

## **A C U E R D O**

En la ciudad de La Plata, a 8 de agosto de 2012, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Hitters, Soria, Genoud, Kogan, Negri**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 111.706, "D. , J. E. F. Acción de amparo. Actor M. , M. C. y otro".

## **A N T E C E D E N T E S**

La Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Mercedes confirmó la sentencia que había desestimado la acción de amparo interpuesta.

Contra esa decisión, los vencidos, por sí y en representación de sus hijos menores, articularon recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Oída la señora Procuradora General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

## **C U E S T I Ó N**

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

### V O T A C I Ó N

**A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:**

I.1. M. C. M. y V. A.F. , por derecho propio y en representación de sus hijos menores, D. E. F. y G. J.F. , dedujeron acción de amparo contra el propietario de una parcela de campo lindante a la vivienda que los actores ocupan en el Partido de Alberti, ya que forma parte de un grupo habitacional mayor construido por el FO.NA.VI.

Persiguen los actores que se guarde una distancia de doscientos metros de la vivienda a partir de la cual se apliquen los plaguicidas en esa parcela rural afectada a la producción agrícola y que se controle el tipo de agroquímicos utilizados junto con la plantación de un cerco vivo para mitigar los efectos contaminantes ya que el 20 de octubre y 11 de noviembre de 2008 la familia los había padecido en sus cuerpos, a raíz de las tareas de fumigación llevadas a cabo en contravención con las normas que regulan esa actividad, produciendo, además, una afectación negativa del ambiente (fs. 3 a 57).

Los amparistas solicitaron, también, una medida cautelar innovativa (fs. 58) la que les fue otorgada

(fs. 83 vta./84) en base al informe previamente solicitado al I.N.T.A. Mercedes (fs. 66/70), por la cual se impidió al propietario del fundo la fumigación en las fracciones que individualizó la decisión.

Posteriormente, este último petitionó la modificación de la cautelar, lo que fue resuelto en sentido favorable (fs. 291/293; 299/301) provocando la apelación de los actores y la modificación por la alzada de la medida. A consecuencia de ello quedó el accionado autorizado a fumigar su campo luego de los treinta metros de la línea que lo separa de las viviendas lindantes, en forma mecánica y, en los últimos quince metros de esa franja, en forma manual, siempre que no hubiera viento ni lluvia (fs. 323/326).

Ordenado el traslado de la cuestión de fondo al propietario del inmueble (fs. 59) éste se presentó repeliendo la acción intentada (fs. 108/121).

Se abrió el juicio a prueba y se dictó sentencia rechazando el amparo incoado (fs. 360/370). Esto provocó la interposición del recurso de apelación por parte de los amparistas (fs. 373/399) cuyo resultado adverso motivó la interposición del recurso extraordinario en estudio.

2. La Cámara confirmó la sentencia recurrida, luego de reseñar el marco legal aplicable y las pruebas producidas en el expediente (fs. 418/426 vta.).

En esa tarea encontró no acreditada una lesión concreta a las personas y, en particular, a los niños, como tampoco afectación del ambiente (fs. 426 vta./427 vta.).

Agregó que no correspondía emitir opinión sobre la aplicación terrestre de los agroquímicos, ya que de esa forma legislaría sobre lo que ya se encontraba regulado y además, juzgaría sobre lo que es materia de la causa tramitada en sede municipal (fs. 427 vta.).

A su vez, consideró que la fumigación pudo haber generado una infracción, aunque no fue acreditada lesión alguna (fs. cit.).

Asimismo, desestimó la invocación del superior interés del niño ya que -según dijo- también los ciudadanos mayores poseían derecho a un ambiente sano (fs. cit./428).

II. Se agravan los amparistas denunciando la violación del Preámbulo y de los arts. 33, 41 y 43 de la Constitución nacional; de la Convención sobre los Derechos del Niño y Tratados Internacionales; 20, 28 y 36 inc. 8 de la Constitución provincial; la ley nacional 25.675; las leyes provinciales 7166; 10.669 y su decreto reglamentario 499/2001; 11.723 y 13.928; arts. 1071 y 2618 del Código Civil; los principios del derecho ambiental y los generales del derecho; aducen la incongruencia de la sentencia y consideran que hubo absurda valoración de la prueba.

Señalan que:

a) yerran los magistrados actuantes al desconocer la apertura jurisdiccional preventiva derivada de las normas ambientales que no aplicaron, donde se exige de la acreditación de un daño concreto, bastando una situación de peligro para que se adopten medidas preventivas, proporcionales y razonables. Ponen de relieve que el amparo ambiental es una especie de amparo, con requisitos y naturaleza propios; es una acción en base al art. 43, párrafos primero y segundo de la Constitución nacional, cuyo objeto es proteger el derecho regulado en el art. 41 de ese cuerpo legal y en las leyes 25.675 y 11.723. Destacan que del principio precautorio deriva la acción de cese ante la existencia de daño potencial o situación de peligro, lo que convierte en arbitraria la sentencia que exige la acreditación concreta del daño. Citan jurisprudencia en apoyo de su postura (fs. 518 vta./529 vta.);

b) no existe una evaluación y declaración de impacto ambiental expedida por la autoridad ambiental provincial o municipal a favor del demandado. Falta la necesaria intervención de profesionales porque la actividad agrícola desplegada requiere del uso de productos tóxicos que pueden tener efectos nocivos en la población y en los ecosistemas. Citan precedentes donde la justicia se ha expedido respecto del uso de agroquímicos (fs. 529/533 vta.);

c) la Cámara no apreció el dictamen emitido por la Jefa de Toxicología del Hospital de Niños de La Plata donde se ponen de relieve los perjuicios provocados por la exposición prolongada a la toxicidad que generan los plaguicidas denominados glifosato y cipermetrina, efectos que minimizaron los magistrados al considerarlos como "una mera sintomatología" (sic), tornando ello arbitraria la sentencia, pues no está acreditada en autos la absoluta inocuidad de los agroquímicos (fs. 534/537 vta.);

d) el pronunciamiento de la alzada -fruto de la errónea valoración de la prueba- es una decisión arbitraria al considerar que el incumplimiento por parte del demandado de las disposiciones legales referidas a la aplicación de agroquímicos constituya sólo una infracción. Surge del dictamen médico que los plaguicidas usados tienen toxicidad aguda y crónica para la salud humana. Agrega que la conducta del accionado desplegada por más de cinco años violó siempre la ley 10.699 y la Cámara no dispuso ninguna medida preventiva desconociendo de esta manera no sólo los principios contenidos en la ley general del ambiente de presupuestos mínimos sino también el art. 1071 del Código Civil (fs. 537 vta./543 vta.);

e) es inadecuado valorar los dictámenes emitidos por ingenieros agrónomos para resolver sobre la afectación de la salud de las personas cuando la utilización

de agroquímicos sin control puede afectar la salud en el largo plazo. Agrega que el I.N.T.A. falseó su informe porque no ha cumplido para su elaboración con la Resolución 350/1999 de la ex Secretaría de Agricultura de la Nación donde se realiza una clasificación de los agroquímicos de conformidad con la clasificación toxicológica que adopta la Organización Mundial de la Salud. Detalla los errores del informe para demostrar que los productos utilizados por el demandado son de Clase II o sea nocivos y peligrosos para la salud. Pone de relieve el informe existente en la página web oficial del I.N.T.A. respecto de la mayor afectación de los plaguicidas en los niños, situación que se encuentra expresa en el informe del doctor Jorge Kaczewer, académico de toxicología de la Universidad de Buenos Aires, a lo que suma las declaraciones del testigo E. A. C. quien declaró haber percibido los efectos de la fumigación en su domicilio por el característico olor (fs. 544/548);

f) existe denegación de justicia a partir de la decisión de los magistrados de no resolver sobre la cuestión planteada basándose en que configuraría un exceso de sus facultades, omitiendo de esa manera ordenar la medida preventiva que le fue peticionada, cuando la obligación de pronunciarse sobre el incumplimiento de la ley 10.699 viene impuesta por los arts. 15 del Código Civil y 171 de la Constitución provincial. Agrega que la Ordenanza Municipal 1690/2008 al establecer una excepción a la distancia de

