

EL CONTROL JURISDICCIONAL Y LAS “CUESTIONES POLÍTICAS” NUEVAS PERSPECTIVAS

Ricardo HARO¹

SUMARIO: I. *Cuestiones no justiciables y cuestiones políticas*. II. *Pautas establecidas por la doctrina judicial*. III. *Nuevos perfiles para un viejo tema*.

I. CUESTIONES NO JUSTICIABLES Y CUESTIONES POLÍTICAS

Desde hace bastante tiempo, nos ha preocupado el complejo tema del control jurisdiccional de las llamadas “cuestiones políticas”, en el que hemos venido reflexionando y analizando no sólo en la evolución doctrinaria y jurisprudencial de nuestro país, sino además en la de los Estados Unidos de América y en la de la propia España.

A nadie se le escapa que este tema no es sino una especie del gran género que lo constituye el control jurisdiccional de constitucionalidad, y ante el cual las “cuestiones políticas” aparecen como una excepción muy casuística y de perfiles muy desdibujados por la que se excluyen los tribunales de conocer y decidir sobre diversas cuestiones que en la mayoría de los casos, implican una relevante importancia institucional dentro del sistema de la separación y equilibrio de los poderes y del consiguiente control de los actos estatales, control que por vía de esta especie de *standar* jurídico, se ve a menudo frustrado en su función garantizadora de la plena vigencia del Estado de derecho.

Por alguna razón, a veces inexplicable, ciertos actos del poder político no pueden ser materia del control judicial, afirma Alberto B. Bianchi. Pero a partir de ese mínimo consenso, logrado casi sin reflexión, comienzan a asaltarnos dudas en general no resueltas: ¿cuál es el fundamento de ello? ¿cómo se clasifican las cuestiones exentas de control?, son preguntas que ni la más prolíja reseña jurisprudencial es capaz de resolver

Como hemos dicho en anterior oportunidad, el tema es altamente complejo toda vez que las “cuestiones políticas” son de una fluidez e inasibilidad tal, que inevitablemente se ha caído en una suerte de explicación, —que en última

¹ Profesor de derecho constitucional, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

instancia constituye un verdadero círculo vicioso— según la cual, las denominadas “cuestiones políticas” son aquellas “cuestiones no judiciales”, y a su vez, las “cuestiones no judiciales” son las que se consideran “cuestiones políticas”.

Siguiendo este enmarañado razonamiento, podemos llegar a afirmar sin temor a equivocarnos y con lo que puede aparecer como un mero juego de palabras —pero que tiene real contenido— que “no hay mayor cuestión política, que el pronunciamiento judicial sobre qué es o cuándo existe una cuestión política. Recordamos en este momento la célebre sentencia de Hughes, y parafraseándolo, podríamos llegar a sostener que “las cuestiones políticas, son aquéllas que los jueces dicen que son”.

II. PAUTAS ESTABLECIDAS POR LA DOCTRINA JUDICIAL

Si en verdad, esta doctrina de las “cuestiones políticas”, fue surgiendo a través de la jurisprudencia de los tribunales, originariamente norteamericana para luego ir siendo adoptada por los tribunales de los estados con constituciones rígidas y control judicial de constitucionalidad, resulta de toda lógica que empecemos a buscar y extraer de la doctrina judicial, cuáles son las pautas o los ingredientes que se han tenido en cuenta por los jueces para determinar en qué casos y cuándo una cuestión es “política” y por lo tanto, no judicial.

Esta tarea no resulta fácil, a poco que se repare en la vastedad de una casuística jurisprudencial, a veces coincidente, pero muchas también discrepantes y desorientadoras, lo cual torna muy difícil formular a partir del análisis de los casos, una doctrina lo suficientemente coherente y homogénea, como para poder considerarnos con los principios básicos que vertebran el núcleo visceral de la doctrina, más allá de las normales particularidades de algunas perfilaciones.

No obstante lo señalado, resulta muy gratificante descubrir en este recorrido por el paisaje jurisprudencial, que poco a poco la amplia gama de las “cuestiones políticas”, van achicando los ámbitos de reconocimiento judicial, ante el prudente, lento pero progresivo avance del control jurisdiccional, que siempre encontrará casos ante los que deberá detener su acción y abstenerse de juzgar, por tratarse realmente de las cuestiones no judiciales que no se puede desconocer que existen. En esta eminente función moderadora en el sistema político, el Poder Judicial deberá asumir una posición correcta, que no le permita ni resignar su peraltada función del control de constitucionalidad, ni excederse a punto de constituirse en el supremo órgano de control de todas las actividades estatales.

Veamos algunos de los temas más destacados, en los que la jurisprudencia de la Corte Suprema, nos muestra no sólo la pautas que carecterizan las “cuestiones políticas”, sino también la saludable evolución que hemos señalado.

