

CAPÍTULO XIII

Activismo y garantismo. A propósito del “juez actor”, del “juez investigador” y del “juez preservador”, en el derecho procesal constitucional*

1. INTRODUCCIÓN

La expresión “activismo judicial” es multívoca. A menudo se la emplea para calificar la actitud de ciertos tribunales que hacen funcionar la Constitución con criterio dinámico y muchas veces hiperevolutivo, realizando, llegado el caso, interpretaciones mutativas —aditivas, susstractivas o mixtas— del documento constitucional, más allá de la voluntad del constituyente histórico e incluso contra él, cambiando, de ser necesario, el techo ideológico de la Constitución. Doctrinas como la “constitución viviente” (*living constitution*) y del uso alternativo del derecho, auspician esas posiciones. El activismo puede llegar también a programar desarrollos normativos de tipo infraconstitucional, aunque la Constitución no los imponga, pero atribuyéndoselos de todos modos, asumiendo así las cortes judiciales papeles legisferantes. Se trata, desde luego, de asuntos de enorme gravitación, que ponen en debate —entre otros puntos— el rol mismo del poder judicial y de la jurisdicción constitucional, el sentido y la evolución de la doctrina de la división de los

* El presente trabajo se incluye dentro del Programa de Investigaciones del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Su cuerpo principal se publicó en Häberle, Peter y García Belaunde, Domingo (coords.), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*, México, UNAM, 2011, t. II, pp. 157 y ss.

poderes, y el sometimiento o el despegue del operador judicial respecto del autor de la Constitución.

Aquí abordaremos otra vertiente del activismo judicial, vinculada a los papeles que debe tener el juez —y en particular, el juez constitucional— en el proceso. En ese terreno, el derecho procesal constitucional registra algunas figuras “activistas” de indudable interés.

- a) Una de ellas, de viejo cuño, es la que podría denominarse el *juez actor* —en el sentido de juez promotor del proceso que él mismo debe resolver—, y aparece en el “*habeas corpus* de oficio”, de uso en algunas legislaciones. Por ejemplo, el artículo 11 de la ley argentina 23.098, confiere a un tribunal o juez la facultad de iniciar un proceso de *habeas corpus*, cuando “tenga conocimiento por prueba satisfactoria de que alguna persona es mantenida en custodia, detención o confinamiento por funcionario de su dependencia, o inferior administrativo, político y militar, y que es de temerse sea transportada fuera del territorio de su jurisdicción o que se le hará sufrir un perjuicio irreparable antes de que pueda ser socorrida por un auto de *habeas corpus*”. En tal caso, es dicho juez quien expide por sí mismo el “auto” de *habeas corpus*, para que la autoridad traiga al detenido a su presencia, y después resuelve lo que corresponda.¹
- b) El artículo 32 de la Ley argentina General del Ambiente 25.675 contiene dos dispositivos procesales de singular atracción. 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 sugestiva 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 aquellos mecanismos a los que hacemos referencia es el de la producción de pruebas de oficio: “El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar

¹ Numerosas constituciones provinciales argentinas mantienen el instituto del *habeas corpus* de oficio: por ejemplo, Chaco, Corrientes, Formosa, Jujuy, La Pampa, etc. Nos remitimos a nuestro *Derecho Procesal Constitucional. Habeas corpus*, 4ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2008, t. 4, pp. 438 y ss.

Activismo y garantismo. A propósito del “juez actor”, ...

los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general”. Emerge aquí el *juez investigador*.

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”. En este caso, entra en acción el que llamamos *juez preservador*.

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 artículo 30 de la referida ley. Pero parecen especialmente atractivas —máxime, las medidas de urgencia— para otra acción específica, el amparo ambiental, que procura, según la misma norma, “la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”.

La presencia de estas reglas ambientalistas 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 civil.²

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

² Véase Sagüés Néstor Pedro, “El amparo ambiental”, en *La Ley*, 2004-D-1194, y *Derecho procesal constitucional. Acción de Amparo*, 5ª ed., 3ª reimp., Buenos Aires, Astrea, 2015, t. 3, pp. 655 y ss. 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. LAS IDEOLOGÍAS EN JUEGO. EL ACTIVO “JUEZ HÉRCULES”³

Es evidente que preceptos como los señalados 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 o superjuez pueden ser varias:

- a) la búsqueda de la verdad real o material en el proceso, por sobre respuestas meramente formales o rituarías. Ello permite hablar de una “tendencia institucional del proceso a la verdad”, y de otra “tendencia personal del juez” hacia la misma verdad (Bertolino), cosa que puede importar no solamente (i) la condena a la renuncia conciente a la verdad jurídicamente objetiva,⁴ por más que esa verdad no haya sido correctamente planteada ni idóneamente gestionada por los litigantes, sino también (ii) la tarea —por el juez— de realizar trabajos puntuales para lograr acceder a esa verdad. Así, para ciertas posturas, 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 realización.⁵

³ Como se sabe, Ronald Dworkin (*Los derechos en serio*, trad. por Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1987, 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.

