

**PRODUCCIÓN DE PRUEBAS Y MEDIDAS
PRECAUTORIAS DE OFICIO EN LA ACCIÓN
DE AMPARO AMBIENTAL: ACTIVISMO
VERSUS GARANTISMO**

Néstor Pedro Sagüés

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA IDEOLOGÍA EN JUEGO. EL ACTIVO "JUEZ HÉRCULES". 3. LA CONTRAPOSICIÓN IDEOLÓGICA: EL GARANTISMO. 4. EVALUACIÓN.

PRODUCCIÓN DE PRUEBAS Y MEDIDAS PRECAUTORIAS DE OFICIO EN LA ACCIÓN DE AMPARO AMBIENTAL: ACTIVISMO VERSUS GARANTISMO

Néstor Pedro Sagüés

1. INTRODUCCIÓN

El art. 32 de la Ley argentina General del Ambiente 25.675 contiene dos dispositivos procesales de singular interés. De hecho, cláusulas como las que vamos a analizar pueden repetirse en cualquier ley reguladora de derechos constitucionales difusos, también llamados “de incidencia colectiva”; y plantean una interesante confrontación entre la necesidad de proteger especialmente determinados bienes constitucionales (en el caso, el medio ambiente), y la necesidad de salvaguardar el principio del debido proceso:

El primero de ellos es el de producción de pruebas de oficio: “El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general”. El segundo alude a la adopción, igualmente de oficio, de medidas precautorias: “En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte”.

Tales reglas se aplican, en la medida pertinente y cuando pudieren corresponder, a la acción de recomposición del daño ambiental y a la de indemnización del ambiente dañado, contempladas por el art. 30 de la referida ley. Pero parecen

especialmente atractivas (máxime, las medidas de urgencia) para el amparo ambiental, que procura, según la misma norma, “la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”.

La presencia de estas normas ha provocado, en general, aplausos en el ámbito procesal civilista. Desde luego, se ha advertido que importan un cambio en la mentalidad tradicional del juez (que incluso puede alterar la imagen clásica del magistrado neutral y, de algún modo, pasivo, condicionado por las peticiones y el impulso de las partes), por la de un juez comprometido con la tutela del ambiente y poseedor de un nuevo arsenal de derechos/deberes que le fuerzan a un intervencionismo para el cual no ha sido históricamente entrenado, según la formación académica y la experiencia forense prevaleciente hasta ahora en el ámbito civil¹.

Un verdadero desafío, en síntesis, no exento de una dosis de conflictividad que cabe asumir.

¹ Ver Néstor Pedro Sagüés, *El amparo ambiental*, en “La Ley” 2004-D-1194. Conviene alertar que el art. 32 de la ley 25.675 incluía otra regla, más audaz todavía, que confería al juez, según las reglas de la sana crítica, la facultad de “extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes”, vale decir, la posibilidad de dictar sentencias *extra petita*. Este ramo de la ley fue vetado por el Poder Ejecutivo, quien entendió que violaba el principio de congruencia procesal.

2. LA IDEOLOGÍA EN JUEGO. EL ACTIVO “JUEZ HÉRCULES”²

Es evidente que estos preceptos se insertan en un marco ideológico preciso, de profundo corte activista, que asigna al juez un notorio y decisivo protagonismo en el proceso.

Las bases del perfil de ese magistrado pueden ser varias:

a) la búsqueda de la verdad real o material en el proceso, por sobre respuestas meramente formales o rituarías. Ello importará no solamente i) la condena a la renuncia conciente a la verdad jurídicamente objetiva,³ por más que esa verdad no haya sido correctamente planteada por los litigantes, sino también ii) la tarea realizar gestiones puntuales para lograr acceder a esa verdad. Así, las medidas para mejor proveer, por ejemplo, pasan de ser actos opcionales para convertirse, en algunas versiones muy decididas, en comportamientos obligatorios para el magistrado, condenándose su no realización⁴.

² Como se sabe, Ronald Dworkin (*Los derechos en serio*, trad. por Marta Guastavino, Barcelona 1987, ed. Ariel, p. 177), alude al imaginario “Juez Hércules” como un jurista “dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas”. En nuestro trabajo, el “Juez Hércules” es un magistrado con facultades ultrapotenciadas.

³ Sobre el tema, Néstor Pedro Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, 4ª. ed. (Buenos Aires), ed. Astrea, 2002. t. 2 p. 201 y sgts.

⁴ Por ejemplo, en “Díaz v. Quintana”, la Corte Suprema de Justicia argentina (*Fallos*, 307:1028), ante la posible deficiencia de una de las partes en el debido diligenciamiento de una prueba conducente para la solución del litigio, reprocha de todos modos a un tribunal no haber hecho mano de sus facultades para dictar medidas para mejor proveer, antes de dictar sentencia, a fin de dictar la resolución adecuada. Para la concepción tradicional, esas medidas son discrecionales de los jueces, de tal modo que no cabría reproche por no haberlas ejercitado. Sin embargo, la Corte revocó la sentencia pronunciada sin haberse practicado dichas medidas. Un antecedente fuertemente activista, en ese sentido, es “Oilher v. Arenillas” (*Fallos*,

b) la clara meta de una justicia y equidad igualmente material, real o sustancial, en la decisión final del tribunal⁵, para satisfacer el postulado constitucional preambular de “afianzar la justicia”.

c) algunas veces, una sensible devaluación (y en algunos casos, hasta superación) del cumplimiento de los recaudos formales que deben observar las partes, con más la amenaza de descalificar su exigencia por los jueces, con el rótulo de “exceso rituario” o clisés parecidos.

d) la cotización, muy alta por cierto, del valor utilidad (o si se prefiere, eficacia o eficiencia) en el sistema de administración de justicia, privilegiándolo sobre otros principios, como los de neutralidad del magistrado o de bilateralidad/igualdad de trato a las partes de la litis. Ello puede acarrear, asimismo, el retraimiento de algunas reglas clásicas del debido proceso en materia de contradicción, y el incremento de resoluciones judiciales (también en temas de fondo) adoptadas sin previa audiencia de la contraparte, con, además, una

302:1621), donde la Corte Suprema detecta también arbitrariedad en una sentencia dictada sin haber hecho el tribunal *a quo* uso de medidas para mejor proveer. Existen otros veredictos similares de la Corte.

⁵ El compromiso del juez con la verdad y con la justicia es destacado, por ejemplo, por Osvaldo A. Gozaini, quien escribe que ante la ausencia de la prueba ofrecida, el magistrado puede convocarla y producirla si considera que mediante ello se incorpora un elemento decisivo para resolver la litis, “siempre que ello sea imprescindible para poder dictar una sentencia justa”. La tesis contraria llevaría al juez a una actividad pasiva “que adscribe el pronunciamiento final a una solución formal o aparente, (que) no se conforma con el servicio de justicia”. Ver Osvaldo A. Gozaini, *Derecho Procesal Constitucional. El debido proceso* (Santa Fe, 2004), ed. Rubinzal-Culzoni, págs. 268/9. Del mismo autor, consultar *Problemas actuales del derecho procesal. Garantismo vs. Activismo* (Querétaro, 2002), ed. Fundap, *passim*.

moderación de la capacidad procesal de esta última para atacar con vigor lo así decidido (fomento, sobre todo en los procesos urgentes, de una “bilateralidad atenuada”).

e) aplicar intensamente el “principio de protección” o “de promoción” en materia de derechos humanos, en particular de los fundamentales, en el sentido que el juez no debe ser indiferente en el proceso respecto de la vigencia de tales derechos, sino que tiene que tutelarlos activamente, lo que importa no permanecer impávido o ajeno ante su suerte, sino apoyarlos, impulsarlos y robustecerlos de modo cierto y efectivo. Puede pensarse quizá en la sustitución de una “interpretación imparcial” de las normas, por una “interpretación tuitiva” del derecho en cuestión, e indirectamente de quienes son los portadores de ese derecho. Algunos autores programan incluso una “jurisdicción protectora”, distinta de la tradicional, o “jurisdicción dirimente”, con roles judiciales obviamente muy potenciados⁶.

En ese terreno, se sostiene que el deber de preservación, de garantía y de aplicación de dichos derechos no es tarea exclusiva del Poder Ejecutivo o del Legislativo, sino también compromiso específico de la judicatura, cosa que exige, para el juez del caso, una necesaria actitud de sensibilidad⁷. Y una

⁶ Ver Néstor Pedro Sagüés, *La interpretación judicial de la constitución*, 2ª ed. (Buenos Aires, ed. LexisNexis, 2006) págs. 214/5. Sobre la “jurisdicción dirimente” y la “jurisdicción protectora”, ver Adolfo A Rivas, *El amparo*, (Buenos Aires), 3ª ed., La Rocca, 2003 pp. 58/9.

⁷ Ver por ejemplo Rigoberto Espinal Irias, *El juez y su responsabilidad para la vigencia de un Estado de derecho*, en Autores Varios, *El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos* (San José de Costa Rica, 1993), págs. 41 a 43. Cabe recordar que el art. 2º del Pacto de San José de Costa Rica obliga a los estados nacionales a adoptar “las medidas legislativas o de otro carácter” que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades enunciadas en el Pacto, y que entre ellas (las de “otro

obligación no abstracta, o meramente conceptual, sino puntual y especificada en las causas que debe investigar y resolver.

f) la conversión del juez civil y comercial, de algún modo, en una especie de (más o menos diluido) juez penal instructor, con amplios poderes (y deberes) de investigación, tanto en general como de modo puntual en lo que hace a derechos humanos fundamentales.

g) en términos generales, entender que en el ordenamiento jurídico –y en particular, en la constitución– hay más, y valen más, los “principios” que las “normas”, y que aquéllos, por su carácter indeterminado, deben ser cotidianamente precisados por el juez activista. El peso de las “normas” y de la autoridad del Poder Legislativo que las ha engendrado, puede ceder así ante el predominio de la rama judicial del gobierno, cuyo robustecimiento aumenta también⁸:

i) ante un uso intenso del control judicial de constitucionalidad, que involucra ahora una más intensa fiscalización de razonabilidad de la norma legislativa; ii) el lanzamiento, por parte de la judicatura, de verdaderas “leyes judiciales”, esto es, la sentencia (o “sentencia-ley”) que define y explicita esos principios, modela o

carácter”), pueden entenderse las sentencias dictadas por tribunales. Así se consideró, v. gr., respecto del ejercicio del derecho de réplica enunciado por el art. 14 del Pacto. Éste contempla explícitamente una ley reglamentaria del mismo, pero en la práctica, después del caso “Ekmekdjian v. Sofóvich” (La Ley, 1992-C-543), se ha instrumentado en Argentina, en el orden federal, merced a sentencias judiciales.

⁸ Cfr. Luis Prieto Sanchís, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, en Carbonell Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª. ed. (Madrid.), ed. Trotta, 2005 p. 131 y sigts. El autor observa que el problema puede desembocar en la omnipotencia judicial. En definitiva, apunta, las leyes siguen condicionando a los jueces, pero solamente a través de la interpretación constitucional que ellos hagan de esas normas (pp. 130/1.)

destruye las normas legislativas, con fallos dotados de efectos expansivos o *erga omnes*, de uso obligatorio por los tribunales inferiores e incluso con pretensión de obediencia para los otros poderes⁹, y

iii) una arrolladora judicialización de la mayor parte de las otrora *political questions*, o asuntos no justiciables¹⁰.

Así, se remiten a los tribunales asuntos como cuáles son los programas que deberían difundir obligatoriamente los canales de televisión, dónde debería construirse un dique o un canal, determinar si un penal de fútbol fue mal o bien decidido por el árbitro del partido, decidir si los fondos dispuestos por el Congreso para ayuda social resultan o no suficientes, corrigiendo llegado el caso el presupuesto aprobado por ley, resolver cuál es el profesor que debe triunfar en un concurso universitario, revisando para ello las pruebas de oposición y llevando el caso, de ser necesario, ante la propia Corte Suprema, etc. etc.

⁹ Interesa apuntar que en Argentina, en el orden federal, la Corte Suprema ha creado jurisprudencialmente, y sin previsión constitucional alguna, la doctrina del efecto vinculante de sus pronunciamientos, que deben por tanto ser seguidos por los demás tribunales del país, salvo que dieren motivos valederos y novedosos (no tratados por la Corte) para poder apartarse de aquellas pautas. V. sobre el tema nuestro *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, ob. cit., t. I p. 184 y sigts. Al parecer, ciertas cortes supremas provinciales han seguido un camino parecido.

¹⁰ Incluso, alguna Sala Constitucional, como la de Costa Rica, ha anunciado el fin de las cuestiones políticas no justiciables: V. Néstor Pedro Sagüés, *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005 p. 285 y sigts.

3. LA CONTRAPOSICIÓN IDEOLÓGICA: EL GARANTISMO

Desde luego, nada es pacífico en ese tema. Las críticas al escenario anteriormente descripto son igualmente intensas. *Grosso modo*, el contrafrente garantista¹¹ postula un redimensionamiento del rol del juez, en base a estas premisas:

a) una concepción unitaria básica del proceso, en instituciones trascendentes como acción, proceso, jurisdicción, pretensión, instancias, procedimientos, actividad confirmatoria y recursiva¹², lo que implica de algún modo transportar al ámbito civil ciertas líneas fundamentales del actual proceso penal, entendido éste, por muchos, no como un dispositivo orientado hacia la búsqueda de la “verdad material”, real u objetiva¹³, sino de (en el mejor de los casos), la “verdad procesal”¹⁴. Además, la

¹¹ Los rótulos de “activismo” y de “garantismo” son en buena medida discrecionales y confusos. Las posturas “activistas” también se reputan materialmente garantistas (por ejemplo, del principio constitucional -preámbulo- de “afianzar la justicia”, de la directriz constitucional -art. 43- de la rapidez y expeditividad en el amparo, etc.), mientras que las corrientes “garantistas” no reniegan de un juez activo destinado a cumplir con los deberes y facultades propios de los magistrados, pero sin exceder sus roles naturales. Por lo demás, no existen versiones únicas del “activismo” y del “garantismo”.

¹² Ver Mauro Chacón Corado, La jurisdicción civil y penal (poderes, deberes y facultades), en Autores Varios, Teoría unitaria del proceso (Rosario, ed. Juris, 2001 p. 211; Omar A Benabentos, Teoría general unitaria del derecho procesal, (Rosario, ed. Juris, 2001 p. 171 y sgts., 218 y sgts.

¹³ Cfr. Adolfo Alvarado Velloso, *El debido proceso de la garantía constitucional* (Rosario, ed. Zeus, 2003 p. 152.

¹⁴ Omar A Benabentos., *Teoría general unitaria del derecho procesal*, ob. cit., p. 394. Sobre la “verdad procesal” y la “verdad correspondencia”, ver Corvalán Víctor R., *Acción y reacción en el proceso*, en Autores varios, *Teoría unitaria del proceso*, ob. cit., p. 44/5. En el sentido que en el proceso penal, el fin más relevante es el respeto de los derechos del imputado, lo que se denomina “misión garantista” del derecho procesal penal, v. Pastor Daniel,

evolución habida en el proceso penal, esto es, de modo especial, el abandono del principio inquisitivo (de amplias facultades y deberes para el juez) por el acusatorio (régimen donde el protagonismo procesal vuelve a estar en manos de la fiscalía y la defensa), viene a impactar decisivamente en la esfera del proceso civil, y debe suscitar mutaciones parecidas¹⁵. Para las posiciones garantistas, el Juez Hércules es un resabio de doctrinas autoritarias e inquisitoriales, y hasta el juez instructor penal tradicional, un juez sospechado de inconstitucionalidad.

b) una fuerte cotización de la idea del “debido proceso” adjetivo, y en particular, dentro del mismo, de la imagen del juez, que debe ser tanto *independiente* (no sometido a factores externos), como *imparcial*, en su doble versión de *imparcialidad subjetiva* (no tener interés en la litis, no estar involucrado con las partes, v. gr.), y de *imparcialidad objetiva* o funcional (no adoptar papeles que comprometan la sentencia que debe pronunciar. Por ejemplo, no ser juez de instrucción y del plenario¹⁶; no disponer el juez penal (y aun el civil) pruebas de

El plazo razonable en el proceso del estado de derecho (Buenos Aires), ed. Ad-Hoc 2002 y Fundación Adenauer, p. 554.

