

## LAS CUESTIONES POLÍTICAS: ¿PRUDENCIA O EVASIÓN JUDICIAL?

I. Una primera aproximación al tema . . . . .	173
II. Pautas establecidas por la doctrina judicial . . . . .	176
III. Nuevos perfiles para un viejo tema . . . . .	204
IV. A manera de recapitulación . . . . .	212

## LAS CUESTIONES POLÍTICAS: ¿PRUDENCIA O EVASIÓN JUDICIAL?

### I. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL TEMA

#### 1. *Supremacía y control constitucional*

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 de modo especial, en la evolución jurisprudencial y doctrinaria de nuestro país.

No cabe duda que el tópico de las “cuestiones políticas” es una faceta por demás embarazosa del control de constitucionalidad jurisdiccional, a partir de la recepción que la ley fundamental ha realizado del principio de la supremacía constitucional.

En nuestro actual ordenamiento jurídico, este principio ha sido consagrado en el artículo 31 CN al disponer: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...”. Ahora bien, a partir de la reforma de 1994, esta disposición debe ser complementada con la del inciso 22 del artículo 75, cuando otorga jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos enumerados en dicho inciso, y a los que en el futuro apruebe el Congreso de la Nación y les conceda dicha jerarquía con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Ello así, a nadie se le escapa que el tema de la “justiciabilidad de las cuestiones políticas”, constituye una especie dentro del amplio género del control jurisdiccional de constitucionalidad, que en nuestro sistema argentino es difuso y hunde sus raíces constitucionales en el artículo 116 de

la Constitución Nacional (en adelante CN), cuando en su parte pertinente dispone que “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, y por las leyes de la Nación... y por los tratados con las naciones extranjeras...”.

## 2. *Las “cuestiones políticas”*

Es precisamente en el ejercicio de este control de constitucionalidad, que las “cuestiones políticas” aparecen como una excepción harto casuística y de perfiles no muy nítidos y a menudo inasibles, y con cuya mera invocación, muchas veces los tribunales se inhiben de conocer y decidir sobre diversos procesos 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 este especie de standard jurídico, se ve a menudo frustrado en su función garantizadora de la plena vigencia del Estado de derecho

Si bien este tema tuvo sus orígenes y su evolución más progresista en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, hemos deseado enfocarlo en esta oportunidad desde la panorámica que nos presentan, en relevantes tópicos, tanto el desarrollo jurisprudencial de nuestra propia Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CS) como las opiniones de la doctrina, toda vez que sin desconocer la influencia de aquellos valiosos antecedentes, estimamos conveniente en el presente estudio, ahondar el análisis de la realidad institucional argentina.

No obstante lo intrincado de su perfilación objetiva, el tratamiento del tema es de suma trascendencia, por la decisiva influencia que tiene en un adecuado funcionamiento del principio de la división y equilibrio de los poderes. 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 cuando se ha deseado explicarlas, inevitablemente se ha caído en un verdadero círculo vicioso que nosotros, básicamente, hemos resumido en la siguiente expresión: “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 otra expresión 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. Parafraseando una memorable afirmación de Hughes sobre la Constitución, podríamos llegar a sostener que las “cuestiones políticas”, son aquellas que los jueces dicen que son.

### 3. *Justiciabilidad del “mérito”*

Claro que entre los criterios cardinales unánimemente aceptados, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, se destaca aquel que desde sus orígenes la CS consolidó en el sentido que *no incumbe a los tribunales el examen de la oportunidad, conveniencia, acierto o eficacia del criterio adoptado por los Poderes Legislativo y Ejecutivo en el ámbito de sus propias atribuciones, ya que no corresponde sustituirlos, sino aplicar las normas tal como éstos la concibieron* (fallos: 253-362; 257-127; 300-642 y 700; 306-655; 312-72; 319-1640), pues *el análisis de la eficacia de los medios arbitrados para alcanzar fines que los poderes políticos se propusieron, es ajeno a la competencia de la CS, a la cual sólo incumbe pronunciarse sobre la razonabilidad de los medios elegidos* (fallos: 306-655), *efectuando el control de compatibilidad de la ley o reglamento en juego con las garantías y derechos amparados por la CN* (fallos: 172-21; 204-195 y 359; 243-449; 319-1537; entre muchos otros).

Asimismo, cabe recordar que otro de los matices de esta cardinal tesis, fue afirmado por la CS (en fallos: 318-785), expresando que corresponde al Congreso apreciar las ventajas o inconvenientes de las leyes que dictare, siendo *todo lo referente a la discreción con que hubiere obrado el cuerpo legislativo, ajeno al Poder Judicial* que no tiene misión sino para pronunciarse de conformidad a lo establecido por la ley, y aún, en la hipótesis de que se arguyera o pretendiera que la ley es dura o injusta.

Finalmente, como una faceta más en las diversas manifestaciones del contenido del principio cardinal, merece recordarse que también el Alto Tribunal no hace muchos años, reiteró en doctrina vigente como todas las mencionadas en este párrafo, que *el acierto o el error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas, no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse, salvo en aquellos casos que tras-*

*cienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario* (fallos: 318-1256).

## II. PAUTAS ESTABLECIDAS POR LA DOCTRINA JUDICIAL

Si en verdad, esta doctrina de las “cuestiones políticas” fue surgiendo a través de la jurisprudencia norteamericana, resulta de toda lógica que “buceando” en la doctrina judicial nacional, empecemos a extraer cuáles son las pautas o los ingredientes que han tenido en cuenta los jueces, para determinar en qué casos y cuándo una cuestión es “política” y por lo tanto, “no judicialable”.

Esta tarea no resulta fácil, a poco que se repare en la vastedad que la casuística jurisprudencial nos presenta, lo cual torna muy dificultoso formular a partir del análisis de los casos, una doctrina lo suficientemente coherente y ortodoxa que nos permita comprender, adecuadamente, cuáles son 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 altamente gratificante descubrir en este recorrido por el “paisaje” jurisprudencial, que la amplia gama de las “cuestiones políticas” reconocidas judicialmente en el transcurso del tiempo, van acotando sus ámbitos originarios, ante el prudente, lento, pero progresivo avance del control jurisdiccional, que bueno es de destacar no siempre procederá, pues existen situaciones que verdaderamente hacen excepción al control judicial y ante las cuales deberá detener su acción y abstenerse de juzgar, por tratarse realmente de las “cuestiones no judiciales” cuya existencia no puede desconocerse.

En esta eminente función moderadora en el sistema político, el Poder Judicial deberá asumir una posición correcta, que no le permita resignar su eminente función del control de constitucionalidad, pero tampoco excederse a punto de pretender constituirse en el *supremo órgano de control de todas las actividades estatales*.

Dada la excesiva profusión casuística, hemos procurado escoger los tópicos más destacados en los que la jurisprudencia de la CS, nos muestra no sólo la pautas que caracterizan las “cuestiones políticas”, sino también la saludable evolución que hemos señalado.

## 1. *Facultades privativas*

### A. *Tesis restrictiva*

Las facultades que la CN ha establecido como propias y exclusivas de los otros poderes, son privativas de éstos y 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 CN, 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.

La CS ha afirmado que, incluso al ejercer el elevado control de constitucionalidad, debe imponerse la mayor mesura, mostrándose tan celosa en el uso de las facultades que le son propias, cuanto en el respeto de las que la CN 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; 313/1-63 del 6-2-1990; 321), porque como lo reiteró en el caso “vila Posse” del 15 de octubre de 1962, “en el ámbito de las facultades que les son privativas con arreglo a la CN, la función jurisdiccional no alcanza al modo del ejercicio de tales atribuciones por los otros poderes. En tanto no se discuta la existencia de las atribuciones propias de otro poder, la revisión del acierto de sus actos no incumbe a los jueces” (fallos: 254-43).

