

OPERADORES JURÍDICOS Y EL PROCESO AMBIENTAL.



Carrera: Abogacía

Legajo: VABG49935

Nombre y Apellido: Milani, Guido Alejandro.

D.N.I.: 35.972.853

Fecha de Entrega: 04/07/2019

N° de Entrega: Cuarta

Modulo: 4°

Tutora: Lozano Bosch, Mirna.

Tema: Nota a Fallo – D. Ambiental.

Título: Operadores Jurídicos y el Proceso Ambiental.

Fallo: Foro Ecologista de Paraná y otra c. Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos y otro s/ acción de amparo. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, Sala I de procedimientos constitucionales y penal (2018).

Operadores Jurídicos y el Proceso Ambiental.

Sumario: I. Introducción Nota a Fallo – II. Premisa Fáctica – III. Historia Procesal – IV. Fundamentos del Tribunal – V. Paradigma Ambiental y Principio Precautorio – VI. El Proceso como Derecho – VII. El Juez, Capacidades – VIII. Herramientas del Proceso Ambiental – IX. Reflexiones Finales.

I. Introducción Nota a Fallo.

El presente trabajo nos introduce en la problemática de la utilización de agrotóxicos ante la ausencia de legislación específica. Los jueces del proceso forzaron hasta lo que a la fecha, es considerado el límite de su poder, estableciendo la aplicación temporal de una medida cautelar asemejándola, en su alcance, al de una ley.

El problema jurídico se ciñe principalmente entre el Principio Republicano, de división de poderes, en contraposición con el Principio Precautorio (en adelante PP), el cual modifica los alcances de los operadores jurídicos, como afirma Cafferata (2014), “(...) lleva necesariamente al operador jurídico a incursionar en el ámbito de la duda, de la incerteza. Ámbitos o terrenos, que no está "acostumbrado" el Derecho.”. (p.4). ¿Daño a las personas o al ambiente? ¿Cuál es el límite de las facultades del Juez?

II. Premisa Fáctica.

Las escuelas rurales se encuentran cercadas por predios sembrados, por lo que se encuentran expuestos a la utilización de agroquímicos. La fumigación es una actividad lícita, pero no hay consenso sobre las distancias en que sus efectos para la salud humana sean inocuos. Las nuevas y superiores medidas de aplicación, afectarían alrededor de mil treinta instituciones rurales.

III. Historia Procesal.

El Foro Ecologista de Paraná y la Asociación Gremial del Magisterio de Entre Ríos, interponen una acción de amparo ambiental. La Cámara segunda de Paraná, Sala II tomó conocimiento, y resolvió admitir parcialmente la acción, a través de una medida precautoria, prohibiendo la fumigación a menos de mil metros (1000m) de todas las escuelas rurales de Entre Ríos y tres mil (3000m) si fuese por fumigación aérea.

Las demandadas, el Superior Gobierno de la Provincia y el Consejo General de Educación viéndose agraviadas por esta decisión interpusieron un recurso de apelación. El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, Sala I de procedimientos constitucionales y penal, continua con el proceso y dicta sentencia a los 29 días de octubre del año 2018.

Con una decisión de la mayoría confirma la sentencia parcialmente, con un voto en disidencia. Se resolvió hacer lugar a los puntos que establecían las nuevas distancias (de mil y tres mil metros).

IV. Fundamentos del Tribunal.

El voto mayoritario (Dr. Giorgio, Dr. Carubia), se propició de acuerdo con las restricciones dispuestas por el juez de grado, con respecto a las distancias de fumigación. Según su criterio, nada dice el reglamento sobre las distancias que deben respetarse en cuanto a las escuelas rurales, observa que las normas vigentes se pronuncian sobre “caseríos”, cursos de agua y galpones avícolas. Este último tiene su propia normativa específica y no así los institutos escolares. Destaca la importancia de la protección de un bien jurídico tan importante como son los niños, que forman parte del cuerpo constitucional, a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño. Observamos como los magistrados reconocen el derecho subjetivo subyacente en la problemática, la salud y los niños, para terminar de localizar constitucionalmente su prelación.

El magistrado encuentra razonable “suplir dicha laguna”, con una distancia no menor de la establecida para los ejidos urbanos (en la ley provincial), por lo que considera que el PP fue correctamente aplicado, en un rol activo, que debe adoptarse en casos de incidencia colectiva. Esto es así, debido a la falta de certeza científica acerca del daño que es posible provocar.

