

COMISION DE DERECHO PROCESAL CIVIL

Tema: Nuevas estructuras procesales

Valeria Inés Enderle

Feliciano 50, Paraná, Entre Ríos

+54 343 4382828

enderlevaleria@gmail.com

La tutela preventiva en materia ambiental a través de un proceso de cognición autónomo-simplificado

Con este trabajo se pretende esbozar, a partir de un panorama de las dificultades existentes en la Provincia de Entre Ríos, respecto de la tutela preventiva en materia de conflictos ambientales, un modelo procesal diferente a los conocidos y establecidos en las normas procesales, considerando el proyecto de Bases para la Reforma Procesal Civil y Comercial. Éste supondrá cambios procedimentales que aseguren la cognición, la celeridad y la definitividad de la sentencia, en aras de lograr el objetivo de la tutela judicial oportuna y efectiva a la que debemos aspirar en función de las normas constitucionales y convencionales que así lo establecen.

Postulado para “Premio A.A.D.P.” y ElDial.com

Introducción

La necesidad de los justiciables de una tutela rápida y efectiva en los Tribunales ha llevado a los operadores jurídicos a pensar en sistemas, en soluciones, en propuestas para modificar algunas de nuestras vetustas normas y lentos procedimientos, pretendiendo dejar de lado la escritura y los expedientes judiciales artesanalmente cocidos a mano. Esta ardua tarea que implica producir reformas procesales también indica la necesidad de capacitar e introducir a los tomadores de decisiones y principalmente, a la magistratura, en los diferentes paradigmas protectorios: sus orígenes, consecuencias jurídicas y prácticas.

En este correr de ideas, en las Bases para la Reforma Procesal Civil y Comercial en el marco del Programa Justicia 2020 se ha recomendado *“simplificar al máximo las estructuras procesales por las cuales puedan tramitarse los reclamos civiles y comerciales”*. Y sus redactores van más allá indicando *“Sin perjuicio de estructuras especiales necesarias (proceso incidental, proceso cautelar, proceso de ejecución, etc.), se considera que tres debieran ser las estructuras fundamentales de conocimiento: a) el proceso ordinario por audiencias, b) el proceso monitorio c) el proceso simplificado de justicia inmediata (justicia de proximidad o pequeño monto)”*. Sin embargo, advierten también que, cuando el Código Civil y Comercial indica acudir al procedimiento más breve establecido por la ley local, debe ser uno distinto y más abreviado que el proceso ordinario por audiencias. Allí es donde aparecen dos posibilidades: el proceso simplificado de justicia inmediata, o un proceso sumario o extraordinario.

En nuestro sistema local, derogado que fuera el proceso sumario, y ahora con la remisión del Código Civil y Comercial a estos procesos breves, entendemos ha quedado un vacío procesal-legal entre el juicio ordinario y el juicio sumarísimo y los especiales. Podría ser llenado con un proceso de cognición de tramitación breve, pero con una sentencia que otorgue tutela definitiva.

Enfocar en el problema y las necesidades

En nuestra Provincia, la implantación de la oralidad con el proceso por audiencias en materia civil, comercial y de familia, sumado al sistema de

notificaciones electrónicas, han sido pensados y están desarrollándose con la idea de mejorar el servicio de justicia y así brindar una efectiva tutela al justiciable. Sin embargo, nuestros modelos procesales aún presentan ciertas dificultades a la hora de lograr el objetivo de tutela judicial oportuna al referirnos a temas ambientales.

Por un lado, el proceso ordinario ha englobado en su estructura a todas las pretensiones o peticiones, incluso las constitucionales, que no pueden desarrollarse a través de un juicio especial o de un juicio sumarísimo, monitorio o ejecutivo. Y, en consecuencia, los tiempos se prolongan. Por otro lado, los presupuestos rígidos del amparo (poco flexibilizados en la práctica), y las vicisitudes temporales que llevan a plantear medidas cautelares – cuando, en realidad no serían las herramientas procesales que más se ajusten a las situaciones en conflicto-, no alcanzan a cubrir el espectro de conocimiento que requiere el juez para el dictado de una sentencia oportuna y fundada.

Por ello, los operadores jurídicos, como responsables de la realización de la justicia y atendiendo a normas constitucionales y compromisos internacionales debemos re-pensar las estructuras y generar modelos procesales que tengan como norte una justicia más humana y una concreción verdadera de los principios procedimentales que aspiran a ella.