### B. *Avances hacia la justiciabilidad*

Por el contrario, en fallos: 316-972 de 1993, respecto a la causa “Aporados y Electores de la Alianza Frente de la Esperanza” la CS expresó con notable claridad conceptual, que no constituye una “cuestión política” el decidir si un asunto ha sido conferido a otro Poder del Estado o si ha habido excesos en su ejercicio, ya que se trata de una delicada tarea de interpretación constitucional y una responsabilidad de la Corte, como último intérprete de la Constitución (*idem*, fallos: 321-3236), por lo cual en el caso “Peláez” de 1995 (fallos: 318-1967), declaró justiciable una orden de arresto del Senado, mientras que por el contrario en el caso “Polino y otro” de 1994 (fallos: 317-341), declaró improcedente la acción de amparo incoada por diputados nacionales, con la finalidad de que se de-

clare la nulidad del proceso legislativo que concluyó con la ley 24.309 que autorizó al PE a convocar al pueblo para elegir convencionales que reformarán la CN, ya que *el fin y las consecuencias del control encomendado a la justicia sobre las actividades Ejecutiva y Legislativa, requieren que este requisito de un “caso” o “controversia judicial” sea observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de los poderes.*

### C. Ratificación de lo justiciable y de lo no justiciable

En el caso “Prodelco”, se dejó sin efecto el fallo apelado que hizo lugar a la acción de amparo y declaró la inconstitucionalidad del artículo 2o. del decreto 92/97 del Poder Ejecutivo Nacional, por el cual se aprobaron las modificaciones a la Estructura General de Tarifas del Servicio Básico Telefónico, sosteniendo la CS en 1998 (fallos: 321-1252), que en las causas en que —como en el sub lite— se impugnan actos cumplidos por otros poderes en el ámbito de las facultades que les son privativas, *la función jurisdiccional no alcanza al modo del ejercicio de tales atribuciones, en cuanto de otra manera se haría manifiesta la invasión del ámbito de las facultades propias de las otras autoridades de la Nación* (cita a fallos: 254-45), pues sólo le corresponde al tribunal definir en qué medida —si es que existe alguna— el ejercicio de ese poder puede ser sometido a revisión judicial, *cuando haya mediado alguna violación normativa que ubique los actos de los otros poderes fuera de las atribuciones que la Constitución les confiere o del modo en que esta autoriza a ponerlas en práctica, mediante el control constitucional de la razonabilidad de las leyes y actos administrativos*, y una vez constatada su iniquidad manifiesta, corresponda declarar su inconstitucionalidad (en igual sentido, fallos: 321-1187).

### D. No justiciabilidad de la incorporación de senadores nacionales

Asimismo, *in re* “Provincia de Chaco”, el 24 de noviembre de 1998 (fallos: 321-3236), la CS afirmó que es inherente a la función de un tribunal judicial interpretar la normas que confieren las potestades que son privativas de los otros poderes para determinar *su alcance*, sin que tal tema constituya una “cuestión política” inmunes al ejercicio de la jurisdicción, pues establecer si un poder del Estado tiene determinadas atribuciones, exige interpretar a la CN, lo que permite definir en qué medida —si es

que existe alguna— el ejercicio de ese poder puede ser sometido a revisión judicial. En similar sentido, se pronunció por mayoría *in re* “*Hernández*”, del 31 de agosto de 1999 (fallos: 322-1988), con motivo de la incorporación de senadores nacionales de la provincia de Catamarca, *pues el conflicto de poderes suscitado puede resolverse según las normas de funcionamiento del Senado que prevé la CN.*

## 2. Forma republicana de gobierno

### A. Posición negativa y apertura

Inveteradamente nuestro más Alto Tribunal, en una primera época, señaló el carácter de “cuestión política” la verificación sobre la existencia de la forma republicana de gobierno, exigencia que el artículo 5o., CN impone a las provincias al dictarse sus constituciones. En el recordado caso “*Orfila*”, de 1929 (fallos: 154-192), expresó que *es al Congreso a quien le corresponde decidir qué género de gobierno es el establecido en la provincia, si es republicano o no*, si está asegurada o bastardeada la administración de justicia, si existe régimen municipal, si se imparte la educación primaria, según las condiciones generales y especiales expresadas en el artículo 5o., CN. Esta tesis de la no judicialidad, fue reafirmada *in re* “*Lizondo*”, en 1965 (fallos: 263-15), aunque morigerada en el caso “*Costes*”, en 1940 (fallos: 187-79), cuando la CS aseveró que *en principio* la dilucidación de la compatibilidad de las instituciones provinciales con lo dispuesto con el artículo 5o., CN, envuelve una cuestión de naturaleza política, y está como tal, vedada a los tribunales de justicia (en idéntico sentido, entre otros: fallos: 251-340; 253-454; 216-267; 210-1031; 178-199).

Avanzando en la justiciabilidad, en el caso “*Ingenio San Martín del Tabacal*” y en sentencia de 1967 (fallos: 269-243), se reconoció que es cierto que no le compete a la CS resolver cuestiones de orden local; pero no es menos exacto que *se ha alegado la violación del principio de la separación de los poderes del Estado* y de la Norma fundamental, en virtud de la cual las provincias deben adecuar sus constituciones a los “principios, declaraciones y garantías de la CN”. *Cualesquiera sean las facultades del PE, no le corresponde declarar la inconstitucionalidad de las leyes*, facultad exclusiva del PJ y principio constitucional tan imperativo para las provincias como para la Nación (artículo 5o., CN).



## B. Forma republicana, proceso debido y reelección de gobernador

En 1986, *in re* “*Graffigna Latino*” (fallos: 308-961), formuló una nueva *apertura al criterio judicialista*, al distinguir entre los conflictos locales de poderes en sentido estricto y *los supuestos* en los que se trata de *hacer valer a favor de personas individuales la garantía constitucional de la defensa en juicio* los que podrán hallar sus campos en ejercicio de la *jurisdicción apelada de la Corte*. Asimismo, en 1987 *in re* “*Sueldo de Polesman*” (fallos: 310-804), la CS sostuvo que *el gobierno federal está obligado a amparar a las provincias cuando la forma republicana ha sido corrompida. De esta misión del gobierno federal no hay razón para excluir al Poder Judicial*.

Consecuentemente, en 1994 señaló en “*Partido Justicialista de Santa Fe c/ Provincia de Santa Fe*” (fallos: 317-1195), que el sistema representativo republicano, debe conducir a que las provincias sean, en lo esencial de la forma de gobierno, semejante a la nacional, lo cual no exige ni puede exigir que sean idénticas, ni una reproducción más o menos exacta o igual de aquélla. No es inconstitucional el artículo 64 de la Constitución de Santa Fe, al exigir un intervalo de un periodo para posibilitar la reelección de gobernador y vice, pues *la forma republicana de gobierno* (artículos 5o. y 121, CN) *no exige necesariamente el reconocimiento del derecho de los gobernantes a ser nuevamente electos*.

## 3. La autonomía provincial

### A. Encuadramiento constitucional

Congruente con la forma de Estado federal, las provincias gozan de la *autonomía* que les permite, por una parte, dictarse sus propias constituciones dentro de los parámetros establecidos en el artículo 5o., CN, o sea, “bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo a los principios, declaraciones y garantías de la CN, y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria”, y por otra, elegir “sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del gobierno federal” (artículo 122, CN), es decir, que las provincias poseen una capacidad de gobierno propio dentro del orden supremo establecido por la CN.

Es en consecuencia de estas normas fundamentales, que en octubre de 1994 (fallos: 317-1195) la CS, citando el pronunciamiento del año 1869 que se registra en fallos: 7-373, sostuvo que *las provincias conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación*, como lo reconoce el artículo 104 (hoy 121).

### B. Los poderes públicos provinciales

En el marco referido y en sucesivos fallos, la CS sostuvo que *era incompetente para conocer y decidir los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma provincia*, y en consecuencia, para juzgar de la *composición u organización del Senado provincial*, que depende de la Constitución y leyes locales (fallos: 283-143; 263-373; 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 de 1921*, cuando organizan su vida autónoma conforme al artículo 105 CN (hoy 122) (fallos: 177-390); y *las cuestiones referentes a la división de los poderes y al incorrecto ejercicio de las funciones propias de los tribunales locales* (fallos. 212-206; 228-539 y 713; 301-150); o *la validez de la investidura de los jueces provinciales* (fallos: 244-194; 247-56; 248-765); o *las cuestiones vinculadas a la organización y funcionamiento de los poderes públicos provinciales*, reservadas por el artículo 104 de la CN (hoy 121) al ámbito del derecho público provincial (fallos: 250-373; 301-1226; 262-212; 291-384).