Con respecto a la medida precautoria en relación con el Principio Republicano, fue debidamente considerado por el a quo, que entiende, requiere la participación de los sectores afectados y la sociedad toda para luego, el Poder Legislativo, determinar la norma aplicable. Esto significa que esta medida, fue concebida para ser transitoria, por lo que no busca ser parte del ordenamiento de la provincia, simplemente evitar el daño.

Por su parte el voto disidente, la Dra. Mizawak, con respecto al quid de la controversia, dice, se encuentra regulado el ordenamiento legal que comprende a las escuelas en cuestión, y ninguna de esta normativa fue desafiada en su constitucionalidad. Remarcó que, para la procedencia del amparo, debe haber certidumbre en el daño, lo cual el a quo tampoco certificó. Con esta escasez probatoria en autos no resulta justificada la medida dictada para la Juez, por lo que la considera irrazonable.

Aunque, parece no tener en cuenta el artículo 4º, de la Ley 25.675 que dice “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”.

Según la Dra. Mizawak, en cuanto a la división de poderes, la norma debe ser dictada por el Poder Legislativo, por ser actividad reglamentada, lícita, no puede ser prohibida de manera genérica; generando una prohibición a quienes no participaron del proceso y por consiguiente no fueron escuchados.

Las audiencias públicas son esenciales, previo estudio de impacto ambiental y acto administrativo regulador (Lamberti, 2017.). Por lo que la duración de la medida precautoria, recae en hombros del PL.

V. **Paradigma Ambiental y Principio Precautorio.**

Encontramos un Derecho ambiental en pleno cambio, que “(...) ingresa decididamente en el biocentrismo o ecocentrismo. Supera y trasciende el enfoque antropocéntrico sin desecharlo, sino integrándolo.” (Falbo, 2018, p.4). Es un efecto multiplicador, como expresa Benjamín, si reconocemos el valor intrínseco de la naturaleza, podemos defender al mismo tiempo los derechos humanos que de ella nacen (2001).

Lo que nos lleva a la pregunta, ¿daño a las personas o al medioambiente? Es la otra cara de la moneda, ya que el daño ambiental “(...) se refiere también al daño que el medio ambiente ocasiona de rebote —*par ricochet*— a los intereses legítimos de una persona determinada” (Besalú Parkinson A., 2005, p. 101). Puesto en contexto, el art. 41 de la C.N. establece el derecho al ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, este “es un derecho fundamental, con el “plus” de tener carácter colectivo e intergeneracional, es también indiscutible que su defensa puede instrumentarse judicialmente a través de la acción de amparo” (Catalano, 2016, p.97). Según parece, el diferenciarlos totalmente resulta imposible, aunque podemos precisar que el daño al ambiente, implica el daño a la salud, por lo que el amparo ambiental se encuentra válidamente aplicado.

En cuanto al PP, es correctamente aplicado, a él se corresponde el riesgo potencial ya que, los conocimientos científicos, son insuficientes para dar una respuesta

precisa, para así despejar la incertidumbre en cuanto a sus consecuencias (Kemelmajer de Carlucci, 2013).

En cuanto a sus consecuencias, según Cafferata & Lorenzetti, los daños ambientales en su generalidad son de difícil o imposible reparación (2018), conocido como *principio de la realidad*, acuñado por Cafferata, por lo que es una razón más para la aplicación del PP.

VI. El Proceso como Derecho.

El proceso y por sobre todo su eficacia es un derecho humano, que para su tutela debe ser aplicado de oficio por los magistrados; la eficacia, se subdivide en rapidez, plazo razonable y ajuste de la respuesta a la importancia del derecho en cuestión, solo es una buena respuesta si torna efectivo el derecho de fondo (Camps, 2016).

Este deber de los magistrados se vuelve más patente, según Camps, cuando tenemos en cuenta que la Argentina ya es poseedora de tres sentencias de la CIDH, la causa Memoli, Furlan, Forneron, en procesos no penales, en violación de los art 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica. La razón de estas condenas es por procesos no eficaces, nuevamente por trámites muy demorados y por respuestas que no estaban a la altura del derecho de fondo (2017). Es que, si se prohíbe el hacer justicia por mano propia, resulta inadmisibles que el estado permita daños por la demora procesal (Bremberg, 1965).

Cotejándolo con el fallo, los jueces tuvieron a bien entender la inmediatez de la necesidad en pugna, y con la importancia del derecho de fondo. Esta inmediatez derivó en la medida cautelar aplicada.