Puntualmente, en Entre Ríos, el amparo ambiental, utilizado en su faz preventiva se ha visto relegado en función de estrictos requisitos procedimentales en torno al objeto del mismo y su no admisibilidad en decisiones judiciales. Éstas, con estrechez de fundamentos jurídicos protectorios válidos, lo han calificado como una figura residual al considerar que existen otros medios judiciales más idóneos. Así podemos mencionar, por ejemplo, *“Hoet Leonardo José y Otros C/Superior Gobierno de Entre Ríos y Municipalidad de Concepción del Uruguay S/Acción de Amparo”*, *“Lorenzutti Franco c/Estado de la Provincia de Entre Ríos/ acción de Amparo”*, *“Quiroga, Sara Ramona y otros c/Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos s/Acción de Amparo y Medida Cautelar”*, entre otros.

Por ello, creemos necesario un proceso autónomo y simplificado, con una etapa de cognición suficiente que le permita al juez decidir de manera definitiva la tutela pretendida en la que se desarrollen y adapten los

principios procesales de oficiosidad; juez especializado; economía y concentración, oralidad, flexibilidad, amplitud, solidaridad y colaboración probatoria, acceso irrestricto a la justicia; más los particulares de la disciplina ambiental: de prevención, precaución, equidad intergeneracional, responsabilidad, progresividad, cooperación, solidaridad -que se encuentran regulados en instrumentos internacionales, cartas constitucionales, leyes nacionales, provinciales y de presupuestos mínimos-.

La prevención

El hacer ex ante es un principio fundante del Derecho Ambiental receptado no sólo en nuestras Constituciones y leyes sino también en acuerdos internacionales. Es decir, se trata de una idea rectora del Derecho Ambiental que obliga al sujeto a actuar antes de que el daño acaezca; asentado en la idea de la debida diligencia que implica una necesaria obligación de vigilancia y adopción de decisiones relativas a previsiones tanto en obras, productos y servicios como en industrias en general, para evitar cualquier afectación durante su construcción o fabricación, durante su funcionamiento o posterior a su utilización. Para ello, se utiliza la herramienta de política ambiental adecuada: la evaluación de impacto ambiental.

Por lo tanto, el responsable debe adoptar todas las previsiones posibles y conocidas de los riesgos que acarrea su proyecto, obra o actividad, actuando en consecuencia. Los bienes ambientales, en su mayoría, no son monetizables; por lo tanto, se dificulta reponer las cosas al estado anterior al acaecimiento del o de los hechos.

Específicamente, la redacción del artículo 4 de la Ley General del Ambiente (nro. 25.675)¹ debe traducirse en materia procesal en la correcta elección de la/las herramientas que permitan encauzar este tipo de pretensiones.

Hoy, la ausencia de control del Estado lleva a la ciudadanía a exigir soluciones a un Poder Judicial que no tiene la capacidad técnica y suficiente o no se encuentra en condiciones de definir políticas públicas,

¹ (...) Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.

fundamentalmente, debido a la independencia de poderes en la República. A ello se debe adicionar, la ausencia de un fuero ambiental específico y que, las decisiones de jueces con competencia civil y comercial, en la mayoría de los casos, se enmarcan en reglas poco adaptadas y muy rígidas en sus requisitos. Es el caso del amparo ambiental de la ley 8.369 (de procedimientos constitucionales) que está regulado en cuatro artículos y re-direcciona al operador jurídico a las normas del amparo general, siendo muy dificultosa su adaptación. Por ello, es conveniente pensar en un proceso autónomo de cognición simplificada que atienda la mentada protección preventiva.

Así las cosas, adaptar un carril procesal adecuado para la tutela preventiva ambiental puede servir a los efectos de encausar también, y para otros supuestos, la mal denominada ‘acción preventiva’ del Código Civil y Comercial (CCC)², regulada a partir de los artículos 1710 al 1715.

Como está regulada en el CCC procede cuando *“una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento”*, sin exigirse la concurrencia de ningún factor de atribución y con una legitimación bastante amplia (la sola acreditación de un interés razonable en la prevención del daño). Se establece, además, que la sentencia debe disponer obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda, ponderando los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

Claramente, es el típico instituto insertado en la normativa sustancial que proviene de la rama procesal que no debería ser regulado en normas materiales. No obstante la Corte Suprema lo ha convalidado en algunas ocasiones, la regulación no va más allá en su exceso y no deja en claro cuál sería el procedimiento correcto para llevar dicha pretensión ante un juez para que defina el mérito de la misma en una sentencia y reestablezca la paz social dañada o con posibilidades de ser dañada. Es claro que lo que el legislador entendía necesario era la regulación de una función preventiva en el plano sustancial que evitara la producción de daños o la continuación de

² En realidad, no se trataría de una acción preventiva si no de una pretensión preventiva. Desde las normas sustanciales se tiene como normal asimilar pretensión y acción, cuando, sabemos, son bien distintas en sus contenidos y elementos.

