En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los veintisiete días del mes de mayo del año dos mil veintidós, se reúne en acuerdo la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial nro. II con asiento en esta ciudad, con la presidencia del Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, y asistencia de la primera vocal Dra. María Fernanda Zanatta y de la segunda vocal Dra. María Marta Nieto (tribunal designado según lo establecido en los arts. 5, 6 y 8 del Acuerdo 15/21/CACR), para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"Comunidad Mapuche Tehuelche K. M. y Sucesores A.-M., Comunidad Indígena de Sierra Cuadrada, Comunidad Mapuche Tehuelche E. C. de P. Ñ. P. K., Comunidad Mapuche C., Comunidad Indígena P., L. Comunidad Mapuche Tehuelche M. W. M. K., Comunidad de N. y Comunidad Mapuche Tehuelche L. F. C. C. c/ MUNICIPALIDAD DE COMODORO RIVADAVIA s/ Acción de amparo", expte. nro. 201/22**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 160/21), y atento al resultado del sorteo de fecha 5 de mayo de 2022 (art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, Dra. María Fernanda Zanatta y Dra. María Marta Nieto.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la Sentencia nro. 27/22 de fecha 8 de abril de 2022? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo

del recurso de apelación que interpusiera la parte actora (ID 637634 concedido en fecha 13/04/2022). I. *Antecedentes*:

En breve síntesis, y en lo que aquí interesa, diré que las accionantes Comunidad Mapuche Tehuelche K. M. y Sucesores A.-M., Comunidad Indígena de Sierra Cuadrada, Comunidad Mapuche Tehuelche E. C. de P. Ñ. P. K., Comunidad Mapuche C., Comunidad Indígena P., L. Comunidad Mapuche Tehuelche M. W. M. K., Comunidad de N. y Comunidad Mapuche Tehuelche L. F. C. C. promovieron acción de amparo contra la Municipalidad de Comodoro Rivadavia persiguiendo que se le ordene a la accionada a que con carácter previo al tratamiento de la audiencia pública fijada mediante Resolución n° 1444/2021 (28-0620121) y la Disposición n° 06/2021, cuyo objeto dar tratamiento al "Proyecto de Urbanización R. de L.", se dispongan procedimientos de participación y consulta con las comunidades indígenas, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 75 inciso 17 de la Constitución nacional, los artículos 6 y 7 del Convenio n° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas (en adelante Convenio 169), la Declaración de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Convenio sobre Diversidad Biológica. Peticionaron la aplicación del artículo 79 del Código Procesal Civil y Comercial (modificado por Ley XIII nro. 25). Argumentaron sobre la admisibilidad de la acción y la competencia. Relataron los hechos en que fundaron su pretensión. Solicitaron el dictado de medida cautelar de no innovar.

Mediante resolución de fecha 29 de julio de 2021 fue declarada la admisibilidad formal de la acción entablada y denegada la medida cautelar peticionada, sin perjuicio de ordenarse a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia que garantice la debida participación en la audiencia pública a desarrollarse el día 30 de julio de 2021. El rechazo de la medida cautelar pretendida fue confirmado por SI n° 123/21 de esta Cámara de Apelaciones que entendió abstracta la cuestión.

Corrido el traslado de ley compareció en tiempo oportuno la accionada peticionando el rechazo de la acción incoada. Negó los hechos alegados por la parte accionante y desconoció la documentación aportada. Sostuvo que la cuestión pretendida devino abstracta. Peticionó la citación de terceros. Brindó su versión de los hechos. Planteó la improcedencia de la acción de amparo. Fundó en derecho. Finalmente peticionó.

Conforme resolución del día 2 de noviembre de 2021, la causa fue abierta a prueba, clausurándose el periodo probatorio el día 7 de abril de 2022, quedando el presente en estado de dictar sentencia. La resolución de la instancia de grado declaró abstracta la cuestión planteada. Impuso las costas del proceso a la parte actora. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

II. *Análisis de los agravios. Solución*:

Contra el decisorio, como ya lo expresara antes, se alzó la actora criticando que el juez resolviera que la cuestión de autos devino abstracta, omitiera expedirse respecto del beneficio de litigar sin gastos interpuesto y le impusiere las costas del proceso.

Adentrándome entonces en el tratamiento de la cuestión traída a mi análisis, suelo reiterar en mis votos que, tal como lo tiene dicho nuestro máximo tribunal, "los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las constancias de la causa, sino solo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones (Fallos, 311:571) y para la correcta solución del litigio (311:836), y tampoco están obligados a tratar todas las cuestiones propuestas por las partes ni analizar los argumentos utilizados que a su juicio no sean decisivos (301:970 y 311:1191)".

Suelo sostener a la par que las limitaciones impuestas al juez, en cuanto a los hechos, no rigen tratándose del derecho, porque aunque las partes no lo invoquen o lo hagan en forma errónea, al juez corresponde calificar la relación sustancial en litis y determinar la norma jurídica que rige. Así, "en virtud del principio *iura novit curia* los jueces se encuentran facultados para calificar autónomamente los hechos de la causa y subsumirlos en las normas jurídicas que los rigen, con independencia de las alegaciones de las partes o del derecho por ellas invocado (CSJN, 4/5/93, Rep. ED, 28-459, n° 16; íd., 8/3/94, Rep. ED, 29-453, n° 20/21; CNCiv, Sala C, 12/6/01, ED, 194-220; Incom, Sala B, 14/2/05, ED, 212-107).

Entonces, y en acotado relato, diré que al promover demanda las accionantes peticionaron que con carácter previo al tratamiento de la Audiencia Pública fijada mediante Resolución n° 1444/2021 (X.) y la Disposición n° 06/2021 se dispusieran procedimientos de participación y consulta con las comunidades indígenas en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 75 inciso

17 de la Constitución nacional, los artículos 6 y 7 del Convenio n° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas (en adelante Convenio 169), la Declaración de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Convenio sobre Diversidad Biológica.

A efectos de argumentar sobre la admisibilidad de la acción y la competencia, sostuvieron que la consulta y participación constituye un derecho colectivo de los pueblos y comunidades indígenas establecido en normas federales, cuya supremacía -sobre cualquier disposición municipal y/o provincial- se encuentra asegurada por el art. 31 de la Constitución nacional.

Argumentaron que la admisibilidad de la presente acción se encuentra prevista en el artículo 22 inciso c) de la Ley V n° 84, en tanto se solicitó la adopción de medidas preventivas a fin de asegurar la efectividad de aquel derecho, y no existe otra vía más idónea para tal fin.

Hicieron alusión a la lesión a los derechos comunitarios que implicaría la sanción de una ordenanza en relación al proyecto de urbanización que pretende llevarse adelante en el lugar omitiendo la participación y consulta a las comunidades que incoan el reclamo.

Refirieron a su calidad de pobladores originarios del territorio argentino, la significancia que posee la tierra para su cultura y para su transmisión a las generaciones venideras y la importancia de preservar la biodiversidad, en donde se vive o transita, para no violentar la raíz de la propia cultura como elemento indispensable de la propia identidad.

Efectuaron consideraciones en cuanto al derecho de participación y consulta a los pueblos indígenas en todas las decisiones que puedan afectarlos como principio básico del derecho internacional de los Derechos Humanos, receptado por diversos instrumentos internacionales que detallan. Invocaron jurisprudencia al respecto.

Relataron que el informe de impacto ambiental presentado en referencia al "R. de L." donde se planeó llevar adelante el proyecto de urbanización resulta ser sumamente deficitario y posterior al inicio de tareas en el área en cuestión, y analiza distintos puntos del proyecto con una vaguedad inusitada y con datos obsoletos. Señalaron, puntualmente, que carece de un análisis de cómo se arbitrará el emprendimiento urbanístico para restituir restos óseos arqueológicos que se puedan encontrar en el lugar, y los que ya habían sido detectados con anterioridad, lo que fue comunicado por la Secretaria de Cultura de la Provincia. Afirmaron que "R. L. S.A." es un sitio arqueológico, en donde se han realizado excavaciones y encontrado enterratorios humanos y/o restos óseos humanos, que actualmente estarían en el Museo de Rada Tilly. Evocaron otros descubrimientos.

