

LAS CUESTIONES POLÍTICAS NO JUSTICIABLES

**PROPUESTAS TEÓRICAS PARA UNA MEJOR
COMPRENSIÓN**

*Por el Miembro del Instituto de Política Constitucional
de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas,
Carlos Laplacette,*

LAS CUESTIONES POLÍTICAS NO JUSTICIABLES

PROPUESTAS TEÓRICAS PARA UNA MEJOR COMPRENSIÓN

Por CARLOS JOSÉ LAPLACETTE

Introducción

La presente exposición tiene como antecedente una publicación reciente que fue sometida a consideración de este Instituto, a fin de enriquecerla con la crítica de sus integrantes¹.

El trabajo original tuvo por finalidad realizar una breve recorrida a las diferentes formas en las cuales la doctrina constitucional y, en especial, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante “CSJN”) abordan la temática de las cuestiones políticas no justiciables.

¹ LAPLACETTE, Carlos J., “La Corte Suprema y las cuestiones políticas no justiciables”, Revista de Derecho Administrativo – Abeledo Perrot – julio-agosto 2020, ps. 165/192.

El análisis presenta especial relevancia en momentos en que la pandemia de COVID-19 impulsó a los gobiernos a adoptar medidas restrictivas de los derechos constitucionales que hubieran sido consideradas inadmisibles en situaciones de normalidad. A ello se le sumó, en el caso de la República Argentina, una situación de emergencia económica declarada por el Congreso pocos meses antes de la irrupción de la pandemia.

La respuesta a este tipo de desafíos suele ser una restricción significativa de los derechos constitucionales, en ocasiones bajo el paraguas de la doctrina de la emergencia, a la cual se ha recurrido en la República Argentina en forma casi constante desde, al menos, 1920. Dentro del grupo de dispositivos que el sistema constitucional coloca en cabeza de las autoridades para conjurar la situación de emergencia, existen muchos que han reclamado para sí el mote de “cuestión política” a fin de sustraerse -en mayor o menor medida- al control por parte de los tribunales.

La noción de “cuestión política no justiciable” forma parte del conjunto de elementos que integran usualmente el almacén del Derecho Constitucional. Sin embargo, las diferencias que existen entre los autores y en la misma jurisprudencia al hablar de “cuestiones políticas” convierten al término en un rótulo de dudosa utilidad, cuando no directamente peligroso y desaconsejable. El principal interés de este trabajo es el de identificar y separar las distintas sustancias que se mezclan bajo la etiqueta de “cuestiones políticas”.

Esta exposición procura ser especialmente demarcatoria. Se asume, como premisa, que uno de los primeros problemas que debe afrontar el análisis de la relación entre el poder judicial y la política es la gran cantidad de ambigüedades que rodean a la utilización de palabras tales como “cuestiones políticas”, “funciones políticas”, “actividad política” y otros términos o categorías con las cuales se

pretende explicar una determinada porción de la actividad de los tribunales y, en especial, de la CSJN.

Por tal motivo, antes de ingresar en el análisis de las “cuestiones políticas”, resulta necesario delimitar el sector del ordenamiento jurídico sobre el que habrá de centrarse la atención del trabajo, diferenciándolo de todos aquellos conceptos o ideas próximos pero distintos del que se procura estudiar. Con ese fin, se realizarán ciertas precisiones previas, destinada a explicar de qué es de lo que no se hablará en el presente trabajo.

Delimitaciones previas.

Sometimiento de la política al derecho y Judicialización de la política

La “judicialización de la política”, entendiendo por tal la resolución de ciertos conflictos políticos por parte del poder judicial, puede presentar -al menos- tres versiones distintas. Una primera posibilidad, de carácter descriptivo, ve en ese fenómeno algo inherente al derecho constitucional y a la labor de los jueces en nuestro sistema constitucional.

Otra posibilidad es la de utilizar el concepto de “judicialización de la política” para indicar la dificultad, o acaso la imposibilidad, de que el poder judicial adopte decisiones en cuestiones en las que se definen las políticas generales del Estado.

Finalmente, en una tercera acepción, la idea de cuestiones políticas se utiliza para referirse a situaciones en las cuales los jueces asumen la resolución de ciertos conflictos políticos que la Constitución dejó en manos de los otros poderes del Estado.

A continuación, procuraremos distinguir algunas de estas ideas.

Juridización de la política

En una primera acepción, la judicialización de la política es consustancial con el constitucionalismo y quizás con la idea misma de Derecho². En buena media, toda la historia jurídica de Occidente ha estado signada por el intento de someter al Derecho el ejercicio del poder por parte de las autoridades políticas. Ello está particularmente presente en el constitucionalismo, el cual abraza la idea de que los poderes públicos pueden y deben ser limitados y de que su autoridad depende de que se respeten esas limitaciones³. Una decisión visceralmente política, como el fusilamiento de un opositor, se encuentra asimilada y prohibida por el Derecho, donde se ha juridizado y limitado ese sector de la política.

A su vez, esa *juridización de la política*, siempre inacabada e imperfecta, requiere en la práctica -sino en la teoría- algún nivel, más o menos amplio, de *judicialización* de las decisiones de los funcionarios. El reconocimiento del derecho de defensa de los habitantes frente a las autoridades estatales constituye, quizás, es la más evidente necesidad de someter el ejercicio del poder -en todo o en parte- al control judicial.

² Explicando esta visión, Ferrerya indica que “el Derecho consiste principalmente en reglas acerca de la fuerza o sobre ella. Reglas que configuran pautas para el ejercicio y/o desarrollo de la fuerza. El Derecho, entendido como sistema, es una macrocombinación de reglas sobre la organización y aplicación de la fuerza, cuya representación o expresión se concretiza por medio del discurso generado por el poder estatal... Estas disposiciones o enunciados tienen algo en común; ser reglas que pretenden llevar a cabo la regulación de la fuerza estatal” (FERREYRA, Raúl Gustavo, *Fundamentos Constitucionales*, Ediar, Bs. As., 2013, p. 35).

Más allá de las diferentes opiniones que existen acerca del concepto mismo de Derecho y de la relación que existe entre las normas, la moral y la realidad social, nadie duda de que una de las funciones preponderantes del Derecho es regular el ejercicio de la fuerza; esto es, regular el poder o, en términos más inmediatos, regular a la política.

³ Cfr. WALUCHOW, Wilfrid J., *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 71.

Siempre existirán actos o acciones de los funcionarios que estén regulados por el derecho y sometidos algún tipo de control o revisión judicial. Ya sea porque se les reconozca a los habitantes la posibilidad de defenderse ante los tribunales de los actos contrarios al ordenamiento jurídico y/o porque existan tribunales encargados de juzgar los delitos que comentan esos funcionarios contra particulares o contra el Estado y/o porque existan tribunales encargados de deslindar competencias entre distintos entes que conforman una federación, entre muchas otras hipótesis.

En definitiva, la *judicialización de la política* con el amplísimo margen de implementación y alternativas que puede presentar, es una de las bases del Derecho Constitucional y del principio republicano de responsabilidad de los funcionarios. Más aun, podría pensarse que sin algún tipo de *judicialización de las decisiones políticas* la idea misma de Derecho se torna inoperante.

El poder judicial y la política general del país

En un trabajo reciente Adrián Ambroggio avanza en un sentido que podríamos considerar usual en esta temática, al indicar que “*la judicialización de la política implica, como rasgo general, una propensión social a someter diversos asuntos privados y públicos a las formas y métodos judiciales y, correlativamente a dicha dinámica colectiva, la vocación institucional de los jueces de asumirse como sujetos dirimientes de aquellos asuntos... Según comprendemos, la judicialización de la política no se reduce a la sola sustracción de competencias de los poderes políticos por parte del Poder Judicial, sino que tal concepto engloba una serie de procesos con fronteras dinámicas entre sí, superadores de una visión netamente funcional de las instituciones del Estado —lo político gubernamental—. Deben adicionarse al panorama los puntos de vista relativos a una perspectiva centrada en las*

conductas de la comunidad en relación con lo judicial —lo sociológico— y la perspectiva focalizada en la mega-política, es decir, las cuestiones políticas fundamentales de un Estado y el núcleo central de principios y valores —lo político estructural— y, a la par, los procesos de construcción del Poder y el rol de la justicia en dicho campo —lo político agonal—”⁴.