éstos en pos de la tutela efectiva inmediata. De nada sirve, cuando es previsible el acaecimiento del daño o su agravamiento, no actuar de manera ex ante. Sin embargo, no estableció si el procedimiento debería ser el más breve o no; con lo cual, resulta doblemente necesario identificar un cauce procesal para este tipo de pretensiones.

Re-pensando, re-inventando

En la tarea de reflexión en torno a los aspectos de las estructuras procesales que merecen ser revisitadas no podemos olvidar las especiales características del bien jurídico ambiente que es preciso tutelar. Como ya dijera nuestro cimero Tribunal en el fallo “Mendoza” (2006), *“es un bien colectivo, el que por su naturaleza jurídica es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes”*. Por otro lado, su afectación no se circunscribe ni subjetiva ni espacial ni temporalmente en una forma o manera determinada. Es decir, no se limita a un lugar, una comunidad o un período de tiempo determinado o fácilmente determinable, sino que sus consecuencias se extienden como una onda expansiva afectando grandes grupos de personas, a las generaciones futuras, riquezas naturales, históricas y culturales, amplios territorios; y su duración se cuenta por meses e incluso años.

Estas particularidades tornan indispensable una estructura procesal que otorgue celeridad en la tutela preventiva con la cognición suficiente para una sentencia clara, creativa y ordenada al fin pretendido. Por ello, definir un proceso que encauce este tipo de pretensión haría posible hacer frente a sus características o necesidades especiales.

En estos casos, la cognición debe ser más profunda que la que puede darse en un proceso de amparo ambiental, por ejemplo, pero no tan extensa en los tiempos de un proceso ordinario, incluso el que se desarrolle por audiencias. Con lo cual, si bien la prueba puede resultar compleja -por la necesidad de pruebas periciales, informes de distintos organismos del Estado- la rapidez con la que debe actuar el juez y adoptar una decisión debe ser sustentada en un conocimiento más o menos superficial que brinde la posibilidad de entender el asunto para definir la contienda de manera célere y justa, haciendo mérito de la pretensión preventiva que le dio inicio.

Se trata, en definitiva, de encontrarnos con una magistratura comprometida y activa, creativa en la intervención de los terceros interesados y en la producción de pruebas para mejor proveer, así como flexibles en los términos de la congruencia procesal y en el desarrollo procedimental, hasta para reconducir postulaciones.

Sin embargo, no se puede dejar librado a la buena voluntad o carácter activista del magistrado, sino que es preciso pensar en una alternativa al proceso de cognición profundo que es hoy en nuestros códigos procesales el proceso ordinario de conocimiento, amplio, extenso en el tiempo; de manera que sirva a los efectos de pensar el proceso ambiental. Con lo cual, re-editar un proceso derogado en nuestro ordenamiento procesal, como es el juicio sumario, adaptándolo a las nuevas circunstancias y situaciones jurídicas, colaboraría en la simplificación que se pretende desde las 'Bases' para las futuras reformas de nuestros códigos procesales, adecuándolo también a la legislación sustancial que exige la unión de cognición y celeridad en varias materias y para el quehacer preventivo en materia ambiental específicamente.

De esta manera, se propone una etapa de postulación concreta, otra de cognición superficial y una decisoria de carácter definitivo.

Es decir, se trataría de un proceso autónomo, plenario y abreviado por audiencias, en el que se agote el tratamiento de las pretensiones y defensas, componiendo definitivamente el litigio, sin necesidad de entablar un proceso posterior de mayor amplitud probatoria.

Así, se acelera el trámite del proceso, pero sin por ello desplazar el conocimiento en sí mismo que es la base del proceso de cognición que propugnamos, como categoría dentro de los procesos de conocimiento.

Como afirma M. Peyrano *“una tutela judicial preventiva puede asumir el ropaje de una medida cautelar, o bien el de otros instrumentos mucho más modernos como ser la medida autosatisfactiva o la sentencia anticipada dentro de un proceso principal, pero lo ideal a los fines de su debida sustanciación y realización es la instauración de un proceso de conocimiento propio que dé lugar a una sentencia de condena a la realización de una*

*conducta de hacer o de no hacer, que resulte preventiva del daño inminente*³.

