

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. Nº 25195

///C U E R D O:

En la ciudad de **Paraná**, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los **cinco** días del mes de **abril** de **dos mil veintiuno** reunidos los miembros del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, a saber: el señor Vocal Dr. **DANIEL OMAR CARUBIA**, las señoras Vocales Dras. **SUSANA MEDINA, CLAUDIA MONICA MIZAWAK** y el señor Vocal Dr. **JUAN RAMON SMALDONE**, asistidos de la Secretaria autorizante fueron traídas para resolver, las actuaciones caratuladas: "**KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)**", Expte. Nº 25195.-

Practicado el sorteo de ley resultó que el tribunal para entender quedó integrado en el siguiente orden: señoras y señores Vocales Dres. **Carubia, Mizawak, Medina, Smaldone y Giorgio**.-

Examinadas las actuaciones, el Tribunal planteó la siguiente cuestión:

¿Qué corresponde resolver?

A LA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DR. CARUBIA, DIJO:

I.- La sentencia dictada por el Juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial y Laboral Nº 1 de la ciudad de La Paz, Dr. Diego Rodríguez, hizo lugar parcialmente a la acción de amparo ambiental deducida por Elio Fabián Kohan contra la Comuna de Colonia Avigdor y, en subsidio, contra el Gobierno de la Provincia de Entre Ríos y/o quien resulte responsable de la explotación agrícola por la cual **el día 9/2/2021 sobrevoló una avioneta fumigadora en el ejido municipal aplicando productos agrotóxicos**, declaró solo para la localidad de Colonia Avigdor, la inconstitucionalidad del art. 2 de la Resolución Nº47 SAA y RN del 2004, prohibiendo la fumigación terrestre, autopropulsada o de arrastre, con agroquímicos en un radio determinado allí fijado, exhortó al Estado Provincial para que dentro de un plazo razonable, el cual no podrá exceder de un año, proceda a dar operatividad al art. 8 Dec. 2239/19, ordenó a la Comuna de Colonia Avigdor, dé amplia difusión en el ámbito local a las medidas dispuestas en el punto 1º del presente fallo a través de medios de difusión masivos de comunicación, impuso las costas a las demandadas y reguló los honorarios profesionales de los letrados intervinientes.-

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. Nº 25195

I.1.- Al adoptar tal temperamento, detalló las características demográficas de la comuna accionada e hizo referencia a la constatación efectuada oportunamente. Luego de sostener que el marco regulatorio debe, a su vez, armonizarse con las normas relativas al derecho constitucional de todos los ciudadanos a la vida en un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, se exployó sobre la admisibilidad de la vía escogida, señalando que el objeto de la acción *"no es solo la denuncia de una eventual pulverización aérea como lo indican las codemandadas, sino la tutela de la población y el entorno ambiental de la localidad de Colonia Avigdor respecto de pulverizaciones agropecuarias a través del establecimiento de un perímetro de exclusión o reserva de 1000 mts a contar desde el límite de la planta urbana de la localidad de Avigdor dentro del cual queden prohibidas las fumigaciones terrestres de todo tipo de agroquímicos"*, y es en virtud de ello, que no advierte configurada ninguna de las causales de inadmisibilidad que expresamente contempla la Ley 8369 en su art. 3°.-

Tras enumerar las diversas actuaciones administrativas iniciadas por el actor, concluyó que ello demuestra que la vía administrativa habilitada por el protocolo de denuncias, no garantiza, al menos en el caso concreto una adecuada prevención al bien jurídico tutelado, motivo por el cual razonó que no existe otra vía que realmente pueda resultar más idónea para dar respuesta al caso comprometido en la especie, materializándose el peligro inminente en la amenaza derivada de la aplicación de agrotóxicos en una comunidad que se encuentra enmarcada en una zona productiva, aclarando que *"la falta de certeza científica sobre sus consecuencias o sobre la aplicación concreta de pulverizaciones"* no le parece un argumento que justifique la improponibilidad de la acción.-

Expuso su diferente parecer con la solución brindada por el señor Agente Fiscal, en relación al supuesto del art. 3, inc. b, de la Ley de Procedimientos Constitucionales, al no encontrar similitud en los objetos de ambas acciones iniciadas por el Sr. Kohan, sin perjuicio de lo cual, **coincidió en que el escrito promocional del presente amparo luce en cierto sentido confuso**, y que si bien **esta pretensión se articula con posterioridad al avistaje de una pulverización que entendió ilícita en fecha 9/2/2021**, en la presente acción se persigue la tutela del ambiente y la

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. N° 25195

salud de los habitantes de la comunidad de Colonia Avigdor de lo que el Sr. Kohan advierte como reiteradas aplicaciones ilícitas en el lugar que afecta los bienes jurídicos tutelados, mientras que en el expediente administrativo N° 2481153 se persigue la sanción del supuesto infractor por una pulverización individualizada.-

En relación a la legitimación, expresó que con la documental presentada, el actor, ha acreditado ser vecino de la localidad de Colonia Avigdor, citando normativa en su apoyo. En cuanto a la legitimación pasiva de la citada comuna, resaltó que el ejercicio del poder de policía en materia ambiental se ha dispuesto de manera concurrente entre municipios y comunas conforme lo dispone claramente el art. 83 de la Carta Magna provincial, no siendo óbice la falta de equipos técnicos para el correcto desarrollo de la tarea.-

Luego de relatar cinco hechos que dijo tener por acreditados en autos y que catalogó como relevantes y aseverar que para la localidad de Colonia Avigdor se considera -en relación a pulverizaciones terrestres- una distancia de prevención de 50 metros, según Resoluciones ministeriales 47/04, 49/07 y 19/06, concluyó que existe una evidente conculcación de los principios de igualdad, de congruencia, prevención y precautorio, por lo que encuentra absolutamente razonable la imperiosa necesidad de armonizar dicha incongruencia normativa y, aunque sea transitoriamente, establecer de manera urgente una protección a un bien jurídico tan importante y esencial como es la salud de la población y el ambiente de Colonia Avigdor, especialmente de niños, niñas, adolescentes y adultos mayores, sin invadir con ello las restantes esferas de poderes sobre quienes pesa el deber de reglamentar o normativizar la debida protección de los bienes jurídicos tutelados y regulación de la actividad productiva, considerando inconstitucional la regulación de la actividad por el art. 2 de la Resolución N°47 SAA y RN del 2004 por contravenir los estándares mínimos de protección dictados por el propio Gobierno de la Provincia en el Decreto N° 2239/2019 GOB.-

Por último, sostuvo que, en atención al respeto por el principio de división de poderes que impera en nuestra República, en tanto que excede las facultades judiciales la creación de una norma como la solicitada por el

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. Nº 25195

actor, resulta necesario que la misma sea determinada en un momento ulterior por el órgano legislativo competente al efecto, con la participación de todos los sectores afectados; sin perjuicio de ello, estimando que el derecho ambiental requiere justamente una participación activa de la judicatura y llenar el vacío reglamentario que advirtió en el punto en cuestión, señalando además que las distancias de protección reclamadas por el actor tampoco encuentran un sustento razonable, toda vez que los estudios por éste citados no han sido efectuados en condiciones homogéneas a las que presenta la comuna de Colonia Avigdor, ni resulta adecuada la prohibición total de "todas" las pulverizaciones, en razón de que existen distintos tipos de productos que se aplican a través de ésta técnica, no existiendo suficiente información aportada en relación al riesgo que producirían algunos de aquellos, por lo que entendió que una medida transitoria preventiva razonable y hasta tanto sea sancionado el Ordenamiento Territorial Ambiental para la comunidad de Colonia Avigdor, podría considerarse la que actualmente el propio Gobierno de Entre Ríos ha dispuesto para las escuelas rurales (Decreto Nº 2239/19 GOB), debiendo adoptarse los mismos procedimientos para la aplicación de pulverizaciones que las que establece dicha normativa y, por todo lo expuesto, arribó a la decisión sentencial de acogimiento parcial de la acción.-

1.2.- Contra ese pronunciamiento se alzaron el actor, la comuna accionada y el Estado Provincial, interponiendo todos ellos sendos recursos de apelación, cuyos argumentos fundantes desarrollaron ante esta Alzada en procura de su revocación, cada uno de ellos, según sus tesis.-

1.2.1.- El amparista estructuró su planteo recursivo en rededor de la distancia mínima solicitada de 1.000 mts., en virtud de un estudio realizado en la Provincia Córdoba y de otras opiniones mencionadas, agraviándose de la falta de docilidad del juez a la hora de contemplar lo que señala y exhorta la experticia mencionada. Citó antecedentes judiciales de otras provincias, solicitó la confirmación del fallo recurrido en todas sus partes, salvo en las distancias establecidas, pese a petionar seguida y contradictoriamente que se confirme en "todas sus partes" el fallo del *a quo*, con imposición de costas a la demandada.-

1.2.2.- Por su parte, la comuna accionada resaltó que el juez de grado, al expedirse respecto a la admisibilidad de la vía escogida por el actor,

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. N° 25195

yerra en la delimitación del objeto de la acción de amparo, afirmando que no se trata de la denuncia de una eventual pulverización aérea, sino la tutela de la población y el entorno ambiental de la localidad de Colonia Avigdor respecto de pulverizaciones agropecuarias en general, no siendo esto así, ya que del confuso y poco claro escrito de demanda logra entenderse que el hecho que motiva el inicio de la acción de amparo es la fumigación aérea realizada en fecha 9 de febrero de 2021 en las cercanías de Colonia Avigdor, solicitando, de forma completamente incongruente con el hecho motivador, el establecimiento de un perímetro de exclusión o reserva de 1000 metros, pero para las fumigaciones terrestres.-

Se explayó sobre la causal de inadmisibilidad contemplada en el art. 3, inc. b, de la Ley N° 8369, explicó que no opera una acción u omisión ilegítima que violente un derecho o garantía constitucional, siendo este un requisito insoslayable para la procedencia de la vía de amparo. Detalló que la Ley Provincial N° 10.664 regulatoria del régimen comunal no le otorga la potestad de regular sobre aplicación de fitosanitarios, máxime cuando actualmente hay una regulación vigente a nivel provincial dada por la Ley de Plaguicidas N° 6599 y sus normas complementarias y reglamentarias, especialmente en este caso las resoluciones N° 47/04 y N° 49/04 SAA y RN.-

