

**Comunidad Eben Ezer c. Everest S.A.; Secretaría de Medio Ambiente de la Provincia de Salta -
Amparo - Recurso de apelación
Corte de Justicia de la Provincia de Salta
21/06/2007**

PUBLICADO EN: LLNOA 2007 (noviembre), 1011

Salta, junio 21 de 2007.

CONSIDERANDO: 1º) Que contra la sentencia de fs. 202/218 que rechazó la demanda de amparo al mismo tiempo que desestimó las excepciones de falta de legitimación sustancial activa y pasiva planteada por Everest S.A. y ordenó el cese de la intervención en autos del Sr. Defensor del Pueblo de la Nación, interpusieron sendos recursos de apelación, la parte actora (fs. 258/268) y el citado funcionario nacional (fs. 220/242).

Para así resolver, frente a la pretensión de los actores de obtener la declaración de invalidez del procedimiento administrativo de estudio de impacto ambiental y del estudio realizado en expediente nº 119-10.404/05, en relación a la iniciativa privada de desmonte de 6218 hectáreas -constitutivas de los ex lotes fiscales 32 y 33, que se identifican con las matrículas catastrales nos. 16126, 16130, 16132 y 16133 del Departamento de Anta-, por omitir aquéllos la valoración de aspectos sociales y culturales de la comunidad actora y también los impactos que recibirá a causa del desmonte en las tierras donde habitan conforme a su estilo tradicional, el juez a quo consideró su improcedencia por no existir una decisión administrativa definitiva de la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable, además de haberse iniciado en forma paralela otras actuaciones judiciales. Afirmó que no se probó en el caso que las mentadas actuaciones administrativas resultaran una vía inidónea para la protección de los derechos que se dicen vulnerados. Asimismo, entendió que por tratarse de cuestiones eminentemente técnicas, no corresponde alterar el juego de las instituciones vigentes debiendo concluir el cauce administrativo pendiente.

Por otra parte, rechazó la legitimación procesal del Defensor del Pueblo de la Nación, en lo esencial, por constituir un órgano federal de control que impide su actuación en la esfera provincial.

2º) Que al expresar los agravios (fs. 258/268) la parte actora arguye la innecesariedad en el caso de transitar la vía administrativa por cuanto esta no resulta ser la vía más idónea para la protección inmediata de los derechos invocados -no discriminación, participación en los asuntos que les atañen, identidad e integridad cultural, entre otros-. Considera que la demanda interpuesta tiene por objeto evitar la consumación del daño y no posponerse para cuando la afectación ya se ha producido. Entiende también que se omitió valorar la prueba aportada, relativa a la no traducción al idioma wichi del estudio de impacto ambiental ni de las constancias del expediente administrativo, además, dice, de violarse su derecho a participar en la audiencia pública realizada el 2 de mayo de 2005 por falta de notificación, al mismo tiempo de no tratarse el impacto cultural en los estudios de impacto ambiental. Refiere la vulneración de los arts. 75 inc. 22 de la CN, 24 de la CADH, 6 del Convenio 169 de la OIT. Por otra parte, afirma que nunca se promovieron actuaciones administrativas ya que siempre se buscó la protección jurisdiccional. Manifiesta que lo planteado en autos no implica la valoración de cuestiones técnicas, como lo pretende el a quo sino la comprobación de que los estudios de impacto ambiental se realizaron sin la intervención de la comunidad actora, con olvido de valorar los impactos sociales, culturales y ambientales en los estudios realizados por la empresa demandada.

Hace mención además, en sustento de su pretensión, del Convenio sobre Diversidad Biológica y la ley provincial 7070, en relación al principio de participación.

Con respecto a la intervención en autos del Defensor del Pueblo de la Nación, con cita de los arts. 43 y 86 de la Constitución Nacional arguye, en síntesis, que su competencia se extiende por todo el territorio nacional.