prohibición de fumigar dentro de los mil metros del ejido urbano, permitiendo hacerlo en condiciones climáticas favorables, provoca la desnaturalización de la télesis de aquélla norma. Recuerda los principios del derecho ambiental y de los generales del derecho, como la analogía con el derecho comparado y la normal tolerancia, citando ordenanzas ambientales de la Municipalidad de San Francisco, en la Provincia de Córdoba, del Partido de General Pueyrredon en la Provincia de Buenos Aires y del municipio de Urduyruain, en la de Entre Ríos, como así también la doctrina y jurisprudencia elaborada respecto del art. 2618 del Código Civil (fs. 548/554 vta.);

g) constituye una arbitrariedad inadmisibles que en este caso no se pueda invocar el interés superior del niño, cuando es la Convención de los Derechos del Niño la que manda que le aseguran el goce del más alto nivel de salud posible en razón de su vulnerabilidad y limitada madurez (fs. 555/557);

h) el **a quo** resolvió en base a las fotografías, sin tener en cuenta que ellas muestran las ínfimas distancias del campo con la vivienda de los actores y por los resultados negativos de las muestras extraídas el 22 de diciembre de 2008 en su propiedad realizadas mucho tiempo después de los hechos denunciados, motivo por el cual los plaguicidas pudieron biodegradarse. Agregan que es una prueba

inválida porque fue realizada en otro proceso sin el control de las partes (fs. 516 y 557 y vta.);

i) los agravia que la Cámara no hiciera lugar a la medida para mejor proveer apartándose de lo dispuesto en el art. 38 de la ley 11.723 que establece que las sentencias desfavorables a los accionados no hacen cosa juzgada cuando lo es por falta de prueba, por lo que debió ordenar las medidas probatorias requeridas. Señalan, además, que con la aparición del paradigma ambiental se ha puesto en revisión las estructuras clásicas del derecho pues se ha reconocido como sujeto de derecho al ambiente y a la sociedad, por lo que la responsabilidad deja de ser reparatoria para ser anticipatoria y preventiva, en pos de la evitación del daño y el procedimiento pasa de ser dispositivo a cuasi inquisitivo. Cita doctrina de autor en apoyo de su postura (fs. 558/559 vta.).

III. Anticipo que en mi parecer el recurso debe prosperar -con el alcance que expondré más adelante- pues al decidir el **a quo** que no se configuran en el caso los presupuestos que habilitan la acción de amparo intentada, ha infringido el bloque normativo ambiental integrado por los arts. 43 de la Constitución nacional; 20 y 28 de la carta local; ley nacional 25.675 y 11.723 de la Provincia de Buenos Aires y los principios hermenéuticos que informan dicho plexo

normativo (como eficazmente lo denuncia el recurrente a fs. 518 vta./519); ha violentado, asimismo, el derecho que goza el actor a vivir en un medio ambiente sano (arts. 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana, "Protocolo de San Salvador"; 42 de la Constitución nacional y 28 de la Constitución provincial).

Coincido de tal modo con lo dictaminado por la señora Procuradora General en cuanto opinó que la sentencia recurrida ha violado la ley aplicable en materia de amparo ambiental, resolviendo el caso como si se tratara de un amparo común y con ello ha vulnerado la normativa específica de la materia que tiende a la protección de los derechos humanos de la parte actora, en especial el de gozar de un ambiente sano (fs. 587 vta.).

### **1. Antecedentes.**

Como dije, el fallo en crisis confirmó el de primera instancia que rechazó la acción de amparo por no encontrar reunidos los presupuestos procesales para su procedencia; esto es, que haya existido un acto lesivo - actual o inminente- y que la conducta del demandado se encuentre teñida de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta.

Al respecto, el voto que llevó el primer término principió por señalar que para establecer si correspondía "... hacer lugar al amparo y corregir de ese

modo la distancia a la que se aplican los productos sobre los sembradíos..." debía analizarse si de la prueba arrimada "... se desprende efectivamente que se haya afectado o puesto en altísimo riesgo y en situación de peligro irreparable la vida y la salud de los menores representados, de los actores y de las personas que habitan el barrio Fonavi de la Ciudad de Alberti"; y, por otro lado, si esa actividad "resulta adecuada a la normativa reglamentaria" (fs. 422).

Dicho sufragio, que contó con la adhesión de los restantes integrantes de la Sala, concluyó que "De la prueba producida se observa una falta de acreditación de una lesión concreta a las personas y, en particular a los menores que se han presentado como actores representados por sus padres..." (fs. 427).

En sentido concordante con esta línea de pensamiento, el voto en adhesión vertido por el doctor Gallo (quien se expidió en segundo término, y concitó luego la conformidad del tercer integrante de ese tribunal, doctor Lilo) reparó también en la ausencia de configuración de sendos extremos que tornan viable el amparo -el mentado acto lesivo actual o inminente y, la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta- concluyendo que las circunstancias de autos no abastecen las exigencias extraordinarias apuntadas, que habilitan la acción expedita de amparo (fs. 429).

## **2. Las particularidades del proceso ambiental.**

i. Antes de abordar el análisis de los agravios que porta el recurso en relación a los tópicos que acabo de reseñar, encuentro oportuno recordar, considerando el perfil específico de la pretensión esgrimida en el **sub lite** (acción de amparo tendiente al cese de una actividad que se reputa lesiva al medio ambiente) las consideraciones que en relación a esta particular especie procesal, expresé al emitir mi voto en la causa Ac. 60.094, "Almada" (sent. del 19-V-1998), reiteradas en Ac. 77.608, "Ancore" (sent. del 19-II-2002) y que el dictamen del Ministerio Público vertido en estas actuaciones ha tenido la gentileza de memorar.

Dije en aquella oportunidad que en el nuevo marco procesal es papel irrenunciable del juez el que hace a su participación activa con miras a la prevención del daño ambiental, donde debe buscarse "prevenir más que curar" (Cappelletti, "La protección de los intereses colectivos y de grupos...", texto de la conferencia pronunciada en ocasión de la Asamblea General de la Sociedad de Legislación Comparada, publicada en Revista de la Facultad de Derecho, México, n°s 105-106, enero-junio, 1971, p. 76).

Al respecto opina Morello que "Acaso lo **preventivo** de la protección y lo **efectivo** de la tutela que debe dispensar la jurisdicción sean las notas que en la década actual profundice la evolución de los principios y nuevas fronteras, impulsadas, en la mitad del siglo, por las

señeras lecciones de Couture y Calamandrei, primero y, más tarde, intensificadas por el pensamiento de Cappelletti y Trocker. El Movimiento del Acceso a la Justicia confirma el vigor de esa tendencia que se estampa en el art. 15 de la Constitución de Buenos Aires, reformada en 1994: 'La Provincia asegura la tutela judicial continua y **efectiva**'" e "Interna y externamente contamos con nuevas garantías y, además, que es lo que en verdad significa, que son más efectivas y llevan a cabo -respecto de los ciudadanos- una estimulante tarea docente que contribuye a repensar el derecho, y a un cambio de mentalidad acorde con el panorama de nuestro tiempo" ("Las garantías del proceso justo y el amparo en relación a la efectividad de la tutela judicial"; Revista Jurídica LL, ej. del 5-III-1996).

En el libro "Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos", (LEP Librería Editora Platense S.R.L.; La Plata, 1986) que el autor antes citado escribiera en colaboración con Gabriel A. Stiglitz, refiriéndose a las medidas cautelares y a guisa de conclusión 3ª del capítulo X, se expresa: "El carácter marcadamente preventivo, operante para restablecer situaciones de hecho o impedir desde el comienzo el avance de la destrucción o de la polución, saca las medidas cautelares de su quicio tradicional para hacerlas jugar en una función cuya justificación es connatural a situaciones regidas no sólo por

el derecho privado sino por el derecho público. **Masivas, continuadas, que se proyectan al futuro**" (v. pág. 167).

