

DIFICULTADES PROBATORIAS Y EXCEPCIONES EN EL PROCESO DE DAÑO AMBIENTAL

Por Jorge A. Rojas

1.- INTRODUCCION

El tema para el que me ha invitado a participar la dirección de esta prestigiosa Revista, sin duda alguna trasunta las complejidades que presenta en la actualidad una actividad que desde el año 1994 el constituyente ha pretendido resguardar elevando al rango constitucional, que no es otra que la protección del medio ambiente.

Sin embargo, se percibe ya por la simple lectura del título -que la propuesta para esta invitación- ha partido de la base, de la existencia de un proceso, ya que cuando se alude a dificultades probatorias y a las excepciones es evidente que se parte de la premisa de la existencia de un proceso en el cual se presentan sendos componentes.

Pero aquí se presentan dos alternativas de interpretación, una que se contemplen únicamente las dificultades que se presentan en materia probatoria en el proceso de daños ambientales, y otra, que se contemplen, o bien las excepciones que se pueden plantear a raíz de esas dificultades en materia de producción de prueba, o bien que se interprete que también se pretendería abordar el tema referente a las excepciones previas presumiéndose que se pueden originar en este tipo de proceso.

Por cierto, que en cualquiera de esas dos variantes se está partiendo de una misma y única premisa que no es otra que la existencia de un proceso -desde

luego, con una regulación específica- que resulta la vía adecuada para canalizar las pretensiones que surjan en materia ambiental.

Voy a descartar la segunda variante, esto es la referente a las excepciones de previo y especial pronunciamiento, y trataré de abordar el primer sentido que le he dado a la invitación, esto es las dificultades probatorias que se presentan en el proceso de daños al medio ambiente, y las posibles excepciones que existen en ese sentido, y sobre la base de lo expuesto intentaré extraer algunas conclusiones, que me adelanto a señalar que serán de lege ferenda.

2.- LA ALTERNATIVA DESCARTADA

Es probable que despierte alguna curiosidad el régimen de las excepciones de previo y especial pronunciamiento como alternativa de análisis, pero ello lleva inexorablemente a considerar que el proceso a través del cual se sustancia una cuestión relacionada a un reclamo por daño ambiental tramita por vía de un proceso de conocimiento amplio, esto es un proceso ordinario.

Dentro suyo, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, las excepciones se contemplan como artículos de previo y especial pronunciamiento, esto quiere decir como cuestiones incidentales que deben abordarse con carácter previo porque no permiten continuar con el desarrollo del proceso hasta tanto el juez no se expida sobre ellas, de ahí su carácter de especial pronunciamiento, circunstancia que habilita la prosecución del proceso, no requerirían mayores aclaraciones toda vez que debe partirse de la base de la existencia de un proceso de conocimiento amplio, por ende el régimen de las excepciones que contemplan los arts. 346 y ss. no requiere de mayores

aclaraciones ni interpretaciones que las que se desprenden del propio sistema que contempla el código.

Bien sabido es que deben interponerse –de acuerdo con la reforma introducida por la ley 25.488- en un solo escrito junto con la contestación de demanda, y solo tres de ellas suspenden el plazo para contestar la demanda, que son la excepción de falta de personería, la de defecto legal y la de arraigo.

En puridad, como es común el señalamiento de la doctrina en este sentido, ninguna de ellas debería suspender el plazo para contestar la demanda, con excepción de la de defecto legal que es la única que justificaría una decisión de esa índole.

Sin embargo, con una técnica no muy prolija, el legislador ha ido “emparchando” en esta materia, y con la supresión del juicio sumario –a manos de la referida ley 25.488- se aprecia con mayor evidencia esa deficiente técnica legislativa, que los abogados deben contrarrestar manejando adecuadamente el régimen de los plazos y los efectos que provoca la interposición de cada excepción que se pretenda articular.

Lo cierto es que tradicionalmente se ha sostenido que esas excepciones de previo y especial pronunciamiento pueden ser clasificadas en dilatorias y perentorias, porque las primeras dilatan el trámite del proceso y las otras lo fulminan concluyéndolo ipso facto, como por ejemplo la falta de personería en el primer caso y la cosa juzgada en el segundo.

Sin embargo, esa clasificación –tradicional o canónica- ha resultado valiosa para interpretar adecuadamente el régimen de las excepciones previas, permite una

apreciación solo parcial, pues concentra su análisis en los efectos que provoca la interposición de cada una de las excepciones.

Sin embargo, existe otra línea de la doctrina que proyecta con otra intensidad esa mirada, pues no solo analiza los efectos provocados por la excepción de la que se trate sino que además apunta al análisis concreto de la objeción que se formula.

Para ello existe una necesidad previa que consiste en la delimitación de lo que Von Büllow ha identificado como presupuestos procesales, sin los cuales resulta inviable la conformación de un verdadero proceso. Estos son los siguientes:

- a) Es necesaria la existencia de un juez que resulte competente para entender en la acción que se hubiera promovido, toda vez que conforme al principio de autoridad que emerge del art. 18 de la Constitución Nacional y que el legislador ha bajado a la realidad a través del sistema de asignación de competencias que ha instaurado, no es posible el desarrollo de un proceso si no es ante el juez competente.
- b) Del mismo modo existe la necesidad de la reunión de otro presupuesto procesal esencial –que en el proceso de daños ambientales hace crisis– que sería la adecuada representación de aquel que ha ejercido una pretensión, esto lleva a la teoría de la legitimación, que en la vertiente procesal conduce a la legitimatio ad processum, esto es la legitimación adecuada para el proceso, ya que quien no la reviste no podría pretender el dictado de una sentencia que resulte útil.

