

## EL ACTIVISMO JUDICIAL Y LAS DECLARACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD\*

Patricio Alejandro Marianello\*\*

**Resumen:** En el presente artículo se analiza el novel instituto del activismo judicial, con sus conceptos y orígenes. Luego de ello se aborda la temática del activismo constitucional, explicando sus dos mayores exponentes: la inconstitucionalidad de oficio y de omisión; entre las que si bien encuentra similitudes, existen divergencias que resulta de vital importancia su desarrollo, y de este modo ir mejorando el mentado instituto.

**Palabras Clave:** Activismo constitucional; Semejanzas y diferencias entre la inconstitucionalidad de oficio y por omisión; Actualidad del activismo judicial y la función judicial.

**Abstract:** *This paper analyzes the new institution of judicial activism by conceptualizing it and studying its origins. Later, it addresses the issue of constitutional activism, by explaining its most relevant examples, that is, ex-officio unconstitutionality and unconstitutionality by omission, which are very similar but also differ in some important aspects that greatly influence the development of constitutional activism and that have improved the institution.*

**Key Words:** *Constitutional Activism; similarities and differences between ex-officio unconstitutionality and unconstitutionality by omission; importance of judicial activism and of the judicial function.*

**Sumario:** Introducción. I. Concepto y orígenes del activismo judicial. II. El activismo constitucional. III. Controversias entre la inconstitucionalidad de oficio y de omisión. IV. Semejanzas entre ambos institutos. IV.1. Noveles corrientes doctrinarias. IV.2. Órgano. IV.3. Limitación de ciertos derechos y principios constitucionales. IV.4. Orden público. IV. 5. La fuerza normativa de la constitución. IV.6. Efectos. IV.7. Principio "iura novit curia". IV.8. Elementos de validez. V. Diferencias entre la inconstitucionalidad de oficio y por omisión. V.1. Facultad sustitutiva del juez. V.2. Finalidades. VI. A modo de conclusión.

### I. Introducción

Mientras el siglo XIX fue el período del Parlamento -la ley- y, el siglo XX fue el del Poder Ejecutivo -decretos legislativos-, el siglo XXI será la era de los jueces -como sostenía Bobbio-; y justamente en esta tendencia es donde nace una nueva dinámica en el rol de los magistrados, denominado "Activismo Judicial".

---

\* Conferencia extraordinaria expuesta en el "X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional", celebrado en la ciudad de Lima (Perú) entre el 16 al 19 de septiembre de 2009.

\*\* Profesor de Grado y Posgrado en la Facultad de Derecho en la Universidad de Buenos Aires. Profesor de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Nacional. Profesor Titular en la Universidad de Concepción del Uruguay. Profesor Distinguido de la Universidad de San Marcos (Perú). Profesor de Doctorado en la Universidad del Salvador. Profesor de Posgrado de la Universidad Abierta Interamericana. Profesor Asociación en la Universidad en la UCEs. Conferencista Internacional y autor de más de 20 libros en la materia. Correo electrónico: [pmaraniello@fibertel.com.ar](mailto:pmaraniello@fibertel.com.ar); [www.patriciomaraniello.com.ar](http://www.patriciomaraniello.com.ar)

El mentado instituto brega por la implementación de nuevas funciones del juez, donde pasa de ser un simple espectador o arbitro del proceso a cumplir una función con mayor protagonismo<sup>1</sup>, llegando a ser parte de la causa judicial, es decir, una especie de tercero protector del buen servicio de justicia.

Esta obligación surge del mismo preámbulo de la Constitución Nacional donde se establece como objetivo del mismo Estado el de “*afianzar la justicia*”. Si bien es una obligación trazada para todos los miembros del estado, el mayor peso recae sobre el Poder Judicial, por ser el órgano por excelencia en la correcta administración de la actividad jurisdiccional para todos los justiciables.