### C. Diversas cuestiones de la función judicial

En esta misma línea, en 1986, la CS reiteró que *carecía de jurisdicción para rever la suspensión que el Jury de Enjuiciamiento dispuso respecto de los miembros de la Corte de Justicia Provincial*, entretanto se les tramita el proceso en su contra incoado (fallos: 308-525) o *el envío de dicho caso a la Cámara de Diputados* (fallos: 308-961), ambas resoluciones *in re "Graffigna Latino"*, caso en el cual con posterioridad, la CS sostuvo su competencia, para revisar un juicio político realizado en sede provincial, cuando se hayan afectados principios de la CN como los del juez natural o de la defensa en juicio, con lo cual vino a poner en nuevo límite a la configuración amplia de las "cuestiones políticas".

Finalmente en la causa "*Podestá y otro*", del 16 de mayo de 2000 (fallos: 323-1217), la CS reitero que *el respeto de las autonomías provincia-*

*les requiere que se reserve a sus jueces, el conocimiento y decisión de las causas que en lo sustancial versan sobre aspectos propios de las instituciones locales, sin perjuicio de que las cuestiones federales que también puedan comprender este tipo de litigios, sean susceptibles de adecuada tutela por vía del recurso extraordinario.*

#### D. *La garantía federal y la función de la CS*

Meses después, en 1986 y en casos posteriores hasta 1991, la CS fue ampliando el ámbito de la justiciabilidad, sosteniendo que *si bien la CN garante a las provincias el establecimiento de sus instituciones, el ejercicio de ellas y la elección de sus funcionarios (artículos 5o. y 105) las sujeta a ellas y a la Nación, al sistema representativo y republicano de gobierno (artículos 1o. y 5o.) 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 (fallos: 308-1745; 310-804; 310-2845; 314-1279 de 1991).*

En diciembre de 1991 (fallos: 314-1915), en los autos “Electores y Apoderados de los Partidos Justicialista, Unión Cívica Radical y Demócrata Cristiano”, el Alto Tribunal señaló que *procede la revisibilidad por la CS de cuestiones de derecho público provincial, en los supuestos en que se verifique un notable apartamiento del derecho federal en debate o un ostensible apartamiento del inequívoco sentido de las normas de derecho público de la provincia. La Corte tiene la delicada misión, por un lado, de no interferir en las autonomías provinciales, y por el otro, evitar que las arbitrarias decisiones del poder jurisdiccional local, lesionen instituciones fundamentales de los ordenamientos provinciales que hacen al sistema representativo republicano que las provincias se han obligado a asegurar (artículo 5o., CN).* En similar sentido ver, el pronunciamiento en “Apoderados y Electores de la Alianza Frente de la Esperanza”, del 13 de mayo de 1993 (en fallos: 316-972).

#### E. *Reforma constitucional, intangibilidad y reelección de gobernador*

Y en la causa “Ríos Antonio J.”, de 1993 (fallos: 316-2743), decidió que *los poderes conferidos a la Convención Constituyente de la Provin-*

*cia 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.*

El mismo año, *in re* “Scarpatti y otros” (fallos: 316-2747) la CS afirmó que: a) Con arreglo a la esencia republicana de gobierno, *la intangibilidad de los sueldos judiciales* es garantía de independencia del Poder Judicial y *no puede ser soslayada por las provincias*, sin que de ello se siga que los alcances de la intangibilidad en el ámbito de éstas, deban ser necesariamente iguales a los trazados para la esfera nacional, y b) *Conforme a la esencia federal del gobierno, es del resorte de los estados establecer la regulación de la intangibilidad de los sueldos judiciales.*

En la misma línea ampliatoria de justiciabilidad, podemos recordar que en fallos 317-1195 de 1994, al resolver el caso “Partido Justicialista de Santa Fe” sostuvo el Alto Tribunal que no es inconstitucional el artículo 64 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, en cuanto exige intervalo de un periodo para posibilitar la reelección del gobernador y vice, pues *la forma republicana de gobierno (artículos 5o. y 121 CN) no exige necesariamente el reconocimiento del derecho de los gobernantes a ser nuevamente elegidos.*

#### 4. Intervención federal

##### A. La tesis tradicional de la no justiciabilidad

Es indudable que es en este tema en el que la CS fijó y desarrolló en célebre fallo y disidencia, la doctrina sustancial y fundacional de la concepción tradicionalista y restrictiva, respecto de la no justiciabilidad de las cuestiones políticas. En el *leading case* “Cullen v. Llerena”, del 7 de diciembre de 1893 (fallos: 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 6o., CN), es un acto político por su naturaleza, cuya verificación corresponde exclusivamente a los poderes políticos de la nación (Legislativo y 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 del PL y del PE de la nación, en materia de exclusiva competencia de dichos pode-

res, lo que se encuentra fuera de las atribuciones de esta Corte, porque es una regla elemental de nuestro derecho público, que cada uno de los tres altos poderes que forman el gobierno de la Nación, aplica e interpreta la CN por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente (en idéntico sentido véase fallos 54-180). 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 otra memorable sentencia, “*Orfila*” de 1929 (fallos: 154-192), reconoció que el poder del gobierno federal para intervenir las provincias, ha sido implícitamente conferido al Congreso de la Nación (artículos 5o., 6o. y 67, inciso 28, CN [hoy artículo 75, inciso 32] y reiteró la doctrina de “*Cullen*”, agregando que la CS *no se encuentra autorizada para examinar los hechos que han conducido a la decisión legal, porque saldría de la órbita que le está delimitada por la CN* e invadiría el campo propio de los otros poderes del Estado.

### B. Una implícita tendencia aperturista

En 1992, la CS *in re* “*Rossi Cibils*” (fallos: 315-2074), y ante un amparo presentado para prevenir el dictado de un decreto del presidente que ampliaría la intervención a la provincia de Corrientes, si bien no de manera explícita, aparece como aceptando implícita y excepcionalmente la revisibilidad de la declaración de la intervención federal al sostener que al haberla ampliado el PE por decreto, dispuso dar cuenta al H. Congreso de la Nación, por lo que según surge de ello, la cuestión ha sido ubicada dentro del PL, poder al cual los peticionantes atribuyen competencia exclusiva en la materia, por lo que se ha tornado abstracta la medida cautelar solicitada y ha perdido virtualidad la pretensión sustancial deducida por la vía del amparo.

## 5. Enjuiciamiento de magistrados

### A. Enjuiciamiento de magistrados provinciales

#### a. La no revisibilidad judicial

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, en el caso “*Mantaras Rodríguez*” de 1967 (fallos: 268-553) la CS 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*, así como también en el caso “Legal” de 1968 (fallos: 270-240), afirmó que *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 CS*.

#### b. Decisiva causal de apertura hacia la justiciabilidad

Esta hermética posición fue diáfana abierta por la CS con motivo de la destitución de dos miembros y el procurador general de la Corte de Justicia de San Juan.

En la sentencia que se dicta *in re* “*Graffigna Latino*”, en 1986 (fallos: 308-961), la CS abre por primera vez en su historia jurisprudencial, *la instancia revisora por vía del recurso extraordinario, no para resolver el conflicto de poderes, sino como lo señala, para hacer valer a favor de personas individuales la garantía constitucional de la defensa en juicio*.

En 1987, en los autos “*Magín Suárez*” (fallos: 310-2845), la CS, *luego de entrar a considerar los aspectos formales del procedimiento del juicio político, declaró que en la destitución no se habían violado los principios superiores que las provincias han acordado respetar al concurrir al establecimiento de la Constitución Nacional* (artículos 31, 5o., 18 y concordantes de la CN, entre otros), *pues los enjuiciamientos de magistrados no constituyen en principio ámbitos vedados al conocimiento del Poder Judicial, en la medida en que se acredite lesión a la garantía del debido proceso* (*idem* en fallos: 311-883; 311-200 y 2320; 312-253; 313-114; 317-1418; 317-1486; 318-908 de 1991, entre otros).

### B. Enjuiciamiento de magistrados federales

#### Principio y excepción a la justiciabilidad

En cuanto al juicio político a los magistrados federales o del Poder Judicial de la Nación, la CS siempre lo consideró en principio una “cuestión política” como facultad privativa de las Cámaras de Diputados y Se-

nadores, salvo que se acredite la violación del principio de la garantía del debido proceso legal y la defensa en juicio.