Resaltaron que cada sitio arqueológico individual es relevante por su propia historia. Expresaron que un enterratorio conlleva significancia en lo local, en lo regional, en la percepción actual de la historia de cada comunidad. Explicaron que las comunidades actuales conocen el territorio que habitan y su historia, más aún cuando este forma parte del patrimonio inmemorial de los pueblos que vivieron en la costa, como así también,

lugar actual en donde algunas comunidades realizan ceremonias espirituales como el W. T. (año nuevo o cambio de solsticio 21 de junio).

Señalaron que por ello, es necesario vigilar, cuidar y respetar el patrimonio cultural (arqueológico) y teniendo en cuenta que se han hecho hallazgos de restos humanos con enterratorios específicos como es la ornamentación con huesos de ballena en el área de impacto en cuestión, y afirmaron que es deber del Estado y/o de quien tome conocimiento de ello, de denunciar el sitio como lugar arqueológico de interés, mas teniendo en consideración la posibilidad de encontrar más restos humanos durante el proceso de movimiento de tierras que se está llevando a cabo en "L B. Los P.".

Alegaron que ello constituye patrimonio cultural inmaterial, por el cual se hace referencia a los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas –junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos e incluso los individuos, reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana.

Hicieron hincapié en el reconocimiento de este derecho en Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, como lo es la Convención

para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, que fuera incluida en la normativa interna mediante Ley n° 26118.

Plantearon que en el área donde se va a llevar a cabo la urbanización, hay varios entierros que contienen restos humanos pertenecientes a pueblos indígenas que habitaron la zona, como así también, la posibilidad cierta de que haya más enterratorios, pero hasta el momento no han sido descubiertos, entre otros motivos, por no haberse llevado en forma adecuada el EIA, o los relevamientos pertinentes. Sostuvieron que dichos restos humanos o los sitios de asentamientos de grupos de cazadores recolectores, pueden verse afectados si las obras se llevan a cabo, pues quedarían bajo el hormigón, o serían dañados por el movimiento de tierra (que ya se viene llevando a cabo); o bien serían extraídos y exhumados de sus tumbas por los operarios que trabajan en la zona para luego proceder a colocarlos en otros sitios, todas estas opciones contrarían desde ya la cosmovisión de los pueblos indígenas, incluyendo la de la comunidad actora. Se explayaron en las significaciones que poseen para las comunidades pertenecientes al pueblo mapuche tehuelche los restos humanos para argumentar que para la comunidad indígena es una obligación reclamar la protección de los restos de los ancestros.

Seguidamente hicieron concreta referencia a la extensión del derecho a la participación y consulta que reclaman, denunciando el incumplimiento del municipio local demandado. Trajeron a colación jurisprudencia que entienden aplicable y fundaron normativamente.

Concluyeron peticionando que se ordene a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia que previo al tratamiento del proyecto de urbanización R. de los L. por medio de audiencia pública de manera virtual se disponga los procedimientos adecuados de participación y consulta a las comunidades Mapuche Tehuelche por intermedio de sus órganos representativos, con el fin de obtener su consentimiento libre e informado.

La demandada remitió primeramente informe del subsecretario de Ambiente, a efectos de expresar que la audiencia pública vinculada con el "Proyecto de Urbanización R. de los L." fue desarrollada.

En su conteste, para repeler la acción instaurada, luego de efectuar la negativa de rigor, alegó que la cuestión propuesta devino abstracta.

Argumentó que la Municipalidad no dispuso limitación alguna a la participación de las comunidades indígenas y que se les dio registro y participación; prueba de ello, dijo, es que sus representantes y apoderados judiciales intervinieron en la audiencia pública llevada adelante. Destacó asimismo que dio respuesta a las consultas oportunamente formuladas. Fundo la inadmisibilidad de la acción entablada.

Bien, como antes señalé, de resultas de lo decidido en la sentencia de grado, la parte actora apeló el decisorio de grado, al que achacó arbitrariedad e incongruencia.

En sustento de ello, afirmó que incurrió el juez en contradicción en la fundamentación de la sentencia, por cuanto aplicó incorrectamente el derecho, y desoyendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia nacional y la de nuestro cimero tribunal

provincial, se apartó del marco normativo de los derechos humanos de los pueblos indígenas sobre el derecho a consulta y participación. Dijo que además omitió dar tratamiento a los puntos específicos que fueron objeto de la demanda.

Explicó que el objeto de la pretensión fue claro y preciso y se peticionó que con carácter previo al tratamiento de la audiencia pública fijada mediante Resolución n° 1444/2021 (28-06-2021) y la Disposición n° 06/2021 cuyo objeto era dar tratamiento al "Proyecto de Urbanización R. de L." se dispongan procedimientos de participación y consulta con las comunidades indígenas en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 75 inciso 17 de la Constitución nacional, los artículos 6 y 7 del Convenio n° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas (en adelante Convenio 169), la Declaración de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Convenio sobre Diversidad Biológica.

A partir de ello, sostuvo por un lado que no debió el juez efectuar una disquisición en cuanto al derecho que resulta aplicable, por cuanto los derechos que se reclaman son de incidencia colectiva sustentados en el marco jurídico vigente de los derechos humanos de los pueblos indígenas que deben ser garantizados por el Estado.

Afirmó que lo que se reclamó es el derecho a consulta y participación, el respeto a su identidad e integridad cultural, y a su patrimonio cultural tangible e intangible, incluyendo el histórico y ancestral. Patrimonio cultural que, dijo, debe ser protegido,

preservado y desarrollado para su continuidad colectiva, y para poder ser transmitido a las generaciones futuras de conformidad con el art. XIII de la Declaración Americana, arts. 2, 8 y ss. de la Declaración de Naciones Unidas y art. 2 del Convenio n° 169 OIT.

Alegó que pretender imponer que el hallazgo de restos humanos arqueológicos en el lugar es una cuestión secundaria o accesoria en autos, constituye otro yerro del magistrado, en tanto ello es un fundamento esencial de la acción y la imperiosa necesidad de su restitución es lo que hace necesaria la consulta y participación previa e informada de las comunidades indígenas

No obstante lo expuesto, aclaró que no fue objeto de la demanda la restitución del esqueleto con tumba de hueso de ballena que fue profanado del lugar "Bajada de los P." o "R. de L." en el año 2012, ya que nada se le reclama al Museo de Rada Tilly porque dicho Museo nunca se opuso a la restitución de los restos que se encuentran en custodia en el lugar. Con base en ello, arguyó que no constituye un razonamiento válido para rechazar el amparo la circunstancia de que el Museo de Rada Tilly no sea parte del proceso. Ello, en tanto ello no constituyó el objeto de la demanda, ni fue opuesto como defensa por la demandada.

Objetó a continuación que el juez entendiera que el hecho de participar en la audiencia llevada a adelante el día 27 de julio de 2021 constituyó garantía de participación indígena. Alegó que el magistrado confunde lo que es derecho a la consulta y participación, objeto de la pretensión, con la audiencia pública.

Argumentó que la diferencia radica en que la audiencia pública es la instancia administrativa en la cual se consulta a un determinado colectivo sobre los efectos positivos o negativos de una actividad determinada, que no es vinculante, por lo que constituye un instituto que no reemplaza a la consulta y participación.

Dijo que si la actividad impacta de manera directa o indirecta sobre los derechos de un pueblo indígena este debe ser consultado y su decisión es vinculante cuando el tema consultado es tierra y territorio, ello en tanto el derecho de consulta tiene su fundamento en el derecho a la libre determinación.

Explicó que a efectos de garantizar la consulta y participación, el Estado debe articular los procedimientos apropiados que garanticen la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas en todos los niveles de tomas de decisiones cada vez que se estudien medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos, y en este caso puntual es perder su patrimonio cultural y material.

A partir de ello, sostuvo que no puede considerarse ejercido el derecho de consulta y participación indígena desde los estándares internacionales, con 5 (cinco) minutos de participación en la audiencia pública.