Dentro del activismo judicial tenemos dos herramientas que la componen, las procesales y las constitucionales. Dentro de las primeras encontramos las medidas autosatisfactivas, los recursos *in infinitum*, la reposición *in extremis*, etc... A este tipo de activismo se lo denomina “*activismo judicial procesal*”, donde su importancia fue de tal envergadura que en algunos casos ha llegado a tener regulación normativa y en otras apoyaturas jurisprudenciales.

En lo que respecta a las herramientas constitucionales, que llamaremos “*activismo judicial constitucional*”, nos centralizaremos, tan solo, en dos de los temas más controvertidos dentro del control de constitucionalidad, nos estamos refiriendo a la declaración de inconstitucional de oficio y la inconstitucionalidad por omisión.

## II. Concepto y Origen del Activismo Judicial

Activismo deriva de “activo”, palabra latina *activus*, que significa facultad de obrar, con diligencia, eficacia, y prontitud, sin dilación<sup>2</sup>.

La locución “activismo judicial” fue posiblemente usada por vez primera por la Suprema Corte de EEUU, alrededor de 1953 cuando se autoproclamo “activista”, muy especialmente bajo la presidencia del Juez Earl Warren, con el celebre caso “*Brown vs. Borrad of Education*” -17/05/1954- donde se declaró, por unanimidad, la inconstitucionalidad de la segregación racial en las escuelas Norteamericanas. Lo curioso de este caso, de ahí la posición activista, es que nada se dijo sobre la forma de ejecución de dicha sentencia, ni incorporaba a los 5 chicos demandantes, ni obligaba a las cinco mil escuelas a dejar de lado la norma inconstitucional que beneficiaría a 3.000.000 de estudiantes de color.

Los jueces en este caso tuvieron dos caminos: obligaban a acatar la sentencia de cumplimiento imposible o tomaban un rol protagónico político cuya decisión se basara en tan solo colocar en la sentencia a la gente que el sistema excluía que chocaba con los derechos constitucionales que estaban en vía de extinción. La Corte opto por este ultimo y al año, es decir, en 1955 las grandes ciudades y los centros marginales habían cumplido la sentencia. Sólo los estados sureños fueron los que más se resistieron al cambio y recién a los 7 años las escuelas lo cumplieron en su totalidad, dicha modificación comenzó en el año 1958 con el fallo “*Little Rock, Cooper v. Aaron*” donde la Corte reafirmo su posición estableciendo su obligatoriedad para la Legislatura y los Tribunales de Justicia de dicho estado.

<sup>1</sup> OST F. Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge entraîneur. Trois modèles de justice. En: GÉRARD Ph., OST F., van de KERCHOVE M. Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements. Bruxelles, Publications des F.U.S.L, 1983, pp. 1-70.

<sup>2</sup> Microsoft® Encarta® 2007. © 1993-2006 Microsoft Corporation.

Esta decisión con ribetes políticos no altera la división de poderes, que como sostiene Alberto Bianchi<sup>3</sup> es la reafirmación dinámica del Estado de Derecho.

Si bien como se ha señalado la palabra activismo tuvo sus comienzos en los fallos de la Corte de EEUU, el instituto tuvo sus antecedentes hace más de 700 años en las Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio, donde en la Partida Tercera Ley 11 Título IV, donde se le imponía al juez *“saber la verdad del pleito por cuantas maneras pudiese”* otorgándole un poder muy amplio (activismo) siempre que lo sea en aras de esclarecer la verdad del pleito.

Ello fue sostenido por Estévez Seguí<sup>4</sup> -uno de nuestros primeros procesalistas Argentinos- había rescatado esta facultad proveniente de las partidas, antes de que la ley de Enjuiciamiento Civil española la haya incorporado a su texto, al señalar en su tratado que el juez podía buscar la verdad en cualquier tiempo hasta la sentencia. Es por ello que Estévez Seguí no solo fue el primer procesalista sino uno de los primeros activistas judiciales.

### III. El Activismo Constitucional

Para el activismo judicial, la lectura de la Constitución Nacional no constituye un obstáculo para distribuir el plan de la justicia, sino más bien un estímulo<sup>5</sup>. Con su brillantez habitual, Bidart Campos enseñaba que *“el juez es el administrador de la justicia; con ley, sin ley o contra ley. Porque el valor justicia prevalece sobre la ley y nuestra Constitución así lo deja entrever a quienes saben comprenderla cuando manda en el Preámbulo “afianzar la justicia”*. Con ley, sin ley o contra ley.