⁴ La doctrina de la “verdad jurídica objetiva” puede perfilar una figura jurídica autónoma, como lo destaca Pedro J. Bertolino —de su autoría, consultar el excelente estudio *La verdad jurídica objetiva*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 3 y ss., 65 y ss.—, con mención de la tendencia institucional del proceso a la búsqueda de la verdad. Sobre el tema, nos remitimos también a Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, cit., pp. 201 y ss.

⁵ Por ejemplo, en “Díaz vs. 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

Activismo y garantismo. A propósito del “juez actor”, ...

- b) la clara meta de obtener una justicia y equidad igualmente material, real o sustancial, en la decisión final del tribunal,⁶ para satisfacer —en el caso argentino— el postulado insertado explícitamente en el preámbulo de la Constitución, de “afianzar la justicia”, que también consta en otras leyes supremas;
- c) algunas veces, una sensible devaluación —y en algunos casos, hasta superación— del cumplimiento de los recaudos formales y cargas que deben observar las partes en el curso del proceso, 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 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”—;

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 vs. Arenillas” (*Fallos*, 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.

⁶ 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”. Véase Gozaini Osvaldo A., *Derecho procesal constitucional. El debido proceso*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 268-269. Del mismo autor, consultar *Problemas actuales del derecho procesal. Garantismo vs. Activismo*, Querétaro, Fundap, 2002, *passim*.

AVATARES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

- e) la aplicación intensa del “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 es no permanecer impávido o ajeno ante su suerte, sino apoyarlos, impulsarlos y robustecerlos de modo cierto y efectivo. Puede pensarse, asimismo, 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 potenciados.⁷

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 sensibilidad.⁸ Y una 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,

⁷ Véase Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, cit., pp. 214-215. Sobre la “jurisdicción dirimente” y la “jurisdicción protectora”, véase Rivas, Adolfo A., *El amparo*, 3ª ed., Buenos Aires, La Rocca, 2003, pp. 58-59.

⁸ Véase por ejemplo Espinal Irias, Rigoberto, “El juez y su responsabilidad para la vigencia de un estado de derecho”, en AA.VV., *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. 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 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 vs. Sofóvich” (*La Ley*, 1992-C-543), se ha instrumentado en Argentina, en el orden federal, merced a sentencias judiciales.

Activismo y garantismo. A propósito del “juez actor”, ...

con amplios poderes —y deberes— de investigación, tanto en general, como de modo puntual y destacado, en lo que hace a la tutela de los derechos humanos fundamentales, y

- g) en términos amplios, entender que en el ordenamiento jurídico —y en particular, en la Constitución— hay más, y valen más, los “principios” que las “normas”, y que aquellos, 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 también:⁹ (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 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 poderes,¹⁰ y (iii) una arrolladora judicialización de la mayor parte de las otrora *political questions*, o asuntos no justiciables.¹¹ 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

⁹ Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, *cit.*, pp. 131 y ss. 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. 130-131.

¹⁰ 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 dieran motivos valederos y novedosos —no tratados por la Corte— para poder apartarse de aquellas pautas. Véase sobre el tema nuestro *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, *cit.*, t. 1, pp. 184 y ss. Al parecer, ciertas cortes supremas provinciales han seguido un camino parecido.

¹¹ Incluso, alguna Sala Constitucional, como la de Costa Rica, ha anunciado el fin de las cuestiones políticas no justiciables: Véase Sagüés, Néstor Pedro, *El tercer poder...*, *cit.*, pp. 285 y ss.

AVATARES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

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, etcétera.

3. LA CONTRAPOSICIÓN IDEOLÓGICA: EL GARANTISMO

Desde luego, nada es pacífico en ese tema. Las críticas al escenario anteriormente descrito son igualmente intensas. *Grosso modo*, el contrafrente garantista¹² 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 recursiva,¹³ 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 objetiva,¹⁴ sino de —en el

¹² Los rótulos de “activismo” y de “garantismo” son en buena medida discretos y confusos. Las posturas “activistas” también se reputan materialmente garantistas (v. gr., del principio constitucional —preámbulo de la Constitución argentina— de “afianzar la justicia”, de la directriz constitucional —art. 43— de la rapidez y expeditividad en el amparo, etcétera), 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”. En derecho procesal penal, el garantismo tiende a presentar a ese proceso especialmente como un mecanismo de tutela de los derechos del acusado.