Mencionó que no se verifican los extremos exigidos por el art. 5 de la Ley General de Ambiente N° 25.675 para invocar el principio precautorio, el cual utilizó para prohibir la fumigación terrestre en un radio de 100 metros a contar desde la planta urbana y 500 metros respecto de ciertos productos, cuando no se acredita dentro del presente proceso la existencia de fumigaciones terrestres que ocasionen eventuales daños al ambiente. Dijo causarle agravio el hacer extensivas las distancias establecidas para las escuelas rurales por el Decreto N° 2239/2019 GOB, a la localidad de Colonia Avigdor, declarándose de oficio la inconstitucionalidad de la Resolución 47/04 SAA y RN sólo respecto a Colonia Avigdor, creando el juez una especie de norma general provisoria que rija a las futuras fumigaciones terrestres en la localidad.-

Recalcó la falta de facultad de la Comuna para el dictado de este tipo de normas, advirtiendo un exceso en las facultades atribuidas a la judicatura, al regular el Juez sobre temáticas atribuidas expresamente por

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. Nº 25195

nuestra Constitución Provincial a la órbita del Poder Ejecutivo y Poder Legislativo, siendo una cuestión que se encuentra regulada expresamente en el ordenamiento jurídico provincial, no existiendo un vacío legal al respecto, constituyendo también un agravio el condicionar las eventuales regulaciones futuras sobre aplicaciones terrestres de fitosanitarios a las distancias que el Gobierno Provincial establece en el mencionado Decreto, por lo que solicitó se haga lugar al recurso interpuesto y se revoque la sentencia de primera instancia en todas sus partes, con imposición de costas a la contraria.-

I.2.3.- A su vez, la Fiscalía de Estado expresó que la sentencia apelada carece de una debida fundamentación y resulta arbitraria, en tanto no tiene correlato con las postulaciones de las partes, con los hechos de la causa y tampoco con la normativa aplicable al caso. Afirmó que el sentenciante ha incurrido reiteradamente en injustificadas interpretaciones de la presunta voluntad implícita del actor al formular su pretensión, alterando el equilibrio procesal de las partes en este proceso y resolviendo sobre cuestiones no planteadas oportunamente. Resaltó que el Sr. Kohan fundó la acción promovida en la fumigación aérea efectuada el 9/2/2021, para luego pretender restricciones de fumigaciones en forma terrestre, lo cual resulta absurdo.-

Puso de relieve que el *a quo*, mediante la interpretación parcializada de la presunta voluntad actoral, se apartó de la postulación expresa del actor en su promocional y alteró los términos en que se trabó la *litis*, vulnerándose decididamente el principio de congruencia procesal. Agregó que si se consideran incluidas en el planteo del accionante a las pulverizaciones aisladas de fecha anterior al 9/2/2021, que éste genéricamente menciona en su promocional, la vía intentada es inadmisibles por extemporánea además de resaltar que algunas de esas denuncias fueron desestimadas por infundadas tanto por la autoridad judicial como administrativa.-

Remarcó que resulta deficiente también en el alcance de la condena, dado que demandó al Gobierno de la Provincia de Entre Ríos "en subsidio" y, sin embargo, el fallo cuestionado no realiza ninguna distinción y condena por igual a ambas demandadas, excediendo la pretensión del actor respecto de su representado; en este sentido también resulta arbitraria por incongruente, lo que ocurre también en la imposición de costas. Cuestionó

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. N° 25195

también la declaración de inconstitucionalidad, que fue introducida extemporáneamente, implicando, según sus apreciaciones, una decisión *extra petita*.-

Reprochó que el sentenciante haya omitido el tratamiento de cuestiones sustanciales que fueran oportunamente articuladas en la contestación del amparo, como la falta de legitimación pasiva y la inexistencia de conducta estatal lesiva esgrimida, limitándose a expresar que el plan de Ordenamiento Ambiental Territorial es el ámbito adecuado para el desarrollo de la normativa reclamada por el actor, sin explicar los motivos de esa afirmación.-

Expuso una serie de cuestionamientos al decisorio atacado, sostuvo que el juez de grado ignoró el informe obrante en un expediente administrativo, explicando que el Decreto N° 2239/19 GOB del 1º/8/2019 contempla la aplicación de plaguicidas en cercanías de establecimientos escolares rurales, los cuales no fueron oportunamente contemplados en la Ley de Plaguicidas N° 6599, coligiéndose que esa normativa no resultaba aplicable al caso de autos, por cuanto el actor solicitó el establecimiento de un perímetro de exclusión o reserva de 1.000 metros a contar desde el límite de la planta urbana de la localidad de Avigdor, dentro del cual queden prohibidas las fumigaciones terrestres, luego de avistar una pulverización aérea. Adujo que no se valoró adecuadamente esta prueba documental, ni el informe emitido por la Dirección General de Agricultura - Secretaría de Agricultura y Ganadería - Ministerio de Producción, referido al estado del trámite del mismo, en respuesta a la prueba informativa ofrecida, surgiendo que el trámite aún se encuentra en etapa instructoria, sin que se haya dispuesto aún una sanción a los presuntos responsables, solicitando como colofón de lo expuesto, se revoque la sentencia recaída en autos, con expresa imposición de costas a la contraria.-

1.3.- A su turno, el Ministerio Público Fiscal, luego de explayarse sobre diferentes aristas que el caso presenta, concluyó que debe hacerse lugar a los recursos de apelación interpuestos por los accionados y rechazarse la demanda.-

II.- Sabido es que el art. 16 de la Ley N° 8369 dispone que los recursos articulados por las partes importan también el de nulidad, por tanto,

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. Nº 25195

el Tribunal *ad quem* debe avocarse, aún de oficio, al examen de lo actuado y expurgar del proceso los vicios con tal entidad que eventualmente se constaten.-

II.1.- El actor/recurrente no hizo mérito de la existencia de concretos defectos susceptibles de acarrear esta sanción extrema con intención de lograr la nulificación de lo actuado, en tanto que la parte demandada -pese a no solicitarlo así expresamente- sí hizo mención de la existencia de ciertas falencias -incongruencia- con entidad suficiente para nulificar lo tramitado, lo que sí fue puesto de manifiesto explícitamente por el Ministerio Público Fiscal en su dictamen de rigor.-

II.2.- Efectuado, a continuación, un examen minucioso de las actuaciones y confrontados los términos en que se describe la pretensión actoral con los del resolutivo sentencial en crisis, se revela de modo inequívoco y evidente un manifiesto **vicio de incongruencia** entre lo demandado y lo sentenciado, toda vez que se verifica un claro pronunciamiento **extra petita** -expresamente denunciado por la Fiscalía de Estado en su memorial de agravios- que inficiona de insubsanable nulidad dicho pronunciamiento. Ello así toda vez que de la lectura del **promocional**, surge que el **objeto** contenido en el mismo reza: *"Que vengo por el presente a promover Acción de AMPARO Ambiental contra COMUNA DE COLONIA AVIGDOR ... y subsidiariamente contra Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos ... y/o **quien resulte responsables de la explotación agrícola por la cual el día 09/02/2021 sobrevoló una avioneta fumigadora en el ejido municipal aplicando productos agrotóxicos** poniendo en altísimo riesgo la vida y salud de toda la comunidad en manifiesta violación al derecho al medio ambiente sano de los habitantes contenidos en el art. 30 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos y en el 41 de la constitución Nacional, solicitando a V.S exhorte a las autoridades municipales al estricto cumplimiento de su poder de policía en orden a las disposiciones de la normativa vigente, solicitando el establecimiento de un perímetro de exclusión o reserva de 1.000 mts a contar desde el límite de la planta urbana de la localidad de Avigdor dentro del cual quedan prohibidas las fumigaciones terrestres de todo tipo de agroquímicos, por aplicación del principio precautorio de la LGA , jurisprudencia y doctrina citada, hasta tanto la comuna*

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. Nº 25195

demandada no dicte una reglamentación de resguardo para la población y el medio ambiente" (sic, el subrayado y las negritas me pertenecen), agregando en el **petitorio**, lo siguiente: "...c) Tenga por promovido en legal forma Amparo Ambiental **contra la Comuna de Colonia Avigdor y quienes resulten responsables de la aplicación denunciada**. d) Oportunamente dicte sentencia ordenando el cese inmediato de las fumigaciones ilegales, disponiendo una distancia de `1000 terrestres´ hasta que el municipio demandado dicte la normativa pertinente..." (textual, la negritas me pertenecen).-

Frente a dicho -harto impreciso- panorama pretensivo, el a quo concluye disponiendo: "1º) ADMITIR parcialmente la acción, declarando por los fundamentos dados y solo para la localidad de Colonia Avigdor, la **inconstitucionalidad del art. 2 de la Resolución Nº 47 SAA y RN del 2004** por contravenir los estándares mínimos de protección dictados por el Superior Gobierno de la provincia de Entre Ríos en el Decreto Nº 2239/2019 GOB, **prohibiendo la fumigación terrestre**, autopropulsada o de arrastre, con agroquímicos en un radio de cien metros (100 mts) alrededor de toda la planta urbana delimitada en la presente acción con perímetro amarillo en esta acción, con más la zona donde actualmente funciona la escuela local individualizada con perímetro violeta en el mapa satelital que se adjunta a la presente, denominada "Zona de exclusión"; y establecer una "Zona de Restricción" donde se prohíben las aplicaciones terrestres de productos fitosanitarios de clase toxicológica I.a. I.b y II dentro del radio de quinientos (500) metros contados desde el límite de los cien (100) metros establecidos como "Zona de Exclusión"; en esta área podrán realizarse aplicaciones terrestres de productos fitosanitarios de clase toxicológicas III y IV, todo conforme la nomenclatura proporcionada por el SENASA. Todo hasta tanto se dicte el Ordenamiento Territorial Ambiental y/o normativa regulatoria no contradictoria con las medidas de protección adoptadas por el Dec. 2239/19 GOB para la localidad de Colonia Avigdor por las autoridades competentes. 2º) EXHORTAR al Estado Provincial para que dentro de un plazo razonable, el cual no podrá exceder de un año, proceda a dar operatividad al art. 8 Dec. 2239/19 GOB en tanto supone una medida de prevención y control claramente más adecuada para la regulación de la actividad de pulverización. 3º) ORDENAR a

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. N° 25195

la Comuna de Colonia Avigdor, proceda a dar amplia difusión en el ámbito local a las medidas dispuestas en el punto 1º del presente fallo a través de medios de difusión masivos de comunicación..." (sic, las negritas me pertenecen).-

