



Modelo de Caso:

**“El rol del magistrado como creador de soluciones en el proceso  
ambiental federal”**

“Comunidad Mapuche Tehuelche Lof Fem Mapu c/ Estado Nacional – Ministerio de  
Energía y Minería y Otro s/ Amparo Ley 16.986”. Expte. N° 8129/2017  
- Secretaría Civil del Juzgado Federal de Río Gallegos, Provincia de Santa Cruz -

Alumna: **Ana Carolina Aguer**

Tutora: **Dra. Mirna Lozano Bosch**

Año: **2.019**

## **Sumario**

I. Introducción. II. El proceso judicial. III. Análisis de los lineamientos centrales del decisorio. IV. Reflexiones finales. V. Referencias Bibliográficas.

### **I. Introducción**

Por el sistema de división de poderes de nuestro país, ¿es posible que el juez exceda la facultad de juzgar acerca de la existencia o inexistencia de la violación de derechos en un caso concreto para pasar a transformarse en el director de un proceso de carácter netamente administrativo por falta de impulso de los propios organismos estatales?

En la sentencia interlocutoria bajo análisis se podrá advertir como el magistrado, superando el rol tradicional de juez espectador, pasa a adoptar un rol de juez coordinador que le permitirá sentenciar en un proceso cuyo fin no lo es la propia sentencia sino una serie de actos administrativos que deberán cumplimentarse a partir de la misma, ejerciendo asimismo, el contralor de dichos actos; todo ello a la luz de la flexibilización de los principios procesales que se imponen en la acción de amparo, y de una interpretación más amplia de las reglas procesales en materia de tutela de daño ambiental y de derechos de incidencia colectiva -en este caso especialmente el de los pueblos indígenas-, derechos que el magistrado articula, a su vez, con el novedoso derecho de acceso a la información pública.

A continuación se describirá lo sucedido en el proceso ambiental federal sub examine para luego analizar los lineamientos centrales del decisorio a la luz de los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales que finalmente darán lugar a las reflexiones finales de la autora.

## **II. El proceso judicial**

En el proceso judicial incoado por la Comunidad Mapuche Tehuelche Lof Fem Mapu por medio de la interposición de un recurso de amparo contra el Estado Nacional, el Estado Provincial y la empresa “Represas Patagonia”, la parte actora, considerando que se han afectado derechos de incidencia colectiva, al no respetar -entre otros derechos- el de consulta previa previsto en el Convenio 169 de la OIT (conf. Art. 75 inc 22 y Ley 24.071), y considerándose configurada entre los damnificados directos en los términos del art. 43 de la CN y Art. 30 de la LGA, manifestó su agravio y pretensiones, solicitando, entre otros, como medida cautelar, que se ordene el cese y suspensión total y absoluta de la obra “Aprovechamientos Hidroeléctricos del Río Santa Cruz Presidente Dr. Néstor Carlos Kirchner – Gobernador Jorge Cepernic”, hasta tanto se terminen los relevamientos con presencia de veedores indígenas y hasta que se realice el proceso de consulta previa; todo ello en pos de preservar restos mortales de pueblos indígenas y/o posibles enterratorios y el patrimonio cultural, arqueológico, etnográfico, histórico, paisajístico y artístico.

Que los demandados Estado Nacional y Estado Provincial cuestionaron la legitimación procesal y la personería de la comunidad indígena, como así también, negaron la configuración de los presupuestos sustanciales de la acción de amparo, solicitando entonces su rechazo, entre otros.

Y la demandada “Represas Patagonia” agregó con relación al mecanismo de consulta previa establecido en el Convenio 169 de la OIT que, al no estar reglamentado, no resulta aplicable y que, en todo caso, al haberse realizado las audiencias públicas de las cuales la parte actora participó, las mismas podrían considerarse como parte del mecanismo de consulta previa.