¹³ Véase Chacón Corado, Mauro, “La jurisdicción civil y penal (poderes, deberes y facultades)”, en AA.VV., *Teoría unitaria del proceso*, Rosario, Juris, 2001, p. 211; Benabentos, Omar A., *Teoría general unitaria del derecho procesal*, Rosario, Juris, 2001, pp. 171 y ss., 218 y ss.

¹⁴ Cfr. Alvarado Velloso, Adolfo, *El debido proceso de la garantía constitucional*, Rosario, Zeus, 2003, p. 152.

Activismo y garantismo. A propósito del “juez actor”, ...

mejor de los casos—, la “verdad procesal”.¹⁵ Además, la 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 parecidas.¹⁶ 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, y

- 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 (i) *imparcialidad subjetiva* —no tener interés en la litis, no estar involucrado con las partes, v. gr.—, y de (ii) *imparcialidad objetiva* o funcional —no adoptar en el proceso roles que comprometan la sentencia que debe pronunciar—. Por ejemplo, no ser juez de instrucción y del plenario;¹⁷ no disponer el juez penal —y aun

¹⁵ Benabentos, Omar A., *Teoría general unitaria del derecho procesal*, cit., p. 394. Sobre la “verdad procesal” y la “verdad correspondencia”, véase Corvalán, Víctor R., “Acción y reacción en el proceso”, en AA.VV., *Teoría unitaria del proceso*, Rosario, Juris, 2001, pp. 44-45. 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, véase Pastor, Daniel, *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc y Fundación Adenauer, 2002, p. 554.

¹⁶ 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: véase sobre el tema Alvarado Velloso, Adolfo, *El debido proceso de la garantía constitucional*, cit., p. 153.

¹⁷ Tal doctrina es recogida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Dieser-Fraticelli”, sentencia del 8/8/06, *Jurisprudencia Argentina*, 2006-IV-452. 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. La Corte Suprema sigue el dictamen del Procurador General de la Nación, que se remite a pautas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Mejía vs. Perú”, informe 5/96 del 1/3/96, y cita asimismo el caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 2/7/2004.

AVATARES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

el civil— pruebas de oficio,¹⁸ e incluso en el fuero civil, no dictar medidas para mejor proveer.¹⁹

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 partes,²⁰ y obviamente, del “juez actor”, equivalente a un juez demandante.

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,

¹⁸ Cfr. 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, pp. 275-276. 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 doctora Andrea Meroi el aporte bibliográfico utilizado.

¹⁹ Véase Botto Oakley, Hugo, *Inconstitucionalidad de las medidas para mejor proveer*; Rosario, Juris, 2004, *passim*, con un detallado estudio del tema en numerosos códigos procesales en lo civil y comercial.

²⁰ Sobre la condena de “la asunción por el juez de actitudes paternalistas con las partes...”, véase Alvarado Velloso, Adolfo, *El debido proceso de la garantía constitucional*, cit., p. 306. Véase también Montero Aroca, Juan, “Los poderes del juez en el proceso civil. Las ideologías autoritarias y la pérdida de sentido de la realidad”, en AA.VV., *Teoría unitaria del proceso*, cit., p. 243.

Activismo y garantismo. A propósito del “juez actor”, ...

lo que implicaría una “socialización de la legitimación”), pero no del juez que *imparcialmente* debe decidir el litigio.²¹

4. RECAPITULACIÓN

En definitiva, cabe asumir que en distintos ámbitos del derecho 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 leyes como la argentina 25.675 que mencionamos, 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.

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 profundo principio dispositivo civil, aquellas atribuciones, a las que se acusa de atentatorias contra la *imparcialidad* judicial, pecarían de inconstitucionalidad.

Dentro de ese paisaje agonal —en el sentido de territorio jurídico con un alto grado de conflictividad, lucha y disenso—, es posible contraponer distintos modelos de “proceso”. Así, por ejemplo, Osvaldo Gozaíni distingue lo que denomina el *proceso garantista* del *proceso moderno*, por cierto que con notas diferenciatorias algunas veces muy pronunciadas.²²

²¹ 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, véase del mismo autor, *Los poderes del juez en el proceso civil, cit.*, p. 243. Advertimos al respecto que el otorgamiento de roles protectores de la sociedad por parte del ministerio público, al estilo del art. 120 de la Constitución argentina, no constituye algo anómalo. Pero la constitución (v. gr., art. 43 de la argentina) 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.