1. *Facultades privativas*

Las facultades que la Constitución ha establecido como propias y exclusivas de los otros poderes, son privativas de éstos y no pueden ser revisadas o interferidas por los magistrados judiciales, en cuanto a la forma de su ejercicio. El principio de la separación de los poderes y el necesario auto-respeto por parte de los tribunales de los límites constitucionales y legales de su competencia, impone que en el ámbito de las facultades que le son privativas con arreglo a lo prescripto por la Constitución, la función jurisdiccional de los jueces no alcance al modo de ejercicio de tales atribuciones, puesto que si así no fuere, se haría manifiesta la invasión del campo de las potestades propias de las demás autoridades de la nación. Esta Corte, incluso al ejercer el elevado control de constitucionalidad, debe imponerse la mayor medida, mostrándose tan celosa en el uso de las facultades que le son propias, cuanto en el respeto de las que la Constitución asigna, con carácter privativo, a los otros poderes federales y a las autoridades provinciales (Fallos: 263-265, Partido Justicialista, 1965; en igual sentido, F. 32-120; 170-246; 254-43; 6-2-1990; 313/1-63 del 6-2-1990).

2. *Forma republicana de gobierno*

Ante la exigencia del artículo 5 de la Constitución que obliga a las provincias a organizarse bajo la forma republicana de gobierno, si bien en una primera época la Corte Suprema sostuvo que es al Congreso a quien le corresponde decidir qué género de gobierno es el establecido en la provincia, si es republicano o no (F. 154-192 en 1929), luego de un proceso progresivo hacia la justiciabilidad, la Corte Suprema ha afirmado que de la misión del gobierno federal de amparar a las provincias cuando la forma republicana ha sido corrompida, no existe razón para excluir al Poder Judicial (F. 310/1-804, del 22-4-1987).

3. *La autonomía provincial*

Congruente con la forma de estado federal, las provincias gozan de la autonomía que les permite dictarse sus propias constituciones y elegir sus auto-

ridades sin intervención del gobierno federal, es decir, una capacidad de gobierno propio dentro del orden supremo establecido por la Constitución. En este tema la Corte Suprema dijo en sucesivos fallos que era incompetente para conocer y decidir los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma provincia (F. 283-143; 302-186) y que se hallaban al margen de su potestad jurisdiccional las cuestiones políticas que hacen a la validez o invalidez de la Constitución de Santa Fe (F. 177-390) o las cuestiones referentes a la división de los poderes y al incorrecto ejercicio de las funciones propias de los tribunales locales (F. 212-206), o la validez de la investidura de los jueces locales (F. 244-194) o las cuestiones vinculadas a la organización y funcionamiento de los poderes públicos provinciales, reservadas por el artículo 104 de la Constitución al ámbito del derecho público provincial (F. 291-384).

Pero también en este tema, la Corte Suprema fue modificando sus anteriores criterios y ampliando poco a poco el ámbito de la justiciabilidad. En este sentido ha sostenido que si bien la Constitución garantiza a las provincias el establecimiento de sus instituciones, el ejercicio de ellas y la elección de sus funcionarios (artículos 5 y 105) las sujeta a ellas y a la nación, al sistema representativo y republicano de gobierno (artículos 1 y 5) impone su supremacía (artículo 31) y confía a la Corte el asegurarla (artículo 100). Ante deficiencias que comprometen la cabal vigencia de la forma de gobierno representativo y republicano, la intervención de la Corte Federal no avasalla las autonomías provinciales, sino que procura la perfección de su funcionamiento, con lo que en conclusión asegura el cumplimiento de la voluntad de los constituyentes (F. 308/2-1745; 310/1-804 del 22-4-87; 310/3-2845 del 29-12-87).

Finalmente el 26 de diciembre de 1991 *in re* “Electores y Apoderados de los Partidos Justicialista, U.C.R. y Demócrata Cristiano” ha dicho que procede la revisibilidad por la Corte Suprema de cuestiones de derecho público provincial, en los casos de un ostensible apartamiento del inequívoco sentido de las normas de derecho público de la provincia; y en la causa “Ríos Antonio J.” del 2 de diciembre de 1993 (*El derecho*, 156-288), decidió que los poderes conferidos a la Convención Constituyente de la provincia de Corrientes, no pueden reputarse ilimitados, porque el ámbito de aquéllos se halla circunscripto por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia.

4. *Intervención federal*

Es indudable que es en este tema en el que la Corte Suprema fijó en célebre fallo y disidencia, la doctrina sustancial con la concepción tradicional y restrictiva respecto de la justiciabilidad de las cuestiones políticas. En el *leading*

case “Cullen v. Llerena” de 7 de diciembre de 1893 (F. 53-420), se impugnaba la sanción de la ley que declaró la intervención federal en la provincia de Santa Fe, tanto en el procedimiento de su sanción como en la disposición de la intervención.

