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental de todas las personas y grupos, integrante del derecho a “participar en la vida cultural”⁵⁰, parece relevante una última reflexión en torno a un matiz de diferencia con los precedentes anteriores de la misma Corte en materia de derechos de los pueblos indígenas. Como la Corte Interamericana no había dotado de contenido a las obligaciones de desarrollo progresivo (art. 26 CADH), justificaba el derecho a la identidad cultural directamente en otros derechos asegurados por la CADH. Específicamente, en el derecho de los pueblos indígenas y grupos tribales a sus tierras y territorios (art. 21 CADH), en relación al derecho a la vida -en un sentido amplio o “laxo”- y a la integridad personal (arts. 4 y 5 CADH) como derecho a la sobrevivencia de estos pueblos, todo en el marco del derecho a la igualdad y no discriminación (art.24 CADH), entre otros derechos. Si bien dicha base argumental no parece haber cambiado en su esencia, la Corte agregó a su fundamentación el derecho a “participar en la vida cultural”-de carácter general- enmarcado en el artículo 26 de la CADH. Luego, un derecho cuya justificación y justiciabilidad estaban claras y eran directamente exigibles, pareciera se les ha introducido la *progresión* de cumplimiento propia de los DESC. Si bien la Corte IDH aclara los alcances de la obligación de cumplimiento de los derechos a la luz del artículo 26 de la CADH, en relación al deber general actuación diligente (antes desarrollado) conforme los artículos 1.1. y 2 de la CADH, el cumplimiento bajo *progresión* pareciera generar un margen de flexibilidad en alguna medida mayor que la protección a secas fundamentada en los derechos a la propiedad, la vida, la integridad y la igualdad.

5 Derecho a la participación en relación con proyectos u obras sobre la propiedad comunitaria

Según se ha visto en el caso *de las comunidades indígenas de la asociación Lhaka Honhat*, entre los derechos que la Corte Interamericana determinó que habían sido violados por Argentina, se encuentra el derecho a la propiedad de las comunidades indígenas habitantes de los lotes 14 y 55. Esta vulneración, estima la Corte, se deriva de las acciones y omisiones del Estado respecto a dos dimensiones del derecho de propiedad. La primera se refiere a la ausencia de actos y procedimientos que permitieran dotar de seguridad jurídica al reconocimiento de propiedad efectuado por el Estado⁵¹. La segunda, dice relación con la “participación efectiva” de las comunidades en los proyectos u obras a realizarse sobre su propiedad comunitaria. Es esta última dimensión la que se analizará en el presente apartado.⁵²

⁵⁰ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina”, sentencia de 6 de febrero de 2020 (fondo, reparaciones y costas), pp. 85-86, infra. 238.

⁵¹ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párr. 167 y 168.

⁵² Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párr. 169 - 185.

Sobre consulta y participación en América Latina, entre otros, v. CARMONA, Cristóbal. Consentimiento Libre Previo e Informado

En la jurisprudencia interamericana, la necesidad de participación de los pueblos indígenas y tribales de manera previa a la realización de este tipo proyectos, deriva fundamentalmente del derecho de propiedad que estos pueblos tienen sobre las tierras y recursos naturales que tradicionalmente ocupan⁵³. En términos estrictos, sería una forma de “garantía” frente a una eventual restricción de su derecho. En efecto, como fuera explicado por la Corte IDH en “*Saramaka v. Surinam*” (“*Saramaka*”), el derecho de propiedad, incluido el de los pueblos indígenas, no es absoluto y puede estar sujeto a restricciones legítimas. Empero, cuando se trata de limitar la propiedad indígena, el Estado no solo debe cumplir con las condiciones que comúnmente se exigen para ello en el derecho internacional de los derechos humanos⁵⁴, sino que tiene que garantizar que dicha restricción “no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal”⁵⁵. Para asegurar dicho objetivo, el Estado debe, asimismo, cumplir con tres “garantías” o “salvaguardas”. En primer lugar, asegurar la participación efectiva de los miembros de los pueblos indígenas en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo en su territorio. Por regla general, este deber se concretará a través de un proceso de consulta con los pueblos interesados. No obstante, vale agregar que en “*Saramaka*” la Corte IDH agregó que en los proyectos “que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales”, el Estado debía “obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas”⁵⁶. La segunda de las salvaguardas es garantizar que los miembros del pueblo interesado se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo en su territorio. Finalmente, la tercera salvaguarda es asegurar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio indígena sin un estudio previo de impacto social y ambiental⁵⁷. En esta línea, la “participación efectiva” de las comunidades indígenas se concibe básicamente como una de las tres medidas de protección que estas tendrían frente a una limitación de su derecho de propiedad.

Junto a ello, debe acotarse que en “*Kaliña y Lokono vs. Surinam*” la Corte agregó un fundamento adicional al derecho de participación. En esta sentencia, se señaló que dicho derecho ‘forma parte del ejercicio de su derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afectan sus intereses, de conformidad con sus propios procedimientos e instituciones, en relación con el artículo 23 de la Convención Americana’⁵⁸. Así, a la línea argumentativa derivada del derecho de propiedad, la Corte adiciona como justificación del derecho a la “participación efectiva” de las comunidades indígenas en la jurisprudencia interamericana, bajo el art. 23 de la CADH, obligación que, asimismo, en otras sentencias ha considerado un principio de derecho internacional⁵⁹.

En “*Lhaka Honhat*” la Corte reitera ambos razonamientos. Así, si bien parte de la base que el deber de participación efectiva se relaciona principalmente con el derecho de propiedad, la Corte IDH también lo relaciona con el art. 23 de la CADH:

“A fin de garantizar el uso y goce de la propiedad colectiva, el Estado debe cumplir ciertas salvaguardas, que se enuncian en el párrafo siguiente. Las mismas son debidas a fin de resguardar la propiedad y

en el contexto de proyectos extractivos en territorio indígena ¿Regla general y Derecho Consuetudinario Internacional?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 3, p. 372-399, 2019. CARMONA, Cristóbal. Tomando los derechos colectivos en serio: El derecho a consulta previa del convenio 169 de la OIT y las instituciones representativas de los Pueblos indígenas. *Ius et Praxis*, Año 19, n. 2, p. 301-334, 2013a.

⁵³ Corte IDH, “Caso del Pueblo *Saramaka* vs. Surinam” (2007), párrs. 121 y 122. Se debe hacer la prevención que en el caso de los recursos naturales, además del uso tradicional, la Corte exige que estos sean necesarios para su supervivencia como pueblos tribales.

⁵⁴ Estas son: que las medidas estuviesen previamente establecidas por ley; que fuesen necesarias, proporcionales y que tuviesen el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. v. Corte IDH “Caso del Pueblo *Saramaka* vs. Surinam” (2007), párr. 127.

⁵⁵ Corte IDH, “Caso del Pueblo *Saramaka* vs. Surinam” (2007), párrs. 128.

⁵⁶ Corte IDH, “Caso del Pueblo *Saramaka* vs. Surinam” (2007), párrs. 136.

⁵⁷ Corte IDH, “Caso del Pueblo *Saramaka* vs. Surinam” (2007), párrs. 129. En el mismo sentido, v.: Corte IDH. “Caso del Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku* vs. Ecuador” (2012), párr. 176; CORTE IDH, “Caso Comunidad *Garífuna de Punta Piedra* y sus miembros vs. Honduras” (2015), párrs. 215 y ss.; CORTE IDH. “Comunidad *Garífuna Triunfo de la Cruz* y sus miembros vs. Honduras”, párrs. 154 y ss.

⁵⁸ Corte IDH. “Pueblos de *Kaliña y Lokono* vs. Surinam” (2015), párr. 203.

⁵⁹ v.: Corte IDH, “Caso del Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku* vs. Ecuador” (2012), párr. 164.

también en función del derecho de los pueblos indígenas a participar en decisiones que afecten sus derechos”⁶⁰.

Dentro de este marco, la Corte IDH comienza su análisis reiterando el concepto desarrollado en “*Saramaká*”, relativo a las tres garantías que el Estado debía cumplir al momento de restringir el derecho propiedad indígena (participación efectiva, estudios de impacto ambiental y reparto de beneficios de la actividad), para “preservar, proteger y garantizar la relación especial que los pueblos indígenas tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia”⁶¹. En este orden de ideas, repite también el criterio fundamental que rige la materia y que, al fin, justifica el deber de asegurar la participación efectiva de las comunidades:

“[s]i bien la Convención no puede interpretarse de modo que impida al Estado realizar, por sí o a través de terceros, proyectos y obras sobre el territorio, el impacto de los mismos no puede en ningún caso negar la capacidad de los miembros de los pueblos indígenas y tribales a su propia supervivencia”⁶².

