000304/2013

Comodoro Rivadavia, de junio de 2013.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados **"P., M. L. c/ PROVINCIA DEL CHUBUT – PODER EJECUTIVO- MINSITERIO DE AMBIENTE Y CONTROL DE DESARROLLO SUSTENTABLE (MAyCDS) Y OTRA s/ ACCION DE AMPARO –ACCION DE AMPARO AMBIENTAL"**, Expte. N° 304/2013, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia Laboral N° 2 de esta Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, por haber interpuesto la parte actora, a fs.43/53 vta. recurso de apelación y nulidad contra la resolución de fs.34/41vta. que declaró formalmente improcedente la acción de amparo y no hizo lugar a la medida cautelar peticionada.

I.- El recurrente, en el memorial de agravios, luego de transcribir la sentencia recurrida puntualiza como primer agravio: Se queja contra el pronunciamiento en crisis porque la jueza considera que no se probó el acto lesivo –daño-, dado que su parte, sólo hizo referencia genérica e hipotética a un proyecto de exploración autorizado mediante un procedimiento administrativo pero que no informa ni acredita que haya tenido comienzo de ejecución. Señala que la violación de derechos humanos indígenas es sistemática y continua como se desarrolló ampliamente en la demanda. No puede considerarse que el proyecto de Y. S.A. haya comenzado porque una vez que comience se garantiza la perdida de calidad de agua potable para mas de 230.000 personas. Que la fecha de inicio se ignora porque el Expediente administrativo no esta a la vista. Señala, que se argumentó suficientemente sobre la ilegalidad de la autorización del IPA y que la a quo considera que no tendría entidad suficiente para generar daño ambiental en abstracto. Puntualiza que el daño es cierto y actual pues si bien se ignora lo que

Y. S.A. hace en concreto en este proyecto se sabe que el Estado no respeta la normativa vigente citada.

En cuanto a la solicitud de inconstitucionalidad de las diversas normas que la Sra. Juez a quo indica que debieron plantearse en una acción declarativa de inconstitucionalidad, indica que la función judicial es garantizar la vigencia de la Constitución Nacional. Dice que la Sra. Juez no explica por qué debiera iniciarse la acción que señala, cuando la inconstitucionalidad es manifiesta al no cumplir la actuación administrativa cuestionada por la presente vía, con el Convenio OIT N° 169.

La sentenciante consideró que no hay ilegalidad manifiesta y citó en su respaldo el fallo dictado en la causa N°17.876/2000 sin atender a ninguno de los fallos que citara de la CIDH y la CJSN en respaldo de la interpretación propiciada por su parte y que resultan acordes con las tendencias doctrinarias más recientes y especificas sobre cómo debe analizarse la ilegalidad manifiesta. Cita otros antecedentes que considera aplicables.

Frente a la conclusión a la que arriba la Sra. Juez de primera instancia respecto que al haber participado el amparista de la audiencia pública pudo interpones reclamos y/o recursos administrativos, señala que de la prueba ofrecida, consistente en el audio de tal audiencia pública, surge que sus preguntas no fueron respondidas y que si bien planteó la nulidad de todo el procedimiento no ha obtenido respuesta hasta la fecha. Sin respuesta, sin acto administrativo no hay posibilidad de presentación de reclamo o recurso.

Consideró la juez que la presente acción no resulta el medio idóneo para proteger los derechos involucrados sugiriendo que el objeto de la acción tiene que ver con la irrazonabilidad de la

decisión técnica adoptada en relación con el agua fuente del agua potable. Al respecto aclara que no ha impugnado por irrazonable, la autorización del IPA si a ello se refiere la a quo, sino que la por inconstitucional e ilegal por vicios insalvables en sus elementos esenciales. Indica que no hay aspecto técnico a discutir sino solo verificar la ilegalidad manifiesta de dicho acto administrativo en tanto no es parte del procedimiento de evaluación de impacto ambiental con consulta previa al mundo indígena.

Solicita se haga lugar a la medida cautelar solicitada aplicando los principios precautorio y preventivo del art. 4 de la ley 25.675 a fin de preservar la fuente de agua potable. EL peligro en la demora se encuentra acreditado frente al riego cierto e inminente de que se contaminen agua y suelo.

