

SE PRESENTA COMO AMIGO DEL TRIBUNAL

Señores Ministros
de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

MARÍA EUGENIA DI PAOLA, abogada, (I° 57 F° 657 CPACF), en mi carácter de apoderada de la **Fundación Ambiente y Recursos Naturales**, constituyendo domicilio procesal en Tucumán 255, piso 6° "A", juntamente con los letrados que me patrocinan **Carina Quispe** (I° 52 F° 970 CPACF), **Gabriela Vinocur** (I° 61 F° 861 CPACF), y **Jorge Alberto Ragaglia** (I° 106 F° 242 C.P.A.C.F.), en los autos caratulados: "**Comunidad Aborigen Santuario Tres Pozos y otros c/Jujuy, Provincia de y otros s/amparo, Juicio Originario, Exp. 1.196/10, Tomo 46, Letra C.**" a V.E. respetuosamente nos presentamos y decimos:

I.- PERSONERÍA

Que conforme surge de las copias que se acompañan como Anexo, las que declaro bajo juramento ser fieles a sus originales y encontrarse vigentes, la representación que ejerzo se acredita en autos mediante Testimonio de Poder General Judicial, del que surge que soy apoderada de la **Fundación Ambiente y Recursos Naturales**, con facultades para representarla en autos.

II. OBJETO

En base a las consideraciones que *infra* se detallarán, realizo la siguiente presentación de acuerdo al instituto del *amicus curiae*, como dictamen técnico en la causa mencionada en el encabezamiento, solicitando expresamente que se lo considere en forma previa a cualquier decisorio.

La finalidad de esta presentación es arrimar a V.E. elementos de derecho útiles para su consideración, trascendentes para la decisión del caso, en el que se debaten asuntos que resultan de relevancia institucional y de interés público.

En efecto, como representante de FARN, tercero ajeno al litigio, habiendo tomado conocimiento de la sustanciación de estas actuaciones ante este Excmo. Tribunal, y atento a que la materia debatida es de especial interés para nuestra Fundación, en tanto relaciona la preservación del ambiente y el desarrollo sustentable, me permito arrimar la opinión de nuestra fundación respecto del alcance de los conceptos aquí debatidos.

Como se analizará, resulta relevante observar la supremacía de las normas ambientales de raigambre constitucional, y la vigencia de la normativa local que desarrolla la legislación básica nacional. El derecho minero, por su parte, contiene, a raíz de las reformas a su código respectivo y a nuestra Carta Magna, disposiciones ambientales plenamente aplicables ante cualquier emplazamiento de la especie. Por otro lado, la participación pública en general y el derecho a la consulta en particular respecto a los pueblos originarios, son pilares fundamentales dentro de los instrumentos de la política ambiental nacional plasmados por la Constitución Nacional y la Ley General del Ambiente. A lo largo de este escrito, se enunciarán algunas cuestiones atinentes a la legitimación de la actora para peticionar, el cumplimiento de los requisitos fácticos y de derecho para la procedencia de la misma y nuestro aporte al respecto.

III. LEGITIMACIÓN

La figura del *amici curiae* (amigo del Tribunal) fue reglamentada por V.E. mediante la acordada 28/2004, poniendo fin a la existencia de eventuales dudas respecto de la procedencia de esta presentación. De esta forma, consolidó una práctica que se venía desarrollando, en relación al ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a peticionar ante las autoridades. Asimismo, como una consolidación del compromiso con la búsqueda de la resolución más justa e integral del caso.

La norma citada permite autorizar sin más la presentación de este escrito, sujeto al análisis de los requisitos y la mención de nuestra opinión de la causa para una mejor dilucidación.

Sin perjuicio de ello, cabe mencionar entre los antecedentes judiciales más relevantes para la importancia de este aporte la decisión de la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en la CAUSA 761. La causa se relacionaba con los hechos ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA), y el Tribunal aceptó la posibilidad de que una ONG emitiera opiniones de “amigos del tribunal”, sin perjuicio de la ausencia de previsión legal vigente. Este antecedente, refuerza el compromiso que venía adquiriendo la figura en las causas relacionadas con los derechos humanos.

En el plano ambiental también debemos destacar la presentación efectuada por abogados de FARN en los autos “Simon, Eduardo y Otros c/ Poder Ejecutivo Provincial y Poder Ejecutivo de la Municipalidad de Juana Koslay s/ Amparo”, Juzgado Civil N° 4 de la Provincia de San Luis, en el marco de una acción de amparo iniciada en 2004 que pretendía obtener el correcto y adecuado funcionamiento de una planta de tratamiento de efluentes cloacales. El Amicus fue incorporado a la causa, y a una semana de la presentación del mismo, el Juez hizo lugar a la medida cautelar de no innovar intimando a la Provincia y Municipio de Juana Koslay a suspender de manera inmediata la ejecución de la obra.

En los autos “Villivar, Silvina N. v Provincia de Chubut s/amparo”, de 2003, que tramitaran ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (más conocido como “Proyecto minero de Esquel” u “Oro Esquel”), la FARN efectuó la presentación de un Amicus Curiae manifestando su opinión respecto de cuestiones tales como: a) la aplicación de la normativa de orden público ambiental a los proyectos mineros; b) la necesaria evaluación de los impactos ambientales en forma previa al inicio de los trabajos; y c) la participación ciudadana en dicho proceso para asegurar el debido control de la actividad.

El fallo de la Corte declaró inadmisibles los recursos extraordinarios -art. 280 CPCCN- interpuestos contra la sentencia que había admitido la acción de amparo ambiental regida por la ley provincial 4572 y dispuesto la paralización de los trabajos de exploración y explotación de la mina hasta tanto se celebre la audiencia prevista en el art. 6° de la ley 4032 convocada por la autoridad de aplicación para el día 29 de marzo del año 2002. En esta línea, consideró que el art. 11 de la ley nacional 25.675 reitera, como presupuesto mínimo común de aplicación obligatoria en todo el territorio de la república para toda actividad susceptible de degradar el ambiente, o afectar la calidad de vida de la población de manera significativa, la sujeción a un procedimiento de EIA previo a su ejecución. Asimismo, en su art. 20 añade que las autoridades de aplicación nacionales y provinciales deben institucionalizar procedimientos de audiencias públicas obligatorias previas a la autorización de dichas actividades. Ello implica que es correcta la exigencia de la aprobación expresa, previa audiencia pública, del estudio de impacto ambiental exigido en los arts. 6 y 7 de la ley provincial 4032 antes del inicio de las actividades.

Como corolario del caso, la Provincia de Chubut sancionó en abril de 2003 la Ley 5001, que prohíbe en todo su territorio la actividad minera metalífera a cielo abierto, así como la utilización de cianuro en los procesos de extracción minera.

Asimismo en la causa “Salas, Dino y otros c/Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo” de 2008, también tratada por el Máximo Tribunal, FARN efectuó una nueva presentación bajo la modalidad de Amicus Curiae, con aportes conceptuales y fácticos en torno a la situación ambiental de la Provincia de Salta, la necesidad de un ordenamiento territorial conforme a la normativa vigente, los impactos ambientales acumulativos detectados y las posibles alternativas de intervención a fin de evitar un mayor daño ambiental a sus bosques nativos.

En esa oportunidad, la Corte Suprema emitió un fallo por el que ordenó al gobierno de Salta – invocando el principio precautorio – suspender todas las autorizaciones de tala y desmonte y su ejecución en cuatro departamentos de la provincia hasta que éste lleve a cabo, en un plazo de 90 días, un estudio de impacto ambiental que contemplara el impacto ambiental acumulativo de dichas actividades sobre el clima, el paisaje y el ambiente en general. Dicho estudio debía realizarse, en palabras de la Corte, con una amplia participación de las comunidades que habitan en la zona afectada.

En esta rama de incidencia colectiva por los denominados derechos difusos, resulta esencial integrar una visión abarcativa del conflicto, producto de los diversos aportes que pueden realizarse en autos, con el valor agregado de la consolidación de precedentes en la materia, que pueden resultar de estímulo a su desarrollo a la vez que se reafirma una mayor seguridad jurídica para la comunidad.

Entre los antecedentes normativos que se suman a la acordada dictada por V.E., se encuentra la ley de procedimientos ante el Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires (Ley 402, B.O. de la Ciudad de Bs. As., Nro. 985, 17/7/00), que ha previsto expresamente la posibilidad de que cualquier persona se presente en calidad de asistente oficioso (*amicus curiae*), a fines de expresar una opinión fundamentada sobre el tema en debate (art. 22), sin limitación alguna respecto de los legitimados activos para interponer esta presentación.

Otra razón que justificó numerosas presentaciones ya desde el inicio, está dada por la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos establecida en el artículo 75 inciso 22 de la CN. Uno de los tratados a los cuales le es otorgada dicha jerarquía es la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuya adopción incluyó también la aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de innegable vinculación al caso, dado que se encuentran controvertidos elementos relacionados con el derecho de los habitantes a un ambiente sano).

IV.- REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

Los requisitos esenciales para que una persona física o jurídica participe en esta calidad son: 1.- Tener una reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito, 2.- Fundamentar el interés público de la causa, y 3.- Informar sobre la existencia de algún tipo de relación con las partes del proceso.

1.- Reconocida Competencia sobre la cuestión:

La **Fundación Ambiente y Recursos Naturales** fue creada en 1985. Es una reconocida organización no gubernamental sin fines de lucro, apartidaria, cuyo objetivo principal es promocionar el desarrollo sustentable a través de la política, el derecho y la organización institucional de la sociedad. Trabaja impulsada por la visión de una sociedad más participativa, justa y pacífica, con una estrategia sustentable en sus políticas públicas. Los destinatarios del trabajo de FARN son, principalmente, los decisores públicos y privados.

Las propuestas de FARN surgen desde la Política Ambiental, para que se logren modos eficientes en la definición de los ambientes deseados y posibles; desde el Derecho y la Legislación Ambiental, para que la conservación y protección del ambiente se concrete en derechos y obligaciones de todos; y desde la Organización Institucional, para que los distintos sectores asuman a través de sus entidades las tareas y responsabilidades que les corresponden en la protección ambiental.

Cabe destacar que la participación de los ciudadanos es uno de los ejes principales del trabajo de FARN, difundiendo y promoviendo nuevas herramientas y mecanismos que tiendan a abrir y transparentar los procesos e instituciones públicas a la participación, información y monitoreo de la ciudadanía, de forma tal que los ciudadanos asuman un rol activo en la defensa de sus derechos ambientales.

