

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES SOBRE USO DE AGROQUÍMICOS

Leonardo Fabio Pastorino

Solo para complementar el aporte anterior sobre la recepción del derecho ambiental en nuestra Constitución provincial y ejemplificar con sólo un ejemplo el impacto que ha tenido sobre el derecho ambiental dicha recepción, transcribo comentarios a fallos de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en casos de agroquímicos. Dichos comentarios fueron ya publicados, el primero de ellos en la Actualidad en Derecho Agrario y de los Recursos Naturales Renovables, de la Revista AbeledoPerrot Buenos Aires, publicación que se continuó como Actualidad en Derecho Ambiental, Agrario y de los Recursos Naturales en la Revista La Ley Buenos Aires, secciones en uno y otro caso a mi cargo y donde doy noticias jurisprudenciales en estas materias.

Agroquímicos: principio de precaución, amparo como vía idónea, fijación por ordenanza municipal de las zonas de restricción e interpretación de las excepciones planteadas en las mismas en caso de condiciones climáticas favorables. Orden público ambiental, indisponibilidad del ambiente y principio de congruencia

En línea con recientes pronunciamientos de la jurisprudencia penal cordobesa y correntina que responsabilizaron penalmente por el uso de agroquímicos y con otros fallos anteriores de diversas jurisdicciones provinciales que también juzgaron el sistema legal y administrativo, como las prácticas en la materia, esta vez es la Suprema Corte bonaerense la que sienta precedentes en esta materia de naturaleza agroambiental¹.

Más allá del caso en concreto, donde se leen interesantes y novedosas interpretaciones que trataré de reseñar evitando los comentarios personales en esta publicación que intenta dar a conocer brevemente las novedades legislativas y jurisprudenciales, quiero enmarcar la resolución en el contexto antes indicado puesto que no pueden soslayarse las circunstancias que este conjunto de decisiones judiciales están acompañando un movimiento de ideas y de acciones que ponen en el banquillo del acusado el uso y abuso de agroquímicos en la producción agraria. Uso favorecido por el modelo de producción que se viene imponiendo desde grandes corporaciones que desarrollan tecnología de punta y que han logrado un avance más que significativo en la productividad y uso también legitimado y consentido en líneas generales por el sistema legal y reglamentario. Abuso que se respalda en la eficacia alcanzada por este tipo de productos, más allá de los efectos adversos que muchas veces no se terminan de ponderar y que tampoco se terminan de conocer científicamente o de difundir correctamente para impulsar un uso razonable que compatibilice las razones de la producción con aquellas de la tutela ambiental y de la salud.

No todos los agroquímicos son iguales. Cada substancia o principio activo y cada formulación comercial, con el agregado de aditamentos disímiles, los hace intrínsecamente diferentes; el tipo de utilización que de ellos se hace, las condiciones ambientales de la atmósfera, del suelo y del agua en que se esparcen; la mayor intensidad o concentración y

¹ C. 111.706, "D., J. E. F. Acción de amparo. Actor M. , M. C. y otro", 8/8/12.

el tiempo o frecuencia con que se expone a los seres humanos y otros seres vivos indican consecuencias que requieren ser minuciosamente estudiadas y contextualizadas. Muchas veces estos tiempos de estudio son más extensos que los tiempos con que la industria avanza y ofrece nuevos productos. En definitiva, el tiempo juega en contra de un estudio particularizado y de una educación precisa y más allá de un específico pesticida o de una particular modalidad de uso, lo que se está cuestionando y condenando parece ser la utilización de agroquímicos en general en la agricultura.

Si esto último es así, se debería reconocer que algo falla en el sistema institucional para definir el modelo de desarrollo que los argentinos en su conjunto quieren y que lo que se está juzgando, en definitiva, es el modelo de desarrollo vigente.

