



UNIVERSIDAD EMPRESARIAL

SIGLO 21

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

Carrera: Abogacía

Alumno: Juan Manuel Prieu Mántaras

DNI: 28415332

Matrícula: VABG61325.

Fecha: 05/07/2019.

Módulo 4: Construcción y revisión final de texto

Tutor de la materia: Silvina Rossi.

Título definitivo del trabajo: Poder de policía, el control estatal del uso de agrotóxicos

Sumario: I. Introducción. El poder de policía. II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal. III. Identificación y reconstrucción de la ratio decidendi. IV. Descripción del análisis conceptual y antecedentes. Poder de policía. Normativa Constitucional en materia de competencia ambiental. Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. V. Conclusión final. VI. Referencias.

Comentario [SR1]: Falta postura del autor. La letra debe ser times new roman.

1. Introducción

“Poder de policía”, es la potestad del Estado, atribuida al Poder Legislativo, para dictar leyes que impongan limitaciones a los individuos por razones de interés público, restringiendo su esfera de libertad y reglamentando los derechos reconocidos en la Constitución, con el fin de proteger los derechos de todos, compatibilizándolos en la medida en que ello sea posible.

Este poder está limitado, sus normas no pueden ser contrarias a algún principio constitucional, o incurrir en contradicción con el texto o el espíritu de la Constitución - Nacional o provincial - o las leyes que en su consecuencia se dicten.

Existen dos concepciones, restringida y amplia, sobre el “poder de policía”:

a) La primera, la teoría restringida europea o criterio “Narrow”, tiene su origen en la Corte de Casación y el Consejo de Estados Franceses y ha sido perfeccionadas por autores como: Maurice HAURIOU, Gaston JEZE, Jorge RENARD, Adolfo MERKL y Gúido ZANOBINI, solo admite la limitación de 3 plexos de derechos, estos es los relativos a la seguridad, la salubridad y la higiene y el orden público, por influencia de Rafael BIELSA, nuestra Corte Federal siguió este criterio hasta 1921 existiendo 2 casos líderes:

“Empresa PLAZA DE TOROS c. MUNICIPIO de la CIUDAD de BUENOS AIRES.-

“SALADERISTAS de BARRACAS c. PROVINCIA DE BUENOS AIRES.-

b) A partir de 1922 nuestra Corte por influencia de 2 juristas argentinos, que fueron profesores en Universidades de EE.UU, se adoptó entonces la teoría americana amplia también llamada "BROAD AND PLENARY". "No hay derecho alguno que no pueda ser limitado por el Poder de Policía", la Corte argentina sigue esta idea desde el caso "ERCOLANO" donde convalido por el voto de sus 4 vocales y la disidencia del Dr. BERMEJO, la 1ª ley de prórroga de las locaciones urbanas dictadas a fines de la presidencia de IRIGOYEN.-

En el caso elegido - PERALTA, VIVIANA c/ MUNICIPALIDAD DE SAN JORGE Y OTROS, el poder de policía debe ser ejercido por la municipalidad de San Jorge, quien a través de la nueva Ordenanza que regula el manejo y uso de productos fitosanitarios fija el límite agronómico determinado a un radio de cien (100) metros del límite del ejido urbano, delimitando una zona de seguridad ambiental donde se prohíbe la aplicación de cualquier producto fitosanitario de uso extensivo.

La Ordenanza, además determina que se prohíbe la aplicación tanto aérea como terrestre de los productos de clase toxicológica I y II en un radio de quinientos (500) metros a contar del límite agronómico.

También se solicita que ejerza el poder de policía también sobre la ley 11273, que entre otras cosas, establecía la prohibición, específica, de productos fitosanitarios empleados como insecticidas, nematocidas, fungicidas, bactericidas, antibióticos, mamalocidas, avicidas, feromonas, molusquicidas, acaricidas, defoliantes y/o desecantes, fitorreguladores, herbicidas, coadyuvantes, repelentes, atractivos, fertilizantes.

Que sin obtener respuesta satisfactoria, los damnificados, denunciaron la situación ante la Secretaría de Medio Ambiente de la Provincia y ante el actual Ministerio de la Producción (Secretaría de Sanidad Vegetal -ex MAGIC) en ejercicio del art. 36 de la Ley Provincial de Fitosanitarios, donde la respuesta en ambos casos fue que el poder de policía y la facultad de

reglamentar y aplicar efectivamente la ley provincial y su decreto reglamentario, corresponde al Municipio.

En este fallo se analizan normas y acciones destinadas a la preservación del ambiente y la salud, conforme a los principios del "paradigma ambiental", el cual ha cobrado importancia desde la reforma de la Constitución de 1994. Se analiza la facultad que tienen los Municipios para dictar normas que sirvan a la protección del medio ambiente y la salud de sus habitantes.

2. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal

Viviana Peralta de Cavigliaso con patrocinio letrado, envió una nota con fecha 20/10/2008 dirigida al intendente municipal de San Jorge y a los concejales denunciando fumigaciones en distintos campos linderos a la zona urbana de la ciudad y se solicitó se arbitren las medidas correspondientes para que se cumpla la ley en defensa de la salud de todos los habitantes.

Que con motivo de no recibir ningún tipo de respuesta por parte de la municipalidad se interpone una demanda de amparo contra la municipalidad de San Jorge, contra "Darío Bergamasco y hermano – sociedad de hecho", contra Gustavo Durando y la provincia de Santa Fe para que se prohíba fumigar a menos de 800 metros para fumigaciones terrestres y 1500 metros para fumigaciones aéreas ambas como mínimo, a contar del límite del ejido urbano del barrio Urquiza con ningún tipo de agroquímicos, teniendo en cuenta la ley provincial de fitosanitarios 11275, su decreto reglamentario 552/97, las condiciones particulares del lugar, las características tóxicas y los efectos nocivos que generan los productos utilizados para las fumigaciones en perjuicio del medio ambiente, la salud de los seres humanos y los animales.

Que corrido traslado de los demanda a los involucrados, estos contestaron y rechazaron la acción de amparo.

El juez de primera instancia resuelve hacer lugar al amparo y resuelve continuar con la prohibición interpuesta por la medida cautelar, en los términos establecidos, por un lapso de 6

meses y se ordenaron estudios ambientales para conocer el grado de toxicidad de los productos.

Ante esto todos los demandados presentan en conjunto un recurso de apelación antes la sala segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial integrada por los doctores Armando L. Drago, Enrique C. Müller y María Cristina de Cesaris, contra la sentencia dictada por el juez de primera instancia de distrito en lo Civil, Comercial y Laboral de la ciudad de San Jorge.

El tribunal estableció el orden de votación con Müller, De Cesaris y Drago y se planteó resolver las siguientes cuestiones:

Primera: ¿Son procedentes los recursos de apelación?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde?

A la primera cuestión el doctor Müller dijo: con respecto a la **Municipalidad de San Jorge** que más allá de los reparos que pudieren realizarse a la Municipalidad de San Jorge en orden a la falta de formalización del convenio al que alude el art.7 de la ley 11.273 en temas que hacen a evitar la contaminación de los alimentos y del medio ambiente; que no corresponde aquí verificar, sino que por el contrario deberán de ser, en el caso, metabolizados por los habitantes de dicha ciudad al momento de sufragar; única oportunidad de revisar las posibles promesas incumplidas acerca del tema convocante y las soluciones tal vez analizadas pero postpuestas; la misma no es legitimada pasiva de la presente acción, debiéndose en consecuencia admitirse el recurso convocante. Que en cuanto a las costas, en lo atinente al rechazo de la demanda en relación a la Municipalidad de San Jorge, se imponen en ambas instancias por su orden, por haber tenido los actores razón plausible para litigar

En lo que hace a la **Provincia de Santa Fe**, corresponde confirmar la imposición efectuada por el Inferior y cargar las de esta instancia a la misma por aplicación del principio objetivo del vencimiento.

Ante la apelación de **Villarnovo, María Dora A. W. Durando y Gustavo Gaillard**, que conforme lo establece el art. 10 de la ley 10.456 los recursos deben ser fundados e interponerse dentro de los dos días de notificada la resolución respectiva. A poco que veamos las constancias de autos, advertimos que las mismas al articular sus recursos en modo alguno fundaron aquéllos, tal como expresamente lo reclama el dispositivo legal de mención. Extremo que no puede superarse con los memoriales adjuntados en esta instancia por éstos (fs. 822/827), dado que tal posibilidad la ley se la otorga a quienes no hubieren apelado, y por obvia consecuencia no a los recurrentes. Por ello, aplicando supletoriamente lo normado por el art. 364 de nuestra ley adjetiva, corresponde hacer efectivos los apercibimientos de ley, teniendo por operada la deserción de dichos recursos (art. 13 Ley 10.456).

Ante la segunda cuestión Müller dijo: Atento al resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores, corresponde declarar desiertos los recursos de apelación interpuestos por Víctor Hugo Villarnovo, María Dora A. W. Durando y Gustavo Gaillard. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la Municipalidad de San Jorge, rechazado en su consecuencia la demanda contra la misma con costas en ambas instancias por su orden. Rechazar el recurso de apelación articulado por la Provincia de Santa Fe, confirmando el pronunciamiento venido en revisión con los alcances expuestos. Costas a la codemandada vencida. Así voto. Los Dres. De Césaris y Drago votaron por igual pronunciamiento.

3 Identificación y reconstrucción de la ratio decidendi

La Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial integrada por los doctores Armando L. Drago, Enrique C. Müller y María Cristina de Cesaris de Dos Santos Freire

decide en la primer cuestión (¿son procedentes los recursos de apelación?) declarar desiertos los recursos de apelación interpuestos por Victor Hugo Villarnovo, Maria Dora A., W Durando y Gustavo Gaillard. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la municipalidad de San Jorge, rechazando la demanda contra la misma. Rechazar el recurso de apelación articulado por la provincia de Santa Fe.

En este punto fundamenta la decisión el Doctor Enrique C. Müller (Primer voto) y el doctor Drago y la doctora De Cesaris que votaron por igual pronunciamiento, en el caso de Villarnovo, Maria Dora Durando y Gustavo Gaillard que conforme los establece el art. 10 de la ley 10.456 los recursos deben ser fundados e interponerse dentro de los dos días de notificada la resolución respectiva.

A poco que vemos las constancias en autos, advertimos que los mismas al articular sus recursos en modo alguno fundaron aquellos, tal como expresamente lo reclama el dispositivo legal de mención. Extremo que no puede superarse con los memoriales adjuntados en esta instancia por estos, dado que tal posibilidad la ley le otorga a quienes no hubieran apelado, y por obvia consecuencia no a los recurrentes. Por ello aplicando supletoriamente lo normado por el artículo 364 de nuestra ley adjetiva, corresponde hacer efectivos los apercibimientos de ley, teniendo por operada la deserción de dichos recursos.

En cuanto a la decisión contra la Municipalidad de San Jorge la fundamentan en que el decreto 552/1997 reglamentario de la ley 11.273, reafirma que el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Industria y Comercio por intermedio de la Dirección General de Sanidad Vegetal controlara la aplicación de las leyes 11.273 y 11.354; sus normas reglamentarias y complementarias respecto a la elaboración, formulación, transporte, almacenamiento, distribución, fraccionamiento, expendio, aplicación y destrucción de envases de productos fitosanitarios cuyo empleo, manipulación o tenencia a cualquier título, comprometa la calidad de vida de la población y del medio ambiente; precisando que los convenios que el organismo

7

de aplicación celebre en virtud de la atribuciones conferidas por los arts. 7, 8, 9 y 10 de la ley 11.273, solo podrán formalizarse sobre las cuestiones específicas que detalla la ley citada, pero que en ningún caso tales acuerdos podrán implicar la delegación de las tareas de control y fiscalización acordadas por los artículos 25 al 27 de la ley 11.273. Frente a esto podemos decir que más allá de los reparos que pudieren realizarse a la Municipalidad de San Jorge en orden a la falta de formalización del convenio al que alude el artículo 7 de la ley 11.273, la misma no es legitimada pasiva de la acción de amparo.

Y por último en cuanto a la decisión contra la Municipalidad de Santa Fe la Cámara la fundamenta diciendo que el argumento de la provincia de Santa Fe en lo relativo a que el juicio adecuado para la pretensión de los actores hubiera sido un proceso ordinario, no se corresponde con las características propias de este proceso, donde se discuten el derecho a la salud y a un medio ambiente sano que son derechos reconocidos constitucionalmente y además las circunstancias que nuevas fumigaciones se realicen amerita rapidez en la solución judicial.

Que también la recurrente insiste que atento a la importancia y trascendencia de la cuestión debatida resulta conveniente un ámbito de debate amplio y de demostraciones científicas necesarias, no constituyendo la vía de amparo el trámite adecuado. Al respecto se señala que la cuestión no requiere de mayor amplitud en cuanto a debate y prueba porque se están discutiendo sobre actos que atentan contra el medio ambiente, repercutiendo de manera directa en la salud de los vecinos de San Jorge, y lo que importa que existe un factor de urgencia que no puede ser atendido sino por medio del amparo.

Por último, la recurrente manifiesta que no avizora arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. Frente a ello, se advierte que en el caso de arbitrariedad descansa en la omisión de la Provincia de Santa Fe de las tareas de fiscalización y control impuestas mediante la ley 11.273. La

doctrina ha precisado que puede provocarse el acto lesivo mediante un hecho, un acto, una omisión o mediante la amenaza.

4. Descripción del análisis conceptual y antecedentes.

4.1 Poder de policía. Normativa Constitucional en materia de competencia ambiental.

El tema de las competencias ambientales fue precisado con la reforma de la Constitución Nacional de 1994. En su artículo 41 reconoce a todos los habitantes el derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, imponiendo también el deber de preservarlo. En su segundo párrafo consigna que la protección de ese derecho le corresponde a las autoridades, y en el tercer apartado establece que “Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales...”.

Además, en la delimitación de facultades nacionales y provinciales con relación al medio ambiente se agregan como claves hermenéuticas las cláusulas de los artículos 124, 2do. párrafo y 75 inc. 30 de la Constitución Nacional, por las que, según Abalos (2011) *“corresponde a las Provincias el dominio originario de los recursos existentes en su territorio, conservando las mismas, junto con los municipios, los poderes de policía e imposición sobre los establecimientos de utilidad nacional, respectivamente”*.