FARN es miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Mundial para la Naturaleza (UICN)¹.

2.- Fundamentar el interés de participar en la causa:

El carácter público de un interés está ligado a sus posibilidades de proyección sobre temas de trascendencia comunitaria. En lo que respecta a la entidad que represento, la presentación se debe a que la misma posee un interés directo en las distintas cuestiones relacionadas con la preservación del ambiente, y las graves consecuencias que puedan derivarse de una mala gestión de los recursos, sin la necesaria participación pública, en mérito a la legislación vigente. Ello se vincula directamente con la noción de sustentabilidad que acuña nuestra Constitución Nacional, y que forzosamente debe integrarse de las variables ambiental, económica y social.

El interés de nuestra Fundación, en tanto relaciona la preservación del ambiente y el desarrollo sustentable, nos motiva a emitir opinión respecto del alcance de los conceptos aquí debatidos. El máximo interés viene dado, asimismo por esta presentación y sus fundamentos.

En forma consecuente, esta presentación intenta llamar a consideración los derechos fundamentales que recepta el artículo 41 de nuestra Constitución, y la legislación ambiental vigente, que expresamente consagra el respeto al derecho ambiental y la obligación de actuar para su protección.

La importancia radica, en definitiva, en la posibilidad de considerar este precedente, de interés público, con la complejidad que caracteriza a las cuestiones ambientales, de naturaleza eminentemente multidisciplinaria. Al decir del Dr. Juan V. Sola, en su obra referida al Control de Constitucionalidad, “cuanto mayor sea la participación de ideas en el debate constitucional, mayor será la legitimidad del precedente que se establezca y, al mismo tiempo, se cumplirá con el fundamento democrático de las normas que son auto-impuestas y, de allí, obligatorias y legítimas”.

3.- Informar sobre la existencia de alguna relación con las partes:

¹ La Unión Mundial para la Naturaleza (UICN) es la mayor red de Estados, agencias gubernamentales y un rango diverso de organizaciones no gubernamentales reunidas en una sociedad global única que trabaja por un “Mundo justo que valora y conserva la naturaleza” La Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), es miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión.

Cabe destacar que la presentación del *amicus curiae* de ninguna manera constituye un perjuicio para alguna de las partes del litigio ya que, si bien puede favorecer la opinión de una de ellas, nada impide la presentación en ese carácter de otra opinión en sentido contrario. Tampoco restringe o afecta el principio de economía procesal ya que la posibilidad de actuación del presentante se limita al agregado de la opinión al expediente; además los jueces no están obligados a expedirse sobre todos los puntos del dictamen ya que la finalidad de este instituto consiste solamente en aportar más elementos para tomar decisiones de trascendencia pública.

En este caso, la fundación no posee relación con alguna de las partes, lo que garantiza que la opinión que se emite en el presente no contenga otro interés que colaborar con una mejor dilucidación del caso.

V. ANTECEDENTES DE HECHO

Los hechos debatidos en autos se inician con una demanda presentada por un grupo de personas representantes de comunidades indígenas de Salta y Jujuy, a través de una acción de amparo por la que se solicita se ordene a ambos estados provinciales y al Estado Nacional instrumentar las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho de participación y consulta, a fin de que puedan expresar su consentimiento previo, libre e informado sobre programas de prospección y explotación minera en sus tierras.

Los integrantes de estas comunidades han habitado zonas de salinas desde tiempos inmemoriales, y son ellas las que han proveído el sustento a sus familias por generaciones. La perspectiva de la instalación en dichas zonas de emprendimientos mineros para la extracción de litio – sustentada por crónicas periodísticas publicadas en medios locales – ha generado una seria inquietud en la población, por las consecuencias y modificaciones sustanciales que necesariamente se operarán en este territorio si estos proyectos se llevasen a la práctica. A esto se une el hecho de que no han contado en ningún momento con la más mínima o básica información sobre la materia, ni tampoco se ha implementado procedimiento alguno de consulta a este respecto, como lo prevén nuestra Constitución Nacional y los convenios internacionales que analizaremos más adelante.

Es por ello que los demandantes interponen este amparo a fin de que se salvaguarde su derecho a ser oídos y a opinar en torno a decisiones gubernamentales que pueden afectarlos, así como al futuro del entorno y sus recursos naturales, necesarios para su subsistencia. Por otro lado, la medida cautelar solicitada encuentra su razón de ser en el perjuicio que el transcurso del tiempo operado para dictar una sentencia definitiva traería aparejado para ellos, en mérito a la rápida ejecución que se evidencia por parte de los proyectos mineros en la zona, situación que tornaría ilusoria la pretensión de instrumentar la consulta, a menos que dicha ejecución sea suspendida.

Esto último se ve refrendado por un informe que – a solicitud de la Comisión de Organizaciones Aborígenes de Jujuy – elaboraron el Dr. en Geología Aníbal Manzur y el Dr. en Biología Jorge Gonnet. Tras una inspección realizada en el área de las Salinas Grandes en la provincia de Jujuy, los profesionales relevaron “...la existencia de locaciones que fueron utilizadas para la realización de perforaciones, aparentemente para la toma de testigos en exploración minera...” Ello ha motivado “...la surgencia de agua de baja salinidad...”, de lo que se infiere que “...la perforación ha alcanzado un acuífero...” generándose un área inundada. Agrega además el informe: “Se destaca que esta situación de inundación está afectando la condición natural de la salina en el sitio. Si la condición de surgencia se extiende en el tiempo, se generará una importante superficie de agua permanente, que provocará un impacto significativo sobre el sistema salino, afectando la posibilidad de explotación tradicional de sales.”

VI. LEGITIMACIÓN

El presente amparo es iniciado por un grupo de vecinos – cada uno de ellos representando a una comunidad aborígen de las provincias de Salta y Jujuy – afectados por las actividades mineras detalladas en los hechos. En este sentido, los actores se encuentran plenamente legitimados para accionar en la presente causa en su carácter de afectados, de conformidad con lo establecido por el art. 43, 2º párrafo de la Constitución Nacional.

Los actores asumen dicho carácter en virtud de ser habitantes de dichas provincias, residiendo en zonas donde su círculo vital y sus derechos pueden resultar lesionados, aún de manera mediata, producto de la actividad de la minería.

En materia de derechos colectivos y especialmente en asuntos relativos al medio ambiente, la solución dada por el nuevo texto circunscribió la legitimación activa a tres sujetos de derecho claramente diferenciados, entre los que se destaca el afectado.

Esta nueva figura que trae consigo el texto constitucional reformado ha roto los moldes clásicos de la legitimación, en donde el único habilitado para actuar procesalmente en este tipo de acciones era el afectado *directo*.

Primaba básicamente un criterio individualista y subjetivo que, de hecho, descalificaba cualquier intento de representación procesal de intereses difusos o colectivos, fueran éstos relativos o no a la cuestión ambiental.

La Corte y los tribunales inferiores en su mayor medida, sostuvieron durante décadas este criterio en materia de legitimación activa y, en la mayoría de los casos, las cuestiones puestas a consideración no eran abordadas en su fondo, so pretexto de la inexistencia de legitimación procesal suficiente.

El caso Kattan o más conocido como el de las “Toninas Overas”, de 1983, fue el primer eslabón jurisprudencial de la transformación de ese criterio.

Recordemos que en materia de amparos, luego de la consagración jurisprudencial de la figura en los casos Siri y Kot, se sucedió un largo período pretoriano, que concluyó con la sanción de la ley 16986. En ese período, el texto al que hacemos referencia puso un límite concreto y puntual a la legitimación activa. Su carácter restrictivo quedó evidenciado en la redacción del artículo quinto que expresaba: “...La acción de amparo podrá deducirse por toda persona individual o jurídica, por sí o por apoderados, que se considere afectada conforme los presupuestos establecidos en el artículo 1ro. Podrá también ser deducida, en las mismas condiciones, por las asociaciones que sin revestir el carácter de personas jurídicas justificaren, mediante la exhibición de sus estatutos, que no contrarían una finalidad de bien público...”

De esta forma, quedó en claro que sólo estaban habilitados para actuar aquellos que demostraren un grado directo y propio de afectación de sus derechos.

Como se señalara, el nuevo Art. 43 de la Constitución Nacional introdujo la figura más amplia del afectado, la cual fue fruto de un amplio debate doctrinario.

Parte de la doctrina y la jurisprudencia se han inclinado por considerar que el afectado es quien, en forma directa, recibe el efecto del hecho dañoso o la amenaza de daño que de él deriva. Otras interpretaciones, han colegido que el afectado puede serlo tanto en forma directa cuanto indirecta, pretendiendo con ello significar, que la legitimación activa definida por el nuevo texto era amplia e irrestricta.

Los doctrinarios que adhieren a una tesis restrictiva, entienden que la correlación del primer párrafo del art. 43 que remite a toda persona como legitimado activo para interponer amparos contra actos u omisiones de autoridad pública o de particulares que lesionen o amenacen otros derechos (no colectivos), es claramente contradictoria con la legitimación atribuida al afectado para esos intereses difusos. Así, si el convencional hubiera pretendido extender la legitimación no tendría sentido alguno el haber diferenciado los conceptos en los párrafos aludidos. Si esa hubiera sido la intención, todos los derechos conculcados, resulten o no colectivos, hubieran considerado legitimada a toda persona para la interposición de las acciones de amparo.

Para los que avalan esta postura, el panorama se ve agravado aún más por el hecho de que pese al tiempo transcurrido desde la sanción de la nueva Constitución, aún hoy continúa vigente el texto de la ley 16986 (decreto ley), reglamentaria del Amparo. Ello implica que cualquier intento de ampliación jurisprudencial de la legitimación activa podría colisionar no sólo con la letra del art. 43 de la CN, sino además con los límites que esta ley impone que, como ya vimos, son por demás restrictivos.

Los que adhieren a una tesis más amplia, entienden que debe interpretarse conjuntamente los términos “afectado” y “derecho de incidencia colectiva”, o sea, no es necesario que la afectación recaiga en una única persona de manera directa, sino que puede recaer sobre más de una persona y hasta de un modo reflejo. Esta interpretación ha tenido una importante acogida en la jurisprudencia y la doctrina.