Por lo dicho, de una simple confrontación entre lo pretendido actoralmente y lo resuelto jurisdiccionalmente, emerge sin mayor hesitación una flagrante transgresión al mentado principio de congruencia procesal; sin perjuicio que, como aditamento extra, el resolutivo de grado no logra expresar un mandato inequívocamente inteligible para las partes y redundante en una clara violación de lo expresamente reglado en el art. 14 de la Ley de Procedimientos Constitucionales N° 8369 respecto del contenido de las sentencias dictadas en un proceso de acción de amparo, las cuales deberán, para el supuesto caso de conceder el mismo, decidir *"Sobre la mención concreta de la conducta a cumplir (...) con las especificaciones necesarias para su debida ejecución"* (cfme.: art. cit., al cual remite el art. 77 de la misma Ley N° 8369, introducido en el Cap. V de ella por la Ley N° 10704, cuando sostiene que se aplicarán las normas previstas en el Capítulo I ante cuestiones procedimentales de la acción de amparo ambiental que no estén reguladas expresamente); de tal manera, el pronunciamiento en crisis luce un exagerado activismo judicial que suple la pretensión y voluntad de la parte actora, resolviendo de modo puramente voluntarista aspectos no planteados por la demandante, así como otros cuya articulación desestimó por extemporánea, con evidente perjuicio de la contraparte que se encuentra con una decisión sobre cuestiones de las que no pudo ejercer su oportuna defensa, apareciendo dicho pronunciamiento inficionado de insubsanable **nulidad** y considero, por tanto, que debe ser inexorablemente expurgado del proceso mediante una condigna sanción de invalidez, en tanto violenta ostensiblemente los elementales principios de defensa en juicio y, consecuentemente, del debido proceso legal (art. 18, Const. Nac.), lo cual dejo así propuesto.-

III.- Puesto a resolver, los planteos apelatorios deducidos, cabe liminarmente recordar que, conforme ha sido repetidamente señalado en diversos pronunciamientos, tanto del Superior Tribunal de Justicia -en pleno- cuanto de la Sala N° 1 del mismo, *«dada la naturaleza excepcional del proceso*

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. N° 25195

de amparo, la concesión del recurso de apelación (arts. 15º y 16º, Ley N° 8369) otorga al superior la plenitud de la jurisdicción, colocándolo frente a la demanda en la misma posición que el a quo, pudiendo examinar todos sus aspectos, estudiar cuestiones no consideradas en la impugnación y establecer de oficio la existencia de circunstancias impeditivas o extintivas que operen ipso iure, dotando al Tribunal ad quem de facultad y atribución suficiente para juzgar en su totalidad los hechos y el derecho, actuando respecto de ellos con plena jurisdicción» (cfme.: S.T.J.E.R., in rebus: "FALICO", L.S. 1985, fº 1; "CREPPY", L.S. 1985, fº 91; íd., Sala Penal, in rebus: "PITTAVINO", L.A.S. 1987/88, fº 112; "STURZ", 30/6/89, L.A.S. 1989, fº 234; "PITTALUGA de MAGGIONI", 9/11/89, L.A.S. 1989, fº 459; "MEDRANO", 27/2/90, L.S. 1990, fº 12; "FARMACIA LIBERTAD S.C.S.", 19/3/90, L.S. 1990, fº 44; "YESSI", 23/3/90, L.S. 1990, fº 59; "SCHIMPF", Sent. del 28/12/92; "BARCOS de FERRO", Sent. del 19/2/93, "VILLEMUR", Sent. del 7/4/93; "DIAZ VELEZ", Sent. del 2/6/93; "FASSIO", 11/4/94, L.S.Amp. 1994, fº 153; "RODRIGUEZ SIGNES", 3/5/94, L.S.Amp. 1994, fº 158; "BUSSI", 17/5/94, L.S.Amp. 1994, fº 172; "MUÑOZ", Sent. del 14/7/94, L.S.Amp. 1994, fº 208; "TEPSICH", 5/9/94, L.S.Amp. 1994, fº 256; "CAINO de CELLI", Sent. del 23/3/95; entre muchos otros), pudiendo ejercer no sólo el "**judicium rescindens**" que le permite la destrucción o revocación de lo resuelto, sino también el "**judicium rescissorium**", que le autoriza a reemplazar lo dispuesto por otra decisión ajustada a derecho (cfme.: S.T.J.E.R., Sala Penal, in rebus: "DE GIUSTO", 2/7/93, L.S.Amp. 1993, fº 358; "TRAVERSO de ORMAECHEA", 4/11/94, L.S.Amp. 1994, fº 301; "ROMERO", 8/11/94, L.S.Amp. 1994, fº 307; entre muchos otros).-

Es por ello que, en ejercicio de esa plena jurisdicción y colocándose en similar posición que el órgano judicial de primera instancia es dable a esta Alzada remontar el examen de la cuestión hasta el mismo acto promocional del amparo y dictar sentencia conforme a derecho, lo cual cabe realizar en la especie evitando mayores e innecesarias dilaciones frente a la invalidación total del pronunciamiento a quo, ya que, verificándose cumplidos todos los pasos procesales de la instancia inferior, sólo resta el dictado de sentencia sobre la controversia que debe directamente emitir este Tribunal en ejercicio del aludido *judicium rescissorium*.-

IV.- Ingresando al análisis de los planteos impugnativos de

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. Nº 25195

autos, en el marco de la amplia potestad detallada en el punto precedente y en cumplimiento de ese cometido, cabe recordar -en prieta síntesis- que la presente acción de amparo ambiental es promovida por el señor Elio Fabián Kohan contra la Comuna de Colonia Avigdor y, en subsidio, contra el Gobierno de la Provincia de Entre Ríos, y/o quien resulte responsable de la explotación agrícola por la cual **el día 9/2/2021 sobrevoló una avioneta fumigadora en el ejido municipal aplicando productos agrotóxicos** poniendo en altísimo riesgo la vida y salud de toda la comunidad en manifiesta violación al derecho al medio ambiente sano de los habitantes, con petición de que se dicte sentencia ordenando el cese inmediato de las fumigaciones ilegales, disponiendo una distancia de "1000 terrestres" (*sic*) hasta que el municipio demandado dicte la normativa pertinente.-

Corrido traslado de la acción instaurada, compareció por la Comuna de Colonia Avigdor, en su calidad de Presidenta de la misma, la Sra. María Mercedes Pérez, mientras que por el Estado Provincial, hizo lo propio el señor Fiscal Adjunto, Dr. Sebastián Trinadori y la Dra. Adriana Abrigo. La citada en primer término planteó la inadmisibilidad de la vía, no advirtiendo una ilegitimidad manifiesta en la conducta de su parte. Resaltó que no goza de legitimación pasiva para responder el reclamo efectuado, que carece de competencia para la creación de normativas locales de protección ambiental como las requeridas por el actor y expuso las carencias probatorias que, a su juicio, contenía la pretensión; mientras que los representantes del demandado en subsidio, sostuvieron que el objeto de la acción es improponible en razón de su indeterminación y vaguedad. Denunciaron la existencia de una incongruencia, tanto en la pretensión como en los hechos alegados, en tanto que no se ha acreditado ninguno de ellos, ni siquiera la amenaza de un daño al ambiente que justifique la acción promovida. Indicaron que el propio amparista acompañó con su promocional copia de Certificación Policial de fecha 9/2/2021 en la que se dejó constancia de la denuncia formulada por el Sr. Kohan, dando origen al **Expediente Administrativo Nº 2481153, el que actualmente se encuentra en trámite** por lo que infieren que en forma previa a la interposición del presente amparo, el actor canalizó un reclamo análogo mediante el trámite administrativo precedentemente individualizado. Señalaron que las presuntas violaciones a la normativa legal que expuso el

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. Nº 25195

amparista no han sido producto de la actividad estatal, sino consecuencia de la actividad de terceros por quienes el Estado no debe responder, por lo que no habría legitimación pasiva por parte del Gobierno de la Provincia de Entre Ríos en el caso de autos. Destacaron que el actor no ha cuestionado la constitucionalidad de la normativa vigente sobre la materia, pretendiendo su modificación mediante la vía del amparo.-

Presentada así la plataforma fáctica, luego de celebrada la - infructuosa- audiencia de conciliación, el *a quo* resolvió -en mi criterio, equívocamente, siendo ello incluso propuesta de anulación, conforme lo desarrollado *supra* en el acápite II.2- admitir parcialmente la demanda entablada en los términos y con los alcances -nutridos de vaguedad y sensibles diferencias con lo pretendido- reseñados en el parágrafo I de este voto, lo que generó las reacciones impugnativas en examen, tanto por parte del actor como de las accionadas, en pos de la modificación de dicho pronunciamiento.-

V.- Sintetizados así los antecedentes relevantes del caso y confrontadas escrupulosamente las posturas partivas, las constancias digitalizadas de la causa, los fundamentos del fallo en crisis, los postulados impugnativos y la opinión del Ministerio Público Fiscal, lo cierto es que, siguiendo lo expresa y confusamente relatado por el actor, emerge con irrefutable evidencia que éste ha optado libre y voluntariamente por acudir a un remedio común, al haber expuesto en sede policial la supuesta fumigación aérea ocurrida el día 9/2/2021, respecto de la cual, el ahora amparista ha ejercitado la presente vía judicial, promoviendo así primigeniamente el impulso administrativo que activó los resortes procedimentales en dicha esfera, a partir del denunciado acto y posterior remisión de la exposición a la Secretaría de Ambiente de Entre Ríos, quien, a su vez, derivó las actuaciones a la Dirección de Agricultura dependiente del Ministerio de Producción de la Provincia, todo lo cual dio como origen al Expediente Administrativo Nº 2481153, en el marco del cual, la autoridad administrativa competente a cargo de la aplicación del Dec.-Ley Nº 6599/80, ratificado por Ley Nº 7495, se encuentra avocada a su trámite de rigor, habiéndose ya adoptado las medidas necesarias para su prosecución, pudiéndose constatar todo ello en el informe digitalizado que obra en autos, situación que inhabilita al accionante para promover, por vía de