VII. El Juez, Capacidades.

Todo esto nos lleva a precisar, ¿el actuar del juez violó el principio de división de poderes aplicando el PP? El PP es la conjugación del *biocentrismo*, como del *derecho de riesgos*, siendo que, este “irradia su influencia sobre las cautelares, imponiéndole formas atípicas de adopción” (Cafferata, 2014, p.7).

Desde esta óptica, las capacidades del juez se ven aumentadas para la defensa del medio ambiente. Esta línea de pensamiento se consolida con los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como la causa “Kersich”, donde se instó a los jueces a buscar las vías procesales más rápidas para evitar el daño de derechos fundamentales (2014), como también la CIDH, estipula que la “irreparabilidad habrá de tenerse en especial consideración, como elemento facilitador, a la hora de decidir sobre la concesión de medidas cautelares” (Falbo, 2018, p.3), obviamente sin desdeñar los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Los límites a estas facultades extraordinarias de los jueces se encuentra en el debido proceso, según el voto de Lorenzetti, en la causa Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c. Comisión Nacional de Energía Atómica (2010), si a esto sumamos el caso “Verbitsky”, que califica de correcto el actuar de los jueces, cuando lo que hacen es proteger los derechos constitucionales. Por lo que no es una intrusión indebida del Poder Judicial en la división de poderes (2005). Con este contexto consideramos que no hubo violación del Principio Republicano, pues la medida precautoria funcionará *hasta la sanción de la ley que reglamente la situación*. Y en cuanto a su alcance provincial, es por causa de las características de los derechos colectivos. Para su sanción debe contar con estudios científicos y participación de toda la sociedad como lo indicó Lorenzetti en el fallo de la Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá (2012).

VIII. Herramientas del Proceso Ambiental.

Hasta aquí solo resta exponer las nuevas herramientas, que los operadores jurídicos, podrán hacer uso en los procesos para hacerlos más eficaces. Estas son, la *pretensión preventiva de daños ambientales* y el *control de complementariedad*.

La primera es más idónea que el amparo ambiental, pero este instituto no debe ser malinterpretado, al decir de Camps no debe dar lugar al rechazo de las acciones de amparo ambiental, por el simple hecho que existan vías procesales más idóneas. Al contrario, el mismo juez debe reconducir el proceso, o remitirlo al que sea competente, bajo la acción de prevención de daño ambiental, no sin antes dictar las medidas cautelares necesarias (2018).

En cuanto al segundo, “puede ocurrir que igualmente una norma local legisle por debajo de los Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental (PMPA), incluso oponiéndose a este.” (Falbo, 2009, p.97) por lo que luego del caso Mamani, se avanza en que la norma, “aunque sea provincial, si no es complementario ni congruente, puede ser revisado por la Corte en vía extraordinaria. Esto amplía el espectro de control que tiene el Alto Tribunal sobre el derecho local en defensa de los PMPA.” (Esain, 2019, p.10).

IX. Reflexiones Finales.

Estamos ante un derecho ambiental en plena crisis, al igual que las instituciones relacionadas con éste. Ha cambiado la mirada del mundo hacia el biocentrismo y de la Teoría del Daño hemos pasado a la Teoría del Riesgo.

Los jueces del voto mayoritario lograron ponderar lo fundamental del caso, la efectividad procesal. Si bien tal vez, pudieron optar por dictar la medida precautoria y reconvertir la demanda por prevención de daños ambientales, consideramos que

tomaron la medida correcta ya que, lo que no podía ocurrir es el abandono de las personas frente a los posibles daños.

El Principio Republicano, es flexible en sus límites, para adaptarse a las nuevas situaciones del momento histórico en que se encuentre. Es lo que sucede en la actualidad, generando en materia ambiental y derechos colectivos, una mayor injerencia del poder judicial en estos aspectos.

Los límites, los encontramos en el debido proceso, al igual que en principios como el de razonabilidad y proporción. Como también encontramos, que los derechos reconocidos en la constitución y tratados internacionales generan un deber de protección.

Hoy más que nunca, ante la ampliación de los poderes de los jueces, su aplicación, depende en mayor medida de la ética de los operadores jurídicos y de su habilidad para adaptarse a las innovadoras herramientas que nos da el Derecho Ambiental.

Estamos ante la evolución del Derecho, tal vez equiparable al nacimiento del *Ius Gentium* del Derecho Romano, volviéndolo más flexible, y por lo cual lograron consolidar un ordenamiento tan perfecto que varias de las instituciones que crearon llegaron a nuestros días. Es una posibilidad que los instrumentos que se desarrollen a partir del derecho ambiental, sean la base del sistema normativo del futuro.