### III. Análisis de los lineamientos centrales del decisorio

El magistrado considerando “que los jueces no tienen obligación de tratar todas y cada una de las cuestiones planteadas por las partes, sino únicamente aquellas que sean conducentes y útiles para la resolución del conflicto” (considerando 2 de la sentencia comentada), determinó los distintos puntos que integran, a su criterio, el *thema decidendum*, y con ello se expidió:

a) Confirmando la legitimación activa de la parte actora, siendo de este modo central el rol adoptado por el magistrado en este proceso, atento a que es una constante de las defensas técnicas de los organismos del Estado que son demandados en causas judiciales de estas características, atacar la legitimación de la parte actora y la vía empleada. Por lo tanto, el magistrado no solo confirmó la legitimación sino que también reafirmó la procedencia de la acción de amparo “merituando los requisitos a la luz de la flexibilización de los principios procesales que se impone en este tipo de recursos procesales de naturaleza extraordinaria y constitucional” (considerando 2.a a) de la sentencia comentada).

b) Al respecto de la falta de reglamentación del Convenio 169 de la OIT, el magistrado entendió que dicha norma debe interpretarse como norma de tipo operativa ya que la misma se encuentra ratificada por Ley del Congreso de la Nación Argentina, y que su aplicación resulta obligatoria por haber quedado configurada como norma con jerarquía supra nacional. Asimismo el magistrado fundó su decisorio por la aplicabilidad del principio precautorio que gobierna los procesos ambientales en donde en caso de duda debe estarse siempre a favor del ambiente –*in dubio pro ambiente*–.

c) Sobre los relevamientos arqueológicos y procedimientos asociados, el magistrado consideró necesario efectuar un seguimiento y control de dicho extremo fundado en el rol

que el derecho ambiental le asigna al juez como director del proceso (art. 32 LGA y reconocida jurisprudencia de la CSJN), reafirmando, de este modo, la postura del magistrado tomada en autos, ya que si bien los relevamientos aún están en vías de cumplimiento, como se advierte su deficiente y lenta ejecución, el magistrado reiteró la necesidad de asumir “un rol activo en el marco de las facultades que el Juez detenta en los procesos en los que se hayan involucrado y en juego derechos de incidencia colectiva” (considerando 2 c) de la sentencia comentada). Sin olvidar con ello que el principio de precaución en el que el magistrado también se fundó en el punto precedente, “supone la inversión de la carga de la prueba, debiendo el proponente (y no el opositor a la iniciativa concernida) demostrar la inocuidad de su propuesta.” (Rosatti, 2016, p.832).

d) En cuanto al acceso a la información pública ambiental y la participación de las comunidades originarias, el magistrado, sin que la parte actora lo haya solicitado, reparó en la necesidad de que el Informe de Impacto Ambiental sea adaptado por el titular de la obra en términos simples y accesibles para la cultura y sabiduría de los pueblos originarios, ello así, atento a que el medio ambiente es un sujeto de derecho y por ende es susceptible de protección en sí mismo, considerando:

(...) improcedente ingresar en el detalle o análisis a si las actoras han habitado la zona de las presas o no; puesto que frente a derechos de incidencia colectiva como es la protección del patrimonio arqueológico eventualmente afectado o involucrado en la zona en la que se construirán las presas, cualquier persona podría sentirse afectada y por ende tener legitimación activa que la ley y la jurisprudencia en materia ambiental le asigna, en un entendimiento amplio,

claro está, de los principios procesales y de la legitimación en si misma. En este sentido lo ha entendido no sólo la Jurisprudencia Nacional sino también la doctrina por ejemplo en la obra “Visión procesal de cuestiones ambientales”, Rubinzal-Culzoni, 2004 de Morello Augusto M. y Cafferatta, Néstor A, o Cafferata Néstor, “De la legitimación para obrar de las ONG ambientales y del derecho – deber de información y difusión ambiental, Summa Ambiental, pág 975, Vol. II, 1ª ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 2001. Ergo, asumir una postura rígida en relación a los enfoques tradicionales del proceso, podría llevarnos a una frustración de los bienes jurídicamente protegidos.

