

Expte. C-136881/19 caratulado: "Amparo genérico: Comunidad Indígena Angosto El Perchel C/ Telecom Argentina S.A. y Estado Provincial",

RESULTA:

Que, a fs. 5/21 se presenta el Dr. Franco Nahuel Aguilar, en representación de la Comunidad indígena Angosto El Perchel a mérito de copia juramentada de poder general para juicios y gestiones administrativas obrante a fs. 1/3, interponiendo "Acción de Amparo" en contra de Telecom Argentina SA y del Estado Provincial, solicitando se ordene la realización de la consulta indígena a efectos de prevenir mayores daños y perjuicios, ordenando a las demandadas arbitren los medios a efectos de dar apertura a la consulta con un acta en Asamblea Comunitaria para definir plazos e información a ser entregada para llegar a la etapa del consentimiento; solicita se condene a las demandadas a que estimen los medios necesarios a efectos de producir la consulta previa, libre e informada de la Comunidad Angosto El Perchel en el Proyecto de fibra óptica a realizarse sobre su territorio. (Capítulo II – Objeto).

Que la Comunidad Angosto El Perchel se encuentra ubicada en el departamento de Tilcara, a 10 km. aproximadamente hacia el norte. El territorio se extiende desde la Quebrada de Amarillo hasta el Arrollo Chico (Puente Negro), siendo el territorio atravesado por la Ruta Nacional Nº 9 y el Río Grande. Señala el actor que el 16 de octubre de 2009, el Estado le reconoce la preexistencia étnica, cultural y territorial a la Comunidad Indígena Angosto El Perchel, otorgándole personería jurídica por Resolución 056-S.DD.HH de la Secretaría de Derechos Humanos.

Expresa que la Comunidad obtuvo la Resolución Nº 639/2013 del INAI (Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) mediante la cual se le reconoce expresamente la posesión de la Comunidad, dando por cumplimentado el Relevamiento Técnico, Jurídico y Catastral, reconociendo la ocupación tradicional, actual y pública, con superficie georreferenciada.

Inicia el apartado c) "De las turbaciones", del capítulo III – Hechos, indicando que en fecha 11/03/2019 ingresó gente clandestinamente que no pertenece a la comunidad, obreros de la empresa Telecom, con la intención de realizar trabajos con fibra óptica en la zona sin haber solicitado ningún permiso ni autorización ni realización de la consulta previa, libre e informada sobre el territorio indígena y empleando la fuerza comenzaron a turbar la posesión de la Comunidad, iniciando trabajos con máquinas retroexcavadoras, palos, palas, picos, cables. Detalla las siguientes turbaciones: 1) Destrozaron acequia ancestral de riego; 2) Cortaron churquis en una extensión de aproximadamente 400m.; 3) Rompieron 10.000 almácigos/plantines de lechuga; 4) Destrucción del espacio de siembra de almácigos ocasionado por la rotura de churquis. Dichas turbaciones ocurrieron en el territorio de la Comunidad, en Ruta Nº 9, Km 1783 de Angosto El Perchel – Tilcara. Solicita que cesen estos actos turbatorios de la posesión, siendo que tales actos hacen peligrar sus costumbres, tradiciones y forma y condición de vida.

Continuando con la demanda indica que la comunidad indígena no se opone a la obra, sino todo lo contrario lo que desea es informarse a través de la correcta información en el marco de la Consulta previa, libre e informada. Expresa que si la obra es benefactora con el mismo consentimiento de la comunidad hasta se podría lograr un trabajo en conjunto.

Fundamenta la demanda en: 1) El principio precautorio indicando que es necesario situar la cuestión en la protección ambiental social y cultural y hasta económica, en razón de que la falta de consulta previa, libre e informada en el plano de las garantías constitucionales genera un perjuicio inclusive hacia toda la sociedad destruyendo el patrimonio cultural del Pueblo de Tilcara; 2) La falta de consulta previa, libre e informada indígena establecida por el Convenio 169 de la OIT, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y demás normas concordantes nacionales e internacionales, en tal sentido la inmediata participación y consulta de las comunidades en las condiciones que garanticen el ejercicio efectivo de sus derechos en los expedientes administrativos en trámite resulta necesario de lo contrario no puede tenerse por cumplida la consulta; 3) Normativa constitucional, tratados internacionales, jurisprudencia; 4) El derecho de participación y los derechos a los recursos naturales e intereses que los afecten; 5) la falta de parámetros para aprobar el informe de Impacto Ambiental. En honor a la brevedad me remito a lo expresado por la actora en el capítulo IV de la demanda (fs. 8vta./19vta).

Para finalizar expresa que la falta de la instancia participativa obligatoria constituye una irregularidad que atenta contra la validez de los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y acarrea su nulidad.

Finalmente ofrece prueba, plantea el caso federal y peticiona.

Que a fs. 22, se corre traslado de la demanda a Telecom Argentina SA y al Estado Provincial y se cita a audiencia para el día quince de mayo de dos mil diecinueve (art. 398 CPC).

Que a la audiencia se presentaron la Dra. Florencia Puebla Casares, en representación del Estado Provincial (Poder a fs. 26/27) y el Dr. Agustín Pfister, en representación de Telecom Argentina SA. Abierto el acto por S.S. se cedió la palabra al Dr. Pfister quien expresó que el día de la audiencia había tomado conocimiento de la causa, donde se denunció como domicilio de su representada en Av. Sdor. Pérez Nº 141, el cual no es el real, y siendo que tal circunstancia afectaba su derecho de defensa, solicitó se fije una nueva fecha de audiencia a los mismos fines y efectos que la fijada para el día 15/05/2019, lo que fue aceptado por los Dres. Puebla Casares y Aguilar. Por ello, S.S. fijó como nueva fecha de audiencia el día veinticuatro de mayo de dos mil diecinueve.