Así, en la causa “*Nicosia*” de 1993 (fallos 316-2940), ante la queja que dicho magistrado interpuso contra la decisión del H. Senado de la Nación, por la que se lo destituyó del cargo de juez nacional de primera instancia, la CS denegó dicha queja sosteniendo que *los hechos y la calificación hecha por la acusación, determina la materia sometida al juzgador. Pero en tanto no se dé una alteración de los hechos acusados y debatidos, no se configura agravio al artículo 18 CN por la diversa calificación que la decisión hiciera de aquéllos.*

Finalmente, podemos citar el caso “*Trovato*”, de 1998 (fallos: 321-2339), en el que la CS se pronunció en la queja por denegación del recurso extraordinario contra la destitución del cargo que resolvió el H. Senado, afirmando que ella es una potestad expresamente conferida por la CN a dicha Cámara. Su revisión ejercida a través del recurso ante la CS, *no constituye una potestad jurisdiccional que autorice a sustituir el criterio del Senado de la Nación en cuanto a lo sustancial del enjuiciamiento.* Por eso, como de las piezas examinadas surge que *el magistrado fue imputado por cargos bien definidos, efectuó su descargo y evaluada su conducta, fue destituido por mal desempeño en sus funciones, no existe motivo para variar la suerte de la causa pues no se ha demostrado en forma nítida, inequívoca y concluyente, la lesión a las reglas del debido proceso.*

### C. Juicio político a funcionarios ejecutivos

Igual doctrina respecto a la revisibilidad judicial del juicio político cuando se acredite la violación de los principios del debido proceso y la defensa en juicio se sentó en el caso “*Del Val*” (gobernador de la provincia de Santa Cruz) en 1991 (fallos: 314-1723) y con motivo de la destitución del gobernador Escobar de la provincia de San Juan (causa “*ATE San Juan*” de 1994 (fallos: 317-874).

## 6. Integración de las Cámaras del Congreso

### A. La no judicialidad en la integración del Congreso

Desde el siglo pasado, *in re* “*Varela*”, de 1881 (fallos: 23-257), la CS afirmó que *los tribunales de justicia no tienen jurisdicción para la legali-*

*dad o la ilegalidad de la composición del Congreso*, desde que por el artículo 56 CN, cada Cámara es juez único de la validez de las elecciones, de los derechos y de los títulos de sus miembros, criterio ratificado al señalar 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* (“*Cía. Azucarera Tucumana S.A.*” en 1924, fallos: 141-271), ya que *la materia referida a la integración y a los títulos de los electos para el desempeño de funciones políticas del gobierno nacional, está reservada por la CN al Congreso de la nación*, según lo dispuesto por los artículos 64, 75, incisos 21, 32, y 94-98, pues se trata de una *facultad privativa cuyo ejercicio no debe ser interferido o limitado por una resolución de esta Corte* (“*Junta Electoral Nacional-Entre Ríos*” en 1963, fallos: 256-208. En igual sentido, “*Partido Justicialista*” en 1965, fallos: 263-268; “*Unión Cívica Radical*” de 1973, fallos 285-147).

### B. *Las atribuciones de la justicia electoral*

No obstante ello, *in re “Apoderados UCR/MOP y otro”*, de 1994 (fallos 317-1469), la CS sentenció que *es el pronunciamiento de la Cámara Nacional Electoral, el que debe juzgar sobre la adecuación del acto electoral a las normas vigentes, lo cual no comporta violación de las potestades de la Cámara de Diputados de la Nación*, a la que no le compete la decisión del mérito sobre las impugnaciones contra el escrutinio definitivo practicado por la Junta Electoral.

En sentencia de 1999 (fallos: 322-2424), la CS por mayoría sostuvo que “es función natural del Poder Judicial velar por la transparente expresión de representatividad de los partidos políticos, tanto en el debido funcionamiento de los órganos partidarios como en las interrelaciones de éstos. La mera invocación de tutelar el régimen democrático o el sistema es notoriamente insuficiente, por lo que no corresponde admitir la impugnación efectuada por varias agrupaciones políticas con respecto al acto de otro partido de inequívoca naturaleza interna y no han invocado que aquél afectara un derecho personal, concreto y particularizado de los pertinentes” (“*Apoderados de Partidos: Liberal, Todos por la Alianza, Partido Autonomista Liberal y Demócrata Progresista*”).



### C. La incorporación de senadores después de la reforma de 1994

Atendiendo a lo dispuesto tanto por el artículo 54 de la reforma de 1994 —que elevó a tres los senadores por cada provincia y estableció su elección directa— y la disposición transitoria cuarta, se promovieron causas judiciales originadas en la ausencia normativa frente a la variada casuística que se planteaba para incorporar el tercer senador hasta el 9 de diciembre de 2001, en que finalizarían todos los mandatos para realizar la referida elección directa.

En efecto, en 1998 en el caso “*Provincia de Chaco*” (fallos: 321-3236), el gobernador de Chaco interpuso acción de inconstitucionalidad, contra la resolución del Senado de la Nación por la que se dispuso hacer lugar a la impugnación deducida por el Partido Justicialista contra senadores designados por la provincia pertenecientes a la Alianza Frente de Todos —por no cumplir con las condiciones exigidas en la citada Cláusula Transitoria Cuarta de la CN— e incorporar a los senadores justicialistas. La CS por mayoría de cinco ministros, resolvió *desestimar la demanda, por cuanto la decisión del Senado se encuentra fundada en el pormenorizado dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales, en el marco de una cuestión constitucional novedosa, suscitada por la aplicación de normas de vigencia transitoria, que no contienen previsiones expresas que contemplen el modo de solucionar el conflicto planteado, actuando en el ámbito de sus facultades privativas, de modo que no revela irrazonabilidad ni notorio apartamiento de las normas constitucionales que las definen, ni de aquéllas de las que ha hecho aplicación para resolver el caso.*

Por su parte, la minoría disidente de los ministros Belluscio, Bossert, Fayt y Petracchi, según sus pertinentes votos, arribaban a la conclusión en el sentido de *imprimir a la cuestión planteada, el trámite de juicio sumarísimo y hacer saber al Senado que debería abstenerse de tomar juramento a los senadores justicialistas.* En similar sentido y con igual mayoría y minoría, se pronunció la CS en los casos: a) “*Hernández, Guadalupe*”, de 1999 (fallos: 322-1988); b) En “*Partido Justicialista - Distrito de Corrientes*”, de 1999 (fallos: 322-2368); c) Y en el caso “*Tomasella Cima*”, de 1998, transcripto a pie de las página en el mismo fallos: 322-2370.

## 7. Procedimiento legislativo

### A. Posición negativa y primera apertura

Como en anteriores temas, también en éste, la CS fue mudando 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 efecto, desde el siglo pasado la CS sostuvo que constituía una “cuestión no justiciable” y en consecuencia, “cuestión política”, la referida a las formalidades y procedimientos de los órganos legisferantes. En el célebre caso “*Cullen c/ Llerena*”, en 1893 (fallos: 53-420), se expresó que *no puede contestarse 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* (artículo 71 CN). En “*Cía. Azucarera Tucumana*”, de 1924 (fallos: 141-271), se dijo 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. Y en “*Petrus S. A.*”, de 1948 (fallos: 210-855), señaló que *carecía 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 CN*.

Pero fue recién en 1963, *in re* “*Soria de Guerrero*” cuando la CS mantuvo la no justiciabilidad *por principio*, respecto al examen del procedimiento adoptado por el Poder Legislativo en la formación y sanción de las leyes, salvo —y aquí viene la apertura y la moderación de la doctrina de las “cuestiones políticas”, en el tópico—, *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 CN fue sancionado de conformidad con el reglamento interno de la Convención Constituyente Reformadora de 1957.

### B. Presupuesto de una “controversia judicial”

En el caso “*Polino y otro*” de 1994 (fallos: 317-335), se declaró improcedente el recurso extraordinario ante la CS, interpuesto por Héctor T.