Una vez asentados los marcos jurídicos de la “participación efectiva”, la Corte comienza su análisis del caso concreto. En este ámbito, en “*Lhaka Honhat*” la falta de participación se vincula con las acciones que limitan la propiedad comunitaria, específicamente, con el mejoramiento de un camino y de la construcción de un puente internacional y una serie de obras conexas.

La primera obra trata, entonces, de un mejoramiento de un camino existente, la “Ruta provincial 54”. Sin embargo, la Corte no se pronuncia respecto a la procedencia de la consulta en este caso. Ello, no porque el “mejoramiento” de un camino ya existente no pudiese generar una afectación que requiriese la participación de las comunidades, sino porque estas no habían presentado información suficiente respecto de la magnitud del impacto. Así, estima “que no tiene suficientes elementos para determinar una lesión al derecho de participación y consulta en perjuicio de comunidades indígenas”⁶³.

La situación es distinta en lo que dice relación a la segunda obra, el puente internacional y sus construcciones conexas. Al respecto, la Corte señala que, no obstante la importancia e implicancias que una obra de este tipo tiene, ello “no autoriza al Estado a inobservar el derecho de las comunidades a ser consultadas”⁶⁴. En su análisis, la Corte tiene especialmente en cuenta que el propio Instituto Nacional de Asuntos Indígenas había indicado que estas obras modifican sensiblemente la vida de las comunidades indígenas, y que habría sido oportuno la realización de un proceso de consulta, así como de un estudio de impacto ambiental⁶⁵. Por estas razones, en relación con la construcción del puente internacional la Corte:

“... concluye que el Estado incumplió su obligación de procurar mecanismos adecuados de consulta libre, previa e informada a las comunidades indígenas afectadas. Por ende, vulneró en su perjuicio el derecho de propiedad y a la participación, en relación con las obligaciones estatales de respetar y garantizar los derechos. Por ese motivo, incumplió los artículos 21 y 23.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del tratado”⁶⁶.

En razón a lo anterior, la Corte ordena dos tipos de reparaciones específicas relativas a la consulta. Como medida de restitución, el Estado debe abstenerse de realizar, autorizar o tolerar actos, obras o emprendi-

⁶⁰ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párr. 173.

⁶¹ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párr. 175.

⁶² Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párr. 175.

⁶³ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párr. 179.

⁶⁴ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párr. 182.

⁶⁵ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párr. 182.

⁶⁶ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párr. 184.

mientos sobre el territorio indígena que puedan afectar a las comunidades víctimas, sin la realización de consultas previas adecuadas⁶⁷. Como medida de no repetición, el Estado, de forma previa a la adopción de las medidas legislativas y/o de otro carácter ordenadas, deberá arbitrar “acciones que permitan la participación de pueblos y/o comunidades indígenas del país (no sólo las víctimas de este caso) en procesos de consulta respecto de tales medidas”⁶⁸.

Al fin, aunque quizás de manera más breve que otras sentencias, en “*Lhaka Honhat*” la Corte reitera los conceptos básicos de su jurisprudencia sobre participación y consulta, la que ha tenido una recepción e influencia importante en la configuración del estándar internacional de derechos humanos de los pueblos indígenas, al funcionar como un medio fundamental para la protección de la identidad cultural de estos pueblos⁶⁹.

Con todo, esta sentencia deja abierta al menos una interrogante importante en relación al desarrollo de su jurisprudencia anterior, relativa a la necesidad de regular el derecho a consulta. En casos anteriores, en donde o no existía regulación, o esta no era adecuada, la Corte IDH no solo había entendido que la falta de consulta vulneraba el art. 21 en relación con el art. 1.1 de la Convención (obligación de respetar y garantizar derechos), sino también con respecto al art. 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) del mismo tratado⁷⁰. Por consiguiente, también ordenaba como garantía de no repetición la regulación en el derecho interno de la consulta previa bajo los estándares establecidos por la propia Corte⁷¹.

En “*Lhaka Honhat*”, en cambio, la Corte no llega tan lejos. En efecto, a pesar que la Comisión hizo notar que en Argentina no existía una ley sobre consulta previa⁷² y que las comunidades solicitaron como medida de no repetición que se “ordenara al Estado sancionar normativa nacional y provincial sobre consulta libre, previa e informada a comunidades indígenas por proyectos a ejecutarse en sus territorios”⁷³, la Corte no llegó a requerir al Estado que regulara este derecho. Al respecto, se debe notar primero cómo Corte IDH determinó que la vulneración de los artículos 21 y 23.1 de la Convención se dio solamente en relación con el art. 1.1 (obligación de respetar y garantizar derechos) y no con el art. 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno)⁷⁴. Luego, al momento de plantear las medidas de no repetición, mientras que por una parte la Corte ordena la adopción de las medidas legislativas y/o de otro carácter para dotar de seguridad jurídica a la propiedad comunitaria indígena, por otra, indicó que en la adopción de estas medidas, “arbitre acciones que permitan la participación de pueblos y/o comunidades indígenas del país (no sólo las víctimas de este caso) en procesos de consulta respecto de tales medidas”⁷⁵. Con esto, la Corte pareciera simplemente extender la orden de realizar consultas a las medidas que se tomen para efectos de titular la propiedad indígena conforme los estándares ya bien establecidos y, esta vez, no aborda la cuestión de la regulación de la consulta propiamente tal, como procedimiento general y autónomo.

⁶⁷ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párr. 328.

⁶⁸ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párr. 355.

⁶⁹ v. Corte IDH. “Caso del Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku* vs. Ecuador” (2012), párr. 176.

Para un análisis reciente de la vinculación entre consulta y el derecho fundamental a la identidad cultural, v. FAUNDES, Juan Jorge. Consulta indígena y centrales de generación hidroeléctrica de menos de 3MW: desregulación riesgosa, a la luz del derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas. En: BOZZO, Sebastián; REMESEIRO, Rebeca; ESIS, Ivette (ed.). *Memorias III Congreso Internacional de Regulación y Consumo*. Santiago: RIL, Universidad Autónoma de Chile, 2020b. p. 259-398.

⁷⁰ Por ejemplo, Corte IDH. “Caso del Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku* vs. Ecuador” (2012), párr. 227.

⁷¹ “[...] el Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales y modificar aquellas que impidan su pleno y libre ejercicio, para lo cual debe asegurar la participación de las propias comunidades”. Corte IDH. “Caso del Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku* vs. Ecuador” (2012), párr. 301.

⁷² Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párr. 170.

⁷³ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párr. 351.

⁷⁴ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párr. 184.

⁷⁵ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párr. 355.

6 La hermenéutica de La Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del caso *Lhaka Honhat*

Sabemos que el tratamiento de las fuentes por la Corte IDH, en sí mismo, es tema de estudio y esta sentencia aporta con diversos tópicos a las discusiones. En este aspecto del presente trabajo, destacamos dos cuestiones de la decisión que nos parecen relevantes: (i) los aportes que hace la Corte sobre la obligación de desarrollo progresivo de los derechos humanos, a la luz del artículo 26 de la CADH en relación a los DESC; (ii) cómo la Corte IDH, en su conocido propósito garantista, avanza en su doctrina hermenéutica evolutiva y “flexible” del tratamiento de las fuentes de Derecho Internacional, bajo la comprensión de un *corpus iuris* internacional⁷⁶.

6.1 La obligación de desarrollo progresivo y los DESC a la luz del artículo 26 de la CADH

La Corte interpretó los derechos reconocidos conforme el artículo 26 de la CADH, utilizando un enfoque evolutivo o dinámico, basado en la teoría de los “instrumentos vivos”, aplicando el principio *pro persona*⁷⁷, que se desprende del artículo 29 de la CADH, y el criterio de la interpretación sistemática contenido del artículo 31.3.c de la Convención de Viena de Derechos de los Tratados 1969. Así, la Corte interpretó el contenido de los derechos que revisamos en los apartados precedentes a la luz de todos los instrumentos relevantes que se encuentran en el del derecho internacional General, en particular, como lo ha denominado la Corte, el *corpus iuris* de derecho internacional, con un desarrollo en especial sobre derechos de los pueblos indígenas⁷⁸.

Esta sentencia de la Corte IDH reafirma en concreto que los Derechos económicos sociales y culturales (DESC), son plenamente justiciables ante los órganos regionales de control (CIDH y Corte IDH). En este contexto, -como hemos dicho- si bien la Corte se refirió, en abstracto, al derecho a un medioambiente sano en su OC-23/17, esta es la primera oportunidad que tiene para pronunciarse sobre éste en el ejercicio de su competencia contenciosa.