Según Bidart Campos, Germán (1997) *“el Estado federal dicta normas mínimas que conforman un piso, y las provincias quedan habilitadas a colocar un techo más alto para complementarlas”* (p.2).

Con palabras de los jueces Lorenzetti, Fayt y Petracchi (Su voto disidente en la causa "Villivar, Silvana Noemí c/ Provincia del Chubut y otros" (V. 1015 XXXIX, 17.04.2007). La mayoría rechazó la queja por aplicación del artículo 280 del CPCCN), *"corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias, las normas necesarias para complementarlas, ya que complementar supone agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada"*.

En lo relativo a la protección del medio ambiente fue la Corte Suprema de Justicia de la Nación que dijo:

"La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes de los ciudadanos, que son el correlato que tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales" (C.S.J.N. "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios", del 20.6.2006).

4.2 Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Un fallo de medio ambiente es el de la causa Martínez, Sergio Raul c/ Agua Rica LLC Suc. Argentina y su propietarias Yamana Gold Inc. Y otros s/ acción de amparo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al recurso de los vecinos de Andalgalá contra la sentencia del Superior Tribunal de Catamarca que había rechazado su amparo.

En el caso, los vecinos habían demandado a la empresa Minera Agua Rica LLC Sucursal Argentina, Yamana Gold Inc, a la provincia de Catamarca y al Municipio de Andalgalá con el objeto de obtener la suspensión de todo tipo de trabajo de construcción destinado a la

explotación de las Minas de Agua Rica, ubicadas en los nevados del Aconquija. También pidieron el cese definitivo del emprendimiento por afectar los derechos a un ambiente sano y equilibrado, a la salud, a la integridad física y a la propiedad de todos los habitantes de la región. En su amparo explicaron que Catamarca aprobó el emprendimiento en forma condicionada mediante la resolución 35/09 de la Secretaría de Minería provincial. Afirmaron que aprobar en forma condicional un proyecto es ilegal, porque -sostuvieron- que ni la legislación nacional ni la provincial admiten que se apruebe un emprendimiento bajo la condición de que la empresa minera en forma previa a iniciar los trabajos subsane las objeciones y observaciones formuladas por la misma provincia.

Los vecinos agregaron que si el proyecto no cumplía con los requisitos de protección ambiental, entonces no debía aprobarse de ninguna manera el emprendimiento. El proyecto -enfataron- se halla ubicado en una zona de importancia vital dónde se encuentran numerosos cursos de agua que bañan las zonas más bajas, y que son necesarios para la supervivencia de la ciudad de Andalgalá y de los pueblos cercanos, así como para todas las actividades agrícolas que se desarrollan en la región.

Explicaron que la explotación prevé la utilización de volúmenes masivos de agua y que generará desechos contaminantes lixiviados. Acompañaron en ese sentido un informe de la Universidad Nacional de Tucumán que advierte sobre el peligro de filtración de los cursos de agua

En su decisión, la Corte Suprema consideró que la resolución 35/09 en tanto aprueba el estudio en forma condicional puede producir un daño grave al medio ambiente que puede llegar a ser de imposible reparación en el futuro.

En ese sentido explicó que la misma provincia de Catamarca aprobó en forma condicionada el proyecto minero porque admitió la existencia de problemas ambientales que la empresa debía solucionar antes de iniciar los trabajos para explotar la mina.

Recordó la importancia capital de los estudios de impacto ambiental, que constituyen una herramienta central de política ambiental que deben efectuarse sobre bases científicas, previamente al comienzo de las obras y con participación ciudadana tal como lo establece la Ley General del Ambiente.

Concluyó que la justicia de Catamarca no podía rechazar el amparo que plantearon los vecinos de Andalgala sin haber tenido en cuenta estas consideraciones, y mandó por ello a dictar una nueva sentencia al superior tribunal de justicia.

5. Conclusión Final.

Una vez terminado el fallo y analizado este detenidamente, viendo las posturas de todos los actores, he llegado a una postura muy parecida a la expresadas por los jueces de cámara Enrique Muller, Armando Drago Y Maria Cristina de Cesaris. Según mi criterio lo más importante en este fallo era la interrupción de la fumigación con agroquímicos (que es lo que se buscó con el amparo) que tanto mal le hacen a la población de San Jorge, produciendo daños severos en el medio ambiente y en la calidad de vida y la salud de los vecinos como es el caso Ailen la niña que a los 5 meses de vida contrajo una afección respiratoria producto de la intoxicación con agrotóxicos, que es lo que motivo a este recurso de amparo.

En cuanto a lo estrictamente legal cuando se habla del poder de policía que debía ser ejercido por la provincia de Santa Fe este no lo realizó y lo dejó delegado (cosa que según la ley 11.273 en sus artículos 25, 26 y 27 lo tiene prohibido) a la Municipalidad de San Jorge.

Otros de los Puntos importantes en los que hace hincapié la Provincia de Santa Fe es en la imposibilidad que tenían los actores en presentar un recurso de amparo debido a que no se

habían agotados todas las vías judiciales, cosa que fue modificado con la reforma de 1994 donde se le da al amparo el carácter de alternativa principal cuando los derechos lesionados constituyen enunciados básicos constitucionalmente reconocidos, ya que atiende a asegurar el rápido y efectivo acceso a la jurisdicción.

Otros de los puntos en que se puede basar la importancia del amparo es en el principio de precaución, cuestión que según Antonio Benjamín (2001) :

La precaución distingue el Derecho Ambiental de otras disciplinas tradicionales, que en el pasado sirvieron para lidiar con la degradación del medio ambiente – especialmente el derecho penal y el derecho civil-, porque estas tienen como pre requisitos fundamentales de certeza y previsibilidad, exactamente dos de los obstáculos de la norma ambiental, como la precaución procura aportar. (P. 31 y sig.).

6. Referencias.

Abalos, María Gabriela, “Ambiente y Minería, Distribución de Competencias en el Federalismo Argentino”, La Ley 2011-A-918)

Benjamin Antonio E. (2001, “Derechos de la naturaleza”. P 31 y sig en la obra colectiva: “Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI”, ed. Abeledo-Perrot)

Bidart Campos, Germán J. (1995) “La reforma constitucional de 1994” en Tratado elemental, t. VI, n° 47, Buenos Aires, AR., Ediar.

Bidart Campos, Germán (1997, “El artículo 41 de la Constitución y el reparto de competencias entre el estado federal y las provincias”, publicado en DJ 1997 -2)

CSJN.(s.f.). Jurisprudencia en la Argentina. Recuperado de <https://www.cij.gov.ar/nota> 20151-megaminer-a-la-corte-suprema-hizo-lugar-al-recurso-de-los-vecinos-de-andalagar-.HTML.

CSJN. Mendoza Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios. Fallo: 331-1622. Año 2008.

Monica Nuñez, El poder de policía, Recuperado de <http://derechopublico-provincialmunicipal.blogspot.com/2014/04/el-poder-de-policia.html>

Comentario [SR2]: Ordenar conforme APA.

Texto del fallo

En Santa Fe, el 09 de diciembre del año dos mil nueve, se reunió en acuerdo ordinario la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, integrada por los doctores **ARMANDO L. DRAGO, ENRIQUE C. MÜLLER y MARÍA CRISTINA DE CÉSARIS de DOS SANTOS FREIRE** para resolver los recursos deducidos contra la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Civil, Comercial y Laboral de la ciudad de San Jorge, en los caratulados “**PERALTA, VIVIANA c/ MUNICIPALIDAD DE SAN JORGE Y OTS. s/ AMPARO**” (Expte. N° 198 - Año 2009). Acto seguido el Tribunal estableció el orden de votación conforme con el estudio de los autos doctores: Müller, De Césarís y Drago, y se planteó para resolver las siguientes cuestiones:

Primera: ¿Son procedentes los recursos de apelación?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde?

A la **primera cuestión**, el **Dr. Müller** dijo:

I.- Que según surge de lo documentado en autos, en fecha 16 de marzo de 2009 Viviana Peralta de Cavigliasso -ver fs. 36- y otros, con patrocinio letrado, promovieron demanda de amparo contra la Municipalidad de San Jorge, “Darío Bergamasco y hermano Soc. de Hecho”, Gustavo N. Gaillard, Víctor Hugo Villarnovo, herederos de Dario Durando -ver fs. 36- y la Provincia de Santa Fe (Ministerio de Producción – Órgano de aplicación de Ley de Provincial de Fitosanitarios) a los fines de que se prohíba volver a fumigar en los campos de propiedad de Gustavo N. Gaillard y Durando Facino, en esa campaña agrícola y para el futuro, a menos de 800 metros, para fumigaciones terrestres y 1.500 metros, para fumigaciones aéreas ambos como mínimo,

a contar del límite del ejido urbano (Barrio Urquiza) con ningún tipo de agroquímicos, teniendo en cuenta la Ley Provincial de Fitosanitarios 11.273, su decreto reglamentario 552/97, las condiciones particulares del lugar, las características tóxicas y los efectos nocivos que generan los productos utilizados para las fumigaciones (Roundup y/u otros) en perjuicio del medio ambiente, la salud de los seres humanos y los animales. Afirmaron que el “Barrio Urquiza” está ubicado al límite entre la zona urbana y rural de la ciudad de San Jorge; que durante los últimos cinco años ha sido duramente castigado con reiteradas fumigaciones tanto aéreas como terrestres realizadas por los propietarios y/o arrendatarios de los campos linderos, quienes vienen haciendo uso indiscriminado de agrotóxicos como el glifosato, entre otros, aplicados en abierta violación de las normas legales vigentes, lo que ha generado que al día de la fecha hayan comenzado a manifestarse severos daños ocasionados al medio ambiente y en consecuencia a la calidad de vida y a la salud de los vecinos. Señalaron que los aerofumigadores salen del aeroclub San Jorge y cruzan la ciudad salpicando con sus picos el veneno tanto cuando se dirigen al campo como cuando retornan; que asimismo los “mosquitos” deambulan por las calles de la ciudad libremente dejando la estela de veneno detrás de ellos y se guardan y lavan dentro de la zona urbana, contraviniendo toda norma de prevención y poniendo en riesgo de contaminación todo aquello con lo que toman contacto a su paso, sin que la autoridad municipal lo impida. Describieron los problemas de salud de los niños Ailén Magali Cavigliasso y Alexis Jesús Cabral y de vecinos del lugar. Manifestaron que frente a riesgos ciertos de severos daños para la salud, la gente del barrio se movilizó denunciando la fumigación ante la Policía de la ciudad y ante la Intendencia, solicitando la prohibición a los particulares de fumigar en esos campos, ubicados a menos de 200 metros del límite con zona urbana delimitada en el art. 1 de la Ordenanza Municipal N° 1202/00; que sin obtener respuesta satisfactoria denunciaron

la situación ante la Secretaría de Medio Ambiente de la Provincia y ante el actual Ministerio de la Producción (Secretaría de Sanidad Vegetal - ex MAGIC) en ejercicio del art. 36 de la Ley Provincial de Fitosanitarios, donde la respuesta en ambos casos fue que el poder de policía y la facultad de reglamentar y aplicar efectivamente la ley provincial y su decreto reglamentario, corresponde al Municipio. Expusieron que en todos los pueblos de la región se registra un notable aumento de enfermedades cancerígenas, malformaciones congénitas, lupus, artritis, púrpura, asma y otras gripes o alergias varias, citando expresamente a las poblaciones de Las Petacas, María Juana, Landeta, Ester, Malabrigo y poblaciones de las provincias de Formosa, Entre Ríos, Córdoba y Buenos Aires. Expusieron que si bien la provincia cuenta con la Ley de Fitosanitarios N° 11.273 esta norma tiene interpretaciones dispares: hay quienes sostienen que prohíbe el uso de glifosato dentro del radio de 500 metros de la zona urbana y otros que interpretan que puede aplicarse aún dentro de ese radio por su baja toxicidad. Señalaron que si bien el glifosato (no de sus formulaciones comerciales) está clasificado como un herbicida de baja toxicidad, dicha clasificación fue puesta en cuestión por especialistas e investigadores nacionales como internacionales y que han probado su alto grado de toxicidad y sus nefastas consecuencias sobre la salud del hombre, los animales y vegetales, citando: un estudio del Ministerio de Salud de la Nación; una investigación de la Universidad Nacional del Litoral; un documento de la Jefatura de Gabinete de la Nación; un estudio multidisciplinario llevado adelante por el Centro de Investigaciones en Biodiversidad y Ambiente (Ecosur), el Hospital Italiano Garibaldi de Rosario, la Universidad Nacional de Rosario, el INTA, el Colegio de Ingenieros Agrónomos y la Federación Agraria Argentina; un estudio realizado por Raúl Montenegro -presidente de FUNAM- y un pedido de la Cámara de Diputados de Santa Fe al Poder Ejecutivo para la recategorización del glifosato. Explicitaron que la

Municipalidad de San Jorge incurrió en las siguientes omisiones culposas: 1) no sancionó nunca una ordenanza municipal con un plan de erradicación de actividades contaminantes por el uso de agroquímicos, ni se definió la franja de protección de por lo menos 500 metros alrededor del pueblo, de acuerdo a la Ley 11.273; 2) no firmó el convenio con el órgano de aplicación de la ley citada, según su art. 7 como ya estaba previsto firmarlo por la Ordenanza Municipal N° 1223 del año 2002 a fin de que se implemente el registro y matriculación de equipos terrestres y la habilitación de los locales destinados a la comercialización de productos fitosanitarios; 3) no se hizo cumplir la ordenanza municipal que expresamente prohíbe el estacionamiento, circulación y limpieza de los “mosquitos” en el radio urbano; 4) no se aplicó el art. 35 de dicha ley que dispone que cuando el organismo de aplicación estimare desaconsejable el empleo de determinado producto fitosanitario que por su toxicidad o prolongado efecto residual tornare peligroso su uso, adoptará en forma inmediata las medidas necesarias para el resguardo y preservación de la salud de la población y del medio ambiente, citando además el art. 1 del Decreto reglamentario N° 552/97 de la ley 11.273, Anexo A. Sostienen que en este caso se evidencia la necesidad de aplicación del principio precautorio debido a que si bien no se puede predecir cuándo se va a ocasionar el daño, en quiénes va a manifestarse y en qué medida, lo exacto es que se pudo comprobar fehacientemente, por los testimonios de los afectados y a través de innumerables investigaciones, que el daño existe, que es real y que el glifosato en distintos ambientes y organismos, afecta a la salud de personas, animales y al medio ambiente, aunque sus efectos no se vean en lo inmediato. Finalmente señalaron que se encuentran cumplidos los requisitos para el amparo, analizando cada uno de ellos: inexistencia de otro medio más idóneo, conducta omisiva de la Municipalidad y del órgano de aplicación de la Ley 11.273, gravísima lesión actual al derecho a la salud y al

medio ambiente, y agotamiento de las vías extrajudiciales. Solicitaron medida cautelar de no innovar con el alcance de prohibir terminantemente que se vuelva a fumigar en esa campaña agrícola y para el futuro los campos ubicados al límite del Barrio Urquiza propiedad de Gaillard y Durando Faccino en una distancia no menor de 800 metros mínimo para fumigaciones terrestres y 1500 metros mínimo para fumigaciones aéreas, a contar dichas medidas del límite con zona urbana (Barrio Urquiza), con ningún tipo de agroquímicos (fs. 2/13).