- c) Otro de los presupuestos procesales esenciales conocido en la antigüedad como “clare loqui”, o bien como “oscuro libelo”, es la necesidad de que se conozca con absoluta claridad la pretensión ejercida por el accionante, de modo tal de permitir el adecuado ejercicio del derecho de defensa por parte de quien resulte demandado.
- d) Asimismo se requiere que quien litigue no repita su pretensión en distintos procesos, toda vez que cuando existe identidad de sujetos, objeto y causa, existe la necesidad de que un litigio se desenvuelva dentro de un único y solo proceso, aspecto también sustancial que hace crisis dentro de la órbita del llamado proceso por daño ambiental.
- e) Finalmente el último de los presupuestos procesales, requiere que quien promueva una demanda, afiance su responsabilidad brindando las cauciones que sean necesarias a los fines de evitar reclamos injustificados, sobre todo para aquellas personas que no tienen ni domicilio ni bienes en el país.

Como se puede inferir de lo expuesto, la expresión negativa de cada uno de todos estos presupuestos procesales, constituyen las excepciones de previo y especial pronunciamiento que se pueden identificar como impedimentos procesales, esto es, las excepciones de incompetencia, falta de personería, defecto legal, litispendencia y arraigo toda vez que si bien el legislador arbitrariamente identificó a todos esos mecanismos defensivos como excepciones previas, las que se han identificado en sentido negativo, representan en positivo cada uno de los presupuestos procesales esenciales para

constituir válidamente un proceso, y constituyen impedimentos, toda vez que el propio código establece el mecanismo que se debe observar para su superación.

En el caso de la incompetencia, tratándose de un juez del mismo departamento judicial, debe serle remitida la causa, salvo que se trate de jurisdicciones diversas, en cuyo caso se archivará.

Tratándose de cualquiera de las otras excepciones, falta de personería, defecto legal, litispendencia o arraigo, subsanado el inconveniente que se hubiera planteado, se reanuda el trámite del proceso, en caso contrario se tendrá por no iniciado el juicio del que se trate.

Si bien cabría hacer algunas aclaraciones con respecto al régimen de cada una de las excepciones en forma específica, toda vez que no se trataría del tema central, el sistema que establece el código a partir de los arts. 349 y ss. resulta claro a los fines de su desarrollo ulterior.

Esta variante de excepciones previas denominadas impedimentos procesales, sería una gama dentro de las llamadas excepciones previas, como se adelantó, lo que significa que existen otras que tienen otra finalidad, pues más allá de los efectos que producen, atacan en su caso, no la forma en que se pretende constituir el proceso, sino por ejemplo a la acción misma que se ejerció.

Ya no se trata aquí de excepciones que apuntan a denunciar que el proceso está mal constituido, sino por el contrario, estando bien constituido, apuntan a señalar que el actor no puede ejercer la acción que pretende, y aquí existe una gama de excepciones que tienen que ver con interpretaciones que ha hecho la doctrina, pues la clásica es la de prescripción y las divergencias se plantean en

torno a la falta de legitimación, sobre todo cuando resulta manifiesta, ya que algunos la interpretan como una excepción como se identificará a esta otra gama de excepciones previas, aunque también se la concibe como una defensa.

En esa excepción el proceso está correctamente constituido, el derecho que le asiste al actor, eventualmente puede existir, pero lo que no tiene es la posibilidad de reclamarlo, porque aparece totalmente desnudo o desvalido, ya que el transcurso del tiempo ha liberado a su obligado, transformándose eventualmente la obligación como si fuera natural (art. 515 del Cód. Civil).

Como se adelantó, esta gama se denominaría excepciones propiamente dichas, porque si bien están consagradas como excepciones de previo y especial pronunciamiento, son tales si pueden tramitar como de puro derecho la prescripción, o resulta manifiesta la falta de legitimación, por ende no atacan a la constitución válida del proceso, ni al derecho que eventualmente pudo invocar el actor, sino por el contrario a la acción que ejerció, porque no la posee y por ende culminan con el trámite del proceso pues directamente fulminan su desarrollo por innecesario.

La última gama de excepciones previas que contemplan los arts. 346, 347 y 348 del Código Procesal Nacional, se identificarán como defensas previas, toda vez que con su deducción, no sólo no es atacada la constitución del proceso, ni la acción que se ejerció, sino por el contrario el derecho troncal o sustancial invocado por el accionante, apuntando lisa y llanamente a su inexistencia.

Ejemplo de estas excepciones son las excepciones previas de cosa juzgada, transacción, conciliación y desistimiento del derecho, a todas las cuales se

identificarán como “defensas previas”, a los fines de distinguir las diversas vías defensivas que cuenta quien las invoque.

Sucede que todas las excepciones previas resultan mecanismos defensivos, pero si quedara instalada la mirada en esa opción canónica que ofrece la doctrina ultra tradicional, no se advertirían los distintos fines que llevan en sí mismas todas estas variantes defensivas que el legislador aglutinó bajo la denominación de excepciones de previo y especial pronunciamiento.

De ahí que se proponga la identificación de defensas previas, pretendiendo señalar el fin que persiguen, esto es atacar el derecho de base o sustancial invocado por el accionante, para evitar –con ese carácter previo- el desarrollo de un proceso inútil, a diferencia de otro tipo de defensas nominadas, como sería por ejemplo el pago, o la nulidad por fraude, o la exceptio non adimpleti contractus, o la exceptio plunium concubentium, entre otras de aquellas que resultan genéricas o innominadas, conforme las previsiones del art. 356 del Código Procesal Nacional.