Que el día 24/05/2019 se realizó la audiencia, a la cual asistieron el Dr. Franco Aguilar, la Dra. Florencia Puebla Casares y el Dr. Agustín Pfister. Los demandados contestaron demanda por escrito, presentando prueba. El Dr.

Aguilar solicitó un plazo de dos días para contestar el traslado del Art. 301 CPC, el cual le fue concedido por S.S.

Que el Estado Provincial, al contestar demanda plantea la incompetencia de este Juzgado Ambiental expresando que del objeto de la demanda se desprende que lo que pretende la actora es la realización de la consulta previa e informada dispuesta por el Convenio 169 de la OIT. Dice que a lo largo del escrito de la demanda la actora se refiere a daños a la comunidad pero en ningún momento habla de la materia ambiental que habilita la competencia de este Juzgado. Seguidamente plantea falta de legitimación activa por cuanto la fibra óptica que se propone instalar no se encuentra en territorio perteneciente a la Comunidad de Angosto El Perchel, sino que pertenece a Vialidad Nacional. Luego, en subsidio, contesta demanda realizando las negativas, indica que el procedimiento para otorgar factibilidad ambiental al proyecto cuestionado ha sido realizado conforme a la normativa vigente en la materia, y que sí se ha respetado la participación pública y el derecho a la información, con respecto a la consulta previa solicitada por la actora dice que el Convenio de la OIT dispone que la consulta previa es aplicable únicamente a medidas que puedan afectar de manera positiva o negativa en sus derechos colectivos a las comunidades indígenas, y siendo que el proyecto no va a modificar la situación jurídica de la comunidad ni va a impedir u obstaculizar de alguna manera el ejercicio regular de sus derechos como pueblo indígena, en consecuencia el mismo no afecta de ninguna manera a la comunidad por lo que la consulta no resulta obligatoria en este caso. Por último plantea el caso federal, ofrece prueba adjuntando original de Expte. Nº 1101-521-T/2017 de la Secretaría de Calidad Ambiental – Ministerio de Ambiente de la Provincia, y peticiona.

Que Telecom Argentina SA, representada por el Dr. Agustín Pfister, contesta demanda oponiendo la incompetencia de este Juzgado Ambiental esgrimiendo como fundamento que las obras que viene realizando su mandante se vinculan al desarrollo de tecnologías de la Información y las comunicaciones, por lo tanto es de aplicación la ley 27.078, y en consecuencia la cuestión suscitada en autos se encuentra sometida a la jurisdicción federal y competencia contenciosa administrativa; sin perjuicio de ello expresa que lo que la comunidad impugna es la aprobación del Informe de Impacto Ambiental realizado por la Secretaría de Calidad Ambiental por cuanto no se efectuó la consulta previa, libre e informada indígena, siendo que resulta tratarse de la impugnación de un acto administrativo dictado por el Estado Provincial en el ejercicio de facultades regladas, lo que resulta ser competencia del Tribunal en lo Contencioso Administrativo. Luego opone Falta de Legitimación Activa de la Comunidad Indígena Angosto El Perchel fundamentando el planteo en el hecho que la Comunidad no reviste el carácter de propietaria ni poseedora de la fracción de terreno (Ruta Nacional Nº 9) sobre la que se llevan a cabo las obras de tendido de Fibra Óptica. A continuación plantea la inexistencia de cuestión y/o daño ambiental que amerite la intervención de este Juzgado expresando que si bien en la demanda se mencionan superficialmente algunos daños ambientales como la destrucción de una acequia y supuestos peligros o amenazas a la salud o al ambiente lo hace sin probarlo y sin ofrecer prueba alguna al respecto; continúa

diciendo que la obra pasa por la banquina de la ruta nacional sin ingresar a los inmuebles rurales que los actores reclaman como propios siendo además que los trabajos consisten en el simple tendido subterráneo de cables, obra que genera una mínima intervención y que no ha causado ningún daño al ambiente ni a la salud humana, ni tenía entidad para ello. Niega que los trabajos hayan provocado la destrucción de la acequia; indica que la supuesta destrucción de la plantación de lechugas no puede constituir un daño ambiental. Expresa que la obra ha cumplido con el procedimiento de evaluación de impacto ambiental previsto en el Decreto N° 5980/06 y cuenta con factibilidad ambiental otorgada por Resolución N° 365/18-SCA. Finalmente plantea la preeminencia del interés público general sobre el particular. Solicita que se cite al Estado Nacional como tercero.

Por último ofrece prueba, formula reserva del caso federal y peticiona.

Que el Dr. Aguilar contestó el traslado conferido en la audiencia rechazando los planteos de incompetencia formulados por las demandadas, la improcedencia de la excepción de falta de legitimación activa y agrega copias de la ley provincial N° 5.206 y del decreto reglamentario N° 789/04 expresando que la tramitación del Expte. N° 1101-521/2017 no se realizó conforme a lo dispuesto en dichas normas.

A f. 80 se realizó la apertura de la causa a prueba. El Estado Provincial interpuso aclaratoria del auto de apertura a prueba, por no haberse resuelto las excepciones opuestas al contestar demanda. En el mismo sentido, el Dr. Pfister dedujo recurso de revocatoria con apelación en subsidio. No se hizo lugar a la revocatoria, y se corrió traslado a las partes del recurso de apelación.