Allí el alto tribunal sostuvo que la intervención federal en las provincias (artículo 6 Constitucional), es un acto político por su naturaleza, cuya verificación corresponde exclusivamente a los poderes políticos de la nación (Poder Legislativo y Poder Ejecutivo), sin ninguna participación del Poder Judicial, y que el actor pretendía una sentencia de naturaleza política y de efecto puramente político, controlando y revocando disposiciones y actos de exclusiva competencia del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo de la nación, en materia ajena al Poder Judicial, porque es una regla elemental de nuestro derecho público, que cada uno de los tres altos poderes del gobierno nacional, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente. Esta ha sido la doctrina que invariablemente ha seguido el alto tribunal en este tema y, salvo la acotación que hacemos más abajo, se mantiene hasta la actualidad.

En enjuiciosa disidencia el juez Luis V. Varela, sostuvo en síntesis que cuando una ley del Poder Legislativo o un acto del Poder Ejecutivo, estén en conflicto con las disposiciones, derechos y garantías que la Constitución consagra, siempre surgirá un caso judicial que podrá ser llevado ante los tribunales por la parte agraviada. Aunque años después se retractó de esta posición, nosotros entendemos que el juez Varela fue el propulsor de la verdadera tesis en la materia.

Recientemente la Corte Suprema. *in re* “Rossi Cibils” del 8 de septiembre de 1992, en nuestro entender y si bien no de manera explícita, aparece como aceptando implícita y excepcionalmente la revisibilidad de la declaración de la intervención federal; y un mes antes, el 14 de agosto, los jueces Belluscio, Fayt y Petracchi en disidencia en el caso “Presidente del Tribunal Superior de Corrientes”, admitieron la justiciabilidad de la intervención federal atendiendo al órgano que la declaró.

5. *Enjuiciamiento de magistrados*

Igualmente en este tópico, se observa un progresivo avance hacia una notable atenuación de la originaria y rígida doctrina de las “cuestiones políticas”, pues en una primera época, la Corte Suprema sostuvo enfáticamente que lo atinente al enjuiciamiento de los magistrados y al ejercicio del poder disciplinario sobre ellos, era materia propia de los respectivos poderes y autoridades

provinciales y extraña a la jurisdicción de la Corte (F. 268-553); en tanto los jurados de enjuiciamiento, desempeñan “atribuciones de tipo político” atinente a la integración de los poderes provinciales que se rigen por la constitución y las leyes locales y sin contralor de la Corte Suprema (F. 270-240) y sus sentencias son inapelables en causas de responsabilidad política (F. 271-69; 300-488)

En una segunda época, ya aperturista, la Corte Suprema en 1986, enfatizó que la revisibilidad de los pronunciamientos de los tribunales de enjuiciamiento, no procede para resolver conflictos de poderes locales, pero sí para hacer valer a favor de las personas individuales la garantía constitucional de la defensa en juicio (F. 308/1-961) y el debido proceso legal en el procedimiento del enjuiciamiento (F. 310/3-2845 del 29-12-87, tesis confirmada en F. 311/1-881 del 26-5-88; F. 312/1-253 del 28-2-89 y 313/1-114 del 15-2-1990; *El Derecho* 150-731 y 757, del 21 de abril de 1992).

6. *Composición de las Cámaras del Congreso*

Asimismo la jurisprudencia ha afirmado que los tribunales de justicia no tienen jurisdicción para la legalidad o la ilegalidad de la composición del Congreso, desde que por el artículo 56 Constitucional, cada Cámara es juez único de la validez de las elecciones, de los derechos y de los títulos de sus miembros (*in re* “Varela” de 1881, F. 23-257), es decir que es una materia reservada por la Constitución al Congreso, y una “facultad privativa” cuyo ejercicio no debe ser interferido o limitado por una resolución de la Corte (F. 256-208), por lo que es una causa esencialmente política la referida a las formalidades y procedimientos de organización de una rama de la legislatura en determinada sesión de la misma (F. 141-271).

Con esta doctrina que consagraba este punto como una “cuestión política”, en 1965 el alto tribunal respaldó la revocatoria que dictó sobre la sentencia de la Cámara Nacional Electoral que desconoció la personalidad del Partido Justicialista, comprometiendo la validez de los títulos de sus diputados nacionales que había sido expresamente admitida por la Cámara de Diputados (F. 263-268), criterio que fue reiterado en 1973 *in re* “Unión Cívica Radical” (F. 285-147).

Vale la pena recordar aquí que en cuanto a la validez de las elecciones, derechos y títulos de los miembros de la Cámara, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el *leading case* “Powell c/ McCormac” en 1969, entró a conocer y decidir frente a la reiterada negativa de la Cámara para incorporar un legislador negro.

7. *Procedimiento legislativo*

Como en varios de los temas tratados precedentemente y en otros, también en éste, la Corte Suprema fue mutando de una posición rígida sobre la no justiciabilidad en esta materia por considerarla una “cuestión política”, hacia una tesitura más flexible en la que admitió cierto margen de revisibilidad jurisdiccional.