Como señalara ab initio, abordar el régimen de las excepciones previas importa partir de una base predeterminada que asumiría como principio la existencia de un proceso de conocimiento amplio, esto es, el tradicional juicio ordinario, en donde se presentan algunas particularidades en materia de daños ambientales, como lo adelantamos, por ejemplo, con el régimen de la litispendencia, o el de la personería, o la legitimación si se quiere, o el alcance de la cosa juzgada.

Sin embargo el tratamiento de cada una de esas cuestiones en las cuales se ve envuelto hoy la procesalística tanto nacional como internacional, sin haberse

obtenido en muchos casos respuestas definitivas, implicaría un desarrollo particular que insumiría un espacio y un tiempo que no es el fin que persigue esta distinguida publicación.

3.- SOBRE LAS DIFICULTADES PROBATORIAS EN LA INSTRUCCIÓN DE LA CAUSA O ETAPA PREVIA AL PROCESO

Uno de los aspectos más importantes a tener en cuenta en relación a las dificultades probatorias que se presentan en el proceso de daño ambiental, es la difuminación de la legitimación en relación directa con la instrucción del proceso, circunstancia ésta que trae aparejada esa posible dificultad probatoria.

Esto se debe a que las fuentes de prueba, esto es, los reservorios en donde quedan aprisionados los registros de prueba que son extraprocesales pues resultan siempre anteriores al proceso, y son llevados a él a través de los medios de prueba, se encuentran a disposición de los interesados, de una forma por cierto particular, por la confluencia de cargas que se producen.

Ello en razón que si por ejemplo se tratara de un proceso por daño ambiental provocado por aguas servidas producto de diversas fábricas que evacuan sus efluentes en un lugar común cercano a una población, y que por tratarse de industrias altamente contaminantes que provoquen un impacto ambiental limitado en una zona, esos registros se encontrarán a disposición de aquellos que se han visto afectados, surgiendo el primer gran interrogante: ¿cómo conservar o “aprisionar” una fuente de prueba de esas características?

Evidentemente ella puede existir en el aire, en el suelo, en el agua, o en cualquier otro lugar desde donde producir la contaminación de la población,

inclusive puede resultar etérea manifestándose a través del organismo de las personas, en donde tal vez recién entonces pueda detectarse.

Lo cierto es que esa instrucción probatoria va a quedar en manos de los particulares en tanto –como sucede muchas veces- el Estado no tome la intervención que por derecho le corresponde. En este sentido es elocuente la propia Ley General del Ambiente 25.675 que consagra el principio de subsidiariedad en su art. 4, reservando para el Estado nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, la obligación de colaborar y participar –aclara la ley “de ser necesario”- en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales.

Huelgan las palabras frente a las previsiones legales con la simple remisión al caso Mendoza también conocido como el caso de la cuenca Matanza-Riachuelo, resuelto en parte por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Entonces cabrá preguntarse cuándo queda en manos de los particulares esa carga y cuándo en manos del Estado. Es evidente que no existe una línea definida para cada situación en particular, por más celo que ponga el Estado en sus mecanismos de control, por ende es muy probable que sean los particulares que lleven a cabo la denuncia correspondiente, y si de la instrucción probatoria se trata también es probable que sean ellos mismos quienes tengan que tomarla a su cargo.

Y aquí la primera falencia que se observa es que el abogado no tiene un claro registro que en un proceso como el que aquí se aborda, la instrucción recae como una obligación en cabeza suya, no porque la vaya a llevar a cabo él

mismo, sino porque deberá implementar los mecanismos y fines para ello, de ahí la mixtura en sus funciones que se produce a veces inadvertidamente ya que esa tarea debería recaer en los organismos estatales idóneos que muchas veces resultan inoperante por inidoneidad operativa pero en muchas otras por la falta de información apropiada en sus mecanismos de control y sobre todo ahora con la concepción del principio de subsidiariedad no existen dudas sobre la tarea colaborativa que queda a cargo de los organismos estatales.

Para eso el abogado tiene que tener presente no solo en qué consiste su labor, coadyuvando en la tarea instructora cuando no se cumple oficiosamente, a los fines de resguardar las fuentes de prueba para el proceso; sino además manejar adecuadamente los principios del proceso ambiental y los sistemas –por cierto incompletos- que existen que constituyen la falencia de todo este andamiaje, tal como así lo ha denunciado el más Alto Tribunal al señalar que el legislador resulta remiso en la regulación adecuada del proceso que permita la protección del medio ambiente¹.

Es clara la normativa constitucional cuando dispone en los arts. 41, 42 y 43 no sólo la protección del medio ambiente, sino entre otros aspectos el resguardo al consumidor o eventualmente a cualquier afectado, como el supuesto que aquí ocupa, proveniente de un daño al medio ambiente, aunque aparezca confusa la

¹ Ver Salgado, José María; Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y fallos allí citados. Esta posición la reitera la Corte en el caso Halaba (Fallos 332:111).

vía protectoria, como el amparo que se trata de diseñar en la última de esas normas².

Estos principios liminares en materia ambiental, no pueden ser dejados de lado por el legislador cuando conciba los sistemas adecuados para la adecuada operatividad de esos principios, circunstancia ésta que llevaría a un digresión previa de fundamental importancia para entender en la actualidad en qué situación nos encontramos inmersos, esto es la distinción entre los principios y los sistemas a la luz de la gradación generada por el legislador.