Luego de contestar el traslado el Dr. Aguilar, se concedió el recurso en relación y con efecto devolutivo (fs. 97). Mediante providencia de fs. 100 se elevaron las copias al Tribunal Contencioso Administrativo.

A fs. 97, como medida de mejor proveer se dispuso la realización de una inspección ocular, la cual se llevó a cabo el día 11/07/2019 y se agregó el informe del Cuerpo Interdisciplinario de Expertos. Habiéndose producido toda la prueba ofrecida en autos, y teniendo a la vista los Exptes. N° C-132.993/19 y C-8527/13 remitidos por el Superior Tribunal de Justicia y el Juzgado de Primera Instancia N° 3 Secretaría N° 5, respectivamente, los autos se encuentran en estado de dictar sentencia.

CONSIDERANDO:

Que, el Art. 10 de la Ley N° 4442 establece que en el procedimiento de Amparo tampoco podrán deducirse excepciones previas, sin perjuicio de ello las excepciones opuestas por los demandados serán resueltas en esta oportunidad, "Si bien es cierto que la ley prohíbe expresamente en el trámite del amparo la articulación de excepciones previas, ello no es óbice para que las invocadas por las demandadas sean tratadas como defensa en la sentencia definitiva a fin de

determinar los presupuestos de admisibilidad de la acción" (Morello Augusto y Carlos Vallefin, El Amparo – Régimen Procesal).

Hecha esta aclaración preliminar, corresponde entrar a considerar las cuestiones en debate.

I.- De la Competencia de este Juzgado Ambiental

Adelanto opinión acerca de la competencia de este juzgado ambiental para tratar el caso puesto a su consideración.

La Ley 5.899 de Creación del fuero Ambiental y las Fiscalías Ambientales en su art. 3 define la competencia de este Juzgado, la que se especifica en el art. 1 de la Ley Nº 6.108 al establecer que el juzgado ejerce la "jurisdicción especializada con competencia en materia ambiental". Por su parte la Ley General del Ambiente 25.675 establece que la competencia para la aplicación de la ley corresponde a los tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia, o las personas. En los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal.

Tomando en consideración esta red normativa como punto de partida, a continuación trataré los argumentos fundamentales de las partes para atacar la competencia de este juzgado.

I.1.- Incompetencia en razón de la materia

El Estado Provincial a fs. 37 plantea la incompetencia del juzgado en tanto "la pretensión deberá circunscribirse con exactitud a conflictos ambientales" y "de una lectura del objeto de la presente demanda se desprende claramente que lo que pretende la actora es la realización de la Consulta previa e informada dispuesta por el Convenio 169 de la OIT. No se especifica cuál es el daño ambiental ni el conflicto o asunto ambiental a dirimir por S.S."

Concurrentemente Telecom Argentina S.A. a fojas 64 se refiere a la inexistencia de cuestión ambiental y/o de daño ambiental que amerite la intervención de este juzgado ambiental, manifestando que "en materia de daños ambientales no basta con alegar un peligro de daño, sino que hay que acreditar mínimamente la probabilidad de ocurrencia del mismo, cosa que no acontece en este caso en absoluto".

Nuestro Superior Tribunal de Justicia, en consonancia con la Corte Suprema de Justicia de la Nación, reiteradamente ha decidido que para la determinación de la competencia corresponde atender de modo principal a la exposición de los hechos que el actor hace en su demanda y, en la medida que se adecue a ellos, el derecho que invoca como fundamento de su pretensión.

De la lectura de los términos del escrito de demanda surge que el cuestionamiento principal a la realización de la obra de fibra óptica radica en la participación otorgada a los actores en el proceso de autorización de la misma. Los actores solicitan que "se ordene la realización de la consulta indígena a efectos de prevenir mayores daños y perjuicios ordenando a las demandadas arbitren los medios a efectos de dar apertura a la consulta con un acta respectiva en asamblea comunitaria para definir plazos e información pertinente a ser entregada, para llegar a la etapa del consentimiento".

El planteo de la parte actora se centra en la participación otorgada para la autorización de la obra de fibra óptica, por lo que este juzgado debe dilucidar si la participación ciudadana en el proceso de evaluación de impacto ambiental de la obra fue suficiente, o la misma viola las normas constitucionales y convencionales vigentes.

La participación ciudadana y el acceso a la información ambiental con carácter integral y oportuno son elementos constitutivos de la razonabilidad y legalidad del proceso y de la decisión administrativa a dictarse.

El análisis de la participación ciudadana en un proceso de evaluación ambiental es resorte fundamental de este juzgado ambiental, y dicho análisis no exige la acreditación de daño ambiental alguno. La Corte Suprema de Justicia ha manifestado reiteradamente que "en cuestiones de medio ambiente, cuando se persigue la tutela del bien colectivo, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro" (Fallos: 339:201, 329:2316). En consecuencia el análisis de la participación ciudadana en un proceso de evaluación de impacto ambiental local no exige que se acredite la ocurrencia de daño ambiental, sino que precisamente evalúe si el procedimiento ha cumplido con las pautas básicas de los estándares participativos legales, constitucionales y convencionales.

La "materia ambiental" que establece la legislación local para delimitar la competencia de este juzgado ambiental está ligada directamente al análisis de la participación ciudadana en cada procedimiento de impacto ambiental, ya que ésta es fundamental para la consistencia sustancial y procedimental de los actos de autorización estatal.

Por ende, debe rechazarse el planteo de incompetencia en razón de la materia, al ser el análisis de la participación ciudadana en un proceso local de evaluación de impacto ambiental materia propia de este juzgado ambiental.