A fs. 31 el Ministerio Público Fiscal solicita su intervención como parte, acordándosele por decreto del 20/03/2009 (fs. 32).

Que corrido traslado de la demanda, lo contestaron la Municipalidad de San Jorge (fs. 47/68), Gustavo Gaillard (fs. 79/85), Víctor Hugo Villarnovo (fs. 102/108), Darío y Gustavo Bergamasco Sociedad de Hecho (fs. 115/124), Maria Dora Antonia Wanda Durando (fs. 126/134), y la Provincia de Santa Fe (fs. 181/192), solicitando todos el rechazo de la acción de amparo. Corrida vista al Sr. Fiscal, lo contestó a fs. 360/370.

Que mediante la sentencia de fecha 10 de junio de 2008, el juez a quo hizo lugar a la acción jurisdiccional de amparo y en consecuencia prohibió fumigar en los campos ubicados al límite del Barrio Urquiza de propiedad de los Sres. Gaillard y Durando Facino, en una distancia no menor a 800 metros para fumigaciones terrestres y de 1.500 para fumigaciones aéreas, a contar dichas medidas desde el límite de la zona urbana (Barrio Urquiza) con ningún tipo de agroquímicos o producto de los relacionados, todo, sin perjuicio de las restantes prohibiciones legales y bajo apercibimientos de ley, tener por incumplida la orden judicial, a sus efectos y/o disponerse la medida o tomarse la decisión que se considere menester; e impuso las costas a cargo de la Municipalidad de San Jorge y la Provincia de Santa Fe, y por su orden, en relación con los restantes

codemandados. Para así decidir consideró que la interpretación y aplicación de toda norma a través de la cual se ejecute la política ambiental deben estar sujetas al cumplimiento de los principios de congruencia, prevención, precautorio, equidad intergeneracional, progresividad, responsabilidad, subsidiariedad, sustentabilidad, solidaridad y cooperación. Señaló que no existe vicio alguno en relación a la legitimación con aclaración de que en el caso de los propietarios y contratistas la procedencia de la acción no es a causa de una actividad al margen de la ley sino como consecuencia de la admisión de aquélla en relación a los entes oficiales codemandados y en especial a la condición precautoria o principio protectorio, aunque igualmente no dejará de alcanzarlos; y analizó la temporaneidad, admisibilidad y finalmente, la procedencia de la acción. Sostuvo que durante el curso de la causa se agregó una multiplicidad de documentación que va desde voces y actuaciones favorables a la posición de los amparistas y hasta voces que hacen lo propio con la de los accionados; que tanto la Municipalidad de San Jorge como la Provincia de Santa Fe y aún reconociendo su derecho a resistir pretensiones o de postulación amplia, libre y soberana, debieron aportar, v.g. un estudio de impacto ambiental y sobre la salud de las personas, en confrontación con el uso de aquéllos, de tal modo no sólo de torcer la suerte de cualquier reclamo en tal sentido, como en la presente, sino también de mostrar su razón y convencer que el uso de los agroquímicos no es nocivo ni para el ambiente ni para la salud de las personas, o un mayor despliegue en cuanto a controles; que en el derecho procesal moderno predomina el principio de las cargas probatorias dinámicas, por el cual se coloca en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla, y que en ese aspecto el poder estatal es inmensamente mayor al de un grupo de vecinos, en el caso, los amparistas; que los entes oficiales resistieron la pretensión sin el aporte de elementos de convicción acordes a la jerarquía del caso. Concluyó que

es fuerte o de muy alta probabilidad que el uso de agroquímicos que se relacionan en la demanda o en la Ley 11.273, es nocivo tanto para el medio ambiente como para la salud de las personas, teniendo en cuenta: a) el documento de fs. 101 o el documento “Trabajo con Plaguicidas”; b) los informes acercados en la materia (cfr. los aludidos en el dictamen del Sr. Fiscal); y c) la cada vez más amplia toma de decisiones al respecto, tanto a nivel comunal como municipal u otras reparticiones según antecedentes que se aportan al expediente; todo ello sin perjuicio de agregar los testimonios, de los que rescata los problemas de salud de los menores mencionados en la demanda. Agregó que tanto la Municipalidad como la Provincia no dan -ni prueban- garantía ninguna velando por el interés de los accionantes, siendo que por otro lado, las aplicaciones se efectúan en interés de propietarios y contratistas, sin que, por los demás haya quedado demostrado siquiera que se lo hace cumpliendo la normativa inherente. Relacionó, entre los elementos aportados por los amparistas, lo actuado según Acta N° 1147 de fecha 23/10/2008 Sesión Ordinaria del Concejo Municipal de la ciudad de San Jorge; el reclamo al Secretario del Medio Ambiente, Ing. César Macker en su tenor “Fitosanitarios”; la nota dirigida al Sr. Intendente Municipal y a los Concejales de fecha 20/10/2008, como el de la Certificación de Actuaciones; la nota dirigida al Presidente del Honorable Concejo Municipal de San Jorge de fecha 29/10/2008; la nota enviada al Sr Intendente Municipal de San Jorge de fecha 20/03/2004. Expuso que la Municipalidad de San Jorge no dió respuesta satisfactoria a lo requerido en el pedido de fecha 22/04/2009 (fs. 173) en tanto no mostró si controla y cómo, cuál es el sistema aplicado al respecto, qué hace cuando hay más de una aplicación, etc.; y que mientras los entes estatales no den respuesta satisfactoria sobre los asuntos que se le endilgan y si es altamente probable la afectación del medio ambiente y la salud de las personas por el uso de los agroquímicos, la demanda se torna procedente (fs. 409/427).

Que contra dicha sentencia se alzaron en virtud del art. 10 ley 10.456, la Municipalidad de San Jorge (fs. 431/438), la Provincia de Santa Fe (fs. 439/445) Víctor Hugo Villarnovo, María Dora A. W. Durando y Gustavo Gaillard (fs. 447).

La Municipalidad de San Jorge se agravia de que se la haya considerado pasivamente legitimada; que el a quo entendió que en el presente caso concreto la Municipalidad de San Jorge tiene el efectivo poder de policía, pero que omitió valorar adecuadamente las argumentaciones vertidas al resistir la pretensión de los actores. Concretamente sostiene que sin desconocer las disposiciones genéricas contenidas en las normas constitucionales citadas como en la Ley Orgánica de Municipalidades, existe sobre el tema específico traído a debate una ley Provincial vigente –y no cuestionada en su constitucionalidad por los actores- que regula la materia y que reserva a la Provincia todo lo relativo a la fiscalización y control de sus disposiciones. Le agravia la errónea valoración efectuada por el sentenciante al referirse a la ausencia en San Jorge del ordenamiento sugerido por el art. 52 del DR 552/97 o el indicado en el art. 33 ley 11.273. Expresa que la Municipalidad ha adoptado la decisión política de no reglamentar, ni permitir, ni consentir excepciones a los límites prohibitivos de la norma, de lo que surge en definitiva que no existe por ello una inactividad achacable. Le agravia que se la tenga por pasivamente legitimada de esta acción por haber admitido la realización de una actividad lícita de los codemandados propietarios y contratistas, y que según el entendimiento del a quo fundado en el principio protectorio invocado aparentemente la Municipalidad debió impedirlo, pues esa solución aparece reñida con el principio de razonabilidad que rige la actividad de la Administración. Le agravia la insuficiente e inexacta valoración que hizo el a quo de la prueba aportada al proceso y relacionada con su actuación previa. Le agravia que el inferior considere que la acción fue interpuesta dentro del plazo legal, pues conforme surge de la demanda, el acto lesivo

concreto que motivara la interposición del amparo ocurrió el 20/10/2008, y éste fue promovida en fecha 16/03/2009, por lo que se ha excedido de los 15 días que prevé el art. 2 ley 10.456. Le agravia que se considere que no existía en el caso otro remedio judicial más idóneo, ni que exista otro medio que supla la finalidad perseguida por el amparo; y la presuposición que hace el a quo referida a que el previo agotamiento de la vía administrativa no hubiera suplido eficazmente la finalidad perseguida por el amparo. Relata que en fecha 20/10/2008 mediante nota dirigida al Intendente Municipal y a los Concejales se denunciaron fumigaciones en distintos campos linderos a la zona urbana de la ciudad y se solicitó se arbitren las medidas correspondientes para que se cumpla la ley en defensa de la salud de todos los habitantes; y que dichas pretensiones no son otras que las perseguidas luego por esta acción de amparo y que a pesar de su informalidad, el Municipio tomó parte en el caso. Señaló que el expediente N° 3015 - "G" - Año 2008 a la fecha de interposición del amparo se encontraba en trámite por ante el Ministerio de la Producción, en la Secretaría de Sanidad Vegetal; que de ello surge que el Municipio no fue legalmente requerido, y no obstante realizó las gestiones pertinentes, por lo que no puede hablarse de mora en la administración municipal; que el abandono intempestivo de la vía administrativa informalmente intentada no hace más que denotar la improcedencia de este amparo por existir un remedio idóneo; y que es carga de los actores demostrar que no existen otras vías que le permitan la adecuada protección de sus derechos. Le agravia que se endilgue un acto u omisión arbitrario o manifiestamente ilegal, pues como está demostrado en autos, el Municipio ha venido actuando en el sentido ahora propuesto por el sentenciante. Se agravia de que el a quo considere que en virtud del principio precautorio, en el ámbito de actuación de la administración municipal en temas como el de autos, no existen límites y por lo tanto, que debió impedir que los codemandados propietarios y contratistas realizaran

fumigaciones en sus campos y que por no haberlo hecho, deba ser condenada y responder por las costas del juicio, solicitando el rechazo de la demanda a su respecto y en consecuencia se carguen las costas a la actora o al menos, disponer se impongan en el orden causado. Por último le agravia que se consideren probados los hechos mediante por lo menos indicios graves, precisos y concordantes, así como también que se pretenda imponerle en virtud del principio de las cargas probatorias dinámicas, el deber de demostrar que el uso de agroquímicos no es nocivo para el ambiente ni para la salud de las personas, como único medio de resistir el planteo, ya que nunca sostuvo que fueran inocuos sino que no hay pruebas concluyentes en el sentido expuesto por los amparistas. Agregó que no fundó el rechazo de la demanda en base a una posición contraria al fondo de la cuestión, sino en el hecho de que el Municipio no debió ser demandado porque no existe omisión de su parte que pueda ser calificada como de arbitrariedad manifiesta. Critica que el a quo se valga de un cúmulo de indicios extraídos de elementos de aparente prueba y que por otro lado reste valor probatorio a documentos públicos acompañados por su parte que demuestran el accionar de la Municipalidad dirigido a la protección del interés de los demandantes (fs. 431/438).

La Provincia de Santa Fe critica la sentencia a quo por cuanto en la misma se consideran cumplidos los recaudos previstos por el art. 2 ley 10.456. Sostiene que en el caso no se ha escogido la vía judicial más idónea y se omitieron los recursos administrativos previos, ya sean presentados ante la Provincia o contra la Municipalidad de San Jorge; que se intenta una acción que por su importancia y trascendencia merece un ámbito de debate muy amplio y de demostraciones científicas necesarias, por lo que el amparo no resulta el trámite adecuado. Sostiene que se ha regulado expresamente un trámite específico para todas aquellas cuestiones vinculadas con la protección de los intereses difusos con la conocida ley 10.000, recurso no utilizado por los actores y

camino idóneo para lograr su cometido; y que no se avizora la arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta. Señala que en el caso el acto impugnado goza del grado máximo de presunción de validez, no adolece de vicios manifiestos que autoricen el tránsito de la vía pretendida, se ajusta al plexo constitucional, no surge que exista una lesión ni amenaza actual en los derechos de primer nivel de la actora, arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que autoricen el amparo en desmedro de vías ordinarias o idóneas, o concretamente específica como la Ley 10.000. Le agravia el pronunciamiento recurrido por considerar que se funda en afirmaciones dogmáticas o con un fundamento aparente, citando expresiones de la sentencia tales como: "...que está hecho para destruir vidas..." y "...si el producto no fuera perjudicial no habría tantas recomendaciones ni regulación específica...". Se agravia por la atribución de responsabilidad hacia la Provincia de Santa Fe, cuando en realidad ha cumplido todos los requisitos que hacen a la seguridad y ejercicio del Poder de Policía; que ha dictado la ley 11.273 y su decreto reglamentario N° 552/97 delegando facultades de policía en los Municipios y Comunas para que realicen el control inmediato y ha enviado inspectores para velar por su cumplimiento, labrándose las correspondientes actas de infracción, por lo que mal puede el juzgador endilgarle dejar pasar por alto las demás sanciones previstas por la ley cuando se ajustó a lo previsto por los arts. 25 a 27 Ley 11.273. Se agravia de la valoración de las pruebas que hace el a quo, entre ellas, los testimonios de los médicos de Ailén Magali Cavigliasso y Alexis Jesús Cabral y el de Ercole. Por último ataca la imposición de costas, manifestando que la orfandad de argumentos fundantes de la responsabilidad atribuida a la Provincia de Santa Fe y la actividad desplegada en contribuir con la protección de la salud humana y los recursos naturales, la lleva a solicitar igualdad en materia de costas con el resto de los accionados, a excepción de la

Municipalidad de San Jorge y en el supuesto de obtener sentencia favorable, que las mismas se impongan a los vencidos (fs. 439/445).