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. Nº 25195

amparo, la misma cuestión, habida cuenta que, contrariamente a lo ensayado por el *a quo*, se aprecia que, en definitiva, se planteó extrajudicialmente **idéntica pretensión que en la demanda de autos**, poniendo así en movimiento un procedimiento administrativo que tornó aplicable al *sub lite* el impedimento formal de admisión previsto explícitamente en la norma del art. **3**, inc. **b**, de la Ley Nº 8369, que establece que **la acción de amparo será inadmisibile cuando se hubiera promovido otra acción o recurso sobre el mismo hecho** o se halle pendiente de resolución. Es decir, se tomó como viable un remedio constitucional de excepción como el aquí escogido por el accionante cuando en puridad este último había ya optado por ejercer sus derechos por **otra vía** procedimental a su alcance y, en ésta, se estarían llevado a cabo los pasos pertinentes y adoptando las medidas conducentes en cumplimiento de la normativa aplicable, por lo cual nos encontramos con un procedimiento administrativo abierto por el actor en procura de idéntica pretensión que la deducida en este especial proceso de amparo; por ello, lo cierto y concreto al respecto es que se verifica en la especie la causa de inadmisibilidad expresamente prevista en el art. 3º, inc. **b**, de la Ley Nº 8369 (aplicable a casos como el de marras por remisión expresa del art. 77 del citado cuerpo legal), toda vez que nos encontramos incontrastablemente frente a un inequívoco supuesto en el que se ha promovido otra acción o recurso sobre el mismo hecho y, ello así, no cabe sino concluir que el amparo promovido se encuentra inexorablemente afectado por la mentada causal de inadmisibilidad de la Ley de Procedimientos Constitucionales, que impide el deambular simultáneo por la vía administrativa y este remedio de excepción, habida cuenta que el escogimiento voluntario por el accionante de ese ámbito administrativo importa su reconocimiento de la aptitud del camino ordinario iniciado sin necesidad de tener que acceder a esta garantía heroica y excepcional del amparo, cuya viabilidad queda, en tal caso, excluida por los **actos precedentes del propio actor.-**

De tal modo, el remedio constitucional de excepción así aventurado se verifica de inicio perjudicado en su admisibilidad, careciendo de toda perspectiva de éxito y debiendo ser inexorablemente desestimado, lo cual aparece posible en la especie en razón de haber realizado el demandante esa gestión precedente, dando por sentado la preexistencia de la instrucción -

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. N° 25195

actualmente en vías de desarrollo- de las actuaciones administrativas.-

Aclaro que no se trata en el caso de priorizar la existencia de una vía procedimental administrativa por sobre las vías judiciales más rápidas y expeditas a las que autorizan a acceder directamente las normas del art. 43 de la Constitución Nacional y del art. 56 de la Constitución de Entre Ríos, sino de la concreta circunstancia consistente en que el actor se encontraba frente a la disponibilidad de dos vías para canalizar su pretensión; por un lado, el reclamo administrativo efectivamente ejercido y, por otro, la directa promoción de este remedio constitucional de excepción motivada en el eventual agravio a sus derechos fundamentales. Ante esa situación, el accionante optó **libre y voluntariamente** por el ejercicio de la primera, articulando un explícito reclamo administrativo, siendo harto conocido en derecho que escogida una vía queda **prohibido el deambular simultáneo o sucesivo** por las restantes alternativas procedimentales que pudieren existir, lo cual -reitero- se ha consagrado como específica causa de inadmisibilidad de la acción de amparo (cfme.: art. 3, inc. **b**, Ley N° 8369).-

VI.- Por lo demás, cabe decir que el magistrado de grado en su desmesurado activismo, mediante la contradictoria declaración oficiosa de inconstitucionalidad que efectúa, luego de haber rechazado el postulado direccionado en tal sentido por el amparista, por considerarlo extemporáneo, descalifica la legitimidad del art. 2° de la Resolución N° 47/04 que establece el límite de 50 metros para el uso de agroquímicos **cuando existan casas o caseríos lindantes a lotes de uso productivo**; empero, en realidad, la norma aplicable al caso no sería esa, sino la del **art. 12 del Decreto N° 279/03** que prevé la prohibición de *"...la aplicación aérea de plaguicidas agrícolas dentro del radio de **3 Km. a partir del perímetro de la planta urbana de los centros poblados**. Cuando dichos plaguicidas sean aplicados por medio terrestres, dentro del área indicada, deberá hacerse con la presencia permanente del Asesor Técnico, debiéndose extremar las precauciones para no ocasionar daños a terceros"*. Asimismo, dable es aclarar que no estamos en presencia de *"casas o caserío lindante al lote productivo"*, sino que se trata de la propia planta urbana de la comuna de Colonia Avigdor y, por consiguiente, las distancias para practicar fumigaciones se encuentran ya expresamente establecidas en la normativa vigente que, por otra parte, no

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. N° 25195

ha sido desafiada en su legitimidad.-

Por lo demás, cabe acotar que si la denunciada fumigación del día 9/2/21 vulneró esa normativa no es posible adoptar *ex post facto* una medida "preventiva" -como aparentemente se pretende-, dado que no solamente desnaturalizaría el fin precisamente precautorio, sino que además, sería inviable desde el punto de vista fáctico y, en todo caso, podrán recaer sanciones de tipo administrativo por el órgano competente o, eventualmente, verificarse conductas inherentes al derecho penal -pudiendo configurar algún tipo penal contemplado entre los delitos contra las personas o contra la salud pública o contra la administración pública, tal como, verbigracia, violación de deberes de funcionario público, todos ellos, según el sujeto y el accionar de que se trate-, pero por entero ajenas al ámbito competencial de la especial acción constitucional de excepción escogida y erróneamente admitida, de manera parcial, por el juez *a quo*, quien así procedió, pese a la farragosa redacción del escrito inaugural en el cual el actor precisó que el amparo se dirige contra los responsables de la "*aplicación denunciada*", la cual no es otra que la fumigación aérea del 9/2/21 referida en el objeto, interesando en su petitorio un genérico, impreciso e indeterminado cese de "las fumigaciones ilegales", sin explicitar a cuáles concretamente refiere, soslayando que, para el hipotético caso de una prohibición genérica -a juzgar por los términos empleados-, la misma ya se encuentra contemplada en la normativa vigente, además de peticionar la fijación de una incomprensible restricción de "*1000 terrestres*" (textual) hasta que el municipio dicte normativa, en el imaginario -haciendo una intelección *in bonam partem*- de que se trata de la unidad de medida comúnmente utilizable en estos casos.-

Semejante petitorio resulta por demás harto confuso y genérico, pecando de una vaguedad inconciliable con la precisión que requiere la ley para estos casos en la confección de la demanda, la cual debe contener la "*Relación circunstanciada de los hechos*" (cfme.: art. 70, inc. c, Ley N° 8369), pareciendo con ello pretender que el órgano judicial determine una distancia que podría interpretarse como de 1000 "metros" para las fumigaciones con productos agrotóxicos, sin precisar cómo calcular ello ni brindar fórmula alguna, con lo cual evidencia un supino desconocimiento de la específica circunstancia de que el Poder Ejecutivo, en ejercicio de potestades

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. Nº 25195

propias, tiene establecidos los límites de distancia que deben observarse para realizar fumigaciones aéreas en lotes productivos lindantes con la planta urbana de centros poblados, habiéndola establecido en 3000 metros, lo cual sería aplicable al supuesto que enfática y vehementemente denuncia el actor.-

Finalmente, la pretensión esgrimida por el demandante, en los términos en que fue concebida, deviene palmariamente improponible, no solamente por su manifiesta imprecisión, sino también por su indefinida generalidad, toda vez que no se logra entender cuál sería en concreto la lesión ilegítima de un derecho ni la supuesta pretensión preventiva que articula y, finalmente, se torna absolutamente improcedente en su pretensión de que el órgano judicial establezca límites de distancias para las fumigaciones con agrotóxicos, las cuales, por otra parte, ya se encuentran establecidas por el órgano competente -Poder Ejecutivo- y, aparentemente, con mayor generosidad protectora que la incomprensiblemente interesada en autos, sin que el rechazo del planteo actoral implique concebir a la jerarquización de un derecho implícitamente preexistente, que por decisión del constituyente del año 1994 al momento de encarar la reforma pertinente a nuestra Carta Magna se consagró con la positivización de lo vinculado con un ambiente sano, equilibrado y apto, sin comprometer las generaciones del porvenir, en una mera expresión de buenos y deseables propósitos.-

VII.- En consecuencia, como corolario de todo lo expuesto, corresponde, por tanto, declarar la **nulidad de la sentencia de primera instancia** emitida por el Juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial y Laboral Nº 1 de la ciudad de La Paz, Dr. Diego Rodríguez; **rechazar la acción de amparo ambiental** incoada por el señor Elio Fabián Kohan contra la comuna de Colonia Avigdor y, subsidiariamente, contra el Gobierno de la Provincia de Entre Ríos, imponiéndose las costas devengadas de todo el proceso al actor vencido (cfme.: art. 20, Ley Nº 8369); esto último, sin perjuicio de la **gratuidad** del trámite para la parte actora, según la pertinente cláusula constitucional de inexorable aplicación (cfme.: art. 56, Const. de E. Ríos).-

Esta solución de fondo a la que arribo implica dejar sin efecto *ministerio legis* la regulación de honorarios efectuada en el pronunciamiento que se propone anular íntegramente, debiendo practicarse en la presente

**"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/
ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. N° 25195**

sentencia nuevas regulaciones adecuadas al resultado final del litigio (cfme.: art. 6, Dec.-ley N° 7046/82, ratif. por Ley N° 7503) y, sin perjuicio de lo acordado, por mayoría, en el Acuerdo Plenario del Superior Tribunal de Justicia de fecha 28/10/19, considero que, coherente con lo expresado en múltiples pronunciamientos precedentes de este Tribunal y en el propio Acuerdo Plenario aludido, debo reiterar el criterio respecto del carácter de orden público que gozan las escalas legales de aranceles en la Provincia de Entre Ríos, legítimamente determinadas por sus órganos constitucionales competentes en materia reservada a ellos y no delegada a la Nación (cfme.: arts. 121, 122, 126 y ccdts., Const. Nac.) y, al haber jurado observar y cumplir con las disposiciones de ambas Cartas Magnas -federal y provincial-, debo priorizar los principios federales de reserva y de autonomía provincial, razón por la cual no resulta aplicable al caso la normativa del art. 1255 del Cód. Civil y Comercial de la Nación ni las disposiciones del Acuerdo Plenario señalado, proponiendo regular los honorarios profesionales de los **Dres. Christian Gómez Rodríguez, Sebastián M. Trinadori y Adrián Ignacio Castrillón** y de las **Dras. Adriana A. Abrigo y María Aldana Sasia**, por las actuaciones que les cupo en la primera instancia de este proceso, en las respectivas sumas de **Pesos VEINTIDOS MIL QUINIENTOS (\$ 22.500), Pesos NUEVE MIL (\$ 9.000), Pesos CUATRO MIL QUINIENTOS (\$ 4.500), Pesos NUEVE MIL (\$ 9.000) y Pesos TREINTA y UN MIL QUINIENTOS (\$ 31.500)** y, a los **Dres. Christian Gómez Rodríguez, Sebastián M. Trinadori** y a la **Dra. María Aldana Sasia**, por sus intervenciones en la Alzada de este proceso, en las sumas de **Pesos NUEVE MIL (\$ 9.000), Pesos NUEVE MIL (\$ 9.000) y Pesos DOCE MIL SEISCIENTOS (\$ 12.600)**, respectivamente, todo lo cual no importa más que el mínimo de la escala legal de **orden público vigente** (cfme.: arts. 3, 5, 6, 12, 14, 63, 64, 91 y ccdts., Dec.-ley N° 7046/82, ratif. por Ley N° 7503).-

