



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

ABOGACÍA 2020

“Lagunas Normativas en el Derecho Ambiental – El Amparo Ambiental como herramienta de prevención”

Ivana Alejandra Miguez

DNI: 33.313.657

Legajo: VABG34858

Documento final de análisis: Foro Ecologista de Paraná y Otra C/ Superior

Gobierno de la Provincia de Entre Ríos y Otro S/ Acción de Amparo - Causa N° 23709

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Entre Ríos

Tutor: Mirna Lozano Bosch

AGRADECIMIENTOS

“Agradecer ayuda a crear una conciencia sobre lo que tenemos, mejorar cada experiencia y apreciar nuestra vida”

Siempre dije que en esta vida he sido una bendecida por todas aquellas personas que se han cruzado en mi camino y me han enseñado algo. Hoy quiero agradecerles a todos aquellos que me alentaron a seguir, nunca dejaron de creer en que podía, y lo más importante, me enseñaron a conectar conmigo misma y a confiar en mi.

A mi viejo que me guía desde arriba y me escucha en los silencios. A mi familia que siempre estuvo, contubo y alentó. A mi gran amiga Nadia por contenerme y empujarme en cada paso. Y muy especialmente a mi hijo Emiliano, mi gran bendición, y a su papá José, por darme ánimos cuando caí, fuerzas cuando sentí que ya no podía, paciencia ante la incertidumbre, y amor por sobre todo lo demás,

GRACIAS.

Sumario: I. Introducción. II. Los hechos relevantes del fallo y la decisión del Tribunal. III. Analisis sobre las problemáticas jurídicas y la Ratio decidendi. IV. Antecedentes doctrinarios y Jurisprudenciales. Laguna normativa. Acción de Amparo. V. Reflexiones. VI. Listado de revisión bibliográfica.

I. Introducción

En el año 2018, la Provincia de Entre Ríos, fue noticia por un fallo que asentó jurisprudencia en el país. Dicho fallo caratulado “Foro Ecologista de Paraná y Otra C/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos y Otro S/ Acción de Amparo - Causa N° 23709”, hizo lugar a las pretensiones esgrimidas por asociaciones civiles que defienden el derecho a la salud y a un medio ambiente sano y libre de agrotóxicos. El fallo seleccionado tiene real importancia, no sólo por el impacto de las fumigaciones terrestres y aéreas que se llevan a cabo en los procesos económicos agroindustriales, sino que además se analiza el rol del Estado y el impacto que sus decisiones provocan en la población entrerriana, particularmente en los niños, niñas, adolescentes, personal no docente y docentes de las escuelas rurales de Entre Ríos.

En detalle, la partes actoras, solicitan la nulidad de un Decreto emanado por el Poder Ejecutivo Provincial, en el cuál ven vulnerado el derecho a la salud de los niños y el inminente daño ambiental que puede provocar autorizar la fumigación terrestre y aérea con agroquímicos sin tomar las medidas precautorias necesarias fundamentadas en estudios competentes, los cuales consideran que no se han realizado.

Se interpuso recurso de apelación por las partes accionadas, el Consejo General de Educación de Entre Ríos y el Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos, contra sentencia dictada por el Sr. Vocal de la Cámara Segunda de Paraná, Sala II, el Dr. Oscar Daniel Benedetto, donde se pronuncia a favor de lo solicitado por la parte actora Foro de Ecologistas de Paraná (FEP) y la Asociación Gremial del Magisterio de Entre Ríos (AGMER).

Asimismo, como miembros de la Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal del Excelentísimo Superior Tribunal de Justicia Provincial, intervino el Dr. Daniel Omar Carubia, como Presidente, y los vocales Dr. Miguel Ángel Giorgio y la Dra. Claudia Mónica Mizawak, quién voto en disidencia, al respecto de los dos primeros miembros.

Para el Dr. Giorgio, la problemática jurídica detectada, no es sobre una problemática de relevancia o lingüística, acompañado en su voto por el Dr. Carubia, quienes coinciden en que nos encontramos frente a un Problema Lógico de Sistemas Normativos (Alchourron, 2012), un sistema con una laguna normativa, que lo convierte en incompleto.