Víctor Hugo Villarnovo, María Dora A. W. Durando y Gustavo Gaillard, si bien no fundaron sus recursos, acompañaron en la alzada memorial (fs. 822/827).

II.- Apelación de Villarnovo, Maria Dora A. W. Durando y Gustavo Gaillard.

Que conforme lo establece el art. 10 de la ley 10.456 los recursos deben ser fundados e interponerse dentro de los dos días de notificada la resolución respectiva.

A poco que veamos las constancias de autos, advertimos que los mismas al articular sus recursos en modo alguno fundaron aquéllos, tal como expresamente lo reclama el dispositivo legal de mención. Extremo que no puede superarse con los memoriales adjuntados en esta instancia por éstos (fs. 822/827), dado que tal posibilidad la ley se la otorga a quienes no hubieren apelado, y por obvia consecuencia no a los recurrentes. Por ello, aplicando supletoriamente lo normado por el art. 364 de nuestra ley adjetiva, corresponde hacer efectivos los apercibimientos de ley, teniendo por operada la deserción de dichos recursos (art. 13 Ley 10.456).

III.- Apelación de la Municipalidad de San Jorge.

Liminarmente, en relación a la caducidad de la acción intentada, por haberse interpuesto la demanda fuera del plazo legal, frente a la desestimación de tal óbice formal por parte del Inferior, con basamento en que la única situación en que el plazo de caducidad legalmente impuesto para la interposición de la acción de amparo, no se convierte en un escollo insalvable para la admisión de la acción, se verifica cuando mediante la misma, como aquí acontece, se enjuicia una ilegalidad continuada, originada tiempo antes de recurrir a la justicia, pero mantenida al momento de accionar

y también en el tiempo siguiente, es decir, se ve renovada periódicamente (fs. 433/434); debo decir que la sola circunstancia de mostrarse disconforme con tal razonamiento y el hecho de reiterar como agravio lo señalado por tal parte al evacuar su responde a fs. 62vto./63, provoca ante la falta de un enjuiciamiento razonado y fundado a tales afirmaciones aquas, que el remedio en este punto deba ser desestimado, más si se advierte que no es sólo la deficiencia técnica apuntada lo que determina tal solución, sino el hecho real y concreto de que las fumigaciones que dan origen a la demanda, se suceden periódicamente, y desde éste vértice la interpretación de tal recaudo legal, no sólo debe ser restrictiva, sino que a más proclive a su admisión precisamente por la falta de datos concretos desde cuándo y hasta cuándo los efectos que se señalan como negativos subsisten en la especie.

Puesta en tela de juicio la legitimación pasiva de la misma, es necesario señalar que la ley 10.456 derivó el asunto al artículo 17 de la Constitución Provincial (art. 1°), que instrumenta la acción (recurso, la llama) contra “una autoridad administrativa provincial, municipal o comunal, o de entidades o personas privadas en ejercicio de funciones públicas” (Sagüés, Néstor P. y Serra, Maria Mercedes “Derecho Procesal Constitucional de la Provincia de Santa Fe”, Ed. Rubinza - Culzoni, 1998, pág. 192). Puede decirse con acierto que la legitimación pasiva en el amparo corresponde al autor del acto lesivo. Y puesto que en frecuentes oportunidades el particular no conoce el autor concreto, cobra vital importancia la instalación del juez como “director del proceso”, lo que significa en sus alcances prácticos, que los poderes otorgados por la ley deben ser actuados en la medida en que lo demanda el rendimiento público del servicio de la justicia y desde la iniciación de la actividad contenciosa o extracontenciosa (Morello, Augusto M. y Vallefin, Carlos A. “El amparo. Régimen Procesal”, tercera edición, 1998, Librería Editorial Plantense S.R.L., pág. 110). En el mismo sentido se

expresa Rivas, señalando además que el sujeto pasivo es la autoridad responsable que quedará obligada a cumplir con el mandato restitutorio del derecho, debiendo dirigir el juez el proceso con la ponderación necesaria como para que, de alguna manera se asegure el conocimiento adecuado a los niveles también adecuados. Luego de la reforma de 1994, como ya no es necesario agotar la instancia administrativa, será factible plantear amparo contra actos de escalones inferiores de la administración, en cuyo caso podrán ser ellos los requeridos para informar (comentando la ley 16.986) sin perjuicio de poderse demandar a sus superiores responsables, o de la transmisión de la acción desde el escalón requerido a sus superiores. Desde ya que el amparo expedito y rápido impone una mayor actividad oficiosa destinada a dar efectividad y contundencia al sistema protector, disponer todas las medidas instructorias, de oficio o a pedido de parte, destinadas a identificar al autor de la conducta respectiva, o bien prescindir de la individualización si por las características del caso resultara suficiente con requerir informes, y en definitiva ordenar conductas al superior capaz de ordenar toda la actividad de sus dependientes (Rivas, Adolfo Armando “El amparo”, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2003, págs. 428,429, 431 y 433).

Que en tal inteligencia, corresponde destacar que la Ley 11.273 que regula sobre Productos Fitosanitarios y las Normas para su utilización, nos señala como objetivos “la protección de la salud humana, de los recursos naturales y de la producción agrícola, a través de la correcta y racional utilización de productos fitosanitarios, como así también evitar la contaminación de los alimentos y del medio ambiente, promoviendo su correcto uso mediante la educación e información planificada” (art. 1); nos precisa a su vez que el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Industria y Comercio será el organismo de aplicación de la misma (art. 3); y que el mismo a través de la Dirección General de Sanidad Vegetal formalizará convenio con los Municipios y Comunas provinciales a fin

de implementar en sus respectivas jurisdicciones, el registro y matriculación de equipos terrestres y la habilitación de los locales destinados a la comercialización de productos fitosanitarios, destacando el art. 25 de tal cuerpo legal, que “los funcionarios que el organismo de aplicación designare a los efectos de ejercer tareas de fiscalización y control, tendrán libre acceso a todos los lugares en que se desarrolle alguna de las actividades a que refiere el art. 2 de esta Ley”.

Por su parte el decreto 552/1997 reglamentario de la ley 11.273, reafirma que el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Industria y Comercio por intermedio de la Dirección General de Sanidad Vegetal controlará la aplicación de las leyes 11.273 y 11.354; sus normas reglamentarias y complementarias respecto a la elaboración, formulación, transporte, almacenamiento, distribución, fraccionamiento, expendio, aplicación y destrucción de envases de productos fitosanitarios cuyo empleo, manipulación o tenencia a cualquier título, comprometa la calidad de vida de la población y el medio ambiente; precisando que los convenios que el organismo de aplicación celebre en virtud de las atribuciones conferidas por los arts. 7, 8, 9 y 10 de la ley 11.273, sólo podrán formalizarse sobre las cuestiones específicas que detalla la ley citada, pero que “En ningún caso tales acuerdos podrán implicar la delegación de las tareas de control y fiscalización acordadas por los arts. 25 al 27 de la ley 11.273”. Frente a ello, fácil resulta concluir, más allá de los reparos que pudieren realizarse a la Municipalidad de San Jorge en orden a la falta de formalización del convenio al que alude el art. 7 de la ley 11.273 en temas que hacen a evitar la contaminación de los alimentos y del medio ambiente; que no corresponde aquí verificar, sino que por el contrario deberán de ser, en el caso, metabolizados por los habitantes de dicha ciudad al momento de sufragar; única oportunidad de revisar las posibles promesas incumplidas acerca del tema convocante y las soluciones tal vez analizadas pero postpuestas; la

29

misma no es legitimada pasiva de la presente acción, debiéndose en consecuencia admitirse el recurso convocante.

IV.- Que en relación a los agravios de la Provincia de Santa Fe, la incorporación del Amparo en la Constitución Nacional, amén de positivizarlo en el artículo 43 de la misma, le otorgó jerarquía constitucional de suerte que como “concreta norma constitucional” es un medio totalmente idóneo para la defensa de los derechos y garantías reconocidos, máxime la nueva serie de derechos que surgen de la reforma citada. Y también es obvio que como disposición constitucional supera la reglamentación, so pretexto de la misma, pretenda invalidar o restringir la aplicación del mismo, siendo una muestra de ello la posibilidad que otorga a los jueces de la declaración de inconstitucionalidad de aquellas disposiciones que de un modo u otro ataquen derechos que la Constitución recepta. Su espectro es más amplio y más operativo. En efecto, es un medio tutelar rápido y expedito y alcanza a cualquier forma de discriminación, protege los nuevos derechos receptados constitucionalmente tales como aquellos que refieren al medio ambiente. Respecto de la procedencia formal del amparo se necesita del “hecho que no exista otro medio judicial más idóneo”. Es decir que la operatividad del Amparo depende de dos condiciones de admisibilidad básicas: a) que no exista otro medio judicial; b) que el mismo sea idóneo. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido uniforme posición respecto del Amparo (Fallos 241:291, 280:229, 299:417, 306:400) sosteniendo: “Esta Corte tiene declarado que siempre que aparezca de manera clara y manifiesta la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos administrativos o judiciales, correspondería que los jueces restablezcan por la vía rápida del amparo...”

(García Eyrea, Mario “El amparo en la Provincia de Santa Fe”, Editorial Fas, Rosario, 2000, pág. 63 y 66).

A su vez, exponen magistralmente Morello y Vallefín que antes de la reforma constitucional de 1994, el amparo estaba sometido a dos tensiones: 1) el enfrentamiento deteriorante con las vías (acciones, procedimientos) judiciales - administrativas previas y paralelas; y 2) el tener que superar el test de que las otras acciones, vías o procedimientos ordinarios fueran menos eficaces y que, por ello, era necesario el ingreso más útil del amparo. Era evidente que su reformulación debía ampliarse en la dirección de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales, y no, contrariamente, ceder a favor de los Códigos Procesales, respecto de los cuales, a priori, se reputaba que eran la alternativa principal y obligada a recorrer, aunque como a sabiendas se palpaba porque era notorio, los caminos normales lejos estaban de poder acordar tutela efectiva. La originalidad de la reforma radica en el núcleo central del art. 43, ap. 2º: “toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, contra todo acto u omisión ... en defensa de los derechos y garantías reconocidos por esta constitución, un tratado o una ley”. El corrimiento devino por demás trascendente habida cuenta de que las ideas giraron en los últimos treinta años dentro de unas fronteras cerradas y asfixiantes, que impidieron que el amparo adquiriese su singular e incanjeable velocidad; que pudiera salir de una fase crítica, ortopédica, subordinada. El amparo estuvo acotado por límites difusos entre lo que se podía y lo que no se debía hacer con él: un corto paso (lo cual es así en casi todas las esquinas divisorias del derecho más sofisticadas, más arduas en presentarse como alternativas útiles), en el que naufragaron innumerables intentos de protección rápidos y efectivos. Los jueces lo miraban por lo general de soslayo, con temor, y se decidían en pro del rechazo. Los constituyentes de 1994 lo han situado en otro nivel: es una estimativa principal, directa,

sin restricciones en la capacidad de maniobra, si se lo emplea razonablemente. Insertado en el ámbito de las garantías y de las legitimaciones extraordinarias (no excepcionales) acaba de reverdecer no ya en el borrador de un proyecto sino en una solemne y fecunda positivización en la Ley Máxima. Terminó por admitirse que él se matiza con el flujo y en el marco de las ideas renovadoras del Acceso a la Justicia, y de modo sistemático, sin dependencias desvirtuadoras. De su lado, también es abarcativo del amparo colectivo; los derechos (no ya intereses difusos) de incidencia colectiva (art. 43 ap. 2º), muy feliz reconocimiento a la modernidad y trascendencia social que ellos significan. Un nuevo camino, por ende, para dar solución a los múltiples requerimientos de tutela. Al cabo: que tiene al presente un inequívoco sentido político institucional, abierto a una interpretación inteligente y creativa, que no debe opacar su luminosidad. Critican estos autores la posición de Sagüés, quien entiende que el nuevo art. 43 CN debe entenderse en el sentido que ante un acto lesivo proveniente del Estado o de particulares, el afectado debe, en principio, recurrir al proceso más idóneo que habitualmente será el ordinario y excepcionalmente el amparo puede presentarse como el proceso más idóneo (o “tan” idóneo), pero ello tendrá que ser alegado o demostrado siquiera prima facie por el promotor del amparo. Al respecto, Morello y Vallefín -a quienes sigo- sostienen que esa interpretación de Sagüés debilita innecesariamente el papel principal (no subsidiario) que la Constitución le adjudica a la potente garantía en estudio. El legitimado activo no debe cargar con ninguna otra demostración -en los supuestos en que la protección procesal esté al cuidado propio del amparo- que no sea la existencia de un procedimiento más idóneo que el amparo mismo. Pero para nada, vincularlo al proceso ordinario al que desplazaría únicamente como excepción. Dejaríamos las cosas como antes de la reforma y alteraríamos las técnicas y finalidades específicas de las vías ordinarias y de las peculiares e insustituibles del amparo. Para la tutela de los derechos

constitucionales fundamentales no hay nada más idóneo, en principio, que el amparo. Constituye el mecanismo más potente que resguarda la eficacia de todas las demás garantías y no sólo de los derechos (Morello, Augusto M. y Vallefin, Carlos A. “El amparo. Régimen procesal”, tercera edición, Librería Editora Platense, 1998, págs. 359 a 364). También se ha dicho que a la luz del mandato de la Ley Suprema, el orden de competencias anterior quedó reemplazado por uno nuevo, que produce la preeminencia del amparo sobre los caminos burocráticos -y los judiciales comunes- y obliga a respetarlo, sin que ello impida que voluntariamente el afectado pueda elegir la vía administrativa, posición que predomina en la doctrina y la jurisprudencia (Rivas, ob. cit., pág. 254 y su remisión a Bidart Campos, Seisdedos y Barra). La Constitución de 1994 dio paso a un amparo distinto, nuevo, liberado de la obligatoriedad de procedimientos administrativos, con la posibilidad de declararse la inconstitucionalidad de normas generales y por sobre todo, libre del proceso ordinario como paso protector prácticamente insoslayable (Rivas “Del Amparo y la interpretación de la Constitución” en JA 1996-III-633).