El caso: una familia, dos padres por sí y en representación de sus dos hijos, interponen una acción de amparo “contra el propietario de una parcela de campo lindante con la vivienda que los actores ocupan en el Partido de Alberti, [la] que forma parte de un grupo habitacional mayor construido por el FO.NA.VI.”². Solicitan 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; que se controle el tipo de agroquímicos utilizados y se mande plantar un cerco vivo para mitigar los efectos contaminantes. Las fumigaciones a las que hace referencia la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires cuando describe los hechos se ubican temporalmente el 20 de octubre y el 11 de noviembre de 2008. La sentencia del alto tribunal bonaerense que comentamos y que se inclina a favor de los actores luego del rechazo de la pretensión en las etapas anteriores es del 8 de agosto de 2012.

La Suprema Corte bonaerense, revoca la decisión de la Cámara que rechazara el amparo pero invocando el principio de precaución y el orden público imperante en el derecho ambiental rescata la prohibición de aplicación en la zona de restricción de mil metros de la ordenanza municipal aplicable al caso y no acepta, en la especie, la excepción que ahí se prevé para permitir en esa área la fumigación en caso de darse ciertas condiciones climáticas favorables por entender que no se obtuvo un acto administrativo autoritativo de dicha excepción. Es decir, concede una protección aún mayor que la solicitada.

Respecto a la vía intentada, el voto del Dr. Hitters expresa: “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)”.

Además, rememorando el voto de Pettigiani en la causa “Capparelli” recordó 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

² Ver esta misma Actualidad en Derecho Agrario y de los Recursos Naturales Renovables de septiembre de 2008, p.1047, donde se da cuenta de un caso por fumigación desde aeroplanos en el mismo lugar.

protección ambiental, en base a los principios de prevención y precautorio que la sustentan".

Con relación al acto lesivo -actual o inminente-, el mismo magistrado recoge la argumentación de la Cámara que expresara: "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). Precisó 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". Para desestimar dicha argumentación el tribunal aplica el principio precautorio y así expresa: "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...". En sentido concordante, el voto de Soria que suma la adhesión de los restantes jueces sintetizó que "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)". Aquí si, me permito realizar una observación contraria ya que para que sea de aplicación este principio lo que se exige es "duda científica" de la posibilidad de riesgo, entendiendo que, en base a lo expresado en *El daño al ambiente*³, en este caso concreto y en base a los términos planteados por el sentenciante, tal vez habría que haber hecho jugar el principio de prevención.

Respecto a la ordenanza municipal que determina en su art.4 que "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...". El doctor Hitters sostuvo que: "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)".

"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

³ Pastorino, Leonardo Fabio, *El daño al ambiente*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, ps.96 y ss.

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)”.

Para reafirmar la ausencia de autorización expresa recordó que: “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”.

Por su parte, el doctor Soria, en su voto concordante pero con fundamentos más escuetos, voto que, por otra parte recibió la adhesión de los doctores Kogan, Genoud y Negri, expresa respecto a este último argumento que “en la especie ha quedado evidenciado la inexistencia de acto autoritativo a los fines de realizar ese tipo de fumigación excepcional”.

En cuanto al principio de congruencia y el orden público ambiental, Hitters expresó que la “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”.

Fitosanitarios: cambio de ordenanzas que fijan distancias menores a las preexistentes. Principio de progresividad y principio de no regresión

Nuevamente, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia tuvo que manifestarse respecto al uso de agroquímicos y la determinación de distancias de protección (Ver su sentencia en causa 111.706, de fecha 8/8/12, que comentara tanto en la *Actualidad en Derecho Agrario y de los Recursos Naturales Renovables*, AbeledoPerrot Buenos Aires, 2013, 2, p255 como más extensamente en *Jurisprudencia Argentina*, 2012-IV, fasc.8, p.40, publicación que trae el fallo completo a p.27). En este caso, se trata de una sentencia relativa a una disposición cautelar en instancia originaria, por alegarse la inconstitucionalidad de una ordenanza municipal en el Partido de General Pueyrredón (autos “Picorelli, Jorge Omar y otros c/Municipalidad de General Pueyrredón s/Inconst. Ord. N° 21.296”, SCBA, 25/9/14).