Polino y Alfredo P. Bravo, en su carácter de ciudadanos y diputados nacionales, a fin de que se declare la nulidad del proceso legislativo que concluyó con la ley 24.309 que autorizó al PE a convocar al pueblo para elegir convencionales que reformarían la CN. Sostuvo la CS, reseñadamente, que *la atribución de declarar la invalidez constitucional de los actos de los otros poderes reconocida a los tribunales federales, ha sido equilibrada poniendo como límite infranqueable la necesidad de un caso concreto en el que se persigue la determinación de derechos debatidos entre partes adversas, cuya titularidad alegan quienes los demandan.* Esto es así, dado que *el fin y las consecuencias del control encomendado a la justicia sobre las actividades Ejecutiva y Legislativa, requieren que este requisito de un “caso” o “controversia judicial” sea observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de los poderes.*

### *C. Procedencia de la revisibilidad jurisdiccional*

Ante discrepancias en el texto aprobado por la Cámara de Diputados y por el Senado, la CS dijo: *Corresponde a la Corte intervenir en lo atinente al proceso de formación y sanción de las leyes, cuando al no haber sido aprobado un proyecto por ambas Cámaras del Congreso, se lo pasa al Poder Ejecutivo para su examen y promulgación, sin observar el artículo 78 de la CN (texto posterior a la reforma de 1994) (En “Nobleza Piccardo” de 1998 (fallos: 321-3487)).* A los dos años la CS dijo que *“Si bien lo relativo al proceso de formación y sanción de las leyes, al constituir una atribución propia de los dos poderes constitucionalmente encargados de ello —artículos 77 a 84 CN— resulta, por regla general, ajena a las facultades jurisdiccionales de los tribunales, ello reconoce excepción en los supuestos en que se ha demostrado fehacientemente la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley (En “Famyl S.A.”, de 2000 (fallos: 323-2256)).*

## 8. Veto del Poder Ejecutivo

Tratamiento aparte merece el veto parcial o total que puede ejercer el Poder Ejecutivo en el procedimiento para la creación de la ley respecto de los proyectos sancionados por el Congreso de la Nación (artículo 83, CN).

Más allá de algún antecedente implícito (caso “*Giulitta*”, 1941, fallos: 189-156), fue recién en 1967 que en la causa “*Collella*” (fallos: 268-352), que 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 PE, la facultad de promulgar sólo la parte no vetada del proyecto del Congreso, por afectar la unidad inescindible de la ley (en igual sentido autos: “*Servicio Nacional de Parques Nacionales*”, de 1995, fallos 318-445; “*Cacace*” de 1995, fallos: 318-1887 y últimamente en “*Famyl S.A.*”, de 2000, fallos 323-2256).

Actualizando dicha tesis, en autos “*Bustos*” de 1996 (fallos: 319-1483), la CS agregó que “tal doctrina se ha visto confirmada en el texto constitucional sancionado en 1994, cuyo artículo 80 permite la promulgación parcial de las partes no observadas “si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso”.

## 9. Cuestiones electorales

Este es otro de los temas en los cuales, a través de los años, la doctrina de la CS fue manifestando un notable vuelco hacia la justiciabilidad de las cuestiones electorales, de modo muy especial, a partir de la creación en 1965 y en el ámbito de la Cámara Nacional Electoral que integra el Poder Judicial de la Nación.

### A. La originaria incompetencia en las cuestiones electorales

En la primera época y salvo dos casos realmente excepcionales, que veremos en el párrafo siguiente, el Alto Tribunal desde 1918 *in re* “*Bavastro*” (fallos: 128-314) se declaró incompetente para resolver recursos en materia electoral provenientes de *las juntas o comisiones encargadas de funciones políticas o administrativas*. Y en 1957 amplió y confirmó esta irrevisibilidad en autos “*Partido Demócrata-Distrito San Juan*” (fallos: 238-283), afirmando 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* (en similar sentido, véase fallos: 148-215; 189-155; 203-342; 208-125 en 1947 en caso “Deiver”; 228-329; 237-286 en caso “Partido Obrero Revolucionario” de 1957; 240-11; 245-571; 252-54; 256-47 y 192; 257-155; 263-265 en “Partido Justicialista”).

### B. *Dos excepciones a la no justiciabilidad*

Entre los casos excepcionales a este criterio de la “irrevisibilidad”, merecen destacarse dos en los que el Alto Tribunal ejerció el control judicial, con motivo de la violación de normas constitucionales o legales en materia electoral. Ya en 1870, *in re “Lagraña y otros”* (fallos: 9-318), *sostuvo que la inasistencia inmotivada de quienes les corresponde presidir las asambleas es una grave infracción a la ley, que priva a los ciudadanos del derecho de sufragio y puede modificar el resultado de las elecciones*, constituyendo una mayoría ficticia por la ausencia de votos.

Medio siglo después, en 1926 y en el caso “*Graffigna*” (fallos: 147-286), la CS afirmó la justiciabilidad en materia electoral, al declarar contraria al artículo 37 de la CN la interpretación de una norma electoral referida a los distritos electorales.

### C. *La Cámara Nacional Electoral y la plena justiciabilidad*

A partir del funcionamiento de la Cámara Nacional Electoral, como tribunal integrante del Poder Judicial de la Nación, la jurisprudencia del Alto Tribunal produjo un notable vuelco hacia una mayor justiciabilidad de las cuestiones electorales, con la expresa aclaración según lo veíamos más arriba, que realizó, *in re “Apoderados UCR/MOP y otro”* en 1994 (fallos 317-1469), en el sentido de que es *el pronunciamiento de la Cámara Nacional Electoral, el que debe juzgar sobre la adecuación del acto electoral a las normas vigentes, lo cual no comporta violación de las potestades de la Cámara de Diputados de la Nación*, a la que no le compete la decisión del mérito sobre las impugnaciones contra el escrutinio definitivo practicado por la Junta Electoral.

Como principio vertebral de su nueva posición, la CS, en la causa “*Frente Justicialista de Liberación*”, en 1973 (fallos: 285-410), *se declaró competente para entender en todas las decisiones de dicha Cámara, cuando se haya puesto en tela de juicio la aplicación e interpretación de leyes*

*electorales de la Nación* (se apoyó en doctrina sentada en fallos: 284-446 y 467 y 285-138). Consecuentemente con tal doctrina, dictó en el futuro resoluciones sobre diversas cuestiones electorales, *v. gr.*: a) En “Ríos Antonio” de 1987 (fallos: 310-819); b) En “UCR-CFI y FREJUPO” (fallos: 312-2192); c) En “Novello-Apoderado del Partido U.C.R.” (fallos: 314-1784); d) En “Partido Obrero de Neuquén” (fallos: 315-380); e) En “Sampietro” (fallos: 316-2030); f) En “Apoderados de la UCR/MOP y otros” (fallos: 317-1469); g) En “Apoderado Lista Blanca Movimiento Popular Neuquino” de 1998 (fallos: 321-607); en idéntico sentido, “Juzgado Electoral de Tierra del Fuego” (fallos: 320-2013).

## 10. *Estado de sitio*

### A. *El encuadre constitucional del Estado de sitio*

Para que se pueda comprender, acabadamente, la evolución de la jurisprudencia en los distintos aspectos de este instituto de emergencia como es el “Estado de sitio”, nada mejor que recordar la prescripción del artículo 23, CN: “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 cuanto a los órganos que intervienen en su declaración, en el caso de “conmoción interior” lo declara el Congreso de la Nación (artículo 75, inciso 29, CN) o el presidente de la Nación si aquél estuviese en receso (artículo 99, inciso 16) y en el caso de “ataque exterior”, el Senado autoriza al presidente de la Nación para que lo declare (artículos 61 y 99, inciso 16).

### B. *El acto declarativo del Estado de sitio*

Como una doctrina permanente e invariable hasta nuestros días, la CS 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 Con-*

*greso y del Ejecutivo es necesario y final para implementar los objetivos de la CN* (fallos: 170-246; 195-449; 196-584; 236-41, 632 y 657; 246-205; 247-708; 248-529 y 800; 249-522; 250-832; 298-441; 305-269; entre muchos otros, y destacándose en “*Sofía*” de 1959, fallos: 243-513 y “*Zamorano*” de 1977, en fallos: 298-441).

Sin embargo, aceptó la posibilidad de la revisibilidad de los aspectos procedimentales y formales del acto declarativo del Estado de sitio. En la causa “*Granada, Jorge H.*” de 1985 (fallos: 307-2284), la CS sostuvo que “*excluido el examen de fondo* —o sea el atinente a la apreciación de los hechos determinantes del acto—, *resta el juicio que concierne a los requisitos de competencia y de forma* respecto del acto declarativo (fallos: 307-2284 de 1985 y 312-1882 de 1989).

### C. La suspensión de las garantías constitucionales

#### a. Tesis amplia sobre la suspensión

Desde el caso “*Bertotto*” de 1931 (fallos: 160-104), la CS consagró la tesis amplia con el agravante de *negar la revisibilidad judicial* de los actos concretos, al afirmar que *el Estado de sitio importa la suspensión de todas las garantías constitucionales, siendo del Poder Ejecutivo exclusiva 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.