Finalmente, solicita que al momento de regular costas y honorarios profesionales se tenga presente la solicitud de inconstitucionalidad de la Ley 23.302 y, en consecuencia, la inconstitucionalidad del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), en tanto no es una institución de mundo indígena ni lo representa y que se garanticen los mismos, con el fondo para labores profesionales jurídicas a favor de personas pertenecientes al mundo indígena, actualmente en orbita del INAI.

Hace reservas de recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos y ante la Organización Internacional del Trabajo.

II.- Demanda

De las constancias de la causa surge que el aquí actor, como mapuche y habitante del territorio de la Provincia, integrante del Lof Comarca Chubut-O. I. M., interpone acción de amparo y amparo

ambiental y solicita medida cautelar, contra la Provincia del Chubut, Ministerio de Ambiente y Control de Desarrollo Sustentable (en adelante MAyCDS) y contra Y. S.A., persiguiendo se declare la inconstitucionalidad y nulidad de los procedimientos y actos administrativos que detalla por violación a los derechos humanos del debido proceso, vicios de forma, causa y motivación insalvables.

Así solicita:

1**)** la nulidad e inconstitucionalidad del Expediente Administrativo N° 1286/12 del MAyCDS, proyecto "perforación de pozo exploratorio Ch.LG.x-3, L. G." presentado por Y. S.A. A tal fin denuncia a) la falta de Consulta previa al mundo indígena para obtener su Libre Consentimiento Previo Informado (en adelante LCPI) vicio de causa y de forma esencial conforme el Convenio de la OIT N° 169; b) violación del debido proceso del procedimiento de evaluación de impacto ambiental (en adelante EIA) por 1) falta de convocatoria obligatoria a los Municipios donde se puedan producir efectos adversos (arts. 12, 17y 18 del Dec. Pcial N° 185/09); 2) Falta de respuesta a preguntas realizadas en la audiencia publica del 31/10/2012 (arts. 35, 36 y 37 del citado decreto) 3) falta de dictamen técnico en tiempo y forma y su publicación (arts. 39, 40 y 41 del Decreto N° 185/09) 4) falta de Declaración de Impacto Ambiental y su publicación (arts. 42 y 43 Dec. Nro. 185/09); 5) incorporación de notas ampliatorias al Expediente cuestionado con posterioridad a la audiencia publica.

2) Resolución del Instituto Provincial del Agua Nro. 38/2013 que otorga permiso de uso de agua dulce a Y. S.A. para la fractura hidráulica del pozo "L. G." por vicio de forma esencial por no haber sido dictada con carácter previo a la audiencia publica no

formando parte del procedimiento de EIA. Introduce la inconstitucioanalidad y nulidad absoluta del mentado procedimiento.

3) La Declaración de inconstitucionalidad de las Leyes I N° 488 y XVII N° 103; XVII Nro. 74; XVII Nro. 88, XVII Nro. 102 porque no fueron proyectadas con participación previa ni tienen el LCPI del mundo indígena otorgado para su sanción y promulgación, por violación a este derecho individual y colectivo indígena consagrado en el Convenio OIT N° 169 art. 6. Asimismo la inconstitucionalidad sobreviniente de la Ley XVII-53 y Decreto Reglamentario XVII- 216/98 con anexos, Decreto Reglamentarios N° 91/13, La ley 23.302 y en consecuencia la existencia y funcionamiento del (INAI).

Describe la violaciones al debido proceso: en octubre de 2012 se celebró audiencia pública en el marco del proceso de evaluación ambiental del proyecto Pozo Exploratorio L. G. x-3, en la que participó activamente y presentó argumentos a fin de resaltar la violación sistemática y continuada de derechos humanos del que es titular individual y colectivamente como integrante de la comunidad Mapuche.

En la audiencia no recibió respuesta alguna a sus planteos. Denuncia que no se le entregó información veraz y completa para participar de la audiencia y que la adenda que la empresa y la autoridad de aplicación manifestaron que presentarían después supuso modificaciones al proyecto original y no estuvieron a disposición publica. No se emitió Dictamen Técnico, y no se efectuó la Declaración de Impacto Ambiental. No obstante, 4 meses después de vencido el plazo legal que tenia el MAyCDS para expedirse apareció la Resolución N° 38/2013 del IPA que otorga el permiso de agua a Y. para la fractura hidráulica en el pozo no

convencional L. G. sin mencionar el proceso de EIA. Indica que no se cumplimentó con el procedimiento establecido por el Decreto 1567/09 y Ley XVII-53 y que no debió otorgarse un permiso sin concesión por el uso industrial del agua. Denuncia violación al principio de legalidad establecido en la Ley I-28. Cita doctrina de la CSJN.