A conclusiones similares se llegó en el XI Congreso de Derecho Procesal (La Plata, 1981) donde quedó claro que debe admitirse la procedencia de una acción de cesación preventiva de toda manifestación, que al producir daños, v.gr., al medio ambiente o a la ecología, requiera la enérgica y perentoria neutralización de sus efectos negativos (4ª conclusión).

Para que tengan vigencia estos postulados "... debe concederse a los jueces -y estos deben ejercerlos- mayores poderes deberes (...) ello implica que los magistrados judiciales deben ejercitar dinámicamente todos los resortes que las leyes le confieren..." (véase, Morello y otros, "La justicia entre dos épocas", Ed. Platense S.R.L., p. 232).

En la misma obra, se dice al tratar el derecho al ambiente como derecho de la personalidad: "De allí el imperativo de transformar las concepciones judiciales para brindar tutela no sólo al derecho subjetivo, y ampliarla a los fenómenos reales de la vida colectiva, típicos de la sociedad moderna, que ponen en escena intereses impersonales y difusos, incuestionablemente dignos de la más enérgica y anticipada protección" y "En este marco, el derecho a vivir en un medio ambiente agradable, viene entendiéndose como una

ampliación de la esfera de la personalidad humana. Sucede que si bien el entorno natural se halla formalmente situado fuera del hombre, éste lo siente y defiende como propio, como parte de sí mismo, como un valor interior sobre el que no puede detentar una relación de dominio. En fin, en virtud de su continua e íntima conexión con la supervivencia y bienestar humano, el ambiente es jurídicamente un atributo fundamental de los individuos. Por dicha razón el derecho al ambiente halla ingreso en el ordenamiento jurídico como un derecho de la personalidad, atento inclusive que otros de ellos hoy indiscutidos (como la integridad física y la salud), se sustentan en el equilibrio ecológico propicio e indispensable para el bienestar psico-físico del hombre. Máxime en virtud que la categoría de los derechos personalísimos no configura un elenco cerrado y debe recibir en su seno nuevos intereses surgentes de las transformaciones sociales. Ahora bien, en cuanto los derechos de la personalidad son objeto de concreta tutela jurídica, las limitaciones o restricciones al pleno desarrollo de la persona derivadas de la contaminación ambiental (aún no generando un daño personal y directo a los individuos), son por sí mismas causa de la responsabilidad civil del agente, en cuanto confluyan los presupuestos generales del Derecho de daños" (v. págs. 192/3).

He transcripto tales argumentos -que comparto totalmente- pues con líneas precisas y claras resumen la índole de los derechos en juego en el **sub lite** y la gran

amplitud de criterio que merece el tratamiento de los temas del ya indiscutiblemente nacido -y en pleno desarrollo- derecho ambiental, que requiere justamente de una participación activa de la judicatura, la que si bien de alguna manera pudiera afectar el clásico principio de congruencia, en definitiva se traduce en un obrar preventivo acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos.

Como sostiene el autor español Luis De la Morena y De la Morena: "Las leyes ecológicas, ni se promulgan ni se derogan, simplemente se descubren y se acatan. Ello coloca necesariamente al Derecho -a todos los Derechos, dada la universalidad del fenómeno- en una posición de dependencia respecto de la Ecología, y a las decisiones que, en aplicación de él, deban tomar gobernantes y juristas bajo el pie forzado de los informes que, en cada caso, emitan los técnicos de turno" (Revista de la Administración Pública, n° 94; ene-abr, 1981, Madrid, "Actividades clasificadas y protección del medio ambiente", pág. 93). También nuestra doctrina, en "La Protección del Ambiente en la Reforma de la Constitución Nacional" de Humberto Quiroga Lavié (Revista Jurídica LL, ej. del 18-III-1996), se ocupa del tema desde el ángulo penal y considero ilustrativa su inclusión para destacar sus nuevas implicancias. Dice el autor que: "... la referencia a la naturaleza abre, a nuestro juicio, un trascendente debate sobre la definición o contenido del tipo

penal ambiental. Porque si el bien jurídico tutelado es no violar las leyes de la naturaleza y éstas no suelen ser conocidas con precisión sino después de haberse producido una afectación concreta, podríamos decir que el postulado de la tipicidad como ley previa puede quedar desplazado de esta materia. Si realmente hay un reenvío de la ley positiva al orden legal de la naturaleza, y este ordenamiento se encuentra en proceso de descubrimiento y precisión permanente, será difícil aplicar los postulados de la tipicidad penal, como ley previa, además, a la hora de disponer una condena. Si la ley natural no está codificada ni escrita, pues se está develando en pericias e investigaciones de impacto abiertas a la investigación ¿Cómo se compagina el principio de la tipicidad con esta realidad natural que verificamos fácilmente?" (al analizar la segunda parte del art. 41 de la Const. nac.). Por ello, **mutatis mutandi**, vemos que no sólo en el campo del derecho procesal civil se abren redefiniciones del pleito y del papel del juez frente a las nuevas realidades circundantes.

Acudiendo de nuevo a Morello y Stiglitz, aunque esta vez en "Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia" (nota a fallo LL, 1987-D-364) al referirse a la medida preventiva tomada por el juzgador de primera instancia del fallo que comentan, dicen: "Creemos, sin embargo, que ese

proceder de carácter propio de órgano jurisdiccional y sabor cautelar por su rol preventivo, en consonancia con la responsabilidad social que le incumbe, corporizándose en mandatos positivos a las partes y a los funcionarios públicos, era el más idóneo. Que no podía ser reemplazado por otras vías, salvo cruzarse de brazos hasta que aconteciera otro daño irreparable similar, que hubiera provocado la promoción de otra acción resarcitoria, dispendio de actividad y resultado social insolidario, con la consecuencia de volver a condenar a un resarcimiento de daños causados, que debieron evitarse. El juez actuó así perfectamente: reparó la lesión presente y dispuso las previsiones útiles de acuerdo a las circunstancias, destinadas a evitar que se **'siguieran produciendo en el futuro'**". Y "Desde este enclave no hay, pues, quiebra alguna del principio de congruencia, toda vez que lo que venimos analizando responde a otros registros que es frecuente converjan en un caso judicial: poderes inherentes al juez que respaldan su actuación en la armoniosa aplicación de **todo el ordenamiento**, y que, con responsabilidad social, le impele a ejercer activamente. Despliega así un régimen de obligaciones procesales y fijación de competencias y prestaciones activas a cargo de una o varias de las partes, de terceros o de funcionarios públicos. Que revisten fuertes tintes de carácter preventivo, cautelar, de urgencia e inciden, por consiguiente, en el objeto (cosa o bien de la vida) o contenido del litigio determinante. Y no valen sólo **inter partes** sino que, con

amplitud subjetiva necesaria, cubren la finalidad de prevenir daños indeterminados o potencialmente colectivos, frente a la amenaza cierta (incomprobada) de una causa productora de daños. Que ni el juez ni la sociedad deben recorrer el riesgo de que acontezcan si, jurídicamente, son y pueden (deben) ser evitados".

ii. Advierto, por otra parte, que la materia sometida a juzgamiento importa, además, pronunciarse acerca de la procedencia de la tutela preventiva del derecho a la salud de la población en general, y de los menores amparistas, en particular.