Sin embargo, y por la trascendencia institucional, en el caso “*Alem*” 1893 (fallos: 54-432), el Alto Tribunal declaró que “*las inmunidades constitucionales del senador electo, doctor Leandro N. Alem, no están limitadas por el Estado de sitio y que debe ser puesto en libertad*”, así como en el caso “*Alvear*” de 1933 (fallos: 167-314), declaró que el actor Marcelo T. de Alvear, tiene derecho a que se le permita salir del territorio en ejercicio del derecho de opción que consagra el mismo artículo 23.

#### b. Tesis moderada de la suspensión con control judicial de razonabilidad

Pero en 1959, se produce un cambio sustancial de la línea jurisprudencial que propiciaba la irrevisibilidad judicial cuando en el *leading case*

“*Sofía, Antonio*” (fallos: 243-504), si bien el Alto Tribunal mantiene la tesis amplia de la suspensión de todas las garantías constitucionales, innova notablemente al acotarlas a la suspensión sólo de aquéllas cuyos derechos en su ejercicio concreto, tengan relación directa con la causa del Estado de sitio. Por ello, sostuvo que *la generalidad de las medidas de ejecución del mismo, son susceptibles del control judicial de razonabilidad*, es decir, siempre que aparezcan clara y manifiestamente irrazonables en los casos concretos sometidos a su juzgamiento, *cuando impliquen medios que no guarden relación alguna con los fines del artículo 23 CN, es decir, con la causa constitucional e inmediata del Estado de sitio*. Por el contrario, *ha de tenerse por razonable la restricción o prohibición de actividades que puedan contribuir a mantener, expandir, excitar o agravar la causa antedicha*.

### c. Las facultades de arresto y traslado y el derecho de opción

Y avanzando decididamente en la doctrina de la revisibilidad judicial, la CS *in re* “*Zamorano*” en 1977 (fallos: 298-441 y 685), señaló que *sí esta sujeta al control jurisdiccional la aplicación concreta de los poderes de excepción del presidente sobre las libertades constitucionales*, control que lejos de retraerse en la emergencia, deben desarrollarse hasta donde convergen sus competencias y los valores de la sociedad argentina confiados a su custodia. Es un deber del Poder Judicial dicho control, y en especial de la Corte como tribunal de garantías constitucionales, pero es impuesto en interés del buen orden de la comunidad y del propio órgano político. De conformidad con esta novedosa doctrina, la CS resolvió en numerosos casos la revisibilidad judicial, mediante el control de razonabilidad, a saber: 1) El arresto y traslado de personas a disposición del Poder Ejecutivo: en “*Zamorano*”, en 1977, fallos: 298-441 y 685; “*Tizio*” en fallos: 299-294; “*Timerman*”, en fallos: 300-816, entre otros; 2) La opción para salir del país cuando ha sido denegada por el PE: “*Moya*” en fallos: 303-696 de 1981 y “*Solari Irigoyen*” en 1983, en fallos: 305-269.

Con motivo de una declaración del Estado de sitio por el gobierno constitucional que asumió en 1983, el Alto Tribunal ratificó la revisibilidad judicial respecto de los poderes de excepción del Poder Ejecutivo nacional en los casos “*Granada, Jorge Horacio*” de 1985 (fallos: 307-2284) y “*Paz*” de 1989 (fallos: 312-1882).



## 11. *Reforma constitucional*

### A. *Introducción temática*

Es indudable que una de las materias más discutibles en cuanto a la posibilidad de su revisión judicial, es el referido al procedimiento y resultados de una Reforma constitucional. Es que a primera vista, para muchos y con fundadas razones, no llegan a aceptar que un “poder constituido” como lo es el PJ y fundamentalmente la CS, tengan competencia para realizar el control de constitucionalidad sobre la actividad del “poder constituyente derivado o reformador”.

Otros, sin menores razones y de las cuales también participamos, aceptan que el “poder constituyente derivado o reformador”, es también un poder “constituido” por el “poder constituyente originario” y en consecuencia, debe ajustar su actividad a lo establecido formal y sustancialmente por el último, pues en caso contrario estaría obrando inconstitucionalmente y por lo tanto, esa inconstitucionalidad debe ser declarada por el máximo órgano que en el Estado es el intérprete final de la Constitución y cabeza de su control jurisdiccional, como lo es la CS.

Atendiendo a los límites de este trabajo, dejamos así expuesta, reseñadamente, una cuestión de tanta gravedad institucional, para entrar a considerar los casos en que se ha pronunciado nuestro más Alto Tribunal, aclarando de entrada que salvo una primera época en que se negaba la justiciabilidad de una reforma constitucional, luego a partir de 1993 se hizo lugar, sea tanto en el orden provincial como en el nacional.

### B. *Casos jurisprudenciales*

#### a. Caso “Cotti, Gastón”: no justiciabilidad

En el caso “Recurso de hecho deducido por Alfredo J. Gastón Cotti en la causa “Gastón Cotti, Alfredo J. y otros s/ Inconstitucionalidad de la ley 10.859 y Decreto 5766/89” en el que la CS se pronunció el 6 de julio de 1990 (fallos: 313-594), por mayoría por la no justiciabilidad del proceso de reforma de una Constitución provincial, rechazando la demanda con fundamento en que “la compatibilidad de las constituciones provinciales con las condiciones del artículo 5o. de la CN, configura una cuestión política, vedada a los tribunales de justicia. La CS no tiene por principio

facultad jurisdiccional para examinar la validez de una de las etapas del procedimiento de reforma de una Constitución provincial, la cual debe ser considerada una ‘cuestión política’, por ser un ‘procedimiento político’ en su totalidad, desde la iniciativa de reformar hasta que la enmienda llega a ser parte de la Constitución, y no está sujeta a guía, control ni interferencias de jueces”.

Compartimos decididamente las disidencias de los ministros Belluscio y Fayt, al sostener en sus votos que *la regularidad del proceso de reforma de una Constitución constituye una cuestión jurídica, de la cual los tribunales deben conocer en caso de plantearse por los legitimados para hacerlo y en la forma prevista en el ordenamiento procesal.*

#### b. Caso “Ríos, Antonio J.”: Justiciabilidad

En el recordado caso “Ríos” de 1993 (fallos: 316-2743), la CS afirmó 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.*

Como se advierte, un año antes de la Reforma de 1994, la CS fija claramente, si bien para el ámbito provincial, pero con indudable repercusión para el ámbito federal, cuáles son los límites del poder constituyente derivado y cómo al ser sobrepasados, se afecta la supremacía del poder constituyente originario y por lo tanto, están sujetos al control constitucional ineludible.

#### c. Caso “Iribarren, Casiano R.”

En 1999, en autos “Iribarren c/ provincia Santa Fe” (F. 322-1253), el actor en su calidad de ministro de la Corte Suprema de dicha provincia, inicia una acción declarativa de certeza a fin de lograr un pronunciamiento que declare la inconstitucionalidad del artículo 88 de la Constitución de la provincia de Santa Fe, en cuanto dispone el cese de la inamovilidad de los magistrados a partir de los sesenta y cinco años de edad si están en condiciones de obtener la jubilación ordinaria.

Reiteramos que la declaración de inconstitucionalidad de la citada norma por el fallo del Alto Tribunal, implica una grave violación de la auto-

nomía provincial y por ende, de la forma federal de Estado adoptado por nuestra CN. Discrepamos totalmente con las tesis de la CS, pues es inconcebible afirmar que el fijar una edad razonable como la de los 65 años para hacer cesar la inamovilidad de un juez, afecte en modo alguno la forma republicana de gobierno.

El Tribunal afirmó las siguientes argumentaciones:

- a. En los casos en que ha sido lesionada la forma republicana de gobierno, la intervención de la CS no avasalla las autonomías provinciales, sino que procura la perfección de su funcionamiento, asegurando el acatamiento de aquellos principios superiores que las provincias han acordado respetar al concurrir al establecimiento de la CN.
- b. Es inconstitucional el artículo 88 de la Constitución de la provincia de Santa Fe, pues al hacer cesar la inamovilidad de los jueces al alcanzar la edad requerida para obtener la jubilación ordinaria, los somete a una situación de marcada precariedad y falta de independencia en el ejercicio de sus funciones, sujeta al arbitrio de otro poder del estado provincial.