Ambos argumentan que existe un marco jurídico para la resolución de dicho cuestionamiento, particularmente, se detecta una evidente ausencia normativa relacionada con la salud de los alumnos rurales, por lo que consideran razonable suplir la laguna sin que dicho actuar viole los principios rectores de la división de poderes de un Estado republicano. Por otro lado, la Dra. Mizawak en disidencia, como lo veremos oportunamente, expresa sus argumentos, haciendo hincapié que la problemática jurídica se asienta en la relevancia de la norma aplicable, ya que considera que la acción entablada no es la adecuada, y que la parte actora debería haber entablado una acción de inconstitucionalidad.

A continuación se desarrollaran los hechos relevantes del fallo en análisis, la decisión final del Tribunal Superior, las problemáticas jurídicas detectadas y su vinculación con la ratio decidendi. Por último, se profundizarán antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales, sobre conceptos considerados nucleares, para continuar con el desarrollo de las reflexiones finales.

II. Los hechos relevantes del fallo y la decisión del Tribunal.

El Foro Ecologista de Paraná y la Asociación Gremial del Magisterio de Entre Ríos solicitan a través de acción de amparo cuatro puntos base: 1) Se determine la fijación de una franja de 1.000 metros libres del uso de agrotóxicos alrededor de las escuelas rurales, y una zona de resguardo consistente en una barrera vegetal, con el objetivo de impedir y disminuir el egreso descontrolado de agroquímicos hacia los centros educativos; 2) se prohíba la fumigación aérea en un radio no menor a los 3.000 metros, de conformidad a lo ordenado por el decreto reglamentario de la Ley de Plaguicidas (Ley de Plaguicidas - N° 6599 - Rectificada por Ley ° 7495, Decretos reglamentarios, 1980) para el radio de las plantas urbanas; 3) se ordene el establecimiento de un sistema de vigilancia epidemiológica sobre los niños, niñas, y adolescentes, y personal docente y no docente que asistan a las escuelas rurales mediante análisis de sangre, orina y genéticos de los menores; y 4) a través de la Dirección de Hidráulica de la Provincia, se ordene el

análisis sobre el agua de lluvia y agua utilizada para el consumo de los alumnos, que comprenda un estudio físico químico y se investigue la presencia de los siguientes agrotóxicos: órganos clorados y fosforados, carbonatos y piretroides

En primera instancia, la acción de amparo fue exitosa. El Dr. Oscar Daniel Benedetto resolvió admitir parcialmente la acción de amparo estableciendo cuatro (4) puntos importantísimos: 1°- Prohíbe la fumigación terrestre con agrotóxicos en un radio de mil metros (1000 mts) alrededor de las escuelas rurales de Entre Ríos, y la fumigación aérea en un radio de tres mil metros (3000 mts.). Se establece como medida preventiva, hasta que las aéreas específicas del Estado provincial evalúen las situaciones y determinen que se pueden conseguir los mismos efectos precautorios con distancias inferiores o distintas. 2°- Exhorta al gobierno de Entre Ríos para que efectúe de manera eficaz estudios que permitan delimitar pautas objetivas en lo relacionado al uso de agroquímicos y químicos. Elaborar estudios que acentúen en los efectos negativos y consecuencias que pueda tener el uso de estos productos, y que además se desprenda la actual situación de contaminación en la Provincia. 3° - Condenar al Estado provincial y al Consejo General de Educación a que en el plazo de dos (2) años (contados desde dicha sentencia) se planten barreras vegetales en todas las escuelas rurales, a una distancia de ciento cincuenta metros (150 mts). 4° - Impuso además suspender de inmediato las aplicaciones de productos fitosanitarios en las aéreas sembradas lindantes a las escuelas rurales en el horario de clases. Estableciendo que deberán aplicarlas en contraturno a los horarios de clases, o cuando no haya, fin de semanas y feriados, argumentando que el objetivo de dicha medida era la ausencia de personas durante la fumigación.

Dicho fallo, se sustentó en la petición formulada por el Foro Ecologista de Paraná y la Asociación Gremial del Magisterio de Entre Ríos, quienes relataron las circunstancias facticas y la normativa vigente que consideraron violentada, aportaron la prueba necesaria que sustentaba su petitorio referido a la situación de las escuelas rurales de la provincia, y el efecto nocivo de las practicas con aplicación de agrotóxicos, resaltando siempre el derecho a la salud de los niños y al medio ambiente que se encuentran en riesgo. Sobre la prueba aportada, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, solo hace mención, sin tomarla como cuestión dirimente a la hora de resolver el conflicto.

En contraposición, las demandadas, el Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos (S.G.P.E.R.) y el Consejo General de Educación (C.G.E.), interponen el recurso de apelación que origina el fallo en estudio, fundamentando que: 1) El C.G.E., contra el

punto 4°, dice que no se respeta el Principio de Congruencia, alegando que no estaba incluido dentro de las pretensiones de la parte actora. 2) Además, dice no poseer competencia para llevar adelante las medidas impuestas en el punto 3°, ya que no puede ordenar ni prohibir acciones sobre particulares, porque es la Secretaria de Producción de la Provincia la responsable.

Por su parte el Estado, a través de la Fiscalía estatal, resaltó que la adopción de dichas medidas traería aparejada consecuencias sumamente negativas a la economía regional provincial, por la cantidad de hectareas que se verían involucradas, calificando la decisión del Dr. Benedetto como arbitraria e infundada. Descarta la vía del amparo como la adecuada para tratar dicha cuestión, ya que la consideran compleja desde un aspecto técnico y jurídico, proponiendo que se lleven a cabo audiencias informativas y conciliatorias entre las partes afectadas. Califica de incongruente el fallo atacado, por determinar más allá de lo solicitado, violentando el derecho a la defensa y encuentra contradicciones sobre los puntos 1° y 4° al limitar los espacios a fumigar por un lado, y por el otro, permitiendo dichas fumigaciones en horarios a contra turno y fines de semana. Argumenta que el Juez de Grado se apartó del marco normativo vigente donde ya se establecen las distancias en caseríos rurales (50 mts para terrestres y 100 mts para las aéreas). Por ultimo, alude a la falta de pruebas sobre el daño ambiental y a la salud, y sobre la ausencia de urgencia y de conducta antijurídica de la administración.

Sobre lo desarrollado, el Tribunal Superior de Justicia de Entre Ríos (con dos votos igualados, y uno en disidencia) resuelve hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el S.G.P.E.R y el C.G.E., revocando el punto 4° en su totalidad, el cual se refería a la suspensión de las fumigaciones en la provincia como medida preventiva, y el punto 3° parcialmente, eximiendo al C.G.E. a la condena interpuesta, confirmando el resto de la sentencia.

III. Análisis sobre las problemáticas jurídicas y la Ratio decidendi.

Cómo se mencionó anteriormente, el fallo objeto de análisis, tuvo dos posturas contraopuestas, de donde surgen dos problemáticas jurídicas totalmente diferentes, pero sólo una se vincula con la ratio decidendi que da sustento a la decisión final.

Por un lado, el voto en disidencia, considera que la sentencia emitida por el juez *ad quo* carece de sustento técnico y científico que la avale, donde sugiere revocar en su totalidad dicha sentencia. Argumenta que existe un amplio marco legal que ya regula la

aplicación de agroquímicos, como la Ley de Plaguicidas, N° 6.599, Ley Nacional N° 7.495, sus reglamentaciones, en especial los Decretos N° 279, N° 3202, N° 4371 y N° 6869, y varias resoluciones emitidas por la Secretaria de Producción de la Provincia de Entre Ríos, y que si este marco fue transgredido debería haberse actuado bajo la figura de la acción de inconstitucionalidad, no utilizando el amparo, *“el cual constituye un proceso realmente simplificado, tanto en su aspecto temporal como en cuanto a sus formas”* (Brest, 2020). De este modo, podemos inferir que los jueces difieren al momento de subsumir los hechos a la norma aplicable. También la vocal manifiesta que el mandato prohibitivo impuesto es contradictorio en relación a lo establecido por la Ley de Procedimientos Constitucionales en su art. 63° inciso “b”, donde reza que el amparo ambiental debe interponerse como una *“Acción de reparación: que tendrá por objeto la reposición de las cosas al estado anterior, cuando fuera posible”* (Ley de Procedimientos Constitucionales - Ley N° 8.360, 1990), y aquí la prohibición no específica a quienes obliga, ni de qué manera debe llevarse a cabo, haciendo imposible su ejecución. En la misma línea de ideas, la magistrada considera que dicha forma de prohibir u obligar, solo puede estar contemplada en una Ley, que según Kelsen, *“Norma es el sentido de un acto con el cual se ordena o permite, y, en especial, se autoriza un comportamiento”* (Godoy, 1995), y aquí nos encontramos ante una situación que no determina dos cuestiones básicas y fundamentales de toda ley, su sanción en caso de incumplimiento y la autoridad encargada de controlar su ejecución, lo cual, además excede la esfera del Poder Judicial, ya que la creación de leyes es competencia exclusiva del Poder Legislativo, (Constitución de la Nación Argentina - Ley N° 24.430, 1994), y por medio de Decretos, del poder Ejecutivo.

Por otro lado, el voto de la mayoría, donde existe una problemática jurídica lógica de sistemas normativos incompletos (Alchourron, 2012), utilizan el instituto de la analogía para fundamentar su decisión, ya que en lo referido a las distancias establecidas para llevar a cabo la actividad de fumigación con agrotóxicos, en el marco jurídico vigente, la Ley N° 6.599, y sus reglamentaciones y resoluciones, específicamente el Decreto N° 279 del S.E.P.G. en sus artículos 11° y 12°, donde se protegen *“viviendas, curso de agua, embalses utilizados como abastecimiento de agua o abrevaderos de ganados, explotaciones apícolas”*, y prohibiendo además *“la aplicación aérea de plaguicidas agrícolas dentro del radio de 3 km. a partir del perímetro de la planta urbana de los centros poblados”* (Ley de Plaguicidas - N° 6599 - Rectificada por Ley ° 7495, Decretos reglamentarios, 1980), se evidencia el vacío legal existente al no contemplar las

escuelas rurales, y consideran que de manera transitoria, pueden dar solución a esa laguna legal sin interferir en la división de poderes establecida en cualquier sistema republicano de gobierno. Los vocales indican que existe legislación que restringe la aplicación terrestre y aérea de plaguicidas, pero la misma no dice nada en cuanto a la realización de dicha actividad en cercanías de escuelas rurales.

Así mismo, justifican la acción de amparo articulada, en base al marco normativo establecido por la Ley de Procedimientos Constitucionales en su artículo 63° (Ley de Procedimientos Constitucionales - Ley N° 8.360, 1990), el cual consideran acorde con el artículo 30° de la Ley General del Ambiente, donde se establece que puede solicitarse el cese de actividades generadoras de daño ambiental por medio de acción de amparo (Ley General del Ambiente - Ley N° 25.675, 2002). Fundamentan la procedencia del amparo aludiendo que la pretensión esgrimida es el cese de una actividad riesgosa, y la omisión estatal de establecer una distancia razonable para evitar que los que vayan a la escuela no se vean afectados no es razón suficiente para esterilizar los fines protectorios de la ley general del ambiente. Dicha omisión estatal configura un acto ilegítimo para que proceda la acción de amparo.

Con respecto a la suspensión de las actividades con aplicación de agroquímicos en determinados horarios, los miembros del T.S.J., justifican su decisión de revocar totalmente la decisión emanada al respecto por el juez *ad quo*, al remarcar que dicha cuestión no fue solicitada por las accionadas, tornando la decisión en *ultra petita*. Además consideran que otorgar la suspensión sería extender una medida que ya fue practicada al establecer las distancias terrestres y aéreas, como así también la plantación de barreras vegetales protectorias. Por último, en lo referido a revocar parcialmente el punto 3° de la sentencia en instancia anterior sobre la legitimidad pasiva de la demandada, C.G.E., ambos jueces sostienen que el implantar barreras vegetales perimetrales a las escuelas rurales de la provincia, excede a su ámbito de competencia, y es el Estado provincial a quien le compete por intermedio de las áreas idóneas en la materia (Secretaría de Producción de Entre Ríos) llevar a cabo dichas medidas impuestas.

Desarrollado los argumentos que dan lugar a la *ratio decidendi*, vemos como el sistema judicial en nuestro país puede darnos diferentes perspectivas sobre una misma cuestión planteada.

IV. Antecedentes doctrinarios y Jurisprudenciales. Laguna normativa. Acción de Amparo.

Para poder desarrollar un análisis conceptual, debemos profundizar conceptos nucleares, los cuales se relacionan estrechamente con la problemática jurídica y los argumentos del Tribunal a la hora de resolver.

Cómo primer punto, laguna normativa (Alchourron, 2012), lo detectamos como un caso definido en términos de las propiedades que han sido consideradas relevantes por la autoridad normativa al cual no se le ha correlacionado solución normativa alguna (Rodríguez, 1999).

Suplir ese vacío legal, no implica crear normas, según el modelo positivista de Kelsen (Godoy, 1995), aquí la solución dada, es la de generar proposiciones normativas, las cuales son enunciados descriptivos acerca de la norma o de las obligaciones, permisiones y/o prohibiciones establecidas por la norma. (Rodríguez, 1999)

En segundo lugar, y siguiendo el lineamiento de lo resuelto, debemos desarrollar el instituto de amparo ambiental, el cual ha sido incorporado, desde la reforma del año 1994, a nuestra Carta Magna dentro de los llamados “Nuevos Derechos y Garantías”, específicamente en su artículo 43°, como un instrumento para tutelar el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y sano, el cual esta ampliamente tutelado, no sólo en nuestra Constitución Nacional, art. 41°, sino además en Tratados internacionales, convenios y jurisprudencia Nacional e internacional.

Art. 43°: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidas por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva". (Constitución de la Nación Argentina - Ley N° 24.430, 1994)

La acción de amparo tiene como principal objeto reparar un daño de manera eficaz y urgente, y por eso se lo considera un proceso simplificado en sus formas y en sus tiempos. Además posee una función impugnativa, toda vez que se utilice para restablecer un derecho fundamental vulnerado por la autoridad pública u otro particular, porque su finalidad es lograr la anulación de un acto lesivo del derecho fundamental al examinar la legitimidad o no de los actos impugnados (Brest, 2020).

El amparo ambiental se relaciona estrechamente con los principios precautorios y de prevención, pilares fundamentales del Derecho ambiental, y dicha vinculación se ve reflejada en las leyes que regulan su procedimiento, tanto nacionales (Ley General del

Ambiente - Ley N° 25.675, 2002), como provinciales (Ley de Procedimientos Constitucionales - Ley N° 8.360, 1990). En ambos marcos normativos, el amparo se presenta como una acción de protección y de cese. Protección cuya finalidad es la prevención de un daño, y/o cese de un perjuicio actual pasible de prolongarse en el tiempo.

El mismo Tribunal, como antecedente, cita un fallo que resolvió entre particulares, pero estrechamente vinculado con la procedencia de el amparo como herramienta válida para protección y prevención:

"...es menester recordar que la ejecución de una actividad lícita no conlleva como insoslayable corolario la licitud de todas las consecuencias resultantes ni legitima indiscriminadamente todos los perjuicios causados; sobreentendido que la vida de relación en un medio vecinal obliga a soportar ciertas molestias o perjuicios, pero también que tales molestias o perjuicios no deben alcanzar niveles que excedan la normal tolerancia. Lo que, desde la óptica del derecho ambiental y en base al principio de prevención se puede, es establecer en estos casos controles rigurosos y mecanismos tendientes a evitar la producción del daño para el futuro" ("Ariza Julio Cesar C/ Plez Sergio Aberlardo y otro s/ Accion de Amparo", 2014)

Con todo lo hasta aquí expuesto, podemos continuar con las reflexiones finales.

V. Reflexiones

Sobre lo expuesto hasta aquí, se adhiere plenamente con la decisión a la que arribo el Tribunal Superior. Es evidente que nos encontramos ante una laguna normativa propia de un sistema normativo incompleto, suplir dicho vacío no es más que cumplir con el deber de la justicia de proteger aquellos Derechos fundamentales y de incidencia colectiva, como lo son la salud y el medio ambiente. Cuando hablamos del medio ambiente como parte de la salud actual y futura, es necesario protegerlo y resguardarlo con acciones de prevención, ya que una vez provocado el daño, es muy difícil resarcirlo. Todo Estado presente, debe actuar con diligencia, tomar medidas basadas en controles eficaces, pertinentes, y siempre en miras del bienestar general de la población, y cuando sus actos atacan ese bienestar, es preciso que se lleve a cabo un correcto control de poderes, y es el Poder Judicial el principal encargado de actuar ante estas situaciones.

Las conclusiones que obtengo son las siguientes:

1. La omisión del Estado, es causa suficiente para entablar una acción de amparo ambiental, toda vez que desampara la salud de la población en general.
2. Una actividad que en principio y en si misma es totalmente lícita y reglamentada, como las fumigaciones terrestres y aéreas, puede provocar un daño grave, por lo cual el control de las autoridades debe ser eficaz, constante y pertinente, en busca de prevenir y preservar un bien tan importante como lo es el Derecho a la salud y a un ambiente sano y equilibrado.
3. La economía como interés protegido, nunca podrá compararse ni tutelarse en igualdad de condiciones que el Derecho a la salud y a un ambiente sano y equilibrado.
4. Llenar un vacío legal, con proposiciones normativas, no excede las facultades otorgadas a la Judicatura, los tribunales tienen la obligación de realizar enunciados descriptivos en sistemas normativos incompletos.
5. La acción de amparo es totalmente viable en la cuestión planteada, ya que coincide con los considerandos al establecer que no estamos frente a una pretensión de reparar un daño ambiental ocasionado, sino a un interés legítimo de cesar con una actividad riesgosa susceptible de prolongarse y agravar la situación actual, lo cual se encuentra plasmado en el art. 30 de la Ley General del ambiente (Ley General del Ambiente - Ley N° 25.675, 2002), en el art. 63° de Procedimientos Constitucionales de Entre Ríos (Ley de Procedimientos Constitucionales - Ley N° 8.360, 1990).

VI. Listado de revisión bibliográfica

"Ariza Julio Cesar C/ Plez Sergio Aberlardo y otros s/ Acción de Amparo", 17609 (Tribunal Superior de Justicia de Entre Ríos 2014).

"Foro Ecologista de Paraná y otra C/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos y otro S/ Acción de Amparo", 23709 (Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos 29 de Octubre de 2018).

Alchourron, C. y. (2012). Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales. Buenos Aires, AR: Astrea.

Brest, I. D. (2020). *Amparo Ambiental*. SAIJ.

Constitución de la Nación Argentina - Ley N° 24.430. (15 de Diciembre de 1994). Boletín Oficial. Buenos Aires, Argentina.

Godoy, J. J. (1995). El sistema jurídico de Kelsen. Síntesis y Crítica. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 22 N° 1, 108-119.

Ley de Plaguicidas - N° 6599 - Rectificada por Ley ° 7495, Decretos reglamentarios. (Nueve de Septiembre de 1980). Boletín Oficial N° 17.221 - N° 178/80. Paraná, Entre Ríos, Argentina.

Ley de Procedimientos Constitucionales - Ley N° 8.360. (04 de Octubre de 1990). Boletín Oficial. Paraná, Entre Ríos, Argentina.

Ley General del Ambiente - Ley N° 25.675. (06 de Noviembre de 2002). Boletín Oficial. Buenos Aires, Argentina.

Rodríguez, J. L. (1999). "Lagunas axiológicas y relevancia normativa". *Doxa* 22, 349-369.