Que como resultado de lo dicho, no puede soslayarse, tal como lo afirma Gozaíni que la Constitución define al amparo haciendo referencia a una de sus bondades: la rapidez (acción rápida y expedita), sin embargo menciona en el texto la necesidad de confrontar la vía con otro medio judicial. Es decir, el amparo novedoso que se incorpora al texto constitucional concreta un derecho de acceso directo a la jurisdicción que impide controvertir sobre la existencia de la vía; pero este debate o excepción puede ser posible si se entiende que existen otras vías más idóneas que mejoren la calidad procesal de la acción directa. El nuevo artículo 43 C.N. inhabilita la acción de amparo cuando exista “otro medio judicial más idóneo”, criterio esclarecedor de antiguas polémicas sobre vías previas y paralelas o concurrentes. Por lo que cualquier proceso ordinario que

tenga igual o similar aptitud para resolver la crisis constitucional desplaza la procedencia de la acción constitucional si completa el recaudo de prontitud y eficacia que lo habilita como proceso concurrente, pero sin embargo hartamente conocida resulta la ingratitud de las vías ordinarias judiciales para responder a dicho requisito de celeridad, permitiendo sospechar de la "idoneidad" del proceso común, y "mutatis mutandis", tornando al amparo como la única vía confiable e insoslayable por su promesa de actuación rápida y directa ante la violación de derechos o garantías reconocidos en la Constitución, leyes y tratados (Gozañi, Osvaldo Alfredo "Derecho Procesal Constitucional. Amparo. Doctrina y Jurisprudencia", Ed. Rubinzal Culzoni, 2002, págs. 313, 314 y 316). Por lo que el argumento de la Provincia de Santa Fe relativo a que el juicio adecuado para la pretensión de los actores hubiera sido un proceso ordinario, no se corresponde con las características propias del sublite, donde se discuten el derecho a la salud y a un ambiente sano (reconocidos constitucionalmente) y además las circunstancias que nuevas fumigaciones se realicen amerita rapidez en la solución judicial.

Es que, en el amparo ambiental se entiende que la tutela judicial que brinda la acción de amparo no funciona como vía subsidiaria, sino que reviste carácter de alternativa principal cuando los derechos lesionados constituyen enunciados básicos constitucionalmente reconocidos, ya que tiende a asegurar el rápido y efectivo acceso a la jurisdicción, derecho que emana de la garantía constitucional de inviolabilidad de la defensa en juicio -art. 18, 43 in fine, 75 inciso 22 CN-. También que la Reforma de la Constitución Nacional de 1994, en atención a la amplitud de la "cláusula ambiental", ha derogado implícitamente todas aquellas normas incompatibles con la letra y el espíritu de los artículos 41 y 43 de la Constitución Nacional, lo que importa también la liberación de los distintos condicionamientos impuestos por la leyes provinciales de

amparo (Morello, Augusto M. y Cafferatta, Néstor A. “Visión procesal de cuestiones ambientales”, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2004, pág. 162 y 163).

Tampoco puede ser atendida la afirmación de la recurrente referida a que no se utilizó la vía prevista por medio de la ley 10.000. Como sostienen Sagüés y Serra, comentando dicha norma provincial “en rigor de verdad, no se justifica una ley especial en protección de los intereses difusos, ya que la de amparo bien pudo captar a los mismos en un dispositivo especial. En el Mensaje del Poder Ejecutivo donde se explicó el tratamiento singular de la protección de aquellos intereses mediante esta ley se advirtió, de todos modos, que se procuraba instituir 'un régimen jurídico de favor, similar al del recurso de amparo'; entendiéndolo por ello que el 'recurso contencioso administrativo sumario' es, en verdad, un subtipo de amparo" (Sagüés, Néstor Pedro y Serra, Maria Mercedes “Derecho Procesal Constitucional de la Provincia de Santa Fe”, Ed. Rubinzal – Culzoni, 1998, págs. 287 y 288). Por lo que mal puede este régimen negar la posibilidad de acceder a una vía constitucionalmente establecida.

Nuestro máximo tribunal provincial si bien ha dicho que “el amparo conserva, aún luego de la reforma constitucional, su carácter de remedio excepcional y reservado para muy singulares circunstancias. Asimismo, que el reconocimiento de su operatividad -a partir del nuevo art. 43 de la Ley Fundamental- no trae consigo la automática marginación de los requisitos de viabilidad previstos en las normas locales (Constitución provincial y ley 10.456) los que, por el contrario, deben considerarse vigentes y exigibles en tanto no se opongan al texto constitucional; se trata de coordinar y armonizar, en cuanto fueren compatibles, los ordenamientos ya existentes con la nueva regulación constitucional del instituto. Ahora bien, es cierto que en el "sub lite" las consideraciones generales que efectúa la mayoría acerca del amparo no evidencian

una sujeción estricta a las directrices que emanan del citado precedente "Bacchetta". Es más, se invocaron opiniones autorales que no muestran un pensamiento unívoco sobre el tópico, pero magüer esa deficiencia, el decisorio impugnado no merece reproche desde el plano constitucional. Ello es así porque más allá de esos conceptos generales, lo cierto es que los juzgadores, al valorar ya que en concreto las distintas cuestiones que componían la litis, examinaron puntualmente lo atinente al plazo de caducidad y a la existencia de otras vías idóneas, concluyendo, por las razones que esgrimieron, (...) que los otros carriles, dadas las particularidades de la causa, no se mostraban eficaces para la consecución del fin perseguido en autos (ley 10.000). Agregando además que "se encuentra en juego el derecho a la información en directa e inescindible relación con los denominados derechos ambientales, los que también tuvieron consagración expresa en el texto de la Constitución reformada (art. 41) y se pretende su reconocimiento por una vía que, más allá de los distintos matices que la doctrina ha anotado, fue instituida por el constituyente explícitamente como un remedio, en principio, apto para proteger aquellos nuevos derechos -art. 43, apart. 2, CN-" (Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, 26/03/2003, "Besaccia, Norberto", publicado en LLLitoral 2003-1343).

En el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha manifestado que "si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medio ordinarios para la solución de controversias, su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias" (confr. Fallos 320:1339 y 2711; 321:2823). En el caso la Corte de Justicia de Salta debió advertir que la elección del amparo, como remedio judicial expeditivo, se sustentó en la existencia y eventual agravamiento de los daños al medio ambiente provocados por la actividad autorizada por la administración -mediante

actos cuestionados-, consistentes, entre otros, en la eliminación del bosque a raíz de su deforestación con consecuencias irreparables (...) En tales condiciones, lo resuelto por el superior tribunal de la provincia afecta de modo directo e inmediato el derecho al debido proceso adjetivo (art. 18 de la Constitución Nacional), por lo que -sin perjuicio de lo que quepa decidir sobre el fondo del asunto- corresponde su descalificación como acto jurisdiccional en los términos de la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias” (CSJN, 11/07/2002, “Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable”, publicado en EIDial – AA11A0).

Por lo tanto y en virtud del deber moral de precedencia lo dicho deviene vinculante para este Tribunal. A mayor abundamiento esta Sala anteriormente ha dicho que la exclusión de la vía del amparo por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objetivo una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias (C.S.J.N., 8.7.97 "Mases de Díaz Colodrero, María c/ Pcia. de Corrientes", J.A. entrega de 1° de abril de 1998, n° 6083, pág. 30); que el amparo procede a pesar de que existan vías legales para obtener la tutela perseguida, si aquéllas no son idóneas para evitar daños graves que se convertirán en irreparables, en caso de tener que aguardarse la protección brindada por otras vías (C.N.Civ., Sala M, Julio 1997, Expreso Cañuelas S.A. c/ Municipalidad de Buenos Aires, Rev. La Ley del 28/10/1997, p. 7 fallo 39.908 - S); y, que el análisis de esta cuestión -por lo dicho- requiere de una verificación realista acerca de que la existencia de otra vía atenderá idóneamente el problema, frente a la urgencia de la protección buscada y la naturaleza del tema que provocara (06/04/2006 “Cernada c/ Caja Municipal de Jubilaciones y Pensiones s/ Amparo” Resolución N° 91 F° 347 L. 3). Por todo lo expuesto y teniendo particularmente presente lo sostenido por

37

los actores en cuanto a la urgencia y al peligro en la demora por la inminencia de otra nueva y nefasta fumigación (v. fs. 8vta.), considerado también por el sentenciante (v. fs. 418 in fine) la vía del amparo se muestra adecuada para tutelar los derechos constitucionales en juego.

Que a su vez y desde otro vértice, insiste la recurrente que atento la importancia y trascendencia de la cuestión debatida resulta conveniente un ámbito de debate amplio y de demostraciones científicas necesarias, no constituyendo la vía del amparo -por la estrechez de sus términos- el trámite adecuado. Al respecto, y habiendo examinados los autos, me permito señalar enfáticamente que la cuestión no requiere de mayor amplitud en cuanto a “debate y prueba”. Pues bien, por medio del presente se discute sobre actos que atentan contra el medio ambiente, repercutiendo de manera directa en la salud de los vecinos de la ciudad de San Jorge, lo que importa que existe un factor de urgencia que no puede ser atendido si no es por medio del amparo; así lo plantearon los actores y así lo entendió el juez a quo, al franquear esa vía con respaldo constitucional. Al respecto Gozaíni afirma que ubicar el contenido específico de la pretensión para comparar las posibilidades del amparo ante los demás procesos comunes será tarea para la función jurisdiccional, pues al abrirse el abanico de materias protegidas como “nuevos derechos y garantías”, presenta como hipótesis que la única vía útil y efectiva sea la garantía procesal del art. 43. Por eso cuando debamos referirnos a la necesidad de un debate mayor, el núcleo de atención habrá de radicar en el objeto material solicitado y en las facultades de actuación efectiva que tenga la magistratura para obrar con la rapidez y expeditividad que está reclamando el amparo. Y sabiamente afirma este autor que la brevedad que caracteriza al amparo no afecta el conocimiento del juez sobre el foco litigioso, en tanto el amparista no sufre cortapisas en su derecho de alegación, siempre que conduzca la denuncia al problema constitucional; que el sujeto pasivo

tampoco sacrifica el derecho al contradictorio; y que la mejora en el debate no se logra postergando al amparo o remitiendo la causa a un procedimiento diferente que, "mutatis mutandis", no tiene la especialidad que goza el proceso constitucional (Gozaíni, Osvaldo Alfredo "El Derecho de Amparo", Ed. Depalma, 1995, pág. 43 y 44).

También sostiene la recurrente que no se avisa arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. Frente a ello, advierto que en el caso la arbitrariedad descansa en la omisión de la Provincia de Santa Fe -específicamente del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Industria y Comercio- de las tareas de fiscalización y control impuestas mediante la ley 11.273. La doctrina ha precisado que puede provocarse el acto lesivo mediante un hecho, un acto, una omisión o mediante la amenaza. El agravio proviene generalmente de un hecho o un acto positivo que lesione, restrinja o altere un derecho constitucional, pero son muchos los supuestos que, por el contrario, es el acto negativo, la omisión, lo que provoca la lesión que produce el agravio que habilita la vía del amparo. La omisión debe producir la violación de un derecho constitucional, un daño grave e irreparable, para que sea hábil para abrir directamente la vía jurisdiccional del amparo (Lazzarini, José Luis "El juicio de amparo", Fondo Editorial de Derecho y Economía, 1987, págs. 176 y 177). Interesa visualizar que la omisión se configura cuando el sujeto pasivo está obligado a seguir una conducta determinada por una norma y la incumple originando con ello un perjuicio. Se ha dicho que el amparo por omisión es aquél que procede cuando las autoridades públicas o los particulares no cumplen con las obligaciones que la ley establece a su respecto (ya sea por inactividad material u omisión legislativa), lesionando, restringiendo, alterando o amenazando en forma actual o inminente, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley. En los últimos años, la inclinación a denegar los amparos por omisión parece ir desdibujándose frente a una jurisprudencia de las

39

Cámaras cada vez más proclives a su admisión, sobre todo en lo referente a la protección de los derechos al trabajo, a la salud y a un ambiente sano (Larrea, Maria Soledad “El amparo por omisión” en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, agosto 2000 Año XXII N° 263, págs. 10 y 12). Sobre todo si como aquí acontece, a tal omisión se la pretende enjuagar con alguna actuación aislada administrativa, que en modo alguno importa el cumplimiento efectivo de los deberes impuestos legalmente, y que reclama la salud de los ciudadanos de San Jorge.

Que despejado con lo expuesto los aspectos formales en los cuales la Provincia sustentó sus críticas al fallo en crisis, corresponde ir al tratamiento de las cuestiones que permitirán sostener la admisibilidad declarada o bien abonar de ser el caso la inadmisibilidad pretendida.

Que en punto a ello, considero necesario efectuar algunas precisiones previas en punto al principio precautorio aplicado en el caso por el Inferior.^{La reforma constitucional de 1994} vino a marcar un antes y un después en materia ambiental, puesto que contiene un catálogo de valores constitucionales o “mandatos de optimización” como prefiere llamarlos Alexy (ALEXY, ROBERT “Teoría de los Derechos Fundamentales”, traducción Ernesto Garzón Valdéz, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 81 y 86/89) a partir del cual debe sostenerse el pilar de protección al Ambiente.

Evidentemente el Derecho Ambiental al no encajar dentro del molde de un sistema codificado pasa a constituirse como un verdadero microsistema, con un estatuto jurídico propio y autosuficiente cuyo pilar central es la norma fundamental.

Lorenzetti califica a este fenómeno como el “paradigma ambiental”, que reconoce como sujeto a la naturaleza, da preeminencia a los bienes colectivos por sobre los individuales y partiendo de lo colectivo reconoce fenómenos que son diferentes, para limitar los derechos individuales operando de esta manera como un metavalor, puesto que es un principio organizativo de todos los demás paradigmas (Lorenzetti, Ricardo

Luis. “Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho”, Rubinzal Culzoni Editores, 2008, pág. 425). En efecto, por sus particularidades viene a cambiar el rumbo del derrotero incesante de la problemática ambiental, pues en la Carta Magna es donde mejor se patentiza la protección de derechos de incidencia colectiva y por sus tintes particulares viene a distinguir a esta rama del derecho como “de avanzada” por su carácter fundamentalmente herético que marca un corte transversal en el resto de las ramas jurídicas que, como bien refiere el ministro del Máximo Tribunal, convoca “a todas las ciencias a una nueva fiesta, exigiéndoles un vestido nuevo” (Lorenzetti, Ricardo Luis “Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho” Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, pág. 425).