#### d. Caso “Fayt, Carlos S.”

Con motivo de la Reforma constitucional de 1994, la CS en “causa judicial” en su entender, se ve compelida a realizar uno de los pronunciamientos más trascendentales de los últimos años en la causa “*Fayt, Carlos S. vs. Estado nacional*”, el 19 de agosto de 1999 (fallos: 322-1616). Dicho pronunciamiento tuvo su origen cuando el actor, ministro del Alto Tribunal, inició la acción declarativa de inconstitucionalidad, a fin de obtener que se declare la nulidad de la reforma introducida por el artículo 99, inciso 4, párrafo 3o. del nuevo texto de la CN, que importa, a su entender una restricción no habilitada a la garantía de la inamovilidad que consagra el artículo 110, CN, en cuanto establece que un nuevo nombramiento, precedido el acuerdo del Senado, será necesario para mantener en el cargo a cualquier juez, una vez que cumpla la edad de setenta y cinco años.

Dada la extensión del fallo, realizaremos un resumen de los principales fundamentos que lo respaldan y que marca un hito superlativo en la materia que analizamos de la justiciabilidad de las “cuestiones políticas”,

pues hace lugar a la acción y declara nada menos que la nulidad de la norma constitucional reformada:

- a. *Se declara revisible jurisdiccionalmente no sólo el aspecto procedimental, sino también el aspecto sustancial o contenido de la reforma, para juzgar en los casos planteados, si el acto impugnado ha sido expedido por el órgano competente, dentro del marco de sus atribuciones y con arreglo a las formalidades a las que está sujeto.*
- b. *No hay otro poder por encima del de esta Corte para resolver acerca de la existencia y de los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los otros poderes y del deslinde de atribuciones de éstos entre sí, sin excepción alguna en estos ámbitos, desde que ya en 1864, sostuvo que el Alto Tribunal “es el intérprete final de la Constitución” (fallos: 1-340).*
- c. *Procede el control sobre el alcance de disposiciones y derogaciones adoptadas por la Convención reformadora, privando de efecto a aquellas realizadas en infracción a los límites impuestos al poder reformador.*
- d. *El Congreso de la Nación ha aceptado el carácter justiciable de los límites del poder reformador, al prever la sanción de nulidad de “las modificaciones, derogaciones y agregados” que realice la Convención reformadora apartándose de la competencia establecida (artículo 6o., Ley 24.309).*
- e. *Dado que en la Ley 24.309 no se ha incluido la posibilidad de reformar la norma constitucional relativa a la garantía de la inamovilidad de los magistrados, cabe considerar nula la reforma introducida por la Convención reformadora de 1994 al artículo 99, inciso 4, párrafo 3 de la CN.*

## 12. Decretos de necesidad y urgencia

### A. El caso “Peralta, Luis A. y otro”

Como un antecedente destacado en el largo proceso histórico del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo, mediante los generalmente llamados “Reglamentos de necesidad y urgencia” y, en la actualidad constitucional, “Decretos de necesidad y urgencia (en ade-

lante DNU), tenemos el fallo de la CS en el *leading case* “*Peralta, Luis A. y otro c/ Estado nacional s/ amparo*” que se dictó el 27 de diciembre de 1990 (fallos: 313-1513). La demanda de amparo peticionaba la declaración de inconstitucionalidad del decreto 36/90 por el que se limitó la devolución de los depósitos bancarios, abonándose el excedente en Bonos Externos 1989. El pronunciamiento por unanimidad de la CS, rechazó en extenso fallo la inconstitucionalidad planteada, y consecuentemente, dejó sin efecto la sentencia apelada que había hecho lugar a la misma:

- a. No necesariamente el dictado por parte del PE de normas como el decreto 36/90 determina su invalidez constitucional, por la sola razón de su origen. Esta afirmación tiene suma importancia a poco que por nuestra parte recordemos, que no existía aún la actual disposición del artículo 99 inciso 3 de la Reforma de 1994.
- b. Puede reconocerse la constitucionalidad de una norma como el decreto 36/90, en la medida que esté condicionado por dos razones fundamentales: 1) Que el Congreso Nacional en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados; 2) Porque ha mediado una situación de grave riesgo social, que requirieron medidas súbitas como las instrumentadas en aquel decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados.
- c. Las leyes 23.696 y 23.697 definieron la situación de emergencia en cuya virtud se dictó el decreto 36/90, y que requieren para su justificación: 1) Que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; 2) Que la ley tenga como finalidad legítima la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos; 3) Que la moratoria sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias; 4) Que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que la hicieron necesaria.

## B. La Reforma constitucional de 1994

Con este trasfondo histórico jurisprudencial, bueno es recordar la nueva disposición constitucional de la Reforma de 1994, que en las partes pertinentes de los párrafos 2o. y 3o. del inciso 3 del artículo 99 CN, regulan los llamados “Decretos de necesidad y urgencia” (DNU). Allí se dice:

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente, con el Jefe de Gabinete de Ministros. Este Gabinete de Ministros personalmente y dentro de los primeros diez días, someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Una ley especial regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

### C. La jurisprudencia posterior de la Corte Suprema

#### a. La causa “Video Club Dreams”

Quizás la sentencia que se destaca con posterioridad a esta incorporación constitucional, sea la causa “*Video Club Dreams*”, de 1995 (fallos 318-1154), en la que se impugnó la constitucionalidad de dos decretos que invocando la emergencia cinematográfica dispusieron que el impuesto establecido por la Ley 17.741, equivalente al 10% de toda localidad requerida para presenciar espectáculos cinematográficos se aplicará, asimismo, a la venta o locación de todo tipo de videograma y película grabados, destinado a su exhibición pública o privada. La CS hizo lugar a la inconstitucionalidad planteada. Veamos:

- a. Por los mencionados decretos, el PE *violó con esta extensión analógica el principio constitucional de legalidad del tributo*, en virtud del cual ninguna carga tributaria es exigible sin la preexistencia de una disposición legal con los recaudos constitucionales.
- b. Los motivos que impulsaron el dictado de los mencionados decretos, *no constituyen respuesta a una situación de grave riesgo social*, que requieran medidas súbitas como las implementadas.

En nuestra opinión, hubiese bastado para la inconstitucionalidad declarada la argumentación del principio de *legalidad tributaria*, que arraiga en los artículos 17 y 75, incisos 1 y 2, CN y en la expresa prohibición que

el artículo 99, inciso 3o., impone en esta materia a los DNU. En similar sentido se pronunció la CS en el caso “Berkley International ARTSA”, en sentencia del 21 de noviembre de 2000 (fallos: 323-3770).

### b. El caso “Rodríguez, Jorge-jefe de Gabinete de Ministros”

Dos años más tarde, *in re “Rodríguez Jorge-jefe de Gabinete de Ministros”*, se dicta la sentencia del 17 de diciembre de 1997 (fallos 320-2851). Un grupo de diputados nacionales solicitó y obtuvo en primera instancia la cautelar ordenando al PE la suspensión del DNU Núm. 842/97 referido a los marcos regulatorios de la licitación para la privatización de los aeropuertos. El jefe de Gabinete se presentó directamente ante la CS, solicitando se declare la incompetencia del PJ para entender en la cuestión y revoque la medida cautelar, a lo cual la CS hizo lugar con argumentaciones que de ningún modo podemos compartir, y que sintéticamente reseñamos así:

- 1) Si el DNU no presenta defectos formales ni aparece emitido fuera del complejo normativo que regula su dictado en el ejercicio privativo de las funciones propias de uno de los poderes del Estado, *corresponde al PL pronunciarse acerca de la concurrencia de los extremos —de valoración política— que habilitan el ejercicio de la facultad excepcional del PE de dictar DNU, así como de la oportunidad, mérito y conveniencia de su contenido.*
- 2) Es inadmisibles que la CS intervenga en una contienda suscitada entre el PE y algunos miembros de la Cámara de Diputados, antes de que “el procedimiento político normal del tratamiento por el Congreso de la Nación, tenga la oportunidad de resolver el conflicto respecto de la privatización de los aeropuertos”.