I.2.- Incompetencia en virtud de la Ley Nº 27.078

Telecom a fs. 62 vta. opone incompetencia en tanto "las obras que viene realizando Telecom Argentina S.A. se vinculan con el artículo Nº 1 de la ley 27.078 directamente al desarrollo de las Tecnología de la Información y las Comunicaciones". Al respecto indica que el artículo 4º establece que: "Las actividades reguladas por la presente estarán sujetas a la jurisdicción federal y cualquier incidencia que de modo directo o indirecto pudiera surgir o derivar de

la aplicación de la presente será competencia del fuero Contencioso Administrativo Federal, con excepción de las relaciones de consumo”.

Cabe recordar las pautas citadas en el precedente de nuestro Superior Tribunal de Justicia en la causa ALBARRACÍN Genoveva y otros c/ Municipalidad de S.S. de Jujuy, Ayala Norberto y Telefónica Móvil de Argentina S.A. Movistar, las que se aplican mutatis mutandis al presente caso (Expte. Nº 7559-2010, TSJ, 03/10/2011). El Tribunal en lo Contencioso Administrativo había resuelto declarar su incompetencia por entender que la acción deducida se encontraba dirigida a la remoción de una antena de telefonía celular, lo que constituía materia relativa a las comunicaciones, en el marco de facultades reservadas al Congreso de la Nación. Consideró que los conflictos que se produzcan debían ser resueltos por la justicia de excepción, máxime si podrían verse afectados intereses que afecten a la Nación en su conjunto.

Interpuesto el recurso de inconstitucionalidad el Superior Tribunal de Justicia en forma unánime determinó que: “la acción promovida en los autos (...), debe ser radicada y resuelta en la justicia provincial, en tanto son las encargadas de valorar si la actividad comercial proyectada en el Barrio 17 de Agosto de esta Ciudad, afecta aspectos propios del derecho provincial, como lo es todo lo concerniente al medio ambiente”. Y más adelante: “El ambiente entonces, es responsabilidad del titular originario de la jurisdicción, que no es otro que quien ejerce autoridad en el entorno natural y en la acción de las personas que inciden en ese medio, máxime si como en este caso, no se advierte que el problema suscitado entre las partes del principal, sea compartido por más de una jurisdicción y los motivos invocados por la empresa accionada –extensión necesaria de las redes de antenas- no son datos suficientes para tener por acreditada la interjurisdiccionalidad invocada pues, para la correcta dilucidación de la cuestión no debe perderse de vista que la localización del factor que se dice degradante, en el caso de existir, se encuentra en el ejido de la Municipalidad demandada, en cuyo caso, no se advierte razón para concluir que el caso en examen deba ser sustanciado y decidido por la jurisdicción federal pretendida, la que sabido es, resulta excepcional (art. 117 de la Constitución Nacional)”.

Estas pautas, fijadas con meridiana claridad por el Superior Tribunal de Justicia implican que el análisis de la participación otorgada en el marco de un proceso de evaluación de impacto ambiental local, debe ser resuelto por este juzgado ambiental.

Téngase presente los actos propios del demandado Telecom S.A., el que no ha presentado una evaluación de impacto ambiental en el ámbito nacional, sino que lo ha hecho ante el Ministerio de Ambiente de la Provincia de Jujuy siguiendo las pautas de la ley provincial Nº 5.063, y decretos reglamentarios. Pretender, en esta instancia, que la justicia federal examine la participación ciudadana en un acto administrativo emitido por la autoridad ambiental local, en un procedimiento en el que se ha aplicado normas de derecho público provincial,

iniciado por el mismo demandado, transgrede las pautas mínimas de congruencia jurídica y no puede admitirse.

I.3.- Incompetencia en virtud del territorio

Telecom Argentina S.A. a fs. 62 vta. argumenta que "la pretensa acción se sustenta en la invocación de posesión de un bien de propiedad del dominio público del Estado Nacional, afectado al uso público (Ruta Nacional N° 9) lo que también sustrae el caso a la competencia de la justicia provincial".

En efecto, conforme pudo constatarse durante la inspección ocular, la obra de tendido de la fibra óptica se realiza sobre el área de seguridad de la Ruta Nacional N° 9. Este hecho, ¿habilita la declinación de la justicia provincial a favor de la federal? Adelanto mi opinión negativa, en tanto en las cuestiones ambientales los efectos no se circunscriben sólo al área de realización de la obra (área operativa), sino que sus potenciales impactos pueden presentarse en lo que se denomina área de influencia del proyecto.

El estudio de impacto ambiental presentado por el demandado Telecom S.A. ante el Ministerio de Ambiente es clarificador al respecto, clasificando como área de influencia directa al "espacio físico en el que un componente ambiental afectado directamente afecta a su vez a otro u otros componentes ambientales no relacionados con el proyecto aunque sea con una intensidad mínima. (...) Debe considerarse dentro de esta superficie la distancia desde donde es posible percibir el desarrollo de la actividad, como por ejemplo, la percepción de ruidos".

Es decir, que conforme a los mismos términos planteados por el demandado Telecom S.A. en el estudio de impacto ambiental, los efectos de la obra no se circunscriben al área operativa de la realización de la obra sino que se extienden a terrenos aledaños fuera del área operativa y de jurisdicción provincial.

Este argumento, sumado a las pautas del Superior Tribunal de Justicia referidas en el acápite anterior, me permite colegir que debe rechazarse también la incompetencia en función del territorio.

I.4.- Incompetencia en virtud de la materia contencioso administrativa

El demandado Telecom Argentina S.A. opone finalmente la incompetencia en virtud de la materia contencioso administrativa a tratar. Para ello, manifiesta que al "tratarse de la impugnación de un acto administrativo dictado por el Estado Provincial en el ejercicio de facultades regladas, lo que resulta ser materia de la competencia del Tribunal en lo Contencioso Administrativo y no de V.S."

En relación a este planteo debo manifestar que el artículo 1 de la ley 6.108 fija la competencia de este juzgado al reglar que corresponde la jurisdicción especializada con competencia en materia ambiental, incluso cuando fueran demandados o codemandados el Estado Provincial, las Entidades Autárquicas Descentralizadas y los Municipios.

La materia contencioso administrativa, en cuanto se superpone con la materia ambiental, se encuentra dentro del ámbito de competencia de este juzgado, por lo que este planteo de incompetencia debe también ser rechazado.

II.- De la Legitimación Activa

El estado plantea a fs. 38 la falta de legitimación activa de la Comunidad Angosto del Perchel para actuar en tanto "la obra en cuestión no se encuentra ubicada en terreno de su propiedad (ya sea como titular o poseedora) y no se advierte una afectación a los derechos derivados de la misma que habilite el derecho de consulta que aquí se reclama".

Telecom Argentina S.A. de manera concurrente opone la falta de legitimación sustancial activa (*sine actione agit*) para promover la acción de amparo, ya que la Comunidad no reviste el carácter de propietaria ni poseedora de la fracción de terreno (Ruta Nacional Nº 9) sobre la que se llevan a cabo las obras de tendido de fibra óptica.

Que, previo a iniciar el análisis de esta defensa, aclaro que la cuestión territorial de la legalidad o no de la posesión de las tierras reclamadas por la Comunidad Aborigen Angosto del Perchel, no será tratada por este Juzgado por carecer de competencia para ello.

Conforme a las pautas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la falta de legitimación sustancial se configura cuando alguna de las partes no es titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, con prescindencia de la fundabilidad de ésta (Fallos: 310:2943), extremo que no se configura en el caso donde la Comunidad en virtud del marco normativo formado por el art. 41 y 43 de la Constitución Nacional y por la ley 25.675 ha promovido una acción de amparo para defender el derecho a la participación ciudadana.

Los demandados erróneamente anclan la falta de legitimación activa en el supuesto hecho de la falta de propiedad o posesión de la fracción del terreno en el que se desarrollan las obras. Como se ha señalado anteriormente el área operativa no es la única en la que deben evaluarse los posibles impactos de la obra, sino que los mismos deben ser analizados sobre el área directa de influencia del proyecto.

Por otra parte, la actora solicita a través del presente amparo la protección de un interés difuso, esto es la participación ciudadana en un proceso de impacto ambiental de una obra, por lo que sólo debe acreditar un interés mínimo o razonable (conf. MORELLO, Augusto), lo que claramente se cumple por su cercanía a las áreas operativas y de influencia directa al proyecto. En efecto, durante la inspección ocular llevada a cabo el día once de julio, este juzgado pudo constatar que miembros de la Comunidad Aborigen Angosto del Perchel tienen sus viviendas y cultivos a la vera de la Ruta Nacional Nº 9 entre los kilómetros Nº 1782 y 1785.-

El Superior Tribunal de Justicia (sentencia registrada al L.A. 53 N° 94) se ha pronunciado a favor de una legitimación amplia en los siguientes términos: "Hemos sostenido que la exigencia de acreditar la titularidad de un "interés legítimo" para justificar el ejercicio de una acción, no debe entenderse como reducida a los derechos individuales, llamados "de primera generación", pues también están incorporados en tal concepto los derechos económicos, sociales y culturales, denominados de "segunda generación" y los de incidencia colectiva o de "tercera generación". (...) El reconocimiento en cualquier persona de la titularidad o participación de cualquiera de tales derechos, lleva ínsita la admisión de su acceso a la jurisdicción para su protección, merced al ejercicio de la pertinente acción, sea esta individual o de clase. (...) Con la reforma de la Constitución Nacional ha quedado incorporado a nuestro ordenamiento positivo el derecho de "toda persona" (artículo 43) de solicitar jurisdiccional amparo, no sólo cuando se menoscaben sus derechos individuales, sino cuando, de algún modo, se afecten sus intereses de incidencia colectiva".

Coincidentemente, el Tribunal Contencioso Administrativo ha entendido que "siguiendo tales líneas conceptuales, a fin de desentrañar la legitimación para accionar en esta clase de procesos, por tratarse los invocados de derechos de tercera generación, entendemos que resultan comprendidos en nuestra legislación local. Es así que, cuando en el artículo 3º de la ley 5.063 se establece que: "Todos los habitantes de la provincia tienen derecho a obtener de las autoridades administrativas y jueces competentes una efectiva protección del ambiente, sea ésta preventiva o correctiva, frente a hechos o acciones producidos o previsibles que lo deterioren, en conformidad con lo dispuesto en los Artículos 27 y concordantes de la presente Ley", reconoce amplia legitimación para procurar su protección a cualquier habitante de la Provincia. (...) Que por lo expuesto entonces, los ahora actores se encuentran legitimados (...) queda evidenciado el interés legítimo que les anima, infiriéndose de las mismas su calidad de habitantes, vecinos, residentes de la zona y que los habilita formalmente para ejercer los derechos que, como integrantes próximos de la comunidad, les confiere la normativa constitucional y reglamentaria ya citadas, además de ser habitantes de la Provincia y haber impetrado acción en tal carácter y en especial resultando su vecindad próxima a la zona". (Expediente: B-229276/2010).

Por los motivos referidos, corresponde desestimar también la defensa de falta de legitimación activa planteada por los demandados.

III.- Del fondo de la Cuestión

Corresponde ahora iniciar el tratamiento del fondo de la cuestión sometida al estudio de este Juzgado.

Bajo tales lineamientos, en primer término resulta oportuno adentrarse en el análisis y estudio de la Resolución Administrativa N° 365/18- SCA por la que se otorga factibilidad ambiental al Proyecto de Tendido Subterráneo de Fibra Óptica

Ruta Nacional N° 9, y del iter procedimental recorrido para su dictado, poniendo especial énfasis en la participación ciudadana.

Teniendo a la vista copia certificada de las actuaciones del expediente N° 1101-521-T/ 2017 caratulado: "Telecom Argentina S.A.: Solicitud de Factibilidad Ambiental Tendido Subterráneo de Fibra Óptica Ruta Nacional N° 9", surge que el mismo fue iniciado por solicitud de Telecom Argentina S.A. adjuntando memoria descriptiva del proyecto. Posteriormente la Secretaría de Calidad Ambiental dictó la resolución de inclusión del Proyecto en el Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental y ordenó la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental Detallado. En esa misma resolución estableció la forma de participación ciudadana (art. 4) a través de la publicación en el Boletín Oficial y en diarios provinciales una declaración sucinta en la que se indique que el Estudio de impacto Ambiental se encuentra a disposición de los interesados, quienes podrían formular observaciones por escrito. En dicho artículo informa también que la Autoridad de Aplicación Ambiental considerará las observaciones de los interesados, previo a la emisión del Dictamen de Factibilidad Ambiental.

Posteriormente Telecom Argentina S.A. a través de una consultora autorizada y previo pago de la tasa retributiva procede a la presentación del Estudio de impacto Ambiental, constituido por los siguientes capítulos: Descripción del Proyecto, Características del Proyecto, Marco Legal, Inventario Ambiental, Evaluación de Impacto Ambiental y Documento de Síntesis.

Acto seguido, la consultora adjunta las publicaciones en el Boletín Oficial y en los diarios locales por tres veces en cinco días. La publicación en diarios locales se cumplió en el diario El Tribuno de Jujuy durante julio de 2018 a través de un aviso de 10x10cms.

A fs. 181 del expediente administrativo, la Secretaría de Calidad Ambiental intima al presentante a responder ocho observaciones, las que según el informe técnico de fojas 186/188 se encuentran debidamente contestadas. En fecha 20 de septiembre, la Secretaría de Calidad Ambiental dicta la resolución N° 365/18-SCA por la que se otorga factibilidad ambiental al proyecto. En los considerandos de la misma manifiesta "Que la empresa TELECOM S.A. realizó las publicaciones en el Boletín Oficial y en diarios provinciales los días 23, 25 y 27 de julio del corriente, acorde lo establecido por el Decreto N° 9067/07 en su artículo 3ª, y no se han recibido observaciones al proyecto por parte de las comunidades, y que dado al bajo impacto que el proyecto ocasionará en el ambiente, se considera suficiente esta instancia de sociabilización".

Que en esta instancia corresponde analizar si la participación otorgada por la Secretaria de Calidad Ambiental cumple con las pautas exigidas por la normativa provincial, nacional y convencional actualmente vigente, cotejando las exigencias normativas con la realidad del acto para decidir sobre la validez del mismo.

El art. 3º del decreto Nº 9.067/07 establece que la Autoridad de Aplicación decidirá si corresponde difundir por otros medios el Estudio de Impacto Ambiental (además de la publicación en el Boletín Oficial) estableciendo una serie de pautas enunciativas vinculadas a la significancia del impacto y cercanía a poblaciones o áreas especialmente protegidas. Este decreto reglamenta la Ley Nº 5.063 que claramente deja sentado que "La reglamentación preverá los mecanismos que aseguren la debida difusión de los estudios de impacto ambiental de los proyectos sometidos a evaluación, a fin de que los mismos puedan ser consultados por los interesados que quieran formularle observaciones. Asimismo, preverá también la celebración de audiencias públicas con el objeto de someter el proyecto a consulta de la comunidad involucrada".

Por su parte, los artículos 16 a 21 de la ley nacional Nº 25.675, establece criterios básicos de participación e información ambiental, que son de cumplimiento efectivo en todas las jurisdicciones. El artículo 19 dispone que "Toda persona tiene derecho a ser consultada y 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". Por su parte, el artículo 20 establece, que "Las autoridades deberán institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente". Por último el artículo 21 estatuye que "La participación ciudadana 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".

Ahora bien, toda esta base normativa concuerda en el carácter imperativo establecido a las instancias de participación ciudadana, como un elemento constitutivo de la razonabilidad del proceso y decisión administrativa.

Asimismo no existen dudas de que la participación puede efectivizarse a través de audiencias públicas o puede llevarse a cabo a través de otros mecanismos (consultas públicas). El Tribunal Contencioso Administrativo en su notable sentencia en el Expediente Nº B-229276/2010 estableció que: "no me cabe duda que constituye una facultad discrecional de la Administración decidir realizar audiencia pública o no, conforme a las pautas establecidas en el artículo 22 del Decreto Nº 5.980-PMA-06, pero claramente -como mínimo- no puede obviarse la consulta ciudadana que, conforme a lo expuesto precedentemente no puede entenderse cumplida con la sola publicación en el Boletín Oficial de la Provincia". Anteriormente el Superior Tribunal de Justicia había establecido que (cfr.: L.A. 51 Nº 569), "La disposición nacional transcrita es clara y sólo exige para que el derecho a la información sea efectivo, la difusión temprana de los proyectos que puedan generar efectos negativos y significativos.... Luego, la consulta pública según la Ley Nacional, podrá instrumentarse bajo la modalidad de audiencias públicas o bien, cualquier otro mecanismo que garantice el principio de oír a los sectores interesados, mediante adecuada publicidad de los proyectos de gran

compromiso para el medio ambiente y cuyos resultados, dicho sea de paso, no son vinculantes respecto de la decisión que finalmente se adopte”.