(Considerando 2 c) de la sentencia comentada)

e) En cuanto a las participaciones de las comunidades, el magistrado refirió que “ni la información ni los procedimientos han completado la particularidad de las comunidades originarias afectadas por la obra ni han adaptado la misma a los fines de lograr su accesibilidad” (considerando 2. e) de la sentencia comentada). Si bien el magistrado no hizo mención y diferenciación alguna, se puede destacar, a su vez, que el Art. 6 del Convenio 169 de la OIT menciona dos institutos diferentes en sí mismos pero complementarios, el de consulta previa y el del consentimiento, y que Argentina al no contar con su reglamentación -como sí sucede en países como Perú y Colombia-, no tiene establecido aún el modo en que ello deberá llevarse a cabo; por lo tanto, el magistrado, en esta sentencia, no hizo más que suplir la omisión de la reglamentación a cargo de los poderes Ejecutivo y Legislativo haciendo funcionar, de este modo, el sistema de pesos y contrapesos (*checks and balances*) de los poderes del Estado Argentino.

Por todo lo precedentemente expuesto finalmente el magistrado resolvió la admisión parcial de la demanda, intimando al Estado Nacional a constituir la mesa de diálogo como mecanismo que garantice y materialice el proceso de consulta previa previsto en el Convenio 169 de la OIT en un plazo perentorio. Asimismo, el magistrado ordenó que sea informado trimestralmente la evolución de dicho proceso en el expediente, como así también se informe de los relevamientos de los sitios afectados a la obra, destacando hallazgos y acreditando el tratamiento de los mismos, debiendo a su vez, los organismos estatales, generar información pública ambiental ajustada a la necesidades de lectura y comprensión de la parte actora, entre otras mandas judiciales tendientes a garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las comunidades indígenas.

Por lo tanto, este fallo es una muestra más de como

(...) la falta de respuesta de la organización administrativa ambiental hace necesario tener que acudir a los jueces en demanda de un mayor control de la actividad privada ambientalmente crítica y de limitación de la discrecionalidad técnica en la valoración administrativa de los hechos. El ensanche de la legitimación y de las facultades de los jueces, unido a los efectos erga omnes de las sentencias ambientales, reserva al Poder Judicial un rol esencial en nuestra materia.

(Botassi, 2004, p.120).

#### **IV. Reflexiones finales**

Siguiendo a Botassi (2004),

(...) el denominado “proceso ambiental federal”, que se desarrolla ante los jueces federales con competencia civil -ya que no existe un fuero especializado- y que emplea como base del trámite el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación modificado por algunas pocas disposiciones procesales de la Ley General de Ambiente N° 25.675 (art. 7 sobre competencia judicial; art. 32 sobre acceso a la jurisdicción y facultades del juez), es considerado un proceso de “derecho público” en la medida en que apunte a la recomposición de un recurso ambiental y no al cobro de una indemnización por parte de un particular.

(Botassi, 2004)

El carácter “público” del proceso es además el que va a dotar al juez de las facultades necesarias para convertirse en un verdadero creador de soluciones a partir de la flexibilización de los principios procesales.

En el caso cuya sentencia se analiza, el problema sometido a conocimiento se produjo originariamente por la falta de ejercicio –o el ejercicio irregular- por parte del Poder Ejecutivo (y del Poder Legislativo al no reglamentar el Convenio 169), por lo que la función del Poder Judicial no hizo más que buscar el modo de que éstos poderes se activen para poder corregir y organizar los procesos administrativos omitidos o realizados irregularmente.