Por su parte, a fs. 220/242 obran los agravios propuestos por el Defensor del Pueblo de la Nación. Cuestiona el fallo en cuanto le negó legitimación procesal para intervenir en autos por cuanto entiende que del juego armónico de los arts. 43 y 86 de la C.N. y la ley 24.284

surge su facultad de proteger, en el caso, los intereses colectivos de la comunidad Eben Ezer. Afirma que de la misma manera lo interpretó el Más Alto Tribunal en la sentencia del 24/5/05, "Defensor del Pueblo de la Nación c. E.N.-P.E.N.- M.E. Dcto. 1738/92 s/proceso de conocimiento". Expresa que la competencia de este órgano no se encuentra limitada a la actuación en el ámbito administrativo ni por la circunstancia de haber interpuesto la parte afectada una acción judicial.

Por otra parte, considera que cualquier violación a un derecho humano de incidencia colectiva faculta al Defensor del Pueblo de la Nación a protegerlo sin discriminar si se trata de jurisdicción provincial o federal, máxime cuando en la Provincia de Salta no existe tal instituto.

Por último, resalta el ritualismo inútil que significa exigir el agotamiento de la vía administrativa cuando resulta evidente su ineficacia, conforme la actuación desplegada hasta el presente por el Estado Provincial.

A fs. 312/314 se pronuncia el Sr. Fiscal ante la Corte N° 2 por el rechazo de los recursos conforme los argumentos que allí explicita.

3º) Que a fin de ordenar el análisis de las cuestiones planteadas, resulta conveniente atender en primer término al recurso planteado por el Defensor del Pueblo de la Nación.

Conforme se desprende de las presentes actuaciones, la actora solicitó, al deducir la demanda, la citación del Defensor del Pueblo de la Nación como tercero interesado, con cita del art. 86 de la Constitución Nacional (fs. 23 vta., punto VII), petición acogida por providencia de fs. 61, situación en mérito a la cual a fs. 83/100 tomó intervención en autos "en representación del colectivo de wichis afectados por las medidas que son objeto de reclamo en autos" (ver fs. 100, XI.1). Ello sin embargo, como ya se expresara, el juez del amparo acogió el planteo relativo a su ausencia de legitimación procesal.

Sobre el particular, la discusión en autos ha girado en torno a la interpretación efectuada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de los arts. 86 y 43 de la Constitución Nacional y los arts. 16 y 21 de la ley 24.284 a través de la exégesis, fundamentalmente, del caso "Defensor del Pueblo de la Nación c. Poder Ejecutivo Nacional y otro" del 24/5/05. Por ello es que resulta necesario efectuar una breve consideración respecto de dicho pronunciamiento a fin de reconducir la discusión con el objetivo de no alterar la genuina comprensión que se deriva de aquél y que cabe respetar en cuanto el Más Alto Tribunal Federal constituye el intérprete final de la Constitución Nacional. En el referido fallo, en síntesis, el Defensor del Pueblo de la Nación mediante un proceso ordinario cuestionó la constitucionalidad de la ley 24.076 y el decreto n° 1737/92 en cuanto permitían la indexación de las tarifas del servicio público de gas, habiéndose planteado la excepción de falta de legitimación de aquél. Si bien en la decisión de la mayoría se rechazaron las quejas incoadas, obiter dicta algunos de los integrantes de la Corte Federal se pronunciaron sobre la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación, concluyendo con el otorgamiento de una legitimación procesal amplia. No obstante lo cual, se dejó a salvo que dicho criterio no significa que los jueces no deban examinar, en cada caso, si corresponde asignar a aquél el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, como es exigible en todo proceso judicial (consid. 15). Además de haberse advertido que la continuidad de su actuación procesal en situaciones en que uno de los interesados en el pleito hubiere interpuesto recurso administrativo o acción judicial es procedente en la medida en que persista la afectación de los intereses difusos o colectivos (voto del Dr. Maqueda). En consecuencia, el holding de la sentencia comentada no permite colegir un cambio de criterio, con la amplitud pretendida, en la interpretación que hasta la fecha ha efectuado la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la legitimación procesal del Defensor del Pueblo de la Nación (conf. Fallos, 321:1352; 323: 4098) ya que lo expuesto sólo trasunta la opinión de los votos minoritarios, que no forman parte del fundamento de la decisión y carecen, por ende, de fuerza vinculante.