Es ilustrativo, a los efectos de entender el alcance que le ha dado la jurisprudencia al término afectado en materia ambiental, lo dicho por la Cámara Nacional Civil, Sala D en el fallo SEILER, MARIA

LETICIA c/MCBA s/AMPARO, del 28-08-1995: "...no cabe ninguna duda de que la Sra. Seiler está legitimada para reclamar por un predio que está a pocos metros de su domicilio real, ya que independientemente de lo que más adelante se dirá acerca de los derechos que la MCBA ha conculcado, no puede negarse que lo que allí acontece la afecta de modo directo. Su legitimación es palmaria pues, independientemente del interés de toda la comunidad en preservar el predio urbano en condiciones de higiene razonables, existe en la actora un interés particular en revertir el cuadro de situación descripto. Téngase presente que la Sra. Seiler, y los demás vecinos de la cuadra, son los que deben soportar diariamente la existencia del basural referido..."

En el mismo sentido, la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, en autos caratulados "Schroder, Juan c/Estado Nacional (Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano) s/Amparo", del 8-09-1994 ha dicho: "...En cuanto a la falta de legitimación del actor se considera que su calidad de vecino de la Provincia de Buenos Aires no fue negada..., por lo cual la sentencia tuvo por acreditada esa circunstancia...Según el art. 43 de la Constitución, cuando se trata de la protección de los derechos relativos al ambiente la acción (de amparo) podrá ser interpuesta por el afectado. Esta condición se encuentra debidamente cumplida con el interés personal y directo que, en el caso, ostenta el actor. Máxime si se tiene en cuenta que dedujo una pretensión exclusivamente anulatoria con la cual no pretende, además, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y su eventual restablecimiento..."

También en el caso "I. M. c/Impsa y otros s/Recurso de Casación e Inconstitucionalidad", en el que el Superior Tribunal de Jujuy reconoció la legitimación activa de una vecina de San Salvador de Jujuy, que interpuso una acción de amparo, solicitando a la Municipalidad que disponga el traslado de una planta de disposición final de residuos, invocando para ello la defensa de los derechos a la salud, la calidad de vida y el medio ambiente. El tribunal resolvió la cuestión formulándose la siguiente pregunta: ¿"cabe privar del acceso a la justicia, al sujeto individual que invocando su condición de ciudadano, denuncia la contaminación del medio en el que vive, y por el contrario reconocerles legitimación a los grupos organizados en asociaciones colectivas"?

Desde luego que ello no equivale a admitir la legitimación en un grado que la identifique con el generalizado interés de todos los ciudadanos en el ejercicio de los poderes de gobierno, ya que deformaría las atribuciones del Poder Judicial, y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares. Debe existir, como en el presente, un "caso" y una vinculación de la problemática con la parte actora.

Resumiendo, tal como V.E. ha sostenido, es indudable que **"dada la importancia que reviste la prevención del daño ambiental en la actualidad, es necesario ampliar la legitimación procesal a los ciudadanos y a las entidades no gubernamentales. Ello, a fin de que tengan acceso a la jurisdicción en los casos de intereses difusos. No se requerirá para ello la producción de un daño concreto y cierto, ni acreditar la afectación de un derecho individual. Esto, a efectos de evitar que no se modifique, destruya o altere su hábitat"** ("Roca, Magdalena c/Buenos Aires, Provincia s/Inconstitucionalidad", CS, R. 13.XXVIII-O, ED t. 164, p. 725 -Fecha 16.5.1995-).

VII. CONSIDERACIONES DE DERECHO

VII.1.El contexto nacional: La participación ciudadana

La participación ciudadana comprende el proceso mediante el cual se integra al ciudadano, en forma individual o colectiva, en la toma de decisiones, la fiscalización, control y ejecución de las acciones que afectan algún ámbito de la esfera pública, sea en lo político, económico, social o ambiental.

Como se ha sostenido desde nuestra fundación, la participación ciudadana alcanza al conjunto de relaciones que un individuo tiene con el Estado, de manera directa o indirecta, e involucra todos los mecanismos que implican hábitos sociales de control, discusión, negociación, conciliación e incidencia en las políticas públicas en general.

Debemos destacar que los tratados internacionales de derechos humanos, que gozan de jerarquía constitucional, reconocen diversos mecanismos de participación pública. En este sentido, el Pacto San José de Costa Rica (Convención Americana sobre los Derechos Humanos), reconoce en su Art. 23 el derecho de participar en los asuntos públicos, mientras que el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", en su Art. 25 hace lo propio en relación con el que tienen los ciudadanos para participar en la discusión de los asuntos públicos.

Con ello, se pretende el logro de un ejercicio del poder más justo y equitativo y un mayor involucramiento de los mismos en los asuntos públicos. La evolución constitucional operada en los años recientes aconseja que la participación de los habitantes de la comunidad política en el proceso de toma de decisiones “no debe limitarse al voto para la elección de sus representantes, pues se genera la consideración del gobierno como algo ajeno a la ciudadanía y se diluye la relación entre las decisiones colectivas y la voluntad de los afectados”².

Ahora bien, en materia ambiental la Ley 25.675 (Ley General del Ambiente) resulta suficientemente clara, más allá de la normativa provincial ambiental, en lo que respecta a la obligatoriedad de la participación ciudadana en la consideración de los proyectos que tengan incidencia sobre el medio ambiente.

Al efecto, incorpora un acápite especialmente dedicado a la Participación Pública. Siguiendo los postulados establecidos por el Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992, su artículo 19 establece “... el derecho de toda persona a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general”.

Asimismo y de manera correlativa, dispone el deber de las autoridades de “institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas, como instancias obligatorias y previas para la autorización de actividades que puedan generar efectos negativos o significativos para el ambiente”.

Si bien la ley menciona a la Audiencia Pública como uno de los mecanismos posibles de participación ciudadana, no se restringe solamente a la misma, sino que deja abierta la posibilidad de fijar otro tipo de procedimientos que se adapten a cada situación particular. Sin embargo, al nombrar expresamente a la audiencia pública, la erige en un instrumento clave para la canalización de la participación.

En el ámbito local, esto es reforzado por el artículo 45 de la ley 5063 (Ley General de Medio Ambiente de la Provincia de Jujuy), y el artículo 4º inc. 3 de la ley 7070 (Ley de Protección del Medio Ambiente de Salta).

A título ilustrativo, cabe recordar que este tipo de modalidad de participación, fue introducido en la Argentina por el ambientalismo, precisamente como garantía para una participación pública ordenada. En este sentido, en el año 1984, a inicios del regreso a la democracia, el Senado de la Nación celebró a título demostrativo la primera audiencia pública, a raíz de la necesidad de determinar su competencia en el control de la contaminación del Río Reconquista, un curso de agua situado en la Provincia de Buenos Aires. A partir de allí, el mencionado instrumento fue desarrollándose en cada una de las jurisdicciones, y a nivel federal se incorporó en la Ley de Obras Hidráulicas³ y en otras que regulan la concesión de los servicios públicos.

Pese a que este tipo de procesos, tal como han sido concebidos en nuestro sistema, no posee carácter vinculante, la LGA, siguiendo la línea establecida por el Convenio de Aarhus, impone a la autoridad la obligación de fundamentar las desestimaciones de las opiniones que los participantes hayan expresado en la Audiencia. Ello resulta clave para la razonabilidad del acto administrativo.

En consonancia con lo dicho, la norma dispone que la participación “deberá asegurarse, principalmente, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular en las etapas de planificación y evaluación de resultados”.

Más allá de lo expuesto, al igual que lo que sucede con la información ambiental, la LGA establece que la política ambiental nacional deberá cumplir con el objetivo de “fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión”. Como sabemos, siendo esta ley una norma de presupuestos mínimos de protección ambiental y que por lo tanto establece un piso de exigencia para todo el país, está indicando a las autoridades de todo el territorio nacional el mandato de fomentar la participación. No se trata ya de una opción o expresión de deseo del legislador nacional, sino de una manda concreta que debe satisfacerse por las vías que resulten adecuadas a tan fundamental objetivo.

Está claro que, no habiéndose respetado el derecho a la consulta, del que gozan las comunidades y pueblos originarios, a la hora de autorizar la iniciación de programas de

² “La constitución de los Argentinos” Sabsay-Onaíndia, Editorial Errepar, 5ta. Edición, Buenos Aires, 2000.

³ Ley 23.879 (B.O. 1-11-90)

prospección y exploración en sus territorios, no ha existido en autos la debida participación ciudadana, con el consiguiente perjuicio a las comunidades afectadas.

Por ello, creemos que la idea que los ciudadanos sólo actúan cuando se trata de elegir a los gobernantes, principio básico de la democracia representativa (“el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes”), resulta claramente insuficiente para hacer frente a las complejidades de la vida moderna, que cada vez con más fuerza plantea la necesidad de un rol activo de la población en las cuestiones públicas.

La participación ciudadana es una garantía democrática de considerable magnitud, tomada inclusive como medida del grado de desarrollo democrático de una nación. Como sostenía Miguel Angel Ekmekdjian, “La participación de un pueblo en la cosa pública no debe limitarse a la emisión periódica del sufragio. Hoy más que nunca es necesario que el ciudadano asuma su responsabilidad de participar, ya sea en forma personal o a través de las instituciones intermedias”.

Este requerimiento de la participación adquiere singular relevancia en el caso de las comunidades originarias por varias razones. La primera de ella se relaciona directamente con el reconocimiento constitucional de estos pueblos y sus derechos (Art. 75, inc. 17) y con las previsiones del Convenio 169 de la OIT, tratado ratificado por Argentina, e incluso de rango superior a las leyes nacionales. De allí surgen mandatos expresos e inequívocos en torno a las políticas que puedan afectar los derechos indígenas en relación a las tierras, los recursos naturales, su entorno, cultura, espiritualidad y sus aspiraciones en relación al modelo de desarrollo local. Así su art. 4 establece que “*Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados*” y que “*Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados. ...*”. Por su parte, el art. 6 refiere que, al aplicarse las disposiciones del Convenio, “*los gobiernos deberán: a) 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; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por los 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 les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. ... Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán ejecutarse 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.*”

Por último, el art. 7 establece que :

“1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir las propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además dichos pueblos deberán participar en la formación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.”

Como puede apreciarse en la demanda planteada, ninguno de estos derechos ni consideraciones han sido tenidos en cuenta en el caso que nos ocupa.

En efecto, tal como sostiene Gibson, las comunidades requieren información para la toma de decisiones acerca de las actividades mineras. Los miembros de ella experimentan impactos debidos a la explotación minera, intrínsecos a la operación de una mina, que consisten en un probable incremento del costo de vida y un aumento de influjo de personas extrañas a la comunidad, más allá de los temas ambientales. Sin embargo las comunidades son frecuentemente vistas por los ejecutivos de las empresas como la parte menos importante a la que deben reportar sus actividades. Tanto las corporaciones como

los gobiernos deben obtener – en mérito a las convenciones internacionales de las que Argentina es signataria – el consentimiento de las comunidades afectadas por la minería.⁴

VII.2.- El consentimiento libre, previo e informado⁵

En este punto resulta de gran importancia definir los alcances y significado de este concepto esencial en el tema que nos ocupa:

-Libre significa que no hay coerción, intimidación ni manipulación.

-Previo significa que se ha tratado de obtener el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y que se han respetado las exigencias cronológicas de los procesos de consulta/consenso con los pueblos indígenas.

-Informado significa que se ha proporcionado que abarque (por lo menos) los siguientes aspectos: a. La naturaleza, envergadura, reversibilidad y alcance del proyecto o cualquier actividad propuesta; b. El objetivo u objetivos; c. La duración; d. Las zonas que se verán afectadas; e. Probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios; f. El personal que probablemente intervendrá en la ejecución del proyecto propuesto.

La información debe ser precisa y revestir una forma accesible y comprensible, entre otras cosas en un idioma que los pueblos indígenas comprendan plenamente. La información debe difundirse de manera que tenga en cuenta sus tradiciones orales e idiomas.

En el fallo “Acción de amparo: Andrada de Quispe, Rosalía y otros c/Estado Provincial”, el Tribunal Contencioso Administrativo de la Provincia de Jujuy condenó a la administración provincial a dar cumplimiento a lo establecido por el art. 15 inc. 2 del Convenio 169 de la OIT, “*dando obligatoria participación en todas las actuaciones administrativas a las comunidades aborígenes referidas a trámites sobre territorios que de alguna manera pudieran afectar sus derechos, en particular las que se tramiten por ante el Juzgado Administrativo de Minas*”⁶.

Esta condición de parte conferida a las comunidades indígenas podría constituir un mecanismo valioso para alcanzar ese consentimiento libre, previo e informado. Pero es necesario que las autoridades provinciales apliquen lo dispuesto en las sentencias judiciales.

VII.3.- Falta de implementación de principios e instrumentos de la Ley General del Ambiente.

- **Principio de Prevención y Principio Precautorio.** Del análisis de la situación descrita, surge con claridad que se vislumbra una marcada ausencia interpretativa de los principios contemplados en el artículo 4º de la LGA, como así también una manifiesta falta de implementación de los instrumentos de la política y la gestión ambiental establecidos en el artículo 8º de la mencionada norma.

Cobran así importancia el Principio de Prevención y el Principio Precautorio⁷: ambos constituyen herramientas de interpretación del derecho positivo para los jueces, las autoridades administrativas y la ciudadanía en los aspectos a reconocer en las etapas ex ante y ex post del daño ambiental.

Observamos también cómo el principio precautorio avanza aún más que el preventivo, ya que considera la necesidad de evitar el daño aún cuando no existe certeza respecto de su acaecimiento futuro, y se plantea frente al peligro que se produzca un daño grave o irreversible.⁸

Cabe incluir en este análisis a las Directrices para la aplicación del Principio Precautorio a la Conservación de la Biodiversidad y la Gestión de los recursos naturales de la UICN.⁹ Las mismas plantean, por una parte, fijar el marco de aplicación del principio, incorporándolo, integrándolo y haciéndolo operativo y participativo, y considerando la mejor información disponible. Asimismo, establecen la obligación de definir potenciales amenazas, daños, opciones y consecuencias para abordarlas considerando el nivel de riesgo, la factibilidad técnica y la asignación de responsabilidades.¹⁰

⁴ Gibson, Ginger. Community Information Needs: Access to Information Through the Mining Life Cycle. Working paper prepared for the MMSD Workshop on Access to Information. IIED. World Business Council for Sustainable Development. November 2001.

⁵ Este apartado reproduce los conceptos del documento elaborado en el Seminario Internacional sobre Metodologías Relativas al CLPI y los Pueblos Indígenas, convocado por el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, enero de 2005.

⁶ Sentencia del 2 de mayo de 2006.

⁷ Art. 4º de la LGA 25.675: **Principio de prevención:** 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. - **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. - Art. 3º inc. d) de la Ley 26.331: Son objetivos de la presente ley:...d) Hacer prevalecer los principios precautorio y preventivo, manteniendo bosques nativos cuyos beneficios ambientales o los daños ambientales que su ausencia generase, aún no puedan demostrarse con las técnicas disponibles en la actualidad.

⁸ Esain, José, “El principio de prevención en la nueva Ley General del Ambiente 25.675, en el suplemento de Derecho Administrativo de la revista jurídica de Lexis Nexis, del 1.9.047.

⁹ “Pautas para aplicar el Principio de Precaución a la Conservación de la Biodiversidad y la Gestión de los recursos Naturales”, Según lo aprobado por la reunión número 67 del consejo de IUCN, del 14 al 16 de mayo de 2007

¹⁰ Di Paola, María Eugenia y Esain, José, “La Corte suspende el ecocidio en el bosque salteño”, Nota a Fallo en Revista Jurídica La Ley, Año LXXIII, Nº 95, del miércoles 20 de mayo de 2009

En este sentido, la plena y efectiva utilización del Principio Precautorio por parte de V.E. en el caso que nos ocupa, a fin de adoptar medidas para asegurar la eficacia de la norma de presupuestos mínimos en materia de preservación del ambiente y participación ciudadana, resulta de una trascendencia absoluta.

- Evaluación de Impacto Ambiental y Evaluación Ambiental Estratégica.

La Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) es un procedimiento previo a la toma de decisiones, que sirve para identificar, descubrir y evaluar de modo apropiado los efectos directos o indirectos de un proyecto sobre: el hombre, la fauna y la flora; el suelo, el agua, el aire, el clima y el paisaje; la interacción entre ellos; los bienes materiales y el patrimonio cultural. Por otro lado, desde el punto de vista técnico, podría considerarse como la comparación entre el estado de situación del medio ambiente antes de una intervención o instalación de un proyecto (sea urbano o rural, sea industrial o agrícola, de gran escala o de media y aún pequeña) y de la situación del mismo medio después del proyecto instalado y operando.

Completando lo hasta aquí mencionado, el prestigioso doctrinario Ramón Martín Mateo enmarca a la Evaluación de Impacto Ambiental como “un procedimiento participativo para la ponderación anticipada de las consecuencias ambientales de una prevista decisión de derecho público” (Tratado de Derecho Ambiental, Editorial Trivium, Madrid 1992)..., constituye un procedimiento de análisis de resultados, ambientalmente anticipables, de una decisión contemplada, – sin que deba confundirse con ésta y sin sustituir la responsabilidad de quien finalmente deba pronunciarse al respecto.

Siguiendo estos lineamientos, si bien a escala de cada proyecto en particular, la exigencia normativa provincial de un estudio de impacto ambiental y el otorgamiento de los respectivos certificados de aptitud pueden ser los adecuados para cumplir con los principios ambientales específicos del caso, la suma de estos estudios aislados – trasladados a escala provincial – no resultan aptos para cumplir con el mandato legal de asegurar una gestión sustentable y adecuada del ambiente, como lo exige la ley 25.675.

Podemos sostener que dichos estudios, no satisfacen la cobertura analítica de las relaciones de diversos proyectos entre sí, entre ellos y sus contextos sistémicos y en el grado acumulativo de microimpactos que un conjunto de pequeños proyectos generan. Por otro lado, cada proyecto en su individualidad, puede ciertamente contener una negatividad por así llamarla endógena, que no depende de la calidad del proyecto en sí, sino de determinaciones que a este le impone el ciclo PPP (políticas, planes y programas).¹¹

Por lo tanto, consideramos oportuna la incorporación, en este análisis, del concepto de Evaluación Ambiental Estratégica (EAE), que debe trascender el análisis clásico de la EIA de un proyecto y evaluar el plexo normativo PPP que hay antes, encima o detrás de cada proyecto. Hablamos entonces de un mecanismo que debe intentar cubrir las diferentes instancias que están implicadas en la gestión ambiental (impacto ambiental, desarrollo sustentable, ordenamiento territorial, políticas de gobierno) que deberían relacionarse, pero que en rigor, suelen poseer particularidades específicas y a su vez, ventajas e inconvenientes en sus formas y métodos de implementación.

Debe tenerse en cuenta además, que la Evaluación Ambiental Estratégica existe ahora en el derecho positivo argentino a través de la recientemente sancionada Ley de Glaciares N° 26.639, lo cual pone en evidencia su pertinencia y necesidad para un desarrollo adecuado, equilibrado y equitativo como lo establece el art. 41 de la Constitución Nacional, aunque no resulte aplicable al caso de autos. Más aún cuando una de las fundamentales herramientas de la política ambiental nacional –el ordenamiento ambiental del territorio (OAT)- no ha sido puesto en práctica en nuestro país, excepto para casos puntuales y aislados. En síntesis, vemos como la casi nula implementación de herramientas estratégicas de política ambiental realmente fundamentales para la sustentabilidad del desarrollo –el OAT y la EAE-, las cuales son por definición ampliamente participativas, coadyuvan a un estado de cosas que abona el menoscabo de derechos individuales y colectivos, consecuentemente, la conflictividad socioambiental.

VII.3. El contexto internacional: el derecho a la consulta

A las consideraciones expuestas sobre el andamiaje jurídico vigente en nuestro país – normas constitucionales, de presupuestos mínimos de protección ambiental y provinciales – se suman también con indudable gravitación diversas convenciones internacionales ratificadas por Argentina y que forman parte, por lo tanto, de nuestro derecho interno, entre ellas la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, sobre Conservación de Especies Migratorias de Animales Silvestres, de Diversidad Biológica y de Cambio Climático.

Por su parte, el ya mencionado Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado por Ley N° 24.071 y ratificado por nuestro país el 3/7/2000 resulta singularmente importante en relación al tema que nos ocupa. Este convenio compromete a los Estados Parte a desarrollar una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de estos pueblos y a garantizar la integridad de los mismos, estableciendo el deber de adoptar medidas especiales para salvaguardar la cultura y el ambiente de los pueblos originarios. De manera específica trata el deber de los gobiernos de realizar procedimientos apropiados de consulta cuando se prevean medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos directamente, señalando el derecho que les asiste en

¹¹ Proyecto: Evaluación Ambiental Estratégica (EAE). Manual Metodológico y sus posibles aplicaciones, http://www.salvador.edu.ar/vrid/di/r_proy05/05ma_imae08.htm

relación a la determinación de las prioridades atinentes al proceso de desarrollo, en la medida que el mismo afecte la calidad de vida, creencias, bienestar espiritual, reconociendo el derecho de los pueblos de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes. El Convenio reconoce el derecho de los pueblos sobre los recursos naturales existentes en sus territorios, y en particular en relación a los recursos minerales establece el deber de realizar las consultas con carácter previo a la autorización o inicio de las actividades.

Es esencial en este punto hacer hincapié en el hecho de que el art. 6° del Convenio enfatiza que la finalidad de las consultas – que deben efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias – es la de *llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas*.

Por su parte la cláusula constitucional del art. 75 inc. 17, resulta de la mayor importancia en el tema que nos ocupa: expresamente efectúa el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, reconociendo también el deber de “garantizar el respeto a su identidad ... 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” como el de “asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan”. Como es evidente, el constituyente ha planteado las más amplias y llanas garantías para estos pueblos ancestrales, que aún ven postergadas la titulación de sus tierras y el efectivo goce de los derechos más básicos. Un ejemplo reciente de esta postergación y del inexorable vínculo que existe entre el reconocimiento del derecho a las tierras, la participación pública, el derecho a la consulta y el ordenamiento ambiental del territorio, es la “Causa Salas”.

Es dable mencionar que otras constituciones de nuestra región han consagrado también el derecho a la consulta en su texto, como Ecuador y Bolivia.

En el caso de Bolivia, expresamente se incorporan el **derecho a la consulta previa obligatoria, el derecho a la participación en los beneficios de los recursos naturales, el derecho a la gestión territorial y el derecho de controlar las actividades que se realizan en sus territorios**. Como puede entreverse, se trata de establecer una trama de derechos que permitan a las comunidades participar en las decisiones que tendrán impacto sobre su entorno y calidad de vida, desde la fase de proyecto (consulta y derecho de gestión territorial), procurando asimismo que otros derechos se mantengan y consoliden, en caso de que la actividad sea ejecutada (participación, control y monitoreo, gestión territorial en el marco de las autonomías indígenas y aprovechamiento de los recursos naturales). Así, son contemplados en la **Constitución Política de Bolivia** –también, en parte, en su Ley de Hidrocarburos 3058-, entre **los derechos de los pueblos indígenas originarios y comunidades campesinas**:

- Derecho a vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento equilibrado de los ecosistemas (art. 30 II 10).
- Derecho a *consulta previa obligatoria* respecto de la explotación de recursos naturales no renovables en el territorio que habitan (art. 30 II 15).
- Derecho a la participación, en relación a los beneficios de la explotación de los recursos naturales en su territorio (art. 30 II 16).
- Derecho a la gestión territorial indígena autónoma y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio (art. 30 II 17).
- Derecho de control y monitoreo socioambiental de las actividades hidrocarburíferas y mineras que se desarrollen en su jurisdicción (art. 304 III 9).

En esa misma línea se expresan otras leyes sectoriales: del **Reglamento de Consulta y Participación para Actividades Hidrocarburíferas de Bolivia** destacamos, en relación a la consulta, lo dispuesto en el art. 7, en el sentido que las decisiones resultantes del proceso deben ser **respetadas y consideradas** como criterios fundamentales para la ejecución de la actividad, obra o proyecto objeto de la consulta.

En el caso de **Ecuador**, la **Constitución** cuenta también con un capítulo especial de Derechos de las Comunidades Indígenas (art. 57), que reconoce:

- Derecho a la *consulta obligatoria, previa, libre e informada*, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos naturales no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente. Además se les debe permitir participar en los beneficios que esos proyectos reporten y tienen derecho a ser indemnizados por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen (art. 57 inc. f).
- Derecho a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos (art. 57 inc. l).

Por su parte, el **Reglamento Ambiental de Hidrocarburos (Decreto 1215)** ecuatoriano dispone que previamente a la ejecución de planes sobre exploración y explotación de hidrocarburos, los sujetos a control deberán informar a las comunidades en el área de influencia directa, y conocer sus sugerencias y criterios. De los acuerdos que se generen se debe dejar constancia escrita mediante instrumento público (art. 9). En cuanto a la vigilancia ciudadana, se estipula que sean delegados de la comunidad quienes efectúen aportes con sus observaciones y recomendaciones, todo lo cual debe ser considerado por la Dirección Nacional de Protección Ambiental (art. 89).

Rescatamos también de la **Codificación de la Ley de Gestión Ambiental** la previsión expresa de que el incumplimiento del proceso de consulta establecido en la Constitución **tornará inejecutable la actividad de que se trate y será causal de nulidad de los contratos respectivos** (art. 28).

Existen además en Ecuador importantes precedentes que son de plena aplicación al caso que nos ocupa:

La Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador presentó en 2009 una demanda contra el Estado ecuatoriano, solicitando se declare la inconstitucionalidad de la nueva Ley de Minería, publicada el 29 de enero de 2009. En especial se impugnan sus artículos 1, 2, 15, 22, 28, 30, 31, 59, 67, 87, 88, 90, 100, 103 y 316.

La demanda se fundamenta en que el procedimiento de sanción de la ley no ha respetado la Constitución Nacional, el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Declaración Americana de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En especial se hace hincapié en que se haya soslayado la aplicación y el respeto del derecho a la consulta en los términos descriptos por el artículo 57 inc. 17 de la Constitución, que concede a las comunidades el derecho a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

La demanda afirma que la ley de minería, en los términos en que fue aprobada, afecta los derechos colectivos de las nacionalidades y pueblos indígenas porque pretende regular actividades mineras cuyas áreas concesionadas y por concesionar se encuentran ubicadas dentro de sus territorios; y porque regula el procedimiento para la realización de consultas a las nacionalidades y pueblos (art. 90 de la Ley de Minería). Se expresa que previamente a la puesta en vigencia de la ley debió haberse realizado la consulta prevista en la norma constitucional citada. Incluso la decisión de poner en vigencia la Ley de Minería debió cumplir con lo prescripto en el art. 6 del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, del cual Ecuador es parte.¹²

Otra deficiencia en la que, de acuerdo a la demanda, incurre la nueva ley es la violación al derecho al territorio de las comunidades indígenas. El artículo 57 mencionado garantiza el derecho de las comunidades al territorio, al disponer:

“Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos los siguientes derechos colectivos:(...)”

4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos.(...)”

8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad. (...)”

11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales.”

En este sentido, se afirma que la nueva ley contiene preceptos que permiten el desplazamiento, la división y el gravamen del territorio de las nacionalidades indígenas del Ecuador mediante el establecimiento obligatorio y discrecional de servidumbres para la actividad minera. Los artículos a que alude el escrito son el art. 15 (declara de utilidad pública la minería y la procedencia de *“la constitución de las servidumbres que fuesen necesarias”*) el art. 59, el 100 y el 103 que aluden también a la existencia de servidumbres. Como se recordará en el caso de Bolivia, la Constitución declara que las actividades de exploración, explotación, etc. de recursos naturales no renovables tienen carácter de utilidad pública.

¹² CONAIE, *demanda ante la Corte Constitucional de Ecuador s/ inconstitucionalidad de la Ley de Minería.*

Otro punto controvertido que aquí se objeta es que la ley consagra, en su artículo 28, la libertad de prospección, por la cual se permite a cualquier persona irrumpir en territorio de las nacionalidades indígenas para realizar actividades de prospección.

Este concepto, se sostiene, ha sido sustentado además por la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de su sentencia en el Caso de la Comunidad Mayagua (Sumo) Awas Tingni contra el Estado de Nicaragua, de fecha 31 de agosto de 2001, en la cual expresa, en su párrafo 149, que: *“Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y en su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”*.

Un punto de suma relevancia destacado por la demanda es que Ecuador ha ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos (o Pacto de San José de Costa Rica), aceptando también la competencia de la Corte, por lo que las líneas jurisprudenciales de este tribunal forman parte de su sistema jurídico.

Por otro lado, el escrito hace hincapié en el reconocimiento del derecho al territorio que efectúan los tratados y convenios internacionales de los que Ecuador es parte, como el Convenio 169 de la OIT.

En el mismo sentido, se hace referencia a la **Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas** de 2007, que en relación al territorio afirma el derecho de los pueblos indígenas a no ser desplazados, a determinar las estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo, a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con sus tierras. La declaración además obliga a los Estados a celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios.

Todas estas normas son parte integrante del bloque de constitucionalidad de Ecuador – la misma situación se da en Bolivia y en Argentina – tal como lo reconocen los artículos 3 y 10 de la Constitución ecuatoriana.

En línea con lo expuesto, la demanda sostiene que Ecuador con la Constitución de 2008 se declara como *“estado constitucional de derechos y justicia”* (art. 1º), de modo que sus disposiciones y garantías constituyen normas de jerarquía suprema, que el Estado se ve obligado a observar y respetar.

La línea argumental de la demanda se centra en otra razón que sustenta la tacha de inconstitucionalidad de los artículos inicialmente citados de la nueva ley, como lo es el hecho de que dichas normas imponen **una actividad económica no sustentable** en el territorio de las nacionalidades indígenas, cuando la Constitución manda que se respeten sus actividades de sustento, en especial su manejo de la biodiversidad y de su territorio (art. 57 inc. 8).

Como hemos visto en los fundamentos de esta demanda, se reclama por el apartamiento del mandato constitucional que consagra el **derecho a la consulta**, instituido en el art. 57 de la Constitución del Ecuador.

En el mismo sentido se expresan el Convenio 169 en sus artículos 6 y 15, y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas en sus artículos 8, 10, 19, 23, 25, 26, 29 y 32, en el sentido que dicha consulta debe tener por objeto el consentimiento informado previo de los pueblos interesados para la realización de la actividad de que se trate. La demanda afirma que la ley no establece un adecuado procedimiento de consulta, que deja librado al arbitrio de la autoridad ministerial. Por otro lado se hace notar que el artículo 90 hace referencia a un “procedimiento especial de consulta a los pueblos”, pero aclara que el mismo se llevará a cabo “de conformidad con el artículo 398 de la Constitución de la República”. Este artículo alude a la “consulta previa de carácter ambiental”, distinta a la consulta instituida en el artículo 57, que reconoce a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas el derecho a la consulta previa “de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos...”

En este sentido la demanda afirma que en el caso de la consulta como derecho de las nacionalidades indígenas el efecto de la oposición mayoritaria de los consultados tiene que resolverse, por

mandato constitucional, conforme a los instrumentos internacionales aplicables, entre los que está la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por el Ecuador, que hace necesario que el resultado de la consulta sea **el consentimiento** de los consultados para que se realice la actividad prevista.

La disposición del art. 87 de la Ley de Minería deja a discrecionalidad del ente consultante, para que se realice la consulta en cualquier lugar y respecto de cualquier sector social. Este hecho se constituye en un riesgo evidente debido a la práctica cotidiana que utiliza el estado en los diferentes procesos de consulta, especialmente **en materia petrolera**, donde – afirma CONAIE – se consulta a todos, menos a la comunidad directamente implicada. El estado ecuatoriano debe considerar a la Consulta Previa como una acción que contribuye al respeto de los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas, **mas no como el mero trámite para cumplir con un requisito.**

Concluye la demanda recordando que en el sistema interamericano el derecho al consentimiento libre, previo e informado ha sido reconocido como un estándar vigente y exigible a partir del derecho a la propiedad garantizado en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la que Ecuador es parte.

i- Coadyuvancia a la Demanda de Inconstitucionalidad de la Ley de Minería de Ecuador

La organización Acción Ecológica de Ecuador presentó este documento – de naturaleza similar al *Amicus Curiae* – como complemento a la demanda de la CONAIE.

En él se cita jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, que si bien no posee una Constitución tan garantista como las de Ecuador y Bolivia, se ha pronunciado en varias oportunidades sobre la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque el Estado no haya sido parte en el proceso:

“En consecuencia, al Tribunal Constitucional, en el presente caso no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la ratio decidendi, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso” (Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del Perú - Caso Colegio de Abogados del Callao-Resolución del 19 de junio de 2007-N° 000007-2007-PI/TC).

Este tribunal también ha reconocido que el Convenio 169 de la OIT es parte integrante del bloque de constitucionalidad, al afirmar que una vez aprobado dicho convenio pasa a ser parte del derecho nacional (Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del Perú-19 de febrero de 2009-N° 03343-2007-PA/TC).

Acción Ecológica afirma asimismo en su escrito de Coadyuvancia que esto significa que en el Perú, son vinculantes las decisiones pronunciadas por la Corte Interamericana en los casos en los que ha abordado la problemática indígena, citando algunos ejemplos como el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua del 31 de agosto de 2001; caso Comunidad Moiwana vs. Suriname del 15 de junio de 2005; caso Pueblo Saramaka vs. Suriname del 28 de noviembre de 2007; y caso Tiu Tojín vs. Guatemala del 26 de noviembre de 2008.

Por otro lado, la organización remarca el hecho de que existe una recomendación vigente del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas al poder legislativo en cuanto a ajustar sus disposiciones al orden constitucional precisamente en materias como la que trata la Ley objeto de la demanda de inconstitucionalidad¹³.

También la Coadyuvancia cita la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha reiterado que la propiedad comunal indígena tiene plena protección bajo el artículo 21 de la Convención Americana, fundamentándola en la especial relación que tienen los pueblos indígenas con su territorio¹⁴.

¹³ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Adición Misión a Ecuador. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Cuarto período de sesiones. A/HRC/4/32/Add.2. Diciembre 28 de 2006

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*)

El escrito expresa al respecto que en el mismo preámbulo de la Constitución se afirma que se pretende crear “una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”. Para ello es que se ha reconocido el derecho de los ciudadanos de “vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza” (art. 66-27) y más aún, se concibió a la naturaleza como un sujeto de derechos: “sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución” (art. 10). Incluso se efectúa una muy interesante cita del autor Augusto Angel Maya, que transcribimos:

*“El derecho romano exalta y defiende el concepto de propiedad, como un derecho absoluto e inalienable. Ello significa que el hombre tiene derecho de usar y abusar de la propiedad, que es la propiedad física no sólo sobre las cosas naturales, sino también sobre los esclavos. El “ius utendi et abutendi”, si bien no se encuentra referido en esa forma explícita en el derecho romano, interpreta exactamente el sentido de la legislación y de la tradición cultural del imperio. El dominio sobre la naturaleza es total para la clase de los honestos y casi total para el común de los ciudadanos romanos y en esa forma va disminuyendo a medida que desciende la escala social hasta el derecho negativo de los esclavos. Puede verse con claridad cuál es el significado de esta tendencia jurídica sobre el deterioro ambiental. Fue esta legislación la que permitió el saqueo de las Provincias con las consecuencias ambientales que apenas se están empezando a conocer en la historiografía moderna”.*¹⁵

El 31 de Marzo de 2009 representantes de los Sistemas Comunitarios de Agua de las parroquias Tarqui y Victoria del Portete, y varias comunidades de la provincia del Azuay, presentaron ante la Corte Constitucional otra demanda de inconstitucionalidad por la aprobación en enero de ese año de la Ley Minera.

Finalmente, la Corte Constitucional de Ecuador, en una sentencia pronunciada el 8 de marzo de 2010, no decretó la inconstitucionalidad de la ley de minería objetada, pero sí reconoció que ésta fue aprobada irregularmente, omitiendo la consulta prelegislativa a las comunidades indígenas.¹⁶

En síntesis, observamos que las constituciones comentadas, de reciente modificación, han receptado e incorporado a su texto los principios esenciales contenidos tanto en el Convenio 169 como en la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas de 2007.

Si bien nuestra Constitución no es tan exhaustiva en el reconocimiento de estos derechos, el art. 75 inc. 17 es un signo inequívoco del deber que compete al Estado de respetarlos y garantizarlos, así como de proveer a su ejercicio. Por otra parte, nuestra legislación de presupuestos mínimos ya contiene previsiones relativas a los derechos de los pueblos indígenas, como la Ley 26.331 (“Ley de Bosques”), que en su art. 26 referido a la Consulta Pública dispone que en dicha instancia deberán adoptarse las medidas necesarias para asegurar el acceso a la información de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas sobre las autorizaciones que se otorguen para los desmontes.

VIII. Minería y acceso al agua

En nuestro país, toda cuestión relativa a la minería como actividad productiva está regulada por el Código de Minería, parte integrante del denominado derecho común que conforman los Códigos de fondo, sancionado en el marco de las atribuciones conferidas al Congreso por la Constitución Nacional en el antiguo artículo 67 inciso 12, actual artículo 75 inciso 12.

Este cuerpo legal, sancionado por ley en 1886, y vigente desde el 1º de mayo de 1887, consta de más de veinte títulos que dedican su articulado al establecimiento de un sistema dirigido a la ordenada explotación de los minerales de nuestro país. Así, abarca el régimen dominial de las minas en función de categorías estableciendo quienes pueden adquirirlas, regula las relaciones entre mineros y superficiarios, los requisitos de la concesión y explotación, entre otros variados temas.

Hasta el año 1995 el Código Minero no contenía disposiciones relativas a la protección del ambiente. Fue a partir de ese año, con la sanción de la Ley N° 24.585¹⁷, que se incluyen por primer vez normas referidas a la temática. Esta ley se incorporó al Código como un Título Complementario denominado “De la protección ambiental para la actividad minera”. Modificó asimismo el artículo 282 del

¹⁵ Augusto Ángel Maya. Sobre el derecho, la filosofía y el medio ambiente. En: Derecho y Medio Ambiente. Corporación Ecológica y Cultural Penca de Sábila, FESCOL y CEREC. Serie ecológica. No. 4. Bogotá, noviembre de 1992.

¹⁶ En el punto 9 del Capítulo III de la sentencia, el Tribunal expresa: “...Esta Corte determina para el caso en que el Estado pretenda iniciar una actividad minera en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del país: a partir de la publicación de esta sentencia, el Estado... deberá implementar los procesos de consulta previa e informada establecidos en el art. 57 numeral 7 de la Constitución...” La sentencia completa puede consultarse en www.conaie.org/ley-de-mineria

¹⁷ BO. 24.11.1995, disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=30096>

Código, que en su texto actual establece “*Los mineros pueden explotar sus pertenencias libremente, sin sujeción a otras reglas que las de su seguridad, policía y conservación del ambiente. La protección del ambiente y la conservación del patrimonio natural y cultural en el ámbito de la actividad minera quedarán sujetas a las disposiciones del título complementario y a las que oportunamente se establezcan en virtud del artículo 41 de la Constitución Nacional*”. De acuerdo a la redacción de este artículo es posible afirmar que la conservación del ambiente se presente ahora como una limitación importante en relación a la explotación minera, en el sentido de que deben respetarse las normas de conservación del ambiente. La explotación, entonces, ha de ajustarse al Título Complementario y asimismo a las normas que se establezcan como presupuesto mínimo de protección ambiental.

El mencionado título consta de 25 artículos, de los cuales quizás lo más relevante sea la obligación establecida para los titulares de las explotaciones de presentar ante la autoridad de aplicación y antes del inicio de cualquier actividad relacionada con la minería, un informe de impacto ambiental, y la correlativa obligación de ésta de pronunciarse respecto del informe, mediante una declaración de impacto ambiental.

Se mencionan las previsiones que debe incluir el informe de impacto ambiental, el establecimiento de la responsabilidad para quien cometa daño ambiental en el sentido de la obligación de mitigar, rehabilitar o recomponer, y sanciones administrativas para los incumplimientos a la norma.

En este contexto, el Código Minero desarrolla una especie de procedimiento *acotado* para evaluar los impactos propios de las etapas de exploración y explotación. ¿Por qué decimos que este procedimiento es acotado? Pues porque no se considera un paso fundamental en el procedimiento clásico de Evaluación de Impacto Ambiental que es la instancia de participación ciudadana, la cual debe tener lugar con carácter previo a la decisión administrativa de la autoridad competente.

Esta falencia no es menor, puesto que vulnera abiertamente las disposiciones de la Ley General del Ambiente N° 25.675 que reconoce en primer término el derecho de todas las personas a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente; y claramente y sin limitaciones de ninguna índole, la obligación de las autoridades de institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de actividades que generen efectos negativos sobre el ambiente. Además, esta ley profundiza la obligación y dispone que la participación ciudadana deberá asegurarse, principalmente, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y de ordenamiento ambiental del territorio, especialmente en las fases de planificación y evaluación de resultados¹⁸.

De este modo resulta evidente que el Código de Minería, si bien ha experimentado un sensible progreso en torno a una cuestión que antes de su reforma estaba completamente ausente en su consideración, continúa exhibiendo una fuerte limitante en relación a una exigencia – la participación ciudadana – cuya falta de mención y tratamiento conspira y condiciona notoriamente el desarrollo conforme a derecho del procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental. Además, y tal como se adelantó, del Convenio 169 de la OIT se desprende la obligación de consulta previa a los pueblos indígenas en lo que respecta a la explotación de minerales: este acuerdo internacional, tiene aún una jerarquía superior a las leyes de la Nación. Claramente la jerarquía constitucional que merecen en nuestro sistema los Tratados Internacionales, se traduce en obligaciones concretas de cumplimiento para la República Argentina frente a la comunidad internacional.

En este aspecto observamos en la experiencia cotidiana de trabajo en áreas y provincias en las cuales se desarrollan actividades de “megaminería”, que el cercenamiento de la participación de la ciudadanía en los procesos de toma de decisiones se produce de la mano de la casi nula información en relación a los proyectos o con una muy marcada dificultad en el acceso a la información existente¹⁹.

¹⁸ Ver Ley 25.675, arts. 19, 20 y 21.

¹⁹ La Fundación Ambiente y Recursos Naturales viene trabajando la temática del acceso a la información pública ambiental en diversos ámbitos y proyectos de investigación. Recientemente, ha contribuido con el desarrollo del eje legal e institucional en el Proyecto denominado “Plataformas de diálogo para el desarrollo minero responsable en Argentina”, liderado por la Fundación Cambio Democrático y financiado por PNUD. En el marco de dicho proyecto la investigación realizada permite afirmar que en la mayor parte de las provincias con emprendimientos mineros, el acceso a la información y la participación ciudadana son prácticamente nulos. Además, en el marco de otras investigaciones y proyectos concretados con pueblos originarios, se ha arribado a idéntica conclusión. Para mayor información sobre el trabajo realizado en la materia ver en http://www.farn.org.ar/investigacion/polamb/pueblos_originarios.html
FARN ha desarrollado un Proyecto en sociedad con Fundación Cambio Democrático y financiado por la Unión Europea, uno de cuyos objetivos es paliar esta situación. Para mayor información sobre el Proyecto ver en <http://www.farn.org.ar/mineriyagua/index.html>

Lamentablemente la conculcación de ambos derechos – a informarse y a participar- transcurre sin que las autoridades competentes se muestren dispuestas o proactivas para mejorar esta situación. Por su parte, el sector privado tolera este escenario, sin realizar esfuerzos para evitar que se produzca la violación de derechos legalmente reconocidos. Valen como ejemplo la presentación de información -en el marco del procedimiento de EIA- en otros idiomas (inglés), la fijación de plazos exigüos (entre 15 y 30 días) para acceder a la información contenida en varios tomos de miles de páginas, la omisión de convocar a la audiencia pública. Las preguntas que se imponen son ¿Cómo ha actuado la autoridad de aplicación local para remediar esta situación? ¿Ha exigido la traducción de los documentos agregados en lenguas extranjeras? ¿Ha solicitado al presentante un documento de síntesis del Estudio de Impacto Ambiental? ¿Ha promovido el dictado de una norma de ampliación de los plazos para acceder a la información, en el caso de proyectos que ameriten este tratamiento? ¿Ha convocado a audiencia pública con carácter previo a emitir la decisión administrativa? La respuesta a todas estas preguntas es negativa, en la mayor parte de las provincias con emprendimientos mineros de gran envergadura.

En este contexto, cobra especial relevancia la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, cuyo Principio 10 hace expresa referencia a la importancia del acceso a la información y a la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas de carácter ambiental: *“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”*. Somos conscientes de que esta Declaración integra el soft law ambiental y por lo tanto, no resulta obligatoria para los Estados que formaron parte de la Conferencia de las Naciones Unidas que dio lugar a la misma. No obstante el Principio 10 de Río ha sido receptado por el derecho positivo argentino, a través de la Ley General del Ambiente y la Ley de Acceso a la Información Pública Ambiental, ambas de presupuestos mínimos de protección ambiental, aplicables por lo tanto como *“piso”* a lo largo y a lo ancho del país.

Cabe además destacar que la mayor parte de las provincias argentinas, y en particular las provincias mineras, como ocurre con San Juan, La Rioja y Jujuy, entre otras, poseen un sistema legal ampliamente protectorio del ambiente, que reconoce el derecho a informarse y también a participar en los procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental mediante el instituto de la audiencia pública. Sin embargo estos sistemas legales no se aplican a la minería: en el caso de San Juan se ha sancionado una ley que exige expresamente a la minería de estos controles²⁰, y en el caso de La Rioja, simplemente la legislación no es aplicada por la autoridad, ni cumplida por los administrados.

Más aún, en algunas provincias, las instituciones públicas con competencia para tomar decisiones en materia ambiental y en vínculo a la minería, suelen ser las autoridades mineras. La autoridad ambiental local no tiene injerencia en el procedimiento de EIA, ni tampoco competencias para controlar el desempeño ambiental de los emprendimientos mineros. Si acaso el sistema legal le otorga esas competencias, las mismas no son ejercidas.

Esta realidad nos indica que, claramente, en algunas jurisdicciones, la ley se vulnera de manera flagrante, en tanto que la institucionalidad se adapta a esa violación; y a la par de estos hechos, se profundiza la asimetría entre la sociedad civil, el Estado y el sector minero.

VIII.1. El derecho al agua

Cuando hacemos mención al derecho al agua, o más precisamente el derecho de acceso al agua, nos referimos no sólo a un recurso natural susceptible de un valor determinado para quienes lo utilizan, sino también a un derecho humano básico, y como tal parte integrante de aquellos derechos cuya garantía y goce toda persona puede exigir frente al Estado, primer ente constitucionalmente obligado a reconocerlos y asegurarlos.

Es esta perspectiva, en efecto, la que nos interesa poner de relieve, pues entendemos que sólo desde la óptica de los derechos humanos fundamentales es que el agua adquiere el significado trascendental que debiera siempre atribuírsele.

²⁰ Ley 6800 de la Provincia de San Juan.

El agua, como un derecho, no es una noción novedosa en modo alguno, sino que posee sólidas bases legales a nivel legislativo internacional de bastante larga data. Ya en 1977 la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua llevada a cabo en la ciudad de Mar del Plata reconoció que, independientemente del nivel de desarrollo económico, todos los pueblos “tienen derecho a acceder al agua potable en calidad y cantidad iguales para las necesidades esenciales de todos”.

Luego una serie de tratados y convenciones internacionales han consagrado en su articulado este derecho, tal es el caso de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), y la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (1990). Los dos primeros acuerdos mencionados tienen nada menos que un rango equivalente a nuestra Constitución Nacional, conforme su artículo 75 inc. 22.

En este orden debemos destacar por su importancia el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 sancionado en el ámbito de las Naciones Unidas – con jerarquía constitucional para nosotros –, que cuenta ya con la ratificación de 151 estados. Su órgano principal, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha interpretado en forma integral el artículo 11 del Pacto, en el que se enumeran los derechos de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, “incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

En la Observación General 15 sobre Derecho al Agua, el Comité precisa el alcance de éste en el ámbito del Pacto afirmando: *“El uso de la palabra ‘incluso’ indica que esta enumeración de derechos no pretende ser exhaustiva. El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia. Además, el Comité ha reconocido anteriormente que el agua es un derecho humano amparado por el párrafo 1 del artículo 11 (véase la Observación General N° 6 (1995)). El derecho al agua también está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud física y mental (párrafo 1 del artículo 12) y al derecho a una vivienda y una alimentación adecuadas (párrafo 1 del artículo 11). Este derecho también debe considerarse conjuntamente con otros derechos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, principalmente el derecho a la vida y a la dignidad humana”.*

La Observación General 15 abunda en más detalles en torno al derecho al acceso al agua, describiendo en el artículo 12 los componentes más importantes que constituyen sus notas distintivas: disponibilidad, calidad y accesibilidad. Esta última debe observar a su vez ciertos recaudos, a saber: accesibilidad tanto física como económica, y no discriminación.

Respecto a este último apartado, la no discriminación supone, entre otras cosas, que la asignación de los recursos disponibles para los servicios hídricos deberá beneficiar a un amplio sector de la población, en vez de brindar costosas facilidades que benefician sólo a un sector privilegiado.

En julio de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas publicó la Resolución A/64/L.63/Rev.1, titulada *“El derecho humano al agua y el saneamiento”*, que en su punto 1 declara el derecho al agua potable como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos.

Resulta evidente el status de derecho esencial del acceso al agua, puesto que sin agua no es posible la vida ni, consecuentemente, el desarrollo de ninguno de los otros derechos humanos reconocidos internacionalmente.

Queda así configurado un cuadro de disposiciones legales, que en la forma de pactos y tratados internacionales suscriptos y ratificados por nuestro país, muchos de los cuales gozan de jerarquía constitucional, conforman una base suficiente para que las comunidades e individuos vean garantizado su derecho de acceso a un recurso elemental para asegurar la misma subsistencia.

Resulta innecesario precisar que esta serie de pactos integrantes del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional son de observancia obligatoria para el Estado, que no puede invocar la existencia de ningún tipo de normativa inferior o reglamentación alguna para apartarse de sus disposiciones, so pena de incurrir por un lado, en responsabilidad internacional, violentando, por el otro al derecho interno. Similar situación se plantea en el caso del resto de los tratados internacionales de los que la Argentina es ratificante.

El derecho al agua ha sido receptado y reconocido a su vez en las legislaciones internas de probablemente todos los países del orbe. En el caso de Argentina, el derecho al agua para consumo humano es regulado en las provincias a través de leyes o códigos de agua que establecen diversas

prescripciones en cuanto al uso, su prelación, concesiones, cánones y el deber de no contaminar el recurso, entre otras.

A ellas se suma desde 2003 la Ley N° 25.688, que establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión ambiental de aguas, su preservación y uso racional. Esta norma prescribe la creación para las cuencas interjurisdiccionales, de comités de cuencas hídricas, cuya función es la de asesorar a la autoridad competente en materia de recursos hídricos y colaborar en la gestión ambientalmente sustentable de aquellas. Prevé asimismo que el uso del agua requiere un permiso de la autoridad competente y que, en el caso de cuencas interjurisdiccionales, cuando el impacto ambiental del uso sobre alguna de las otras jurisdicciones sea significativo, será vinculante la aprobación de dicho uso por el Comité de Cuenca correspondiente. En este aspecto, notamos también una seria deficiencia de las autoridades provinciales en relación a esta importante ley, que obliga a una toma de decisiones entre jurisdicciones bajo el enfoque de las cuencas como unidades ecosistémicas. Claramente, este aspecto aplica a la cuestión de las salinas grandes y los recursos hídricos que allí puedan verse comprometidos. Como es de suponer, la cuestión del agua ya no es simplemente un problema para las comunidades originarias reclamantes, sino que a la larga comprometerá también a las poblaciones aguas abajo.

VIII.2. Minería y agua

Las consideraciones precedentes en torno al derecho de acceso al agua adquieren una especial significación si abordamos una cuestión de no menos trascendencia como es la minería, y los modos en que esta actividad, llevada a cabo de manera intensiva y en zonas de alta montaña, puede afectar o comprometer la cantidad y calidad del agua de la que las comunidades locales dependen para su subsistencia.

Las innovaciones técnicas que ha experimentado la minería a partir de la segunda mitad del siglo XX han modificado radicalmente la actividad, pasándose del aprovechamiento de vetas subterráneas de alta calidad a la explotación – en minas a cielo abierto – de minerales de menor calidad diseminados en grandes yacimientos.

Es en esta variante de explotación – la que más auge y protagonismo ha adquirido en nuestro país en los últimos 20 años – donde se suscitan la mayoría de los conflictos entre quienes promueven la minería –empresas, gobiernos provinciales y gobierno nacional – y las comunidades locales.

Estos conflictos se presentan, esencialmente, en dos aspectos: la actividad inherente a la extracción metalífera a cielo abierto supone la utilización de grandes cantidades de agua en zonas en las cuales la misma es un recurso escaso. Por otro lado, algunos procesos usados para extraer el mineral de la roca – como el sistema de lixiviación por cianuro, utilizado normalmente en la extracción de oro – poseen un riesgo cierto de contaminación, temido por las comunidades aledañas a los yacimientos, no sólo por los efectos sobre el ambiente y la salud, sino también sobre las actividades productivas (como la agricultura y el turismo) en base a las cuales se sostiene parte de la economía local.

A estos aspectos debe sumarse en este caso la situación de los pueblos originarios, su vínculo con el entorno, el uso ancestral de los territorios y recursos, en el marco de las normas constitucionales y convenios internacionales anteriormente citados que amparan el derecho a que su identidad sea respetada, a ser consultados y a participar en la gestión de los recursos naturales.

En lo que respecta a la minería y sus consecuencias sobre el ambiente y los recursos naturales, ya ha habido importantes pronunciamientos judiciales en la provincia de Jujuy.

En agosto de 2008 un grupo de personas de la localidad de Tilcara presentó una demanda a través de una acción de amparo contra el Estado Provincial, solicitando que se ordene a la autoridad administrativa – en este caso, el Juzgado Administrativo de Minas – abstenerse de otorgar permisos de cateo, exploración y explotación minera a cielo abierto en la Quebrada de Humahuaca. A su vez la demanda reclamó que se revocaran los permisos concedidos o en trámite con el objeto de establecer la vigencia del principio precautorio consagrado en el artículo 4º de la Ley General del Ambiente.²¹

²¹ El fallo completo se encuentra disponible en http://www.justiciajujuy-juris.gov.ar:8081/fm_resultado_out_sentencias.aspx?id=131086

De especial relevancia para el caso resulta el hecho que la Quebrada de Humahuaca está comprendida en la Declaración de Patrimonio Natural y Cultural de la Humanidad efectuada por la UNESCO en 2003, pues ello ha sido considerado en el fallo.

Como en el caso Oro Esquel, la demanda contenía la solicitud de dictar una medida cautelar que ordenara la suspensión inmediata de los pedidos de cateo y exploración mineras que estuviesen tramitando a través de expedientes administrativos.

En abril de 2009 el Tribunal Contencioso Administrativo rechazó el amparo, afirmando en la sentencia que de acuerdo a las pruebas aportadas no surgía *“ni siquiera la mera posibilidad”* de que se configurara un daño ambiental, haciendo caso omiso de la teoría de la *“carga probatoria dinámica”*, que impone la obligación de probar, no a quien reclama por un daño ambiental, sino a quien esté en mejores condiciones de aportar la prueba. Sin duda que generalmente quien está en esta situación suele ser el titular de la actividad cuestionada por contaminante y no los afectados por la misma.

En vista de esta sentencia adversa, los demandantes interpusieron un recurso de inconstitucionalidad ante el Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, quien emitió un fallo en el que se revoca lo decidido por el tribunal inferior, obligando al tribunal de origen a dictar un nuevo fallo conforme a derecho. Lo particular de esta decisión está dado porque si bien fue dictada por unanimidad por todos los miembros del Superior Tribunal, fue su presidente – Héctor Eduardo Tizón – quien a diferencia de sus colegas desarrolló individualmente un voto en el que expone consideraciones sumamente relevantes sobre el derecho al ambiente y la preservación de los recursos naturales.

El juez sostiene en su voto que es necesario armonizar la necesidad de los beneficios del progreso con el cuidado del medio ambiente. La clave – afirma – es cómo llevar a cabo esta armonización. Según el presidente del Tribunal no puede haber desarrollo ni crecimiento sostenible si permitimos que el medio ambiente se degrade, pues si esto sucede ninguna actividad económica o industrial – no sólo la minería – podrán perdurar, puesto que no tendremos ambiente que albergue actividad alguna.

La sentencia es valiosa en tanto introduce conceptos y principios de amplio desarrollo en el derecho y legislación ambientales, como el de equidad intergeneracional²², y el de la carga probatoria dinámica²³. Aquí resulta destacable la afirmación de que el juez debe asumir en estas causas un rol activo con miras a la protección del ambiente.

El presidente del tribunal asume de hecho este rol, declarando que resulta inadmisibile el rechazo de la acción de amparo con el argumento de que los demandantes no hayan aportado la prueba suficiente, en mérito a lo que apuntamos sobre la teoría de la carga probatoria dinámica, aplicable concretamente en este caso.

El valor de estos fallos judiciales se puede apreciar en varios aspectos. En primer lugar, la Corte Suprema resalta la importancia de la Ley General del Ambiente como ley de presupuestos mínimos, de modo tal que sus disposiciones son de cumplimiento obligatorio en todo el territorio nacional. Por otro lado, el máximo tribunal destaca el hecho de que la Ley 25.675 impone a las autoridades la obligación de respetar siempre las instancias de participación ciudadana previstas en la misma, en especial la realización de audiencias públicas como paso previo a la autorización de actividades potencialmente dañosas para el ambiente.

Los puntos de conflicto parecen entonces merecer una discusión más amplia, superadora de la mera confrontación, mediante la cual se pueda recorrer un camino de elaboración conjunta respecto del modelo de desarrollo para nuestro país, y con la participación genuina de la sociedad civil, el sector privado y los actores gubernamentales. Este proceso no es otro que el del ordenamiento ambiental del territorio, definir qué actividades queremos en qué áreas, cuánto hemos de mantener intangible, qué tipo de industrias y actividades productivas y de servicios se fomentarán, qué incentivos se prevén para su desarrollo, etc. Se trata de planificar, para el corto, mediano y largo plazo, en una construcción común, guiada sin duda por las normas garantistas que hemos mencionado y de la mano de los Principios de Prevención, Precaución y Equidad Intergeneracional, todos contenidos en la Ley General del Ambiente.

²² El juez afirma en su voto: *“...el concepto de daño también se ha tornado más amplio, hasta abarcar por ejemplo aquellos que se llaman ‘daños generacionales’ es decir, aquellos que por su magnitud no repercuten solo en la generación actual sino que sus efectos van a impactar en las generaciones futuras”*.

²³ A continuación expresa el Dr. Tizón: *“También en el concepto de responsabilidad y culpa en la generación de estos daños y de la prueba han ocurrido grandes cambios, empezando a dejarse de lado los conceptos tradicionales, en el sentido de que únicamente debía probar la parte actora.”*

Por un lado el Estado nacional y los estados provinciales son responsables de dar lugar a este proceso participativo y estratégico de acuerdo a las previsiones de la ley citada, y los ciudadanos debemos exigir que los mismos se inicien a la mayor brevedad.

Puede brevemente resumirse, de todo lo expuesto en esta presentación, que en el caso que nos ocupa, existe un deber de actuación en cumplimiento de los principios ambientales de prevención y precaución previstos en la normativa vigente, en tanto resulta imperioso evitar cualquier tipo de actividad del hombre que pueda alterar de manera significativa e irreparable el medio ambiente, hasta tanto se de cumplimiento a la aprobación del EIA conforme lo señalado más arriba. Ello, mediante el cumplimiento de la totalidad de sus pasos legales.

De la revisión de autos, surge a nuestro entender que por las razones expuestas a lo largo de este escrito corresponde confirmar la normativa aplicada al caso, frente a la falta de cumplimiento del artículo 45 de la ley 5063 (Ley General de Medio Ambiente de la Provincia de Jujuy), y el artículo 4° inc. 3 de la ley 7070 (Ley de Protección del Medio Ambiente de Salta), así como del artículo 41 de la Constitución Nacional y las disposiciones de la ley 25.675, y de las convenciones internacionales ratificadas por nuestro país.

Debemos recordar, por último, que ello obedece a que en materia de derecho ambiental existen ya pruebas concretas de que una vez consumado el daño es muy difícil, cuando no imposible, repararlo, para volver la situación al estado anterior a su producción. Ello debe tenerse en cuenta en línea con los informes a los que nos hemos referido en el capítulo V, que testimonian el riesgo inminente de alteración del recurso natural que representa el principal medio de subsistencia de las comunidades que habitan las Salinas Grandes.

IX. PETITORIO

De acuerdo a lo expuesto en el presente escrito, solicitamos a V.E. que:

1) Se tenga a la FUNDACIÓN AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES (FARN) como *Amici Curiae* en esta causa, en los términos de la Acordada 28/2004.

2) Se agregue el presente escrito y oportunamente, al momento de resolver en autos, se tenga presente la opinión aquí esgrimida.

Proveer de conformidad y tener presente que,

SERÁ JUSTICIA