### c. La causa “Verrochi, Enzo D.”

En las sentencias del 19 de agosto de 1999, en el caso “*Verrochi Enzo Daniel*” (fallos: 322-1726), el Alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad del DNU 770/96 y su reglamentario 771/96, en cuanto disponían la exclusión de asignaciones familiares a los trabajadores con remuneración mensual superior a los \$1,000. La CS, en síntesis, sostuvo:

- 1) El nuevo texto del artículo 99, inciso 3 de la CN, no deja lugar a dudas de que *la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del PE, se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales, que constituyen una limitación* y no la ampliación de la práctica seguida en el país desde 1989.
- 2) *Corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite el ejercicio excepcional de facultades legislativas, por parte del PE*, debiendo descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la CN no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición rápida de ciertos contenidos por medio de un decreto.
- 3) Los DNU impugnados *deben declararse inválidos, pues su dictado no reposa en ninguno de los presupuestos fácticos, que según el artículo 99 de la CN, justifican el ejercicio de las excepcionálísimas facultades legislativas del PE*, máxime si los mismos se refieren a derecho sociales, tutelados expresamente en la CN.
- 4) La falta de sanción de una ley especial que regule el trámite y los alcances de la intervención del Congreso, tal como lo establece el artículo 99, inciso 3 de la CN, refuerza la responsabilidad que por el control de constitucionalidad de los DNU tiene el Poder Judicial.

#### d. El caso “Guida, Liliana”

Al año siguiente, el 2 de junio de 2000 *in re “Guida Liliana”* (fallos 323-1566), la CS se demandó la inconstitucionalidad de los artículos 1o. y 2o. del DNU 290/95, que disponían la reducción de los salarios de los empleados públicos (ratificado por Ley 24624), por estimárselos violatorios de los artículos 14 bis, 16 y 17 de la CN. Afirmó la CS, en síntesis:

- 1) *La intangibilidad del sueldo del empleado público, no está asegurada por disposición constitucional alguna*, razón por la cual no existe un derecho adquirido a mantener el nivel de una remuneración futura sin variantes y en todas las circunstancias.
- 2) La modificación de los márgenes de remuneración de los agentes del sector público dispuesta en forma temporaria por el DNU núm. 290/95, *a causa de una grave crisis internacional de orden finan-*



*ciero, no implica per se una violación al artículo 17 CN, sino que comporta el ejercicio razonable de las facultades del Estado ante un acontecimiento extraordinario, sin ocasionar una alteración sustancial de las remuneraciones, en la medida en que la quita no resulte confiscatoria o arbitrariamente desproporcionada.*

#### *e. La causa “Risolía de Ocampo”*

A pocos meses, el 2 de agosto de 2000, en la causa “*Risolía de Ocampo*” (fallos 323-1934), la CS confirmó la inconstitucionalidad del DNU 260/97 que declaró en estado de emergencia a las Empresas de Transportes y a sus aseguradoras, estableciendo un sistema de pago en cuotas de las indemnizaciones con motivo de accidentes. En autos, la Empresa de Transportes, el chofer y la Cía Aseguradora —condenados por el accidente de una menor atropellada por un colectivo— solicitaron en la etapa de ejecución de sentencia, acogerse a lo dispuesto por el DNU. Sostuvo el Tribunal:

- 1) *Cuando una situación de crisis, exige la adopción de medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales de la sociedad en su conjunto, se puede, sin violar ni suprimir las garantías que protegen los derechos patrimoniales, postergar dentro de límites razonables, el cumplimiento de obligaciones emanadas de derechos adquiridos, pues de esta forma no se viola el artículo 17 CN.*
- 2) *El fundamento de los DNU es la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad, pero con la limitación de que lo sean para proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos. Por ello, es inconstitucional el DNU 260/97, en tanto sólo pretende llevar alivio al sector del servicio público de pasajeros, a través del procedimiento de trasladar a las víctimas la carga de financiarlo.*

### 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 trasfondo conceptual del tema que nos ocupa, referido al contralor jurisdiccional y las “cuestiones políticas”, surge con decisiva necesidad la ca-

racterización de “lo político y lo jurídico”. Con Alberto A. Spota, quien ha analizado tan profunda y agudamente las relaciones de “lo jurídico” con “lo político”, 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.<sup>1</sup>

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 ella 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, ésta contiene un amplísimo margen de discrecionalidad en cuanto a la realización o no del acto, su tiempo, sus contenidos.<sup>2</sup>

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 el presente estudio, 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 en que una cosa es el ámbito de la política y otra el de lo jurídico, dentro del cual debe desenvolverse la actividad estatal. Parafraseando a Ortega y Gasset que nos decía que “el derecho es de la realidad 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, comenzan-

1 Spota, Alberto A., *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, pp. 25 y 26; 86 y ss.

2 Sánchez Agesta, Luis, *Principios de teoría política*, Madrid, Editora Nacional, 1972, p. 59. Véase, asimismo, a Sagües, Néstor Pedro, *Mundo jurídico y mundo político*, Buenos Aires, Depalma, 1978.

do 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, libertades y elecciones, 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 y dinámica 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 una ignorancia básica de 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 resalto 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. Es por ello que 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. Proyectada esta temática al derecho administrativo, 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 formalización jurídica 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;
- d) Las situaciones fácticas y requirentes del sistema social 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, la visión 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, constituye 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 justiciable*, porque es el aspecto realmente político en la actuación del órgano.

Lo que escapa a la competencia del Poder Judicial, compartimos con Segundo V. Linares Quintana, 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.<sup>3</sup>

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 precisamente prescripta.

### 5. *Las facultades privativas y las cuestiones políticas*

Según una inveterada doctrina de la CS, escapa a la competencia del Poder Judicial el hecho de controlar el modo como los poderes políticos ejercitan las facultades que la CN 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 es obligado que surja 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, autista, 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

3 Linares Quintana, Segundo V., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970, t. 1, p. 632.

el dictado de un decreto reglamentario por el PE, o también las sentencias del PJ, marginarían por ese solo hecho el control jurisdiccional, aun 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 CN (mérito, oportunidad, conveniencia, etc), 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”.

De aceptar la paridad entre facultades privativas y facultades no judiciales, nos llevaría a tener que “sacralizar” y aceptar situaciones realmente irritantes en un Estado de derecho, pues es a todas luces indispensable recalcar que no se puede aceptar que haya facultades privativas que autoricen la violación de la legalidad constitucional. En cambio, claro que sí las hay para ejercerlas discrecional y exclusivamente, pero siempre que se lo haga dentro del marco de la Ley fundamental.

## 6. *¿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 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 detectar y 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 prescrita y precisa y su existencia

queda librada sólo a la valoración política (v. gr. la conmoción interior que prevé el artículo 23, CN ), funcionando como condición habilitante para el ejercicio de una atribución constitucional o legal (en el caso, 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, etc.) que demandan soluciones políticas, deben realizar un juicio de prudente valoración política sobre la necesidad, la oportunidad, la conveniencia, el mérito o la eficacia de las respuestas que deben darse a dicha demanda. Todo ello sin perjuicio, lógicamente, de los actos concretos de ejecución que afecten los derechos y garantías de las personas.

### *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 CS 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 aquella 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 CS a la cabeza, no pueden ser custodios de la CN, 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 CS 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 PJ 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. Algunas aplicaciones prácticas

Para no quedarnos en la exposición de las puras tesis conceptuales, hemos creído oportuno ejemplificar las mismas con algunos supuestos que surgen de la vida institucional y en los cuales 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 (v.gr. declaración de guerra internacional o del Estado de sitio (artículo 75, incisos 25 y 29 respectivamente, CN), puede darse el caso excepcional que en el procedimiento congresional, al dictarse el acto declarativo, se hubiesen violado expresas normas constitucionales (v. gr. el quórum), 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 (v. gr. suspensión del ejercicio de un derecho individual o colectivo).
- 2) *Principios, declaraciones, derechos y garantías*. Nuestra CN 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” (v. gr. 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 CN establece una serie de procedimientos, que por principio no son revisables judicialmente, siempre



que en el transcurso de los mismos no se hayan violado las normas procedimentales ni se hubiesen afectado derechos o garantías constitucionales; o dicho en otras palabras, que no se hayan violado 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”.

#### IV. A MANERA DE RECAPITULACIÓN

- 1) Nos enrolamos, 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 CS 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 CS 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 PJ 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 eminente misión de “afianzar la justicia preambular” y ejercer ese poder moderador entre las competencias supremas del Estado.