Este tipo de miradas, no poco extendidas en la actualidad y de gran valor sociológico y panorámico, se dan -como bien lo señala el autor- en un plano muy distinto al de las “cuestiones políticas no justiciables”.

Sin embargo, incluso desde esa perspectiva más amplia, presentan la dificultad de no contemplar una distinción entre aquellos aspectos políticos que han sido regulados por el Derecho, lo que conlleva a que en determinadas situaciones, el incumplimiento de lo dispuesto en la norma jurídica pueda ser llevado a tribunales (judicializado) precisamente para hacer respetar esa decisión política previa de la sociedad (v.gr., prohibición de la tortura como método de averiguación de la verdad, derecho de las minorías al tercer senador, exigencia de la nacionalidad argentina para acceder al cargo de Presidente de la Nación y muchas otras decisiones políticas adoptadas como base del ordenamiento jurídico).

En muchas de estas situaciones, el ejercicio del poder se encuentra limitado por el Derecho y el incumplimiento de esas situaciones habilita, como contrapartida, la posibilidad de requerir la intervención judicial para reencauzar o remediar las consecuencias de ese ejercicio del poder en contra de lo dispuesto por el Derecho.

⁴ AMBROGGIO, Adrián F., “La judicialización de la política como causa y consecuencia”, L.L. 28/05/2020.

Parece existir una diferencia fundamental entre la “judicialización de la política” que se podría producir cuando un juez intenta imponer su criterio sobre una materia no regulada por el derecho o regulada a través de pautas muy generales -v.gr. “utilidad pública”-, y la “judicialización de la política” que se denuncia para excluir a los tribunales de aquellas cuestiones de “mega-política” cuya decisión ya ha sido adoptada en un sentido o en otro por una norma jurídica previa -v.gr.: “previamente indemnizado”, “justa indemnización”-.

En el primer caso se trata de una discusión jurídica acerca del alcance y el sentido de determinadas normas constitucionales o legales, es decir, aquello que hacen los tribunales de derecho en occidente desde, al menos, entrada la edad media. En el segundo caso, la pregunta se vincula con el valor que estamos dispuestos a reconocerle al Derecho como regulador de las conductas humanas y, en especial, de quienes detentan el poder.

La adopción por el poder judicial de competencias legislativas o administrativas

En otras ocasiones, los términos “judicialización de la política” se utilizan para cuestionar la adopción, por parte de los jueces, de decisiones que el ordenamiento jurídico asignaría al Congreso o al Poder Ejecutivo. Por ejemplo, la decisión política de expropiar se encuentra regulada por el Derecho, donde se exige, entre otras cosas, que el legislador determine la existencia de utilidad pública y algunos consideran que esa es una decisión política que corresponde a un departamento político. Si el poder judicial controlase esa decisión -a menos que sea groseramente irrazonable o existe un límite específico- estaría judicializando una decisión política.

Más allá de su impacto discursivo, este supuesto no presenta ninguna idea nueva o distinta a un debate plenamente jurídico; de lo que se trata es de determinar la amplitud de las competencias de los distintos departamentos en los que se divide el gobierno.

Esta idea se encuentra especialmente conectada a las concepciones de Derecho y constitución imperantes en un determinado momento, pues un cambio en éstos usualmente genera una modificación sustancial de los límites que se imponen a las legislaturas y a las administraciones y su resultado puede ser una ampliación significativa del ámbito en el cual puede tener lugar el control de los tribunales.

Muchos de los cambios constitucionales o legales ocurridos en el último siglo explican -al menos en parte- el ensanchamiento de la intervención judicial en materias que antes se consideraban reservadas a la decisión definitiva de la Administración o las legislaturas, es decir, a los usualmente llamados “poderes políticos”⁵.

Describiendo esta realidad, en los Estados Unidos se ha indicado que existen *“al menos tres maneras en las que los tribunales han tomado nuevos e importantes papeles en relación con las legislaturas. Primero, los tribunales se han visto cada vez más aptos y con mayores deseos de limitar y regular el ejercicio de la autoridad parlamentaria imponiendo límites importantes al poder de las instituciones legislativas. Segundo, cada vez más, los tribunales se han convertido en el lugar donde se hacen las políticas significativas. Y, tercero, los jueces se han visto más dispuestos a regular la conducción de la actividad política misma —ya sea que se practique en o alrededor de las legislaturas,*

⁵ Los tribunales son indudablemente un poder político, en tanto ejercer un poder asignado por el ordenamiento jurídico el cual los considera “autoridades de la Nación”. De allí que se procure no hablar de “poderes políticos” como sinónimo de Congreso y Poder Ejecutivo.

*oficinas de gobierno o el electorado— construyendo y haciendo valer normas de comportamiento aceptable, tanto para grupos de interés y partidos políticos como para funcionarios electos o designados*⁶. Muchas de esas hipótesis se encuentran presentes en la República Argentina.

Estos cambios en el papel de los jueces suelen tener lugar a partir del dictado de nuevas disposiciones jurídicas, ya sea a nivel constitucional o tan solo legal. En el caso de la República Argentina juega además un papel muy significativo la adhesión a diversos tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, los cuales aseguran, con carácter operativo, un numeroso set de derechos y garantías cuyo incumplimiento por parte de las autoridades puede ser objeto de planteos judiciales de parte del afectado.

En este caso, no está en discusión el carácter vinculante del Derecho ni el papel que corresponde asignarle a la Constitución. La discusión se dirige, en cambio, a la interpretación que corresponde dársele a las disposiciones legales o constitucionales que reconocen derechos o asignan competencias a las autoridades. Esta idea de “judicialización de la política” se vincula de modo directo con uno de los significados que la doctrina y la jurisprudencia dan al término “cuestiones políticas no justiciables”.

Funciones, cuestiones y efectos políticos

Las cuestiones políticas también deben ser distinguidas de otros conceptos afines con los cuales en ocasiones son relacionadas o hasta unificadas. Entre ellos se encuentran las ideas de “funciones

⁶ FERREJOHN, John, “Judicialización de la política, politización de la ley”, Revista mexicana de ciencias políticas y sociales, Vol. 45, N° 184, 2002, p. 14.

políticas”, “efectos políticos”, “actividades políticas” u otras ideas afines que suele vincularse con una noción más depurada de “cuestión política”.

Es sugestivo el poco común poder expansivo del adjetivo “político/a”, cuya utilización parece eliminar las diferencias en los sustantivos a los cuales se aplica. No resultaría fácil que alguien trate como sinónimos términos como “funciones”, “efectos” o “materias”; sin embargo, con tan solo agregarles el adjetivo mágico, los sustantivos pierden su identidad y colapsan dentro de una utilización indefinida de la idea de política.

Solo a título de ejemplo, en una obra reciente sobre derecho procesal constitucional, como es el *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*⁷ dirigido por Enrique M. Falcón, el autor dedica el capítulo II (ps. 57 a 168) a analizar “La función política de los tribunales superiores”.

Allí explica que “*cuando se habla de función política de los tribunales superiores, nos estamos refiriendo a la intervención de los mismos en cuestiones fundamentales del Estado, ajenas al campo específico jurisdiccional*”, la cual “*puede tener por fin determinar espacios de poder, proteger el sistema institucional, fijar rumbos orientadores en el campo social, mantener una adecuada división de poderes, establecer los sectores de protección para el ciudadano frente a los poderes ante la ausencia de normas legales, pero también acompañar la política superior y general del Estado en tanto la misma tienda al bienestar general*”⁸.