Asimismo, y con estricta referencia a la materia ambiental, el Más Alto Tribunal Nacional fallo del 24 de agosto de 2006 en la causa "Mendoza, Beatriz Silvia y Otros c/ Estado Nacional y Otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza-

Riachuelo)", al solicitar su intervención el Defensor del Pueblo de la Nación con arreglo a los arts. 86 de la CN y 30 de la ley , precisó que "en el tratamiento y decisión de todo planteo que tenga por objeto la intervención de terceros debe imperar un criterio restrictivo ya que siempre importa una alteración de la normalidad del juicio (Fallos, 327:1020), regla que impide admitir, como pretende el defensor del pueblo, una intervención con un grado que lleva tal modificación del curso de la causa al extremo de ampliar el alcance subjetivo de la pretensión a catorce municipios de la Provincia de Buenos Aires respecto de los cuales los actores no han dirigido su reclamación" (considerando 3º in fine). Ello no obstante, admitió la participación requerida con el argumento de que "una decisión en ese sentido sería frustratoria de las facultades procesales reconocidas a dicho órgano por el art. 86 de la CN y, con particular referencia a causas en que se persigue la recomposición del ambiente dañado, por la ley 25.675, en cuyo régimen está típicamente reglada la intervención como terceros de los sujetos legitimados cuando se trata de un proceso promovido con anterioridad por otro de los titulares habilitados (arts. 30, 31, 32)" (Considerando 5º).

Así, la actuación directa en autos de la comunidad indígena que se dice afectada, más la intervención de la representante del Ministerio Público, diluyen el interés del Defensor del Pueblo de la Nación en participar en la especie ya que su legitimación es subsidiaria (ver CSJN, "Defensor del Pueblo de la Nación c. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos", 21/8/03; "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. Ministerio de Salud", 18/12/03, entre otros —LA LEY, 2003-F, 936; 2004-D, 30).

Bajo tales parámetros, entonces, el criterio adoptado por el juez del amparo para repeler, en el presente caso donde no existe -cabe resaltar- una pretensión de recomposición del ambiente dañado, la legitimación procesal del Defensor del Pueblo de la Nación, no merece reparo constitucional, por lo que se rechaza la impugnación deducida al respecto.

4º) Que sentado ello, cabe abordar la cuestión de fondo suscitada; esto es, en lo esencial, la presunta ilegitimidad o invalidez del procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental que lleva adelante la Secretaría de Medio Ambiente y el estudio realizado en el expediente nº 11.910.404/05 por afectar los derechos de la comunidad aborigen accionante a participar en la gestión de sus recursos naturales.

En principio, cabe puntualizar, en relación al cauce procesal utilizado por los actores para tutelar sus derechos que, en el caso, corresponde reconocerle eficacia a la vía del amparo intentado.

Es que si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, "su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias" (CSJN, Fallos, 320:1339 y 2711; 321:2823, entre muchos otros).

En el caso, la elección del amparo, como remedio judicial expeditivo, se sustenta en la necesidad de prevenir los daños al medio ambiente que podría provocar la cuestionada actividad desplegada por la administración en orden a autorizar los referidos desmontes de manera irregular, con consecuencias irreparables, tales como reducción de la biodiversidad y la consiguiente afectación del área de emplazamiento de la comunidad indígena actora con grave peligro para su desarrollo sustentable, además de omitir la pertinente participación en la gestión de sus recursos naturales, garantizada por la Constitución Nacional.