Así voto.-

A la misma cuestión propuesta y a su turno, la señora Vocal Dra. MIZAWAK, dijo:

I.- Resumidos los antecedentes del caso en el voto que comanda este acuerdo, me remito a ello *brevitatis causae* e ingreso directamente al tratamiento de la cuestión traída,

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. Nº 25195

II.- Comparto -en lo sustancial- el *iter* lógico y jurídico que le conduce al colega preopinante a declarar la **nulidad del pronunciamiento en crisis** (cfr. el acápite **II.-** de su sufragio), por infringir claramente los límites que imponen el respecto al principio de congruencia procesal entre el objeto de la litis y su resolución; y el consecuente deber del juez de no fallar *extra petita*.

a) Coincido con los conceptos que sobre este tópico expresa el Sr. Procurador General, **Dr. García** (ver movimiento del 23/03/2021 a las 12:15 hs. - "Dictamen Procurador General"-:

"...propugnamos la nulidad absoluta por arbitrariedad de la sentencia impugnada, atento que no configura una derivación razonada de los hechos de la causa y no observa el derecho vigente excediéndose notoriamente tanto en relación a la petición actoral sino en las propias facultades del Poder Judicial al resolver acciones de amparo. ...si bien en los considerandos del fallo se alude que la pretensión actoral es confusa, sin embargo, excediendo las facultades para fallar, se resuelven cuestiones no planteadas en aquella y con sustracción a las pruebas de la causa. Es que la acción se funda en la aparente fumigación aérea efectuada el 09/02/2021, para luego agregar pretensiones de restricciones a fumigaciones terrestres, lo cual resulta absurdo, (cfr. escrito promocional: objeto del amparo, relato de los hechos, y el Pto. 6 de la demanda). Y el Juez, a pesar de calificar de confusa a la demanda, interpreta unilateralmente que el objeto de la misma no es solo la denuncia de la pulverización aérea acaecida el día 9/2/20, sino la tutela de la población y el entorno ambiental de la localidad de Colonia Avigdor respecto de pulverizaciones agropecuarias, (incluye las aéreas y terrestres), que se habrían concretado en varias oportunidades. En base a ello descarta el A QUO la opinión Fiscal de que el actor instó el procedimiento administrativo con igual objeto al de autos, al afirmar que si bien hay una conexión la pretensión administrativa y lo acá pedido, en aquel ámbito se está procurando una medida sancionatoria como tutela especial (sanción a quien fumigó) mientras que en la presente acción se está procurando una medida preventiva como tutela general. De esto advertimos una interpretación parcializada de la voluntad del actor produciéndose un reencauzamiento del objeto inadmisibles pues se altera la

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. N° 25195

traba de la litis y con ello **se violenta el principio de congruencia**. Es mas, si en aras de justificar la pretensión actoral como un pedido de medida general de tutela ambiental se alude a las pulverizaciones anteriores ya denunciadas por el actor, es obvio que la acción sería notoriamente extemporánea por el tiempo transcurrido, mas allá de que las mismas fueron descartadas por infundadas tanto judicial como administrativamente. Pero, como dijimos supra para este "redireccionamiento oficioso", el Magistrado no podía soslayar que la comuna carece de competencia -en sentido de las Normas Potestativas de Hart-, para legislar en materia ambiental, la que pertenece al Gobierno Provincial" (lo resaltado me pertenece).

b) Destaco que el magistrado actuante resolvió del modo que a continuación reproduzco:

1º) ADMITIR parcialmente la acción, declarando por los fundamentos dados y solo para la localidad de Colonia Avigdor, la inconstitucionalidad del art. 2 de la Resolución N°47 SAA y RN del 2004 por contravenir los estándares mínimos de protección dictados por el Superior Gobierno de la provincia de Entre Ríos en el Decreto N°2239/2019 GOB, prohibiendo la fumigación terrestre, autopropulsada o de arrastre, con agroquímicos en un radio de cien metros (100 mts) alrededor de toda la planta urbana delimitada en la presente acción con perímetro amarillo en esta acción, con más la zona donde actualmente funciona la escuela local individualizada con perímetro violeta en el mapa satelital que se adjunta a la presente, denominada "Zona de exclusión"; y establecer una "Zona de Restricción" donde se prohíben las aplicaciones terrestres de productos fitosanitarios de clase toxicológica I.a. I.b y II dentro del radio de quinientos (500) metros contados desde el límite de los cien (100) metros establecidos como "Zona de Exclusión"; en esta área podrán realizarse aplicaciones terrestres de productos fitosanitarios de clase toxicológicas III y IV, todo conforme la nomenclatura proporcionada por el SENASA. Todo hasta tanto se dicte el Ordenamiento Territorial Ambiental y/o normativa regulatoria no contradictoria con las medidas de protección adoptadas por el Dec. 2239/19 GOB para la localidad de Colonia Avigdor por las autoridades competentes. **2º) EXHORTAR** al Estado Provincial para que dentro de un plazo razonable, el cual no podrá exceder de un año, proceda a dar operatividad al art. 8 Dec. 2239/19

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. N° 25195

GOB en tanto supone una medida de prevención y control claramente mas adecuada para la regulación de la actividad de pulverización. 3º) ORDENAR a la Comuna de Colonia Avigdor, proceda a dar amplia difusión en el ámbito local a las medidas dispuestas en el punto 1º del presente fallo a través de medios de difusión masivos de comunicación".

c) Los términos en los que se dictó la condena, en especial el punto 1º) *ut supra* transcripto, me conducen a recordar los conceptos que sostuve al expedirme *in re* **"FORO ECOLOGISTA DE PARANA y OTRA C/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS y OTRO S/ ACCION DE AMPARO"** -Causa N° 23709, sent. del 29/10/2018-, en las que se había decidido de manera similar ante análoga pretensión.

En tal oportunidad sostuve:

"...Aunque parezca una verdad de perogrullo, debo recordar que una condena en una acción de amparo, es decir, "la conducta a seguir por la accionada, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución" - art. 14 a) de la Ley N° 8369-, debe, en primer término, ser de posible cumplimiento; pero exige una condición más: que la satisfacción de esa manda judicial dependa de la voluntad y medios del obligado, ya que sólo así será factible su "ejecución".

Tamizando por esos límites la decisión judicial cuestionada, me encuentro con varios obstáculos insalvables para su posible "ejecución".

*Se advierte claramente en este caso que no se establece una "conducta a cumplir por las accionadas", ni siquiera se las identifica; sino que se dicta un **mandato prohibitivo**, una especie de norma que estipula una obligación de no hacer; ¿para quiénes? para todos aquellos propietarios y/o arrendatarios de los fundos lindantes de las escuelas? ¿para las empresas fumificadoras? y/o ¿particulares productores?*

Sin embargo, no consigna una concreta, determinada y específica conducta a cumplir por las demandadas; crea una norma general y abstracta, pero no prevé dos cuestiones básicas y fundamentales de toda "ley", ¿cuál es la sanción por su incumplimiento? y ¿cuál será la autoridad encargada de controlar su ejecución? Lo que la convierte en una obligación que sólo puede ser satisfecha, si el destinatario (que no formó parte de este proceso y que incluso puede efectivamente no conocerla) "quiere", ya que al

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. Nº 25195

no ser una "ley" en sentido estricto, no se pública en el boletín oficial ni puede presumirse conocida por todos. Ello, por sí sólo, impone que deba dejarse sin efecto.

*En términos kelsenianos, la estructura de la norma jurídica cuenta con dos partes fundamentales, las cuales son el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. En decir que toda norma se integra de un **mandato** y, ante el incumplimiento de tal obligación, prevé una **sanción**; lo que - obviamente- en este caso no se cumple.*

Vale en este punto resaltar que la fumigación en sí misma es una actividad que se encuentra autorizada por ley, aunque también es cierto y no podemos desconocer, aún sin demasiados elementos técnicos, que puede resultar altamente contaminante, y en ocasiones poner en riesgo la salud y el ambiente.

Como toda actividad lícita está reglamentada, y por eso, no es posible en forma genérica prohibir la actividad. (...) De lo que se desprende, a mi juicio, que esta "prohibición" carece de un sustento técnico y científico que la avale.

Recordemos que la inalterabilidad de los derechos a través de las "normas" que reglamentan su ejercicio es una manda constitucional -art. 28 de la Carta Magna- y el Estado, a través de sus tres poderes, pero con mayor énfasis del Judicial, sólo puede establecer legítimamente restricciones generales a los derechos en la medida en que, razones de bien común, así lo requieran. Para determinar si las prohibiciones solicitadas resultaban razonables debe efectuarse un examen de su justificación, adecuación y proporcionalidad.

*Realizando tal indagación, cabe preguntarse si estaba justificada la medida dispuesta. El mismo juez reconoce que **no había certeza** al respecto, que no estaba probada ni que la distancia que se "prohibió" fumigar -la pretendida- sea la adecuada, ni que una menor no lo fuera, tampoco si causaba o no un daño la salud pública; por lo que la respuesta negativa se impone...".*

d) Aplicando tales consideraciones al caso de autos, me llevan a concordar con la conclusión a la que arriba el Dr. **Carubia**:

"...como aditamento extra, el resolutivo de grado no logra

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. N° 25195

expresar un mandato inequívocamente inteligible para las partes y redundando en una clara violación de lo expresamente reglado en el art. 14 de la Ley de Procedimientos Constitucionales N° 8369 respecto del contenido de las sentencias dictadas en un proceso de acción de amparo, las cuales deberán, para el supuesto caso de conceder el mismo, decidir "Sobre la mención concreta de la conducta a cumplir (...) con las especificaciones necesarias para su debida ejecución" (cfme.: art. cit., al cual remite el art. 77 de la misma Ley N° 8369, introducido en el Cap. V de ella por la Ley N° 10704, cuando sostiene que se aplicarán las normas previstas en el Capítulo I ante cuestiones procedimentales de la acción de amparo ambiental que no estén no estén reguladas expresamente)."

e) Por ello, también entiendo que la sentencia que nos ocupa está inficionada de insubsanable nulidad y, por ello, debe ser expurgada del proceso mediante la sanción de invalidez.