¹⁵ Ello conduce a rechazar la absolución de posiciones en sede civil, por el principio constitucional, elaborado en principio para el ámbito penal, de no ser obligado a declarar contra sí mismo: ver sobre el tema Adolfo Alvarado Velloso, *El debido proceso de la garantía constitucional*, ob. cit., p. 153.

¹⁶ Tal doctrina es recogida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Disier-Fraticelli”, sentencia del 8/8/06. Allí el tribunal apunta que la “imparcialidad objetiva” exige que el juez ofrezca las suficientes garantías para eliminar “cualquier duda” acerca de la imparcialidad observable en el proceso.

oficio¹⁷, e incluso en el fuero civil, no dictar medidas para mejor proveer¹⁸.

Lo anterior puede conducir a la desconfianza hacia el juez "protector", ya que un juez encargado enfáticamente por la ley de asegurar la tutela de algo reclamado por alguien, o de alguien que reclama algo, con obligaciones procesales para actuar protagónicamente en dicho sentido, en esa gestión de auxilio en pro de una de las posiciones en debate, podría perder una significativa cuota de imparcialidad y volverse "parte", o juez "*partial*" De ahí la condena al "juez defensor" de una de las parte¹⁹.

¹⁷ Cfr. Juan Montero Aroca, *La prueba de oficio (Libertad y garantía frente a autorización y publicización en el proceso civil)*, comunicación presentada ante el Congreso panameño de derecho procesal, versión fotocopiada, p. 275/6. El autor señala que la condición del juez como genuino "tercero" en el proceso, exige que no sea al mismo tiempo parte, ni que realice actos propios de una parte, como ofrecer pruebas. Agrega que detrás de este debate existe un significativo trasfondo ideológico que supera un análisis meramente técnico acerca de las facultades del juez. El asunto se conecta también con el sentido de la prueba, que no es alcanzar a descubrir una presunta verdad objetiva o real, sino cumplir con una tarea de verificación de los hechos alegados y controvertidos por las partes, pero conforme el procedimiento legal en vigor, debiendo tenerse presente que hay valores o derechos superiores a la verdad misma (de ahí que haya pruebas ilícitas o no permitidas, por ejemplo: p. 281). Concluye sosteniendo que el llamado activismo judicial, por su trasfondo autoritario (fascista o comunista), importa una suerte de enfermedad (p. 291). Agradezco a la Dra. Andrea Meroi el aporte bibliográfico utilizado.

¹⁸ Ver Hugo Botto Oakley, *Inconstitucionalidad de las medidas para mejor proveer* (Rosario, ed. Juris, 2004) *passim*, con un detallado estudio del tema en numerosos códigos procesales en lo civil y comercial.

¹⁹ Sobre la condena de "la asunción por el juez de actitudes paternalistas con las partes...", V. Adolfo Alvarado Velloso, *El debido proceso de la garantía constitucional*, p. 306. Ver también Juan Montero Aroca, *Los poderes del juez en el proceso civil. Las ideologías autoritarias y la pérdida de sentido de la realidad*, en Autores Varios, *Teoría unitaria del proceso*, ob. cit., p. 243.

No se trata, desde luego, que ciertos bienes o personas queden desprotegidos, si hay un interés público (o un bien común público) relevante en su defensa. Lo que se procura es que esa defensa quede a cargo y bajo la responsabilidad de *otros* (abogado defensor, y de ser necesario, de un ministerio público altamente calificado, en concurrencia —o no— con la defensoría del pueblo u otro organismo análogo, y asimismo, organizaciones destinadas a la tutela de bienes colectivos, lo que implicaría una “socialización de la legitimación”), pero no del juez que *imparcialmente* debe decidir el litigio²⁰.

4. EVALUACIÓN

En definitiva, cabe asumir, en el ámbito civil y comercial, que existe en la actualidad un profundo debate acerca de los papeles que puede o que debe asumir el juez, y que la solución adoptada por la ley 25.675 en aras de programar medidas precautorias y probanzas de oficio, puede merecer la entusiasta adhesión de buena parte de la doctrina, pero también generar reflexiones críticas muy serias por otro sector de la literatura especializada.

²⁰ El tema es por cierto complejo. De alguna manera, la configuración del ministerio público con legitimación activa en los procesos no dispositivos ha hecho que Juan Montero Aroca lo califique, en ciertos casos, como “creación de una parte artificial”, algunas veces actuante no en virtud del principio de oportunidad, sino de necesidad: *La prueba de oficio en el proceso civil (la situación en el derecho español)*, versión fotocopiada, p. 25. Sobre la participación de asociaciones en procesos donde estuvieren en juego bienes públicos o colectivos, ver del mismo autor, *Los poderes del juez en el proceso civil*, ob. cit., p. 243. Advertimos al respecto que el conferimiento de roles protectores de la sociedad del ministerio público, al estilo del art. 120 de la constitución argentina, no constituye algo anómalo. Pero la constitución (art. 43) puede encomendar esa actuación también a otro sujeto, como lo hace con el Defensor del Pueblo en los amparos relativos a los derechos de incidencia colectiva, entre los que se encuentran los ambientales.

En concreto, quienes procuran crear en el fuero civil un clima con fuerte presencia procesal penal contemporánea, esto es, con un esquema garantista moldeado en un principio acusatorio coincidente con un fuerte principio dispositivo civil, aquellas atribuciones, a las que se acusa de atentatorias contra la *imparcialidad* judicial, pecarían de inconstitucionalidad.

Curiosamente, sin embargo, de proyectarse el esquema garantista a la tutela de *todos* los derechos fundamentales (esto es, no solamente los procesal-penales)²¹, las medidas probatorias y cautelares de oficio podrían algunas veces contar con la aprobación de parte de esta doctrina. El argumento es el siguiente: si la abstención probatoria y precautoria del juez (*ne procedat iudex ex officio*) se justifica en la esfera penal, en virtud del principio de inocencia y de la tutela procesal y penal a favor del acusado (agredido, según se explica, por el sistema punitivo del Estado, y de quien se afirma, es por lo común la parte débil del proceso penal), en otros ámbitos, y en garantía de otros derechos constitucionales “de prestaciones” (a la salud, la alimentación, el medio ambiente, v. gr.), la *garantía al débil* podría justificar un juez activista, pronto a auxiliar a quien necesita remedios, comida o la cesación a la agresiones al medio natural, prestaciones insuficientemente proporcionadas por aquel Estado²².

²¹ El garantismo tiene su cuna en el derecho penal y procesal penal, pero también se lo visualiza ahora como “técnica general de tutela de todos los derechos fundamentales”, para arribar a una “teoría general del garantismo”. Ver Andrés Ibáñez Perfecto, *Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción*, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli* (Madrid), ed. Trotta 2005, págs.60/1.

²² Agradezco en este punto las observaciones críticas y el aporte del Profesor Mario E. Chaumet.

Cabe destacar que no obstante ese posible enfoque de la cuestión, cierto garantismo que podríamos denominar “fuerte” sostiene que aún ante la presencia de intereses colectivos o en cuyo interés estamos (o deberíamos estar) todos involucrados, el juez debe ser incuestionablemente imparcial, no defensor de partes, y que lo que corresponde es conferir legitimación a otros sujetos, incluyendo asociaciones específicas, para postular a favor de tales bienes, o flexibilizar dispositivos procesales tuitivos de ciertas partes, como medidas precautorias sin caución²³.

Aceptada –y subrayada– por nuestra Corte Suprema la doble condición de imparcialidad subjetiva y de imparcialidad objetiva que debe reunir el juez²⁴, como recaudos del debido proceso en lo criminal, y alertados de que la última puede no empalmar con la referida adopción oficiosa de pruebas y medidas cautelares, de acentuarse la exportación de las tendencias garantistas procesal-penales a la esfera civil (hipótesis por cierto no descartable, a tenor de las perspectivas de los últimos fallos de nuestra Corte Suprema), cabe preguntarse si normas legales como la indicada, en el punto que nos preocupa, no se encuentran en una situación de relativa “constitucionalidad precaria”²⁵. Esto es, que hoy son *todavía* consideradas como constitucionales por buena parte de la doctrina (no por todos), pero que mañana podrían perder esa calificación, si se transportan más intensamente por los

²³ Juan Montero Aroca, *La jurisdicción en el proceso civil y penal*, ob. cit., p. 243.

²⁴ Por ejemplo, caso “Disier – Fraticelli”, sentencia del 8/8/06.

²⁵ Sobre el tema de la inconstitucionalidad “precaria” o “endeble”, nos emitimos a Néstor Pedro Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos* (Buenos Aires), ed. Ad-Hoc 2006, p. 78.

tribunales los principios del debido proceso penal al proceso civil, posibilidad que no es nada remota²⁶.

En el orden de las realidades prácticas, cabe preguntarse igualmente si no sería más adecuado conferir al ministerio público (ya fiscal, ya de la defensa), en tutela “de los intereses generales de la sociedad” -como expresamente lo dice el art. 120 de la constitución nacional- una actuación intensa y plena en los procesos ambientales, con obvias facultades para ofrecer y reclamar la producción de pruebas y requerir amplias medidas precautorias, en vez de transferirle al juez funciones más propias de una parte que de un sujeto imparcial; o darle aquel papel al Defensor del Pueblo²⁷. Con esto se conformarían tanto -sin duda- las exigencias garantistas del debido proceso, como la útil y legítima custodia de un valor tan relevante como es la preservación del medio natural.

²⁶ En tal sentido, debe tenerse presente que para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los principios del art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica, relativos al proceso penal, rigen en general y mínimamente en todo proceso (incluyendo el civil y el juicio político, v. gr.). V. Néstor P. Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, ob. cit., p. 159 y sigts.

²⁷ En tal sentido, debe tenerse presente que para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los principios del art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica, relativos al proceso penal, rigen en general y mínimamente en todo proceso (incluyendo el civil y el juicio político, v. gr.). V. Néstor P. Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, ob. cit., p. 159 y sigts.

BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El debido proceso de la garantía constitucional*, p. 306.

BENABENTOS, Omar A. *Teoría general unitaria del derecho procesal*, ob. cit., p. 394. Sobre la “verdad procesal” y la “verdad correspondencia” en Corvalán, Víctor R. *Acción y reacción en el proceso*, en Autores varios, *Teoría unitaria del proceso*, ob. cit., pp. 44/5.

BOTTO OAKLEY, Hugo. *Inconstitucionalidad de las medidas para mejor proveer* (Rosario, ed. Juris, 2004 *passim*).

CHACÓN CORADO, Mauro. La jurisdicción civil y penal (poderes, deberes y facultades), en Autores Varios, *Teoría unitaria del proceso* (Rosario), ed. Juris, 2001 p. 211.

ESPINAL IRIAS, Rigoberto. *El juez y su responsabilidad para la vigencia de un Estado de derecho*, en Autores Varios, *El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos* (San José de Costa Rica, 1993), pp. 41 a 43.

IBÁÑEZ PERFECTO, Andrés. *Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción*. Miguel Carbonell y Pedro Salazar (editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli* (Madrid), ed. Trotta 2005, pp. 60/1.

MONTERO AROCA, Juan, *La prueba de oficio (Libertad y Garantía frente a autorización y publicización en el proceso civil)*, Comunicación presentada ante el Congreso panameño de Derecho Procesal, Versión fotocopiada, p. 275/6.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, en Carbonell Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed. (Madrid, ed. Trotta, 2005 p. 131 y sgts.

RONALD, Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. por Marta Guastavino, Barcelona 1987, ed. Ariel, p. 177.

SAGÜÉS, Nestor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, 4ª. ed. (Buenos Aires), ed. Astrea, 2002. t. 2 p. 201.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *El amparo ambiental*, en “La Ley” 2004.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la constitución*, 2ª. ed. (Buenos Aires, ed. LexisNexis, 2006) págs. 214/5. Sobre la “jurisdicción dirimente” y la “jurisdicción protectora”, ver Adolfo A Rivas, *El amparo*, (Buenos Aires), 3ª ed., La Rocca, 2003 pp. 58/9.