²² Conforme al esquema desplegado por el referido autor, en una obra dedicada específicamente al tema, el proceso garantista afirma el carácter privado del conflicto,

AVATARES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Curiosamente, sin embargo, de proyectarse el esquema garantista a la tutela de *todos* los derechos fundamentales —esto es, no solamente los procesal-penales—,²³ 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 Estado.²⁴

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 espe-

que el juez no intervenga con decisiones que afecten la disponibilidad de las partes, en quienes radica el impulso procesal; autoriza que el magistrado pueda sanear los vicios procesales, pero limita la iniciativa probatoria del juez, advierte que la carga probatoria pesa exclusivamente sobre las partes, y que la cosa juzgada es *inter alios acta*. En cambio, el proceso moderno afirma la condición de derecho público del proceso, subraya la calidad de director que asume el juez, a quien le otorga impulso de oficio, postula el deber del mismo de depurar los vicios procesales y de buscar la verdad con todos los medios disponibles, una mayor flexibilidad en la distribución de la carga de las pruebas y la posibilidad de expandir los efectos de la cosa juzgada a terceros. Véase Gozaíni Osvaldo, *Problemas actuales del derecho procesal. Garantismo vs. activismo judicial*, *cit.*, cap. III.

²³ 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”. Véase Andrés Ibáñez, Perfecto, “Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 60-61.

²⁴ Agradezco en este punto las observaciones críticas y el aporte del profesor Mario E. Chaumet.

Activismo y garantismo. A propósito del “juez actor”, ...

cíficas, para postular a favor de tales bienes, o flexibilizar dispositivos procesales tuitivos de ciertas partes, como medidas precautorias sin caución.²⁵

Aceptada —y subrayada— por la Corte Suprema argentina la doble condición de imparcialidad subjetiva y de imparcialidad objetiva que debe reunir el juez,²⁶ como recaudos del debido proceso en lo criminal, y alertados de que la última de éstas 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 la Corte Suprema argentina—, cabe preguntarse si normas legales como la indicada, en el punto que nos preocupa, no se encuentran en una situación de relativa “constitucionalidad precaria”.²⁷ Esto es, que por ahora 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 tribunales los principios del debido proceso penal al proceso civil, posibilidad que no es nada remota.²⁸

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 artículo 120 de la Constitución argentina— 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

²⁵ Montero Aroca Juan, *La jurisdicción en el proceso civil y penal*, cit., p. 243.

²⁶ Por ejemplo, en el ya citado caso “Dieser-Fraticelli”, *Jurisprudencia Argentina*, 2006-IV-452. Véase *supra*, nota 17.

²⁷ Sobre el tema de la inconstitucionalidad “precaria” o “endeble”, nos emitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, cit., p. 78.

²⁸ 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.). Véase Sagüés, Néstor P., *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, cit., pp. 159 y ss.

al defensor del pueblo.²⁹ 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.

5. EVALUACIÓN

Para entender parte de esta problemática debe tenerse en cuenta que el debate acerca de lo que es *constitucional* o *inconstitucional* dentro de un “debido proceso”, responde a pautas tributarias de posiciones ideológicas diferentes, y además, mutables.

Si existe una cláusula constitucional que defina la controversia acerca del juez activista o del juez garantista, a ella deberá en principio estarse. Pero a menudo, cabe destacarlo, no existe una respuesta constitucional explícita preconcebida por el constituyente, sino que ella se construye y varía según los operadores del sistema constitucional, en función del predominio de las posiciones “activistas” y “garantistas” en la doctrina y en la jurisprudencia de un país, y de las evoluciones que al respecto ocurran.

Por ejemplo, durante largas décadas resultó mayormente aceptada en la teoría constitucional y en la conciencia jurídica forense —salvo, desde luego, algunas discusiones—, la existencia, constitucionalidad y funcionamiento de jueces instructores en lo penal, la concepción de la búsqueda de la verdad como meta del proceso, o el ejercicio de medidas para mejor proveer en distintos fueros. Hoy, en cambio, el panorama deja de ser pacífico y resulta hondamente polémico. El tránsito contemporáneo del sistema inquisitivo al acusatorio, en lo penal, y algunas veces sin que esa transformación estuviere retratada en el texto constitucional, es otra muestra de esos avatares. Un esquema reputado otrora como constitucional, pasa por ello a ser entrevistado hoy como inconstitu-

²⁹ El art. 30 de la ley argentina general del ambiente 25.675, da legitimación activa al Defensor del Pueblo, entre otros, para plantear la acción de recomposición del ambiente dañado. No dice nada respecto de esa legitimación en cuanto el amparo ambiental de la última parte del artículo. No obstante, como esta acción de amparo es de tipo popular —puede iniciarla “toda persona”—, no existiría impedimento para que la promueva el Defensor del Pueblo, y también, pensamos, el Ministerio Público, en función —además— de los arts. 43 y 120 de la Constitución argentina.