Expuso los motivos por los cuales entiende que no puede tenerse por ejercido el derecho que reclama. Arguyó primero, que respecto de la consulta debe tenerse en cuenta la participación de los diferentes pueblos que resulten afectados y ello no aconteció en tanto el

municipio dejó inscribirse únicamente a ciudadanos de Comodoro Rivadavia. Señaló que el presente amparo fue interpuesto por 8 (ocho) comunidades mapuche tehuelche, y siendo solo una de Comodoro Rivadavia, y a partir de la acción de amparo se permitió inscribir a personas que no eran de la localidad, de las cuales participó una sola que no pertenecía a ninguna de las comunidades actoras.

Luego indicó que tampoco puede afirmarse que la audiencia pública los incluyó en tanto la participación debe ser accesible a los pueblos indígenas, y la audiencia pública se celebró virtualmente omitiéndose considerar las limitaciones materiales, institucionales y temporales existentes.

A ello agregó que debe contarse con tiempo suficiente para la recopilación de información y pleno debate, lo que no sucedió, por cuanto la información solo fue brindada a los inscriptos cuyo cupo fue limitado arbitrariamente por el municipio.

Concluyó enfáticamente que la audiencia pública no es un proceso de consulta y participación indígena en los términos peticionados.

A lo dicho adunó que también yerra el magistrado al sostener que no existe en la Constitución nacional o en la Constitución de la Provincia una norma que conceda a las comunidades indígenas o sus representantes el derecho a ser consultadas con anterioridad, preferencia o prioridad por sobre el resto de la sociedad que integran, mucho menos una disposición que les acuerde la facultad de vetar o seleccionar que es aquello que puede integrar el debate

público por cuanto desconoce el bloque constitucional conformado por los tratados internacionales de derechos humanos a los cuales Argentina incorporó en la carta magna y los convenios ratificados.

Reiteró que el derecho a la consulta y participación se encuentra consagrado en el artículo 75, inciso 17, de la Constitución nacional y en los artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT, y supone oír la voz de los pueblos indígenas con el fin de tomar en cuenta sus intereses, opiniones y puntos de vista, con el objetivo de prevenir lesiones a su identidad cultural cuando se vayan a adoptar medidas que puedan tener efectos sobre su forma de vida o sus costumbres tradicionales. Sostuvo que este derecho está cimentado en el respeto al derecho a la identidad cultural, que debe ser garantizado en una sociedad pluralista, multicultural y democrática y que ello permite que los pueblos indígenas expresen sus puntos de vista y opiniones en una etapa oportuna que asegure que la voz de las comunidades indígenas pueda incidir verdaderamente en la adopción de decisiones que involucren sus intereses.

Mediante cita jurisprudencial dijo que una vez que las etapas relevantes del proceso se encuentran consumadas, la intervención de los pueblos en defensa de su identidad cultural pierde eficacia.

Afirmó que yerra al decir el juez que las comunidades actoras han intervenido en la audiencia desde la normativa de la tutela ambiental, y no del régimen tutelar de los pueblos indígenas. Tal interpretación a su entender no se condice con el principio de buena fe que debe guiar la implementación

de la consulta y participación, según el artículo 6 del Convenio 169 de la O.I.T.

Fundamentó que los Estados, incluyendo a los jueces, están obligados y están a cargo de dicho cumplimiento del derecho a la consulta y participación, deben garantizarlos en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo.

Dijo que estos procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes.

Aseveró que no se trata de un tema ambiental, se trata de una proyección que como pueblos indígenas se les debe en el respeto a sus muertos, que fueron profanados o excavadas sus tumbas con fines científicos, cesando esa práctica colonial del siglo XIX donde sus muertos están en los museos y deben volver al territorio de donde los sacaron.

Expresó que se trata de garantizar el principio de igualdad y no discriminación, donde una parte de la población espera que sus muertos vuelvan a los lugares de donde fueron llevados.

Por último, cuestionó la sentencia por cuanto le impuso las costas, omitiendo resolver respecto del beneficio de litigar sin gastos que ha sido solicitado en el escrito de amparo bajo el acápite III, en

contradicción con lo establecido en el artículo 79 del Código Procesal Civil y Comercial. Mantuvo reserva del caso federal.

Efectuada entonces la reseña precedente y en la solución, dejo aclarado que, independientemente del orden en que fueran efectuados los planteos por parte del recurrente, habré de abordarlos en forma conjunta, lo que se encuentra justificado por la identidad y conexidad que guardan entre sí, y en atención a los principios de celeridad procesal y seguridad jurídica (LS 320- 217; 349-39; 347-193; 347-209; 345-154; 347197 entre otros).

Bien vale poner de resalto a esta altura que el artículo 75 inciso 17 de la Constitución nacional reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, y establece derechos específicos como la identidad cultural, la educación bilingüe e intercultural, la personería jurídica de las comunidades, la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan, y el derecho a participar en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que les afecten.

A la vez, los instrumentos internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, de nuestra carta magna) también contemplan con mayor o menor desarrollo derechos de los pueblos indígenas. Entre estos, podemos mencionar a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXIII, DADH), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en particular arts. 3 y 21, CADH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

(art. 1 y 27, PIDCP), la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5 y ss., CERD), y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 11 y 12 PIDESC). A ellos deben sumarse tres instrumentos internacionales especialmente dedicados a la temática: el Convenio n° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobado mediante la Ley n° 24071; la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en el año 2007 y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en el año 2016.

Al interpretar los instrumentos internacionales, los distintos órganos de supervisión de derechos humanos han promovido el paradigma de la protección de la diversidad cultural. Este paradigma parte de la premisa de que cada cultura tiene un valor en sí misma y que no hay una cultura superior a otra. Según este principio, se debe respetar la cosmovisión de los pueblos indígenas y sus sistemas normativos (su derecho a su derecho); así como es fundamental el desarrollo de mecanismos de interacción entre distintas culturas (interculturalidad).

Ahora bien, considero que es importante hacer un señalamiento a la cuestión vinculada al derecho de consulta y participación alegado para su correcto entendimiento.

Es cierto que el derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido ampliamente el derecho de los pueblos indígenas sobre sus territorios. Así, el mencionado Convenio n° 169 de la OIT establece de modo expreso el deber estatal de "salvaguardar el derecho de

los pueblos indígenas a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia", prestando particular atención a los casos de los pueblos nómades y los agricultores itinerantes (art. 14.1). En igual sentido, la Declaración de Naciones Unidas dispone: "Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma" (art. 26.2).

Del mismo modo, la Declaración Americana a la que hice referencia párrafos arriba determina que tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido (art. XXV). Para los órganos del sistema interamericano, el derecho de los pueblos indígenas sobre sus territorios se encuentra protegido por el derecho a la propiedad consagrado en los artículos XXIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y 21 de la CADH.

Todas estas cláusulas, que comparto plenamente, consagran la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con las tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales, relación de importancia fundamental para el goce de otros derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales, que se emparenta con la existencia misma de los pueblos (*cf.* CIDH, "Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema

Interamericano de Derechos Humanos", cit., párrs. 5557; y Corte IDH, "Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador", cit., párr. 145, entre otros). ("Derechos de los Pueblos Indígenas", Cuad. MPF CSJN, Dictámenes, 2018).

Ahora bien, no está en discusión un eventual derecho sobre el inmueble objeto del proyecto privado sobre el que se discutió en el marco de la audiencia pública a la que convocara el municipio local. Se trata de un emprendimiento en un área natural pasible de sufrir un impacto ambiental y sobre dicho aspecto es que versó el mentado encuentro.

En una recta interpretación, ese es el mensaje que se colige de los términos de la sentencia apelada, a través de los cuales el juzgador interpretó que la audiencia pública integra a la comunidad entera, de la cual los pueblos originarios forman parte, razón por la que su presencia en la misma fue útil en tales extremos. Ello no es incorrecto, al menos desde el punto de vista señalado, pero a mi juicio el análisis resulta incompleto si se atiende a la pretensión de los amparistas.

Es que, aún cuando alguien podría discutir el alcance del pretendido derecho de consulta y participación en el caso que nos ocupa, digo, en los términos en que fuera planteado por los amparistas, entiendo que debe reverse lo decidido. Y a esa hora, dejo claro que estas cuestiones merecen la búsqueda de un diálogo más fluido, desde que estoy convencido que si ello hubiera ocurrido, ninguna acción judicial hubiera sido necesaria.