4.- LA GRADACION NORMATIVA Y LA DISTINCION ENTRE PRINCIPIOS Y SISTEMAS

Más allá de la existencia de otras identificaciones y consiguientes clasificaciones, existen dos pronunciamiento paradigmáticos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que acercan claramente la materia a analizar que son los casos Mendoza³ y Halabi⁴, especialmente en este último en donde se distinguen los derechos individuales, de los de índole colectiva, o de incidencia colectiva, de aquellos otros denominados como individuales homogéneos.

El primero de los mencionados es el paradigma del proceso por daños ambientales y el segundo de protección de los derechos individuales

² Vía ésta que la propia Corte Suprema se ha encargado de descartar, pues en lo tocante a la temática que aquí se analiza importa restricciones probatorias por la misma índole de su estructura, si bien aún no definitivamente perfilada, si con cortapisas que se arrastran desde la vieja ley 16.986 a la que lamentablemente los jueces siguen echando mano, cuando no ordinarizando el proceso en aras al presunto resguardo del derecho de defensa en juicio, pasando por alto inadvertidamente que la esencia y finalidad del amparo es otra totalmente diversa, como ya lo señaló la Corte en sus leading case Siri y Kot.

³ Fallos 329:2316 y siguientes

⁴ Fallos 332:111

homogéneos, pues si bien su incidencia es colectiva, resultan claramente identificables sus legitimados.

No obstante ello, para apreciar la magnitud de la situación que se plantea en la realidad con el llamado “proceso de daño ambiental”, conviene tener en cuenta un aspecto primordial que consiste en advertir la gradación normativa que existe, de la cual surgen los principios y sistemas que deberían ser de aplicación en estos casos, para apreciar así las falencias que surgen en la realidad y que justifican la demora del legislador que denuncia la Corte.

Demás está señalar que toda la materia ambiental no nace únicamente de la regulación que existe en los arts. 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional, sino que además existen tratados y convenciones internacionales suscriptas por la República Argentina que ponen un marco muy importante a tener en cuenta, no sólo desde el punto de vista de la investigación, sino en la realidad de los hechos desde la óptica que cabe observar por parte de la jurisdicción, como asimismo del abogado en ejercicio de su profesión.

Esto permite delinear una primera franja que positiviza todos los principios en materia ambiental, ya que alude a las pautas que se deben tener en cuenta –por parte del legislador fundamentalmente- para regular la materia ambiental.

Dentro de esta franja, señala por ejemplo el art. 41 de la Constitución Nacional que: a) todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano; b) que ese ambiente debe ser apto para el desarrollo humano; c) que las actividades productivas deben satisfacer las necesidades presentes sin comprometer las de las futuras generaciones; o bien d) que el daño ambiental generará

prioritariamente la obligación de recomponer, y agrega al final ese primer párrafo “según lo establezca la ley”.

Se desprenden del párrafo citado –solo a modo de ejemplo- los principios trazados por el constituyente, que a su vez se ven reforzados en distintos ámbitos de los que importaría el cuidado del medio ambiente, por diversos tratados internacionales, entre los cuales se pueden citar solo también a modo de ejemplo los siguientes:

- Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (aprobada por Ley 24.295).
- Protocolo de Kyoto (aprobado por Ley 25.438).
- Convención de las Naciones Unidas sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (aprobada por Ley 21.836)
- Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono (aprobado por Ley 25.389).
- Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR (aprobado por Ley 25.841).
- Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación y la Sequía (aprobada por Ley 24.701).
- Convención de Basilea (aprobado por Ley 23.922).
- Convención de las Naciones Unidas sobre Diversidad Biológica (aprobada por Ley 24.375).

- Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente (aprobado por Ley 24.216).
- Convención sobre Humedales de Importancia Internacional (aprobada por Ley 23.919).
- Convenio de Viena para protección de la Capa de Ozono (aprobado por Ley 23.724).

Los tratados citados precedentemente, cuya ratificación se señala entre paréntesis indicando el número de ley que dictó nuestro país para su ratificación, hace que resulten derecho positivo en la República Argentina, pues conforme la doctrina sentada ya por el más Alto Tribunal, no puede exponerse al país a un compromiso internacional solo por desconocer un tratado por el que el propio país se obligó, pues ello importaría una responsabilidad internacional del Estado argentino⁵.

Si bien esta franja que hemos identificado como constitucional permite delinear principios asumidos por el país en materia ambiental, el legislador ha avanzado en cada uno de esos casos, y ha dictado leyes de diversa índole que tienen vinculación con esta temática.

A partir de los lineamientos establecidos en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales ratificados sobre la protección del medio ambiente, la

⁵ Ha resuelto la Corte que “cuando el país ratifica un tratado internacional, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que los tratados contemplan. Por ello, la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes puede originar responsabilidad internacional del Estado argentino, yk la mera posibilidad de que esta atribución de responsabilidad internacional argentina se vea comprometida por la interpretación y aplicación de un tratado con una potencia extranjera configura, de por sí, cuestión federal suficiente” (Fallos 314:1324).

Argentina cuenta con leyes nacionales que regulan diversos aspectos relacionados con este tema, entre las que cabe destacar entre las más actuales a las siguientes:

Ley 25.675 denominada “Ley General del Ambiente” que establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable. La política ambiental argentina está sujeta al cumplimiento de los siguientes principios: de congruencia, de prevención, precautorio, de equidad intergeneracional, de progresividad, de responsabilidad, de subsidiariedad, de sustentabilidad, de solidaridad y de cooperación.