Si bien algunos se apresuraron a circular la decisión resaltándola como un primer antecedente de aplicación del principio de “no regresión” propuesto por un grupo de intelectuales argentinos como principio rector del derecho ambiental, a mi entender, este principio es mencionado por la Suprema Corte al resumir las pretensiones y manifestaciones de los actores, pero cuidándose de no reconocerlo como principio en sí, sino analizando el caso en relación al principio de progresividad (este sí, expresamente recogido en el derecho positivo argentino por la ley 25.675). Ello no obstante, y si bien el

tema sería para un análisis más profundo de la cuestión, lo cierto es que quienes esbozaron el principio de no regresión lo hacen derivar de aquél de progresividad, pero dándole el sentido de que las decisiones (entendiendo que legales pero también reglamentarias y judiciales) no deberían retrotraer el estado de cosas a niveles de menor protección. La sentencia en comentario, en cambio, parece más orientada a no convalidar las nuevas disposiciones que se ven a todas luces con niveles menos protectivos, no por aplicación a raja tabla de este novedoso principio, sino por entender que en el caso no se acredita el impacto positivo que las nuevas medidas podrían traer.

En tal sentido, al razonar el caso con sus propias ideas, una vez resumidas las posiciones de los actores, la Suprema Corte dice:

“En cuanto atañe al derecho constitucional que se denuncia como vulnerado por la Ordenanza impugnada, esto es, el derecho a la salud y a vivir en un ambiente sano y equilibrado, la demanda exhibe argumentos y se apoya en prueba documental que, *prima facie* analizadas, dan sustento a la pretensión que contiene, teniendo en consideración que las normas y medidas que establecían un determinado marco de protección para los habitantes del Partido de General Pueyrredón frente al uso de productos agroquímicos han sido reemplazadas por un régimen que brinda un marco de protección inferior o más estrecho, circunstancia que puede constatarse mediante la simple comparación entre el texto de una y otra ordenanza (ver fs. 3/4 y fs. 15/18)”.

“Desentenderse de los efectos que sobre la población pueda provocar la iniciativa de reformas normativas como la aquí analizada, se exhibe, al menos en esta instancia inicial, reñido con el principio de progresividad vigente en la materia (conf. art. 4, ley 25.675; CSJN, Fallos 329:2316; esta Corte causa I. 71.446, “Fundación Biosfera”, res. cit.) que, al tiempo que procura la mejora gradual de los bienes ambientales supone que los estándares de protección vigentes o actualmente logrados, no sean sustituidos por otros, inferiores u ostensiblemente ineficaces.

En el caso sub examine la ordenanza 18.740/08 estableció un marco de protección a la comunidad respecto a las prácticas de fumigación.

Posteriormente, a través de la sanción de la ordenanza 21.097/12 se introdujeron diversas modificaciones a la ordenanza 18.740/08 y se difirió temporalmente su aplicación.

Por último, con el dictado de la ordenanza 21.296/13 se creó el Programa de Desarrollo Rural Sustentable (PDRS) a los efectos de mejorar la sostenibilidad social, ambiental, cultural y económica de la producción agropecuaria de la zona, normativa que disminuyó notablemente la protección otorgada por la primera ordenanza citada y sus modificatorias, y dispuso en su artículo 43 abrogar las antecesoras.

De las constancias obrantes en los expedientes administrativos n° 1302-D-2013 y n° 4665-5-13, no surge que –antes del dictado de la normativa cuestionada– se haya efectuado una evaluación circunstanciada del impacto ambiental y de los eventuales daños que pudieran causarse sobre la salud de los habitantes potencialmente afectados, que sustente una modificación regulatoria de esta envergadura.

En adición, el despacho cautelar favorable luce conteste con la interpretación del principio de prevención, precautorio y de progresividad de aplicación al ámbito normativo urbano ambiental que esta Suprema Corte efectuara en los autos C. 111.706, sent. del 8-VIII-2012 (art. 4 de la ley 25.675; cfr. asimismo causas B. 64.464, “Dougherty”, cit.; I. 68.174, “Filón” e I. 71.446, “Fundación Biosfera”, cit.)”.

Los cambios en las ordenanzas terminaban permitiendo, entre otras cuestiones, que a menos de la distancia de 1000 metros de las áreas urbanas se pudiera usar agroquímicos

banda IV.