Ahora bien, el mecanismo de participación determinado por la autoridad de aplicación: ¿resulta suficiente para asegurar la participación ciudadana en el expediente?

La Secretaría de Calidad Ambiental consideró que el procedimiento establecido para el caso particular fue suficiente como instancia de socialización teniendo en cuenta tres elementos:

- 1) la publicación de un resumen del proyecto en un diario local de amplia distribución y el Boletín Oficial que contiene la invitación a todos los ciudadanos a emitir observaciones;
- 2) la no presentación de observaciones al proyecto por parte de las comunidades; y
- 3) el bajo impacto que el proyecto ocasionará en el ambiente.

En relación al último elemento, considero que resulta adecuada la graduación del mecanismo de participación según el nivel de impacto potencial o esperado del proyecto, ya que no puede exigirse igual grado de participación ciudadana a una obra de gran envergadura que a tareas de impacto reducido.

La obra de tendido de fibra óptica analizada en el presente expediente consiste en el soterramiento de un tritubo por el margen de la ruta nacional N° 9, de manera paralela a la fibra óptica de ARSAT. Para hacerlo se realiza un pozo de 40 a 50 cm de ancho por 1,20 de profundidad. Una vez enterrado el tritubo se vuelve a colocar el material retirado anteriormente.

Teniendo en consideración la descripción del proyecto, las medidas de mitigación ofrecidas por Telecom S.A. y la constatación realizada por este tribunal del estado de las áreas en las que se realizaron las obras en meses anteriores, resulta que en efecto, el impacto esperado para el proyecto es muy bajo. Concurrentemente, la matriz de impacto ambiental obrante a fojas 111 vta. del Expediente administrativo N° 1101-521-T/2017, demuestra un impacto reducido en la realización del proyecto, con un notorio beneficio para las comunicaciones y la conectividad para la zona. Conforme se depende de la contestación de Telecom S.A., “el tendido de la Fibra Óptica desde la localidad de Yala hasta la de Humahuaca ha sido prevista por Telecom S.A. con el propósito de mejorar el servicio de Telecomunicaciones fijas y móviles de toda la región (...) que permitirá el acceso a la conectividad como herramienta de desarrollo social, turístico y económico de la región”. Este contrapeso entre el gran beneficio social y el bajo impacto ambiental del proyecto resulta en un argumento suficiente para que la autoridad de aplicación elija la consulta tal como fue realizada.

Debe tenerse también en cuenta que la invitación a presentar observaciones fue publicada no sólo en el Boletín Oficial sino también en el diario de mayor circulación en la provincia en un aviso legible y de considerable tamaño.

Por ende, resulta que la instancia de participación propuesta por la Secretaría de Calidad Ambiental resulta suficiente para la mayor parte de la traza de la obra, por lo que no corresponde ordenar su nulidad en esta instancia.

Sin embargo durante la inspección realizada por este juzgado y conforme fuera constatado por el Cuerpo Interdisciplinario de Expertos, se identificaron dos elementos que permiten inferir la necesidad de intensificar la participación ciudadana entre los puntos de la Ruta Nacional N° 9 Límite sur: paralelo 23°30'10.013" latitud sur, y límite norte: paralelo 23°29'02.720" de latitud sur, a saber:

1) La falta de coincidencia entre la ubicación de la traza de la Fibra óptica planificada y las obras realizadas en un sector de la Ruta N° 9

Durante la inspección ocular realizada pudo constatarse que las obras de la fibra óptica entre los kilómetros 1782 y 1785 de la Ruta Nacional N° 9 se realizarán en el margen izquierdo de la ruta, mientras que en la planificación se había propuesto realizarla por el margen derecho de la Ruta Nacional. Al respecto, el informe del Cuerpo Interdisciplinario de Expertos de este Juzgado agregado a fs. 109/110 es clarificador enunciando la inconsistencia entre lo planificado por Telecom S.A. en el estudio de impacto ambiental y lo efectivamente constatado por este juzgado.

Esta variación en la ubicación de la traza de la Fibra Óptica no resulta irrelevante, ya que en el margen izquierdo de la Ruta se encuentran ubicados los cultivos y otras instalaciones pertenecientes a la Comunidad.

Por otra parte esta vicisitud en la planificación que no se encuentra reportada en el proceso de evaluación de impacto ambiental, habilita que la Autoridad de Aplicación pueda renovar la decisión administrativa de autorización.

2) La cercanía entre la traza de la Fibra óptica e instalaciones de la Comunidad

Durante la Inspección Ocular realizada, pudo constatarse la cercanía de entre la futura traza de la Fibra Óptica y los cultivos y demás instalaciones pertenecientes a la Comunidad.

En efecto, del informe del Cuerpo Interdisciplinario de Expertos se puede observar el reducido espacio remanente entre el borde de la banquina y las instalaciones y cultivos de la Comunidad. Desde el borde de la banquina se observan las siguientes distancias: 10 m. a la pared exterior de la capilla; 4,10 m a los almacigos; 4 m a la vivienda; y 0,50 m a la zona de acopio de verduras. Según las especificaciones técnicas relatadas por el Ing. Luc Durante la inspección ocular, el pozo a realizar tendrá un ancho de 0,50 m, con lo que no

quedan dudas en relación a que las obras de fibra óptica tendrán un impacto mayor al esperado en otras zonas de la traza, en la que los cultivos y viviendas se encuentran más retirados en relación a la banquina.