Ley 25.612 que regula la gestión integral de residuos de origen industrial y de actividades de servicio, que sean generados en todo el territorio nacional, y sean derivados de procesos industriales o de actividades de servicios.

Ley 25.670 que sistematiza la gestión y eliminación de los PCBs, en todo el territorio de la Nación en los términos del art. 41 de la Constitución Nacional. Prohíbe la instalación de equipos que contengan PCBs y la importación y el ingreso al territorio nacional de PCB o equipos que contengan PCBs.

- Ley 25.688 que establece el “Régimen de Gestión Ambiental de Aguas” consagra los presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional. Para las cuencas interjurisdiccionales se crean los comités de cuencas hídricas.

- Ley 25.831 sobre “Régimen de libre acceso a la Información Pública Ambiental” que garantiza el derecho de acceso a la información ambiental que se encontrare en poder del Estado, tanto en el ámbito nacional como provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así también de entes autárquicos y empresas prestadoras de servicios públicos, sean públicas, privadas o mixtas.

- Ley 25.916 que regula la gestión de residuos domiciliarios, además de la ley 24.051 que regula el tratamiento que debe darse a los residuos peligrosos, describiendo en su primer artículo el objeto que alcanza esa ley, y en el segundo su alcance para identificar los daños que pueden generar los residuos peligrosos.

- Ley 26.093 que establece el “Régimen de Regulación y Promoción para la Producción y uso sustentables de Biocombustibles”.

- Ley 26.331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos.

Como se puede apreciar de una mirada superficial sobre la diversidad de leyes que existen en materia de protección ambiental, si así se las puede identificar, pues todas apuntan a un fin esencialmente tuitivo del medio ambiente, existe una especie de segunda franja, que se diferencia de la primera por su carácter infraconstitucional, pero que evidentemente responde a los lineamientos fijados por el constituyente, o bien a los que adhirió el país con la suscripción de los tratados internacionales.

De esas dos franjas surgen los principios que se observarán en materia ambiental. Si se tiene en cuenta el enunciado que se hizo más arriba de algunos principios que surgen del art. 41 de la Constitución Nacional, o los que surgen de los diversos tratados internacionales a los que adhirió Argentina, se podrán advertir esos principios, que el legislador cristalizó en las leyes que se mencionan como integrando esa segunda franja o lote normativo, que tiene carácter infraconstitucional.

Sirva como ejemplo de ello, los principios que surgen de la ley 25.675 que citamos en primer término, que desde luego estableció el legislador siguiendo las pautas fijadas por el constituyente.

Por lo tanto, qué cosa es un principio en esta materia, toda vez que la voz pertenece a la teoría general del derecho. Esa voz indica un punto de partida, pero también marca un norte. Aristóteles en su *Metafísica* señalaba que un principio es el punto de partida desde el que una cosa es, se hace o se conoce.

Esto es común a todos los principios, por esa razón la voz que señalamos pertenece a la teoría general del derecho sería importante trasladarla a la realidad para ver como puede ser corporizada.

Por ello, lo importante a tener en cuenta es que aquí interesa advertir el principio a los fines de poder delinear un proceso de daño ambiental que permita poner claridad en las dificultades que se presentan en materia probatoria como asimismo las excepciones que se pueden presentar en ese aspecto.

Por lo tanto, siguiendo a Clemente Díaz los principios podrán conceptualizarse como los presupuestos político-jurídicos fundantes de un ordenamiento cualquiera⁶.

Pero lo importante que cabe advertir aquí, es que la idea del derecho entendido como sistema de organización social, no funciona asépticamente sino que por el contrario tiene un ámbito de actuación que regula la vida en sociedad y otro distinto cuando aparece el conflicto.

Esto es en la clásica concepción de Cossio, interferencia intersubjetiva de intereses, por ende, cuando todos esos principios a través de los cuales se persigue la finalidad tuitiva señalada, entran en conflicto con la realidad por la gestión antrópica (esto es del hombre) desarrolla en contravención a esos principios, o bien alterando el ecosistema, por ejemplo por simple razón que no se respeta su capacidad de carga, esto es la posibilidad de un ecosistema de soportar a los organismos y, al mismo tiempo, mantener su productividad, adaptabilidad y capacidad de renovación.

Esta es una facultad que tiene un medio (aire, agua y suelo) para absorber ciertos elementos extraños sin que ello implique cambios en sus relaciones esenciales. Capacidad de un territorio para soportar un nivel o intensidad de uso, nace entonces el conflicto.

Desde luego que no conviene detenerse en las causas que dan origen a esas violaciones, sino en la forma en que se estructurará la forma de encauzar una solución a esas alteraciones.

⁶ Instituciones de Derecho Procesal, Ed. Abeledo Perrot, T. I, p. 198.

Y aquí aparece totalmente desnudo o desvalido ese derecho sustancial que hemos señalado hasta aquí, pues en esa primera franja de normativa constitucional, o en la segunda de carácter infraconstitucional, se desarrollan principios que no pueden ser contemplados en la realidad cuando el conflicto ya o está latente o se suscitó.

Entonces aparece una tercera franja de la realidad, que es aquella precisamente en donde la Corte Suprema denuncia la rémora del legislador, que no es otra que la regulación de un proceso adecuado para contemplar el conflicto, porque precisamente esa es una de las caras con las que debe operar el derecho.