Sobre esa base, resulta oportuno recordar que La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que **"el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos"** (caso Ximenes López, Sentencia del 4 de julio de 2006, Serie C n° 149, párr. 124; caso Baldeón García, sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C n° 147, párrs. 82 y 83; caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C n° 146, párrs. 150, 151 y 152; caso de la Masacre de Pueblo Bello, sentencia del 31 de enero de 2006, Serie C n° 140, párrs. 119 y 120; caso de la Masacre de Mapiripán, sentencia del 15 de septiembre de 2005, Serie C n° 134, párr. 232; caso Comunidad Indígena Yakye Axa, sentencia del 17 de junio de 2005. Serie

C n° 125, párrs. 161 y 162; caso Huilca Tecse, sentencia del 3 de marzo de 2005, Serie C n° 121, párrs. 65 y 66; Caso Instituto de Reeducción del Menor, sentencia del 2 de septiembre de 2004, Serie C n° 112, párrs. 156 y 158; caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, sentencia del 8 de julio de 2004, Serie C n° 110, párrs. 128 y 129; caso 19 Comerciantes, sentencia del 5 de julio de 2004, Serie C n° 101, párrs. 152 y 153; caso Juan Humberto Sánchez, sentencia del 7 de junio de 2003, Serie C n° 99 párr. 110; caso de los Niños de la Calle -Villagrán Morales y otros- sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C n° 63, párr. 144); añadiendo que **"los derechos a la vida y a la integridad humana se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud humana"** (Corte I.D.H., Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador, sentencia del 22 de noviembre de 2007, Serie C n° 171, párr. 117).

De modo concordante, ha expresado con insistencia la Corte federal que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona; la vida y su protección constituyen un bien fundamental en sí mismo, destacándose su reconocimiento normativo a nivel supranacional (C.S.J.N., "Floreancig", Fallos: 329:2552 y "Hospital Británico", Fallos: 324:754, donde se enfatizó su consagración como garantía constitucional explícita). En esa línea, tempranamente afirmó el carácter preeminente que tiene con relación a los demás derechos (C.S.J.N., "American Cyanamid

Company", Fallos: 278:313), criterios estos que deben orientar el sentido de las decisiones judiciales (C.S.J.N., "E.R.E.", Fallos: 324:677, voto del doctor Vázquez). En esta materia los jueces tienen el deber de encauzar el trámite a través de vías expeditivas que compatibilicen con la naturaleza urgente de las pretensiones (C.S.J.N., "Lifschitz", Fallos: 327:2413).

iii. Las pautas que anteceden -plenamente trasladables al caso sometido a juzgamiento- ponen en evidencia que las decisiones judiciales dictadas en el **sub discussio** aparecen como erróneas y marcadamente contrarias a la apertura jurisdiccional preventiva que surge de las normas aplicables al caso (arts. 30 de la ley 25.675 y 36 de la ley 11.723, en concordancia con los arts. 41 y 43 de la Constitución nacional y 20 y 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

En los apartados que siguen me avocaré a fundar la conclusión que acabo de anticipar.

### **3. La configuración de los presupuestos procesales de la vía intentada.**

Atacan los quejosos la decisión recurrida en tanto declaró que no se reunieron en el caso los presupuestos necesarios para la viabilidad del amparo, vale decir, la

existencia de un acto lesivo y el obrar arbitrario o ilegal del demandado.

Trataré por separado ambos aspectos del embate.

a) **Acto lesivo -actual o inminente-**: Al abordar el análisis de este extremo de la pretensión actoral, consideró el **a quo** los antecedentes probatorios reunidos en el expediente y concluyó que no se había satisfecho el extremo en cuestión, puesto que no se demostró en el caso una lesión concreta a las personas, y en particular, a los menores actores (fs. 427). Preciso que sobre este punto "... no existen más que algunos testimonios que dan cuenta de la existencia de alguna sintomatología pero que no podría alcanzar como para dar lugar a la acreditación de la lesión" (fs. cit. el subrayado me pertenece).

Añadió aún, que "... de tenerse por cierta la fumigación terrestre por parte de los accionados mediante la utilización de agroquímicos fuera de los límites permitidos o en cantidades mayores a las que pudiese tolerar el ser humano, tampoco se ha logrado demostrar que tal acción haya causado perjuicio contaminante" (fs. 427 vta., el subrayado me pertenece).

i. El recurso controvierte tal conclusión, argumentando -eficazmente, según ya adelanté- que tratándose

de una acción de amparo ambiental tendiente a obtener el cese de una actividad (fumigación terrestre con agroquímicos en cercanías de un ejido urbano) respecto de la cual existe -en función de la prueba producida- una duda razonable acerca de su peligrosidad para la población, la petición ha de ser decidida favorablemente por aplicación del "principio precautorio" establecido en el art. 4 de la ley 25.675 (fs. 516 vta.). Recuerda que esta norma, dispone que "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 ambiente".

Concretamente, señala que "... no puede analizarse o resolverse el presente amparo ambiental exigiendo a los accionantes la carga de acreditar la existencia de un daño concreto...", pues la respuesta jurisdiccional ha de elaborarse a través del contenido que informa a dicho bloque. Y desde esta perspectiva legal -concluyen- basta una situación de peligro basada en hechos y datos objetivos para darle curso a la acción (fs. 519).

Enfatizan los recurrentes acerca del carácter **preventivo** de la pretensión incoada, cuya viabilidad no queda subordinada a "la comprobación de un daño concreto ya acaecido y provocado, sino la situación de peligro o daño

potencial de datos objetivos y que habilita la protección inmediata" (fs. 520 vta.).

Añaden que es ese, justamente, el marco delineado por la normativa en la que se fundó la acción. Así, explican que "el art. 36 de la ley 11.723 es categórico y rotundo. *En los casos en que el daño o la situación de peligro sea consecuencia de acciones u omisiones de particulares ... podrán acudir directamente ante los tribunales ordinarios competentes ejercitando: a) acción de protección a los fines de la prevención de los efectos degradantes que pudieran producirse*" (fs. 520 vta./521).

Finalmente precisan que "En el fallo apelado es incontrastable que el **a quo** inaplica el principio precautorio dado que frente a la acción interpuesta en términos de una acción de cese y solicitud de medidas preventivas ante una situación de peligro (...) requiere y exige la existencia de un daño, cuando la esencia del principio, excluye la existencia de un daño conocido" (fs. 522).

ii. He de advertir, desde el inicio y por una cuestión metodológica (pues su precisión definirá los confines de la competencia revisora de esta Corte) que la crítica así postulada trasciende la mera discrepancia acerca de la valoración de los elementos probatorios realizada por la alzada (típica cuestión de hecho ajena por vía de

principio a esta instancia extraordinaria), instalándose en el territorio de la **questio iuris**.

Pretende el embate demostrar que la Cámara ha subsumido los extremos de hecho comprobados en la causa en una norma jurídica equivocada, desplazando así aquella que por su específica vocación de aplicación (me refiero a las normas que receptan el "principio precautorio", en particular, el art. 4 de la ley 25.675), debió prevalecer por sobre la seleccionada por el sentenciante. Desde ese mirador, la tesis del recurrente apunta a evidenciar un claro motivo de casación (errónea aplicación de la ley), al exigir el sentenciante un extremo fáctico diferente al previsto en la norma aplicable al caso.

Juzgo acertada la conclusión expuesta por los amparistas en el sentido de considerar "un yerro jurisdiccional inadmisibles que el **a quo** exija la acreditación de un daño concreto" para la viabilidad de la acción intentada, cuando debió ponderar -en función, insisto, de la particular fisonomía de la pretensión actuada- si en el caso, la fumigación a escasa distancia de la vivienda de los actores representa una situación de peligro inminente o daño potencial para la salud de los actores y si dicha conducta es -también potencialmente- lesiva al medio ambiente.

iii. La precedente conclusión a la que arribo surge clara ni bien se repara en la virtualidad que produce el "principio precautorio" (plasmado normativa en el art. 4 de la ley 25.675) en la dinámica del proceso ambiental.

Con relación al tópico, el voto de los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco y Fayt (Fallos: 333:1849) precisó que "... la aplicación del principio precautorio -el cual, como principio jurídico de derecho sustantivo, es una guía de conducta- establece que, cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente (art. 4° de la ley 25.675)" (C.S.J.N., "Alarcón", sent. del 28-II-2010, consid. 7°).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en otra especie, señaló que este postulado "... produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiesten. Por el contrario, el administrador que tiene ante si dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un

adecuado balance de riesgos y beneficios. La aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable..." (C.S.J.N., "Salas", Fallos: 332:663, sent. del 26-III-2009, consid.2°).