Referencias

Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c. Comisión Nacional de Energía Atómica, 333:748 (voto del doctor Ricardo Lorenzetti) (CSJN 26/05/2010). Recuperado el 17/05/2019, de <https://sjconsulta.csjn.gov.ar>

- Benjamín, A. (2001). ¿Derechos de la naturaleza?". En O. AMEAL, & S. TANZIA, *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Besalú Parkinson, A. (2005). *Responsabilidad por daño ambiental*. Buenos Aires: Hammurabi-José Luis Depalma.
- Bremberg, A. (1965). La tutela cautelar en el proceso. *JUS*(6), 9.
- Cafferatta, N. (2014). El principio precautorio en el derecho ambiental. *LA LEY*, 1. Recuperado el 10/06/2019, de <https://www.thomsonreuters.com.ar>
- Cafferatta, N., & Lorenzetti, P. (2018). Hacia la consolidación del Estado de Derecho Ambiental. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *RD Amb*, 56. Recuperado el 03/04/2019, de <https://www.thomsonreuters.com.ar>; cita online: AR/DOC/3285/2018
- Camps, C. (2016). El Proceso Ambiental y el Código Civil y Comercial. *RD Amb*, 45-46. Recuperado el 05/05/2019, de <https://www.thomsonreuters.com.ar>; cita online AR/DOC/4314/2016
- Camps, C. (2017). *Dirección de Comunicación Judicial Rio Negro*. Recuperado el 11/04/2019, de 09. Congreso Derecho Ambiental- Aníbal Falbo y Carlos Camps: https://www.youtube.com/watch?v=y8dSC_dMHEI
- Camps, C. (2018). El Amparo Ambiental y la Pretensión Preventiva de Daños: La Lucha por la Eficacia Procesal. *RD Amb*(53), 11. Recuperado el 05/05/2019, de <https://www.thomsonreuters.com.ar>; cita online: AR/DOC/2856/2018
- Catalano, M. I. (2016). Amparo ambiental. Criterios jurisprudenciales. *RAP*(453), 97. Recuperado el 13/05/2019, de <https://www.revistarap.com.ar>

Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá c/ Provincia de Catamarca s/ amparo ambiental, 335:387 (CSJN 17/04/2012). Recuperado el 12/05/2019, de <https://sjconsulta.csjn.gov.ar>

Esain, J. A. (2019). El control de complementariedad. *LA LEY*. Recuperado el 20/06/2019, de <https://www.thomsonreuters.com.ar>; cita online: AR/DOC/692/2019

Falbo, A. (2009). *Derecho ambiental*. La Plata: Librería Editora Platense.

Falbo, A. (2018). La opinión consultiva 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los daños individuales a seres humanos generados por el daño al ambiente. *Sup. Amb.*, 5. Recuperado el 20/05/2019, de <https://www.thomsonreuters.com.ar>

Foro Ecologista de Paraná y otra c. Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos y otro s/ acción de amparo (Sala I Procedimientos Constitucionales Penal 29/10/2018). Recuperado el 07/04/2019, de <https://www.thomsonreuters.com.ar>

Foro Ecologista de Paraná y otro c. Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos y otro s/ acción de amparo (Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, sala II 01/10/2018). Recuperado el 14/05/2019, de <https://www.thomsonreuters.com.ar>

Kemelmajer de Carlucci, A. (2013). El principio precautorio en el derecho ambiental en la jurisprudencia Argentina. *La Ley Online*. Recuperado el 20/06/2019, de <https://www.thomsonreuters.com.ar>; cita online: AR/DOC/2997/2013

Kersich, Juan Gabriel y otros c. Aguas Bonaerenses SA y otros s/ amparo, 337:1361 (SCJN 02/12/2014). Recuperado el 20/06/2019, de <https://sjconsulta.csjn.gov.ar>

Lamberti, A. (2017). Audiencias Publicas en el Procedimiento de Evaluacion de Impacto Ambiental. *Sup. Amb.*, 3. Recuperado el 20/06/2019, de <https://www.thomsonreuters.com.ar>

Ley General Del Ambiente. N°25.675. (28/11/2002). Capital Federal, Buenos Aires : Boletin Oficial de la Republica Argentina.

Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus, 328:1146 (CSJN 03/05/2005). Recuperado el 15/05/2019, de <https://sjconsulta.csjn.gov.ar>