Debemos tener en cuenta el profundo sentimiento que une a todos los pueblos con sus culturas. No se trata aquí de una comunidad indígena en particular. Esas tradiciones merecen el respeto del resto de la sociedad, como derecho subjetivo que ostentan quienes las poseen porque así les fueron transmitidas, y ello torna exigible la garantía de su resguardo. Mal hacemos si ignoramos tal paradigma.

Aún cuando no se me escapa que la actora cita un fragmento de un voto de mi factura en otro conflicto que involucrara a los pueblos originarios, y aunque no resulta aplicable estrictamente al caso en análisis, pongo de resalto que no puede desconocerse la estrecha relación que los pueblos indígenas guardan con las tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales, relación de importancia fundamental para el goce de otros derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales, que se emparenta con la existencia misma de los pueblos (*cf*. CIDH, "Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", cit., párrs. 55-57; y Corte IDH, "Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador", cit., párr. 145, entre otros). En lo personal, siento un profundo respeto por los pueblos originarios y por los derechos que, enhorabuena, les han sido justamente reconocidos en el marco de la normativa convencional y nacional.

Entonces, si bien, no se trata aquí de tierras cuya titularidad se encuentre siquiera en discusión, no es menos cierto que allí se ha verificado la presencia de enterratorios humanos que se identifican con individuos

cuya pertenencia a las etnias originarias, al menos, es claramente presumible. Y esos restos humanos resultan de vital importancia para las comunidades actoras, en virtud de sólidos y fundados argumentos que han expresado y que tengo en cuenta a la hora de resolver.

Reitero una vez más. Creo que una instancia de diálogo y eventualmente una pretensión bien encaminada frente a la autoridad administrativa hubiera sido el camino a seguir, desde que con seguridad hubiera tenido una respuesta acorde a lo querido. Cierto es también que a esta altura de los acontecimientos se impone una solución que no desande los pasos que ya se han transitado, lo que decantaría en perjuicios no necesarios.

Con todo, y como lo señalara párrafos arriba, entiendo que los amparistas merecen una respuesta diferente.

Ahora bien, tengo a la vista la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) de fecha de 13 de enero de 2021, la que, de resultas de lo actuado en la audiencia pública prevé sobre el tema que nos ocupa que "… en el caso que se hallen nuevos restos, los mismos deberán recuperarse en conjunto con representantes de los pueblos originarios para su reubicación y/o restitución…".

Y asimismo el Certificado de Alta Ambiental, fechado 21 de enero de 2021, expresamente condiciona la viabilidad ambiental a los requisitos establecidos en a DIA (Disposición 021/22).

Luego, y si bien el derecho objeto de la presente acción aparece primariamente resguardado, considero que no ostenta aquella protección el detalle que entiendo

necesario, por lo cual propondré se modifique la decisión de grado, ello a efectos se establezcan pautas concretas tendientes a que se lleven a cabo las medidas adecuadas a fin de resguardar el patrimonio arqueológico denunciado y lograr el procedimiento de restitución de los restos en caso de hallarse.

Será necesario que en el acuerdo que se llegue a tal fin tengan participación la titular del proyecto (quien habría presentado plan de prevención y mitigación arqueológica "ante la autoridad Provincial correspondiente"), el Área de Identificación y Restitución de Restos Humanos Indígenas y Protección de Sitios Sagrados del INAI; la Secretaria de Cultura de la Provincia como autoridad provincial de aplicación de la Ley I-160 y el Instituto Provincial de Asuntos Indígenas.

Asimismo, deberán compatibilizar las pautas indicadas por la Geóloga A. S. en el informe que remitiera el director general del Patrimonio Cultural y que luce agregado el 5/4/2022. El mismo refiere a la necesidad de efectuar estudio arqueológico, monitoreo periódico y durante los trabajos de remoción de sedimentos en el área, capacitación del personal de la empresa para lograr la identificación y determinar el procedimiento a seguir frente a la aparición de hallazgos, etc.

Por lo tanto, se ordena a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia a que en el plazo máximo de sesenta (60) días convoque a los representantes que designen las comunidades actoras juntamente con los organismos provinciales y nacionales indicados para que establezcan

las pautas concretas a seguir para detectar la existencia de restos humanos y su posterior restitución, todo de acuerdo a las disposiciones previstas en la Constitución nacional y en los instrumentos internacionales vigentes en la materia, de modo de armonizar las facultades y políticas municipales previstas en los arts. 30 y 31 de la Carta Orgánica Municipal y las competencias provinciales y Nacionales referidas a la protección constitucional de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas (art. 75, inciso 17 de la Constitución nacional; art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 34 de la Constitución de la Provincia).

Resuelta la cuestión, corresponde atender a las costas, las que en virtud de la decisión a la que arribo deben ser readecuadas por imperio de la letra del art. 282 del ordenamiento ritual, lo que torna carente de virtualidad jurídica las quejas vinculadas al tema. Es en tal contexto, atendiendo a la particular naturaleza de la cuestión, que dispondré sean impuestas en el orden causado en ambas instancias (art. 72 CPCCCh). Difiero la regulación de los honorarios profesionales para el momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes dijo:

Por todo lo expuesto, y de ser compartido mi voto, propongo al acuerdo la siguiente fórmula:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación, modificando la sentencia dictada en la instancia de grado y disponiendo ordenar a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia a que en el plazo máximo de sesenta (60) días convoque a los

representantes que designen las comunidades actoras juntamente con los organismos provinciales y nacionales indicados para que establezcan las pautas concretas a seguir para detectar la existencia de restos humanos y su posterior restitución, todo de acuerdo a las disposiciones previstas en la Constitución nacional y en los instrumentos internacionales vigentes en la materia, de modo de armonizar las facultades y políticas municipales previstas en los arts. 30 y 31 de la Carta Orgánica Municipal y las competencias provinciales y nacionales referidas a la protección constitucional de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas (art. 75, inciso 17 de la Constitución nacional; art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 34 de la Constitución de la Provincia).

2) Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado (arts. 69 y 282 CPCCCh).

3) Diferir la regulación de honorarios para el momento del acuerdo.

A la primera cuestión, la Dra. María Fernanda Zanatta dijo:

El sentenciante diferenció los planteos implicados y entendió que, en el caso, las comunidades actoras, al destacar las falencias del estudio de impacto ambiental fundaron su planteo en el derecho ambiental y el imperativo constitucional a protegerlo sin indicar que el Proyecto afecte o se relacione con un recurso natural o con tierras ocupadas por comunidades indígenas y que la cuestión relativa a los restos óseos interesa a la Municipalidad de Rada Tilly, quien no fue citada a proceso.

Dijo que cuando se convoca a participar de la instancia de audiencia pública se convoca a todas las personas con interés en un tema, lo que incluye a las comunidades indígenas.

A partir de allí, propuso determinar si a pedido de la demandada la pretensión devino abstracta. A tal fin puntualizó que ni en la Constitución de la Nación ni en la de la provincia existe una norma que conceda a las comunidades indígenas a ser consultadas con anterioridad, preferencia o prioridad por sobre el resto de la sociedad que integran y mucho menos que les acuerde facultad de vetar o seleccionar lo que puede integrar al debate público.

Concluyó así que las comunidades intervinieron en el proceso de audiencia pública a tenor de la normativa que tutela el medioambiente, como cotitulares del derecho del art. 41 de la CN y no de conformidad con el régimen tutelar de los pueblos indígenas sin que tenga fundamento normativo la pretensión de forzar al Municipio demandado a contar con su "consentimiento libre informado" como requisito previo para poder autorizar el proyecto sobre todo porque el art. 20 de la Ley General de Ambiente aclara que las objeciones no son vinculantes para las autoridades convocantes y reforzó con cita del fallo de la CSJN en "Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia de Neuquén".

Entendió que no se puede ordenar a la demandada a hacer algo que la ley no manda y que habiendo participado de la audiencia pública sin limitación alguna y obtenido respuesta a sus inquietudes, tuvieron consideración en

el proceso de formación de la voluntad administrativa, por lo que la cuestión devino abstracta.

Contra tal resolución la actora esgrime los agravios que detalló el primer votante y a los cuales me remito en honor a la brevedad.