Con la finalidad indicada, la Corte desarrolla los alcances del artículo 26 de la CADH sobre la obligación de desarrollo progresivo de los derechos, afirmando su carácter vinculante, para lo cual define diversos estándares que aclaran su forma de cumplimiento. Al respecto, algunos de los derechos fundamentales reconocidos expresamente por la sentencia (“derecho al medio ambiente sano”, “derecho a la alimentación” y el “derecho humano al agua”) son derechos afirmados como derechos “interconectados” que se enmarcan en

⁷⁶ v. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-23/17, “Solicitada por la República de Colombia. Sobre medio ambiente y derechos humanos”, de 15 noviembre 2017, párr.55. Sobre esta concepción de *corpus iuris* v. BURGORGUE-LARSEN, Laurence. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal constitucional. En: MAUÉS, Antonio Moreira, MAGALHÃES, Breno Baía (org.). *O controle de convencionalidade na América Latina: experiências comparadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 27-31. Cambridge University Press, 2015. FAUNDES, Juan Jorge. «Corpus iuris» internacional de derechos humanos. En: ÁLVAREZ, Mario Ledesma; CIPPITANI, Roberto (coord.). *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*. Roma-Perugia-México: ISEG (Istituto per gli Studi Economici e Giuridici), 2013a. p. 93-95.

⁷⁷ AGUILAR, Gonzalo, NOGUEIRA, Humberto. El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. *Revista de Derecho Público*, v. 84, 1° Sem. p. 13-43, 2016.

⁷⁸ Sobre la conformación de un *corpus iuris* de derechos de los pueblos indígenas: v. AYLWIN, José, MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, YÁNEZ, Nancy. Los pueblos indígenas y el derecho. Santiago: LOM, Observatorio Ciudadano, 2013. AGUILAR, Gonzalo. Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas. En: VON BOGDANDY, Armin; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MORALES-ANZIONATTI, Mariela (ed.). *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*. México: UNAM, MPI, IIADC, 2010. p. 3-84. Tomo II. BOGDANDY, Armin von, MORALES ANTONIAZZI, Mariela, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos Básicos para su Comprensión*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. 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, 2020a.

las obligaciones de desarrollo progresivo del Estado. En particular, como explicamos en el primer apartado, la Corte Interamericana condenó de forma directa al Estado de Argentina por vulnerar la obligación de desarrollo progresivo contemplada en el artículo 26 de la CADH. Esto es, fundó la vulneración de la CADH en **no haber adoptado las medidas requeridas para el aseguramiento de estos derechos**.

En el sentido indicado, la Corte explica los alcances del imperativo de adoptar las medidas necesarias para garantizar esos los derechos (al medio ambiente, a la alimentación, al agua) conforme el artículo 26 de la CADH. Así, destaca que más allá del acto formal de afirmar estos derechos, que hace buen tiempo vienen siendo reconocidos en múltiples instrumentos internacionales (muchos de *soft law*) y de los que respectivamente se hace lato desarrollo en la sentencia (según se revisó), la novedad principal radica en dictaminar que el “desarrollo progresivo” es un imperativo plenamente exigible a los estados. Esto es, una obligación de desarrollo progresivo contenida en un tratado internacional (como fuente principal del DIP) debe cumplirse y mandar a hacer todo aquello a lo que se obligó el Estado con dicho compromiso internacional. Si bien esta debiera ser una afirmación jurídica elemental, hasta la fecha, a lo menos a la luz de la CADH aún era una cuestión difusa y por ello la relevancia de esta sentencia que vino a delimitar esta área normativa.

En el sentido referido, el problema que la Corte vino a resolver fue el que se suele confundir la *progresividad* del cumplimiento y el tenor de la norma de tratado en cada caso, con la obligación de cumplimiento en sí. En este sentido, en armonía con la decisión de la Corte, estas obligaciones, suponen dos principios hermenéuticos especialmente interdependientes aplicables, en particular, en materia de cumplimiento y desarrollo progresivo de los derechos de los pueblos indígenas: *flexibilidad* y *cumplimiento efectivo*. Esto es, a partir de los artículos 34 y 35 del Convenio N°169 de la OIT se han formulado los principios de *cumplimiento efectivo* (“aplicación integral”) y de *flexibilidad* que se articulan sistemáticamente. Conforme el principio de *flexibilidad*, los derechos en favor de los pueblos indígenas deben adecuarse en la forma de cumplimiento, modalidades de ejecución, implementación, conforme la diversidad de contextos que ofrecen los distintos estados y respectivos pueblos indígenas titulares de derechos protegidos, pero, siempre, sin dejar de constituir imperativos jurídicos para el Estado. Así, por una parte, el cumplimiento de las obligaciones en resguardo de los derechos de los pueblos indígenas debiera ocurrir de forma heterogénea, distinta y adecuada a las condiciones de cada país y respectivos pueblos y o comunidades. Pero, al mismo tiempo, la flexibilidad no significa incumplimiento, porque estos dos principios exigen un proceso normativo, racional y proporcional, conforme el cual, dado el carácter vinculante de las obligaciones, se determine el sentido, alcance de las mismas⁷⁹ y respectiva aplicación en el caso en concreto. Y, cuando fuere procedente, esta comprensión del deber de cumplimiento exige que se revisen los mecanismos y procedimientos legales domésticos en relación a su adecuación a las obligaciones internacionales respectivas y se resguarden los derechos reconocidos de forma vinculante, respecto de aquellas cuestiones en que el derecho nacional no cumpla con el estándar exigido en el/los tratado/s internacional/es de derechos humanos que fundamente el derecho. Este proceso, por cierto, considera la aprobación de normas adecuatorias en el derecho interno, a fin de establecer reglas y procedimientos que faciliten la aplicación de las obligaciones en protección de los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, ello (la progresión de la adecuación interna y o la inexistencia de tales reglas al momento de asumir el compromiso internacional) en caso alguno será excusa para dejar de cumplir con las disposiciones del tratado internacional por falta de normas internas o porque ellas requieran desarrollarse solo progresivamente⁸⁰. Asimismo, conforme estos principios, desde la perspectiva del Derecho Internacio-

⁷⁹ FAUNDES, Juan Jorge. Pueblos indígenas como titulares de derechos humanos. En: ÁLVAREZ, Mario Ledesma; CIPPITANI, Roberto (coord.). *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*. Roma-Perugia-México: ISEG (Istituto per gli Studi Economici e Giuridici), 2013b. p. 571-57.

⁸⁰ Esta materia también se vincula con los debates en torno al “*self executing*” y el “*non self executing*”. No tenemos espacio en este trabajo para explorar mayormente los alcances comunes y diferencias respecto de esta doctrina y la cuestión del desarrollo progresivo que venimos planteando. Solo señalar que esta conocida clasificación viene de la jurisprudencia de Estados Unidos y para revisarla v. VAZQUEZ, Carlos. The four doctrines of self-executing treaties. *The American Journal of International Law*, v. 89, n. 4, p. 695-723, 1995. VAZQUEZ, Carlos. Treaties as Law of the Land: The Supremacy Clause and the Judicial Enforcement of Treaties. *Harvard Law Review*, v. 122, p. 599-694, 2008. En el derecho constitucional latinoamericano comparado, críticamente y en relación

nal, el derecho doméstico no puede aplicarse por sobre éste para restringir el alcance de los instrumentos vinculantes de derechos humanos. Además, tampoco la aplicación formal de dichos instrumentos puede menoscabar la mejor protección eventualmente avanzada en el derecho nacional (art. 29 b. CADH). El eje de articulación y delimitación de ambos principios será el principio *pro persona*⁸¹.

De este modo, una obligación de una fuente principal del DIP, como un tratado internacional ratificado y en vigor para las partes, es siempre un imperativo. Otra cosa es “qué” mandata, “a qué” obliga la norma, cuál es el contenido del compromiso. Por ejemplo, puede prohibir “ya” (“ahora”, imperativamente) un hecho que identifica como ilícito; puede mandar “ya” (de inmediato) a liberar ciertos tributos internacionales; o a constituir “ya” (a partir del mismo acuerdo “constitutivo”) cierto órgano político o jurisdiccional internacional. Pero también, como muchas veces ocurre, puede mandar a “adoptar las medidas necesarias” para proteger cierto grupo cuya vulnerabilidad reconoce. Donde radica el error normativo conceptual que este fallo acertadamente supera, es que una obligación de desarrollo progresivo es un mandato actual y plenamente exigible al Estado (en la gradualidad que la disposición indica), pero la disposición no es una afirmación meramente programática, no es solo semántica jurídica, ni requiere que -previamente- se dicten reglamentaciones para que -después de ello-, en un día incierto, recién, la garantía del derecho pueda ser exigible. Porque, con toda claridad, tal argumentación diluye la efectividad del derecho reconocido (como suele empero afirmarse), lo cual, a su vez, vulnera el deber de garantía efectiva bien reconocido por la Corte IDH a la luz de los artículos 1 y 2 de la CADH y cuyo alcance explicamos en relación al derecho a la identidad cultural.