Entiende que no es necesario mayor debate y prueba para constatar la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta de continuar con este proyecto con silencio administrativo, pues es suficiente controlar jurisdiccionalmente que los actos impugnados no respetan los procedimientos exigidos por las normas consuetudinarias, internacionales, nacionales o provinciales vigentes para autorizar y aprobar proyectos.

En lo sustancial, dice, el acto lesivo estaría constituido por la falta de consulta vinculante al mundo indígena, la falta de realización de EIA con carácter previo a la autorización de inicio de tareas, impidió la participación del mundo indígena y de la población en general en la gestión de los recursos naturales consagrado por el art. 75 inc. 17 de la CN y 6, 7, 15 y 17 del Convenio N° 169 de la OIT.

Funda en doctrina de la CADH que establece que la consulta es una garantía fundamental para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten su derecho.

En tal sentido, explicita los caracteres de tal consulta, que debe ser previa.

Pretende también que se garanticen los honorarios profesionales para llevar adelante este proceso en virtud de la existencia del fondo para labores profesionales jurídicas a favor de personas

pertenecientes al mundo indígena que a la vez, y por efecto de la inconstitucionalidad de la ley 23302 solicita que pase a la orbita del ONPIA y que se regulen honorarios profesionales para el actor sin cuyo conocimiento no seria posible realizar la presentación.

Funda en derecho. Ofrece prueba. Hace reservas.

La jueza en primer lugar analizó la legitimación del Sr. P. para interponer la acción y luego procedió a evaluar los requisitos de viabilidad del amparo ambiental.

Rechazó por improcedente la acción de amparo, por considerar que no se alcanza a identificar asertivamente cuál es la lesión concreta en la que se fundamenta la misma, ya que se refiere en forma general e hipotéticamente a un proyecto de exploración autorizado mediante un procedimiento administrativo pero que no se informa ni acredita que haya tenido comienzo de ejecución, resultando las lesiones alegadas meramente conjeturales, pues, dice no surge la existencia de actos positivos y objetivos de los que se desprenda que haya dejado de ser un mero proyecto.

Entendió que la autorización dada por el IPA en si misma no tiene entidad suficiente como generadora de daño ambiental.

Consideró que no existe ilegalidad manifiesta, toda vez que, la provincia mediante el MAyCDS realizó la audiencia pública en relación al proceso de evaluación ambiental del proyecto Pozo Exploratorio Y.. CH. LGx-3, habiendo participado activamente la accionante sin que emerjan impedimentos que hubieren imposibilitado a la actora la interposición de reclamos y/o recursos administrativos propios y oportunos para neutralizar las

irregularidades que anuncia y a las que se sujeta la procedencia de la vía.

Consideró que frente a la falta de evidencia en la producción del daño y la inercia recursiva oportuna de quien se siente afectado frente al actuar de la administración, es necesario desplegar una actividad probatoria para lograr dilucidar la cuestión sometida a debate y la única solución será el proceso ordinario. Rechazó la medida cautelar peticionada e impuso costas al accionante.

III.- Corresponde dar inicio al tratamiento del recurso comenzando por el análisis de la pertinencia de lo decidido por la jueza de grado en punto a la inidoneidad del amparo y existencia de otro medio idóneo (proceso ordinario) ya que, conforme resulte de tal proceder, dependerá la suerte de los restantes agravios traídos.

Contemplando, entonces, el panorama presentado, es dable recordar que el artículo 111 de la Constitución Provincial establece, en lo que aquí resulta conducente, que el amparo ambiental podrá ser interpuesto por todo habitante, para obtener de la autoridad judicial la adopción de medidas preventivas o correctivas, respecto de hechos producidos o previsibles que impliquen deterioro del medio ambiente.