Por lo tanto, si bien en el derecho procesal tradicional la sentencia es el acto que pone fin al litigio culminando con ella todo el proceso (Carducci, 2016), en la sentencia bajo análisis -y con gran acierto por parte del magistrado- ello no fue así ya que a partir de la misma, más que ponerle fin a la contienda, la manda judicial indicó no solo una clara intervención del Poder Judicial en el diseño de diversos procesos administrativos tendientes a sanear la omisión de los actos que debiera haber llevado a cabo el Estado Nacional, el Estado de la Provincia de Santa Cruz y la empresa “Represas Patagonia”, sino también el modo de controlarlos.

De este modo, por el principio de división de poderes, se podría pensar que el magistrado obró en un exceso de sus funciones pero, como ya lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el clásico fallo “Mendoza”:

(...) en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental las reglas procesales deben ser particularmente interpretadas con un criterio amplio que ponga el acento en el carácter meramente instrumental de medio a fin, revalorizando las atribuciones del Tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador.

(Fallo “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo)”. CSJN. 08/07/2008).

Es evidente entonces, que a 25 años de la última reforma constitucional en Argentina, donde fue introducida a su cuerpo legal la protección del medio ambiente por medio de la

incorporación del art. 41 y la acción de amparo como acción expedita y rápida para la protección de los derechos y las garantías en el art. 43, donde a su vez se incorporó al llamado bloque de constitucionalidad federal, por medio del art. 75 in. 22, sendos tratados internacionales de derechos humanos, se introdujo también otros convenios internacionales con jerarquía supralegal -estando entre ellos el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes-, y mediante el art. 75 inc. 17, dentro de las atribuciones del Congreso, se reconoció y garantizó la protección a los pueblos indígenas argentinos; el camino recorrido en todos estos años desde la jurisprudencia, y más aún desde el reconocido fallo “Mendoza” que indicó la necesidad de otorgar mayores facultades a la judicatura en causas que involucren este tipo de derechos, encuentra poderosos fundamentos de origen constitucional.

Que lo resuelto por el presente fallo entonces no solo encuentra su fundamento en los Arts. 41, 43, 75 inc. 17 e inc. 22 de la CN, en el Art. 32 de la LGA, y en extensa jurisprudencia de la CSJN, sino también en fallos de la CIDH como lo son “Pueblo Indígena Kicwa Sarakayu Vs. Ecuador del 27/06/2012 y “Pueblo Saramaka Vs. Surinam” del 12/08/2018.

Concluyendo de este modo, que es el rol de coordinación del juez como creador de soluciones en el proceso ambiental, el que le permitirá ordenar diversos actos administrativos tendientes a sanear omisiones por parte de los organismos del Estado en el proceso ambiental, a fin de que no se sigan vulnerando derechos constitucionales –so pena de incurrir en responsabilidad internacional del Estado-, todo ello por ser el Poder Judicial el llamado por ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional, con la debida cautela de no menoscabar con ello las funciones que le incumben a los otros poderes.

## V. Referencias bibliográficas

- Botassi, Carlos. (2004). El derecho ambiental en argentina. Hileia – Revista de Derecho Ambiental da Amazonia n° 3. Recuperado el 03/07/2019 de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27224.pdf>
- Carducci Pablo S. (2016). ¿Puede influirse en política pública a través de procesos judiciales? El rol del juez en el litigio de reforma estructural. El control de la actividad estatal II. Procesos Especiales, Responsabilidad y Otros Supuestos. Asociación de Docentes. Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas. UBA. Recuperado el 03/07/2019 de: <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal-ii/cae2-carducci.pdf>
- Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo). CSJN. 08/07/2008. Recuperado el 03/07/2019 de <http://center-hre.org/wp-content/uploads/2011/07/2007-07-20-Caso-Mendoza-Riachuelo.pdf>
- Rosatti Horacio. (2016). La tutela del medio ambiente en la constitución nacional argentina. El control de la actividad estatal II. Procesos Especiales, Responsabilidad y Otros Supuestos. Asociación de Docentes. Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas. UBA. Recuperado el 03/07/2019 de: <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal-ii/cae2-rosatti.pdf>