Pues bien, en la perspectiva explicada, la sentencia del Caso *Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina* (2020), a nuestro entender, aclara las cuestiones básicas sobre el cumplimiento de las obligaciones de desarrollo progresivo en el Derecho Internacional, a lo menos, respecto de la obligación de protección efectiva de los derechos humanos por parte del Estado.

La Corte, al examinar si el Estado podía ser declarado responsable por incumplimiento de sus obligaciones de desarrollo progresivo conforme el artículo 26 de la CADH⁸², indicó que si bien los DESC -como los aquí estudiados- constituyen obligaciones de carácter progresivo, para lograr la “plena efectividad” a la que hace referencia el artículo 26 de la CADH, también contienen una obligación de garantía cuya exigencia es inmediata. Sobre el particular, la Corte indicó que ella impone a los Estados un deber de adoptar medidas a fin de garantizar a las personas el acceso a dichos derechos sin discriminación y lograr su plena realización. Dichas medidas, que incluyen las que derivan del deber genérico y de garantía establecido en los artículos 1.1 y 2, deben ser “eficaces”, de lo contrario, se entenderá que el Estado a incumplido con su obligación convencional⁸³. En este sentido, dijo la Corte Interamericana que:

“272. A fin de examinar la responsabilidad estatal, es preciso dejar establecido que, como surge de lo ya expuesto, sin perjuicio de la obligación de adoptar providencias para, “progresivamente”, lograr la “plena efectividad” de los derechos incluidos en el artículo 26 de la Convención, el contenido de tales derechos incluye aspectos que son de inmediata exigibilidad. Se ha indicado que rigen al respecto las obligaciones prescritas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención”.

a los pueblos indígenas, entre otros v.: En Chile, Sentencia del Tribunal Constitucional TC 309-2000; en Colombia, sentencia de la Corte Constitucional C-169/01. Y en doctrina v.: CARMONA, Cristóbal. 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. En: MIRANDA, Ricardo; CARMONA, Cristóbal. *Tesis (maestría) sobre Pueblos Indígenas*. Buenos Aires: U. Nacional de San Martín, CIEP, 2013b. p. 15-139. v. 3. Colección Tesis de Maestría U. Nacional San Martín de Buenos Aires. ANAYA, James. *Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile*. Relator Especial de N.U. para los Derechos Humanos de los Indígenas, párr. 2009. párr. 16.

⁸¹ AGUILAR, Gonzalo, NOGUEIRA, Humberto. El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. *Revista de Derecho Público*, v. 84, 1° Sem. p. 13-43, 2016.

⁸² Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párr. 286

⁸³ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párr. 272

La noción de “eficacia”, que ya había sido indicada en 2019 en la sentencia *Muelle Flores v. Perú*,⁸⁴ viene a complementar un aspecto que no quedó bien definido en la OC-23/17, esto es, cuál debe ser el estándar aplicable a estas obligaciones de “exigibilidad inmediata” porque estamos hablando de DESC que tienen un alcance de desarrollo progresivo. De esta sentencia se desprende que dicho estándar es más bien subjetivo, y equivaldrá a las medidas que progresivamente haya adoptado el Estado. Sin embargo, sea cual sea el nivel de exigencia, esta sentencia aclara que, bajo el artículo 26 de la Convención Americana, lo más relevante es que las medidas de protección que se adopten sean eficaces, lo que guarda plena concordancia con la obligación positiva o de garantía de los derechos del artículo 1.1 y 2 de la CADH y determina el marco de responsabilidad internacional del Estado.

En el caso en estudio, se logró establecer que, a lo largo de los años, el Estado Argentino adoptó distintas acciones, incluyendo medidas legislativas y de otra índole en relación a las interferencias a los derechos de las comunidades indígenas⁸⁵. No obstante, luego de más de 28 años, las mismas no habían logrado detener las actividades lesivas.⁸⁶ Atendido a esta falta de efectividad, la Corte finalmente resolvió que Argentina violó el artículo 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH.⁸⁷

6.2 La “hermenéutica abierta” y la visión amplia de un *corpus iuris* de derechos humanos en la Corte IDH

En segundo lugar, en un campo mucho más debatido⁸⁸, en este caso la Corte IDH reforzó su argumentación bajo lo que podríamos llamar una *hermenéutica abierta*⁸⁹. Su conocida “interpretación evolutiva”⁹⁰ y la visión amplia de un *corpus iuris* de derechos humanos (y específicamente focalizado en los pueblos indígenas)⁹¹, es ampliada con múltiples referencias, indistintamente a todo tipo de instrumentos internacionales (vinculantes y no vinculantes), tales como: otros tratados internacionales, jurisprudencia propia, decisiones de la CIDH, declaraciones en el plano universal y regional, recomendaciones, observaciones y declaraciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, de la Asamblea General de la OEA, informes y recomendaciones de diversos organismos especializados. Incluso, genéricamente, hace referencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al Sistema Africano de derechos Humanos⁹², otros instrumentos y cita diversas constitu-

⁸⁴ Corte IDH, “Caso Muelle Flores vs. Perú” (2019), párr. 190.

⁸⁵ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párrs. 269-271

⁸⁶ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párrs. 267-268, 287

⁸⁷ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párrs. 289-289.

⁸⁸ DULITZKY, Ariel. An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, v. 50, Issue 1, p. 46-93, 2015. CONTESSÉ, Jorge. The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. *The International Journal of Human Rights*, v. 22, n. 9, 2018. CONTESSÉ, Jorge. Resisting the Inter-American Human Rights System. *The Yale Journal of International Law*, v. 44, n. 2, p. 179-237, 2019. LIXINSKI, Lucas. The Consensus Method of Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights. *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, v. 3, n. 1, 2017. NEUMAN, Gerald. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 1, 2008. PAUL, Álvaro. Los Enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. *Revista de Derecho*, v. 87, n. 246, 2019.

⁸⁹ v. BURGORGUE-LARSEN, Laurence. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal constitucional. En: MAUÉS, Antonio Moreira, MAGALHÃES, Breno Baía (org.). *O controle de convencionalidade na América Latina: experiências comparadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 27-31.

⁹⁰ FAUNDES, Juan Jorge. Interpretación evolutiva de los derechos humanos. En: ÁLVAREZ, Mario Ledesma; CIPPITANI, Roberto (coord.). *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*. Roma-Perugia-México: ISEG (Istituto per gli Studi Economici e Giuridici), 2013c. p. 325-332.

⁹¹ v.: Corte IDH, “Caso *Aloeboetoe* y otros vs. Surinam” (reparaciones y costas), 10 septiembre de 1993; CORTE IDH, “Caso de la Comunidad *Moinana* vs. Suriname” (2005); CORTE IDH, “Caso del Pueblo *Saramaka* vs. Surinam” (2007); CORTE IDH, “Caso Comunidad *Garífuna de Punta Piedra* y sus miembros vs. Honduras” (2015).

⁹² v. Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020),

ciones latinoamericanas⁹³. La Corte, va y viene desde las fuentes principales del DIP, invoca convenciones y derecho internacional consuetudinario, pasa por las complementarias, incorpora *soft law*, para de esta forma, finalmente, delimitar el contenido de las obligaciones contenidas en la CADH, he ir estableciendo las obligaciones infringidas por el Estado, condenar y especificar con detalle las acciones de reparación pertinentes⁹⁴.

De esta forma, en este fallo la Corte refuerza su perspectiva garantista de una hermenéutica abierta a la interrelación de las fuentes internacionales, usando a veces las vinculantes y otras el *soft law*, junto a las constitucionales comparadas, centrada, no en la cuestión formal de la articulación de dichas fuentes, sino en el propósito de la protección más favorable a la persona⁹⁵. Esta comprensión del derecho interamericano de los derechos humanos ha tenido diversos desarrollos, particularmente bajo la doctrina del “control de convencionalidad” impulsada por la propia Corte⁹⁶.

Más allá del propósito cautelar que persigue la Corte, el mismo fallo permite mostrar algunos aspectos de su hermenéutica que han sido objeto de críticas. Es sabido que el enfoque interpretativo de la Corte ha recibido reparos que van desde acusaciones de “*cherry picking*” en el uso de fuentes⁹⁷, hasta que en la práctica actuaría como una corte de carácter “constitucional”⁹⁸. De estas, quizás una que trasciende lo jurídico y que

párr. 244 (nota 241).

⁹³ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párr. 206 (nota 195).

⁹⁴ Por ejemplo, en su esfuerzo de justificar la existencia de un derecho humano a un medioambiente sano de carácter autónomo, la Corte cita la Carta Democrática de la OEA, más la Declaración de Río de 1992 (no vinculantes) y la de Estocolmo de 1972 (instrumentos de derecho ambiental) e invoca consuetudinariamente principios como el de la “prevención de daños ambientales. v. CORTE IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párrs.202 (nota 191), 208.