En las páginas siguientes, luego de señalar al caso *Marbury vs. Madison* como el origen “*de la cuestión política de los tribunales superiores*”, se ocupa de los hechos y de la doctrina del

⁷ FALCÓN, Enrique M. *et. al.*, *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.

⁸ *Ibidem*, ps. 63/64.

caso citado en materia de control de constitucionalidad, para luego recorrer las principales tendencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos -en adelante “USSC”- en materia de *judicial review* y de situaciones de gran impacto político ajenas a la función jurisdiccional (v.gr., intervención del presidente de la USSC en una comisión no judicial encargada de investigar el asesinato del presidente Kennedy). Luego se pasa a la CSJN y allí se encara el análisis de “un enfoque político” del tribunal, el cual “es un poder del Estado y como tal tiene una doble función, por un lado la jurídica y por otro la política de este Estado”, al enumerar la actuación del Tribunal en esta última materia, se incluye un elenco variopinto de situaciones, donde se incluye desde las Acordadas que convalidaron gobiernos de facto, hasta los casos que resolvieron sobre la constitucionalidad de la mediación obligatoria o el control de constitucionalidad sin pedido de parte.

De este modo, bajo el mismo rótulo “función política de los tribunales superiores” se agrupan distintas cuestiones, todas ellas de relevancia política y jurídica, pero claramente diferenciables (i.e., la existencia de una función política específica distinta de la judicial, la existencia de cuestiones políticas no justiciables que limitan el ejercicio de la función judicial o un enfoque político de las decisiones judiciales y de otra índole adoptadas o dejadas de adoptar por la CSJN).

El ejemplo citado es relevante, ya que se trata de una obra reciente, de gran factura general y con capítulos de altísimo nivel jurídico que, a pesar de ello, no logra escapar a la ambigüedad a la que parece condenar el tentador -pero muy resbaloso- adjetivo de “político/a”. por otro lado, está muy lejos de tratarse de una dificultad patrimonio de esa obra; se trata de una dificultad extendida en gran parte de la doctrina constitucional argentina.

Otra obra de gran interés en este aspecto es *Función política de la Corte Suprema*⁹, dirigida por Santiago y Álvarez. En ella se agrupan una serie de trabajos -de autores de altísimo nivel académico- en homenaje a Julio Oyhanarte. Esos trabajos, como se indica en la presentación, tratan “*acerca de la función política de la Corte Suprema... desde diferentes perspectivas de análisis*”.

Los capítulos involucran aspectos tales como el origen del poder político de la Suprema Corte de los Estados Unidos, el papel de la CSJN frente a los conflictos de poderes o las crisis institucionales o los gobiernos de facto, el control judicial de las decisiones adoptadas en procedimientos de destitución de magistrados, el ejercicio por parte de la CSJN de funciones discrecionales con especial referencia al *certiorari* y el análisis específico de la jurisprudencia de la CSJN en ciertas materias vinculadas al control de facultades ejercidas por los restantes poderes (DNU, reglamentación de derechos, derecho a la verdad y derechos económicos sociales y culturales).

Esta situación replica en una gran cantidad de libros y de trabajos que encaran el análisis de los que se suele denominar “función política” del poder judicial o de la CSJN. Ello no tiene nada de malo, siempre que no se confunda la perspectiva del análisis que cabe aplicar en distintas situaciones. Análisis generales, como los citados, son de gran valor e importancia a la hora de describir y explicar el funcionamiento o la ubicación concreta de un tribunal en un sistema jurídico dado. Sin embargo, análisis semejantes serían de dudosa utilidad a la hora de considerar cómo deben proceder los tribunales al resolver un caso concreto y, más específicamente, al controlar la constitucionalidad de una norma.

⁹ *Función política de la Corte Suprema. Obra en homenaje a Julio Oyhanarte*, Santiago – Álvarez (coords.), Ábaco, Bs. As., 2000.

Algunos autores consideran que, de toda la actividad jurisdiccional, la específicamente “política” sería aquella vinculada con el control de constitucionalidad¹⁰ o con ciertas materias o sentencias en un universo un tanto más amplio que el control de constitucionalidad¹¹.

¹⁰ En este sentido, v.gr.: CAYUSO, Susana Graciela, “La Corte Suprema y la vigencia del estado constitucional de derecho”, en *Función política de la Corte Suprema*, Santiago – Álvarez, op. cit., p. 99 y ss., en especial p. 102, donde identifica al control de constitucionalidad como el “núcleo esencial de la función política de la Corte Suprema”, y p. 117, donde se afirma que la CSJN “*es un tribunal político cuya toma de decisión se manifiesta mediante una actividad jurisdiccional... El núcleo esencial de tal actividad jurisdiccional está configurado por el control de constitucionalidad*”.

En esa misma obra, Spota considera que el principio de supremacía contenido en el artículo 31 CN, tomado del artículo V de la Constitución de los Estados Unidos “encierra el poder político de la Corte Suprema”; precisamente “para cuidar la unidad y permanencia de la unión política que importa el Estado federal se dio el poder político adecuado al Poder Judicial, procediendo a jurisdicizar, bajo la forma de recurso extraordinario, la potestad política y la guarda política de la distribución de competencias en manos de la Corte Suprema”; “el recurso extraordinario es un recurso de esencia política, presentado y proveído jurídicamente” (SPOTA, Alberto A., “Origen histórico del poder político de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos”, en *Función política de la Corte Suprema*, Santiago – Álvarez, op. cit., ps. 26/28). El difundido trabajo de Karl Loewenstein (“La Función Política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1964) adopta una postura similar.

¹¹ V.gr.: “*hablamos de la Corte como órgano jurisdiccional y político, pues con sus sentencias constitucionales se expresa como poder que marca el límite a la voluntad discrecional del órgano ejecutivo y legislativo, muchas veces influenciado por intereses que no son los representativos de la comunidad*”, y más adelante “*entendemos la sentencia constitucional es el acto jurisdiccional y político que emitido por los órganos judiciales competentes resuelven controversias vinculadas con la aplicación, interpretación, protección, tutela preventiva, reparación e integración de derechos fundamentales contenidos en las cartas fundamentales (Constituciones) o en tratados de derechos humanos reconocidos por los Estados con igual jerarquía (Convenciones). De esta manera comprendemos no solo procesos vinculados al control de constitucionalidad de las normas, sino aquellos que persiguen la aplicación, protección y efectiva vigencia de los derechos fundamentales vulnerados*” (TORRES TRABA, José María, “Las sentencias constitucionales como elemento político de la función jurisdiccional”, JA 2018-I, 1360).

Quizás se pueda destacar que esta visión, al identificar función política con control de constitucionalidad parece demasiado estrecha, por cuanto existen conflictos que todos denominarían políticos en un sentido arquitectónico y que no involucran el control de constitucionalidad (conflictos electorales o entre dos provincias, etc.).

En otro sentido, se puede hablar de función política cuando la CSJN, ejerciendo función judicial o no, interviene en ciertas materias que tienen un contenido de relevancia para el sistema político. El sometimiento de las disputas electorales a los tribunales es un excelente ejemplo, otro ejemplo lo son las causas penales contra funcionarios públicos.

Asimismo, algunos mencionan como función política de la CSJN a una actividad específica del tribunal, distinta de la función jurisdiccional. Como ejemplo de estas funciones políticas se ha mencionado a la intervención de la CSJN en los conflictos interprovinciales, en cuyo caso tendría una función prioritariamente política y no jurisdiccional, la cual habría sido confiada a la CSJN a pesar de tratarse de cuestiones que no son propias de los jueces por esa especial naturaleza política de la decisión que deben adoptar¹².