Por ello, constituye un exceso de rigor formal sostener que las cuestiones requerían de un proceso ordinario, con mayor debate y prueba cuando se trata de comprobar la legitimidad de los procedimientos administrativos que se llevan a cabo para el otorgamiento de los certificados de desmontes solicitados por la empresa demandada pues, a fin de determinar la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, resulta suficiente controlar que los actos impugnados respeten los procedimientos exigidos por la legislación provincial y nacional vigentes para autorizar la actividad. En lo sustancial, la evaluación previa de impacto ambiental y social, y, en definitiva, el debido resguardo de lo dispuesto por el art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional.

Es que la tutela ambiental se integra con el derecho-deber que la Constitución Nacional, art. 75 inc. 17, otorga a las comunidades indígenas para que participen en la gestión referida a sus recursos naturales, lo cual les permite estar en juicio o en la jurisdicción administrativa en defensa del ambiente y las obliga a intervenir activamente en dicha protección con énfasis en el carácter operativo de la norma constitucional mencionada (conf. LA LEY, 1996-B, 950).

Como lo señala Rosatti, dicha reforma incorpora el criterio de interpretación participativa (no forzada ni coaccionada) de los indígenas a la vida nacional dentro de un marco de respeto de sus identidades étnicas y culturales, cuya preexistencia al Estado Nacional se admite explícitamente constituyendo el fundamento socio-histórico-político del reconocimiento de ciertos derechos que de otro modo, podrían considerarse como privilegios con relación al resto de la población nacional ("La Reforma de la Constitución", pág. 200).

5º) Que como se advierte, la problemática que se esboza exhibe un vínculo inescindible entre la materia ambiental y los derechos de los pueblos indígenas. Ello se explica en cuanto como bien lo resalta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un pronunciamiento dictado con fecha 31/8/2001, a través del voto del juez Salgado Pesantes, en los autos "Comunidad Mayagua (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua" que el derecho a la tierra, reivindicado por los indígenas, se inscribe en el derecho a la propiedad, desbordando el concepto tradicional en el que prima la relación individual, toda vez que las culturas indígenas tienen una vinculación muy particular con la tierra secular de sus antepasados en la cual cumplen su ciclo vital y donde buscan alcanzar su plenitud humana espiritual y material (LA LEY, 2003-C, 290).

6º) Que ya en el análisis del plexo normativo que enmarca la cuestión a dilucidar, cabe partir de aquellas normas que han rescatado el respeto, la protección y la realización de los derechos de las comunidades indígenas y de sus miembros (confr. Rolando Gialdino, "El rescate de la diferencia. Las comunidades indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos", Revista de Jurisprudencia Argentina, 2006-III, fascículo 10 del 6/9/06).

Corresponde recordar "ab initio" que el referido inc. 17 del art. 75 de la Constitución Nacional dispone que corresponde al Congreso: "Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones".

En sentido concordante se pronunciaron los convencionales constituyentes de la Provincia al reformar el art. 15 de la Constitución local, precisando, además, que "El Gobierno Provincial genera mecanismos que permitan, tanto a los pobladores indígenas como no indígenas, con su efectiva participación, consensuar soluciones en lo relacionado con la tierra fiscal, respetando los derechos de terceros".

A su vez, el Convenio OIT 169 sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales, ratificado por ley nacional 24.071, señala las facultades básicas que debían reconocérseles a los pueblos indígenas respecto de los recursos naturales: a) protección de los recursos naturales existentes en sus tierras; b) la participación en su utilización, administración y conservación; c) la consulta previa para evaluar posibles perjuicios; d) la participación, siempre que sea posible, en los beneficios que reporten esas actividades.

Por otra parte, en octubre de 1994, fue ratificado el Convenio de Diversidad Biológica (ley nacional 24375) que garantiza la participación de las comunidades indígenas y locales en la disposición de su conocimiento tradicional relacionado a los recursos biológicos.

Asimismo, tanto en el ámbito nacional como provincial se han creado organismos de promoción, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas (ver ley nacional 23.302 del INADI y las leyes provinciales 6373 y 6681).