⁹⁵ En el mismo sentido Burgorgue-Larsen refiere al “recurso a la «interpretación abierta»”. BURGORGUE-LARSEN, Laurence. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal constitucional. En: MAUÉS, Antonio Moreira, MAGALHÃES, Breno Baía (org.). *O controle de convencionalidade na América Latina: experiências comparadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 22-31.

⁹⁶ Entre otros, sobre Control de convencionalidad v.: ALBANESE, Susana (coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediciones Ediar, 2008. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano. En: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Derechos Humanos: Un nuevo modelo constitucional*. México: UNAM-IIJ, 2011. p. 339-429. 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. En: UGARTE-MENDIA, Juan Ignacio; SAIZ, Alejandro; MORALES-ANTONIAZZI, Mariela. *La jurisdicción constitucional en la tutela de los Derechos Fundamentales de la UE*. Oñati: IVAP, MPI. 2017. p. 155-174. HENRÍQUEZ, Miriam; MORALES, Mariela. El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 Años de Almonacid Arellano vs. Chile. Santiago: DER Ediciones. 2017. ALBANESE, Susana (coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediciones Ediar, 2008. MARINONI, Luiz; MAZZUOLI, Valerio. *Control de Convencionalidade*. Un panorama Latino-americano Brasil / Argentina / Chile / México / Perú / Uruguay. Brasília: Gazeta Jurídica, ABDPC, 2013. VARELLA, Marcelo; MONEBHUURRUN, Nitish; GONTIJO, André Pires. *Proteção internacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019. p. 47-209.

Siguiendo este impulso de la Corte Interamericana, también, ha tenido influencia la idea de un “*Ius Constitutionale Commune* Americano”. BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Textos Básicos para su Comprensión. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. También se ha afirmado la existencia de una “comunidad de intérpretes finales”. PIZZOLO, Calogero. *Comunidad de intérpretes finales*. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El diálogo judicial. Buenos Aires: ASTREA, 2017. Y la idea de una “estatalidad abierta” en América Latina. MORALES ANTONIAZZI, Mariela. O Estado Aberto: Objetivo do *Ius Constitutionale Commune*. En: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Ius Constitutionale Commune* na América Latina: Marco conceptual. Curitiba: Juruá, 2016. p. 53-74. v. 1. Y también, como método argumentativo hermenéutico se propone un *Constitucionalismo en red*. MELLO, Patrícia Perrone Campos; FAUNDES, Juan Jorge. *Constitucionalismo en red*: el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas como filtro hermenéutico para la tutela de la ocupación tradicional de la tierra. En: ROSSITO, Flávia Donini; SILVA, Liana Amin Lima da; TÁRREGA, M.C.B.; BOTELHO, Tiago Resende. *Quilombolas e outros povos tradicionais*. Curitiba: CEPEDIS (Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental), 2020. p. 317-339.

⁹⁷ v. DE PAUW, Marijke. The Inter-American Court of Human Rights and the Interpretive Method of External Referencing: Regional Consensus v. Universality. En: HAECK, Yves; RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo; BURBANO HERRERA, Clara (ed). *The Inter-American Court of Human Rights: theory and practice, present and future*. Cambridge: Intersentia, 2015. p. 3-24.

⁹⁸ DULITZKY, Ariel. An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, v. 50, Issue 1, p. 46-93, 2015.

se ha relevado en el último tiempo es la que tiene que ver con cómo los métodos de interpretación que utiliza la Corte podrían terminar causando problemas de legitimidad y eficacia respecto a sus decisiones. En este sentido, se ha planteado que no basta con las obligaciones formales de cumplimiento que arroja la jurisdicción obligatoria de la Corte IDH, sino que sus decisiones deben ser vistas, asimismo, como legítimas. Esto es, como pronunciamientos que ejercen un poder político justificado y, por ende, pueden generar cumplimiento⁹⁹. No obstante, el actuar de la Corte ha sido percibido en ciertas áreas como “ilegítimo” por ciertos gobiernos -el caso de *Belo Monte* parece ser paradigmático en este sentido-, generando ciertas “instancias de resistencia” o “backlash” de los Estados Partes de la Convención¹⁰⁰. En términos generales, la noción de “backlash” frente a los tribunales internacionales se refiere precisamente a la situación en que la resistencia de una audiencia determinada refleja una falta de reconocimiento de estos tribunales y una falta de voluntad para relacionarse con el tribunal o implementar sus decisiones¹⁰¹.

Como se ha observado, a través de la noción de “*corpus iuris* del derecho internacional” la Corte asume su misión de avanzar y ampliar lo más posible el catálogo de derechos disponibles mediante la utilización argumental de diversos instrumentos internacionales, con independencia del carácter vinculante de dichos instrumentos o de la conexión directa formal de ellos con los tratados de base de la Corte como la CADH y la Carta de la OEA. Por ejemplo, el fallo emplea esta estrategia interpretativa “flexible”, con relativa claridad, en la construcción hermenéutica que se hace del “derecho al agua”. La Corte dijo que el derecho humano al agua estaría protegido por el art. 26 de la CADH porque:

“... se desprende de las normas de la Carta de la OEA, en tanto las mismas permiten derivar derechos de los que, a su vez, se desprende el derecho al agua”¹⁰².

Así, primero, no se trata de un derecho contemplado textualmente en la CADH (aunque sabemos que a la luz del art. 29. b) de la CADH, para la misma Corte, ese no es un impedimento). Segundo, tampoco figura expresamente en la Carta de la OEA (que integra el marco de instrumentos vinculantes conforme los cuales puede resolver la Corte IDH). Tercero, corresponde a un derecho que se deduce de otros derechos que, a su vez, se desprenden de esa Carta. En esta línea, expresó la Corte que dentro de las “disposiciones normativas que dan sustento al derecho” juegan un papel preponderante -no exclusivo, claro está- las interpretaciones del Comité DESC y resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas y de la OEA¹⁰³. De esta forma, la vulneración del art. 26 se relaciona con un derecho humano que no se deriva directamente de la Carta de la OEA, sino de otros derechos -como a la alimentación y a la salud- que se desprenden de dicha Carta¹⁰⁴.

La crítica que se puede formular a una argumentación como la descrita no tiene que ver, primero, con la concepción ético moral de la existencia del derecho al agua, ni tampoco con la existencia normativa del de-

⁹⁹ CONTESSÉ, Jorge. The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventional control doctrine. *The International Journal of Human Rights*, v. 22, n. 9, p. 1168-1191, 2018.

¹⁰⁰ v. CONTESSÉ, Jorge. Resisting the Inter-American Human Rights System. *The Yale Journal of International Law*, v. 44, n. 2, p. 179-237, 2019. SOLEY, Ximena, STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, Backlash and the Inter-American court of Human Rights. *International Journal of Law in Context*, n. 14, p. 237-257, 2018.

¹⁰¹ RASK MADSEN, Mikael; CEBULAK, Pola; WIEBUSCH, Micha. Backlash against international courts: explaining the forms and patterns of resistance to international courts. *International Journal of Law in Context*, n. 14, p. 204, 2018. Sobre factores decisivos de los jueces frente a la potencial resistencia al cumplimiento v. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Entre o Congresso e a Opinião Pública: a missão do Supremo Tribunal Federal revisitada. En: NOVELINO, Marcelo; LEITE, George Salomão; ROCHA, Lilian Rose Lemos (org.). *Liberdade e fraternidade: a contribuição de Ayres Britto para o Direito*. 2017. p. 249-276. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 293-369.

¹⁰² Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párr. 222.

¹⁰³ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párrs. 223-225.

¹⁰⁴ Con todo, argumentalmente, la Corte IDH hace mención a la Constitución Argentina y a la de Salta y la vincula con el art. 26, de la CADH, pero solo señala respecto de la primera que esta reconoce y da rango constitucional a derechos que “están vinculados estrechamente con el derecho al agua”. Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párr. 225.

recho humano al agua como un derecho humano de carácter general reconocido en otros instrumentos, sino solo hasta dónde, bajo la técnica hermenéutica argumental empleada, la Corte puede alejarse de sus propios instrumentos de base, en su idea de ampliar lo más posible la protección dada por la Convención Americana.