Al tratarse de propuestas terminológicas, no se podría sostener *a priori* que alguna de esas alternativas sea correcta o incorrecta. Está claro que no todas las causas constitucionales son igual de relevantes, como tampoco lo son las causas penales. La utilización de categorías que las diferencien dependerá de la finalidad que se persiga a la hora de establecer la distinción. Lo que difícilmente pueda negarse es que los actos que lleva a cabo la CSJN, ya sea al ejercer la función judicial o al ejercer cualquier otra de las competencias asignadas por la CN tienen -o pueden

¹² Cfr. DUGO, Sergio O., “La solución de los conflictos limítrofes interprovinciales. Un nuevo enfoque que nos imponen 180 años de vida independiente”, E.D. 139-895.

tener- un gran impacto sobre el funcionamiento general de la sociedad, tanto en términos de política arquitectónica como de política agonal.

A fin de intentar brindar alguna claridad en los temas que involucra este trabajo, de todo ese universo de situaciones con relevancia política de los tribunales o de la CSJN, parece posible -y conveniente- distinguir entre *funciones -competencias- políticas* y *efectos políticos* de las decisiones del tribunal o del poder judicial. Aunque debe tenerse también presente que ambas ideas requieren de concreciones posteriores pues sus alcances pueden ser muy distintos.

Las *funciones políticas* están principalmente dadas por la función o competencia judicial contemplada en los artículos 116 y 117 CN, la cual permite que el tribunal emita decisiones que resuelvan conflictos concretos. En tanto buena parte de lo que hace la CSJN y los tribunales suponen el ejercicio de un poder estatal que impone comportamientos y conductas en una determinada dirección, la actividad judicial de los tribunales es una competencia política. Piénsese que la resolución de los conflictos entre los habitantes de un Estado fue siempre una de las atribuciones naturales de los reyes.

Por ello, hablar de “poderes políticos” con exclusiva referencia al Congreso y a la Administración, sin ser incorrecto pues se trata de una convención muy extendida, esconde o desdibuja la función política que, como órgano de gobierno, cumplen en forma necesaria los tribunales de la nación.

Lo anterior se vincula con los *efectos políticos* de las decisiones judiciales. Ya sea respetando la CN o apartándose de lo prefijado en sus normas, las decisiones de los tribunales tienen consecuencias políticas indudables. Esto puede verse en forma clara cuando la CSJN ejerce, en el ámbito propio de sus funciones

(arts. 116 y 117 CN) el control de constitucionalidad de una norma, pero lejos está de ser ese el único supuesto.

Una causa penal que involucre a funcionarios públicos puede tener tanta o más relevancia “política” que la declaración de inconstitucionalidad de una ley, y claramente en estos casos, los tribunales estarán llevando a cabo una actividad con inmensos efectos políticos a pesar de tratarse de una causa penal sin mayores complejidades jurídicas¹³. Actos que carecen de naturaleza jurisdiccional, como las acordadas en las cuales la CSJN declara inaplicable una ley del Congreso, tienen una enorme relevancia institucional y también pueden tenerla en el ámbito de la política agonal.

A su vez, cuando se habla de los *efectos* políticos, en ocasiones se lo hace realizando una valoración de las características que tuvieron los tribunales en tal o en cual momento y en otras solamente se procura describir cuáles fueron esos efectos. En cualquier caso, tratar en forma conjunta a las *funciones* de un tribunal o con los *efectos* de su actuación es una decisión semántica a primera vista inconveniente. Aun así, se trata de problemas que no forman parte de este trabajo.

Por último, junto a todas esas posibles aplicaciones del adjetivo “política/o” se encuentra un supuesto específico en el cual puede verse una estrecha interrelación entre la actividad de los tribunales y la actividad de los restantes poderes del Estado. Es el caso de las “cuestiones políticas” o “cuestiones políticas no justiciables”.

A muy grandes trazos, se puede decir que al encontrarse frente a una cuestión política los jueces no pueden o no deben emitir un pronunciamiento que deje sin efecto el acto, acción u omisión del

¹³ Incluso causas penales no relacionadas con funcionar públicos adquieren, en ocasiones, una enorme relevancia política. El ejemplo de libro es claramente *Penjerek* (Fallos 257:132).

Congreso o de la Administración. Sin embargo, dentro de esta categoría general se encuentran doctrinas muy distintas entre sí y a ellas se destina el presente trabajo.

Las cuestiones políticas no justiciables en la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Un poco de historia

La doctrina ha situado el origen de la doctrina de las cuestiones políticas como materia no justiciable en una declaración de tribunales ingleses emitida en 1460, con motivo del juicio promovido por el duque de York a fin de ser declarado legítimo heredero al trono. En esa ocasión, durante la Guerra de las Dos Rosas, los jueces explicaron que no se atreverían a entrar en ningún conocimiento respecto a ello, porque incumbía a los Lores del Rey tener conocimiento en esas materias y mediar en ellas. Desde entonces los Tribunales anglosajones se han rehusado a dictar sentencias allí donde la materia a decidir pareciera inadecuada para el ejercicio de la función judicial¹⁴.

Más allá de los ejemplos que podemos encontrar en distintos países durante la edad moderna, la idea misma de una cuestión política “no justiciable” sólo parece adquirir un sentido más próximo al actual una vez que se admite la existencia de un poder judicial independiente del Rey o del Parlamento, al cual se le asigna la facultad de controlar la constitucionalidad de los actos de los restantes poderes y ello sólo comienza a ocurrir en forma generalizada a partir de fines del siglo XIX¹⁵.

¹⁴ LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Plus Ultra, Bs. As., 1978, Tomo 3, p. 434.

¹⁵ No desconocemos la existencia de valiosos antecedentes de jueces que actuaban como terceros con independencia del Rey, tal como ocurría con antiguo

Suele indicarse que la primera mención relevante a las cuestiones políticas no justiciables la encontremos en 1803 en *Marbury v. Madison*, donde la USSC, al mismo tiempo que afirmaba su poder para declarar la inconstitucionalidad de una ley del Congreso, reconocía la presencia de cuestiones de naturaleza política, reservadas con exclusividad al Presidente, y sobre las cuales los tribunales no podrían jamás pronunciarse: “*The province of the court is, solely, to decide on the rights of individuals, not to inquire how the executive, or executive officers, perform duties in which they have discretion. Questions in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive can never be made in this court*”¹⁶.

A pesar de la relevancia que puede presentar el *obiter* de *Marbury vs. Madison*, resulta mucho más significativa, la descripción que hizo de esta doctrina el propio Marshall, en marzo de 1800, defendiendo ante el Congreso de los Estados Unidos la decisión del presidente Adams de extraditar a una persona. En esa ocasión, quien luego fuera presidente de la Suprema Corte de aquel país, se refirió a la extradición como una cuestión que, aun cuando pueda ser considerada con atinente al Derecho, no corresponde decidir a los tribunales sino al presidente de la Nación por ser “*the sole organ of the nation*” a cargo de las relaciones internacionales¹⁷.

derecho de Aragón (CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público*, La Ley, Bs. As., 2015, p.139/140). El antecedente sirve para advertir que la idea de un tercero imparcial e independiente que resuelve los conflictos hace a la esencia del proceso, fenómeno que recorre buena parte de la historia de occidente.

¹⁶ Lo cual llevó a Julio Oyhanarte a decir que la doctrina de las cuestiones políticas reconoce el más ilustre de los orígenes (“Cuestiones Políticas”, De Platense, 1992, tomado de *Julio C. Oyhanarte. Recopilación de sus Obras*, M. Oyhanarte, Bs. As., 2001, p. 745).

¹⁷ 10 Annals of Congress, House of Representatives, 6th Congress, ps. 605 y sgts. En especial ps. 612/3:

Esta doctrina tuvo una explicitación clara en *Luther vs. Borden*¹⁸, donde la Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió que correspondía al Congreso decidir si un Estado adoptaba o no la forma de gobierno republicano, así como los medios para garantizarlo y que tal decisión no podía ser debatida en un tribunal de justicia.