7º) Que en cuanto al marco normativo que aborda la cuestión ambiental, el derecho al ambiente según el texto de la Constitución Nacional se conforma no sólo con lo establecido en el art. 41 párr. 1º: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras", sino también -y necesariamente- por el cúmulo de derechos reflejos que el propio texto constitucional enumera en su segunda parte cuando establece que "las autoridades proveerán a la protección de ese derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambiental.

Bajo tal imperativo constitucional, es que se dicta la ley nacional 25.675, (sanc. 6/11/2002; promul. 27/11/2002; publ. 28/11/ 2002), denominada Ley General del Ambiente, que incorpora los principios de la política ambiental, y según su art. 1º establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable (cf. Bidart Campos, "Tratado Elemental de D. Constitucional Argentino", 9º Ed. Ediar, 2001, t. I B, 231 y ss.). Así, la política ambiental nacional deberá propender, en lo que al caso interesa, a fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión y prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo y establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental (ver art. 2).

Asimismo, entre los principios de política ambiental (art. 4) cabe mencionar el preventivo, precautorio, equidad intergeneracional y sustentabilidad en cuanto: a) Principio preventivo: las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir; b) Principio precautorio: cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente; c) Principio de equidad intergeneracional: los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras; d) Principio de sustentabilidad: el desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras.

En el ámbito local, los principios de política ambiental antes referidos también se encuentran contemplados por la ley 7070, de protección del medio ambiente. Precisamente, el eje de la demanda de amparo gira en torno del daño temido para el medio ambiente y el desarrollo sustentable de la comunidad aborígen derivado de la argüida ilegitimidad en el trámite de la expedición de los certificados de desmonte por vicios en el procedimiento de toma de decisión al incumplir los demandados el recaudo de dar participación a las comunidades originarias en la gestión de sus recursos naturales, en especial en la realización de la audiencia pública y los estudios de impacto ambiental, cultural y social. En tal sentido, cabe destacar el interés legítimo que exhiben los actores, en cuanto los catastros a desmontar podrían constituir el espacio vital para la conservación de su biodiversidad.

En efecto, de la compulsión de las actuaciones administrativas, se comprueba que a fin de proveer a la solicitud de expedición de los certificados de desmonte de 6218 ha., por parte de la Secretaría de Medio Ambiente, para la habilitación agrícola de los catastros 16126, 16130, 16132 y 16133 en Gral. Pizarro, Dpto. de Anta, la proponente de la iniciativa presentó el estudio de impacto ambiental y social (arts. 43 y 44, ley 7070). Asimismo, en el ámbito de la autoridad de aplicación de la normativa ambiental se conformó una comisión interdisciplinaria para el análisis de dicho estudio, que si bien concluyó en su adecuación a la ley 7070 y su reglamentación, requirió la presentación de un cronograma relativo a las medidas de precaución y mitigación de los impactos negativos potenciales, especificando plazos, actividad, beneficiarios e inversión. Además, se realizó la audiencia pública (ver resolución nº 213 SeMADes) prevista por el art. 49 de la ley 7070, su decreto reglamentario y resolución nº 375/04 de la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable. En lo

que aquí interesa, surge de la convocatoria realizada la no traducción a la lengua wichi de su contenido y de la desgrabación de la audiencia si bien se desprende la presencia durante su desarrollo de una intérprete de la etnia, también se constató la ausencia de integrantes de dicha comunidad. Cabe tener presente, al respecto, que el art. 19 del reglamento para la Audiencia Pública prescribe que frente a la existencia de una situación especial, se podrá solicitar la realización de publicaciones para su convocatoria con características especiales adecuadas a la zona. En consecuencia, en el caso resultaba necesario notificar a la comunidad aborigen en su propia lengua a fin de garantizar la efectiva participación de los interesados que prescribe la ley 7070.