No solamente el derecho resulta operativo cuando la realidad aparece ordenada por la regulación existente, sino su función primordial se lleva a cabo cuando aparece en escena el conflicto que se constituye así en la materia prima con la que debe operar una rama del derecho, para mantener precisamente la paz, el orden social, la seguridad, que son todas manifestaciones del valor justicia.

Y para ello, cabe una distinción más que es la que daría pie a la creación de esa tercera franja legislativa, que en la actualidad no existe, que serían precisamente los sistemas que constituyen –siguiendo también a Díaz- en las formas metódicas a través de las cuales los principios cobran vida dentro de un ordenamiento procesal⁷.

⁷ Díaz, Clemente; Ob. cit., T. I, p. 298., propone la denominación de tipos o sistemas al conjunto de formas metódicas a través de las cuales los principios cobran vida dentro de un ordenamiento procesal cualquiera, optando por la segunda denominación para poder brindarle un enfoque sistémico al proceso en general que así se puede insertar coherentemente dentro de un sistema mayor como es el del Código Procesal y a su vez éste dentro de otro mayor como sería el sistema de administración de justicia, y así sucesivamente en orden ascendente hasta llegar a la Ley Fundamental.

Si a esos principios los concebimos con una finalidad estrictamente procesal, darían pie al nacimiento de un ordenamiento procesal cualquiera, y si ese ordenamiento está conformado por las formas metódicas que le da el legislador para que aquellos principios cobren vida dentro suyo, entonces se habrá acabado la problemática que denuncia hoy la Corte Suprema.

Por esa razón, es decir por la inexistencia de esa tercera franja de la realidad que aún no ha sido concebida, es decir el sistema procesal apto para el desarrollo del proceso de daños, surgen los inconvenientes que convocan a este trabajo.

5.- LOS VIEJOS MOLDES EXISTENTES

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se encargó ya de señalar que el amparo no es el marco procesal adecuado para el desarrollo de este tipo de procesos toda vez que las medidas probatorias que eventualmente se requieran tienden a su desborde, y además se requiere el dictado de medidas cautelares, o bien la intervención de terceros⁸.

Del mismo modo se ha concebido la posibilidad de deducir excepciones de previo y especial pronunciamiento en procesos de esta índole, lo que justificaría admitir que su estructura sea la de un proceso de conocimiento pleno o amplio, es decir el molde de un proceso ordinario⁹.

Sin embargo, ello no está definido aún pues si bien se ha admitido la citación de terceros, como sucedió en el caso Mendoza referido a la cuencia Matanza-Riachuelo, es de destacar que el rol que asumió la Corte en ese caso, se aleja

⁸ Fallos 327:2967

⁹ Fallos 329:3493

considerablemente de la estructura de un proceso ordinario tradicional, más allá de la distinción que hizo respecto a su competencia para entender en los daños ambientales con carácter originario y derivar una parte de la causa, referida a los daños y perjuicios a sede provincial, sin perjuicio de la índole interjurisdiccional del conflicto y mantenerlo en sede federal.

Lo cierto es que esa indefinición provoca de suyo otra más importante aún que radica en las dificultades que se presentan en materia probatoria y las excepciones que eventualmente pudieran existir.

Por eso el abordaje de esta temática no puede realizarse sin tener en cuenta ese aspecto central que consiste en la indefinición del proceso, como estructura adecuada para canalizar esa conflictiva que puede plantearse en materia ambiental.

Lo único cierto que existe en ese sentido es que por un lado la Corte Suprema ha señalado la inconveniencia del amparo para su desarrollo como estructura idónea a esos fines, aspecto que no puede menos que compartirse porque la vía del amparo nació y se desarrolló con una finalidad distinta que en la realidad cotidiana se ve totalmente distorsionada¹⁰.

Pero por otro lado, el desvencijado proceso ordinario, que tiene sobrada antigüedad en el Código Procesal, hoy lejos de su aggiornamento ha visto acentuado su rol canónico, como ámbito de resguardo del derecho de defensa marcadamente exacerbado, con la posibilidad de un desarrollo lo suficientemente amplio y abierto, como para que la Corte Suprema lo haya

¹⁰ Ver Rojas, Jorge A.; ¿Una tutela procesal diferenciada o la conmemoración del desamparo?; Revista de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2008-II-173.

dejado lisa y llanamente de lado, siendo paradigmático, como lo señaláramos su actuación en el caso Mendoza ya citado.

Por eso, las cuestiones que se plantean en este trabajo, no pueden menos que ser analizadas con una visión tradicional pero a su vez marcando la indefinición existente y las propuestas formuladas por el más Alto Tribunal respecto a nuevas pautas a tener en cuenta para el andamiaje de una nueva estructura procesal, que permita comulgar con las necesidades de estos tiempos.

6.- A MODO DE CONCLUSIONES DE LEGE FERENDA (LA LEY POR HACER)

Es bien sabido que la ley actúa en el proceso, no sólo para que el juez conozca o ejecute, sino también para que el juez conserve, y conservar debe ser interpretado con un doble alcance como lo enseñaba Calamandrei ya desde comienzos del siglo pasado y aún hoy sigue siendo materia de debate.

El juez puede conservar con una finalidad de aseguramiento o resguardo, manteniendo o alterando una determinada situación de hecho o de derecho, aspecto que corresponderá analizar según la forma en que se origine un daño concreto o aún en ciernes.