La cercanía entre los cultivos y otras instalaciones de la Comunidad exigen que se intensifique la participación ciudadana en el tramo referido, con la extensión determinada en el apartado siguiente.

IV.- De la Nueva Instancia de Participación

Sentado todo lo anterior, corresponde ordenar a las demandadas a asegurar una nueva instancia de participación ciudadana, previa al reinicio de los trabajos, en la que se informe a los miembros de la Comunidad sobre, al menos, los siguientes puntos:

- 1) Traza de la fibra óptica entre los puntos límite sur: paralelo 23°30'10.013" de latitud sur y límite norte: paralelo 23°29'02.720" de latitud sur
- 2) Maquinaria que se utilizará para la implementación del trabajo
- 3) Medidas de mitigación a implementar
- 4) Fechas y horarios de realización de los trabajos

Esta instancia de participación deberá ser controlada por el Ministerio de Ambiente y el Ministerio de Cultura y Turismo de la Provincia de Jujuy en su carácter de autoridades de aplicación de la normativa vigente, y deberá realizarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias. En particular en cuanto a la traza de la fibra óptica, deberá el demandado Telecom S.A. tener especial consideración en relación a la ubicación de los cultivos e instalaciones de la comunidad.

Una vez finalizada la instancia de participación, el Ministerio de Ambiente y el Ministerio de Cultura y Turismo, con participación del Municipio involucrado, deberán emitir una resolución conjunta complementaria de la Resolución N° 365/18- SCA en la que establezcan si están dadas las condiciones para la continuación de los trabajos.

V.- El Convenio 169 OIT

El espíritu de la consulta y de la participación constituye la piedra angular del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo aprobado por la ley 24.071. En tal sentido, la instancia de participación ordenada en la presente cumple con las exigencias del mismo al prescribir que la misma deberá realizarse de buena fe, de forma libre e informada, de acuerdo a las circunstancias, y de manera previa a la continuación de los trabajos.

Debe tenerse en cuenta que el Convenio también establece que debe ser prioritario para los estados el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, lo que claramente es perseguido a través del Proyecto de Fibra Óptica, en tanto proveerá a la Comunidad de mayor y mejor conectividad.

VI.- De la Ley Nº 5.206/2000

A fs. 79 vta. el actor refiere la omisión de cumplimiento de la Ley 5.206 y su decreto reglamentario. La Ley Nº 5.206 designa como Paisaje Protegido a la Quebrada de Humahuaca en toda su extensión, en los términos del artículo 122 inc. A) de la Ley Nº 5.063.

De las constancias de las pruebas rendidas en autos no surge la participación del Ministerio de Cultura y Turismo en el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, por lo que corresponde ordenar que dicha repartición controle junto al ministerio de Ambiente la instancia de participación dispuesta en la presente. Por otra parte, cabe ordenar que los Ministerios de Cultura y Turismo y de Ambiente, con participación del Municipio involucrado, emitan una resolución conjunta complementaria de la Resolución Nº 365/18- SCA en la que establezcan si están dadas las condiciones para la continuación de los trabajos.

VII.- Que atento la forma en que se resuelve esta acción, así como que la demandada Telecom Argentina S.A. dio motivo a su promoción por apartarse de la planificación original de la Traza, y el Estado provincial por omitir la participación del Ministerio de Cultura y Turismo, las costas deben imponerse a las demandadas que resultan vencidas (art. 102 del C.P.C.) regulándose los honorarios del doctor FRANCO NAHUEL AGUILAR en la suma de PESOS NUEVE MIL (\$9000); y de los Dres. FLORENCIA PUEBLA CASARES y AGUSTÍN PFISTER, en PESOS SEIS MIL TRESCIENTOS (\$6300) respectivamente, conforme doctrina del Superior Tribunal de Justicia sobre honorarios mínimos, y en virtud de lo establecido por la ley 6.112 (Arts. 16, 17 y 26).

Por todo ello,

RESUELVO:

1º) Hacer lugar parcialmente a la acción de amparo deducida por la COMUNIDAD INDÍGENA ANGOSTO EL PERCHEL en contra de la empresa TELECOM ARGENTINA S.A. y del ESTADO PROVINCIAL, condenando a las demandadas para que aseguren a la Comunidad Aborigen Angosto el Perchel una nueva instancia de participación ciudadana, previa al reinicio de los trabajos del Proyecto Tendido Subterráneo de Fibra Óptica Ruta Nacional Nº 9, con la extensión y el alcance determinado en el punto IV de los considerandos.

2º) Hacer saber a las demandadas que una vez finalizada la instancia de participación, el Ministerio de Ambiente y el Ministerio de Cultura y Turismo de la Provincia de Jujuy, con participación del Municipio involucrado, deberán emitir

una resolución conjunta complementaria de la Resolución N° 365/18- SCA en la que establezcan si están dadas las condiciones para la continuación de los trabajos.

3°) Imponer las costas a la parte demandada, que resulta vencida (art. 102 del C.P.C.).

4°) Regular los honorarios de del doctor FRANCO NAHUEL AGUILAR en la suma de pesos nueve mil (\$9000); y de los Dres. FLORENCIA EDITH PUEBLA CASARES y AGUSTÍN PFISTER, en pesos seis mil trescientos (\$6300) respectivamente.

5°) Regístrese, agréguese copia en autos, notifíquese por cédula a las partes con HABILITACIÓN DE DÍAS HORAS.-