En este sentido cabe destacar que en 1893 se afirmó que no puede constestarse judicialmente la forma de las deliberaciones para dictar la ley, no compitiendo a la Corte examinar la interpretación y aplicación que las Cámaras del Congreso han dado a las normas constitucionales en la materia (F. 53-420), careciendo el Poder Judicial de facultades para decidir si en el procedimiento seguido por las Cámaras del Congreso para la sanción de las leyes, es o no el que establecen las disposiciones de la Constitución (F. 210-855).

Pero en 1963 mantuvo la no justiciabilidad de estas cuestiones, salvo —aquí viene la apertura y la moderación de la doctrina de las “cuestiones políticas”— el supuesto del incumplimiento de los requisitos constitucionales mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley, razón por la que no es pertinente la intervención de la Corte, para decidir si el artículo 14 nuevo de la Constitución nacional fue sancionado de conformidad con el reglamento interno de la Convención Constituyente.

8. *Veto del Poder Ejecutivo*

Respecto al veto parcial o total que el Poder Ejecutivo puede ejercer sobre un proyecto sancionado por el Congreso (artículo 72 constitucional) en 1967 en la causa “Collella”, la Corte declaró que la doctrina de la irrevisibilidad y de las “cuestiones políticas” no es aplicable al veto, pues existe cuestión justiciable cuando se cuestiona la falta de promulgación válida de la ley, como en el caso de autos en que se le negó al Poder Ejecutivo, la facultad de promulgar sólo la parte no vetada del proyecto del Congreso, por afectar la unidad inescindible de la ley (F. 268-352).

9. *Cuestiones electorales*

Este es otro de los temas en los cuales, a través de los años, la doctrina de la Corte Suprema fue pergeñando un notable vuelco hacia la justiciabilidad de las cuestiones electorales, de modo muy especial, a partir de la creación en el ámbito del Poder Judicial de la Cámara Nacional Electoral, en

1965, suprimida por el gobierno de facto en 1966 y restablecida en su plena vigencia a partir de 1971.

1) En la primera época, y salvo dos casos realmente excepcionales (F. 9-318 y 147-286), el alto tribunal sostuvo la no justiciabilidad en esta materia, atendiendo a la naturaleza política de las funciones y resoluciones de los organismos electorales. Declaró que las cuestiones electorales, referentes al procedimiento previsto por las leyes en el orden nacional o estadual, para la constitución de los poderes políticos, como momentos que son de la organización de otros poderes, no son propias del ejercicio regular de la función judicial, sino estrictamente políticas (F. 238-283; 256-47; 263-265, entre muchos otros). A la luz de este criterio, la Corte Suprema declaró “cuestiones políticas”: a) Los sorteos de candidatos electos (F. 148-215); b) La formación de los padrones electorales (F. 189-155); c) La oficialización de lista de candidatos (F. 252-54 y 256-47); d) Los conflictos internos de los partidos (F. 257-155).

2) El vuelco en la jurisprudencia de la Corte Suprema que caracteriza la segunda época, se produce en 1973, en que se declaró competente para entender en todas las decisiones de la reciente Cámara Nacional Electoral y en los casos en que se haya puesto en tela de juicio, la aplicación y la interpretación de las leyes electorales de la nación, *verbi gratia* el reconocimiento a los partidos políticos de modo exclusivo, la nominación de cargos públicos electivos (F. 310/1-819 del 22-487); la alianza transitoria de partidos mediante la oficialización en sus respectivas boletas de una misma y única lista de candidatos a los efectos de la suma en el escrutinio (F. 312/2-2192 del 16 de noviembre de 1989). A pesar de esta definida posición y por respeto al principio federal en nuestra forma de estado, la Corte Suprema mantuvo la irrevisibilidad de las decisiones electorales de organismos o tribunales locales, en sus específicas competencias (F. 285-58 y 19; 286-278), salvo claro está que las decisiones en la interpretación y aplicación de las leyes electorales locales, desconozca o comprometa derechos reconocidos por normas federales, lesionando la supremacía constitucional, en cuyo caso serían revisables (artículo 31 constitucional) (F. 287-31 y 308/2-1745).

10. *Estado de sitio*

El artículo 23 Constitucional dispone que

en caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución o de las autoridades creadas por ella, se declarará

en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el Presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso, respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.

En este instituto de emergencia deben distinguirse dos aspectos bien diferenciados en lo referente a la justiciabilidad.

1) *El acto declarativo del estado de sitio*: Como una doctrina permanente e invariable hasta nuestros días, la Corte Suprema ha sostenido que el acto declarativo no es susceptible de revisión por los jueces, en cuanto cuestión política en la que el juicio prudencial del Congreso y del Ejecutivo es necesario y final para implementar los objetivos de la Constitución (F. 170-246; 236-41; 250-832; 298-441); ni aun cuando debió juzgar sobre el inciso 1 del artículo 4 de la Ley de Habeas Corpus 23.098, que le otorga al juez la posibilidad de verificar la legitimidad de la declaración del estado de sitio, la Corte Suprema se apartó de la irrevisibilidad (F. 307-2284 y 312/2-1882 del 3-10-1989).