En tal sentido, Antonio Benjamín sostiene que la precaución distingue el Derecho Ambiental de otras disciplinas tradicionales, que en el pasado sirvieron para lidiar con la degradación del medio ambiente -especialmente el derecho penal y el derecho civil-, porque éstas tienen como prerequisites fundamentales certeza y previsibilidad, exactamente dos de los obstáculos de la norma ambiental, como la precaución procura aportar (Benjamín, Antonio E. “Derechos de la naturaleza”, p. 31 y sig en la obra colectiva: “Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XXI”, 2001, ED. Abeledo-Perrot).

Como indica Alexy los principios suponen “mandatos de optimización”, esto es, normas jurídicas generales que prescriben que algo se lleve a cabo del mejor modo posible. Son ideas directrices que sirven de justificación racional de todo el ordenamiento jurídico, es decir, pautas generales de valoración jurídica.

Como informa Esser son razones que justifican decidir una cuestión en un sentido o en otro y que no necesariamente se encuentran positivados (Esser, Josef “Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado” Editorial Bosch, Barcelona 1961, pág. 57).

De donde, si los lineamientos de una política ambiental, tienen en mira el cumplimiento de lo requerido en el art. 41 de Nuestra Constitución Nacional, la necesidad de consagrar principios ambientales se justifica en la inteligencia de que los mismos se erigen como reglas a seguir en el supuesto de contradicciones, entre normas a aplicar en este especial campo del derecho, ya que como refiere Néstor Cafferatta, los principios "... sirven como criterio orientador del derecho para el operador jurídico. Constituyen el fundamento o razón fundamental del sistema jurídico ambiental. Son el soporte básico del ordenamiento, prestando a éste su verdadera significación. La primera función que cumplen es la de orientar al legislador para que las leyes que se dicten se ajusten a ellos. Tienen una función interpretadora, operando como criterio orientador del juez o del intérprete. Los principios generales, y en especial los principios generales propios de una rama especial del derecho, sirven de filtro o purificador, cuando existe una contradicción entre estos principios y determinadas normas que quieran aplicarse a la rama específica. Suelen servir como diques de contención ante el avance disfuncional de disposiciones legales correspondientes a otras ramas del derecho. No solamente sirven como valla defensiva contra la invasión de otras legislaciones, sino que también actúan como cuña expansiva para lograr el desarrollo, fortalecimiento y consolidación de las técnicas, medidas y regulaciones propias o adecuadas para el ensanchamiento de las fronteras de la especialidad..." (CAFFERATTA, Néstor, "La ley General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada". Doctrina judicial, La Ley, Bs. As. 2002, p. 1136).

Por ello dentro de los principios que nutren la política ambiental, consagrado en el art. 4 de la Ley General del Ambiente, se encuentra el principio precautorio aludido.

La Ley General del Ambiente define al principio precautorio en su art. 4 en los siguientes términos *“Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científicas no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”*.

Este principio se encuentra consagrado en numerosos documentos internacionales de derecho ambiental. Si bien fue omitido en la Declaración de Estocolmo de 1972 sí logró su consagración en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, cuyo principio afirma que *“con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de un daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”*.

En tal tesitura, Goldenberg nos dice que se trata de un nuevo fundamento de la responsabilidad civil sustentado en la función preventiva a fin de neutralizar amenazantes riesgos de daños (Goldenberg, Isidoro H. Cafferatta, Néstor A. *“El principio precautorio”* JA 2002-IV-6).

Morales Lamberti, por su parte, refiere a que este principio se basa en la prevención de riesgos sobre la base de antecedentes razonables, aún cuando no exista la prueba o la certeza absoluta del daño, y no constituye razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente, quedando los magistrados facultados a proceder a los fines de prevenir la acción de riesgos potenciales a la salud o al medio ambiente (Morales Lamberti, Alicia *“Derecho Ambiental. Instrumentos de política y gestión ambiental”*, 1999, Ed. Córdoba, p. 147).

Cafferatta en un voto en disidencia resaltó que la esencia del principio de precaución es que la sociedad no puede esperar hasta que se conozcan todas las respuestas, antes de tomar medidas que protejan la salud humana o el medio ambiente de un daño

potencial y agregó que la precaución es necesaria cuando dos circunstancias se presentan a la vez: a) falta de certidumbre científica y b) amenaza de daño al ambiente o a la salud humana...” (“Castellani, Carlos y E. y otros”, Tribunal Superior de Córdoba -voto en disidencia del Dr. Cafferatta-, 11/03/2003).

Por su parte, Luis Facciano indica que este principio se caracteriza por tres elementos: 1) la incertidumbre científica, característica que lo diferencia de la prevención; 2) evaluación del riesgo de producción de un daño, y 3) el daño debe ser grave e irreparable. Es decir que “el riesgo nos pone en presencia de un riesgo no mensurable, esto es, no evaluable”.

Además, debe agregarse un cuarto elemento referido a la consecuencia de la aplicación: la adopción de medidas eficaces para impedir el daño. Si se releen los distintos textos internacionales, es notorio que el principio nunca fue identificado con la prohibición de la actividad. Es obvio que la abstención en la realización de algo cuyos efectos no se conocen es la reacción más natural y espontánea, incluso en nuestras decisiones individuales. Así, ante el caso de la “vaca loca”, la primera reacción en Europa fue la abstención en el consumo de carne vacuna. Pero los textos internacionales apuntan a la adopción de medidas tendientes a delimitar el campo del riesgo; entre ellas, la investigación científica aquí también cubre un rol fundamental. Para Kourilsky y Viney, se avanza del imperativo “ante la duda, abstente” a otro imperativo “ante la duda, haz todo para actuar del mejor modo”. Es que como señalara Antonio H. Benjamín “la transición del paradigma de la reparación para el de la prevención, todavía, se mostró insuficiente. Es necesario, entonces, un estadio de mayor sofisticación (y efectividad), pasar a la actuación de precaución” (Benjamin, Antonio H., *Objetivos do direito ambiental (org) Anais do 5º Congresso Internacional de Direito*

Ambiental, de 04 a 07 de junho de 2001, O futuro do controle de poluição e da implementação ambiental, São Paulo: IMESP, 2001, p. 57-78).

Ahora bien, como este principio no recepta sólo adeptos, sino que existen quienes lo combaten, recorreremos también los argumentos en tal sentido, siguiendo para ello un excelente trabajo de Christine Noiville -Directora de Investigación CNRS, Catedrática Paris I, Francia- publicado en la obra colectiva “El gobierno de los riesgos” editada por la Universidad Nacional del Litoral, traducido por Marina Varela, Abogada, Investigadora del proyecto “Globalización y Derechos” Centro de Investigaciones (FCJS, UNL, Santa Fe, Argentina). En orden a ello se ha sostenido que el principio de precaución sería un “principio anticientífico”. Pero lo que se percibe es justamente lo contrario pues una de las preocupaciones subyacentes al principio de precaución es, sobre todo, permitir la introducción de la ciencia en el ámbito de decisión de la esfera pública. Este principio nació en el momento siguiente a la oposición de daños en el medio ambiente, lo que permite constatar que se justifica en parte por negligencia de la propia política, que no orientó correctamente su experticio en el área antes de tomar posiciones, o no prestó suficiente atención a las señales de riesgo y a las alertas que hubiera podido evitar catástrofes. Y es contra esa realidad que el principio de precaución se propone luchar, como bien lo demuestra toda la legislación nacional y comunitaria que, en materia de seguridad sanitaria, ecológica o alimentaria contempla ese principio, buscando, al mismo tiempo, hacer del análisis científico la espina dorsal de la decisión política. La jurisprudencia se revela aún más clara en el sentido de imponer esa exigencia. De eso resulta que, a diferencia del discurso dominante, la necesidad de rigor científico consustancia el principio de precaución.

Un segundo argumento presentado con frecuencia, es que el principio de precaución llevaría estructuralmente a la exclusión de todo y cualquier riesgo; en otras palabras, llevaría a buscar lo que llamamos “riesgo cero”. Para evitar que el poder discrecional resbale en lo arbitrario y en lo irracional, la jurisprudencia fijó dos condiciones. En primer lugar, la elección a llevar a cabo no puede dissociarse del principio de proporcionalidad, pues toda medida de precaución debe ser proporcional al riesgo alegado, lo que significa que entre las opciones que se abren, la autoridad pública deberá escoger la que sea efectivamente necesaria para asegurar la protección de la salud pública y del medio ambiente y, en segundo lugar, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea reafirmó la obligación de la autoridad pública de aplicar el principio de precaución “en conjunto con las disposiciones” constantes de los textos pertinentes al producto o a la actividad de que se trate. Extremo que a partir de la jurisprudencia pertinente se verifica que el principio de precaución no excluye la necesidad de hacer elecciones ni la utilización del sentido común, que consiste en ponderar los intereses en juego en cuanto a tales elecciones (excepto cuando contrarían expresamente el texto normativo).

Que en tal inteligencia si ponderamos a su vez lo señalado por la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci, acerca que “El principio precautorio se aplica en todo aquello que supone resguardar derechos humanos y privilegio ante la hipótesis de que suceda lo peor, un daño irreversible aún en un plazo muy largo”, lo que debemos analizar aquí es si existe riesgo en las fumigaciones (terrestres y aéreas) con los agroquímicos señalados al postular (glifosato + POEA = Roundup), verificando pues si el riesgo de su utilización se encuentra documentado y si a su vez el riesgo atribuido surge de análisis científicos realizados según principios de excelencia e independencia de las empresas

productoras de dichos productos que nos permitan aquilatar la entidad del riesgo señalado.

Que puesto pues en tal tarea encontramos que en punto a los agroquímicos, lo que se discute en relación a la problemática es si se trata de un daño ambiental directo o indirecto. Entendiéndose por daño ambiental directo la contaminación del suelo por absorción, contaminación por ingreso en ecosistemas acuáticos, contaminación de ecosistemas por “deriva”, efectos negativos de diversa índole en animales y plantas que forman parte de los ecosistemas en que se utilizan agroquímicos -Pérdida de biodiversidad y pérdida de otras culturas agrícolas-. Y por daño ambiental indirecto (salud humana), la toxicidad, Citotoxicidad, genotoxicidad, neurotoxicidad; consecuencias sobre el sistema reproductivo; posible acción carcinogénica; posible acción mutagénica; y efectos sobre la transcripción (genética).

A su vez, la organización de la “producción de conocimiento sobre el tema”, nos muestra que respecto al mismo, se advierte la conjugación de grupos expertos organizados e investigaciones científicas de variados países dentro de los cuales en Argentina se destacan: a) Andrés Carrasco (UBA - CONICET). Estudia el caso de los agroquímicos desde la embriología. Se detecta una malformación de los anfibios sobre los que trabaja por afección de las células de la cresta neural (genotipo alterado) (“Efecto del glifosato en el desarrollo embrionario de *Xenopus laevis* (Teratogénesis y glifosato). Informe preliminar” por Andrés E. Carrasco, Laboratorio Embriología Molecular CONICET – UBA sito en la Facultad de Medicina); b) Argelia Lenardón (Laboratorio de Medioambiente del INTEC, UNL – CONICET). Se estudió la existencia de organoclorados en leche materna en un grupo de mujeres de la ciudad de Santa Fe, relacionando tal dato con la exposición a agroquímicos así como, también,

con la ingesta de alimentos contaminados. También estudió el problema en medios acuáticos y en vertebrados silvestres del litoral fluvial argentino. Se destacan las siguientes publicaciones: Lenardon, A. Maitre MI, Lorenzatti E, Enrique S. Plaguicidas organoclorados en leche materna en Santa Fe. *Acta Toxicologica Argentina* 8(1) 2-4 .2000; Lenardon, A, de la Sierra, P, Marino F. Persistencia del Endosulfan en medio acuático. *Revista de Meio Ambiente Universidad Federal do Paraná Brasil*; Lenardon, A, Sosa A, Mattassini M Screening of pesticide via solid-phase extraction and gas chromatography. *Journal of Chromatography Science* Vol 41 1672, February 2003. Arregui, C, Maitre MI, Lenardon A, Enrique S. Monitoring Glyphosate in transgenic Glyphosate resistant soybean. *Pest Management Sci.* 60(2) 163-167, 2003; Lorenzatti, E, Maitre MI, Lenardon A. Evaluación de la contaminación con plaguicidas en productos lácteos. *Revista FAVE* 2(1) 2003; Maitre MI, Lenardon A, Lajmanovich, R, Peltzer, P, Anglada M. Pesticide residue in immature soybean of Argentina croplands. *Fresenius Env, Bulletin* Vol 13, N 7, 2004; Lajmanovich, R, De la Sierra, P, Marino F, Lenardon A. Determinación de residuos de organoclorados en vertebrados silvestres del Litoral fluvial argentino. *Temas de biodiversidad del Litoral Fluvial Argentino F.G.Aceñolaza. INSUGEO* 14:389-398 Tucumán 2005; Lorenzatti, E, de la Sierra P, Marino F, Lenardon A. Acumulación y persistencia del insecticida endosulfan en soja, como posible factor de contaminación ambiental y alimentaria.- *Revista FABICIB* Vol 10. 107-111- 2006; Lenardon, A, Rodríguez Alba. La problemática de los agroquímicos y sus envases. Su incidencia en la salud de los trabajadores, la población expuesta y el ambiente. 2007.247-268; Lenardon A, Lorenzatti E. Diagnostico sobre el uso y manejo de plaguicidas de uso domestico. 29-49 Ministerio de Salud de la Nación. Secretaria de Ambiente y Desarrollo Sustentable. OPS. AMMA. 2007; Lorenzatti E, Lenardon A, Costantini L, Delbó A, Lorenzatti, A,

Rivas P. Convivencia con los plaguicidas de uso doméstico en áreas urbanas. Su estudio en Santa Fe. Revista FABICIC- vol.12. 203 a210.2008; c) Amalia Dellamea (UBA, Facultad de Farmacia y Bioquímica). Estudio sobre lácteos de residuos de plaguicidas. Sólo el 10% de los productos no contenían algún tipo de residuo (publicado en <http://www.paginadigital.com.ar/articulos/2006/2006prim/educacion2/divulgacion-020406.asp>); d) Alejandro Oliva (Unidad de Andrología., Hospital Italiano, Rosario). Estudia específicamente el efecto en el sistema reproductivo. Según sus estudios la exposición a ciertos factores ambientales, como la utilización de agroquímicos, incrementa el riesgo de ver empobrecido el nivel de esperma (“Contribution of environmental factors to the risk of male infertility” **Alejandro Oliva, Alfred Spira and Luc Multigner**, publicado en Human Reproduction, Vol. 16, No. 8, 1768-1776, August 2001© 2001 [European Society of Human Reproduction and Embryology](#); “Environment as a risk factor for male infertility” Luc Multigner and Alejandro Oliva, email : luc.multigner@rennes.inserm.fr; “Secular variations in sperm quality: fact or science fiction? Luc Multigner and Alejandro Oliva, publicado en Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 18(x):109-118, xxx-xxx, 2002; “Environmental Agents and Erectile Dysfunction: A Study in a Consulting Population”, Alejandro Oliva, Alain Giami and Luc Multigner, publicado en Journal of Andrology, Vol. 23, No. 4, July/August 2002, Copyright q American Society of Andrology); e) Jorge Kaczewer (UBA, miembro del Grupo de Reflexión Rural, investigador y divulgador científico) Estudia las posibles consecuencias toxicológicas del uso de plaguicidas (“Toxicología del Glifosato: Riesgos para la salud humana”, Universidad Nacional de Buenos Aires; “USO DE AGROQUÍMICOS EN LAS FUMIGACIONES PERIURBANAS Y SU EFECTO NOCIVO SOBRE LA SALUD HUMANA” - UBA).