En nuestro país, según recuerda Linares Quintana, la doctrina de las cuestiones políticas aparece por primera vez en una sentencia del Tribunal Superior de la Provincia de San Juan del año 1861, es decir, treinta y dos años antes de *Cullen v. Llerena*¹⁹. En esa ocasión, el máximo tribunal sanjuanino se inhibió de conocer en un juicio promovido con motivo de los sucesos que culminaran con el asesinato del gobernador Virasoro, por entender “*que la causa presente es de carácter político y está fuera del alcance del Poder*

“The gentleman from Pennsylvania and the gentlemen from Virginia have both contended that this was a case proper for decisions of the courts, because points of law occurred, and points of law must have been decided in its determination (...) When the gentleman has proved that these are questions of law, and that they must have been decided the President, he has not advanced a single step toward proving that they were improper for the Executive decision. The question whether vessels captured within three miles of the American coast, or by privateers fitted out in the American ports, were legally captured or not, and whether the American Government was bound to restore them, if in its power, were questions of law; but they were questions of political law, proper to be decided, and they were decided by the Executive, and not by the courts. (...) If a murder should be committed within the United States, and the murderer should seek an asylum in Britain, the question whether the ‘casus foederis’ of the twenty-seventh article had occurred, so that his delivery ought to be demanded, would be a question of law, but no man would say it was a question which ought to be decided in the courts. (...) The parties were two nations. They cannot come into court to litigate their claims, nor can a court decide on them. Of consequence, the demand is not a case for judicial cognizance. The President is the sole organ of the nation in its external relations, and its sole representative with foreign nations. Of consequence, the demand of a foreign nation can only be made on him. He possesses the whole Executive power. He holds and directs the force of the nation. Of consequence, any act to be performed by the force of the nation is to be performed through him”.

¹⁸ 48 U.S. 1 (1849).

¹⁹ Fallos 53:420.

*Judicial, que debe llenar los objetos y deberes de una recta administración de justicia*²⁰.

En lo que hace a la CSJN, la primera mención a una cuestión política no justiciable se encuentra en el caso *Roque Pérez*²¹ de 1865. Allí la CSJN analiza el planteo realizado por un representante de la Provincia de Mendoza ante el rechazo del Senado de la Nación a los diplomas del senador designado por la Legislatura provincial.

Si bien el tribunal, remitiendo a la opinión del Procurador General, rechaza la presentación por haber sido efectuada como una consulta y no con como una demanda tendiente a resolver una controversia, *obiter* se agrega que “*la consulta del Gobierno de Mendoza importa apelar ante la Corte Suprema de la resolución del 9 de Marzo último;-pero por el artículo 56 de la Constitución, cada Cámara del Congreso Nacional es el único juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez, y la Corte Suprema no tiene competencia para intervenir en este asunto, que la Constitución atribuye exclusivamente al Senado*”. Hay aquí una versión de las cuestiones políticas muy similar a la que se popularizará luego en el siglo XX, es decir, aquellas cuestiones que no son justiciables por cuanto la propia CN reserva al juicio del Congreso o de la Administración.

Más allá de esos antecedentes, fue el caso *Cullen v. Llerena* el que otorgó carta de ciudadanía a la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables en los repertorios de la CSJN. En esa ocasión el Tribunal consideró que no es justiciable un planteo sobre la validez de una intervención federal a la Provincia de Santa Fe efectuado por las autoridades surgidas en el marco de una revolución.

²⁰ LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, op. cit., tomo 3, p. 471.

²¹ Fallos 2:253.

Durante buena parte del siglo XX, la CSJN efectuó una utilización más o menos asidua de las cuestiones políticas no justiciables. Posiblemente el dato más saliente sea la progresiva reducción del ámbito de aplicación de esta doctrina. En ese marco, es posible percibir que, a partir de la década de 1980, y en particular durante la década siguiente, la CSJN dejó de apelar a la doctrina de las cuestiones políticas, en casos donde rechazó el control de constitucionalidad, sin que tal abandono significara de inmediato un ensanchamiento de ámbito de revisión judicial. Lo que el Tribunal hizo fue acudir a lo que en *Marbury* y también en *Cullen v. Llerena* se señaló como el impedimento de la falta de agravio como constitutivo de una cuestión política. Así, utilizando la falta de legitimación activa por la ausencia de agravio concreto, la CSJN limitó el ámbito del control de constitucionalidad, sin que para ello fuera necesario utilizar la doctrina de las cuestiones políticas. Ejemplo paradigmático de ello es el caso *Polino*²².

A pesar de esa detracción en el ámbito de aplicación de la doctrina, ésta, con todos sus problemas e imprecisiones, sigue

²² Fallos 317:335 (1994). Lo advierte bien María Angélica Gelli, al destacar que “el descrédito de la doctrina de las *cuestiones políticas no justiciables* en la República Argentina, percibidas como una excesiva deferencia de los jueces a los motivos del legislador y a la discrecionalidad administrativa, llevó a la Corte, a partir de la década de 1990 a desestimar el empleo de aquella expresión y reemplazarla, para rechazar el control, por la de la falta de agravio concreto de quien, por eso, carecía de legitimación para demandar” (GELLI, María Angélica, “La dimensión institucional de la Corte Suprema y la etapa comunicacional mediática del tribunal”, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Bs. As., 2014, p. 8).

Se trata de un fenómeno que también se verificó en los Estados Unidos según lo indican distintos autores. V.gr.: “*prudence simply migrated from the political question doctrine to the law of standing*” (TUSHNET, Mark V., “Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Doctrine”, 80 N.C.L.Rev. 1203-1235 - 2002-).

presente en las decisiones de la CSJN, tal como lo demuestra la sentencia dictada en el caso *Fernández de Kirchner*²³.

Un primer acercamiento

En gran medida producto de la ambigüedad y la polisemia que encierran las cuestiones políticas, su valoración en la doctrina es cualquier cosa menos uniforme. Desde quienes las consideran “*un anacronismo malsano en un Estado de Derecho*”²⁴, hasta aquellos que entienden que “*necesariamente hay y siempre habrá cuestiones que, por exigencias de raíz institucional, son insusceptibles de juzgamiento*”²⁵. En cualquier caso, es correcto afirmar que se trata de una doctrina harto casuística y polémica, de perfiles no muy nítidos y a menudo inasibles²⁶. Sin embargo, ese casuismo se ve acentuado porque no se ha emprendido aún un necesario trabajo de deslindes conceptuales y terminológicos que ayudarían mucho a brindar alguna claridad a este ámbito del derecho constitucional.

Es posible que buena parte de los problemas que perturban la jurisprudencia sobre cuestiones políticas, no reside en que los tribunales hayan politizado el derecho, sino en que, contrariamente a lo pretendido por el constitucionalismo, quizás nunca han podido regular la política de modo completamente exitoso²⁷.

²³ Fallos 343:195 (2020).

²⁴ ZÚÑIGA URBINA, Francisco, “Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las ‘cuestiones políticas’”, *Ius et Praxis*, Año 14, N° 2, p. 273.

²⁵ OYHANARTE, Julio, “Cuestiones Políticas”, *op. cit.*, p. 754.

²⁶ HARO, Ricardo, *Control de constitucionalidad*, 2da. ed., Zavalía, Bs. As., 2008, p. 142.

²⁷ SEIDMAN, Louis Michel, “The Secret Life of the Political Question Doctrine”, 37 *J.MarshallL.Rev.* 441-480 (2004).