La cognición aparente

El propósito político jurídico de simplificar las formas para obtener mayor celeridad en el desarrollo del proceso preventivo indica que la intensidad de la medida del conocimiento se verá sensiblemente disminuida si la comparamos con el típico proceso de cognición plena. El conocimiento seguirá siendo cabal y exhaustivo, pero será concentrado y rápido en el tiempo; aún más con una decisión de profundización de la oralidad⁴.

Por ello, entendemos necesario definir el desarrollo de un procedimiento diferente, controlado y no fragmentado o limitado.

Concretamente, la etapa postulatoria podría comenzar con la demanda y culminar en una primera audiencia (similar a una audiencia pública de tipo organizativa o de gerenciamiento del proceso, o de managment -como se utiliza en el derecho anglosajón-) a opción del demandado, en la que conteste la demanda, luego de un plazo de tres días o el que prudencialmente fije el juez, para el estudio de la cuestión. Esta audiencia tendría como fin definir las pretensiones y oposiciones, pudiendo incluso ser convocados a ella los posibles interesados en el resultado del litigio para no dilatar su intervención a un momento posterior.

Así las cosas, entendemos que la contestación de la demanda (si se eligiera por la forma oral -estilo informe del proceso de amparo-) no debiera ser con las características de un discurso monótono, lento o sostenido por la misma parte sino a través de preguntas concretas y razonadas realizadas por el magistrado quien, previamente, debe tener estudiada la demanda para poder definir la concentración o contradicción de argumentos en miras a

³ PEYRANO, Marcos L. "Hacia una tutela judicial preventiva eficaz en Argentina y derivada del principio de tutela judicial efectiva" en Derecho Procesal Civil y Comercial – Estudios en Homenaje al Dr. Jorge W. Peyrano. Rubiznal-Culzoni Editores, Santa Fe. 2018, pág. 535

⁴ En sí misma, la oralidad no es superior a la escritura, sino que posibilita una mejor aplicación de principios basilares del proceso como ser la intermediación, la concentración, la publicidad, la moralidad, probidad o buena fe y la participación en el proceso generando en definitiva un contacto directo, material, personal y témporo-espacial entre el juez y las partes. Asimismo, posibilita la actuación del juez flexibilizando las formas, superando así la desnaturalización del proceso que conlleva el ritualismo al que nos tiene acostumbrados el proceso de tipo escriturario.

definir la traba de la litis. Esto, implica una importante dirección del proceso por parte del juez, quien ordenará y conducirá la audiencia de manera dinámica; incluso intentando una primera instancia de acuerdo. Asimismo, es relevante el rol que asuman los defensores técnicos tanto en dicha audiencia como en su tarea previa de investigación pues ello les permitirá definir con agudeza las pretensiones y la necesidad de ordenar y producir determinadas medidas probatorias, midiendo el juez la cantidad y calidad de las mismas en función de su admisibilidad y relevancia, siempre respetando el contradictorio y el límite dado por el principio de legalidad para asegurar su imparcialidad.

Si bien sucede que los clásicos instrumentos probatorios se convierten en pruebas multifacéticas e interdisciplinarias por las características difusas del daño ambiental que acarrea dificultades en la identificación del agente causador, los caracteres mismos de las afectaciones imprecisas en su alcance, prolongación y efectos sucesivos en el tiempo y extendidos en el espacio; la prueba de informes⁵ y la prueba científica⁶ revisten un papel fundamental en este tipo de procesos. Por ello, es preciso que se produzcan y que el juez las valore según la sana crítica racional tomando como base un conocimiento específico, técnico y adecuado a la pretensión preventiva en juego.

Asimismo, para otorgar celeridad a este proceso son fundamentales las instancias orales de explicaciones e impugnaciones probatorias. De igual manera, las alegaciones finales que deberán producirse en una única audiencia -de características similares a la audiencia de vista de causa- debiendo otorgársele intervención a los ‘amicus curiae’, si se hubieran presentado en el proceso.

⁵ “Los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental, agregados al proceso, tendrán la fuerza probatoria de los informes periciales, (...)” (art. 29 ley 25.675) con lo cual será menor la producción probatoria necesaria ya que, en la generalidad de los casos, por las intervenciones administrativas que deben existir en los procesos de licenciamiento ambiental, este tipo de dictámenes técnicos de los organismos del Estado se encuentran obligatoriamente producidos en los expedientes administrativos.