La medida cautelar acepta la suspensión, hasta la sentencia definitiva, de los arts. 19, 23, 27 y 28 de la Ordenanza 21.296/2013.

Fumigaciones en zona no admitida por ordenanza. Aceptación del amparo a pesar de constatarse que hacía ya años que no se fumigaba. Condena a no fumigar en el futuro. Aplicación del principio precautorio

La asociación civil "ASPHA" Centro de Educación Agroecológico, en su presentación inicial, promueve una acción de amparo ambiental contra la titular y el explotador del predio ubicado en las Parcelas 609 y 610, delimitadas por la avenida 21 y la calle 41 de la localidad de Presidente Perón, Guernica y contra ese municipio y la Provincia de Buenos Aires. Solicitan de los primeros que "se les ordene cesar de manera inmediata y definitiva, de una vez y para siempre, la pulverización, fumigación o cualquier otra forma de aplicación de agroquímicos, herbicidas y/o pulguicidas, en tanto generadoras de daño ambiental colectivo, realizada en el predio de su propiedad y explotación que se individualiza en el Capítulo III.2". En cuanto a los entes públicos accionados, requiere que "se les ordene: (I) hacer cesar la actividad descrita anteriormente, de manera inmediata y definitiva, a través del ejercicio efectivo de los deberes y obligaciones y que el ordenamiento jurídico les impone; (II) finalizar la omisión en el ejercicio del poder de policía ambiental respecto de la actividad desarrollada por los sujetos privados demandados"⁴.

La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, con asiento en la ciudad de La Plata, confirmando lo decidido en la primera instancia, rechazó el recurso por considerar que ninguno de los supuestos de acceso a la intervención judicial había sido demostrado de manera suficiente. En especial, tuvo en cuenta que del informe pericial surge que las últimas labores de cultivo y fumigación en el predio denunciado se remontaban a 2011 y que no había quedado acreditado que el producto utilizado fuera prohibido, no obstante reconocer que dichas tareas de fumigación resultaban impedidas por la Ordenanza 708/10, a la luz de la ubicación del inmueble.

Consideró que en tanto la actividad ha cesado, no puede atribuirse lesión actual a consecuencia de la explotación, ni omisión de las diligencias de cese a la administración pública y que el propósito de evitar fumigaciones a futuro carece de recepción posible, en la medida en que ya existe un cuerpo normativo dictado por la administración comunal que, de acuerdo a la composición de lugar que brinda el apelante, ha determinado esa imposibilidad, expuesta además en una conducta activa de constatación.

La Suprema Corte rechaza la decisión y acepta el amparo. Entiende para ello, en voto del juez Hitters, que los accionantes pretenden con la interposición de esa acción no sólo denunciar las fumigaciones preexistentes relacionadas con la ilegal aplicación de agroquímicos por parte de los titulares de los terrenos, sino también que ese accionar ilícito no se reitere. Así se expresan en el recurso en tratamiento que "desde el inicio la demanda estuvo dirigida a que se evite la fumigación a futuro: todo ello por corroborar que del estado de los hechos descriptos se concibe el continuo peligro que aún hoy sigue latente entre los vecinos del predio que explotan los particulares demandados...".

“Ahora bien, en la misma sentencia impugnada se reconoce que por la ubicación de

⁴ SCBA, "ASHPA. Amparo. Recurso de inaplicabilidad de ley", 17 de junio de 2015.

los terrenos la fumigación como la efectuada no estaba permitida, más allá de que, a su entender, no ha quedado justificado que el producto utilizado fuera prohibido por el sistema normativo vigente (fs. 362)”. La particular circunstancia de la prohibición de fumigar en el lugar por medio de la ordenanza municipal en virtud a la cercanía de habitantes, es lo que pone también de resalto el otro voto concordante, del doctor Genoud.

En consecuencia, la Suprema Corte resuelve que 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 708/10 de la Municipalidad de Presidente Perón (arts. 3, 4 y 13), dentro de la zona prohibida por la norma municipal citada.