He expresado al emitir mi voto en la causa "Boragina" (C. 89.298, sent. del 15-VII-2009) que en una materia tan cara a la tutela medioambiental [en aquel caso, la calidad del agua] rige el **principio precautorio**, regla según la cual cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces (art. 4 de la ley 25.675).

En la causa "Capparelli" (C. 103.798, sent. del 2-XI-2009), esta Suprema Corte tuvo oportunidad de precisar a través del voto del ministro ponente, el doctor Pettigiani, que "La ley 25.675, nominada Ley General del Ambiente, contiene los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente. Entre sus objetivos detallados en el art. 2 está la de prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente. El art. 3 establece su aplicación en todo el territorio del país, define a sus normas de orden público y operativas y que, además, servirán como pauta de interpretación y aplicación de la legislación específica

sobre la materia. Seguidamente, y como consecuencia de ser una norma de presupuestos mínimos, establece los principios que toda legislación sobre el ambiente debe contener y la utilización de aquéllos como pautas de interpretación. Entre ellos están el principio de prevención por el que se atenderán en forma prioritaria e integrada los problemas ambientales tratando de prevenir efectos negativos sobre el ambiente; y el principio precautorio que permite ante la falta de información o certeza científica adoptar medidas eficaces para impedir la degradación del ambiente frente al peligro de daño grave e irreversible". Añadió el citado precedente, que la ley 11.723 integra el sistema legal encabezado por la ley nacional.

Concluyó luego ese precedente que "... cuando hay peligro de contaminación en el ambiente, la legislación específica a la que hemos hecho referencia, permite el acceso a la justicia en forma rápida con el objeto de impedir la degradación o ya producida repararla en lo inmediato, erigiéndose la vía del amparo como la más adecuada para el efectivo cumplimiento de los fines de las leyes de protección ambiental, en base a los principios de prevención y precautorio que la sustentan".

No es de extrañar, entonces, que el devenir del juicio ambiental adquiriera una particular fisonomía en virtud de la vigencia de esta regla sustantiva (el principio

precautorio). Así lo insinúa Lorenzetti cuando en relación al tema explica: "parece claro que hay que probar, al menos, la probabilidad de ocurrencia de un daño grave, porque si nada de ello se demuestra, la actividad es inocua y debe ser aprobada. La principal cuestión se centra, normalmente, en relación al nexo causal, de modo que debería probar al menos un escenario de ocurrencia de un daño grave. Este último aspecto -continúa- es importante porque debe haber un umbral del acceso al principio precautorio, ya que de lo contrario siempre se puede argumentar que cualquier actividad en el futuro cercano o lejano podrá causar daños". Y concluye: "La incertidumbre requiere determinar si al momento de tomar la decisión existe falta de conocimiento científico sobre la probabilidad de un daño grave e irreversible, y en tal caso ordenar las medida de investigación para reducirla. Si se agotan las investigaciones, debería probarse, al menos, un escenario en que la actividad produzca un daño grave e irreversible, para descartar los supuestos inocuos" ("Teoría del Derecho Ambiental", LL, 2008, p. 78-79).

Y precisamente en este reflejo procesal del tema que vengo analizando cobra vigor lo que puntualizaran Morello y Cafferatta, en el sentido de que "el principio precautorio 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" ("Visión procesal de cuestiones ambientales", Rubinzal Culzoni, 2004, p. 77).

Vale decir entonces, que en materia de amparo ambiental y por virtud del principio tantas veces aludido plasmado en el art. 4 de la ley 25.675, la falta de certeza absoluta -por ausencia de información científica- acerca de la vinculación causal existente entre la conducta denunciada y las posibles consecuencias lesivas al ecosistema, no puede erigirse -como antes dije- en una valla para el progreso de esa vía procesal urgente, en la medida en que tal grado de incertidumbre se relacione con el peligro inminente de producirse un daño grave al medio ambiente.

Tal es, precisamente, el específico prisma que ha soslayado el sentenciante al condicionar la apertura jurisdiccional a la acreditación de una lesión concreta en la persona de los reclamantes y que evidencia, según adelanté, la infracción normativa denunciada.

iv. Por lo demás, es el propio régimen legal que da apoyatura a la pretensión amparista (la ley 11.723 de la Provincia de Buenos Aires) el que habilita el andamiaje de la vía contemplando una hipótesis de peligro que no llega a perfilar la configuración de un daño cierto.

En efecto, luego de regular el art. 34 la "defensa jurisdiccional" en relación a las acciones del

Estado, cuando a consecuencia de estas "se produzcan daños o podiera derivarse una situación de peligro al ambiente y/o los recursos naturales ubicados en territorio provincia", dispone -ya en el art. 36- que "en los casos en que el daño o la situación de peligro sea consecuencia de acciones u omisiones de los particulares, el afectado (...) podrán acudir directamente ante los tribunales ordinarios competentes ejercitando (...), a) acción de cese a los fines de la prevención de los efectos degradantes que pudieran producirse".

v. Se comprende, a esta altura, que para juzgar acerca de la configuración del presupuesto aquí abordado la Cámara debió indagar cuál era el grado de probabilidad de que la actividad conduzca a la consecuencia lesiva denunciada, asumiendo en dicho análisis un cierto grado de incertidumbre mayor al exigible en la generalidad de los supuestos; y ello, precisamente, en función de la materia sobre la que recae la pretensión y por aplicación del principio precautorio cuyo perfil he delineado en los pasajes que anteceden.

vi. Desde ese mirador, los extremos que emergen como comprobados en la causa conducen a conclusiones muy diferentes a las vislumbradas por el sentenciante.

En efecto, luce a fs. 66/67 informe del I.N.T.A. Mercedes advirtiéndome acerca de las condiciones en

que deben ser aplicados los agroquímicos en debate para prevenir posibles consecuencias nocivas a la salud. Puntualiza dicho instrumento -con especial referencia a las condiciones climatológicas- que deben extremarse las previsiones en su aplicación tratando de evitar la eventualidad posible de que estos pudieran entrar en contacto con terceros. El viento, se señala allí, influye en la fumigación, porque "... va produciendo un corrimiento que puede alcanzar, si se está trabajando en el borde de un lote, a otro lote (propio o de terceros)...".

Advierte el citado informe que "... también puede ocurrir que alcance a la población y sus plantaciones naturales y/o cultivos ornamentales (flores, por ejemplo), de autoconsumo y/o de renta (huerta por ejemplo)..." . En relación a ello, fue el propio demandado quien se encargó de señalar la existencia en la vivienda de los habitantes del barrio lindero de "durazneros", "plantación de tomates" y "maíz" (fs. 113 y vta.), dato este que además de incontrovertido, se corrobora con las placas fotográficas que esa parte demandada adjuntó a fs. 101/106 y que ilustran acerca de la existencia de tales plantaciones, así como de su marcada cercanía -escasos metros- con el sembradío fumigado con agroquímicos (ver, en particular, fs. 101, 104 y 105).

Por otra parte, respecto del grado de compromiso a la salud humana que pudieran derivarse de esta actividad, adquieren significación los testimonios que dan cuenta de algunos síntomas que podrían tener vinculación con la actividad de fumigación denunciada. Así, el testigo M. declaró que luego de la fumigación sufrió picazón y ardor en los ojos, y que tales efectos cesaron recién luego de que tomara un baño (fs. 163 vta.). En el mismo sentido, el testigo S. manifestó haber padecido ardor en los ojos y sequedad en la boca (fs. 159 vta.).

Con relación a ello, la copia del informe obrante a fs. 63 suscripto por la doctora Ana María Girardelli, Directora del Servicio de Toxicología del Hospital de Niños de La Plata (producido en los autos "D. V. , O. c.D. , A. s. amparo", que si bien no ha podido ser reproducido en las presentes atento la negativa del **a quo**, el mismo ha sido objeto de expresa valoración por el sentenciante de grado a fs. 422 y vta.), precisó con relación a estos productos que el químico utilizado "se absorbe por vía cutánea e inhalatoria", señalando su acción irritante sobre el cuerpo humano.