En *Baker v. Carr*²⁸ el juez Brennan afirmó que todo caso en el cual se sostiene que existe una cuestión política, se da alguna de las siguientes situaciones: (i) una asignación constitucional textualmente demostrable del tema a un departamento político; (ii) una ausencia de estándares manejables y verificables para resolver el tema; (iii) la imposibilidad de decidir el tema sin la determinación inicial de una política claramente discrecional y no judicial; (iv) la imposibilidad de que un tribunal resuelva en forma independiente, sin incurrir en una falta de respeto a los departamentos políticos; (v) una necesidad inusual de adherir sin cuestionamientos a una decisión política previa del Congreso o del ejecutivo; o, finalmente, (vi) la posibilidad de escándalo o desconcierto por múltiples pronunciamientos de distintos departamentos de gobierno sobre la misma cuestión²⁹.

La variedad de situaciones enumeradas por Brennan son un buen motivo para volver a los problemas terminológicos e intentar brindar algún tipo de precisión a la idea de cuestiones políticas no justiciables. En los apartados siguientes se propondrán algunas alternativas para encauzar el manejo de las cuestiones políticas.

²⁸ 369 US 186 (1962).

²⁹ “*Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for non judicial discretion; or the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question*”.

Nuevamente el problema de las palabras

Incluso luego de que se la despeja de otras ideas afines, como la de funciones políticas o de los efectos políticos de las sentencias judiciales, el análisis de las cuestiones políticas no justiciables presenta problemas muy marcados. Por un lado, las razones que inducen a los jueces a abstenerse de intervenir en aquellos casos que denominan “cuestiones políticas” son de muy variada índole y constituyen uno de los ámbitos más complejos y confusos del derecho constitucional; en él se advierte, además, un alto grado de discrecionalidad judicial en la elección de lo que ingresará por el umbral de los tribunales y lo que quedará fuera de ellos³⁰. Lo anterior se ve agravado por la utilización de una terminología imprecisa, tanto en la doctrina como en la misma jurisprudencia³¹.

A las dificultades anteriores, en la República Argentina se le agregan las dificultades provenientes de los diferentes enfoques que, sobre esta misma cuestión, se han realizado en distintos ámbitos del derecho público. Se explica sobre este aspecto que mientras los constitucionalistas se han referido a las cuestiones políticas en el plano de la teoría constitucional sin apreciar la necesidad de distinguir un grupo de actos, en relación con el acto administrativo, los administrativistas clásicos acudieron a la teoría francesa de los actos de gobierno, la cual responde a un sistema jurídico diferente al nacional³².

En un influyente trabajo de 1976, Louis Henkin se preguntaba si existía una doctrina de las cuestiones políticas y, en su caso, si

³⁰ Cfr. BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, 2da. ed., Ábaco, Bs. As., 2002, tomo 2, p. 149.

³¹ Cfr., AMAYA, Jorge Alejandro, *Control de constitucionalidad*, 2da. ed., Astrea, Bs. As., 2017, p. 190/1. Se trata de un ámbito en el cual la comunicación jurídica tiene lugar en un escenario en el cual prevalecen los malentendidos (CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo*, La Ley, Bs. As., 2011, p. 187)

³² Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo*, op. cit., p. 193.

ella era necesaria³³. Ambas preguntas parecen tener una respuesta negativa. Por un lado, el término “cuestiones políticas” ha sido utilizado con diferentes alcances y en situaciones completamente disímiles, lo que hace pensar que no existe una doctrina de las cuestiones políticas; en el mejor de los casos, existirían varias. A su vez, como se verá a lo largo de este capítulo, las distintas versiones de la doctrina de las cuestiones políticas resultan innecesarias o nocivas para el Estado de Derecho.

Lo dicho no implica que todos los actos de la Administración o del Congreso puedan ser sometidos a un control de similar intensidad o que no existan materias cuya decisión haya sido otorgada-al menos en ciertos aspectos- de modo exclusivo a alguno de ellos. Lo que aquí se sostiene es que para explicar la exigencia de decisiones reservadas a los restantes poderes no se requiere ninguna doctrina especial y, mucho menos, una teoría de que justifique la existencia de materias o actos inmunes al control de constitucionalidad.

Para intentar dar sustento a esas palabras, se abordarán primero cuatro sentidos con los cuales puede -y suele- utilizarse la idea de “cuestiones políticas no justiciables”. A continuación, se procurará exponer los motivos que llevan a concluir que estamos frente a un doctrina puramente retórica y vacía de contenido o, por el contrario, con su utilización hace referencia a una posibilidad incompatible con el Estado de Derecho y con la promesa básica del Derecho como forma de racionalizar el poder.

³³ Cfr. HENKIN, Louis, “Is There a ‘Political Question’ Doctrine?”, 85 Yale L.J. 597.

Las distintas cuestiones políticas

En la República Argentina distintos autores han alertado acerca de la multivocidad de los términos “cuestiones políticas” y de una serie de términos y doctrinas relacionadas, muchas veces superpuestas o contradictorias (“facultades privativas”, “actos de gobierno”, “actos institucionales”, etc.). Tal como se verá de inmediato, la CSJN no ha podido escapar a esta aglomeración de términos y de significados, y la idea de “cuestiones políticas” ha sido utilizada con distintos sentidos por el tribunal.

En líneas generales, las cuestiones políticas no justiciables exponen la intuición de que la función judicial -y en especial el control de constitucionalidad-puede encontrarse frente a situaciones en las cuales al juez le está vedado emitir un pronunciamiento que desautorice el accionar de los restantes poderes. Esta idea general es de una notable amplitud y merecerá una gran cantidad de aclaraciones y distinciones.

A tal fin, se distinguirá entre cuatro formas en las cuales suele ser utilizado el término “cuestión política”. En primer lugar, se verá a la cuestión política como un concepto prejurídico, en el cual el juez se pregunta si debe ajustar su proceder a lo que dispone el Derecho. En segundo lugar, la cuestión política será analizada como un sinónimo de validez constitucional. En tercer lugar, se considerarán aquellas situaciones en las cuales la idea de cuestión política no justiciable se identifica con la ausencia de caso judicial. Por último, se considerarán aquellas situaciones en las cuales la idea de cuestión es utilizada como un óbice para el control de constitucionalidad incluso frente a la existencia de un caso judicial concreto y actual³⁴.

³⁴ de la Riva sugirió una distinción parcialmente similar, tras advertir que en la mayoría de los casos en los cuales la CSJN utilizó la idea de cuestión política, habría bastado con observar que se verificaban alguna de las siguientes

La cuestión política como concepto prejurídico

Una primera posibilidad acerca de las cuestiones políticas es la de ver en ellas un fenómeno prejurídico. Es decir, una situación en la cual la pregunta no se dirige a determinar qué es lo que establece el Derecho, sino más bien a considerar si, cualquiera fuese la solución que prevea el ordenamiento jurídico, el juez debe resolver de acuerdo con el mismo.

Louis Seidman, en un trabajo en el cual distingue distintas ideas o conceptos de “cuestiones políticas”, una de ellas, a la cual denomina “*secret political question doctrine*” es una categoría que no tiene naturaleza jurídica sino mas bien política. Responde a un interrogante radical acerca de la vinculatoriedad del ordenamiento jurídico. Por esta doctrina los tribunales, al resolver un caso, siempre habrán de preguntarse si deben aplicar la solución prescripta por el Derecho, incluso cuando esa solución sea absolutamente indiscutible. Afirma el autor que “*incluso si existe una respuesta clara a la cuestión constitucional planteada, los tribunales siempre deben decidir si ellos deben acatar esa respuesta. La aplicación de esta doctrina de las cuestiones políticas no puede ser determinada por un análisis jurídico porque*

posibilidades: a) que no se estaba ante un caso o controversia; b) que el actor carecía de legitimación; c) que la decisión sometida al conocimiento de los tribunales pertenecía al ámbito propio de la discrecionalidad del Congreso o del poder ejecutivo, sumando a esos supuestos la de actos no justiciables por lo que denomina “sustancia política” (de la RIVA, Ignacio M., “El control de las denominadas cuestiones políticas”, en *Cuestiones de control de la administración pública: administrativo, legislativo y judicial*, Universidad Austral, 2010, ps. 584 y ss.).