2) *La suspensión de las garantías constitucionales*: Hasta 1959, la doctrina fue invariablemente en contra de la justiciabilidad de los actos concretos referidos a las garantías, toda vez que la Corte Suprema estableció que correspondía al Poder Ejecutivo exclusivamente la facultad de juzgar sobre la oportunidad de adoptar las medidas o restricciones respectivas en salvaguarda del orden público, sin otra limitación, en cuanto a las personas, que las expresadas en el artículo 23.

Pero en aquél año aun manteniendo la tesis amplia en cuanto a las garantías suspendidas durante el estado de sitio, se pronunció categóricamente al sostener que la generalidad de las medidas de ejecución que pueda adoptar el Estado, son susceptibles del control judicial de razonabilidad, cuando aquéllas no guarden relación alguna con los fines del artículo 23 (F. 243-504), para finalmente continuar avanzando en la tesis de la justiciabilidad, cuando en varios casos a partir de 1977, la Corte Suprema señaló que también está sujeta al control jurisdiccional, como un deber del Poder Judicial, la aplicación concreta de los poderes de excepción del presidente sobre las libertades constitucionales, control que lejos de retraerse en la emergencia, debe desarrollarse hasta donde convergen las competencias y los valores de la sociedad argentina confiados a su custodia (F. 298-441 y 685; 299-294; 300/1-816; en cuanto al arresto y traslado, F. 303/1-696; 305/1-269 y 312/2-1882 del 3-10-89).

III. NUEVOS PERFILES PARA UN VIEJO TEMA

1. *Lo jurídico y lo político; el mundo jurídico y el mundo político*

Como lo hemos señalado en anterior oportunidad, estimamos que en el transfondo conceptual del tema que nos ocupa, referido al contralor jurisdiccional y las “cuestiones políticas”, surge con decisiva necesidad, la caracterización de “lo político” y “lo jurídico”. Con Alberto A. Spota podemos expresar que el ordenamiento jurídico establece normativamente el señalamiento de una conducta debida y enuncia una sanción para el supuesto de incumplimiento de esa conducta, de forma tal que la coacción efectivizada objetivamente, se constituye en elemento esencial de “lo jurídico”. Por el contrario, en “lo político” campea el arbitrio, como capacidad para decidirse libremente entre opciones que han sido dadas o para crear nuevas opciones, produciendo respuestas eficaces en la superación de los desafíos o incitaciones recibidas por el poder político.²

Luis Sánchez Agesta por su parte, nos recuerda que la acción política es actividad social no sujeta a normas jurídicas. Esto es, actividad no normalizada jurídicamente. En la vida social hay actos ordenados, cuya realización y eficacia están previstos por una norma jurídica y que se cumplen de acuerdo con lo que esa norma prescribe. No significan ninguna innovación del orden regulado, sino su cumplimiento. La acción política, en cambio, no es regular, cumplida de acuerdo con una regla, sino acción creadora, fuente de cambio, impulso de lo nuevo y de lo imprevisto. Cuando discurre en el cuadro de una norma, esta norma contiene un amplísimo margen de discrecionalidad en cuanto a la realización o no del acto, su tiempo, sus contenidos.³

No parece antojadizo ni carente de sustento conceptual que, aun sin entrar en las hondas especulaciones sobre el tema de lo jurídico y lo político, imposibles en la presente ponencia, lo cierto es que a nadie se le escapa en una aproximación básica pero correcta del tema, que la distinción entre lo político y lo jurídico aparece como manifiesta a poco que se repare que una cosa es la política y otra el marco jurídico dentro del cual debe desenvolverse. Parfraseando a Ortega y Gasset que nos decía que “el derecho es de la realidad

² *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, pp. 24/25 y 86 y conchs.

³ *Principios de teoría política*, Madrid, Editora Nacional, 1972, p. 59. Cabe señalar aquí que un estudio plenario del tema lo podemos consultar en *mundo jurídico y mundo político*, de Nestor Pedro Sagües, Buenos Aires, Depalma, 1978.

social, pero no es toda la realidad social”, nosotros aquí podemos afirmar “que el derecho es realidad política, pero no es toda la realidad política”.

Consideramos oportuno remarcar que no dudamos que toda actividad política se mueve dentro del gran marco que le fija el derecho, comenzando por la propia Constitución como ley fundamental de las competencias supremas del Estado. Pero tampoco dudamos que en diversos momentos del desarrollo y de la culminación efectiva de dicha actividad política, necesariamente se nutre de comportamientos y opciones, donde lo jurídico deja amplios espacios a la decisión de las múltiples opciones válidas para el logro de objetivos de bien común. Por ello creemos que pretender encerrar o “encorsetar” la vastedad y complejidad de la concreta realidad política, en un hermético sistema jurídico que todo lo contemple y todo lo regule, y en consecuencia, donde todos sus aspectos y contenidos puedan ser compulsados, revisados y controlados desde una perspectiva normativa, es una posición que por ignorar la diferenciación entre lo jurídico y lo político, nos puede llevar a conclusiones erradas.