Un grupo de personas que no integran el llamado “sistema científico oficial” han efectuado estudios relevantes desde hace años, que se están comenzando a conocer con más repercusión ahora. Entre ellos se destacan: a) El médico pediatra Rodolfo Páramo (Malabrigo, Santa Fe) comenzó a estudiar el tema al detectar la gran cantidad de nacidos con malformaciones en la mencionada localidad (hay 15 a 20 nacimientos por mes, y por año 20 nacidos malformados) (<http://www.lafogata.org/08arg/arg8/arg.4.11.htm>), y los siguientes links en los que se visualiza una entrevista sobre el tema en la web: <http://www.youtube.com/watch?v=jLxkW7oN71U>; <http://www.youtube.com/watch?v=32VhHr0q—M>; b) El médico rural Darío Gianfelici (Entre Ríos) preocupado por la misma problemática a partir de casos que llegaban a su consideración (embarazo anembrionario, malformaciones) sumado a las observaciones sobre los cambios en los ecosistemas del litoral, inició un pedido entre 2001 y 2003 por ante la Secretaría de Salud de Entre Ríos para solicitar que se abra un registro de enfermedades que pudieran tener alguna relación con agroquímicos (“La Soja, la salud y la gente”, por Dr. Darío Roque Gianfelici, Médico General y Familiar, Especialista en Geriátría, Córdoba 278 – CP 3122 - Cerrito -Entre Ríos- Argentina, E-mail: gianfelici@uolsinectis.com.ar); c) El Bioquímico Raúl Lucero (Chaco), Jefe del Laboratorio de Biología Molecular, Instituto de Medicina Regional -UNNE-, quien efectuó un análisis privado acerca de la genotoxicidad de los plaguicidas debido a que le derivaban reiterados casos de estudios cromosómicos por malformaciones congénitas mayores; d) El Médico Pediatra Hugo Gómez Demaio (Misiones, Argentina). Ver su trabajo en presentación power point disponible on line en: <http://observatoriodelglifosato.wordpress.com/2009/09/22/ponencia-del-dr-hugo-gomez-demaio-en-la-jornada-observatorio-del-glifosato>.

Existe un grupo de ONGs que están previniendo y realizando una multiplicidad de actividades en relación los agroquímicos. Entre ellas se destaca: Grupo de Reflexión Rural (GRR) Sitio web: www.grr.org.ar que desarrolla junto con otras instituciones la campaña “Paren de fumigar”, entre ellas el Centro de Protección a la Naturaleza (CEPRONAT) en la localidad de Santa Fe.

El GRR ya ha realizado dos informes sobre los “pueblos fumigados” que detallan las consecuencias del uso de agroquímicos en el ambiente y la salud humana (“Pueblos fumigados. Informe sobre la problemática del uso de plaguicidas en las principales provincias sojeras”, abril 2006, www.grr.org.ar; “Pueblos Fumigados. Informe sobre la problemática del uso de plaguicidas en las principales provincias sojeras de la Argentina”, enero 2009, www.grr.org.ar).

Otra organización no gubernamental que se destaca por su accionar en esta problemática y que tiene alcance latinoamericano es la “Red de Acción en Plaguicidas y sus Alternativas para América Latina”. Sitio web: www.rap-al.org.

Además, y particularmente en casos controvertidos científicamente, se torna muy relevante considerar las “historias de vida”, las “experiencias”, los “saberes y conocimientos” de quienes viven cotidianamente expuestos al riesgo de que se trate, en este caso los agroquímicos. Es necesario revalorizar “el sentido común” debido a que la ciencia no puede responder a todos los interrogantes. Se han realizado recientemente algunas publicaciones que recuperan y presentan historias de personas expuestas a los agroquímicos. Entre ellas, se destaca: “Pueblos Fumigados. Los efectos de los plaguicidas en las regiones sojeras” de Jorge E. Rulli (Ed. Del Nuevo Extremo, 2009); y “Daños colaterales. Las víctimas ocultas de la fumigación” del Centro de Protección a la

Naturaleza (Santa Fe, 2009) y la investigación de Andrés Carrasco que diera a conocer en una entrevista a “Página 12” el 13 de abril de 2009.

En fin, investigaciones que refieren a impactos sobre lo genético, sobre la regulación del ciclo celular, sobre la disrupción endrónica, sobre el desarrollo, sobre la toxicidad reproductiva, etc.

Por su parte, ante la carencia de información suficiente para establecer conclusiones, aluden a su inocuidad: el Comunicado de la Cámara de Sanidad Agropecuaria y Fertilizantes (CASAFE) y de la Cámara de la Industria Argentina de Fertilizantes y Agroquímicos (CIAFA) de fecha 16 de abril de 2009. Sostienen la inocuidad del agroquímico (Comunicado de Prensa: “Acerca de la seguridad de los Agroquímicos”, Buenos Aires, 16/04/2009); Informe de la Comisión Nacional de Investigaciones sobre Agroquímicos creada por Decreto 1/2009 en el ámbito del CONICET. Este informe es hecho público en julio de 2009 y entre sus conclusiones la idea que campea es la de carencia de información suficiente para determinar algunas cuestiones y relativización de los posibles efectos negativos. También se afirma la poca probabilidad de contaminación de aguas subterráneas. Respecto al hallazgo de vestigios de glifosato en granos de soja lo relaciona directamente con las malas prácticas. Si se lo utiliza de modo responsable no habría ningún riesgo para la salud humana. Respecto a los estudios sobre mamíferos no humanos considera que es improbable que las vías de ingreso utilizadas se desarrollen en ambientes rurales. Por tanto sería “ligeramente tóxicas” con dificultades para su absorción por todas las vías no parentales. Refieren también a los problemas para probar la relación causal en los estudios epidemiológicos que relacionan la exposición al glifosato con el cáncer, defectos de nacimiento y anormalidades reproductivas. Descartan las alteraciones de las estructuras de ADN y la enfermedad de

Parkinson. Afirman la escasez de datos para analizar los efectos sobre el medio. Concluyen afirmando: “En Argentina no existen suficientes datos sobre los efectos del glifosato en la salud humana, por lo cual sería importante promover la realización de los estudios pertinentes”. El informe recibió multiplicadas críticas por parte de especialistas (publicadas en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-131014-2009-09-02.html>). “El objetivo del informe implica una visión reduccionista y fragmentaria que pretende simplificar una situación compleja, excluyendo al sujeto y parcializando la construcción del conocimiento. El informe es una simple enumeración de bibliografía, con muy poco análisis crítico, reflexivo y comparativo de sus resultados”, aseguró la doctora en Ciencias Naturales Norma Sánchez, profesora titular de Ecología de Plagas de la Universidad Nacional de La Plata e investigadora independiente del Conicet”. Las críticas al informe apuntan a que utiliza bibliografía sesgada, recorta la problemática y equipara estudios de Monsanto con trabajos de científicos independientes. El principal cuestionamiento apuntó a la ausencia en el informe del principio precautorio, la exigencia legal, ante incertidumbre, de prevenir posibles consecuencias en la salud y el ambiente. “Esto quiere decir que debe suspenderse la aplicación del producto en cuestión hasta tanto se realizan los estudios pertinentes que demuestran su inocuidad. No es ético ni razonable investigar una vez que el daño ya está hecho y es irreversible”, sostuvo el bioquímico y jefe del Laboratorio de Biología Molecular de la Universidad Nacional del Nordeste, Raúl Horacio Lucero. “El informe debió ser sometido a referato”, advirtió Montenegro. “Las conclusiones son inconsistentes y confusas”, resumió Sánchez y lamentó que el informe “parece ignorar que la ciencia es una construcción social que debe cuestionar aspectos éticos y contribuir a alterar políticas de acción que no conduzcan al bien común”. AAPRESID (Asociación Productora de Siembra Directa): Víctor Trucco, sostuvo públicamente la inocuidad del glifosato.

(Programa televisivo “Soja: ¿panacea nutricional o arma silenciosa?”) www.aapresid.org.ar. Organización Mundial de la Salud y FAO (www.who.int). Clasifica al glifosato dentro de Categoría de Menor Riesgo Toxicológico (IV). EPA (Agencia de Protección Ambiental de EEUU) www.epa.gov. Clasifica al glifosato como grupo “E” (no se detectan evidencias de efecto carcinogénico en humanos). Con respecto a los criterios que utilizan la OMS, EPA y FAO para determinar clasificaciones, son criticados por la Bióloga Joensen (UBA). Sostiene que: Las clasificaciones de la OMS y FAO no están basadas en estudios propios o de grupos independientes de las empresas interesadas sino que se trata de revisiones de estudios no publicados hechos por las empresas mismas.

Que ante ello, fácil resulta concluir que no contamos en relación a la toxicidad pregonada con una certeza científica absoluta. Ahora, tal ausencia ¿constituye un óbice para la toma de decisión en el presente, si de lo que en verdad se trata es de evitar daños a la salud?. La respuesta que a mi juicio se impone es negativa; y, por tanto me apresuro a señalar que la aplicación del principio precautorio realizado por el juez a quo es correcta, ya que el mismo invita a actuar antes de que se obtenga la prueba del riesgo real, hipótesis que se encuentra receptada jurisprudencialmente con nuestro derecho como argumento central a los fines de reconocer pretensiones ambientales.

Ahora bien, si la incertidumbre científica acerca de los riesgos ambientales, la incidencia de la alteración seria del medio ambiente y la irreversibilidad que pueden provocar tales daños, son razones que llevaron a la formulación de los principios que aquí nos convocan, interpreto que llevar adelante la empresa de evitar un daño futuro pero relativamente cierto y mensurable como enseña Cafferatta, requiere en los operadores jurídicos no sólo la necesidad de evaluar la sensatez o imprudencia de las

acciones humanas al decir de Bauman que nos llevaron hasta aquí, sino también al repensar que los avances tecnológicos, su disponibilidad, no son poderes que se legitiman a si mismos, sino que su validez depende de la orientación axiológica que necesariamente debemos adosarles y, en la exigencia ante la mayor previsión de las consecuencias, de consultar a quienes más saben al respecto, dado que la impronta en este terreno, nos impone actuar humildemente reconociendo que lo parcelado de nuestro conocimiento no conlleva a la negación de los eventuales daños, sino que por el contrario, buscar un perfeccionamiento constante en esta área tan especial del entorno y los ecosistemas, pues los daños a que nos exponen los riesgos afectan a lo más decisivo, es decir, al destino biológico de los seres humanos, ya sea en términos de salud, ya en términos de encaje en el entorno natural, ya en términos de degradación o transformación radical de éste.

Hoy en nuestro derecho podemos afirmar que se ha consagrado el principio precautorio como argumento central a los fines de reconocer pretensiones de carácter ambientales. Entre los cuales se cuenta: a) “Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes v. ENRE- Edesur s/ cese de obra de cableado y traslado de subestación transformadora” de la sala II de la Cámara Federal de Apelación de la Plata de fecha 08/07/03, tal cuerpo colegiado se basó a los fines de fundar su decisorio en la aplicación del principio precautorio al hacer lugar a una medida autosatisfactiva solicitada por la Asociación que demandó el cese de las obras de cableado y el traslado de la subestación de energía eléctrica “El Sobral” ubicada en la localidad de Ezpeleta. En tal sentido, con apoyatura sobre la Ley General de Ambiente sostuvo que *“si bien las investigaciones realizadas hasta el momento han indicado que las exposiciones a niveles inferiores a los límites recomendados en las directrices sobre campos electromagnéticos de frecuencia extremadamente baja de la INCIRP (1998) no*

producen, en principio, ningún efecto perjudicial para la salud, existe en la actualidad incertidumbre en el conocimiento científico respecto de los efectos en la salud cuando la exposición aún a estos niveles resulta prolongada en el tiempo” y agregó que *“...la falta de certeza científica no puede utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente cuando hay peligro de un daño grave e irreversible”*. Este caso fue realmente paradigmático en materia de Derecho de Daños por la significación que provocó para los habitantes de la localidad de Ezpeleta que encontraban comprometida su salud ante la proximidad de estos campos electromagnéticos y lograron obtener el ropaje judicial de sus derechos.

b) En los autos “Bordenave, Sofía A. s/ mandamus” del 17 de marzo de 2005, el Alto Tribunal rionegrino se pronunció haciendo lugar al mandamus de la Dra. Sofía Alejandra Bordenave y la Fundación Centro de Derechos Humanos y Ambiente (CEDHA), y en consecuencia, ordenar a la Municipalidad de San Carlos de Bariloche al cumplimiento de una ordenanza municipal exigiendo a los comercios habilitados a poner a disposición de los usuarios/ consumidores un listado con la nómina de productos transgénicos, como así también un cartel visible que indique la disponibilidad de ese listado, a la vez que demás disposiciones vigentes. Entre los fundamentos de su decisión hizo un amplio análisis de los principios que aquí tratamos y manifestó que a partir de la segunda mitad del siglo XX, *“con la aparición de los megapeligros tecnológicos y el denominado ‘riesgo global’, derivados, por ejemplo, de la energía atómica y más recientemente de la introducción de la ingeniería genética, (...) la prevención ya no es suficiente, ya que nos encontramos frente a una incertidumbre, dudas fundadas sobre el daño que se puede provocar”*. Expresó que *“el principio de precaución se inserta en el amplio espectro de protección del ambiente, teniendo asimismo en mira los intereses de las generaciones futuras (art. 41, C.N.), en función de*

prevenir daños al ecosistema, esencial para la subsistencia de los seres humanos. Dicho principio, en tanto incrementa fuertemente el deber de diligencia, instaura una nueva dimensión tutelar en el instituto de la responsabilidad civil: el aseguramiento de riesgos que pueden ocasionar efectos calamitosos. Así como el principio de previsión tiende a evitar un daño futuro pero cierto y mensurable, el principio de precaución introduce una óptica distinta: apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos -y por lo tanto imprevisibles-. Opera en un ámbito signado por la incertidumbre”.

c) En “CODECI de la Provincia de Río Negro s/ acción de amparo” (Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, 16/08/2005, CO.DE.CI de la Provincia de Río Negro, disponible en SAIJ) el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro hizo lugar parcialmente a la acción de amparo colectivo interpuesta por el amparista (Consejo de Desarrollo de las Comunidades Indígenas) en representación de las comunidades indígenas de la zona, toda vez que consideró que la administración provincial había incumplido con sus deberes resultantes de la normativa vigente respecto del Proyecto Calcatreu. En virtud de este proyecto una SA se encontraba realizando trabajos de exploración con la finalidad de extraer minerales de primera categoría (oro y plata) en un lugar donde ejercían la posesión tradicional familias indígenas.