Afianzar la justicia es uno de los pocos elementos que nos ha dejado la constitución histórica 1853/60. El término “afianzar” tiene varias acepciones tales como:

- apoyar,
- sostener,
- afirmar o,
- asegurar,
- hacer firme,
- consolidar algo (Ej. El éxito de la novela afianzo su carrera).

Y por el otro lado “justicia” está dentro de las políticas del Estado que se relacionan con el derecho, la razón y la equidad.

Por lo tanto, afianzar la justicia es apoyarla cuando no está estable o corre riesgos en su esencia, o sostenerla cuando no está muy firme con elementos que la ayuden a una mejor administración, aplicado desde la esfera de un poder del estado.

Dentro de las diversas formas que puede asumir el activismo de los jueces las más importantes se encuentra configurada por la declaración de inconstitucionalidad por omisión y de oficio.

<sup>3</sup> BIANCHI, Alberto. “Dinámica del Estado de Derecho” Ed. Abaco, 1996, Bs.As., Argentina, p.22.

<sup>4</sup> ESTEVEZ SAGUI, Miguel. “Tratado elemental de los procedimientos civiles en el foro de Buenos Aires”, año 1850, pag. 236.

<sup>5</sup> PEYRANO, Jorge W. “Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas”, en “Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart”, Editorial Fundación de cultura universitaria, Montevideo 1999, pág.131 y siguientes.

Aunque entre ellas resultan puntos controvertidos y semejanzas que resultan convenientes su desarrollo para el esclarecimiento del activismo judicial.

#### **IV. Controversias entre la Inconstitucionalidad de Oficio y la Inconstitucionalidad por Omisión**

La controversia se desarrolla sobre la base de considerar, en los jueces, facultades que no ostentan o que por lo menos no les son propias. En lo que respecta a la inconstitucionalidad de oficio, la potestad la exteriorizan las partes (actor y demandado), mientras que en la declaración de inconstitucionalidad por omisión, la evidencian los poderes políticos (Poder Ejecutivo y Poder Legislativo).

#### **V. Semejanzas entre Ambos Institutos**

Entre las semejanzas podemos citar, en cuanto a la cuestión temporal, que ambas son noveles corrientes doctrinarias, productos del nuevo rol del juez a través del activismo judicial. En estos nuevos institutos tenemos dos clases de órganos, los aplicadores (Poder Judicial) y los órganos receptores de dichas medidas son los estamentos políticos (Poder Ejecutivo y Legislativo). Las limitaciones son los derechos y principios constitucionales. Ambas son cuestiones de orden público, apoyado sobre la base de la fuerza normativa de la constitución. Los efectos son erga omnes y el principio aplicador es el de "iura novit curia". Las ideas de validez moral e inacción son los que convierte a ambas inconstitucionales de indispensable utilización.

##### **a. Noveles Corrientes Doctrinas**

En cuanto a la cuestión temporal, ambas pertenecen a la nueva corriente llamada "activismo judicial constitucional" especie del género activismo judicial, *productos del nuevo rol del juez a través del activismo judicial*.

##### **b. Órganos**

El órgano aplicador es el Juez y los órganos receptores son los poderes políticos (PL y PE). Aunque, al estar inmerso en una causa judicial los receptores inmediatos son las partes y los mediatos los poderes políticos del Estado que son los que mayor atención deberán tener al ser ellos los organismos creadores de las normas declaradas inconstitucionales.

##### **c. Limitación de Ciertos Derechos y Principios Constitucionales**

En los dos casos existe una necesaria limitación de ciertos derechos y principios constitucionales en un caso por acción –ante una norma inconstitucional- y en el otro por omisión de alguna regulación constitucional. Como por ejemplo el derecho de defensa (en el primer caso) y principio de reserva (en el segundo caso).