2. *Normatividad y arbitrio político*

De manera congruente con lo hasta aquí expuesto, es del caso poner de manifiesto las dos perspectivas que, surgiendo de la señalada diferenciación, es preciso tener muy presente en todo acto estatal y en el ejercicio de las atribuciones de los órganos del poder, a saber: a) *La perspectiva normativa*, reglada o estrictamente jurídica; b) *La perspectiva del arbitrio*, de lo discrecional o estrictamente político.

Y esto es así, porque si bien es cierto que lo jurídico siempre trasunta una dimensión política que lo inspira, también lo es que lo político —como expresión de la voluntad estatal— tiende a implementarse a través del derecho. De allí que siempre, ambas perspectivas, la jurídica y la política, en mayor o en menor medida son los ingredientes necesarios y concurrentes en el ejercicio de toda potestad gubernamental. Habrá casos en que predominará un contenido estrictamente jurídico, mientras que en otros, será el arbitrio político el que tipifique marcadamente la atribución.

En conclusión, estamos en condiciones de afirmar que por lo general en la consideración de toda legislación, y en particular, en toda norma jurídica, siempre encontraremos por una parte, contenidos juridizados que deben ser debidamente cumplimentados, y por otra, posibilidades políticas que se abren a la libre meritación del gobernante. Trasladada esta temática al derecho ad-

ministrativo, nos encontramos con la paradigmática distinción de los aspectos reglados y los aspectos discrecionales del acto administrativo.

3. Las cuestiones políticas y los presupuestos del acto estatal

La formulación de todo acto estatal presupone: a) La constitución de un órgano que lo emita; b) La competencia o atribuciones legales de dicho órgano; c) El procedimiento que la Constitución o la ley establecen para el ejercicio de su competencia; y, finalmente, d) Las situaciones fácticas y requirentes de la sociedad que constituyen como las demandas de soluciones a los problemas de la convivencia, y que deberán ser receptadas por la acción gubernamental.

Ello así, es indudable que la normatividad o regulación jurídica primará en los tres primeros presupuestos, es decir tanto en la constitución del órgano, como en su competencia y en el procedimiento de actuación. Por el contrario, es en el cuarto presupuesto, en los problemas y en las demandas de soluciones, en donde sienta sus reales con mayor virtualidad, el arbitrio y la imaginación política, porque allí es preciso conocer los problemas, evaluarlos y tomar las decisiones que se estimen más eficientes. Es entonces cuando más que la juridicidad, se requiere la ponderación, el “olfato político”, el sentido común, la imaginación y la agudeza de una auténtica sabiduría política. Estas consideraciones, también coadyuvan a una mejor precisión de lo que realmente debemos entender por “cuestiones políticas”.

4. La zona de reserva política

Como hemos sostenido en anteriores oportunidades, nosotros entendemos que la discrecionalidad y el arbitrio propio de los actos estatales, no es otra cosa que un margen o ámbito de libre disposición, dentro del marco jurídico y según pautas axiológicas que hacen a la necesidad, oportunidad, conveniencia y eficacia de la decisión que se vaya a tomar. La valoración de estas pautas —esto es muy importante— constituyen una zona de reserva política en la cual, el gobernante buscará prudentemente, la mejor solución entre muchas alternativas. Esta libre disposición dentro del marco legal, es lo no justificable, porque es el aspecto realmente político en la actuación del órgano.

Lo que escapa a la competencia del Poder Judicial, es exclusivamente la revisión del juicio de valor de sustancia política, pero en manera alguna las

proyecciones del acto político sobre los derechos constitucionales, cuyo amparo es misión específica de los tribunales de justicia.⁴

Por lo tanto, es preciso alertar que la “cuestión política” no se tipifica por pertenecer al ámbito político o por la finalidad política que persiga, sino que la cuestión debe ser en sí misma, exclusivamente política, sin contenido ni configuración jurídica prescripta.

5. *¿Cuándo procede entonces el control judicial?*

El control judicial es básicamente un control de legalidad, por el cual los tribunales verifican si en el caso sub-exámene, se han cumplido o no las prescripciones legales, ya sea en las conductas que impone, como en las que prohíbe y en las que permite. De allí que para nosotros constituya el meollo del asunto, poder afirmar que existe justiciabilidad, en todo aquello en que los principios y las normas jurídico-políticas, han regulado de tal forma la cuestión, que en menor o en mayor medida, pueda realizarse el juicio cierto, concreto y objetivo, que permita declarar alguna violación a la regulación legal o constitucional. Dicho de otra forma más concisa y sustancial, para nosotros *existe justiciabilidad respecto del ámbito de lo normado y en toda la hondura de lo normado, pero nunca más allá de lo normado.*