Sobre el particular, cabe tener presente que la lengua constituye un indicador de identidad de importante gravitación como vehículo de estructuras culturales, cosmovisión y conocimiento tradicional por lo que debe ser asumida como una variable indicadora relevante del sentido de pertenencia e identidad (confr. Derechos de los Pueblos Indígenas, Teodora Zamudio, pág. 62, Publicación del Gobierno de Salta, Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Indígena, Salta, 2006). De tal suerte, la traducción de la convocatoria a la audiencia pública a la lengua wichi, como así también del estudio de impacto ambiental presentado por la proponente de la iniciativa privada, constituían, entre otros, recaudos esenciales para la legitimidad del procedimiento de expedición de los certificados de desmonte de cara a las distintas normas ya citadas nacionales, locales y supranacionales que aseguran su participación en la gestión de sus recursos naturales.

Es que la comunidad actora sólo podrá participar en el proceso de toma de decisiones responsablemente y con fundada opinión, si cuenta con los elementos necesarios para ello. Por otra parte, la propia LGA. estableció como uno de los objetivos de la Política Ambiental Nacional, el de organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a la misma, consagrando en forma explícita su art. 16, que "Todo habitante podrá obtener de las autoridades, la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada".

También se ha dicho que en el aseguramiento de la participación de las comunidades indígenas en el proceso de adopción de decisiones, por parte de los poderes estatales, en cuestiones que hagan a su vida, son primordiales los arts. 6° y 7° del Convenio 169 de la OIT. El primero requiere que los gobiernos establezcan los medios que permitan a los pueblos interesados participar en la toma de decisiones a todos los niveles, sea en el seno de instituciones legislativas o de organismos administrativos. También exige que aquéllos consulten a los pueblos indígenas y tribales mediante procedimientos adecuados y sus instituciones representativas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente. Las consultas llevadas a cabo en aplicación del Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Asimismo, el art. 7 afirma que los pueblos interesados tienen el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural (conf. Rolando Galdino, op. cit.)

En cuanto a la evaluación del impacto ambiental, social y cultural presentado en el expediente administrativo de la SeMADes, se ha cuestionado, de manera esencial, la omisión de valorar los aspectos culturales y sociales. Del informe complementario presentado el 13/4/05 (ver 1° cuerpo del expediente administrativo) consta el análisis del impacto ambiental sobre el área social de la localidad de Gral. Pizarro realizado por el Lic. Roberto Javier Alfaro, trabajador social. A fin de analizar esta cuestión cabe tener presente que la sustentabilidad -lazo entre el medio ambiente y el desarrollo a fin de buscar un nuevo modo de desarrollo basándose en una sana utilización de los recursos para la satisfacción de las necesidades actuales y futuras de la sociedad- también es requerida en las áreas sociales y culturales y no sólo en lo ecológico y económico. Así, el aspecto social requiere que se permita la igualdad de oportunidades entre los miembros de la sociedad y se estimule la integración comunitaria. Sus requisitos son: respeto de la diversidad de valores culturales; ofrecimiento de oportunidades para la innovación y renovación intelectual y social; afianzamiento del poder individual para controlar sus vidas y mantener la identidad de sus comunidades, lo que implica la participación ciudadana en la tarea de decisión y en la gestión ambiental; asegurar la satisfacción adecuada de las necesidades de vivienda, salud y

alimentación. Con relación al área cultural, se busca la preservación de la identidad cultural básica y la reafirmación de las formas de relación entre el hombre y su medio (confr. Bustamante Alsina, Derecho Ambiental, pág. 44, Abeledo Perrot, 1995). En el especial caso de las comunidades aborígenes, tales requerimientos se potencian por cuanto como se ha señalado, se les reconoce a estos grupos el derecho a la debida participación respecto de cualquier emprendimiento o acción que se desarrolle dentro de sus territorios, más aún si ello es susceptible de afectar o comprometer sus intereses. De esta forma, las propuestas de desarrollo que se realicen respecto de lugares ocupados por indígenas deberán ahora tener en cuenta, necesariamente, a estas comunidades y evitar, por sobre todas las cosas, la degradación del ambiente en el cual estos grupos se encuentran asentados. El Estado, pues, además de tener que otorgarle la debida participación, también tendrá que adoptar las medidas necesarias en este aspecto para lograr que las actividades productivas causen el menor impacto posible. Es que, como bien lo remarcó la Corte Constitucional de Colombia, "la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su derecho sostenible, y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas que los ocupan" (Corte Constitucional de Colombia, 3/2/1997, "Córdoba Triviño, Jaime en: Grupo Étnico Indígena U'wa c. Ministerio del Medio Ambiente y la empresa occidental de Colombia", La Ley, 1999-B, 225).