Ahora bien, la cuestión descrita es la paradoja que envuelve a la interpretación evolutiva de la Corte. Ya que, por una parte, el Tribunal interamericano, al interpretar o “dar vida” a la CADH, para armonizarla al contexto actual de su aplicación -justificada no solo en las reglas de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, sino también en el *principio pro persona*- logra enfrentar los nuevos procesos y problemas sobre derechos humanos que le son sometidos en búsqueda de amparo, regularmente por parte de grupos vulnerables frente a sus estados, a grupos o intereses hegemónicos. Pero por otra, se le critica por “alejarse” de los que habría sido el espíritu “original” de la CADH o, derechamente, de lo consentido por los estados y, con ello, de arriesgar la pérdida de legitimidad, con que, de paso, afectaría su propia habilidad para promover los cambios que busca lograr¹⁰⁵. Con toda claridad, para la Corte tal dilema no existe -o no le es relevante- y su hermenéutica la justifica en la búsqueda de la mejor protección de los derechos humanos de quienes reclaman su protección.

Se ha sostenido también que una clave importante parece radicar en la importancia de dotar de contenido positivo el derecho de una manera tal que facilite su implementación en un determinado momento histórico dentro de una región particular. En algunas ocasiones esto puede sugerir la necesidad de una interpretación más amplia o categórica, mientras que en otras por una interpretación más a medida¹⁰⁶. De nuevo, no se trata de negar la importancia de la hermenéutica desplegada por la Corte en este y otros casos, sino solo de resaltar que, desde cierta perspectiva más crítica, se ha subrayado que podría ser útil para los propios objetivos de la Corte el poner atención a cómo construye su proceso hermenéutico argumental.

Ahora bien, la justificación más o menos universal de los derechos humanos contemplados en la CADH, versus las limitaciones positivas dadas por la extensión interpretativa “posible” a la luz del Derecho Internacional de los tratados¹⁰⁷, que está detrás de la doctrina hermenéutica de la Corte, está lejos de ser un tema resuelto¹⁰⁸. Sin embargo, sí es posible identificar los extremos de estos debates: por una parte, la necesidad de un resguardo amplio y robusto de los derechos humanos universalmente concebidos, avanzando en aquellas categorías emergentes y necesarias conforme los nuevos tiempos y contextos¹⁰⁹. Por otra, las críticas a la Corte IDH si se aparta en exceso del texto de la CADH, arriesgando derechamente la resistencia al cumplimiento de sus decisiones, hasta el potencial retiro de los estados parte del Sistema.

En el sentido anterior, se puede concluir que, por una parte, la hermenéutica “abierta” de la Corte ha posibilitado avanzar hacia nuevas categorías de derechos humanos, particularmente en el caso de grupos

¹⁰⁵ LIXINSKI, Lucas. The Consensus Method of Interpretation by the Inter- American Court of Human Rights. *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, v. 3, n. 1, p. 65-95, 2017.

¹⁰⁶ NEUMAN, Gerald. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 1, p. 115, 2008.

¹⁰⁷ Art. 31 y 32 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 1969 y el propio marco jurídico del SIDH (CADH, Carta de la OE, Protocolo de San Salvador, entre otros).

¹⁰⁸ Solo ejemplarmente, dos miradas muy recientes y opuestas v.: BURGORGUE-LARSEN, Laurence. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal constitucional. En: MAUÉS, Antonio Moreira, MAGALHÃES, Breno Baía (org.). *O controle de convencionalidade na América Latina: experiências comparadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 1-35. VIO GROSSI, Eduardo. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: del control de convencionalidad a la supranacionalidad. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, n. 21, p. 93-112. 2015. Este último autor, Juez de la Corte IDH, con voto disidente en el caso *Lhaka Honhat*.

Sobre control de convencionalidad e interpretación constitucional en Brasil v. FERREIRA, Rafael Fonseca; ANADON, Celine Barreto. O diálogo hermenéutico e a pergunta adequada à aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil: caminhos para o processo de internacionalização da constituição. *Brazilian Journal of International Law*, v. 12, n. 2, p. 175-192, 2015. VOLPINI, Carla Ribeiro; WANDERLEY JUNIOR, 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.

¹⁰⁹ Corte IDH. “Caso de la Comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*” (2001), parr. 146.

vulnerables, como pueblos indígenas y afrodescendientes, niñas y niños¹¹⁰, mujeres e identidades de género¹¹¹, entre otros, generando con ello un amplio y robusto marco de protección para estos grupos. Pero, paradójicamente, al mismo tiempo, la metodología argumental seguida en ese camino puede constituir un riesgo para la misma Corte, haciendo que esa protección pueda no lograr toda la injerencia práctica deseada. Con todo, sin duda los avances evolutivos y las críticas que arrastran, también dan cuenta de la gran carga política asociada a la promoción y protección de los derechos humanos en las Américas.

7 Conclusiones

La Corte con el impulso garantista que la viene caracterizando respecto de la protección de pueblos indígenas y tribales, avanza en el desarrollo de nuevas categorías, como el derecho a un medio ambiente sano y el derecho humano al agua, en interdependencia con otros derechos en que ya venía sostenido una robusta jurisprudencia, como el derecho a las tierras comunitarias indígenas, a la identidad cultural y la consulta. En este sentido, los derechos a la igualdad y no discriminación y el derecho fundamental a la identidad cultural, generan la necesidad de respetar otros derechos que no habían sido contemplados -hasta este fallo- de manera tan directamente conectados (“interconectados”) con la propiedad comunitaria y con la forma de vida misma de los pueblos indígenas.

En una mirada regional, la propiedad comunitaria sigue siendo uno de los derechos más fuertemente reivindicados. Entender que esta no se reduce a obtener un título, sino que debe necesariamente integrarse con otros derechos, que no sólo la complementan, sino que se convierten en condiciones necesarias para su efectivo goce y ejercicio, es uno de los aportes más significativos del fallo. En definitiva, la sentencia establece de manera contundente los alcances de los derechos territoriales indígenas y su interdependencia con otros derechos.

El SIDH, a través de esta sentencia, suma, a la sólida jurisprudencia ya existente en materia de derechos indígenas, con la clara enunciación de nuevos derechos y estándares para los ya reconocidos, fortaleciendo su concepción amplia y extensiva de los derechos indígenas, la propiedad comunitaria y ahora de la protección del medio ambiente,

Para Argentina se trata de una decisión paradigmática, porque es la primera vez que la Corte Interamericana responsabiliza al Estado por violaciones a un conjunto de derechos indígenas y porque establece parámetros importantes para la propia hermenéutica constitucional en relación a la protección de los derechos de los pueblos indígenas de ese país. En particular destaca la afectación al derecho a la propiedad comunitaria y lo hace señalando la falta de garantías judiciales.

Respecto de las medidas de cumplimiento del fallo que Argentina debe adoptar, deja, a lo menos, dos caminos paralelos abiertos. Uno, respecto de los rostros de las comunidades *Lhaka Honhat*, que tras 60 años de resistencia, deberán continuar abogando durante los próximos seis años por el cumplimiento de las reparaciones ordenadas en su favor. Desde esa perspectiva -en una materia no explorada en este trabajo- las cuestiones del seguimiento al cumplimiento de las decisiones, cobran relevancia central, constituyen un proceso

¹¹⁰ En el desarrollo evolutivo sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, en general y entre muchos otros v: Corte IDH, “Caso de los *Niños de la Calle* (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala” (1999), pp. 146, 191, 196; Corte IDH, “Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México” (2009), p. 408; Corte IDH, “Atala Riffo y Niñas vs. Chile” (2012), pp. 68, 197, 199; OC-17/02, pp. 54, 60. Sobre niños, niñas y adolescentes miembros de comunidades indígenas, entre varios otros, v: Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa* vs. Paraguay” (2005) p. 172. Corte IDH, “Caso *Chitay Nech* y otros vs. Guatemala” (2010), p. 167. Corte IDH. Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°5: Niños, niñas y adolescentes. Cooperación Alemana, GIZ. 2018

¹¹¹ Corte IDH. “Caso de la Comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tingni* vs. Nicaragua” (2001); Corte IDH, “Atala Riffo y Niñas vs. Chile” (2012); Corte IDH. “Caso *Artavia Murillo* y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica” (2012).

aún por desarrollar por los defensores y un desafío por emprender en el acompañamiento académico de la sistematización del caso. La segunda ruta que impulsa el fallo en Argentina, dice relación con el cumplimiento en sí de la obligación de desarrollo progresivo (en especial frente al fortalecido marco normativo a la luz del art. 26 de la CADH), en particular de la adecuación normativa en materia legislativa, para la protección de las tierras indígenas comunitarias, sus territorios y los recursos naturales que en ellos existentes, así como respecto de los procedimientos de consulta y participación fundamentales en el aseguramiento de los derechos antes indicados.

En cuanto a las categorías de derechos reconocidas o desarrolladas en el fallo, primero, esta es la primera vez que la Corte tienen la oportunidad de pronunciarse, en un asunto contencioso, sobre el contenido del derecho a un medioambiente sano. La contribución al desarrollo jurisprudencial sobre la materia es indudable, por ejemplo, en lo que respecta a la exigibilidad de los DESC bajo el artículo 26 de la CADH.