En cambio, entendemos que *no corresponde la revisibilidad judicial* respecto de la apreciación o juicio sobre la existencia o no de una situación fáctica, que si bien puede estar prevista en la constitución o en la ley, no posee una configuración o forma jurídica prescripta y precisa y su existencia queda librada solo a la valoración política (*verbi gratia* la conmovición interior del artículo 23 constitucional) y funciona como condición habilitante para el ejercicio de una atribución constitucional o legal (*verbi gratia* la declaración del estado de sitio). O cuando en el ejercicio de facultades privativas de cualquiera de los poderes, se han respetado las normas jurídicas que lo rigen, tanto en el debido proceso sustancial, como en el formal o adjetivo. Finalmente tampoco aceptamos un control jurisdiccional en todos los casos en que los poderes, frente a las concretas situaciones (económicas, culturales, sociales, etcétera) que demandan soluciones políticas, deben realizar un juicio de valoración política sobre la necesidad, la oportunidad, la conveniencia, el mérito o la eficacia de las respuestas que deben darse a dicha demanda.

4 Linares Quintana, Segundo V., en *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Buenos Aires,

Abeledo Perrot, 1970, t. I, p. 632.

6. Las facultades privativas y las cuestiones políticas

Según una inveterada doctrina de la Corte, escapa a la competencia del Poder Judicial, controlar el modo como los poderes políticos ejercitan las facultades que la Constitución les ha otorgado privativamente (facultades privativas). Lo hemos considerado un estándar judicial, que por su falta de plena precisión, puede llegar a ser usado como “fórmulas de goma” en la expresión de Geny.

Para una mayor eficiencia de la doctrina de la división y equilibrio de los poderes, sabido es que existen atribuciones que si bien por un lado, tienden a afianzar la independencia o separación de los diversos departamentos del gobierno, por otro las hay que procuran lograr el equilibrio de los poderes, mediante la colaboración y el control entre ellos. Esto implica evidentemente la existencia de facultades privativas, pero no necesariamente surge de su naturaleza, lisa y llanamente, la irrevisibilidad judicial, pues presentar una simetría entre facultades privativas y facultades no justiciables, no sólo es errónea, sino que constituye un expediente fácil para acentuar un Poder Judicial más encerrado, compartimentado y autorrestringido (*self-restraint*).

Repárese que de aceptar la simetría errónea que acabamos de señalar, congruentemente tendríamos que aceptar que típicas e indiscutibles facultades privativas como la sanción de una ley por el Congreso, o el veto o el dictado de un decreto reglamentario por el Poder Ejecutivo, o también las sentencias del Poder Judicial, marginarían por eso sólo hecho el control jurisdiccional, aún cuando pudieran ser abiertamente violatorias al orden constitucional o legal, lo cual es a todas luces inaceptable.

Nosotros creemos que más que de facultades privativas de los poderes políticos, es preciso hablar de un *juicio privativo* que esos poderes deben realizar sobre la configuración de los supuestos que hagan procedente el ejercicio de las atribuciones que les otorga la Constitución (mérito, oportunidad, conveniencia, etcétera), juicio que lógicamente no es justiciable. Por lo tanto, las llamadas *facultades privativas*, serán susceptibles de control jurisdiccional, toda vez que en su ejercicio afecten formal o sustancialmente el “debido proceso constitucional o legal”. Es preciso recalcar que no se puede aceptar que haya facultades privativas que autoricen la violación de la legalidad constitucional; sí las hay para ejercerlas discrecional y exclusivamente, pero siempre que se lo haga dentro del marco de la ley fundamental.

7. Mayor justiciabilidad y el gobierno de los jueces

A pesar del progresivo avance de la doctrina judicial respecto de la justiciabilidad de las cuestiones políticas, la Corte Suprema ha sido cautelosa con la adopción de posiciones extremas, pues no sin razón, ha sostenido que el ejercicio incontrolado de la función jurisdiccional irrumpiendo en el ámbito de las atribuciones reservadas a los otros poderes, constituye una anomalía constitucional axiológica, caracterizable como pretensión de “gobierno de los jueces”, según la peyorativa expresión acuñada por la doctrina francesa. La politización de la función judicial que trae aparejada la decisión por aquélla de puntos esencialmente injusticiables, puede engendrar además, una grave desviación de justicia.

Creemos poder compartir plenamente la sustancia de esta doctrina, pues según lo venimos afirmando, la justiciabilidad debe llegar hasta donde llega toda la amplitud y las implicaciones del bloque jurídico; pero los tribunales con la Corte Suprema a la cabeza, no pueden ser custodios de la Constitución nacional, desde una perspectiva exclusiva o puramente política, propia de los departamentos políticos. Lo hemos dicho: no toda actividad estatal, es controlable judicialmente.