Asimismo la ley V N° 84 de amparo establece en su art. 3 que: "Toda persona puede interponer acción de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra cualquier decisión, acto, hecho u omisión de una autoridad pública o de particulares que en forma actual o inminente restrinja, altere, amenace o lesione con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos o garantías reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución Nacional, la Constitución Provincial, un Tratado o una ley…".

Y específicamente en su art. 20 establece que para la protección de los derechos e intereses de incidencia colectiva en general prevista en el artículo 57 de la Constitución Provincial y el amparo ambiental previsto en el artículo 111 de la Constitución Provincial rigen las normas de la acción de amparo previstas en el Título II de la presente ley y las que conforman el presente título

Por su parte, el art. 54 de la Constitución Provincial y el art. 43 de la Constitución Nacional preceptúan, en la parte que aquí interesa, que toda persona podrá interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo.

La adecuada protección jurídica de los derechos invocados actúa como factor determinante al momento de evaluar los alcances del que se considera el medio judicial más idóneo en comparación con la acción de amparo.

Pero, además y fundamentalmente cabe tener en cuenta que la Ley V N° 84, en su art. 5to. contiene una pauta dirimente: ya que expresamente vincula la idoneidad a la duración temporal del proceso "debe permitir obtener el mismo efecto en igual o menor lapso".

En tal orden de ideas se ha sostenido que: "Lo importante como criterio discriminador, a nuestro juicio, no es que el justiciable pueda contar con diversos medios que resultarían a priori aptos, sino si el tiempo que ellos insumieran en su ejercicio concreto, lejos de satisfacer la tutela demandada, resultaría susceptible de causar un perjuicio irreparable" (Cfme. Morello- Vallefin ob. Cit. P.32).

Por último y en esta línea de pensamiento, no podemos dejar de señalar que este

tribunal viene señalando que la posibilidad del rechazo sin sustanciación de la acción de amparo, tiene que ser realizado en función de características de ostensibilidad; es decir que, la imposibilidad de acceder a la vía de amparo debe resultar tan manifiesta que pueda ser declarada categóricamente y sin necesidad de debate alguno entre las partes (CFr. SI N° 48/99 del 15/3/99; 164/99 del 16/9/99, 211/2007, 82/2010 de esta Sala entre otras). Nos hemos adherido, así, al criterio doctrinario y jurisprudencial mayoritario, conforme al cual "la facultad de rechazar in-límine la demanda de amparo ha sido sensiblemente modificada por la reforma constitucional, tanto en función de lo normado por el art. 43, cuanto por las respectivas cláusulas insertas en los tratados internacionales que, revisten jerarquía constitucional y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos".

En este marco se sentó como premisa que "para rechazar sin más trámite la acción de amparo, el control de admisibilidad especial y contundente, debe efectuarse con cautela y prudencia, procediendo el rechazo solo de modo excepcional, y ante una demanda objetivamente improponible, y ante la menor duda sobre la admisibilidad de la vía del amparo, debe darse curso al trámite respectivo. Lo definitorio radica en analizar si es necesaria para la adecuada, oportuna y eficaz defensa de los derechos invocados, según las circunstancias particulares de cada caso".

Ha sido la propia parte actora la que ha justificado la pertinencia del amparo para tratar una potencial conculcación constitucional y legal al medio ambiente (agua). A ello agrega, la violación sistemática de su derecho a la información ambiental fidedigna y a dar su CLPI en la utilización de los

recurso naturales de la provincia, protegidos por normas supralegales incorporadas a la Constitución.

Y ha cumplido con la carga procesal que le viene impuesta, blandiendo argumentos que encuentra eco en la doctrina que en la materia ha sentado la Corte nacional. en el caso "Comunidad Indígena del Pueblo Wichihoktekt´Oi c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable" admitiendo la utilización de una vía expedita –y la del amparo así fue estimada- para resolver los peligros de daño ambiental, en armonía con los principios rectores de este especial derecho, como son los de precaución y de prevención.

Frente a la limitación cognitiva del amparo y a la luz de lo expuesto precedentemente, entendemos superado el obstáculo de la idoneidad de la vía jurisdiccional elegida por la parte actora.