En la parte más pertinente a los fines de nuestro análisis, el Tribunal declaró que el principio de precaución o precautorio, que se traduce en la obligación de suspender o cancelar actividades que amenacen el medio ambiente pese a que no existan pruebas científicas suficientes que vinculen tales actividades con el deterioro de aquél, tiene diferentes interpretaciones: una liberal, que limitaría la obligación del Estado a

comportarse diligentemente en la toma de decisiones y otra más estricta, que importaría ante la amenaza de un posible riesgo, cancelar la actividad o conducta que lo produce (voto del doctor Lutz). Con mucha claridad el Dr. Lutz también señaló que “*si bien la invocación del principio precautorio obedece a la falta de certeza científica que demuestre que una determinada actividad puede ser la causa del daño temido, esta misma falta de certeza impide determinar que la mentada actividad no produce el daño que se teme, por lo cual la amenaza es siempre inminente y esto es lo que se pretende tutelar mediante la acción de amparo, independientemente de que el daño tarde décadas en producirse*” y que “*En materia ambiental es frecuente que sólo una vez que el daño se produce puede establecerse el nexo causal entre aquél y la actividad que lo causa, razón por la cual el principio precautorio sirve de fundamento legal para la adopción de medidas, aún cuando dicho nexo causal no esté debidamente acreditado, es decir, pretende operar en los casos de incertidumbre donde no haya relación de causalidad alguna acreditada y, por consiguiente, cuando la arbitrariedad o ilegalidad del acto no es todavía manifiesta*”. También adquiere relevancia este fallo en torno al diálogo existente entre el principio precautorio como herramienta de gestión de riesgos y las herramientas procesales existentes a los fines de viabilizarlo y en tal sentido, se sostuvo que “*...en los casos en que falte la certeza científica respecto del daño que puede causar una determinada actividad, impedir que la cuestión tramite por la vía rápida y expedita del amparo para derivarla a los procedimientos ordinarios constituye una dilación que atenta contra los mismos derechos que se pretenden tutelar al incoar la acción*”.

d) En el caso “Peino, Leonardo Esteban y otros c/ Gobierno de la ciudad de Buenos Aires s/ Amparo” del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso, Administrativo y Tributario n° 12 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en fecha 18/10/06 al

momento de resolver sobre la medida cautelar solicitada basa su argumento central en la falta de presentación de la Evaluación de Impacto Ambiental, pero de manera tangencial refiere al principio precautorio al decidir *“hacer lugar a la medida cautelar peticionada y en consecuencia, ordenar al GCBA a que, por conducto del Ministerio de Medio Ambiente, arbitre los medios para que se suspenda el funcionamiento de la antena de telefonía celular hasta tanto se resuelva sobre el fondo de la presente acción de amparo o bien hasta que se acredite en autos que se ha cumplido acabadamente con el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental y la autoridad ambiental haya extendido la pertinente autorización”*. En efecto, se mencionan elementos relacionados al principio precautorio y su relación con la Ley General del Ambiente, pero el argumento central de la concesión de la medida refiere a la falta de presentación de la Evaluación de Impacto Ambiental. Igualmente sirve de ejemplo para resaltar la relevancia jurisprudencia que viene logrando la aplicación de este principio dentro de un marco ambiental.

e) En "Agüero c/ Municipalidad de Cañuelas" (Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sala III, 25/10/2007, Agüero, Norberto y otros c. Municipalidad de Cañuelas, disponible en “elDial” AA43D1) la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata hizo lugar a la medida cautelar solicitada por los vecinos de un barrio a fin de que se ordene el cese de las obras destinadas a la instalación de una antena de comunicaciones móviles, pues el hecho de que dicha instalación no haya obtenido la autorización correspondiente sumado a que el terreno en el cual se ubicaría la antena se encuentra en una zona urbana y en las cercanías de un jardín de infantes, resultan razones suficientes para tener por acreditada la verosimilitud en el derecho necesaria para el otorgamiento de la medida cautelar peticionada. Para admitir la medida consideró que *“el principio precautorio, aplicable en el ámbito del derecho ambiental, indica que todo daño a la*

salud o al medio ambiente debe ser evitado o minimizado a través de medidas de carácter preventivo y, en aras de lograr esa finalidad, deben restringirse las actividades cuyas consecuencias hacia las personas o el medio ambiente sean inciertas, pero potencialmente graves”.

f) En "Fonseca c/ D.I.P.A.S" (Cámara Civil y Comercial de Córdoba, 16/9/2008, “Fonseca, Ricardo, Azar, Osvaldo J. Perez Daniel Oscar c/ D.I.P.A.S. s/ amparo, disponible en “elDial” – AA4D27) el cuerpo colegiado hizo lugar al recurso de apelación de la parte actora, revocó la sentencia apelada, y admitió la demanda de amparo ambiental, declarando la nulidad de una resolución dictada por la entidad encargada del manejo de agua por su manifiesta arbitrariedad en cuanto determinó la disminución del caudal hídrico del Dique – Embalse San Roque, mediante el establecimiento de la cota de espera en 33 m. Dispuso que la Provincia de Córdoba y la DIPAS deberían establecer la cota de espera con la previa realización de estudios de auditoría ambiental, específicos ambientales y de impacto ambiental, y con la intervención de organismos técnicos provinciales y dependientes de la Universidad Nacional de Córdoba, realizándose una precisa evaluación de las condiciones y ecuaciones ecológicas explicitadas. Para así resolver consideró que *“el principio precautorio impone tomar medidas de inmediato, y ante la imposibilidad de impacto ambiental desfavorable, no es posible rechazar la acción postergándola para un proceso de mayor debate y prueba”* y que *este principio impone “la admisión de la carga dinámica probatoria, trasladando su peso a quien tuvo mayores posibilidades de acercar los elementos de juicios necesarios para arribar a la convicción”*.

g) Por último, en la causa "Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ Amparo" en fecha 26 de marzo de 2009 la Corte Suprema de Justicia

resolvió ordenar, de manera cautelar, al Gobierno de Salta que suspenda todas las autorizaciones para realizar desmontes y tala de alrededor de un millón de hectáreas de bosques nativos de cuatro departamentos de la Provincia, hasta tanto se realice un estudio de impacto ambiental, cuyo plazo de realización es de 90 días como máximo. En el fallo además se rechaza in limine un planteo de levantamiento de la cautelar realizado por la Provincia, se amplía la diligencia preliminar dispuesta con anterioridad -la provincia debía informar los nombres de las personas a las que se dio autorización- y se posterga, como dije, "provisoriamente" la decisión sobre la competencia del Tribunal.

La Corte refirió al principio precautorio en materia ambiental, ante la constatación que, más allá de informes de impacto ambiental individuales para cada desmonte autorizado en la Provincia, no se ha efectuado al presente ningún estudio relativo al efecto acumulativo en el ambiente de todas las autorizaciones dadas y ello entraña un peligro de daño probable al medio ambiente.

Que a tenor de ello, no cabe duda alguna que lo llamado a decidir se desarrolla en un contexto difícil en donde juegan controversias científicas, intereses económicos, presiones y contrapresiones de orden político y empresario, riesgos reconocidos socialmente que precisamente por tales como dice Beck, tienen la propiedad de transformar lo apolítico en político, desinformación interesada, descoordinación en la gestión pública, insolidaridad con los posibles afectados, olvido consciente de lo reclamado constitucionalmente como objetivo; esto es, el desarrollo sustentable; omisiones de fiscalizaciones en serio con adecuados estudios; etc., cuestiones todas que a su vez lejos de generar compromisos de identificación de los niveles riesgos reales, se diluyan en una suerte de lucha de intereses parcelarios diciendo por ejemplo los fumigadores que si se producen contaminaciones derivan de los improvisados en el

tema y no de los que en su mayoría ajustan su accionar a las directivas a respetar; las empresas productoras de agroquímicos sosteniendo su atoxicidad en estudios encargados por las mismas; el Estado pregonando su preocupación por el medio ambiente creando estamentos dedicados al mismo, pero olvidando que la mejor manera de comprometerse en el tema es efectuando los debidos controles; y, los productores sosteniendo que si los productos que aplican se encuentran autorizados por la autoridad de aplicación nadie puede endilgarle acción antijurídica alguna, por lo que no puede impedírseles trabajar y producir como les corresponde.

Así planteada las cuestiones, tal vez todos tengan parte de razón, ya que tampoco es posible pensar que la sociedad, las empresas y el Estado, conjugan siempre una misma forma de pensar, pero lo que se muestra diáfano a mi entender es que las posiciones divergentes antes de disiparnos las dudas de utilización de los agroquímicos, sobre todo en zonas urbanas, las acrecientan porque todos conocen los potenciales riesgos de su utilización, al tomar distintos recaudos en tal tarea y en este punto la preeminencia no lo tienen los intereses sectoriales de nadie, sino que por el contrario la preeminencia está del lado de la salud pública y del medio ambiente. Por lo que frente a la existencia de la duda relevante, la aplicación -reitero- del principio precautorio deviene ineludible, porque la sola existencia de los niños afectados, la posible incidencia en otros destacados por el juzgador en base a la prueba rendida así lo determinan, ya que la crítica efectuada por el letrado de la Provincia al expresar sus agravios en relación a esta prueba no se disipan con el discurso de que lo dicho por los médicos no muestran rigor científico alguno, sino con una pericia científica en contrario que permita disipar de manera tajante la vinculación de aquellas patologías con el producto aplicado y esto no fue producido por la recurrente, pudiendo hacerlo.

Ahora bien, si por virtud de lo dicho la confirmación de la sentencia se impone en lo que refiere a la prohibición de fumigar ya sea terrestre o en forma aérea y en los límites señalados. Tal prohibición lo será por un plazo de seis meses contados desde que quede firme la presente, lapso en el cual el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Industria y Comercio de la Provincia deberá presentar al juez a quo un estudio conjuntamente con la Universidad Nacional del Litoral en el área que estime el mismo pertinente acerca del grado de toxicidad de los productos identificados al postular y si por los mismos es conveniente continuar con las fumigaciones o no. De igual forma el Ministerio de Salud efectuará durante igual lapso un estudio en los barrios comprometidos que permita discernir si durante ese período, las posibles afecciones que se denunciaron disminuyeron o no. Fecho lo cual y conforme el resultado obtenido, el Sr. Juez a cargo se expedirá sobre si corresponde continuar con la prohibición o bien adoptar una decisión distinta.

Que en cuanto a las costas, en lo atinente al rechazo de la demanda en relación a la Municipalidad de San Jorge, se imponen en ambas instancias por su orden, por haber tenido los actores razón plausible para litigar (art. 17 Ley 10.460). Mientras que en lo que hace a la Provincia de Santa Fe, corresponde confirmar la imposición efectuada por el Inferior y cargar las de esta instancia a la misma por aplicación del principio objetivo del vencimiento. **Voto por la afirmativa con el alcance indicado.**

Los **Dres. De César**is y **Drago** fundaron sus votos en las mismas razones expuestas por el Vocal preopinante y en su mérito **votaron también por la afirmativa y con igual alcance.**

A la **segunda cuestión**, el **Dr. Müller** dijo:

Atento al resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores, corresponde declarar desiertos los recursos de apelación interpuestos por Víctor Hugo Villarnovo, Maria Dora A. W. Durando y Gustavo Gaillard. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la Municipalidad de San Jorge, rechazado en su consecuencia la demanda contra la misma con costas en ambas instancias por su orden. Rechazar el recurso de apelación articulado por la Provincia de Santa Fe, confirmando el pronunciamiento venido en revisión con los alcances expuestos. Costas a la codemandada vencida. **Así voto.**

Los Dres. De Césarís y Drago votaron por igual pronunciamiento.

En mérito al acuerdo que antecede, la **SALA SEGUNDA DE LA CÁMARA DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL NÚMERO UNO, RESUELVE**: Declarar desiertos los recursos de apelación interpuestos por Víctor Hugo Villarnovo, Maria Dora A. W. Durando y Gustavo Gaillard. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la Municipalidad de San Jorge, rechazado en su consecuencia la demanda contra la misma con costas en ambas instancias por su orden. Rechazar el recurso de apelación articulado por la Provincia de Santa Fe, confirmando el pronunciamiento venido en revisión con los alcances expuestos, con costas a la codemandada vencida.

Con lo que concluyó el acuerdo firmando los señores jueces, por ante mi que certifico.

Regístrese, notifíquese y bajen.

MULLER

DE CESARIS

DRAGO