Por otra parte, a fs. 177/189 luce informe producido por el Centro de Divulgación Científica de la Facultad de Farmacia de la Universidad de Buenos Aires suscripto por el médico Jorge Kaczewr, dando cuenta de los

efectos de los agroquímicos como el glifosato en la salud humana, todo lo cual confiere un sentido corroborante a lo expresado en las citadas testimoniales.

vii. No puedo soslayar en este análisis, un dato que emerge de la realidad y que ha tenido reflejo normativo en la sanción del decreto del Poder Ejecutivo nacional 21 del 16 de enero de 2009 (B.O. del 19-I-2009). Me refiero a la preocupación manifestada en el seno de la sociedad a partir de ciertos sucesos que afectaron a algunos sectores de la población presuntamente expuestos de manera continua-da al contacto con productos agroquímicos.

Dicha norma, que tuvo como objeto la creación de la "... Comisión Nacional de Investigación, prevención, asistencia y tratamiento en casos de intoxicación o que afecten, de algún modo, la salud de la población y el ambiente, con productos agroquímicos...", señaló en sus considerandos como uno de los antecedentes que motivaron su dictado, "... los casos denunciados de intoxicación con agroquímicos por fumigación de campos linderos al Barrio Cordobés de Ituzaingó de la PROVINCIA DE CORDOBA que salieran a la luz luego de haberse detectado determinadas enfermedades oncológicas y diversas patologías en vecinos de la población urbana". Se reparó allí, en la necesidad de adoptar "... el uso responsable de productos químicos y sustancias agroquímicas, de manera que sustenten las mejores condiciones

posibles para promover la salud pública y la integridad del ambiente".

En ese contexto reglamentario propiciado por la norma que acabo de referir, se dictó la Resolución 276/2010 del Ministerio de Salud (B.O. del 16-II-2010), que creó el "Programa Nacional de Prevención y Control de Intoxicaciones por Plaguicidas", cuyos objetivos -entre otros enunciados en sus considerandos- son los de propender a la información, concientización y sensibilización continua y sostenida de la población en la materia, señalando que "... las intoxicaciones por plaguicidas constituyen uno de los principales motivos de consulta a los CIAATs [Centros de Información, Asesoramiento y Asistencia Toxicológica] del país, y en consecuencia resulta necesario fortalecer las acciones de vigilancia epidemiológica a fin de obtener registros y monitorear a largo plazo sus impactos en la salud de la población". Ello, con el confesado propósito de "... instalar propuestas de construcción de hábitat saludable, que contemplen los aspectos socioculturales de las comunidades involucradas".

Con particular vinculación a la problemática abordada en el **sub lite** el Anexo I aprobado por dicha norma precisa que "Los plaguicidas [que son los enunciados en el artículo 2 de la resolución, y que incluye sin distinción a los 'químicos para uso agrícola'] son tóxicos para el ser

humano y el ambiente. La exposición a ellos, sin las precauciones adecuadas, puede causar intoxicaciones agudas, agudas o crónicas, según las circunstancias y el tiempo de exposición. Algunas manifestaciones de intoxicación con plaguicidas son relativamente fáciles de relacionar con esta causa, pero otras no, como es el caso de los tumores o los trastornos de la reproducción y el desarrollo".

"... La educación de los agentes sanitarios, de los productores agrícolas y aplicadores -continúa- son medidas preventivas de enorme impacto sanitario". Y concluye: "Diversos estudios han demostrado un importante subdiagnóstico de las intoxicaciones por plaguicidas derivado de la inespecificidad de la sintomatología, de la escasa capacitación médica en estos problemas y del ocultamiento de la información que hace el paciente sobre la exposición al producto. Esto ocasiona un subregistro y una subnotificación al Sistema de Vigilancia de Salud. Asimismo, se ha estimado que el 50% de los intoxicados no acude a la consulta médica...".

viii. Concluyo pues que en el **sub discussio**, los extremos fácticos acreditados vistos a la luz de las consideraciones jurídicas que anteceden tornan desacertadas las conclusiones del fallo en orden a la ausencia del recaudo de admisibilidad analizado, toda vez que dichos elementos permiten inferir una probabilidad cierta de que se verifique

la consecuencia lesiva que se pretende evitar con la acción intentada.

Para utilizar el giro gramatical vertido en la pieza recursiva: "... no está acreditada la absoluta inocuidad de los agroquímicos que el demandado utiliza a gran escala a escasos metros de la vivienda de los actores y con ello no se puede concluir que no exista -a la luz del principio precautorio- situación de peligro a la salud..." (fs. 537 y vta.).

b) **Arbitrariedad o ilegalidad manifiesta:** Con relación al tópico aquí abordado el voto que abrió el acuerdo (que contó luego con la adhesión de los restantes integrantes del tribunal) ha practicado un juicio tangencial respecto de la licitud de la conducta denunciada. En efecto, sólo se limitó a señalar que "... la legislación nacional, provincial y municipal se avoca, a los requisitos que deben guardarse para la aplicación terrestre de agroquímicos, por lo que introducirme sobre la cuestión en definitiva sería de algún modo legislar y de otro poner a juzgar si la actividad enmarcó dentro de la legislación, situación que de por sí fue y es materia de la causa municipal" (fs. 427 vta.).

Añadió a ello, que "En el presente no puede ser invocado 'el superior interés del niño' como circunstancia especial y distinto al de los ciudadanos

mayores que también poseen derecho a un ambiente sano" (fs. 427 vta.).

De su lado, la ampliación de fundamentos vertida por el doctor Gallo con motivo de adherir al primer voto formuló alguna precisión respecto de esta cuestión, con consideraciones que también hicieron mayoría al concitar la conformidad del tercer integrante del cuerpo, doctor Lilo.

Se dijo allí que "... sin perjuicio de haber reconocido los demandados haber fumigado en alguna oportunidad sin la respectiva licencia del empleado autorizante, desde el momento que la instalación del barrio aparece como posterior a la explotación agropecuaria, que la agricultura es una práctica que en nuestro país es de las más desarrolladas e influyentes del mundo con todo lo que ello implica, no se advierte que las técnicas denunciadas resulten arbitrarias o ilegales de modo manifiesto..." (fs. 428 vta./429. El subrayado me perte-nece).

i. También en este aspecto la decisión fue objeto de embate, denunciándose que el demandado asume una conducta consuetudinaria de más de cinco años en violar la normativa sobre aplicación de agroquímicos (fs. 538). Puntualiza que el accionado "No requirió la autorización a la Municipalidad de Alberti que conforme Ordenanza Municipal 1690 debe solicitarse..." (fs. 541).

ii. Estimo necesario rescatar -de la nutrida legislación de fuente nacional, supranacional, provincial y municipal relativa al tema- algunas previsiones normativas que contribuirán a la correcta dilucidación del caso.

Así y, en primer lugar, he de advertir que la ley 10.699 de la Provincia de Buenos Aires instituyó un régimen cuyos objetivos consisten en la protección de la salud humana, los recursos naturales y la producción agrícola, a través de la correcta y racional utilización de los agroquímicos, como así también la de evitar la contaminación de los alimentos y del medio ambiente (art. 1). A tenor de lo expresado en sus fundamentos, la regulación del uso de los agroquímicos persigue una correcta y adecuada utilización de los mismos, con el fin de proteger la producción agropecuaria de prácticas irracionales, los recursos naturales renovables y la salud humana, minimizado la contaminación del medio ambiente.

En una mención meramente enunciativa, dicha norma detalla los productos cuya aplicación queda comprendida en la regulación normativa (art. 2), instituyendo al Ministerio de Asuntos Agrarios el rol de organismo de aplicación de la ley (art. 3); siendo de destacar que entre otras funciones, se previó la de implementar programas de capacitación e investigación en el manejo y uso de agroquímicos, con la finalidad de aumentar la eficiencia de

su aplicación así como disminuir los riesgos de intoxicación y contaminación del medio ambiente (art. cit.).