También seguiré la propuesta de quien me precedió, en cuanto al análisis conjunto de los agravios por la interrelación que exhiben, pero antes diré que el adecuado tratamiento de las cuestiones sometidas a revisión exige unas breves consideraciones sobre un aspecto esencial: el objeto del amparo.

La pretensión estaba dirigida a que se ordene a la Municipalidad de esta ciudad a que con carácter previo al tratamiento de la audiencia pública fijada para dar tratamiento al "Proyecto de Urbanización R. de L." disponga procedimientos de participación y consulta con las comunidades indígenas que se presentan en autos. Solicitó además medida cautelar de no innovar para que la demandada se abstenga de efectuar la audiencia pública y/o tomar decisiones administrativas o convocar a audiencias públicas hasta tanto se resuelva el presente (ver punto II de la demanda "Objeto").

Si bien aclaró que la obligada de hacer efectivos los derechos de participación y consulta que al momento de interponer la acción denuncia conculcados es la provincia del Chubut, dijo que corresponde la participación de la Subsecretaria de Ambiente del Municipio porque la acción tiene por objeto la incorporación de sujetos al procedimiento de urbanización, materia indelegable de ese poder de Estado. Dijo que la urbanización de la Playa Bajada de

los P. afecta a los residentes de Rada Tilly y Comunidades indígenas a quienes no se les ha dado participación y afirmó que resulta competente para resolver el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas por medio del Área de Identificación y Restitución de Restos Humanos Indígenas y Protección de Sitios Sagrados.

Concretamente, precisó que en el expte. administrativo Municipal 108-M-2017 tramita el proyecto de Urbanización "R. de los L. SA" (Proyecto), en el que se presentó un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) deficitario y posterior al inicio de tareas en el área, las que denomina clandestinas.

Puntualizó expresamente que el proyecto no tiene previsto cómo se arbitrará la restitución de restos óseos arqueológicos que se puedan encontrar en el lugar, y que fuera comunicado por la Secretaría de Cultura de la provincia.

En tal sentido, dijo que se trata de un sitio arqueológico y patrimonio cultural inmaterial, debido a que se realizaron excavaciones y encontrado enterratorios humanos específicos como ornamentación con huesos de ballenas (alguno de los cuales se encuentran en el Museo de Rada Tilly habiendo solicitado su restitución de acuerdo al Protocolo Ley V-1-160) con serias posibilidades de que existan más enterratorios que aún no han sido descubiertos por falta de relevamientos y por no llevarse a cabo en forma adecuada el EIA (ello como resulta de los puntos V-5 del escrito de demanda).

Con fundamento en ello reclamó el cumplimiento del deber del Estado de adoptar las previsiones para cumplir con las normas que lo obligan a la realización de un

procedimiento de participación y consulta con el fin de obtener su consentimiento previo, libre e informado (punto VI-3).

Abundó en que el proyecto tiene serias fallas de fundamentación por la falta de participación indígena en su elaboración que deben subsanarse, pues en el mismo, no se informa ni se menciona la participación indígena o la afectación al patrimonio cultural de los pueblos indígenas. Reclama información, pues la que se brindó en el proyecto para el posterior llamado a la audiencia pública que se convocó y que pretende suspender, no alcanza los estándares exigidos por los acuerdos internacionales y jurisprudencia nacional e internacional aplicables (ver punto VI-4).

Dijo también que el proyecto afecta el patrimonio paisajístico modificando el contexto de la reserva natural para la creación de un barrio privado y ejemplificó sobre falencias del EIA sobre datos desactualizados referidos a la población de L. de la zona, ni contiene datos sobre los cetáceos, ni cormoranes residentes en forma permanente en la zona.

Y también citó la Ley General de Ambiente en cuanto establece que en los procesos de ordenamiento ambiental como el que promueve el “Proyecto” se debe tener en cuenta los aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad local, regional y nacional, lo que incluye estudios fundamentados sobre la sustentabilidad social del proyecto, características de la población y diferentes biomas y ecosistemas.

La Municipalidad demandada, luego de una negativa genérica, postuló que la cuestión traída había devenido

abstracta por cuanto se dio cumplimiento a la medida cautelar dispuesta y las comunidades actoras tuvieron participación en la audiencia pública convocada para dar informes sobre el proyecto de urbanización.

Luego y en subsidio pidió la citación de la propietaria/proyectista de R. de L. S.A., toda vez que los amparistas pretenden una participación vinculante; de la provincia del Chubut porque a través de la Secretaría de Cultura de la Provincia es la autoridad de Aplicación de la ley I-60 (del protocolo de tratamiento de restos humanos arqueológicos); del Instituto de Comunidades Indígenas (Ley V-61) y el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) porque tiene competencia en la intervención y protección de asuntos indígenas.

Se explayó sobre la realidad de los hechos comentando los antecedentes del proyecto y el trámite administrativo seguido. En el momento de contestar la acción (8/9/2021) aun no se contaba con la Declaración de Impacto Ambiental (DIA), que había sido suspendida por el traslado de esta demanda y de medidas cautelares decretadas. Luego se dedicó a fundar la improcedencia de la vía elegida por ausencia de sus presupuestos proponiendo distintas alternativas con las que cuentan las amparistas para preservar el sitio del proyecto urbanístico por el valor cultural indígena.

Como primer señalamiento debo decir que los jueces no están atados por las razones jurídicas que las partes invoquen, ni por las calificaciones jurídicas que estas den a sus pretensiones. Son libres en la aplicación del derecho -principio procesal de "iura novit curia"- mientras no se alteren las bases fácticas del litigio.

Es decir que califican autónomamente la base fáctica expuesta en los escritos de constitución de la Litis para subsumirla en el derecho aplicable porque todo juez tiene el deber de conocer el derecho que ha de aplicar para la solución de conflicto con base en los hechos expuestos como litigiosos y con prescindencia de la denominación o encuadramiento jurídico dado por los litigantes a sus pretensiones.

En estos términos, el tema a decidir quedó delimitado por la necesidad de hacer efectivo el derecho a la consulta previa a las comunidades actoras para participar en el proceso de elaboración del EIA por entender que se afectaba su patrimonio cultural inmaterial que pese haber sido puesto de manifiesto en el ámbito administrativo no había logrado hasta ese momento recepción.

Se pretende resguardar el patrimonio cultural de las comunidades actoras, que en el caso está dado por tratarse la zona, de un sitio arqueológico en el que se encontraron restos humanos en el año 2012, con serias posibilidades de nuevos hallazgos. Tales posibilidades, dependen dice, de un EIA llevado a cabo con participación de las actoras para que con suficiente información puedan expresar su consentimiento al proyecto.

Es cierto que incluyeron tanto en la presentación judicial como en las presentaciones que se efectuaron ante los órganos municipales aspectos que refieren al medio ambiente en cuanto a recursos naturales, ecosistema y bioma.

También es dable señalar que en el proceso administrativo llevado a cabo para obtener la aprobación del proyecto se ha presentado la unión de vecinos autoconvocados, comisión de vecinos “Bajada de Los P.” efectuando diversos planteos, entre los que también señalaron la falta de participación de las comunidades indígenas frente a la existencia de un patrimonio arqueológico en la zona (expte nro. 6582-R2010 presentación del 29/7/2019 en que impugnaron las actuaciones llevadas a cabo en sede administrativa sobre el proyecto urbanístico y en particular el certificado de prefactibilidad urbanístico final otorgado por el secretario de Infraestructura, Obras y Servicios Públicos Municipal y denuncias ante la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Provincia a raíz de las cuales, la Dirección General de EIA Municipal dio inicio al Proceso de EIA y suspensión de las actividades de suelos (11/7/2019) y la SAyDS Provincial decidió instruir sumario por iniciar las obras sin autorización y suspender las actividades en la zona.

Luego también es de señalar que el 22 de octubre de 2021 la jueza subrogante, rechazó los pedidos de citación de terceros que efectuara la demandada, aun cuando la propia actora había dicho de la competencia de la provincia, del INAI y consentido la citación de este último y la proyectista R. L. había pedido participación (el 29/10/2021, mediante escrito electrónico ID 477182).