III.- Llegado a este punto de mi examen, debo puntualizar que la naturaleza excepcional de las acciones previstas en los arts. 1, 25, 26 y, en el Capítulo V "AMPAROS ESPECIALES" en el supuesto de autos, arts. 65 y siguientes de la Ley de Procedimientos Constitucionales, determinan que la concesión del recurso de apelación en estos procesos devuelve al Superior la plenitud de la jurisdicción, colocándolo frente a la demanda en la misma posición que el *a quo*, pudiendo examinarla en todos sus aspectos, estudiar cuestiones no consideradas en la impugnación y establecer de oficio la existencia de circunstancias impeditivas o extintivas que operen *ipso iure*, dotando al tribunal *ad quem* de facultad y atribución suficiente para juzgar en su integralidad los hechos y el derecho, actuando a su respecto con plena jurisdicción, lo cual no sólo permite sino que exige de este órgano superior el examen del caso con la mayor amplitud posible, sin quedar limitado por el pronunciamiento apelado ni por los agravios que fueran invocados por los recurrentes.

Partiendo de tal base, y teniendo en cuenta que los principios y garantías que deben resguardarse en todo trámite judicial, no se comprometen en el *sub judice*, desde que todas las partes han intervenido en el proceso, han ejercido su potestad de ser oídos e incluso todos recurrieron, no advierto obstáculo alguno que permita resolver el fondo de esta controversia.

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. Nº 25195

Máxime considerando el amplio examen que este STJER está autorizado a realizar en ejercicio del *iudicium rescindens* e *iudicium rescissorium*; por lo que está habilitado para reemplazar tal decisión por otra ajustada a derecho, sin que se configure con tal proceder lesión alguna a los derechos de los litigantes.

IV.- Efectuada la aclaración precedente, resalto que la concreta pretensión actoral, en los mismos términos en los que se explicita en el escrito de demanda en el acápite "1. OBJETO" fue:

Se promueve "*Acción de AMPARO Ambiental contra COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y "subsidiariamente" contra Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos... y/o quien resulte responsables de la explotación agrícola por la cual el día 09/02/2021 sobrevoló una avioneta fumigadora en el ejido municipal aplicando productos agrotóxicos poniendo en altísimo riesgo la vida y salud de toda la comunidad en manifiesta violación al derecho al medio ambiente sano de los habitantes contenidos en el art. 30 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos y en el 41 de la constitución Nacional, solicitando a V.S exhorte a las autoridades municipales al estricto cumplimiento de su poder de policía en orden a las disposiciones de la normativa vigente...*" (ver pág. 1 del movimiento del 11/02/2021 a las 13:16 hs. - "demanda").

V.- Se advierte del estudio de las constancias de la causa y, tal como se asevera en el voto precedente, que por ese mismo suceso - fumigación área del 09/02/2021- el aquí actor realizó una denuncia en sede policial (ver pág. 11 del movimiento del 14/02/2021 a las 10:21 hs. - "Documental Parte 1").

Dicha denuncia fue remitida a la Secretaría de Ambiente de Entre Ríos, la que -a su vez- derivó las actuaciones a la Dirección de Agricultura dependiente del Ministerio de Producción de la Provincia (ver pág. 8 del movimiento del 24/02/2021 a las 14:35 hs. - "Expte. 5941.-Documental 1").

Se originó así el Expediente Administrativo Nº **2481153**, donde se dispuso el pase al Departamento de Sanidad Vegetal y a la Dirección General de Agricultura (ver pág. 9 ídem); lo que está actualmente tramitando.

Pedido un informe a la Dirección General de Agricultura sobre el

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. N° 25195

estado del Expediente N° **2481153**, se contestó -con fecha 05/03/2021-:

“Dichas actuaciones tuvieron inicio con motivo de la denuncia del ciudadano Elio F. Kohan efectuada en la Comisaria n° 20 de Colonia Avigdor, la que fue informada mediante radiograma con fecha 11 de febrero de 2021 a la Sec. De Ambiente del Gobierno de Entre Ríos, quien derivó las actuaciones a esta Dirección General con fecha 19 de febrero del corriente. Con posterioridad a ello y en forma inmediata se tomaron las medidas preliminares de instrucción administrativa en el marco del procedimiento previsto mediante ley N° 6599 - Dec. Reglamentario 279/03 SEPG y sus normas complementarias, en función de lo cual, y luego de las mismas se procedió a realizar el ACTA DE CONSTATAción en el lugar donde presuntamente se desarrollaron los hechos denunciados, todo ello tratando de ponerse en contacto con- los presuntos responsables - denunciante y asimismo autoridades policiales intervinientes. Es así que en fecha 27/02/2021 en la localidad de Colonia Avigdor departamento La Paz E.R., se labró la correspondiente acta de constatación N° 007/2021, se tomaron respectivas georreferenciaciones -localizaciones correspondientes, y asimismo se realizaron las indagaciones conforme fuera desarrollándose el acto mencionado. Producido el acto inspectivo por parte de los técnicos actuantes, se procede a realizar las impresiones de geolocalizaciones tomadas, impresión de la receta agronómica mencionada en el acta y, asimismo, indagar sobre el estado en nuestros registros respectivos de las personas presuntamente involucradas en la aplicación denunciada. En el día de la fecha, y en el estado actual de instrucción, se están haciendo las diligencias pertinentes a efectos de la notificación vía cédulas, por el plazo de ley, y a fin de que los presuntos involucrados realicen sus respectivos descargos y ejerzan así su debido derecho de defensa, transcurrido lo cual se estaría en condiciones de hacer los informes técnicos correspondientes que permitan dilucidar eventuales responsabilidades en su caso” (ver. Págs. 1 y 2 del movimiento del 08/03/2021 a las 10:24 hs. - “Contestación Oficio Dirección General de Agricultura”).

De lo que cabe colegir que se ha efectuado en tal ámbito y por igual hecho, pretensión similar a la aquí impetrada, todo lo cual se está sustanciando en el espacio propio de actuación y a través de las autoridades competentes.

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. N° 25195

Tal situación configura la causal de inadmisibilidad prevista en el **inc. b) del art.3 de la Ley N° 8369** -aplicable por remisión del art. 77 de la misma ley-.

VI.- Tengamos presente que, si bien la tutela de derechos supraindividuales o colectivos han sido incorporados como garantía de raigambre constitucional e infraconstitucional, esto en nada excluye ni retacea la exigencia que quién demande deba cumplir las condiciones de admisibilidad formal y sustancial, exponer cómo tales derechos han sido lesionados por una conducta antijurídica, en qué consistiría esa actividad o esas omisiones, quién es el autor de ellas y cuál es el daño en concreto que se pretende reparar (ya sea por vía de la recomposición ambiental o de su indemnización) o el daño futuro que se desea legítimamente evitar; y siempre ha de tratarse de un daño respecto del cual pueda predicarse que llena el recaudo de certidumbre (Fallos: 329:3493).

La alegación y demostración de los extremos que hacen a la viabilidad y procedencia de la acción de amparo, incluida la ambiental [en este caso *"un hecho o acto, lícito o ilícito, que por acción u omisión anticipe la probabilidad de riesgo, lo haga posible o cause daño ambiental"* (art. 65 de la Ley N° 8369)], están a cargo del reclamante ya que admitir lo contrario, llevaría a desnaturalizar esta acción residual, devaluándola en su importancia y desconociendo su *ratio juris*.

Estos recaudos no se han satisfecho en autos, **por lo que corresponde desestimar la acción.**

VII.- He sostenido esta misma postura, ante análogas situaciones, al expedirme en los precedentes de la Sala N° 1 del STJ cuando ejercía competencia apelatoria en la materia, *in rebus* **"BUTTARO"** -N° 19021, sent del 15/2/2010-; **"FORO ECOLOGISTA DE PARANA"** -N° 19381, sent. del 05/10/2010-; **"LORENZUTTI"** -N° 19662, sent. del 13/04/2011-; **"ROMERO"** -N° 23000, sent. del 07/12/2017-; **"TABORDA"** -N° 23102, sent. del 23/01/2018-; **"ALVA"** -N° 23729, sent. del 09/11/2018-, entre varios otros; y recientemente *in re* **"FORO ECOLOGISTA DE PARANA"** -N° 25167, sent. del 18/03/2021-.

VIII.- Suscribo, por último, la conclusión a la que arriba el colega que me precede en el orden de votación sobre que la pretensión

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. N° 25195

esgrimida "en los términos en que fue concebida, deviene palmariamente improponible, no solamente por su manifiesta imprecisión, sino también por su indefinida generalidad, toda vez que no se logra entender cuál sería en concreto la lesión ilegítima de un derecho ni la supuesta pretensión preventiva que articula y, finalmente, se torna absolutamente improcedente en su pretensión de que el órgano judicial establezca límites de distancias para las fumigaciones con agrotóxicos, las cuales, por otra parte, ya se encuentran establecidas por el órgano competente -Poder Ejecutivo- y, aparentemente, con mayor generosidad protectora que la incomprensiblemente interesada en autos..."

IX.- Por las razones dadas, reitero mi adhesión a la solución que propicia el **Dr. Carubia** tanto en la propuesta nulificante del fallo en crisis como en el rechazo de la acción instaurada.

X.- Considero que corresponde imponer las **costas** al accionante vencido, sin perjuicio del beneficio establecido en el art. 56 de la Constitución Provincial.

XI.- Habiendo variado el resultado del litigio, y por imperio de lo normado por el art. art. 6 de la Ley N° 7046, se debe efectuar una nueva regulación de los estipendios profesionales acorde con el desenlace de esta causa lo que se deberá hacerse conforme lo establecido en el "**ACUERDO PLENARIO N° 1 - ART. 35 LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL - LEY 10.704**" del 28/10/19, donde este Alto Cuerpo en Pleno dispuso como parámetro mínimo la suma equivalente a 35 juristas al vencedor en primera instancia y 70 % de ese monto al vencido, y por la labor en la alzada el 40 % de la suma que fijada en la primera instancia (cfr. arts. 1, 2, 3, 4, 5, 7, 12, 59, 91 de la Ley de Aranceles, en armonía con la Ley 10.377 y las pautas previstas en el art. 1255, segundo párrafo del C.C y C.).