Por decreto provincial 499/2001, se precisó que el organismo de aplicación actuaría a través de la Dirección de Agricultura y Sanidad Vegetal (art. 1), reglamentándose, además, diversos aspectos de aquella norma.

En el ámbito local, el Honorable Consejo Deliberante de Alberti dictó la ordenanza 1690, que -en lo que interesa- contiene idénticos objetivos y ámbito de aplicación definidos en la citada ley 10.699 (conf. arts. 1 y 2). En sus considerandos, se enuncia la necesidad de "... reducir al mínimo los peligros y riesgos que supone la utilización de agroquímicos para la salud y el medio ambiente", en tanto que tratándose de productos tóxicos, "... su aplicación incorrecta acarrea graves inconvenientes ambientales y sanitarios; consecuencias que pueden y deben ser evitadas a través de un contralor eficiente por parte de las autoridades encargadas".

En orden a la concreta regulación de la actividad sometida a juzgamiento, dispone: "IV.- Aplicaciones terrestres. Artículo 4ª). Se denomina 'zona ecológica protegida' a la distancia de 1000 metros entre el núcleo poblacional de la ciudad cabecera y demás poblaciones del Partido, y el lugar de aplicación. En dicha área sólo podrán

realizarse aplicaciones terrestres cuando las condiciones climáticas y factores eólicos no impliquen riesgos para la población...".

Su art. 5 encomienda el control del cumplimiento de la regulación a la Dirección de Bromatología y Medio Ambiente, dotándola de facultades para adoptar medidas preventivas y de cese, sin perjuicio de la competencia atribuida a la justicia de faltas.

Surge claro en mi opinión cual es el alcance de la norma con directa vocación al caso: parte el dispositivo de una restricción absoluta al uso de los agroquímicos comprendidos en su ámbito (que son los productos definidos concordantemente en la ley 10.699), dentro de la denominada "zona ecológica protegida".

Dicha regla sólo cede frente a la configuración de los presupuestos de excepción precisamente delineadas en la norma: esto es, la conjunción de condiciones climáticas y factores eólicos que garanticen la inexistencia de riesgos a la salud y el medio ambiente.

En orden a la operatividad práctica de la excepción prevista en la norma (que, como tal, es de interpretación restrictiva), cuadra formular alguna precisión adicional.

Por lo pronto, en tanto se ha encomendado el control del cumplimiento de la regulación a la autoridad administrativa (art. 5 citado), es requisito indispensable para la dispensa allí prevista la previa emisión del pertinente acto administrativo de autorización, que, como tal, habrá de estar debidamente motivado, e integrado con los antecedentes técnicos indispensables a tal fin (art. 108 dec. ley 7647/1970, ídem, Ordenanza General 267/1980). Ello así, desde que tal exigencia se ciñe con carácter general sobre todo acto administrativo como condición de su validez, de suerte tal que pueda ser objeto de suficiente control por el administrado (doct. de B. 52.931, sent. del 22-II-2000; B. 53.911, sent. del 7-III-2001; B. 56.928, sent. del 22-X-2003; B. 52.891, sent. del 15-XI-2006).

Pero además y como quiera que dicho pronunciamiento importará autorizar la realización de una actividad que en principio se encuentra prohibida y con potencial aptitud de producir consecuencias disvaliosas en el medio ambiente y la salud de la población, el procedimiento de formación de la voluntad estatal deberá garantizar un mecanismo de participación ciudadana a fin de satisfacer los requerimientos impuestos por previsiones de raíz constitucional y legal (arts. 28, tercer párr. de la Carta provincial; 2 inc. 2, 19, 20 y 21 de la ley 25.675 y 2 inc. c y 5 de la ley 11.723).

Con relación al t3pico, he expresado al emitir mi voto en la causa "Rodoni" (A. 68.965, sent. del 3-III-2010) que la participaci3n ciudadana en los procesos de protecci3n, mejoramiento o restauraci3n del ambiente (que tambi3n tiene base normativa en los arts. 19, 20 y 21 de la ley 25.675), reconoce su ra3z en la garant3a que plasma el art. 28 de la Carta local, en cuanto consagra el deber del Estado de garantizar el derecho a solicitar y recibir la adecuada informaci3n y a participar en la defensa del ambiente, de los recursos naturales y culturales; y ello -no ser3 en vano destacarlo- constituye un mecanismo tendiente a garantizar el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano (art. 1 del Protocolo Adicional a la Convenci3n Americana, "Protocolo de San Salvador"; 41 de la Constituci3n nacional y 28 de la Constituci3n de la Provincia de Buenos Aires).

iii. Se3ala en tal aspecto el recurrente que la ausencia en el caso de la mentada autorizaci3n ha quedado acreditada en el expediente y con ello, la ilegalidad de la conducta que habilita la procedencia de la acci3n.

En efecto, el accionado neg3 haber infringido la Ordenanza Municipal 1690 (fs. 110). Sin embargo, afirma haber fumigado con el producto Atrazina sobre un sembrado que "... fue implantado a m3s de siete (7) metros del alambrado medianero que separa el campo con el inmueble de los

accionantes (...) a una altura de 40 centímetros del suelo...", precisando que en tales condiciones "su dispersión por deriva es prácticamente nula". Añade que los días de aplicación comprobó que el viento soplaba hacia el interior del campo (fs. 111 y vta.).

Sin embargo, no ha ofrecido prueba ni obran en la causa elementos tendientes a acreditar la expedición, por parte de la repartición administrativa pertinente, de la inexcusable autorización municipal, única alternativa que - mediante acto debidamente motivado y previa participación ciudadana, según ya precisé- hubiera permitido eludir la restricción de aplicar los agroquímicos a una distancia inferior a los mil (1000) metros de la vivienda de los actores (art. 4, Ord. 1690).

Muy por el contrario, el testimonio de C. , a la sazón encargado de la aplicación práctica del agroquímico, no sólo confirmó la escasa distancia entre la zona fumigada y el inmueble de los accionantes realizada con una máquina autopropulsada tipo "mosquito", sino que, indagado acerca de la existencia de autorización, expresó: "... el dueño del campo fue a pedir una autorización a la Municipalidad pero el encargado de dar esas autorizaciones estaba de vacaciones, por lo que el estado fenológico del cultivo avanzaba y se fumigó igual...", dando luego razón de sus dichos (fs. 137). Concordantemente, obra a fs. 204 copia de la declaración

vertida por el citado testigo en la causa municipal donde formuló manifestaciones de idéntico tenor.

iv. Concluyo, pues, con relación al presupuesto analizado, que la accionada ha desplegado una conducta abiertamente violatoria de la normativa específica en la materia (art. 4 de la Ord. 1690 de la Municipalidad de Alberti), al haber realizado tareas de fumigación dentro de la "zona ecológica protegida" allí definida, careciendo de la pertinente autorización.

Tal comprobación, evidencia la ilegalidad manifiesta requerida para la apertura de la vía intentada.

#### **4. Conclusión y propuesta decisoria.**

i. De conformidad a los desarrollos que anteceden, juzgo que se verifica el motivo de casación denunciado (art. 289 inc. 1 del C.P.C.C.), en tanto el dispositivo sentencial recurrido aplicó una regla jurídica equivocada al caso sometido a juzgamiento soslayando aquella que tenía directa vocación (art. 4, ley 25.675) y, concluyó entonces erróneamente, que no se configuraban los presupuestos de la acción intentada. En consecuencia, la sentencia ha de ser revocada.

ii. Debo abordar ahora la faz de composición positiva del pleito (art. 289 inc. 2 del C.P.C.C.) y en tal tarea advierto que la petición que trae el líbelo de inicio

no coincide exactamente con el contenido normativo que surge de la reglamentación que he reseñado a lo largo de mi voto, en tanto se reclama una condena de alcance menor a la prevista en el aludido régimen jurídico aplicable al caso.

a. En efecto, pide el accionante "... la creación en el predio de marras de un cerco vivo a fin de morigerar considerablemente y hasta neutralizar los efectos negativos que la fumigación provoca a los actores y vecinos de Alberti cuyas viviendas familiares se encuentran lindantes a aquel; y asimismo que se abstenga de realizar tareas de fumigación con cualquier clase de agroquímicos sobre los predios mencionados a una distancia razonable (no inferior a los 200 metros) de la vivienda de los suscriptos" (fs. 4 y vta.).