Es decir desatendió las postulaciones de las partes sin que ninguna de ellas recurriera la resolución dejando pasar la oportunidad de integrar la litis con los órganos expertos y específicamente creados para el

tratamiento de las cuestiones traídas ante los tribunales y respecto de quienes la sentencia que se dictara podría tener efectos, que sin lugar a dudas hubiera sido deseable para resolver el "caso" en los términos de los arts. 1 y 2 del CCyCN. Y ello, aun tratándose de un proceso de amparo teniendo en cuenta que se había admitido su tramitación.

Sentado lo anterior, entonces, como dije, la pretensión se dirigió en todo momento a hacer efectivo el derecho de participación y consulta de las comunidades originarias, por ello comenzaré por delinear el contorno y contenido de tal derecho que se encuentra consagrado en el artículo 75, inciso 17, de la Constitución nacional y en los artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT, a la luz de los señalamientos dados por los Órganos Internacionales de Derechos Humanos CIDH, Consejo de Derechos Humanos de la ONU, y la Corte Suprema de Justicia nacional.

La Constitución nacional y los instrumentos internacionales consagran los derechos colectivos de los pueblos indígenas a ser consultados y a participar en la toma de decisiones sobre cuestiones que afecten sus intereses. Estas prerrogativas han sido calificadas como la piedra angular del Convenio 169 de la OIT en tanto son instrumentos esenciales para asegurar que las comunidades indígenas gocen, en pie de igualdad con los restantes miembros de la población, la totalidad de sus derechos reconocidos en ese Convenio y en los restantes instrumentos internacionales, así como en las normas de derecho interno.

"En particular, la Constitución nacional prescribe que corresponde asegurar el respeto de la identidad

cultural de los pueblos indígenas y su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten (art. 75, inc. 17)" (CSJN en "Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad").

Supone oír la voz de los pueblos indígenas con el fin de tomar en cuenta sus intereses, opiniones y puntos de vista, con el objetivo de prevenir lesiones a su identidad cultural cuando se vayan a adoptar medidas que puedan tener efectos sobre su forma de vida o sus costumbres tradicionales, particularmente cuando se encuentre amenazada la tierra o los recursos naturales. Este derecho está cimentado en el respeto al derecho a la identidad cultural, que debe ser garantizado en una sociedad pluralista, multicultural y democrática" (CSJN "Andrada de Quispe Rosario Ladiez y otros c/ Estado provincial s/ acción de amparo").

Al artículo 75 inciso 17 de la CN y al Convenio n° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobado mediante la Ley n° 24071, deben sumarse la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en el año 2007 (art. 9) y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en el año 2016.

Resulta ilustrativo el informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas de la ONU, que señala como deber de los Estados el de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos especiales y diferenciados sobre los asuntos que les conciernen, con la finalidad de obtener su consentimiento libre,

previo e informado, que el mismo dimana del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios de soberanía popular y de gobierno por consentimiento y es un corolario de los principios conexos de derechos humanos. Se aplica siempre que una decisión legislativa o administrativa pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por la población general del Estado, y en relación con los pueblos indígenas que se ven particularmente afectados y respecto de esos intereses particulares, no solo cuando la medida propuesta se refiere a derechos sustantivos ya reconocidos en el derecho interno, como los derechos relativos a las tierras" (ONU, Consejo de Derechos Humanos, James Anaya, 15 de julio de 2009, Doc. ONU A/ HRC/12/34, párrs. 62 y 63).

Los criterios interpretativos que deben guiar la solución en estos casos según lo dispuesto por la Corte Suprema de la Nación en el caso 'Comunidad Indígena Eben Ezer c/ Provincia de Salta' (Fallos 331:2119) con cita de la CIDH indican que cuando se debaten asuntos vinculados con los derechos de los pueblos indígenas, la delicadeza de los bienes en juego debe guiar a los magistrados en el esclarecimiento de esos derechos (considerando 3°)".

La CIDH en el 'Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador' manifestó que 'La obligación de consultar a las comunidades y pueblos indígenas y tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en

las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos [...]' (sentencia del 27 de junio de 2012, párr. 166)".

Por su parte la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT en cuanto manifestó que las consultas deben llevarse a cabo de buena fe y de manera plena, e implican un verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas (OIT, CEACR, Observación General sobre la obligación de consulta, 16 de febrero de 2011). Allí se expuso que 'no se puede considerar que una simple reunión informativa cumpla con las disposiciones del Convenio y que las consultas deberían realizase antes, lo cual implica que las comunidades afectadas deberían participar lo antes posible en el proceso, incluso en la preparación de los estudios de impacto medioambiental' (para más, ver OIT, Programa para Promover el Convenio núm. 169, 'Comprender el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989', Ginebra, 2013; en sentido análogo, ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos en el 'Caso del Pueblo Satamaka vs. Suriname', sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrafo 133)" y durante todas las etapas relevantes de la toma de decisiones.

Y en este camino, es necesario señalar que el art. 6 del Conv. 169 de la OIT contempla dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas. En primer lugar, los gobiernos deben ‘**consultar** a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente’ (inc. a) y, en segundo lugar, deben **‘establecer los medios adecuados a través de los cuales** los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que le conciernan’ (inc. b)”.

A los efectos de determinar el alcance del derecho a la consulta y participación, los artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT deben ser interpretados en forma sistemática con su artículo 7, apartado 3, que estipula que los gobiernos deben velar para que se efectúen ‘estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual, cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos’(CSJN, “Andrada de Quispe Rosario La diez y otros c/ Estado provincial s/ Acción de amparo)”.

De tales consideraciones surge que el derecho a la participación y consulta impone a los Estados el deber de arbitrar los procedimientos adecuados a tal fin; que es previo y en colaboración con los proyectos de desarrollo y que no se agota en la etapa previa, sino

en todas las etapas relevantes de toma de decisiones; que no se refiere exclusivamente al uso de las tierras y recursos naturales, sino solo principalmente y no de manera excluyente; y que es de naturaleza preventiva, no exige la certeza, sino la posibilidad de que sean alterados los derechos, intereses o la forma de vida de las comunidades indígenas.

Dentro de este marco normativo, conceptual e interpretativo, gran parte del cual fue citado por las amparistas en la demanda y su ampliación, fácil es advertir que el objeto del amparo consistía en esa participación previa, incluso a la audiencia pública que convocó el municipio para el día 30/7/2021.

Pues reclamaban su intervención para participar en forma previa en la elaboración del EIA conforme los parámetros que señalé.

Y no únicamente para solicitar información que denuncia que el proyecto no contenía, sino también porque en base a ese EIA realizado con los déficits que denunció, se haría la audiencia pública prevista por el art. 26 la Ord. 7060/00 (T.O. 2017) para luego obtener la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) que culmina con el otorgamiento de alta ambiental. Todo ello de acuerdo al Procedimiento Técnico-Administrativo de Evaluación de Impacto Ambiental establecido por dicha ordenanza.

La omisión del Estado queda evidente, sin perjuicio de las presentaciones y denuncias de la unión de vecinos que detallé que surgen del expte. 6582-M2019. Del expte. 3403-R-2019 surge que el día 14/8/2019 el Secretario de Cultura (provincia) había puesto en conocimiento del Subsecretario de ambiente

del Municipio (y a su requerimiento del 26/7/2019) la existencia y reconocimiento de un sitio arqueológico y la petición expresa que se incorpore al EIA del proyecto un apartado que contemple "más detalladamente los aspectos culturales (arqueológicos y antropológico) con la finalidad de evaluar posibles acciones a llevar adelante antes, durante y con posterioridad del inicio del proyecto" (ver nota 155/19 acompañada por la actora el 12/8/2021 mediante escrito electrónico ID 388741.

Del art. 1° de la Ord. 6070/00 surge que la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, conforme a los términos de la Carta Orgánica Municipal determina el Procedimiento Técnico - Administrativo de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) **con el fin de coadyuvar**: a) a establecer el derecho de las personas a gozar de un ambiente sano, preservarlo y defenderlo en provecho de las generaciones presentes y futuras. **b) a preservar el patrimonio natural, cultural, urbanístico, arquitectónico y de calidad visual y sonora**, c) a proteger la fauna y flora urbanas; d) a racionalizar el uso de materiales y energía en el desarrollo del hábitat; e) a lograr un desarrollo sostenible y equitativo de la ciudad; f) a mejorar y preservar la calidad del aire, suelo y agua; g) a regular toda otra actividad que se considere necesaria para el logro de los objetivos ambientales consagrados por la Carta Orgánica Municipal.