En base a tales pautas, corresponde regular los honorarios profesionales de la **Dra. María Aldana Sasia**, del **Dr. Christian Gómez Rodríguez**, del **Dr. Sebastián M. Trinadori** y de la **Dra. Adriana A. Abrigo**, por sus actuaciones en la primera instancia, en las respectivas sumas de pesos veintidós mil cincuenta (\$ 22.050), pesos quince mil setecientos cincuenta (\$ 15.750), pesos siete mil ochocientos setenta y cinco (\$ 7.875) y pesos siete mil ochocientos setenta y cinco (\$ 7.875).

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. Nº 25195

Y por sus intervenciones en esta Alzada, a la **Dra. María Aldana Sasia**, al **Dr. Christian Gómez Rodríguez**, y al Dr. Sebastián **M. Trinadori** en las sumas de pesos ocho mil ochocientos veinte (\$ 8.820), pesos seis mil trescientos (\$ 6.300) y pesos seis mil trescientos (\$ 6.300), respectivamente.

Así voto.-

A la misma cuestión propuesta y a su turno, la señora Vocal Dra. MEDINA, dijo:

I.- El recurso de apelación deducido contra la sentencia dictada en la acción de amparo, importa también el de nulidad, conforme a lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley de Procedimientos Constitucionales.

Consecuentemente, sin perjuicio de lo aducido por la parte accionada y de lo manifestado por el Ministerio Público Fiscal, tras haber examinado las actuaciones no advierto la existencia de defectos y/o vicios invalidantes de magnitud que ameriten la declaración de nulidad, recordando en este sentido que es pacífico el criterio doctrinario y jurisprudencial, respecto a la interpretación restrictiva de las nulidades procesales.

II.- Resumidos los antecedentes relevantes del caso por el Sr. Vocal ponente, debe inicialmente señalarse que es reiterada y pacífica doctrina del Superior Tribunal de Justicia que dada la naturaleza excepcional de los procesos de amparo, de ejecución o de prohibición, la concesión del recurso de apelación (arts. 15 y 16 de la LPC) devuelve al STJ la plenitud de la jurisdicción, colocándolo frente a la demanda en la misma posición que el "*a-quo*", pudiendo examinar todos sus aspectos, estudiar cuestiones no consideradas en la impugnación y establecer de oficio la existencia de circunstancias impeditivas o extintivas que operen "*ipso iure*", dotando al Tribunal "*ad-quem*" de facultad y atribución suficiente para juzgar en su totalidad los hechos y el derecho, actuando respecto de ellos con plena jurisdicción pudiendo, por tanto, ejercer no sólo el "*iudicium rescindens*" que le permite la destrucción o revocación de lo resuelto, sino también el "*iudicium rescissorium*", que le autoriza a reemplazar lo resuelto por otra decisión ajustada a derecho y, por sobre todo, sin quedar acotado por los alcances del resolutorio atacado ni por los agravios meramente facultativos (arts. 15 y 16, de la ley citada) que eventualmente pudiera efectuar la parte recurrente.

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. N° 25195

En el marco de dichas posibilidades ingreso directamente al tratamiento de la cuestión traída a debate, y encontrándome en tercer orden de votación, liminarmente he de puntualizar que la parte actora ha plasmado el objeto de la acción de amparo en los siguientes términos: *"Que vengo por el presente a promover Acción de AMPARO Ambiental **contra COMUNA DE COLONIA AVIGDOR** , con domicilio en Calle 3 Y 8 y **"subsidiariamente" contra Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos con domicilio en F. de la Puente N° 220 de la Ciudad de Paraná y/o quien resulte responsables de la explotación agrícola por la cual el día 09/02/2021 sobrevoló una avioneta fumigadora en el ejido municipal aplicando productos agrotóxicos** poniendo en altísimo riesgo la vida y salud de toda la comunidad en manifiesta violación al derecho al medio ambiente sano de los habitantes contenidos en el art. 30 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos y en el 41 de la constitución Nacional, solicitando a V.S exhorte a las autoridades municipales al estricto cumplimiento de su poder de policía en orden a las disposiciones de la normativa vigente , solicitando el establecimiento de un perímetro de exclusión o reserva de 1.000 mts a contar desde el límite de la planta urbana de la localidad de Avigdor dentro del cual quedan prohibidas las fumigaciones terrestres de todo tipo de agroquímicos, por aplicación del principio precautorio de la LGA , jurisprudencia y doctrina citada, hasta tanto la comuna demandada no dicte una reglamentación de resguardo para la población y el medio ambiente. "* (lo destacado en negrita me pertenece).

Explicitó en el desarrollo de los hechos que *"... El día 9 de febrero siendo aproximadamente las 10 hs **ingresó una avioneta** de color amarillo que **sobrevoló** el pueblo y comenzó a aplicar venenos en distancias considerablemente inferiores a la establecida en la normativa vigente, la que estipula que las fumigaciones áreas : Inmediatamente concurrí a efectuar la exposición policial, que en estas actuaciones se adjunta, y en momentos en que me anoticio que dicha fumigación no había sido notificada, por lo que el personal policial no pudo exhibir la receta agronómica, dejo sentado la velocidad del viento muy superior a los 20 km por hora y las distancias que se estaban violando. Que fue así que en este estado de desesperación, por no estar preparado para una nueva fumigación, procedí a buscar vía internet el estado del tiempo en esa ubicación y el servicio meteorológico Nacional*

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. Nº 25195

informaba que el viento era de 18 km por hora, o sea fumigo con viento. **Entiendo que la ilegalidad manifiesta surge de no haber respetado las distancias mínimas** respecto al ejido urbano, a los cursos de agua, a las colmenas que se asientan en la zona y a la no comunicación de dicha aplicación y a la ausencia de asesor técnico en la zona ". (lo destacado en negrita me pertenece).

En el acápite petitorio del escrito de acción de amparo solicitó en el punto c) *"Tenga por promovido en legal forma Amparo Ambiental contra la Comuna de Colonia Avigdor y quienes resulten responsables de la aplicación denunciada"*, mientras que en el punto d) petición: *"Oportunamente dicte sentencia ordenando el cese inmediato de las fumigaciones ilegales, disponiendo una distancia de 1000 terrestres hasta que el municipio demandado dicte la normativa pertinente"*.

Por su parte el a quo dio respuesta a lo planteado, resolviendo: *"1º) ADMITIR parcialmente la acción, declarando por los fundamentos dados y solo para la localidad de Colonia Avigdor, la inconstitucionalidad del art. 2 de la Resolución Nº47 SAA y RN del 2004 por contravenir los estándares mínimos de protección dictados por el Superior Gobierno de la provincia de Entre Rios en el Decreto Nº2239/2019 GOB, prohibiendo la fumigación terrestre, autopropulsada o de arrastre, con agroquímicos en un radio de cien metros (100 mts) alrededor de toda las planta urbana delimitada en la presente acción con perímetro amarillo en esta acción, con más la zona donde actualmente funciona la escuela local individualizada con perímetro violeta en el mapa satelital que se adjunta a la presente, denominada "Zona de exclusión"; y establecer una "Zona de Restricción" donde se prohíben las aplicaciones terrestres de productos fitosanitarios de clase toxicológica I.a. I.b y II dentro del radio de quinientos (500) metros contados desde el límite de los cien (100) metros establecidos como "Zona de Exclusión"; en esta área podrán realizarse aplicaciones terrestres de productos fitosanitarios de clase toxicológicas III y IV, todo conforme la nomenclatura proporcionada por el SENASA. Todo hasta tanto se dicte el Ordenamiento Territorial Ambiental y/o normativa regulatoria no contradictoria con las medidas de protección adoptadas por el Dec. 2239/19 GOB para la localidad de Colonia Avigdor por las autoridades competentes. 2º) EXHORTAR al Estado Provincial para que*

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. N° 25195

dentro de un plazo razonable, el cual no podrá exceder de un año, proceda a dar operatividad al art. 8 Dec. 2239/19 GOB en tanto supone una medida de prevención y control claramente mas adecuada para la regulación de la actividad de pulverización. 3º) ORDENAR a la Comuna de Colonia Avigdor, proceda a dar amplia difusión en el ámbito local a las medidas dispuestas en el punto 1º del presente fallo a través de medios de difusión masivos de comunicación. " (lo destacado en negrita me pertenece).

Sentado lo anterior, he de señalar que tras haber efectuado el análisis de las actuaciones, las posturas partivas y los respectivos memoriales de agravios presentados en esta alzada contra la sentencia de grado, teniendo en cuenta las particulares circunstancias fácticas que presenta el caso, y en orden a dar respuesta a la cuestión planteada, expreso mi coincidencia con la solución propuesta por el Dr. Carubia, a la que adhiere la Dra. Mizawak, en cuanto propicia rechazar la acción de amparo interpuesta, y en este sentido, haré lugar a los recursos de apelación interpuestos por la parte accionada, sin que esto implique entender a los derechos invocados como una mera expresión de buenos propósitos que no contarían con la posibilidad de tornarse operativos en aras de alcanzar la efectiva tutela ambiental cuyo explícito reconocimiento y jerarquización ha producido el constituyente provincial y nacional en las respectivas cartas constitucionales.

En esta senda, corresponde tener presente que se encuentra en trámite el Expediente N° 2481153, en el que obran distintas actuaciones que dan cuenta de las derivaciones, pasos y alternativas seguidas por el mismo en la instancia administrativa, registrando movimiento, y encontrándose pendiente de resolución en relación a la denuncia formulada por el actor referida a la fumigación aérea del día 9 de febrero de 2021, la que fue informada mediante radiograma con fecha 11 de febrero de 2021 a la Secretaría de Ambiente del Gobierno de Entre Ríos, quien derivó las actuaciones a la Dirección General de Agricultura con fecha 19 de febrero del corriente, adoptando medidas en el marco de la Ley N° 6599 - Decreto Reglamentario 279/03 SEPG y sus normas complementarias-, labrándose en fecha 27 de febrero de 2021 el acta de constatación N°007/2021, tomándose georeferenciaciones, entrevistas personales (incluso con el denunciante), entre otras actuaciones llevadas a cabo que prima facie resultan conducentes en

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. N° 25195

miras de dar respuesta al hecho y cuestión sometida a tratamiento en dicho ámbito, y de las que da cuenta el acta referida y, en general, el expediente administrativo individualizado, encontrándose asimismo previstos los términos para su prosecución (cfr. movimiento del 8/3/2021 -Contestación Oficio Dirección General de Agricultura); lo que claramente indica que ante la existencia de dos alternativas (administrativa o judicial) a su alcance para canalizar el planteo, el hoy actor acudió voluntariamente a la vía administrativa, desencadenándose la actividad anteriormente reseñada en relación a la denuncia de fumigación aérea de fecha 9 de febrero de 2021 que diera inicio a las actuaciones N° 2481153 en sede administrativa, por la que luego articulara la acción de amparo, lo cual conduce a considerar que ésta resulta inadmisibile al verificarse que se basa en una reedición del mismo hecho planteado en aquel ámbito, por lo que a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 inc. b) de la Ley N°8369, el cual prevé que *"Si hubiera promovido otra acción o recurso sobre el mismo hecho o se halle pendiente de resolución"* no será admisible la acción de amparo, siendo aplicable tal dispositivo en virtud de lo establecido en el artículo 77 de la norma citada.