En igual sentido, la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable dependiente del Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación ha señalado la necesidad de contemplar los aspectos sociales y culturales de las comunidades afectadas en los estudios de impacto ambiental (ver fs. 132).

Bajo los presupuestos señalados, fácil es advertir que el citado informe presentado por el Lic. Alfaro resulta insuficiente ya que ha efectuado una tarea por sobre todo descriptiva del escenario social de Gral. Pizarro. No se ha identificado ni evaluado de modo apropiado en función de las particularidades antes destacadas de la comunidad aborígen los efectos directos e indirectos del proyecto sobre los factores esenciales relativos a su cultura en cuanto a su modo de subsistencia y su particular relación con la tierra (ver al respecto las observaciones efectuadas por la Universidad Nacional de Salta, págs. 33 y 34, documentación reservada en Secretaría).

8°) Que si bien es cierto que hasta el presente no se han dictado los actos administrativos relativos a la autorización de la deforestación solicitada, los actos preparatorios para tomar tal decisión, como lo son el estudio de impacto ambiental y social más la posterior audiencia pública, como se ha visto, exhiben vicios con grave riesgo de provocar consecuencias directas sobre las comunidades actoras, en la comprensión de que los principios precautorio y de prevención de los eventuales efectos negativos sobre el ambiente y el postulado de la participación efectiva de los interesados a través de los procedimientos públicos de carácter colectivo, constituyen recaudos esenciales para el debido procedimiento previo a la emisión del acto en resguardo de los intereses de la comunidad y el orden público administrativo. En tal sentido, de aplicarse el principio de subsanación, ya sea en sede administrativa como judicial, en este particular caso, el procedimiento administrativo que se lleva a cabo pierde la significación axiológica que constitucional y legalmente está llamado a poseer. Como bien lo señalara el Dr. Julio R. Comadira, en referencia a las audiencias públicas como trámite esencial previo, su exclusión o su celebración con vicios graves escapará, naturalmente, a la regla de la subsanación judicial pues no es concebible que aquélla se celebre en esta última sede (confr. Julio R. Comadira, El Acto administrativo", pág. 117, Lexis Nexis, 2003).

Al respecto, el derecho ambiental plantea un desafío al derecho administrativo. La protección del ambiente no es una función aislada y autónoma del Estado, sino que es un aspecto de todas y cada una de las funciones de la administración. Así, una decisión administrativa en el plano económico no será ambientalmente aceptable si permite un uso abusivo o irracional de los recursos naturales o genera externalidades negativas evitables que dañen algún elemento del ambiente. Actualmente se encuentra fuera de discusión la obligación establecida por las leyes ambientales de someter la realización de determinadas obras o actividades tanto de la Administración como de los particulares a un Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental como requisito previo para su autorización. En tales casos, la Evaluación de Impacto Ambiental configura un procedimiento administrativo obligatorio

cuya omisión resulta contraria al ordenamiento jurídico. La actividad de la administración es reglada y por lo tanto su omisión contraría la legalidad del acto. Del mismo modo, en casos en que la decisión a ser adoptada por la Administración se encuentre sujeta a su discrecionalidad, la consideración previa de la protección del ambiente como un verdadero aspecto de la razonabilidad de la actuación de la Administración se torna un criterio necesario que posibilita el cumplimiento del mandato constitucional. La posibilidad de causar un daño ambiental violatorio del mandato constitucional de protección medioambiental o de las leyes especiales dictadas a tal efecto, torna indispensable la justificación previa a la emisión del acto por medio de un dictamen de que el daño ambiental no se producirá. Y este requisito resulta tan indispensable que forma parte de la causa misma del acto administrativo (conf. LA LEY, 1999-D, 632).