En tal sentido, se advierte mínimamente, y en este estadio, sin bilateralización, la concurrencia en la especie, prima facie, de los presupuestos necesarios del amparo: existencia de acto lesivo que, en forma actual o inminente, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, produzca restricción, alteración, amenaza o lesión de derechos tutelados constitucionalmente: en el caso, derecho de los pueblos indígenas argentinos (C. Nacional) y comunidades indígenas existentes (C. Provincial) a la preservación del ambiente sano, a la no contaminación de las fuentes de agua potable y a la participación en la gestión de los recursos naturales que se encuentran dentro de las tierras que ocupan.

Desde ese punto de vista, si se repara en los hechos denunciados por el accionante, y las normas invocadas surge, -con la certeza propia de este estado liminar y sin haber escuchado aun a la

contraria-, una lesión al ejercicio y goce de esos derechos humanos, constitucionalmente protegidos.

Es dable precisar, que lo analizado no implica abrir aquí juicio alguno acerca de la procedencia o no de las pretensiones deducidas en el escrito inicial -cuestión que sólo puede ser resuelta en la sentencia definitiva; sino a declarar la admisibilidad formal del amparo-.

Por último, el planteo referido a las costas, atento la vinculación existente con la decisión que en definitiva se adopte respecto de la inconstitucionalidad planteada, el mismo será resuelto juntamente con la decisión de fondo.

Atento las consideraciones vertidas, corresponde revocar la resolución de fs.34/41vta. debiéndose sustanciar la causa de conformidad a lo prescripto por los art. 8 y 9 de la Ley V-84 DJPCh.

IV.- La medida cautelar.

Cabe reiterar lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re: "Comunidad Eben Ezer c. Everest S.A.; Secretaría de Medio Ambiente de la Provincia de Salta – Amparo – Recurso de apelación", fallo del 21/06/2007, en cuanto indicó 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)."

"… La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró que la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un juicio. La fundabilidad

de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de una probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido (Fallos: 314:713).

Atento las consideraciones efectuadas en torno a la existencia, prima facie, de los presupuestos que tornan procedente la vía intentada, y la vigencia en la materia, del principio precautorio, resulta procedente la adopción de la misma.

Es que el mentado principio, implica que la ausencia de información o certeza científica no puede constituirse en razón válida para postergar la adopción de medidas eficaces en pos de impedir la degradación del medio ambiente por cuanto es prioritaria la prevención del daño futuro.

El permiso de uso de agua dulce a Y. S.A. para la fractura hidráulica del pozo implica la posibilidad del inicio de las tareas relativas a la misma, dando suficiente sustento a la cautelar peticionada para evitar el daño que invoca.

Por ello se dispondrá a titulo de medida cautelar, la suspensión de las tareas de exploración - explotación que impliquen materialización y ejecución del proyecto L. G. hasta tanto recaiga resolución en los presentes.

En la instancia de grado deberán librarse los oficios pertinentes a las codemandadas previa caución juratoria que deberá prestar el peticionante.

V.- Teniendo en cuenta el modo en que se resuelve las costas y honorarios deben readecuarse. Las costas de ambas instancias habrán de imponerse en el orden causado. En cuanto a los honorarios, para su determinación se ponderará el resultado obtenido y la

relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada lo previsto por régimen arancelario (ley XIII-4 modif. por ley XIII-15, arts. 6 bis, 32, 35, 46 y concordantes).

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

RESUELVE:

1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs.43/53vta. y, en consecuencia, revocar lo resuelto a fs.34/41vta.

2) Declarar la admisibilidad formal de la acción de amparo interpuesta por el accionante. Remitir las actuaciones al Juzgado de origen a fin de que se sustancie la causa de conformidad a lo previsto en los arts. 8, 9 y 10 de la Ley V-84.

3) Hacer lugar a la medida cautelar solicitada debiendo librarse los oficios pertinentes en la instancia de grado conforme al considerando respectivo.

4) Imponer las costas de ambas instancias por su orden. Regular los honorarios profesionales de la Dra. S. d l. S. en la suma de pesos equivalente a ocho (8) JUS. Regular los honorarios profesionales por sus trabajos realizados en esta instancia a la Dra. S. d l S. en la suma de pesos equivalente a tres (3) JUS.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la Sra. Juez de Cámara Dra. Nélida Susana Melero, y concordar en la solución del caso (Ley V N° 17 del DJPCh).

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2013

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS