



“La omisión legislativa y la actuación activa de la judicatura.”

Carrera: Abogacía.

Alumno: Wallach Mammana Maria Luz.

Legajo: ABG10363.

DNI: 35575778.

Tutor: Carlos Isidro Bustos.

Opción de trabajo: Comentario a fallo.

Tema elegido: Derecho Ambiental.

Fallo: Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos – 29 de Octubre de 2018 "Foro Ecologista de Paraná y Otra c/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos y Otros/ Acción de Amparo".

Sumario:

1-Introducción. 2-Aspectos procesales. A-Reconstrucción de la premisa fáctica. B-Reconstrucción de la historia procesal. C-Reconstrucción de la decisión del tribunal. 3-Identificación y reconstrucción de la ratio decidendi de la sentencia. 4-La descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. 5-La postura de la autora. 6- Conclusión. 7-Revision Bibliográfica.

1- Introducción:

El trabajo que aquí presento trata sobre la vulneración que existe en el sector de escuelas rurales de la provincia de Entre Rios, esto es respecto a la falta de protección del medio ambiente y de quienes interactúan en él, por la utilización desmedida de fumigación con agroquímicos. Por lo que encuentro la temática interesante para cualquier espectador ya que la fumigación se realiza en todo nuestro territorio.

El Foro Ecologista solicita mediante una acción de amparo la actuación de la justicia ante una temática tan delicada como la salud de personas y niños que asisten a las escuelas rurales, y la sustentabilidad del ambiente colindante a esta zona.

En este fallo se logra establecer una nueva distancia para la fumigación en cercanías de escuelas rurales de toda la provincia de Entre Rios, donde la Justicia cubre un vacío que la norma había dejado al descubierto, dejando en claro que el fumigar es una acción legitima pero las consecuencias de la misma pueden ser nocivas.

La falta de control ha dado lugar a un uso excesivo de utilización de agroquimicos y un sinnfn de consecuencias negativas tanto en el ambiente como en las personas, considerando indispensable para la correcta protección que esté rigurosamente legislado, normado y reglado cualquier situación o accionar del hombre que afecte la sustentabilidad del ambiente.

La falta de una concreta regulación a una situación específica en la norma, hace a un vacío o laguna del Derecho. Es aquí donde se requiere que la judicatura asuma un rol activo, debiendo esta suplir la laguna jurídica existente en nuestra normativa vigente.

Considero que ante estas ausencias legislativas prevalezca el principio precautorio y la actuación de la justicia haga cumplir con nuestros derechos.

2- Aspectos procesales:

a) Reconstrucción de la premisa fáctica:

El Foro Ecologista de Paraná (FEP) y la Asociación Gremial del Magisterio de Entre Ríos (AGMER) interponen acción de amparo contra C/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos y el Consejo General de Educación de la provincia de entre ríos con motivo de la problemática del uso de agroquímicos en cercanías de escuelas rurales y resaltaron los derechos a la salud de los niños y al medio ambiente que se encuentran en riesgo.

Con esto solicitan: 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, cuyo objetivo sería 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 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, carbomatos y piretroides.

b) Reconstrucción de la historia procesal:

En primera instancia, ingresó al tribunal de la cámara 2da de apelaciones en lo civil y comercial de Paraná, sala II, en la cual resolvió el Sr. Vocal, Dr. Oscar Daniel Benedetto.

Contra este pronunciamiento, interpuso recurso de apelación el Consejo general de Educación y el Superior gobierno de la provincia.

Recurso que resolvió el Superior tribunal de justicia de la Provincia de entre ríos, sala I de procedimientos constitucionales y penal; Tribunal integrado por el Presidente Dr. Daniel Omar Carubia y los Vocales Dres. Miguel Ángel Giorgio y Claudia Mónica Mizawak.

c) Reconstrucción de la decisión del tribunal:

Se resuelve hacer lugar parcialmente a los recursos de apelación interpuestos por las accionadas y, en consecuencia, revocar el punto 4º) en su totalidad y parcialmente el punto 3º) en lo referente a la condena al Consejo General de Educación a plantar barreras vegetales; y confirmar el resto de la sentencia dictada. En relación al punto 1º) prohibir la fumigación terrestre con agrotóxicos en un radio de 1.000 metros alrededor de todas las escuelas rurales de la Provincia de Entre Ríos y la fumigación aérea con iguales pesticidas en un radio de 3.000 metros alrededor de dichos establecimientos educativos y en lo referente al punto 2º) exhortar al Estado Provincial para que a través de sus reparticiones, efectúe en forma exhaustiva y sostenida los estudios que permitan delinear pautas objetivas en torno al uso racional de químicos y agroquímicos, poniendo el acento precisamente en la prevención de los daños y a realizar una correcta evaluación que permita determinar el estado de situación actual de contaminación, como paso imprescindible para identificar las medidas que deben adoptarse, su idoneidad y los espacios que deben mejorarse.