La clasificación que se utiliza en este trabajo ha seguido en forma parcial la sugerida por Henkin en el trabajo citado (“Is there a Political Question Doctrine?”, cit.).

*ella refiere a una pregunta previa acerca de la obligatoriedad de ese análisis jurídico*³⁵.

En esta categoría es muy cercana a la que se analiza en el apartado "cuestión política como óbice al control de constitucionalidad" y bien podría considerarse en forma conjunta³⁶. Sin embargo, la idea de político como algo distinto del Derecho adquiere aquí su contorno más extremo. En estos casos la "cuestión política" se presenta como una pregunta prejurídica radical, aplicable a cualquier tipo de materia alcanzada y regulada por el Derecho; un buen ejemplo sería el caso del tribunal supremo de la Provincia de San Juan al que hace referencia Linares Quintana y que ha sido mencionado. En cambio, en el caso del último apartado que se analiza la cuestión política funcionaría más bien como *loopholes* en el marco del Derecho, con aplicación solo en ciertas materias y circunstancias, pero presuponiendo la obligación general de respetar el ordenamiento jurídico.

³⁵ SEIDMAN, Louis Michel, "The Secret Life of the Political Question Doctrine", 37 J.Marshall L. Rev. 441-480 -2004-. El autor identifica tres clases de cuestiones políticas. Una de ellas, a la cual denomina "falsa" cuestión política, está integrada por las decisiones que no presentan agravios constitucionales. En estos casos, decir que una cuestión es política equivale a decir que el órgano político actuó dentro del margen de sus competencias, sin trasgredir ninguna norma constitucional. En segundo lugar, con la denominación de cuestiones políticas se hace referencia a aquellas situaciones en las cuales la Constitución ha colocado en cabeza del Poder Ejecutivo o del Congreso la interpretación final del significado de una disposición constitucional. Como bien advierte el autor citado, esta segunda categoría rápidamente puede confundirse con la anterior (con sinónimo de validez constitucional) o con la siguiente categoría, es decir, la "*secret political question doctrine*".

³⁶ En otros acercamientos a esta cuestión la categoría ha sido fusionada con la última categoría (*Recurso extraordinario federal* -La Ley, Bs. As., 2010-; *Teoría y práctica del control de constitucionalidad*, BdeF, Bs. As.-Montevideo, 2016), sin embargo parece conveniente distinguir ambas hipótesis pues esta doctrina de las cuestiones políticas no se limita a materias en particular y puede ser aplicada a casos habitualmente considerados justiciables.

Cercano a este punto se podría colocar, quizás, la opinión de Oyhanarte. El autor, dos veces juez de la CSJN argentina, recuerda el conflicto generado en los Estados Unidos durante el *New Deal* para destacar las consecuencias negativas para el propio poder judicial que pueden derivar de intentar bloquear una determinada política pública que las autoridades políticas consideren esencial. *“Parece lícito pensar que si los gobernantes tienen ante sí un fallo que invalida lo que ellos decidieron sobre una cuestión política vital –el estado de sitio, por ejemplo, o el recurso a las Fuerzas Armadas para combatir la subversión terrorista- lo más probable es que desconozcan ese fallo y suja así un conflicto hondamente perturbador que, por una u otra vía, terminará sin duda con la derrota del poder más débil”*³⁷.

Esta doctrina puede adquirir un enfoque descriptivo, y ser utilizada para indicar que existen situaciones en las cuales la presión de los departamentos políticos o de otros factores de poder finalmente se imponen a la voluntad de los jueces, quienes finalmente se ven obligados a actuar apartándose del derecho dejar de resolver casos propiamente judiciales, ya sea por temor a las represalias de otras autoridades o porque estiman que no podrán hacer cumplir su decisión. Este tipo de situaciones puede darse con independencia de la materia que esté en juego.

La versión descriptiva de esta doctrina puede ser en ocasiones una observación correcta de la realidad que a nadie debe sorprender. El Derecho, y en particular el Derecho Constitucional, es un intento por limitar la arbitrariedad del poderoso y colocar incentivos para que resulte más conveniente a los operadores jurídicos ajustar su conducta a reglas preexistentes. Pero, como todo intento, no siempre es exitoso. Precisamente para evitar -o limitar- ese tipo de disyuntivas los jueces cuentan con una serie de garantías nada menores, como la inamovilidad en el cargo y la

³⁷ OYHANARTE, Julio, “Cuestiones no justiciables”, op. cit., p. 747/748.

intangibilidad de las remuneraciones (art. 110 CN). Aun así, en momentos de degradación del sistema institucional, es muy posible que esas garantías no sean suficiente y los jueces se vean en el dilema de apartarse de la solución prevista en el ordenamiento jurídico o arriesgarse a sufrir consecuencias graves.

Hasta allí no habría más que la descripción de una eventual realidad que no se vincula necesariamente con el control de constitucionalidad (podría estar mucho más presente en las causas penales) y cuya relevancia jurídica parece limitada en términos de teoría jurídica. Se trata más bien de una descripción sociológicamente relevante como insumo para futuras reformas.

Pero junto a esa versión descriptiva, esta teoría puede adquirir una formulación distinta y dejar de ser utilizada como una explicación de algo que ocurre, para pasar a referir a la pregunta sobre la necesidad o no de resolver conforme a derecho como un interrogante que *deben* llevar a cabo los jueces antes de resolver una causa y, especialmente, una causa que involucre cuestiones constitucionales.

En esta versión normativa, la pregunta de si los jueces deben respetar el Derecho o deben apartarse de él por motivos “políticos” es el tipo de interrogantes que el constitucionalismo pretender erradicar del debate jurídico. Todo aquello que hace o deja de hacer una autoridad pública -y muy especialmente el juez- debe estar prefigurado en normas previas, las que dejan un mayor o menor ámbito para la discrecionalidad, pero no para decidir si obligan o no a la autoridad. Lo discrecional es un ámbito siempre compatible con el derecho y nunca la decisión de apartarse o no del ordenamiento jurídico. Prescindir de esta exigencia es perfectamente posible, pero al costo de dejar de lado una de las bases jurídicas sobre las que pretende construirse la convivencia humana.

La cuestión política como acto ajustado a Derecho

Otra formulación de las cuestiones políticas es aquella en la cual los jueces, analizan el caso y llegan a la conclusión de que la decisión adoptada por los restantes poderes se encuentra dentro del ámbito de sus competencias y que, por lo tanto, la decisión es “política”. Se trataría de “zonas de potestades exclusivas del Congreso y del Poder Ejecutivo”³⁸.

En este caso, las cuestiones políticas pueden ser presentadas de distinta manera, pero en todos los casos existe un pronunciamiento concreto del tribunal por el cual se sostiene que la CN asigna la competencia específica a uno de los restantes poderes³⁹. Nótese que, en un sentido amplio, también la decisión del tribunal decidiendo que el Congreso o el Presidente tienen competencia exclusiva sobre una determinada materia es una decisión “política” en el sentido de determinar o reconocer el ámbito constitucional propio de cada poder⁴⁰.

³⁸ FERREYRA, Raúl Gustavo, *Corte Suprema de Justicia*, Ediar, Bs. As., 2020, p. 71.

³⁹ En un sentido similar, Choper define a la cuestión política como: “*a substantive ruling by the Justices that a constitutional issue regarding the scope of a particular provision (or some aspect of it) should be authoritatively resolved not by Supreme Court but rather by one (or both) of the national political branches*” (CHOPER, Jesse H. “The Political Question Doctrine: Suggested Criteria.” *Duke Law Journal*, vol. 54, no. 6, 2005, ps. 1457, 1461, www.jstor.org/stable/40040515, último acceso: 10/06/2020).