#### d. Orden Público

Que actúa como una especie de habilitador de los juzgadores para declarar la inconstitucionalidad de una norma, sin tener en cuenta, en ambos casos, la voluntad de las partes<sup>6</sup>. Al respecto Bidart Campos remarcaba que impedir las declaraciones de inconstitucionalidad de oficio implica tanto como dejar librado a la voluntad de las partes aquel examen de constitucionalidad, lo cual haría que el principio de Supremacía de la Constitución, al quedar librado a la voluntad de las partes, no sea de orden público, lo cual evidentemente constituiría un absurdo. Y del mismo modo ocurre con la inconstitucionalidad por omisión, al pasar a un segundo plano toda verificación que se haga de las voluntades de los poderes políticos y las partes en lo que respecta a los mandatos constitucionales.

#### e. La Fuerza Normativa de la Constitución

Considerar como doctrina válida la fuerza normativa de la constitución. El mismo autor citado<sup>7</sup> indica que: *“la fuerza normativa de la constitución no se circunscribe a prohibir que se la transgreda positiva o afirmativamente mediante una actividad –normativa o de otra índole- contraria a ella que implique hacer lo que ella veda, sino que también se proyecta a ordenar con imperio que no haya abstenciones o dilaciones que cohíban su aplicación efectiva”*. Señala, además, que no se estima reprochable cualquier omisión, sino aquella omisión que incumple un mandato de obrar. *“De ahí que el no hacer en la omisión inconstitucional merece ser reputado no sólo como inacción, sino como infracción a una exigencia constitucional de acción. La abstención debe, por eso, encadenarse al deber concreto de actuar”*<sup>8</sup>

#### f. Los Efectos

Son al caso concreto y no puede en ningún caso declararse con efectos *erga omnes*, al tener nuestro país un sistema difuso, es por ello, que resulta muy dificultosa su aplicación a los amparos colectivos o acción de clase. Pues se debe tener en cuenta que para cumplir con los elementos esenciales del acto se deberán alterar los elementos fácticos en cuestión, situación esta que resulta de difícil realización debido a la gran cantidad de actores divisibles indivisibles que tienen estos tipos de acciones.

#### g. Principio “Iura Novit Curia”

Se podrá subsanar la falencia de derecho, en clara aplicación del principio *“iura novit curia”*, pero en ningún caso se podrán alterar los elementos fácticos, de ser así se estaría alterando el principio de congruencia de primer grado (demanda, contestación de demanda o contrademanda) y de segundo grado (los agravios en los recursos de apelación).

#### h. Elementos de Validez

Lo que confiere validez a una sentencia, lo que en un sentido estricto la torna vinculante, es su enlace con la idea moral del derecho que da validez al sistema jurídico. La función del juez es juzgar aplicando el derecho omitido o decretarlo inconstitucional. Normalmente ese derecho aparece definido en la ley o en la constitución, que es su modo habitual de posición.

<sup>6</sup> MARANIELLO, Patricio: “Declaración de Inconstitucionalidad de oficio” Ed. El Jurista, año 2007, Bs.As. Argentina, p.126.

<sup>7</sup> BIDART CAMPOS: “El derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa”, Editorial Ediar, 1998, p. 348.

<sup>8</sup> Bidart Campos Germán J., ob.cit.

### i. Inacción

Las semejanzas se desarrollan sobre la base de una exagerada pasividad por parte de los integrantes de la acción, es decir, del actor o demandado y de los órganos legislativos o ejecutivos.

## VI. Diferencias entre la Inconstitucionalidad de Oficio y la Inconstitucionalidad por Omisión

Entre las diferencias se encuentra en la facultad sustitutiva, donde en la inconstitucionalidad de oficio suplanta a las partes y en la de omisión a los órganos políticos. Otra diferencia la encontramos entre las finalidades, pues en la inconstitucionalidad por omisión lo que se busca en definitiva es un actuar por parte de los otros poderes del estado.