Sin dudas el procedimiento previsto es una herramienta de protección ambiental que tiene entre sus objetivos preservar el patrimonio cultural.

Nótese que en el diseño del procedimiento municipal, el Estudio Técnico de Impacto Ambiental que debe presentar el responsable del proyecto, según el art. 19, debe contener, como mínimo y sin perjuicio de los requisitos que se fijen en la reglamentación los siguientes datos: a) Descripción general del proyecto y exigencias previsibles en el tiempo, con respecto al uso del suelo y otros recursos (combustibles, aguas, etc.). Relación del proyecto con el cuadro de usos conforme a la ordenanza de zonificación o con la norma que lo reemplace y/u otras normas vigentes. Análisis de la normativa específica relacionada con la materia del proyecto. b) Estimación de los tipos y cantidades de residuos que se generarán durante su funcionamiento y las formas previstas de tratamiento y/o disposición final de los mismos, c) Estimación de los riesgos de inflamabilidad y de emisión de materia y/o energía resultantes del funcionamiento, y formas previstas de tratamiento y control. d) **Descripción de los efectos previsibles, ya se trate de consecuencias directas o indirectas, sean estas presentes o futuras, sobre la población humana,** la fauna urbana y no urbana, la flora, el suelo, el aire y el agua, **incluido el patrimonio cultural, artístico e histórico.**

Y la ausencia inicial de tales previsiones resultan entendibles, pues al momento de otorgar la factibilidad, se tuvo en cuenta la Ordenanza 4348/17 que deja a criterio de la administración el pedido de EIA y no la 7060/00. Por eso fue presentado con posterioridad al certificado de factibilidad y fue iniciado el procedimiento de EIA en julio de 2019 (según surge de la Nota 582/19 del

director General de la Dirección de EIA de la Subsecretaria de Ambiente Municipal).

Remarco como lo hace el Ministro Dr. Rossati en "Comunidad Mapuche" que el art. 75, inciso 17 de la Constitución nacional, da cuenta de la adopción de un nuevo paradigma de protección de la diversidad cultural. Esta disposición, luego de afirmar la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, les garantiza un conjunto de derechos específicos basados en el deber de asegurar "el respeto a su identidad cultural", entre los que destaca como instrumento para hacerlos efectivos el derecho a la participación en la gestión referida a los recursos naturales **y otros intereses que los afecten**. Por su parte, la Constitución de la Provincia contiene en su art. 34 una norma similar al citado art. 75, inciso 17 de la Constitución nacional en la que garantiza el respeto a la identidad de los pueblos indígenas en su territorio.

Una interpretación literal pudo llevar a la posible confusión de entender que lo que se pretendía ejercer era la titularidad del derecho al ambiente como referido únicamente a los recursos naturales o de la tierra. Es que, claro, dentro del ambiente también está el patrimonio cultural presupuesto básico y fundamental de la identidad cultural, forma de vida y costumbres tradicionales de todos y por supuesto también los pueblos originarios.

Es así que como titulares de aquel derecho de consulta y participación, con las características que señalé, reclamaron la participación, pues dijeron y acreditaron -preventivamente- que se trataba de patrimonio arqueológico, cultural e inmaterial debido a

los enterratorios humanos que se hallaron y que podrían hallarse (ver notas dirigidas al Director Provincial de Asuntos Indígenas del 11/7/09 donde se da cuenta de visitas al sitio arqueológico, y se solicita el informe científico sobre los restos óseos hallados en 2012 autorizando el estudio pertinente para dicho informe y copia certificada del informe elaborado por la arqueóloga A. S. respecto de los hallazgos realizados en Bajada de Los P./R. de los L." en fecha 12/06/2019' agregado el 5/4/2022 al expediente como prueba informativa de la Secretaría de Cultura.

Recuérdese que cuando se debaten asuntos vinculados con los derechos de los pueblos indígenas, la delicadeza de los bienes en juego debe guiar a los magistrados en el esclarecimiento de esos derechos (La Corte Suprema de la Nación en el caso 'Comunidad Indígena Eben Ezer c/ Provincia de Salta' (Fallos 331:2119) considerando 3° con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Y si como se viene diciendo, el Estado debe asegurar que los estudios sobre los proyectos de desarrollo evalúen la incidencia social, espiritual, cultural y ambiental sobre los pueblos indígenas, el Estado debió preveer esa participación previa.

En este sentido, el Dictamen de la Procuración Fiscal, en el caso Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/ Acción de inconstitucionalidad" - S.C.C 1490, L XLVII. (disponible en https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2014/AGilsCarbo/septiembre/Com_Mapuche_C_1490_L_XLVII.pdf) señaló que el derecho a la consulta es de naturaleza

preventiva, por cuanto exige solo la posibilidad de que sean alterados los derechos, intereses o la forma de vida en las comunidades indígenas, pues el paradigma de protección de la diversidad cultural pone en cuestión el ideal de una ciudadanía homogénea y por lo tanto asimilacionista con los pueblos indígenas. Por el contrario, advierte que se debe lograr el efectivo reconocimiento de la diferencia y un diálogo abierto que permita discutir sobre los espacios y mecanismos de interacción entre la forma de vida indígena y no indígena.

En el caso, la posibilidad de que existan enterratorios humanos pertenecientes a las comunidades actoras existe con alto grado de probabilidad, pues conforme el informe elaborado por la arqueóloga A. S. en fecha 12/06/2019 se detectaron cinco sitios arqueológicos en el sector "La bajada de los P." que permitieron reconocer rasgos de ocupación de antiguas poblaciones cazadora-recolectora prehispánicos. A esos rasgos de ocupación y evidencias arqueológicas, se suma un hallazgo fortuito de restos humanos ocurrido en 2012 bajo una modalidad de entierro particular asociada a vértebras de ballena cuyo sitio fue identificado por el museólogo A. del Museo de Rada Tilly.

Entonces si la realización de los procesos de consulta es una responsabilidad del Estado (ya sea nacional, provincial o municipal) en todos los casos en que se afecte el interés de los pueblos originarios (remarco el interés que sea, pues como se vio no hace falta que se trate de tierras ocupadas, ni que solo se trate de gestión de recursos naturales) para preservar y garantizar el respecto a su identidad y prevenir

lesiones a su identidad cultural, forma de vida y costumbres y ello en forma previa a la elaboración del EIA y en todas las fases relevantes del proyecto, ese deber del Estado de prever el procedimiento no fue satisfecho.

Pero, no podemos dejar de señalar que la ausencia de directrices jurídicas para el procedimiento de consulta es un serio obstáculo para el cumplimento de ese deber estatal de consulta.

En tal sentido, dice la propia Comisión de DD.HH. que algunos Estados miembros de la OEA han recurrido a la aplicación del Derecho Ambiental general, que frecuentemente incorpora requisitos de información y audiencias públicas para permitir la participación local en relación con los proyectos de desarrollo, generalmente en la fase de elaboración de los estudios de impacto social y ambiental. Sin embargo a la luz de los estándares interamericanos de derechos humanos, los mecanismos de este tipo son usualmente insuficientes para acomodar los requisitos de la consulta a los pueblos indígenas, concebida como un mecanismo especial de garantía de sus derechos e intereses de conformidad con los criterios establecidos por los órganos del Sistema en aplicación de los estándares internacionales (*cf*. OEA; Comisión Interamericana de Derechos Humanos; especial CIDH 50 años, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 diciembre 2009 Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales; "Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", pág.117.pdf).

De allí que la participación de las comunidades actoras a través de su representante letrada en la

audiencia pública realizada no torna abstracta la cuestión.