Por lo demás, pondero que la decisión adoptada en la instancia de grado resulta equivocada, pues a tenor de los hechos vertidos por el actor en sustento de la acción interpuesta, de los que en prieta síntesis dan cuenta los párrafos transcritos más arriba, **vinculados a la fumigación aérea** que habría acaecido el día 9 de febrero de 2021, la cuestión planteada no se encontraría comprendida en la norma declarada inconstitucional: artículo 2 de la Resolución N°47/04 SAA y RN, sino en lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto N°279/03, el cual establece lo siguiente: ***"Queda prohibida la aplicación aérea de plaguicidas agrícolas dentro del radio de 3 km. a partir del perímetro de la planta urbana de los centros poblados. Cuando dichos plaguicidas sean aplicados por medios terrestres, dentro del área indicada, deberá hacerse con la presencia permanente del Asesor Técnico, debiéndose extremar las precauciones para no ocasionar daños a terceros."***, por lo que en las circunstancias que presenta el caso considero desacertada la declaración de inconstitucionalidad del artículo 2 de la Resolución N°47/04 SAA y RN que prevé *"Limitar el uso de agroquímicos en lugares próximos a caseríos lindantes a lotes de uso productivo, a una distancia de 50 metros. ..."* (lo

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. N° 25195

destacado en negrita me pertenece).

Finalmente, en relación a los términos en que se formula la acción de amparo, coincido con los colegas en lo atinente a que resulta confusa su redacción e imprecisos y genéricos los términos de lo pretendido, incumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 70 inc. c) de la Ley N°8369, en cuanto dispone que al demandar se debe efectuar una relación circunstanciada de los hechos, siendo dificultoso en el caso, incluso la determinación de los sujetos apuntados como legitimados pasivos de la misma, pues los acápite objeto y petitorio del escrito promocional presentan diferencias en este aspecto, al no mantener en este último el direccionamiento de la acción -subsidiariamente- contra el Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos.

En este orden de ideas, y como reflejo del cuadro de situación reseñado, cabe traer a colación lo expresado por el colega ponente cuando sostiene que *"... pese a la farragosa redacción del escrito inaugural en el cual el actor precisó que el amparo se dirige contra los responsables de la "aplicación denunciada", la cual no es otra que la fumigación aérea del 9/2/21 referida en el objeto, interesando en su petitorio un genérico, impreciso e indeterminado cese de "las fumigaciones ilegales", sin explicitar a cuáles concretamente refiere, soslayando que, para el hipotético caso de una prohibición genérica -a juzgar por los términos empleados-, la misma ya se encuentra contemplada en la normativa vigente, además de peticionar la fijación de una incomprensible restricción de "1000 terrestres" (textual) hasta que el municipio dicte normativa, en el imaginario -haciendo una intelección in bonam partem- de que se trata de la unidad de medida comúnmente utilizable en estos casos."*

A ello agrego que la mentada situación de desorden se ve profundizada, teniendo su correlato en esta alzada, al ser posible constatar en el memorial presentado por la parte actora, la introducción a modo de una novedosa, inaudita y aparentemente definitiva petición en estos obrados, que este tribunal, y por las razones que expone en su escrito de agravios, **confirme el "... fallo recurrido en todas sus partes, salvo en las distancias establecidas y en relación a la circunscripción de la declaración de Inconstitucionalidad de la Resolución 47 a la Colonia de Avigdor y no**

**"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/
ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. Nº 25195**

a toda la provincia." , pretendiendo así, insólitamente, su extensión al resto del territorio provincial, cuestión ésta que no hace más que corroborar el errático deambular del actor en derredor del hecho en que basa la promoción de este especial proceso constitucional (Lo destacado en negrita y subrayado, me pertenece).

III.- En virtud de lo expuesto, aunado a los argumentos desarrollados en el voto ponente , -a cuya solución adhiere la señora Vocal Dra. Mizawak-, en tanto resulten compatibles con lo expresado por mi parte, propicio hacer lugar a los recursos de apelación interpuestos por la parte accionada, y en consecuencia, revocar la sentencia venida en revisión, y rechazar la acción de amparo interpuesta.

IV.- En cuanto a las costas, dada la índole de los derechos invocados, estimo justo y equitativo imponer las costas por su orden en ambas instancias.

V.- En lo atinente a los honorarios profesionales, adhiero a la propuesta regulatoria efectuada por la señora Vocal Dra. Mizawak.

Así voto.-

A la misma cuestión propuesta y a su turno, el señor Vocal Dr. SMALDONE, dijo:

I.- Resumidos los antecedentes relevantes del caso en el voto que presenta este Acuerdo, me remito a ellos para mayor brevedad e ingreso directamente al tratamiento de los recursos que provocan la idónea apertura de esta Instancia.

II.- En dicha tarea, adhiero en lo sustancial a la solución propuesta por el Sr. Vocal Dr. Carubia cuya fundada postura es acompañada por la Sra. Vocal Dra. Mizawak, que cuenta -además- con el auspicio del Ministerio Público Fiscal interviniente, tanto en el asunto principal como en la cuestión accesoria referida a las costas del proceso.

III.- Para terminar, coincido con la regulación que propone la Dra. Mizawak, que viene compartida por la Dra. Medina.

Así voto.-

Con lo que no siendo para más, se dio por terminado el acto

"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. N° 25195

quedando acordada -y por mayoría- la siguiente **SENTENCIA**, que **RESUELVE**:

1º) DECLARAR la **nulidad de la sentencia de primera instancia** emitida por el Juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial y Laboral N° 1 de la ciudad de La Paz, Dr. Diego Rodríguez en fecha 16 de marzo de 2021.-

2º) RECHAZAR la **acción de amparo ambiental** incoada por el señor Elio Fabián Kohan contra la comuna de Colonia Avigdor y, subsidiariamente, contra el Gobierno de la Provincia de Entre Ríos.-

3º) IMPONER las costas devengadas de todo el proceso al actor vencido (cfme.: art. 20, Ley N° 8369), atento a lo expresado en los considerandos

4º) DEJAR sin efecto la regulación practicada por el a quo y **ESTABLECER** los honorarios profesionales de la **Dra. María Aldana Sasia**, del **Dr. Christian Gómez Rodríguez**, del **Dr. Sebastián M. Trinadori** y de la **Dra. Adriana A. Abrigo**, por sus actuaciones en la primera instancia, en las respectivas sumas de **pesos veintidós mil cincuenta (\$ 22.050)**, **pesos quince mil setecientos cincuenta (\$ 15.750)**, **pesos siete mil ochocientos setenta y cinco (\$ 7.875)** y **pesos siete mil ochocientos setenta y cinco (\$ 7.875)** y por sus intervenciones en esta Alzada, a la **Dra. María Aldana Sasia**, al **Dr. Christian Gómez Rodríguez**, y al **Dr. Sebastián M. Trinadori** en las sumas de **pesos ocho mil ochocientos veinte (\$ 8.820)**, **pesos seis mil trescientos (\$ 6.300)** y **pesos seis mil trescientos (\$ 6.300)**, respectivamente -Cfme. arts. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 12, 59, 64 del Dec.-Ley N° 7046, rat. Ley 7503.-

Protocolícese, notifíquese -cfme. arts. 1, 4 y 5 Ac. Gral. N° 15/18 SNE- y, en estado bajen.-

Dejo constancia que la sentencia que antecede, ha sido dictada el día **5 de abril** de 2021 en los autos **"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/ ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"**, Expte. N° 25195, por el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, integrado al efecto por las señoras y los señores Vocales **Daniel O. Carubia (En disidencia por honorarios)**, **Susana Medina (En disidencia parcial)**, **Claudia M. Mizawak** y **Juan R. Smaldone**, quienes suscribieron la misma mediante firma electrónica, conforme **-Resolución N° 28/20 del**

**"KOHAN ELIO FABIAN C/ COMUNA DE COLONIA AVIGDOR y OTRO S/
ACCION DE AMPARO (AMBIENTAL)"- Expte. Nº 25195**

12/04/2020, Anexo IV- prescindiéndose de su impresión en formato papel y se protocolizó. Conste.-

Fdo.: ELENA SALOMÓN -SECRETARIA--

HG

Existiendo regulación de honorarios a abogados y/o procuradores, cumpliendo con lo dispuesto por la Ley 7046, se transcriben los siguientes artículos:

Ley 7046-

Art. 28º: NOTIFICACION DE TODA REGULACION. Toda regulación de honorarios deberá notificarse personalmente o por cédula. Para el ejercicio del derecho al cobro del honorario al mandante o patrocinado, la notificación deberá hacerse en su domicilio real. En todos los casos la cédula deberá ser suscripta por el Secretario del Juzgado o Tribunal con transcripción de este Artículo y del art. 114 bajo pena de nulidad.- No será necesaria la notificación personal o por cédula de los autos que resuelvan reajustes posteriores que se practiquen por aplicación del art. 114.- **Art. 114º.** PAGO DE HONORARIOS. Los honorarios regulados judicialmente deberán abonarse dentro de los diez días de quedar firme el auto regulatorio. Los honorarios por trabajos extrajudiciales y los convenidos por escrito cuando sean exigibles, se abonarán dentro de los diez días de requerido su pago en forma fehaciente. Operada la mora, el profesional podrá reclamar el honorario actualizado con aplicación del índice, previsto en el art. 29 desde la regulación y hasta el pago, con más su interés del 8% anual. En caso de tratarse de honorarios que han sido materia de apelación, sobre el monto que queda fijado definitivamente en instancia superior, se aplicará la corrección monetaria a partir de la regulación de la instancia inferior. No será menester justificar en juicios los índices que se aplicarán de oficio por los Sres. Jueces y Tribunales.-

Fdo.: ELENA SALOMÓN -SECRETARIA-