No obstante lo anterior, hay otros aspectos que aún requieren mayor claridad, uno de ellos es la base argumental de justificación normativa del referido derecho a un medioambiente sano. Parece bastante cuestionable que dicho derecho se haga exigible -como al parecer pretende la Corte-, respecto de aquellos estados que no han ratificado el Protocolo de San Salvador o no son parte del Convenio N°169, cuando la disputa involucra comunidades indígenas.

Por otra parte, a la par de la interconexión de los derechos, la sentencia tampoco es rigurosa y clara a la hora de justificar el derecho a un medioambiente sano, al optar por reforzar la idea de un derecho autónomo, no de un derecho sustentado en la propiedad indígena, cambiando la estrategia argumental respecto de la su OC-23/17. En esa oportunidad, había declarado con claridad que el derecho autónomo al medioambiente sano tiene por objeto proteger la naturaleza *per se*¹¹², pero en el caso de las comunidades *Lhaka Honhat*, apegados a su jurisprudencia previa, su finalidad ha sido proteger el goce de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y derechos conexos.

En relación con el derecho a la identidad cunotltural, la decisión de la Corte IDH en el caso *Lhaka Honhat*: (i) reafirma el derecho a la identidad cultural como derecho fundamental individual y colectivo; (ii) desarrolla el contenido del derecho como interconectado con el derecho a un medio ambiente sano, al agua y a la alimentación adecuada, entre otros; (iv) establece mecanismos específicos de reparación ante la vulneración del derecho en el caso en concreto; (iv) señala expresamente que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental de todas las personas y grupos, integrante del derecho a “participar en la vida cultural”¹¹³ y no solo se trata de un derecho de pueblos indígenas y tribales. Con todo, aquí también dejó abiertas algunas cuestiones sobre la relación interconexión con otros derechos de la CADH, como el derecho a la vida, lo que en su comprensión general, a lo menos, no refuerza la justificación del derecho.

En relación con el derecho a la participación y la consulta, la Corte reafirmó su jurisprudencia en orden a que el Estado: (i) debe abstenerse de realizar, autorizar o tolerar actos, obras o emprendimientos sobre un territorio indígena que puedan afectar a las comunidades, sin la realización de consultas previas adecuadas; (ii) que el Estado, de forma previa a la adopción de las medidas legislativas y/o de otro carácter ordenadas, debe realizar las acciones necesarias que permitan la participación de pueblos y/o comunidades indígenas del país en procesos de consulta respecto de dichas medidas.

Asimismo, en “*Lhaka Honhat con Argentina*” la Corte reitera los conceptos básicos de su jurisprudencia sobre participación y consulta, la que ha tenido una recepción e influencia importante en la configuración del estándar internacional de derechos humanos de los pueblos indígenas en la materia, al funcionar como

¹¹² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-23/17, “Solicitada por la República de Colombia. Sobre medio ambiente y derechos humanos”, de 15 noviembre 2017, párrs. 56 a 68, ambos citados en Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párr. 203.

¹¹³ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), párrs. 231, 236, 240 (pp. 82-87; B1.1.4; B.1.2, notas 233, 238).

un medio fundamental para la protección de la identidad cultural de estos pueblos. Pero, en relación al desarrollo de su jurisprudencia anterior en materia de consulta, esta decisión deja abierta la cuestión de la regulación interna de la consulta.

Finalmente, respecto de la hermenéutica general de la Corte, también presente en esta sentencia, quizás, las dudas no provienen de su voluntad garantista que busca consolidar un *corpus iuris* de derechos humanos robusto en el SIDH e impulsar un constitucionalismo comparado en la región armónico con esta comprensión avanzada de la protección de los grupos vulnerables, sino, en cuál será su capacidad de incidencia real de estos cambios en los ordenamientos nacionales. La gran pregunta que quedará por responderse es si Argentina, en lo particular y los demás estados de la región, en general, legitimarán y acompañarán a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en este camino hermenéutico. Hasta dónde se logrará el cumplimiento efectivo de esta sentencia y de los fallos precedentes en la línea jurisprudencial que esta decisión *corona*; si podrá sortear las diversas “puertas abiertas” en lo formal que parece haber dejado en sus afanes de necesaria justicia material.

Referencias

AGUILAR, Gonzalo, NOGUEIRA, Humberto. El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. *Revista de Derecho Público*, v. 84, 1° Sem. p. 13-43, 2016.

AGUILAR, Gonzalo. Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas. En: VON BOGDANDY, Armin; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MORALES-ANZIONATTI, Mariela (ed.). *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*. México: UNAM, MPI, IIADC, 2010. p. 3-84. Tomo II.

ALBANESE, Susana (coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediciones Ediar, 2008.

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

AYLWIN, José, MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, YAÑEZ, Nancy. *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: LOM, Observatorio Ciudadano, 2013.

BERMÚDEZ, Jorge. *Fundamentos del Derecho Ambiental*. Santiago: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2015.

BIRNIE, P., BOYLE, A., REDGWELL, C. *International Law & the Environment*. Third Edition. Oxford: Oxford University Press, 2009.

BOGDANDY, Armin von, MORALES ANTONIAZZI, Mariela, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos Básicos para su Comprensión*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal constitucional. En: MAUÉS, Antonio Moreira, MAGALHÃES, Breno Baía (org.). *O controle de convencionalidade na América Latina: experiências comparadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 1-35.

CARMONA, Cristobal. Consentimiento Libre Previo e Informado en el contexto de proyectos extractivos en territorio indígena ¿Regla general y Derecho Consuetudinario Internacional?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 3, p. 372-399, 2019.

CARMONA, Cristóbal. 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. En: MIRANDA, Ricardo; CARMONA, Cristóbal. *Tesis (maestría) sobre Pueblos Indígenas*. Buenos Aires: U. Nacional de San Martín, CIEP, 2013b. p. 15-139. v. 3. Colección Tesis de Maestría U. Nacional San Martín de Buenos Aires.

CARMONA, Cristóbal. Tomando los derechos colectivos en serio: El derecho a consulta previa del convenio 169 de la OIT y las instituciones representativas de los Pueblos indígenas. *Ius et Praxis*, Año 19, n. 2, p. 301 – 334, 2013a.

CARRASCO, Morita. *Derecho a la identidad: organización comunitaria y territorio indígena*. Estudio de caso: *Lbaka Honhat c/Estado Argentino*. Buenos Aires: La Ley, Thomson Reuters, Facultad de Derecho, UBA, 2014.

CAVALLAZZI, Vanessa Wendhausen; MELLO, Patrícia Perrone Campos; SOARES, Raony. Educação superior intercultural, reconhecimento e redistribuição: o duro caminho dos povos indígenas no Equador. *Brazilian Journal of International Law*, v. 15, n. 1, p. 179-198, 2018.

CONTESE, Jorge. Resisting the Inter-American Human Rights System. *The Yale Journal of International Law*, v. 44, n. 2, p. 179-237, 2019.

CONTESE, Jorge. The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. *The International Journal of Human Rights*, v. 22, n. 9, 2018.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, C-169/01.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS “Caso de los *Niños de la Calle* (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala” (fondo), sentencia 19 de noviembre de 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lbaka Honhat (nuestra tierra)* vs. Argentina” (fondo, reparaciones y costas), sentencia 6 de febrero de 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS¹¹⁴. “Atala Riffo y Niñas vs. Chile” (reparaciones y costas), sentencia 24 febrero 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile” (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia 26 de septiembre de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso *Aloeboetoe* y otros vs. Surinam” (reparaciones y costas), 10 septiembre de 1993.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica” (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia 28 noviembre de 2012 -Serie C No. 257-.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*” (Fondo) Sentencia 25 de noviembre de 2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso *Chitay Nech* y otros vs. Guatemala” (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”, sentencia 25 de mayo de 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Comunidad *Garífuna de Punta Piedra* y sus miembros vs. Honduras” (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) -serie 304-, sentencia 8 de octubre de 2015

¹¹⁴ En las referencias a pie de página de decisiones de la “CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS” se usará la abreviación “Corte IDH” que corresponde a la abreviación oficial usada por la propia Corte.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa* vs. Paraguay” (fondo, reparaciones y costas), sentencia 17 de junio de 2005

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa* vs. Paraguay” (Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia 6 de febrero de 2006;

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso de la Comunidad Indígena *Sanhoyamaxa* vs. Paraguay”, sentencia 29 marzo 2006;

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso de la Comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tingni* vs. Nicaragua” (fondo, reparaciones y costas), sentencia 31 agosto 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso de la Comunidad *Moiwana* vs. Surinam” (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 15 de junio de 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso del Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku* vs. Ecuador”, 27 junio 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso del Pueblo *Saramaka* vs. Surinam”, sentencia 28 noviembre 2007;