Por su parte y, como ya expliqué, la normativa municipal sobre la cual se fundó la demanda consagró una restricción de mil (1000) metros (art. 4, Ord. mun. 1690) para la aplicación terrestre de los productos comprendidos en su ámbito de aplicación (art. 2).

Adelanto que, en mi opinión, la decisión del caso deberá adoptar el límite previsto en la aludida ordenanza municipal y, ello, por las razones que expondré a continuación.

b. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente de Fallos: 329:2316 ("Mendoza", del 20-VI-2006, considerando 18°), precisó que "La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tiene a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo...". Luego señaló el cimerio Tribunal del país que "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".

Es, precisamente, aquella nota de supraindividualidad que caracteriza al bien tutelado la que conduce a concluir que lo que atañe a esta materia deviene indisponible para las partes (y por lo tanto irrenunciable según lo edicta el art. 19 del Cód. Civ.), en tanto por debajo de aquel derecho individual a gozar de un medioambiente sano subyace un interés colectivo vinculado a su preservación.

En el ya aludido sufragio que emití en la causa Ac. 60.094, "Almada" (sent. del 19-V-1998), opinión

luego reiterada en Ac. 77.608, "Ancore" (sent. del 19-II-2002), puntualicé que tal entendimiento requiere justamente de una participación activa de la judicatura, la que si bien de alguna manera pudiera afectar el clásico principio de congruencia, en definitiva se traduce en un obrar preventivo acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos.

Ese fue, por lo demás, el temperamento adoptado por este mismo Tribunal en la materia (causa A. 69.906, sent. del 28-XII-2010), al evaluar -a la luz del principio de congruencia- la validez de una orden judicial impuesta a la accionada (en el marco de una acción de amparo por contaminación ambiental), en exceso de lo reclamado por la actora en los escritos postulatorios.

En un meduloso desarrollo, mi distinguido colega, el doctor de Lazzari -cuya opinión concitó la adhesión de los ministros allí votantes- explicó que el tribunal **a quo** había actuado dentro de los poderes deberes reconocidos a la judicatura. Fundó tal conclusión, precisamente en las particularidades que presenta la materia ambiental y la jerarquía que ostenta el bien jurídico que se intenta proteger.

c. Sobre la base de tales estimaciones, juzgo que la decisión del caso habrá de apartarse de aquella

formulación expresada en la demanda y disponer en consecuencia lo que corresponda según el nivel de protección fijado normativamente (arts. 34 inc. 4, 36 inc. 3, 163 inc. 6 y 289 inc. 2 del C.P.C.C.), el cual -como ya expresé- deviene indisponible para las partes, en tanto traduce una reglamentación del derecho a gozar de un medio ambiente sano (arts. 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana, "Protocolo de San Salvador"; 41 de la Constitución nacional y 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

d. En atención a las precedentes consideraciones, juzgo que la prohibición de realizar tareas de fumigación terrestre deberá regir en toda la extensión prevista en la norma, es decir, mil metros a partir de la zona poblada (art. 4, Ord. mun. 1690), con independencia de lo impetrado por la parte actora (arts. 34 inc. 4, 36 inc. 3, 163 inc. 6 y 289 inc. 2 del C.P.C.C.).

IV. En consecuencia y, si mi propuesta es compartida, corresponde hacer lugar al recurso en tratamiento y revocar la decisión recurrida, ordenando al demandado que se abstenga de realizar tareas de fumigación terrestre con los productos incluidos en el ámbito de aplicación de la ley 10.699 (art. 2) y Ordenanza 1690 de la Municipalidad de Alberti (art. 2), dentro de la "zona ecológica protegida" definida en el art. 4 de la norma municipal citada.

Costas de todas las instancias a la accionada en su carácter de vencida (arg. arts. 274, 68 y 289 del C.P.C.C.).

Voto por la **afirmativa**.

**A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:**

1. El recurso debe prosperar por las razones que expondré a continuación.

2. De un lado, comparto lo expresado por el doctor Hitters en el punto III, ap. 3, en cuanto a la luz del principio precautorio, tiene por acreditados una situación de riesgo o peligro a la salud de quienes aquí accionan. Consagrado en la ley 25.675 (art. 4), el referido principio provee una pauta interpretativa del derecho al ambiente que la Cámara descuidó ponderar incurriendo en la infracción que se denuncia en el recurso (doct. causas Ac. 77.608, sent. de 19-II-2002; Ac. 68.826, sent. de 5-XI-2008; A. 69.906, sent. de 28-XII-2010; A. 70.106, sent. de 30-XI-2011).

3. Del otro, coincido en que el demandado ha incurrido en un obrar con ilegalidad manifiestamente ilegítimo, en el sentido que seguidamente se precisa.

El art. 4 de la Ordenanza Municipal 1690 califica como "zona ecológica protegida" a la distancia de

1000 metros entre el núcleo poblacional de la ciudad cabecera y demás poblaciones del Partido, y el lugar de aplicación. En dicho sector "... sólo podrán realizarse aplicaciones terrestres cuando las condiciones climáticas y factores eólicos no impliquen riesgos para la población" (art. cit.). Se instituye una clara prohibición de fumigar en la zona ecológica protegida y, a modo de excepción, se enuncian condiciones bajo las cuales la fumigación puede ser realizada.

Ahora bien, en la especie ha quedado evidenciado la inexistencia de acto autoritativo a los fines de realizar ese tipo de fumigación excepcional, cuanto la falta de prueba de la ocurrencia de las condiciones climatológicas y eólicas favorables. Así las cosas, media en la demandada un comportamiento ostensiblemente reñido con la norma a la que debió ajustar su actuación.

4. Cabe concluir en la procedencia de la pretensión de amparo articulada, que deberá ser estimada con el alcance que resulta de los términos de la Ordenanza Municipal 1690, cuya constitucionalidad -vale tenerlo en cuenta- no ha sido puesta en entredicho por ninguno de los interesados.

5. Con el alcance dado, voto por la **afirmativa.**

Los señores jueces doctores **Genoud** y **Kogan**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votaron también por la **afirmativa**.

**A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:**

Adhiero al voto del doctor Soria pues, luego de analizar los términos de la Ordenanza 1690 del Honorable Concejo Deliberante de Alberti, considero también que la acción de amparo planteada deber prosperar con el alcance que determina dicho precepto.

En relación a lo expuesto por mi colega en el punto 4 de su voto recuerdo que, en mi criterio, la congruencia constitucional de una norma se le presenta al juez antes y más allá de cualquier planteo de parte. Ello así la inexistencia de un pronunciamiento expreso acerca de su inconstitucionalidad debe ser entendida como confirmación de su compatibilidad sistemática (conf. C. 93.319, sent. del 28-X-2009; C. 101.235, sent. del 30-XI-2011).

Voto por la **afirmativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

**S E N T E N C I A**

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora General, se hace lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto, revocándose la sentencia de Cámara, haciendo lugar a la procedencia de la pretensión de amparo articulada que deberá ser estimada con el alcance que resulta de los términos de la Ordenanza Municipal 1690. Costas a la demandada vencida en todas las instancias (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

Notifíquese y devuélvase.

HECTOR NEGRI

DANIEL FERNANDO SORIA      JUAN CARLOS HITTERS

LUIS ESTEBAN GENOUD HILDA KOGAN

CARLOS E. CAMPS

Secretario