Es que en lo referido al daño ambiental se ha efectuado una distinción entre la situación fáctica, una vez que se ha producido el mismo, desde la recomposición ex post, con la anticipación de los problemas ambientales en la faz preventiva, ex ante. Es en este ámbito donde el principio precautorio antes mencionado ocupa un papel central, en cuanto prevención del daño o pérdida de calidad ambiental. Según los mandatos de dicho principio la incertidumbre científica constituye un llamado a la cautela. El fundamento precautorio, por lo tanto, actúa como una virtual inversión del onus probandi de orden científico, con mayor o menor rigor, según el grado de irreversibilidad de las acciones, o la singularidad de los recursos naturales comprometidos (confr. Juan Rodrigo Walsh, María Eugenia Di Paola y otros, Ambiente, Derecho y Sustentabilidad, La Ley, 2000).

Surge así el deber de los órganos jurisdiccionales de desplegar la tutela preventiva y sus técnicas con el fin de evitar que el daño temido que preanuncia el riesgo se torne real o, en todo caso, a neutralizar o aminorar en lo posible las consecuencias lesivas que alcanzaría a la comunidad afectada (confr. LL, Suplemento de Derecho Constitucional, 7 de julio de 2004, pág. 29).

9º) Que en tal contexto, si bien en el caso no se ha producido probanza alguna científica o técnica -más allá de los ilustrativos informes presentados por los actores- que permita cuantificar el daño ambiental temido y su invocada consecuencia sobre la supervivencia misma de la comunidad indígena y sus miembros, los vicios detectados en el estudio de impacto ambiental, social y cultural, como también en la audiencia pública llevada a cabo, es que resulta procedente la demanda de amparo. En efecto, lo actuado hasta el presente por la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable como autoridad de aplicación de la ley de protección al medio ambiente en el procedimiento previo al otorgamiento de los certificados de desforestación implica el desconocimiento de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, conforme fuera expuesto en los anteriores considerandos, además de desoír el propio derecho interno (arts. 41, 43 y 75, inc. 17 de la CN, art. 15, CP y leyes 25.675, 7070).

10) Que en definitiva, corresponderá hacer lugar parcialmente a la demanda y ordenar a la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable observar el pleno respeto y la aplicación de las normas vigentes en cuanto a la pluralidad étnica, atendiendo a la vez al patrimonio social y cultural, la preservación de los recursos naturales y el medio ambiente, información, consulta y participación de las Comunidades Originarias del área comprendida y sus aledaños, al haber constatado el Tribunal omisiones y marginación por parte de la Administración, respecto de tales comunidades originarias cuyos derechos se vieron en el caso afectados. Asimismo, cabe exhortar a la referida autoridad de aplicación que, al tomar decisiones de su competencia en relación al otorgamiento de los certificados de desforestación de los catastros nos. 16126, 16130, 16132 y 16133 del Departamento de Anta, se parta de un conocimiento pleno de los efectos negativos y positivos que implica la iniciativa propuesta, garantizando el desarrollo sustentable de la comunidad indígena y la participación coordinada de los distintos actores involucrados. Costas por el orden causado atento la forma como se resuelve.

Por ello; la Corte de Justicia, resuelve: I. RECHAZAR el recurso de apelación de fs. 220/242.

II. HACER LUGAR al recurso de apelación de fs. 258/268 y, en su mérito, revocar el punto III de la sentencia de fs. 202/218 y acoger parcialmente la demanda en los términos expuestos en el considerando 9º.

III. IMPONER las costas por el orden causado. — Guillermo A. Posadas. — María Cristina Garros Martínez. — Antonio Omar Silisque. — María Rosa I. Ayala.