Este ámbito del derecho, y más específicamente del derecho procesal, se puede señalar sin lugar a ninguna duda que es el que le ha permitido lograr un avance por demás osado, para el conservadurismo que reina en la clase forense, atendiendo a situaciones de extrema urgencia que requieren un resguardo inmediato.

Esta circunstancia permite advertir que dentro del actual ordenamiento procesal, no sólo nacional, sino inclusive en todas las provincias, existen sistemas de carácter cautelar que tienen finalidades idénticas aunque su materia sea diversa.

De tal modo no se puede interpretar hoy día que las únicas medidas cautelares son las que se conocen tradicionalmente como el embargo, o el secuestro, o la anotación de litis, por citar algunos ejemplos. Por el contrario los diversos sistemas cautelares que consagra la legislación procesal permiten advertir que existen sistemas cautelares en materia cautelar, que son los tradicionales, que denominamos medidas precautorias para evitar confusiones con su denominación, pero también hay otros sistemas de índole cautelar¹¹.

Como también existen otros sistemas cautelares que denominé atípicos, porque sus proyecciones se extienden hacia la sentencia de mérito, dentro de los cuales se destaca la que se conoce como tutela anticipada; o bien los sistemas cautelares garantizadores, que son aquellos que tienen por finalidad prevenir las consecuencias de una medida adoptada por la jurisdicción para el caso que se adopte sin derecho alguno por parte del solicitante.

También señalábamos que existen sistemas garantizadores que son extraprocesales, precisamente como los que consagra la Ley General del Ambiente en su art. 22.

¹¹ Toda esta temática la desarrolle en el libro de mi autoría que lleva por título “Sistemas cautelares atípicos”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009, y en forma sintética se puede ver el motivo del tratamiento como sistemas cautelares en el trabajo en homenaje al maestro Morello que lleva por título ¿Qué son los sistemas cautelares?, Revista de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009-II-17.

Y finalmente en uno de los puntos que interesa en este trabajo existen sistemas cautelares en materia probatoria. Por esa razón el legislador diseñó el sistema de prueba anticipada, que importa a diferencia de una medida precautoria clásica, la necesidad de convocar a la contraparte o en caso de extrema urgencia al Defensor Oficial a fin de poder llevarla a cabo.

A través de ese sistema lo que se persigue es precisamente el resguardo de una fuente de prueba, ya que si fuera del caso, la prueba se podría producir en el proceso en la oportunidad procesal correspondiente, o si existieran razones de notoria necesidad y urgencia, podría producirse en ese mismo acto brindándosele al eventual demandado, para el caso de que no se hubiera iniciado el proceso, la posibilidad de ejercer su derecho a contralor sobre ese medio probatorio.

Por lo tanto, existe un primer aspecto a tener en cuenta que consiste en que la labor instructora que tiene que desarrollar el abogado, ya puede tener una canalización adecuada a través de la producción anticipada de prueba, con lo cual podría quedar aventada una de las dificultades probatorias.

En otros lares, como es el caso de Italia por ejemplo, se está desarrollando lo que se conoce con el nombre de “consulenza técnica”, esto es llevar a cabo en primer orden la prueba pericial de la que se trate a los fines de brindarle a las partes las herramientas necesarias como para definir de antemano la suerte de un proceso sin transcurrir todo su desarrollo, tal vez a través de una negociación en virtud de las cuales las partes ya saben de antemano a qué atenerse por conocer los resultados que arrojará un peritaje sobre aquellas

cuestiones que exceden el conocimiento común o requieren el de un especialista en una determinada ciencia o rama del conocimiento.

Lo cierto es que la primera alternativa señalada de la conocida como prueba anticipada, está regulada en nuestra legislación, no así la segunda, lo que no significa que no pueda llevarse a cabo pues aquí depende de la actuación de la jurisdicción en un aspecto tan central como el que nos ocupa.

Vale tener en cuenta en este sentido lo resuelto por la Corte Suprema en el caso Mendoza en donde deja de lado las formas tradicionales de un proceso de conocimiento ordinario, y sin entrar tampoco en la estructura del amparo, asume un rol totalmente diverso, más cercano a la técnica del case management anglosajón, que a usanzas del derecho continental de raíz romanista.

En esta línea la Corte sostuvo que debe ejercer con rigurosidad las facultades ordenatorias del proceso que expresamente le reconoce el art. 32 de la ley 25.675, pues la circunstancia de que en actuaciones vigentes en el tradicional proceso adversarial civil y, en general, se hayan elastizado las formas rituales, no configura fundamento apto para permitir la introducción de peticiones y planteamientos en apartamiento de reglas procedimentales esenciales que, de ser admitidos, terminarían por convertir al proceso judicial en una actuación anárquica en la cual resultaría frustrada la jurisdicción del Tribunal y la satisfacción de los derechos e intereses cuya tutela se procura¹².

De tal forma la Corte en el caso Mendoza llevó a cabo una tarea muy especial en materia probatoria, ya que solicitó de antemano a las demandadas información,

¹² Fallos 330:1158

que le permitió desarrollar un proceso con particularidades que lo alejan totalmente de las estructuras clásicas que regulan nuestros ordenamientos adjetivos.

En esa línea sostuvo que “la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes de los ciudadanos, que son el correlato que tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales”¹³.

Esto genera la posibilidad de entrar en un ámbito muy peculiar por cierto y harto escabroso como es el atinente al ofrecimiento y la producción de los medios de prueba, pues con el criterio esbozado por la Corte parecería exceder el ámbito natural de lo que se conoce como principio dispositivo a través de una concepción canónica, precisamente por los valores que están en juego.

En esa línea la Corte señaló que “el reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la obligación de recomponer el daño ambiental configuran la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente, que frente a la supremacía constitucional y las competencias regladas en el art. 116 de la Ley Fundamental para la jurisdicción federal, sostienen la intervención de este fuero para los asuntos en que la afectación se extienda más allá de uno de los estados federados.

¹³ Fallos 329:2316

Esto por supuesto no debe llevar a la confusión de hacer producir prueba al propio juez de la causa, se trate del Tribunal Supremo, como de un juez de primera instancia, precisamente para no entrar en colisión con principios liminares del debido proceso legal, razón por la cual corresponde tener en cuenta que juegan aquí otros aspectos importantes a tener en cuenta, que resultarían excepciones al modo tradicional de ofrecimiento y producción de prueba cuando se pone en cabeza del litigante concebido tradicionalmente.

Ello se debe a que se trata de un proceso, no delimitado aún en sus contornos, pero sí que parte de supuestos específicos como es la difuminación de los legitimados activos, su eventual representación y la posibilidad de desarrollar las actuaciones a través de un sistema diverso al tradicional.

Por ejemplo llegó a admitir la Corte Suprema en uso de sus facultades ordenatorias a otras personas o entidades diversas a los legitimados originarios, interpretando que: “se encuentran legitimadas para intervenir como terceros en el proceso seguido por daño ambiental las entidades que –con arreglo a lo prescripto en el art. 30 de la ley 25.675- han ejercido el derecho que les asiste para accionar para el cumplimiento de una de las finalidades de su creación, pues no se acciona en defensa del interés general y difuso de que se cumpla la Constitución y las leyes, sino en los respectivos intereses legítimos de las organizaciones para que se preserve un derecho de incidencia colectiva, como es el medio ambiente (Fallos 329:3528).

Y en esa línea ha avanzado en el desarrollo del proceso generando prueba que resulta conducente para su decisión de mérito, empleando –como se señalará- no solo las técnicas del case management anglosajón, sino inclusive las

facultades instructorias y ordenatorias que posee la jurisdicción y que se encuentran adormecidas en el Código Procesal.

De tal forma ha resuelto que: “con arreglo a las atribuciones reconocidas a la Corte Suprema en el art. 32 de la ley 25.675 y en el art. 36, inc. 4º, ap. a, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, corresponde requerir informes a las demandadas acerca de las medidas adoptadas y cumplidas en materia de prevención, de recomposición y de auditoría ambiental; así como las atinentes a la evaluación de impacto ambiental respecto de las empresas demandadas; y, por último, las acciones llevadas a cabo que se relacionan con el sector industrial, poblacional y con la atención y prevención en materia de salud”¹⁴.

Este aspecto raya con la producción de prueba y pone al límite aspectos tradicionales que hacen al debido proceso legal, como el carácter que debe observar la jurisdicción para mantener su independencia.

Por esa razón de la misma forma en que se admitió la intervención de terceros, y se accedió a la participación del Defensor del Pueblo en virtud de las facultades previstas en el art. 86 de la Constitución Nacional¹⁵, sería ponderable para evitar conflictos futuros la regulación de un proceso de daños ambientales adecuado a las necesidades de estos tiempos, que libere a la jurisdicción de todo tipo de dudas con respecto al rol que le cabe jugar respecto al ofrecimiento y producción de los medios de prueba, más allá de la índole de los derechos colectivos en juego, poniendo por ejemplo en manos del Ministerio Público una intervención de esa índole.

¹⁴ Fallos 330:22

¹⁵ Fallos 329:3445

Todo ello en mérito a las previsiones del art. 120 de la Constitución Nacional que se reflejan en la realidad a través de las previsiones de los arts. 41 en especial en el inciso a) y demás disposiciones concordantes de la ley 24.946.

Con ello quedan aventadas todo tipo de dudas y cortapisas que se puedan producir al régimen de excepciones que pudiera surgir en materia probatoria, porque exceda de las facultades o cargas cumplidas por los interesados y se introduzca en una zona de penumbras que resultaría fácil aventar.

Esto permitiría con la fuerte dosis de oralidad que le ha impreso la Corte al que llamamos proceso paradigmático por antonomasia, como es el caso Mendoza de la cuenca Matanza-Riachuelo, la apertura que significó para el impulso de oficio de las actuaciones, como asimismo para resolver también de oficio la existencia de eventuales impedimentos procesales, transitar un nuevo camino que lleve a bajar a la realidad todos los principios que se tejieron en esas dos primeras franjas que desarrollamos y que requieren de la consagración de un verdadero sistema que ponga un contorno a las incertidumbres que el proceso plantea.

Echar mano a los institutos tradicionales, es el eslabón que permite unir al conflicto con sus vías de solución, pero es evidente que se impone una nueva mirada para la contemplación de una nueva realidad, a la cual no pueden sustraerse ni los abogados ni menos aún la jurisdicción, con las actualizaciones que todo ello impone a fin de poder canalizar adecuadamente las necesidades del justiciable a un medio ambiente sano como el que pregona nuestra Ley Fundamental.

Las pautas están dadas, no sólo por la profusa existencia de principios constitucionales e infraconstitucionales, sino fundamentalmente por el ejemplo que ha dado la Corte para el manejo o el “management” que le imprimió al caso Mendoza para advertir el lugar por el que debe transitarse para generar los sistemas que resulten adecuados a esta realidad que en nuestro país resulta novedosa.