Ello no nos impide sostener igualmente que siendo la Corte Suprema custodio e intérprete final de la Ley Fundamental, cumple dicha función desde su propia e indelegable perspectiva jurídico-política, ejerciendo el control de constitucionalidad de los actos estatales, control que si bien es jurídico, posee vastas y profundas connotaciones políticas. El Poder Judicial a través de este control, ejerce una de las funciones relevantes del poder político del Estado, pues no es dable concebir que sólo sea político el poder de elaborar la ley (*le pouvoir d'établir*), y no lo sea el poder de enervarla por inconstitucional, marginándola del orden jurídico válido (*le pouvoir d'empêcher*), como lo sostuvimos en anterior trabajo.

8. Aplicaciones prácticas

Para no quedarnos en la exposición de los puras tesis conceptuales, hemos creído oportuno ejemplificar los mismos con algunos supuestos que surgen de la vida institucional y en los cuáles tienen clara aplicación aquéllas.

1) Así podríamos distinguir en primer término, los *actos declarativos* de los *actos de ejecución*. Respecto de los primeros, si bien en principio participo de la irrevisibilidad judicial (*verbi gratia* declaración de guerra internacional o del estado de sitio (artículos 75 incisos 25 y 29, respectivamente de la

Constición), puede darse el caso excepcional que en el procedimiento congressional, al dictarse el acto declarativo, se hubiesen violado expresas normas constitucionales (*verbi gratia* el quórum y las mayorías necesarios), lo cual; tornaría procedente el control jurisdiccional. Por ello no participo en manera alguna de la revisibilidad plena sostenida por caracterizada doctrina. En cambio, respecto de los actos de ejecución, se mantiene la plena justiciabilidad toda vez que exista un bien subjetivo jurídicamente protegido (*verbi gratia* suspensión del ejercicio de un derecho individual o colectivo).

2) *Principios, declaraciones, derechos y garantías*: Nuestra Constitución contiene en su ideología, pero también en su texto normativo, “principios” y “declaraciones”, que junto a sus “derechos” y “garantías”, constituyen lo que podríamos llamar con alguna doctrina europea, como el “bloque de juridicidad” que al contener expresas contenidos de naturaleza jurídica, son judiciales y escapan a las excepcionales “cuestiones políticas” (*verbi gratia* el principio de la división de poderes o la forma republicana).

3) *Procedimientos constitucionales*: Para el ejercicio de diversas atribuciones de los poderes políticos, la Constitución establece una serie de procedimientos, que por principio no son revisables judicialmente, siempre que en el transcurso de los mismos, no se hayan violado ni las normas procedimentales ni se hubiesen afectado derechos o garantías constitucionales; o dicho en otras palabras, que no se hayan violado ni el debido proceso formal ni el sustancial, violación ésta que siempre torna procedente el control jurisdiccional, por más que se trate aún de las llamadas “facultades privativas”.

9. A manera de recapitulación

1) Nos adherimos decididamente en la corriente que propugna un avance prudente pero vigoroso de la justiciabilidad de las llamadas “cuestiones políticas”, según las pautas precedentemente establecidas en este trabajo.

2) Si bien debe atenderse a la “naturaleza política”, o al “ámbito político” o a los “fines políticos” del caso, lo realmente definitorio es que una cuestión es justiciable, en todas las implicaciones que afecten el “bloque de juridicidad”, la normatividad constitucional, legal o reglamentaria. Allí donde penetra la juridicidad, debe penetrar la revisibilidad jurisdiccional.

3) Dado que en cualquier acto estatal siempre habrá ámbitos normados y otros librados al arbitrio político (zonas regladas y otras discrecionales), más que de “cuestiones políticas”, creemos necesario hablar de “aspectos políticos” de las atribuciones ejercidas por los órganos estatales. Siempre habrá un margen, amplio o pequeño para el arbitrio político, que se sustenta en un plano

de libertad opcional dentro de un marco legal permisivo. De allí que la función judicial sea *secundum legem*, mientras que la función propiamente política, sea *secundum arbitrium*.

4) Debe el Poder Judicial, con la Corte Suprema a la cabeza, ir progresivamente morigerando lo que se ha dado en llamar la “autorrestricción” o *self restraint*, como lo viene haciendo hasta ahora, y lo hemos visto en el análisis de la doctrina judicial. Debe la Corte Suprema asumir el responsable compromiso institucional que le compete como cabeza de poder dentro del Estado, evitando abandonar espacios de poder, que en muchas oportunidades serán ocupados por la arbitrariedad, ante la ausencia de un correcto ejercicio del control jurisdiccional, garantía última de un verdadero Estado de derecho.

5) Descartamos de plano la politización del Poder Judicial que muchos erróneamente pregonan, propugnando la plena justiciabilidad de todos los actos estatales y descargando en los jueces, problemas y controversias que exorbitan la naturaleza de su función judicial, en una equivocada visión que pretende constituir a los magistrados, en la última instancia que el sistema político ofrece para la solución de todos los conflictos. Pero, por otra parte, deseamos que los jueces de la nación, asuman con dignidad y decoro, pero con vigorosa firmeza, la peraltada misión de “afianzar la justicia preambular” y ejercer ese poder moderador entre las competencias supremas del Estado.