### a. Facultad Sustitutiva del Juez

Mientras que en la inconstitucionalidad por omisión el juez puede llegar en algunos casos a suplir la norma incompleta – o por lo menos a solicitar que se cumpla la omisión constitucional<sup>9</sup>-, en la inconstitucionalidad de oficio no podría en ningún caso suplir la norma declarada inconstitucional, sino que suple a las partes en lo que respecta la constitucionalidad de las normativas en cuestión.

### b. Finalidades

La inconstitucionalidad de oficio tiende a declarar la inconstitucionalidad de la norma al caso concreto para su utilización por parte de las partes en el proceso, mientras que la de omisión tiende más a la subsanación del mandato constitucional en forma abstracta, por más que sea al caso concreto y los efectos son inter partes, debemos tener en cuenta que la finalidad real es una alerta o llamada de atención al haciéndole saber la necesidad de un actuar por parte del órgano político (Poder Ejecutivo y Legislativo). Más cercano a la inconstitucionalidad por omisión se encuentra el *mandamiento o acción de cumplimiento o injunción*<sup>10</sup>. Recordemos que la acción de cumplimiento es una garantía individual para que el sujeto perjudicado en sus derechos y libertades -bloqueado por ausencia de reglamentación- pueda hacer efectivo su ejercicio. La acción por omisión constitucional resulta, más bien, una fiscalización abstracta tendiente a remediar la omisión<sup>11</sup>.

## VII. A Modo de Conclusión

El activismo judicial constitucional referido a las declaraciones de inconstitucionalidad de oficio y por omisión, con sus similitudes y con sus diferencias, se basan en la defensa de la más sagrada de

<sup>9</sup> El art. 103 inc. 2 de la Constitución de Brasil tiene por objeto dar a conocer al órgano competente la inconstitucionalidad declarada por omisión en la adopción de una medida necesaria, a fin de que adopte las providencias conducentes.

<sup>10</sup> Existen dos tipos de obligaciones constitucionales los mandamientos de ejecución y de prohibición, y las acciones de cumplimiento o de injunción. Dentro de estos últimos existen las legales donde el incumplimiento se da en la ley (art. 200 inc. 6 de la Constitución de Perú) y las constitucionales, aquí la falta de norma reglamentaria torna inviable el ejercicio de derechos y libertades constitucionales (art. 5 LXXI de la Constitución de Brasil de 1988).

<sup>11</sup> Bidart Campos, ob.cit.

las normas, que es la constitución, donde los jueces son sus guardianes en forma permanente sin poder tener excusa alguna para no resguardarla, pues en ella radica la esencia misma del sistema republicano (división de poderes), es decir, un verdadero reaseguro a los límites de los otros dos poderes del Estado.

Como nos recuerda Hans Kelsen<sup>12</sup> “...La función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder...” y, “...como toda norma, también la Constitución puede ser violada por aquellos que deben cumplirla...”

---

<sup>12</sup> Kelsen, Hans: “El defensor de la Constitución”, Tecnos. España. Año 1995.

## BIBLIOGRAFÍA

BIANCHI, Alberto: *Dinámica del Estado de Derecho*, Ed. Ábaco, 1996, Buenos Aires.

BIDART CAMPOS, Germán José: *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, Ed. Ediar, Buenos Aires.

ESTEVEZ SEGUÍ, Miguel: *Tratado Elemental de los Procedimientos Civiles en el Foro de Buenos Aires*, Ed. Imprenta Americana, 1850, Buenos Aires.

KELSEN, Hans: *El defensor de la Constitución*, Tecnos, 1995, Madrid.

MARANIELLO, Patricio: *Declaración de Inconstitucionalidad de Oficio*, Ed. El Jurista, 2007, Buenos Aires.

MICROSOFT® ENCARTA® 2007. © 1993-2006 Microsoft Corporation.

OST F. Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge entraînéur. Trois Modèles de Justice. En: GÉRARD Ph., OST F., van de KERCHOVÉ M. *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*. Bruxelles, Publications des F.U.S.L, 1983, pp. 1-70.

PEYRANO, Jorge W. "Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas", en "Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart", Editorial Fundación de cultura universitaria, Montevideo 1999.