⁶ A partir de sus resultados el juez podrá tomar por ciertos los datos y referencias aportadas al proceso, generándole así una mayor convicción. Podrá determinar si existe o no una consecuencia determinada o conocida a la acción u omisión que se pretende limitar o definir, actuando de manera preventiva.

Una tutela preventiva definitiva

Luego de una cognición aparente y adecuada a las características del caso, el juez dictará sentencia definitiva, en un plazo no mayor a diez días, otorgando la tutela preventiva pretendida, según las pretensiones y oposiciones esgrimidas por las partes en función de considerar este proceso como un proceso de conocimiento, adquiriendo cosa juzgada material.

De no ser así, debería quedar habilitada la vía promocional de un proceso ordinario posterior. Y así caería el objetivo fundamental de asegurar la tutela preventiva a través de un proceso de cognición más abreviado que el ordinario, pero con todas sus características probatorias, quedando a merced de una estructura procesal más compleja una definición que necesariamente debe adoptarse prontamente para mantener la salud de los ecosistemas y de la población.

Es más, si fuera una decisión provisoria caeríamos fuera del proceso de conocimiento y estaríamos dentro del llamado sistema cautelar, difiriendo lo que se pretende con este proceso que es insertarlo en el carril de las decisiones autónomas que hacen cosa juzgada material. La decisión de mérito implica, por lo tanto, que el juez funde la solución en la contradicción de las partes y en su aporte probatorio, definiendo la tutela buscada. Podría incluso confirmar, si fuera el caso, luego del conocimiento alcanzado, un ensamble con una decisión provisoria que pudiera haber tenido lugar a partir de una medida anticipatoria o de urgencia siempre y cuando no hubiere tenido el mismo objeto que la pretensión de tutela preventiva principal.

Como expresa Berizonce *“La conjugación armoniosa del “hacer pronto” y del “hacer bien” garantiza la oportuna composición de los diferentes intereses en conflicto, pues mientras la parte urgida puede recibir, concurriendo los requisitos que establece la ley, una tutela presurosa aunque de todos modos provisional, igualmente queda salvaguardada la garantía plena del contradictorio, para la contraria, sustentada en la comprobación plena y definitiva de la que deriva la cosa juzgada”*⁷.

⁷ BERIZONCE, Roberto O. Un “nuevo” tipo procesal sumario: hacia la reconstrucción del proceso de cognición y su articulación con las tutelas de urgencia - Civil Procedure Review, v.2, n.3: 98-118, sept-dec., 2011 ISSN 2191-1339 – www.civilprocedurereview.com

Esta sentencia definitiva si bien podrá adquirir el efecto de cosa juzgada, nuevamente, por las características del macrobien ambiental, no está destinada a ser una sentencia que permanecerá inmutable de manera indefinida en el tiempo pues presenta dos características que es preciso ponderar: una, la constante transformación de los bienes ambientales y de las interacciones que se producen en los ecosistemas a proteger y otra: el constante avance científico que permite conocer efectos o impactos ambientales de ciertas actividades, productos, servicios, proyectos que no se conocían y de los cuales, luego, se adquiera certeza. Estas circunstancias podrán significar una eventual revisión de la cosa juzgada, la que deberá definirse en estrictas ocasiones excepcionalmente establecidas en las normas pertinentes.

Conclusión

La inminencia de las necesarias reformas procesales de nuestros códigos de rito provinciales y nacional lleva a que nos detengamos a re-pensar ciertas instituciones y, en todo caso, re-inventar algunas antiguas o derogadas estructuras que hoy pueden servir de respuesta adecuada a la intervención preventiva de la magistratura en posibles afectaciones a derechos fundamentales como es el caso de los derechos ambientales.

Contar con normas procesales adecuadas para los fines de tutela judicial preventiva y oportuna -amén de la operatividad de las normas constitucionales- importa otorgar a los operadores jurídicos certeza en las herramientas a utilizar en aras de lograr la tutela judicial efectiva y garantizar calidad de vida y protección de un ambiente ecológicamente equilibrado, para nuestra generación y las futuras.

Propiciamos, consecuentemente, la inserción de este proceso de cognición aparente como una nueva estructura procesal en las futuras reformas, en el convencimiento que con ella se dinamizará el proceso y se logrará un efectivo y justo servicio de justicia.