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México” (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), sentencia 16 de noviembre de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Lagos del Campo vs. Perú” (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia 31 de agosto de 2017 -Serie C No. 340-

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala” (Reparaciones), sentencia 19 noviembre de 2004.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Muelle Flores vs. Perú” (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia 6 de marzo de 2019 -Serie C No. 375-

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso *Norín Catrimán* y otros (dirigentes, miembros y activista del *pueblo indígena mapuche*) vs. Chile” (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 29 de mayo de 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Pobleto Vilches y otros vs. Chile” (fondo, reparaciones y costas), sentencia 8 de marzo de 2018 -Serie C No. 349-

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Pueblo Indígena *Xucuru* vs. Brasil”, sentencia 5 de febrero de 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Comunidad *Garífuna Triunfo de la Cruz* y sus miembros vs. Honduras” (fondo, reparaciones y costas) -serie 305-, sentencia 8 de octubre de 2015

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Comunidad indígena *Xákmok Kásek* vs. Paraguay”, sentencia 24 agosto 2010;

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “CORTE IDH, “Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa* vs. Paraguay” (2005).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Pueblos de Kaliña y Lokono vs. Surinam” (fondo, reparaciones y costas), 25 noviembre de 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS¹¹⁵. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 5: Niños, niñas y adolescentes*. Cooperación Alemana, GIZ. 2018

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-17/2002. “Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, de 28 de agosto de 2002.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-23/17, “Solicitada por la República de Colombia. Sobre medio ambiente y derechos humanos”, de 15 noviembre 2017.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ). “Caso *Gabcikovo Nagymaros*”, sentencia 25 septiembre de 1997.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ). “Celulosas sobre el Río Uruguay”, sentencia 20 abril de 2010.

DE PAUW, Marijke. The Inter-American Court of Human Rights and the Interpretive Method of External Referencing: Regional Consensus v. Universality. En: HAECK, Yves; RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo; BURBANO HERRERA, Clara (ed). *The Inter-American Court of Human Rights: theory and practice, present and future*. Cambridge: Intersentia, 2015. p. 3-24.

DULITZKY, Ariel. An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, v. 50, Issue 1, p. 46-93, 2015.

DUPUY, Pierre-Marie, VIÑUALES, Jorge. *International Environmental Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

FAUNDES, Juan Jorge. «Corpus iuris» internacional de derechos humanos. En: ÁLVAREZ, Mario Ledesma; CIPPITANI, Roberto (coord.). *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*. Roma-Perugia-México: ISEG (Istituto per gli Studi Economici e Giuridici), 2013a. p. 93-95.

FAUNDES, Juan Jorge. Consulta indígena y centrales de generación hidroeléctrica de menos de 3MW: desregulación riesgosa, a la luz del derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas. En: BOZZO, Sebastián; REMESEIRO, Rebeca; ESIS, Ivette (ed.). *Memorias III Congreso Internacional de Regulación y Consumo*. Santiago: RIL, Universidad Autónoma de Chile, 2020b. p. 359-398.

FAUNDES, Juan Jorge. Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de Derecho hegemónico. *Revista Izquierdas*, n. 45, feb. p. 51-78, 2019a.

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, 2020a.

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 de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-525. 2019b.

FAUNDES, Juan Jorge. Interpretación evolutiva de los derechos humanos. En: ÁLVAREZ, Mario Ledesma; CIPPITANI, Roberto (coord.). *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*. Roma-Perugia-México: ISEG (Istituto per gli Studi Economici e Giuridici), 2013c. p. 325-332.

¹¹⁵ En las referencias a pie de página a la “CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS” se hacen bajo la abreviación “Corte IDH” que corresponde a la sigla oficial usada por la propia Corte.

- FAUNDES, Juan Jorge. Pueblos indígenas como titulares de derechos humanos. En: ÁLVAREZ, Mario Ledesma; CIPPITANI, Roberto (coord.). *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*. Roma-Perugia-México: ISEG (Istituto per gli Studi Economici e Giuridici), 2013b. p. 571-579.
- FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina. “INTRODUCCIÓN. El derecho a la identidad cultural, horizontes plurales latinoamericanos”. En: FAUNDES Juan Jorge; RAMÍREZ Silvina (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL, Universidad Autónoma de Chile, 2020.
- 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. En: UGARTE-MENDIA, Juan Ignacio; SAIZ, Alejandro; MORALES-ANTONIAZZI, Mariela. *La jurisdicción constitucional en la tutela de los Derechos Fundamentales de la UE*. Oñati: IVAP, MPI. 2017. p. 155-174.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano. En: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Derechos Humanos: Un nuevo modelo constitucional*. México: UNAM-IIJ, 2011. p. 339-429.
- HENRÍQUEZ, Miriam; MORALES, Mariela. El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 Años de Almonacid Arellano vs. Chile. Santiago: DER Ediciones. 2017. ALBANESE, Susana (coord.). El control de convencionalidad. Buenos Aires: Ediciones Ediar, 2008.
- HUALPA, Eduardo. *Derechos Constitucionales de los Pueblos Indígenas*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2014.
- LIXINSKI, Lucas. The Consensus Method of Interpretation by the Inter- American Court of Human Rights. *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, v. 3, n. 1, 2017.
- MARINONI, Luiz; MAZZUOLI, Valerio. *Control de Convencionalidade*. Un panorama Latino-americano Brasil / Argentina / Chile / México / Perú / Uruguay. Brasilia: Gazeta Jurídica, ABDPC, 2013.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Entre o Congresso e a Opinião Pública: a missão do Supremo Tribunal Federal revisitada. En: NOVELINO, Marcelo; LEITE, George Salomão; ROCHA, Lilian Rose Lemos (org.). *Liberdade e fraternidade: a contribuição de Ayres Britto para o Direito*. 2017. p. 249-276.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 293-369.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos; FAUNDES, Juan Jorge. *Constitucionalismo en red: el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas como filtro hermenéutico para la tutela de la ocupación tradicional de la tierra*. En: ROSSITO, Flávia Donini; SILVA, Liana Amin Lima da; TÁRREGA, M.C.B.; BOTELHO, Tiago Resende. *Quilombolas e outros povos tradicionais*. Curitiba: CEPEDIS (Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental), 2020. p. 317-339.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela. O Estado Aberto: Objetivo do Ius Constitutionale Commune. En: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Ius Constitutionale Commune na América Latina: Marco conceptual*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 53-74. v. 1.
- NEUMAN, Gerald. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 1, 2008.
- OLIVARES, Alberto. Contenido y desarrollo del principio in dubio pro natura. Hacia la protección integral del medio ambiente. *Ius et Praxis*, v. 3, n. 24, p. 619-650, 2018.
- PAUL, Álvaro. Los Enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. *Revista de Derecho*, v. 87, n. 246, 2019.
- PIZZOLO, Calogero. *Comunidad de intérpretes finales*. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El diálogo judicial. Buenos Aires: ASTREA, 2017.

RAMÍREZ, Silvina. Lhaka Honhat vs. Argentina - Comentario sobre la primera sentencia de la Corte Interamericana que protege derechos indígenas, 2020. Disponible en: <https://dialogoderechoshumanos.com/blog/634-comentario-sobre-la-primera-sentencia-de-la-corte-interamericana-que-protege-derechos-indigenas> . Acceso en: 01 mayo 2020.

RAMÍREZ, Silvina. *Matriz constitucional, Estado intercultural y derechos de los pueblos indígenas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2015.

RASK MADSEN, Mikael; CEBULAK, Pola; WIEBUSCH, Micha. Backlash against international courts: explaining the forms and patterns of resistance to international courts. *International Journal of Law in Context*, n. 14, 2018.

SOLEY, Ximena, STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, Backlash and the Inter-American court of Human Rights. *International Journal of Law in Context*, n. 14, p. 237-257, 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Chile, TC 309-2000.

VARELLA, Marcelo; MONEBHUURUN, Nitish; GONTIJO, André Pires. *Proteção internacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019.

VAZQUEZ, Carlos. The four doctrines of self-executing treaties. *The American Journal of International Law*, v. 89, n. 4, p. 695-723, 1995.

VAZQUEZ, Carlos. Treaties as Law of the Land: The Supremacy Clause and the Judicial Enforcement of Treaties. *Harvard Law Review*, v. 122, p. 599-694, 2008.

VIO GROSSI, Eduardo. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: del control de convencionalidad a la supranacionalidad. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, n. 21, p. 93-112. 2015.

ZIMERMAN, Silvina. *Estándares internacionales de derechos humanos sobre el derecho indígena a la tierra y al territorio: un estudio sobre su contenido normativo y sobre el desarrollo de pautas para la creación de garantías de protección*. Tesis (Doctorado) Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2014.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.