Porque además, la consulta no es un acto singular, sino un proceso de diálogo y negociación que implica la buena fe de ambas partes y la finalidad de alcanzar un acuerdo mutuo. Los procedimientos de consulta, en tanto forma de garantizar el derecho de los pueblos indígenas y tribales a participar en los asuntos susceptibles de afectarles, deben "propender por la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos y no limitarse únicamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daños" (*cf*. CIDH, Acceso a La justicia e inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia, Doc. OEA/Ser. L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007 párr. 248). El procedimiento de consulta no puede agotarse en el cumplimiento de una serie de requisitos pro forma. Incluso en los supuestos en los que el consentimiento de los pueblos indígenas no sea un requisito necesario, los Estados tienen el deber de prestar la debida consideración a los resultados de la consulta o, en su defecto, proporcionar razones objetivas y razonables para no haberlos tomado en consideración (Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales Sobre Sus Tierras Ancestrales Y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2010 Internet: http://www.cidh.org - E-mail: X.).

Y tampoco puede admitirse, como se viene explicando, que el proyecto no afecte sus intereses como fue respondido por el Subsecretario de ambiente del

municipio con fundamento en la interpretación del art. 6 del Convenio 169 de la OIT, que a todas luces no es compatible con las directrices señaladas de conformidad con la interpretación evolutiva de la Corte del art. 21 de la Convención Americana que cuenta los desarrollos más amplios en el contexto del régimen internacional de derechos humanos y en las normas y en la jurisprudencia de los Estados miembros de OEA.

Todo ello me convence de que la cuestión no ha devenido abstracta y en tal sentido corresponde hacer lugar al agravio.

No obstante, en este contexto de ausencia total de directrices para el procedimiento -cuestión que queda pendiente-, tampoco puede desconocerse que **en los hechos** ese proceso de diálogo abierto que permita discutir sobre espacios y mecanismos de interacción que supone la consulta para que los pueblos indígenas expresen sus puntos de vista y opiniones en una etapa oportuna que asegure que la voz de las comunidades indígenas pueda incidir verdaderamente en la adopción de decisiones que involucren sus intereses se está cumpliendo.

Es que aun cuando no hayan podido tener intervención previa en la elaboración del proyecto, si se tiene en cuenta que desde que fue puesto en conocimiento del Estado municipal la existencia de posibles intereses que involucren la identidad y patrimonio cultural –hacia julio de 2019-, se obtuvo la suspensión de todo tipo de actividad en el proyecto hasta contar con los informes de impacto ambiental y necesidad de audiencia pública (Comunicación nro. 12/19 del Concejo Deliberante), se solicitó al Poder Ejecutivo Municipal la creación e implementación de un “Plan de

Manejo Ambiental" acorde el "Area Natural Protegida Punta del Marques" (Expresión de Deseos del Concejo Deliberante del 9/5/20196) en el Dictamen de Impacto Ambiental (DIA).

Se pudo conocer que la desarrolladora habría presentado ante la autoridad provincial correspondiente un EI arqueológico que prevé un plan de prevención y mitigación arqueológica –aunque no sus términos- y que únicamente los sitios S2 y S3 identificados en el informe de la arqueóloga S. se encuentran dentro del perímetro del Proyecto (ver presentación del día 28/5/2020, expte. nro. 6582-M-2019). Extremo que resulta de especial relevancia para el avance del proyecto.

También se dio inicio al procedimiento de impacto ambiental conforme la Ordenanza 6070/00 y se citó a audiencia pública.

Y el 13/1/2022 se produjo el DIA en el expte. administrativo nro. 3153 (art. 27 Ord. 6070/00) y en relación a los restos arqueológicos en el sector del proyecto, considerando que los restos humanos que se encontraron en el pasado fueron trasladados a la localidad de Rada Tilly, en caso de que se hallen nuevos restos, los mismos deberán recuperarse en conjunto con representantes de pueblos originarios para su reubicación y/o restitución (expte. nro. 622/2021 que tramitó ante esta alzada el 14 enero 2022 mediante escrito electrónico ID 548736 agregado a la concesión del recurso interpuesto el 17/1/2022).

Es decir, que las intervenciones y las previsiones del DIA resultan oportunas y prevén la participación y consulta también en otra fase relevante del proyecto,

pues al decir “si se hallaren” evidentemente implica en el curso de movimientos de suelos.

Por último, de la documentación acompañada por la demandada como consecuencia de la medida de mejor proveer solicitada, surge que el 21/1/2022 se expidió Certificado de Alta Ambiental condicionado al cumplimiento de los requisitos que se establecen en la DIA

Por ello acordaré con la propuesta de mi colega preopinante porque la solución que propone se presenta como aquella que, en un marco multicultural y diverso, permite encauzar la situación institucional vigente con la protección constitucional que requieren los pueblos y comunidades indígenas involucrados tal como lo hiciera la Corte en el antecedente Comunidad “Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad”.

Costas y honorarios:

La solución que propongo, modificatoria de la de la instancia anterior, obliga a la readecuación de costas y honorarios por imperio del art. 282 del CPr.

En tal sentido acompañaré también la propuesta de mi colega preopinante atendiendo a la novedad y originalidad del planteo, su falta de precisión y las dificultades interpretativas que quedan exhibidas en la resolución, justifican plenamente la imposición de costas por su orden en ambas instancias.

En relación a la regulación, cabe evaluar las circunstancias particulares de cada causa, teniendo en cuenta que, en casos como el presente, en que por el contenido de las pretensiones encaminadas a tutelar cualquier afectación de los derechos o garantías que

explícita o implícitamente reconoce la Constitución nacional, no es posible contar con un monto directamente ponderable, el magistrado es libre de retribuir prudencialmente la labor de los profesionales intervinientes conforme los principios enunciados respecto de los procesos no susceptibles de apreciación pecuniaria (art. 5, incs. b a f), y sin sujetarse estrictamente a fórmulas matemáticas, debe procurar una retribución en proporción con las actuaciones realizadas, labor cumplida, complejidad y naturaleza del litigio, éxito obtenido, la trascendencia jurídica, moral y económica para la actora, las disposiciones y escala prevista por los artículos 6 y teniendo como referencia el mínimo establecido por el art. 35 de la Ley XIII.

En el caso, teniendo en cuenta el proceso íntegramente tramitado, el mérito de la labor profesional desarrollada, la naturaleza y complejidad del asunto (art. 5 Ley XIII-4) y el tiempo que insumió la real tramitación del proceso, propongo regular los honorarios de las Dras. S. I. y E. O. C. conjuntamente por sus labores en la primera instancia en la suma de pesos equivalente a 30 jus. Los de esta instancia, por aplicación de la escala porcentual prevista en el art. 13 de la ley arancelaria, los fijo en el 30% de los regulados por la primera instancia. En ambos casos con más el IVA si correspondiere.

No correspondiendo regular honorarios a los Dres. I. A. V. y G. G., apoderados de la demandada, atento al modo de imposición de las costas y lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley XIII n° 4.

A la segunda cuestión, la Dra. María Fernanda Zanatta dijo:

Por tales razones, adhiero a la fórmula postulatoria del Dr. Ricardo Hayes con la regulación de honorarios propuesta.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A, y Ley V-174), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. María Marta Nieto no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

2) Modificar la Sentencia nro. 27/22 de fecha 8 de abril de 2022, dictada en la instancia de grado, y ordenar a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia a que en el plazo máximo de sesenta (60) días convoque a los representantes que designen las comunidades actoras juntamente con los organismos provinciales y nacionales indicados en los considerandos pertinentes, para que establezcan las pautas concretas a seguir para detectar la existencia de restos humanos y su posterior restitución, todo de acuerdo a las disposiciones previstas en la Constitución nacional y en los instrumentos internacionales vigentes en la materia, de modo de armonizar las facultades y políticas municipales previstas en los arts. 30 y 31 de la Carta Orgánica Municipal y las competencias provinciales y nacionales referidas a la protección constitucional de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas (art. 75, inciso 17

de la Constitución nacional, art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 34 de la Constitución de la Provincia).

3) Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado.

4) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a las Dras. S. I. y E. O. C., conjuntamente, en la suma de pesos equivalente a treinta jus (30 JUS) y por sus labores en la alzada en el treinta por ciento (30%) de lo regulado a su parte por la labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera; no correspondiendo regular honorarios a los Dres. I. A. V. y G. G., apoderados de la demandada, atento al modo de imposición de las costas y lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley XIII n° 4

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. 23 DEL AÑO 2022
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "C"