3- Identificación y reconstrucción de la ratio decidendi de la sentencia.

El señor vocal Dr. Giorgio encuentra sustento en el digesto normativo de plaguicidas, Ley N° 6.599 y sus normas complementarias y reglamentarias, especialmente el Decreto N° 279 S.E.P.G. y las resoluciones que integran el digesto. El mismo establece toda una serie de regulaciones que "restringen la aplicación terrestre y área de plaguicidas agrícolas dependiendo se trate de centros urbanos o zona rural. Hace notable que la reglamentación continúa estableciendo restricciones a través de Resoluciones Ministeriales pero que nada dice de las distancias prudenciales para fumigar en zonas de escuelas rurales, ni aéreas ni terrestres. Resalta que lo que está en juego aquí es la salud de niños, que se encuentra especialmente protegidos por la Convención sobre los Derechos del Niño de jerarquía constitucional, de acuerdo al artículo 75, inciso 22º de la Carta Magna.

Con respecto a la incertidumbre que en definitiva existe en la aplicación de los agroquímicos a una distancia menor a la dispuesta por el fallo de grado, el principio precautorio imperante en derecho ambiental fue correctamente interpretado en el caso concreto pues se aplica justamente cuando falte certidumbre científica acerca del daño que puede ocasionarse a la salud o al medio ambiente y a fin de evitarlo o minimizarlo, impone la aplicación de medidas de carácter preventivas tendientes a restringir las actividades cuyas consecuencias hacia las personas o su medio ambiente sean inciertas pero potencialmente graves.

Resalta que el daño ambiental se convierte en una categoría de daño intolerable que lo llevan a compartir el razonamiento del juez a quo respecto de las restricciones espaciales para la actividad fumigatoria, poniendo el acento en la omisión estatal en la consecución de los fines que la Ley de Plaguicidas y la Ley General del Ambiente contemplan, destacándose que ante la actividad lícita en el ejercicio de la actividad agropecuaria debe haber un límite de tolerancia, y ese límite lo establece el derecho a la salud y a un ambiente sano, especialmente cuando se trata de la salud de los niños.

Con respecto a la limitación temporal dispuesta en relación a los horarios en que pueden realizarse las fumigaciones, ordena "SUSPENDER de inmediato las aplicaciones de productos fitosanitarios en las áreas sembradas lindantes a las escuelas rurales, en horario de clases, debiendo efectuarse las aplicaciones en horarios de contra turno y/o fines de semana, a modo de asegurar la ausencia de los alumnos y personal docente y no docente en los establecimientos durante las fumigaciones", debe ser revocada pues considero que el bien jurídico que aquí corresponde atender se encuentra debidamente protegido con la medida establecida en el punto 1) del resolutorio, tornándose la aludida suspensión en un pronunciamiento innecesario y ultra petita, transgrediendo el principio de congruencia.

Por último y en relación a la condena de implantar barreras vegetales a cargo de las demandadas, advirtió ésta es una actividad propia del Estado quien a través de sus órganos especializados en la materia deberá cumplir con dicha condena.

En lo que respecta al voto en disidencia de la Sra **Vocal Dra. MIZAWAK:**
Comienza su observación en la falta de legitimación activa por parte del Foro Ecologista, que tiene su ámbito territorial de acción en la ciudad de Paraná, su región y

los ríos y ecosistemas que forman la Cuenca del Plata en toda su extensión, de lo que no puede inferirse, como se hace en el fallo, que comprende toda la Provincia.

Remarca que actualmente existe un ordenamiento legal (el artículo 8° de la Ley 6599 – ratificada por Ley N° 7.495-, en virtud del cual se establece que "toda persona que decida aplicar plaguicidas por aspersión aérea o terrestre, deberá tomar las precauciones del caso para evitar ocasionar daños a terceros; el artículo 11° del Decreto N°279/03 SEPG; la Resolución N° 49 SAA y RN (del 15/09/2004) y el "PROTOCOLO DE ACCIÓN FRENTE A UNA APLICACIÓN DE PLAGUICIDA" elaborado por la Dirección General de Agricultura de la Provincia.)Que no fue desafiado en su constitucionalidad, que establece un mecanismo específico para realizar las fumigaciones como las cuestionadas en autos, con autoridades encargadas de su cumplimiento, y las consiguientes responsabilidades, si se vulnera el régimen previsto. Y cuestiona que la pretensión de los accionantes es modificar el régimen legal vigente y aplicable, mencionado anteriormente, sin siquiera haberlo cuestionado en su constitucionalidad.

Por otro lado cuestiona que la decisión del a quo no consigna concreta, determinada y específica conducta a cumplir por las demandadas, si no que crea una norma general y abstracta, una especie de mandato prohibitivo, pero no prevé dos cuestiones básicas y fundamentales de toda "ley", ¿cuál es la sanción por su incumplimiento? y ¿cuál será la autoridad encargada de controlar su ejecución?, la estructura de la norma jurídica cuenta con dos partes fundamentales, las cuales son el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. En decir que toda norma se integra de un mandato y, ante el incumplimiento de tal obligación, prevé una sanción; lo que obviamente- en este caso no se cumple. Resalta que la fumigación en sí misma es una actividad que se encuentra autorizada por la ley y reglamentada y es por esto que no es posible en forma genérica prohibir la actividad.

Destaca que no es otro que el Poder Legislativo, a través de una ley, o aún a cargo del Poder Ejecutivo, por medio de un decreto, pero no de un fallo en el ámbito de un proceso sumarísimo, que de por sí tiene un marco probatorio reducido.

El voto del el Sr. Vocal Dr. CARUBIA adhiere al voto del del Dr. Giorgio

4- La descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales.

Abocándonos en el tema en cuestión planteado, el Derecho Ambiental tiende a garantizar que los habitantes gocemos de un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las generaciones futuras, esto así contemplado en el Art 41 de la Constitución Nacional Argentina, y también tenemos el deber de preservarlo y lograr una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable “Ley N°25675 Ley General del Ambiente”.

"Como lo expusimos en los anteriores apartados, en materia ambiental nos encontramos frente a un bien que pertenece a la esfera social y transindividual" (CSJN- “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios” Año 2008)

Esto me lleva a citar *“la toma de conciencia de lo que un medio ambiente sano, digno y humano, a la medida del hombre, represente como condición primordial para la existencia física y síquica del individuo. Y es que si la calidad del medio ambiente no está asegurada, el derecho a la vida no podrá ser plenamente ejercido.”*(Moreno Trujillo, Eulalia 1991.)

Esta calidad es preservada con la correcta y constante aplicación de los principios rectores en Derecho Ambiental, *“los principios son ideas directrices, que sirven de justificación racional de todo el ordenamiento jurídico...pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos”* (Cafferatta N. 2003). Tales como el Principio de Prevención, que garantiza la atención de forma prioritaria de los problemas ambientales. El Principio Precautorio, esencial, ya que antecede al daño irreversible; *“Advirtiéndose que la ausencia de una certeza científica no debería utilizarse para postergar la adopción de medidas que impidan la degradación del medio ambiente”* (Moyano Bonilla, C. 1995); entre otros.

Lo que nos lleva a ver *“desde la óptica del derecho ambiental y en base al principio de prevención lo que se puede, es establecer en estos casos controles rigurosos y mecanismos tendientes a evitar la producción del daño para el futuro”* (TSJ ARIZA 2014). *“La aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable”*. (Cafferatta, N. 2015).

Sabemos que el accionar humano sobre el medio ambiente puede traer consecuencias, las cuales pueden ser positivas o negativas. La utilización de agrotóxicos puede llegar a afectar comunidades enteras si no son administradas de forma precisa y responsable

cumpliendo con cada normativa, *“Corresponde a la ciencia, a la política, a la ética y al derecho definir hasta qué límite puede admitírsele y quién, cuándo y cómo debe responder por ello.”* (Valls, M. 2016). Ahora, que sucede cuando la normativa nada dice, cuando no existen leyes complementarias o tratados o doctrina que establezca lo que no dice la ley. Aquí es donde considero esencial el rol que pasa a tener la judicatura. Una de las técnicas utilizadas para suplir la ausencia normativa es La integración del Derecho, *“la integración de la ley se lleva a cabo completando los preceptos mediante la elaboración de otros que no se encuentran expresamente contenidos en las disposiciones formuladas por medio del acto legislativo”* (Galiano-Marintan, G. & Gonzales-Milan, D. 2012). Estas *“lagunas de la ley son circunstancias fácticas que el legislador no previó... situaciones que merecen garantía jurídica porque lesionan la plenitud y la coherencia del ordenamiento jurídico...”* (Galiano-Marintan, G. & Gonzales-Milan, D. 2012). Pasando a ser responsabilidad de los jueces la emisión de fallos que suplan dichos vacíos o lagunas.

5- La postura de la autora.

En el fallo aquí analizado se trata una actividad lícita, la fumigación. Con ello viene la manipulación o utilización de agroquímicos que pasan a formar una práctica frecuente en el ámbito rural, pero como es de público conocimiento, conlleva riesgos importantes para la salud y contaminación ambiental. Es por ello que dicha actividad ha sido específicamente reglada por numerosas leyes. A mi parecer, una actividad que requiere de tantas regulaciones, restricciones, prohibiciones y condiciones efectivamente es porque su utilización puede provocar daños irreparables, tanto en el medio ambiente, como en la salud de las personas expuestas a ello, directa o indirectamente.

Es por ello la necesidad urgente de contar con un marco normativo exhaustivamente preciso y suplir las lagunas legales hoy existentes.

Como di a conocer en puntos supra, aquí se está en juego una serie de bienes jurídicos protegidos, tanto provincial, nacional e internacionalmente; hablamos de la protección a la salud, a la vida, a la calidad de la misma, y al derecho colectivo de gozar de un ambiente sano. Y más puntualmente hablamos de la salud de un sector muy particular, escuelas rurales, que en Entre Ríos rondan los 832 establecimientos de escuelas

primarias y 137 secundarias. Hablamos de miles de niños y personal que asiste a dichos establecimientos que están en riesgo.

Esta afectación no resulta individual a un solo establecimiento escolar, resulta una afectación a la salud pública, que no solo expone a este sector en particular, ni a esta provincia, Entre Ríos, esto es competencia de toda la República Argentina.

En todo el digesto normativo en esta materia, nada dice sobre las zonas de escuelas rurales, hace mención, entre otros, de centros poblados, de caseríos, cursos de agua y hasta galpones avícolas, pero es a simple vista obvia la omisión legislativa.

Pese a dicha omisión, es en un todo que el Estado, en todos sus poderes, deben velar por la salud y bienestar general de la sociedad, me remito al Art. 41 Constitución Nacional *“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley... Las autoridades proveerán a la protección de este derecho... Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales...”*

Analizando el artículo en cuestión, comienzo con establecer que las generaciones futuras son fruto de quienes hoy asisten a las escuelas, son la generación que se vería afectadas si nada se hace al respecto.

Siguiendo el orden del mismo hago hincapié en el Principio de Prevención, utilizado siempre que exista peligro de daño grave e irreversible (Art. 4 LGA). Los daños que puedan provocar la utilización de agroquímicos en la salud de infantes son un claro ejemplo de daños graves. En el caso aquí planteado esta en nuestro poder, en nuestras manos Prevenir dicho daño. Y velar por lo que nuestra Carta Magna nos impone como obligación, proteger este derecho.

Y finalizando con el mismo es donde se encuentra la omisión del legislador y hace lugar a la laguna normativa.

Por lo expuesto en este punto es que puedo adherir mi postura a la mayoritaria del tribunal, que con un rol activo tiende a suplir las lagunas legales existentes y promover el bienestar ambiental y la salud pública. Como expone el Dr. Giorgio en su voto a la segunda cuestión, *“la defensa del medioambiente requiere de la participación activa de*

la judicatura” (Enrique C. Muller, 2011, pag 157.) y evoca al art 63° de la Ley de Procedimientos Constitucionales, como eje principal de la necesidad que se pretende de cese de actividades riesgosas.

Menciona las consideraciones realizadas en el fallo ARIZA donde transcribe... *“el límite de la normal tolerancia a las molestias que genera cualquier actividad pierde vigencia cuando se está ante una actividad contaminante que pone en riesgo la salud de las personas...cuando el daño ambiental ataca el bien jurídico salud de sujetos determinados, desaparecen los límites de la normal tolerancia...”* (TSJ ARIZA 2014) el daño ambiental entra en la categoría de daños intolerable; esto porque el ambiente en sí y la salud son bienes limitados, y resguardarlos pasa a ser la movilidad de la acción de amparo planteada. Por lo que este límite lo establece el derecho a la salud y a un ambiente sano, especialmente relacionado con la salud de niños.

Concuerdo con las distancias establecidas para la fumigación que se admiten en la sentencia, prohibiendo la fumigación terrestre con agrotóxicos en un radio de mil metros (1.000 mts.) alrededor de las escuelas rurales de la Provincia de Entre Rios, y la fumigación área en un radio de tres mil metros (3.000 mts.) alrededor de los mismos. Lo que encuentro debida y razonablemente fundado por el a quo, apoyado este por el digesto normativos pertinentes.

Considero que las actuaciones de los tribunales atienden a la necesidad imperante de suplir vacíos legales y de cumplir la función de protección de la salud pública, de promover la mejor calidad de vida, de prevenir los efectos nocivos o peligrosos de las actividades aquí en cuestión y por sobre todo velar por los Derechos del Niño.

Con respecto al voto de la Sra Vocal Dra. MIZAWAK me encuentro en contraposición. Considero que el no cuestionamiento a la constitucionalidad de las leyes no implica que no exista un vacío legal, lo que aquí está en cuestión es que se deja en descubierto un sector en particular que no se encuentra legislado correctamente. Dejando con ello desprotección de bienes jurídicos de emblemática importancia como los ya antes nombrados. Lo solicitado es un urgente accionar para salvaguardar la salud del sector escolar rural. Y no puede dejarse en descubierto alegando que no corresponde la vía o quien lo representa en su acción. La temática traída a cuestión requiere de una intervención de la judicatura de forma activa.

6- Conclusión.

La vulneración del sector de escuelas rurales no debe minimizarse, hablamos aquí de quienes serán parte de la generación futura, de niños y personal que se verán afectados en su salud y en sus derechos de un ambiente sano. Es importante deconstruir el concepto de rural, dejar de verlo solo como un sector económico de producción, como lo lejano, y comenzar a verlo como un territorio integrado por un grupo social que se encuentra muchas veces descuidado, sobre todo por la exposición constante en estas zonas a la utilización de agroquímicos para la fumigación. La normativa hoy vigente nada dice sobre este tan importante sector.

Las omisiones legislativas que forman los vacíos o lagunas legales dejan en descubierto la necesidad imperante de actuación de la judicatura, tomando posición esta de un rol activo, de un actuar urgente, de velar siempre por los derechos que tenemos todos los habitantes de la Nación Argentina.

7- Revisión Bibliográfica.

- Legislación:

-Constitución Nacional Argentina.

-Código Civil y Comercial Argentino.

-Ley 25.675 Ley General del Ambiente.

-Ley de procedimientos Constitucionales N°8369 Provincia de Entre Rios.

-Resoluciones N° 47/04 y 49/04 SAA y RN.

-Ley de Plaguicidas N° 6599 Provincia de Entre Rios.

-Decretos Decreto N° 279/2003, N° 4407/2018 de la Secretaría de Estado de la

-Producción de la Gobernación de Entre Ríos.

- Doctrina:

-Moreno Trujillo, Eulalia “La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro”, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1991, p. 98.

-Moyano Bonilla, C. (1995). “Derecho a un medio ambiente sano. Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, 1(82).

-Enrique C. Muller, “El Perfil del Juez Ambiental. Sus Facultades. La cuestión Ambiental y el Nuevo Rol de la Judicatura”, Revista de Derecho de Daños, Rubinzal Culzoni, Año 2011 N° 1, pág. 157.

-Valls, M. (2016). “Derecho Ambiental”. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial: Abeledoperrot. 3ª Ed.

-Cafferatta N. (2003). “Introducción al derecho ambiental”. Universidad Nacional de Buenos Aires.

-Cafferatta, N. (2015). “Revista de Derecho Ambiental, Jurisprudencia, Legislación y Práctica”. Buenos Aires. Editorial: Abeledoperrot.

-Lorenzetti, R. (1997) en “La protección jurídica del medio ambiente”.

-Galiano-Marintan, G. & Gonzales-Milan, D. (2012). “La integración del derecho ante las lagunas de la ley: Necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del derecho.

- Jurisprudencia:

-Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios”. Año 2008.

-Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos. “Foro Ecologista de Paraná y Otra c/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos y otros/ Acción de Amparo” 29/10/2018.

-Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos. “Ariza Julio Cesar c/ Perez Sergio Abelardo y Otro s/ Accion de Amparo” 13/01/2014.