Activismo y garantismo. A propósito del “juez actor”, ...

cional, sin que cambie la letra de la Constitución, sino la interpretación que se hace de las palabras de esa Constitución. De hecho, a menudo eso se opera con interpretaciones mutativas de la Constitución. Conforme a las mismas, el texto constitucional permanece incólume, pero su contenido normativo varía. El texto puede funcionar así como una suerte de caja o estuche de contenidos normativos distintos.³⁰

Simultáneamente, la actuación de operadores inter o supranacionales, mediante, por ejemplo, declaraciones de derechos humanos de fuente internacional, informes o recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, consultas o sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o de otros organismos similares, producen modificaciones en el escenario constitucional doméstico. Son elementos condicionantes de la interpretación que pueda hacerse del derecho constitucional nacional, ya que se trata de normas y de veredictos que, con distinta intensidad por cierto, y en base a los principios internacionalistas del *pacta sunt servanda* y de la *bona fide*, presionan y reducen el margen de maniobra con que cuenta el operador nacional en su tarea de entender algo como constitucional o inconstitucional. Esto es: ese operador doméstico, cuando emite ese juicio de constitucionalidad acerca, por ejemplo, de medidas probatorias o cautelares de oficio, también debe preguntarse si ellas son o no jurídicamente válidas, según el derecho internacional público vigente para ese Estado, tarea que le obliga a realizar, simultáneamente con el análisis de constitucionalidad, otro de *convencionalidad* —o de compatibilidad del instituto del caso con las convenciones e institutos internacionales en vigor—.³¹

En tanto y en cuanto ese bagaje normativo y directivo internacionalista extreme, *v. gr.*, los recaudos que debe ostentar el juez en materia de imparcialidad objetiva, es posible que se acreciente el peso de las posiciones garantistas. En cambio, si acentúa los roles protectorios del juez en la vigencia de ciertos derechos humanos —e indirectamente, de los

³⁰ Sobre la interpretación constitucional mutativa nos remitimos a nuestro libro *La interpretación judicial de la Constitución*, *cit.*, pp. 42 y ss.

³¹ El principio de “convencionalidad” ha sido enunciado, por ejemplo, en el fallo “Almonacid Arellano” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerando 124, y puede consultarse en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo 2007, núm. 2007-2, pp. 217 y ss., en especial p. 285. La Corte Suprema de Justicia Argentina lo recepciona en el caso “Mazzeo”: A, 13/7/07, *Jurisprudencia Argentina*, 2007-III-573.

AVATARES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

que son titulares de ellos—, es factible que crezca el activismo judicial. La presión del derecho internacional público sobre el constitucional, por lo demás, se acrecienta día a día.

El observador jurídico tiene que asumir el estado de transición y de conflicto que existe en el tema. A falta de definiciones internacionalistas o constitucionales específicas y claras, también debe asumir que si se encuentra obligado a adoptar una respuesta concreta, lo hará en definitiva de acuerdo con las pautas ideológicas que repunte más valiosas, circunstancia que implica, en verdad, el ejercicio de una opción política, que desde luego tiene un costo muy alto. Tendrá, al respecto, que combinar la ética de los principios con la ética de las consecuencias, como diría Max Weber,³² y respetar la coherencia entre los valores y el pragmatismo. No es una empresa fácil, desde luego. En el párrafo anterior hemos intentado una aproximación hacia esa salida, dentro de un marco como Argentina, que puede no ser idéntico para cualquier Estado.

El bien común nacional, que es un valor síntesis, es probable que aconseje recetas relativamente heterogéneas, no siempre iguales para cada comunidad, en función de la idiosincrasia, posibilidades, experiencias y realidades locales. Ellas pueden sugerir soluciones más activistas o más garantistas, según los casos, propias y adecuadas a cada medio.

³² Weber, Max, *El político y el científico*, Buenos Aires, Libertador, 2005, sin mención de traductor, p. 72.