

## Activismo Judicial y Derecho Penal

Por Carlos A. Luisoni y Alberto A. Manzi

El Activismo Judicial ha sido delineado como una práctica a través de la cual el Juez, mediante la aplicación del Derecho Constitucional y Convencional, se concibe limitador de los poderes políticos del Estado.

Este Juez, al cual se lo puede identificar con el modelo de Juez Hermes evocado por Ost<sup>1</sup>, es creativo, componedor, eficaz, garantista y acompañante.

En efecto, el poder judicial es creativo pues, a decir de Peyrano<sup>2</sup>, ha aportado numerosos institutos procesales: medidas autosatisfactivas, reposición in extremis, tutela anticipatoria, inconstitucionalidad de oficio, etc.

Es también garantista pues amplía las garantías procesales, derivando de los textos normativos fundamentales, resguardos que no se encuentran expresamente legislados; a la vez que materializa el principio pro homine, interpretando extensivamente los derechos de las personas y restrictivamente sus limitaciones.

Todo este protagonismo del Tribunal produce el aggiornamiento del servicio de justicia. Sin atarse a la exégesis del caso, se interesa también por los resultados de sus decisiones y los incorpora al momento de determinar la solución más componedora.

Estos lineamientos nos demuestran la profunda centralidad del juzgador, frente a la inercia del legislador; quien ante los conflictos sociales ha dejado de ser creativo.

Sobre estas bases nos interesa destacar la necesidad del activismo judicial en el derecho penal. Ello, pues asistimos, en pocos años, a una aceleración en el proceso de entender y recurrir al empleo de la coerción penal como respuesta a todos y cada uno de los sucesos que conmueven la paz social.

Es así que la ley penal aparece cada vez con más frecuencia como una respuesta inmediata de naturaleza administrativa, y no como resultado de un exhaustivo debate parlamentario y una amplia discusión pública.

Este fenómeno, presenta dentro de sus numerosas características, un drástico incremento de leyes penales que ha sido denominado por distintos autores como “inflación de leyes”, “inflación penal”, “expansión penal”, “conformación paquidérmica de las incriminaciones punitivas”, o “hipertrofia del derecho penal”, y que se halla fundado en una consideración simbólica del derecho penal, como remedio exclusivo para todos los males de la sociedad (“panpenalismo”).

Esta expansión legislativa tiene como vertiente no sólo la intención de penalizar todos los espacios sociales, asegurando una mayor presencia del Estado intervencionista; sino también la necesidad de dar respuesta a la masa social que se pronuncia a través de los medios de comunicación.

En este afán legislativo desmedido se corre el serio riesgo de producir “malas normas”. He aquí la centralidad del Juez penal, devenido en activista, para declarar su inconstitucionalidad aún de oficio.

Así, en el control de constitucionalidad desconcentrado, cualquier juez -sin distinción de grados- está llamado a confrontar la ley que debe aplicar con la Constitución. Este sistema ha sido perfilado por la jurisprudencia norteamericana –causa *Marbury v. Madison* (1803)-, aunque tuvo recepción con particularidades en el resto del continente. El control de constitucionalidad en Argentina, señala Sagüés<sup>3</sup>, tuvo como fundamento normativo tácito los arts. 31, 30 y 116 de la C.N. Luego de la reforma de 1994, el art. 43 de la C.N. consagró expresamente la facultad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las normas.

---

<sup>1</sup>OST, F. (1993). *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nro. 14, p. 169-194.

<sup>2</sup>PEYRANO, J. W. (2008, febrero 26). *Sobre el activismo judicial*. La Ley, p.1.

<sup>3</sup>SAGÜÉS, N. P. (2011). *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*. C.A.B.A. Ed. Astrea. pp. 44/45 y 47/105.

---

Sin embargo, esta facultad jurisdiccional de confrontar la norma con la Carta Magna ya fue puntualizada por la CSJN en el famoso precedente “Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. de Elortondo”, donde el Alto Tribunal expresó “es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial Nacional” (Fallos 33:194).

Este control de constitucionalidad, en nuestro país, se caracteriza por ser difuso, letrado, permanente, reparador y preventivo, que opera por vía de acción y excepción, incondicionado, amplio en función de los sujetos, entre otras cualidades.

Ahora bien, dado el protagonismo que propugnamos, también debemos incluir entre aquellas características, la de oficiosidad.

Es esta la evolución en la que discurre nuestro cimero tribunal nacional<sup>4</sup> y de la cual, entendemos, deberían participar los restantes órganos jurisdiccionales nacionales y provinciales.

Hoy, Iustitia se percató que en realidad no es una deidad, sino un valor, y que “El gran peligro de todo aquel que se dedica al estudio del Derecho penal o procesal penal es que le suceda lo que al fabricante de guillotinas: que se enamore del brillo de la madera, del peso exacto y del pulido de la hoja mortal, del ajuste de los mecanismos, del susurro filoso que precede a la muerte y finalmente olvide que alguien ha perdido su cabeza.”<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> CSJN; R401XLIII: “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”; Rta.: 27-11-2012.

<sup>5</sup> BINDER, A. M. (1999). *Introducción al Derecho Penal. Segunda Edición actualizada y ampliada*. C.A.B.A. Ed. Ad-Hoc. p. 19.