⁴⁰ Indica Dalla Vía que siempre han existido intentos para que “ciertos motivos considerados esencialmente políticos quedaran fuera del poder de inconstitucionalidad de jueces y tribunales”, lo que dio lugar a las “cuestiones políticas no justiciables”, entre las cuales se ubican “cuestiones que son materias privativas de los otros poderes por razones de su naturaleza como declaraciones de guerra y paz, estados de excepción, etc”, sin que para ello sea determinante “que la materia sea o no política, porque si así lo fueran no juzgarían los jueces sobre derechos electorales y partidos políticos en cuanto a su sustancia o

La cuestión política como una competencia constitucionalmente atribuida al Congreso o al Presidente

Una forma habitual en la cual se utiliza la doctrina de las “cuestiones políticas” se encuentra cuando los tribunales, luego de analizar un planteo constitucional, llegan a la conclusión de que el órgano estatal (Administración o Congreso) no ha actuado fuera del ámbito de sus competencias, y que la decisión cuestionada es, en definitiva, una de las distintas alternativas que válidamente podía tomar la autoridad dentro del margen brindado por el ordenamiento jurídico.

Desde esta óptica, escoger una opción u otra es algo que la CN no ha puesto en cabeza de los jueces, sino de otros departamentos del Estado, por lo tanto, la valoración de esa decisión es una *cuestión política no justiciable*.

Se puede ver en los repertorios de la CSJN que el terreno de las conveniencias es extraño al poder judicial, estando limitadas sus facultades a aplicar las leyes y reglamentos, con tal que emanen de autoridad competente y no sean repugnantes a la Constitución⁴¹; que los gobiernos tienen facultades legislativas en la medida necesaria para gobernar y la determinación de esa necesidad en cuanto a la extensión y oportunidad es cuestión política ajena a las atribuciones del poder judicial, al que corresponde, sin embargo, ejercer el control de constitucionalidad con respecto al contenido de las normas provenientes de dicho gobierno del mismo modo que si hubieran emanado de uno legalmente establecido⁴².

contenido” (DALLA VIA, Alberto R., “Los jueces frente a la política”, en *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, N° 22, 2005, págs. 34/35.

⁴¹ Fallos 23:37.

⁴² Fallos 208:184.

De mismo modo se ha afirmado que la mayor o menor conveniencia de recurrir a un sistema de incorporaciones transitorias o permanentes de personal, constituye una decisión de política no revisable en sede judicial por estar limitado el control jurisdiccional de los actos administrativos a los aspectos vinculados con su legitimidad⁴³; o que las decisiones del poder ejecutivo en materia de política salarial, adoptadas en virtud de una ley que lo habilita al efecto, sobre la base de criterios de oportunidad, mérito o conveniencia tenidos en cuenta al momento de su dictado, no son susceptibles de revisión judicial⁴⁴. En sentido análogo se indicó que la facultad del poder ejecutivo de aceptar o rechazar la renuncia de un magistrado sometido al procedimiento del juicio político, integra el ámbito de cuestiones políticas no justiciables y, en tal sentido, la no aceptación de aquella importa un acto de apreciación institucional que tiene relación directa con los fines constitucionales que motivaran la inclusión del procedimiento de remoción⁴⁵.

También ha expresado la CSJN que el poder judicial no puede erigirse en juez de la condición de reciprocidad para negarse a aplicar un tratado, ya que la apreciación de aquella circunstancia y de las consecuencias que su configuración o ausencia pueden generar en el campo de las obligaciones internacionales en juego, constituye una atribución política del poder ejecutivo nacional, en consonancia con las cláusulas constitucionales que confían a éste el manejo de las relaciones exteriores⁴⁶.

En todos estos casos, se ve rápidamente que la utilización del término “cuestiones políticas” hace referencia al ejercicio regular de facultades que la CN ha colocado a cargo de los restantes

⁴³ Fallos 310:2927, 312:1371.

⁴⁴ Fallos 320:976.

⁴⁵ Fallos 336:2404.

⁴⁶ Fallos 328:3193.

poderes. No se trata de conductas inconstitucionales y, mucho menos, de situaciones exentas del control de los magistrados⁴⁷.

Lejos de ello, si el Congreso determinó la existencia de razones de utilidad pública para proceder a la expropiación de un bien, la sentencia que rechace una demanda contra esa ley del Congreso estará reconociendo que éste actuó dentro del margen fijado por la CN.

En esta formulación, en cierta medida tradicional, de la doctrina de las cuestiones políticas, procura deslindar aquellos aspectos que la CN reserva al Congreso o al Poder Ejecutivo, de las situaciones concretas que, por estar en juego los derechos de las personas, no pueden ser sustraídas del control constitucional⁴⁸. Por lo tanto, más

⁴⁷ Utilizando palabras de Rosatti, puede decirse que “*en un contexto republicano las decisiones eminentemente políticas (en tanto prudenciales) tienen previstos mecanismos de control también político (v.gr.: interpelación, juicio político), y en cuanto a las decisiones inconvenientes (no las antijurídicas) resueltas por los poderes políticos, éstas deben ser corregidas por el pueblo en los comicios y no por los jueces en sus sentencias*” (ROSATTI, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, tomo II, p. 483).

⁴⁸ Sosteniendo este tipo de teorías puede encontrarse, por ejemplo, a Linares Quintana, para quien “La no justiciabilidad de las cuestiones políticas no debe dar lugar a equívocos. Lo que escapa de la competencia del poder judicial es exclusivamente la revisión del juicio de valor de sustancia política —más concretamente, del Juicio de prudencia política—, pero en manera alguna las proyecciones del acto político sobre los derechos constitucionales, cuyo amparo es misión específica de los tribunales de justicia (...) La no justiciabilidad de las cuestiones políticas, reducida a sus adecuados y exactos límites, y sin que impida el conocimiento por los tribunales de las proyecciones de aquéllas sobre los derechos constitucionales de los individuos, resulta una consecuencia necesaria del principio de la separación de los poderes, justificadamente reputado como nota esencial del Estado democrático constitucional y como insustituible baluarte de la libertad humana. En efecto, dentro de este sistema institucional, el proceso político y su coronamiento, la decisión política —que comporta un juicio de valor orientado por la prudencia política— han sido lógicamente atribuidos, en forma exclusiva, a los poderes políticos —el legislativo y el ejecutivo—; mientras que la aplicación de las normas jurídicas a los casos particulares, administrando justicia, y, sobre todo, el control de la constitucionalidad —funciones específicamente jurídicas— han sido también lógicamente asignados al poder jurídico: el poder judicial (...). Las cuestiones políticas no son

que de un óbice al control de constitucionalidad, en estos casos estamos frente a un ejercicio regular de la función judicial, la cual se limita a reconocer que una determinada decisión ha sido tomada por el departamento político dentro del marco de atribuciones asignado por la CN. En los términos utilizados por la CSJN, es

justiciables simplemente porque comporten el ejercicio de facultades privativas de los poderes políticos, sino, fundamentalmente, porque implican un juicio de valor en función de la prudencia política, propio y exclusivo de los poderes políticos e impropio del poder jurídico que es el judicial. Es al Congreso y al Presidente a quienes corresponde evaluar la conveniencia o inconveniencia, la oportunidad o inoportunidad y en general todo lo concerniente al bien común de los habitantes. De allí que los tribunales no podrían declarar la inconstitucionalidad de una ley fundándose en tales juicios de valor. Lo contrario allanaría la separación de los poderes, alterando el equilibrio entre éstos, y constituiría al poder judicial en un superpoder al cual estarían subordinados los poderes restantes. Es decir, que desaparecería una de las notas definitorias del gobierno democrático constitucional” (LINARES QUINTANA, Segundo V., Tratado de la ciencia del derecho constitucional, op. cit., tomo 3, p. 508/510).

Hasta allí, parece claro que al hacer referencia a cuestiones políticas no estamos frente a ninguna categoría específica en materia de control de constitucionalidad. Sólo se trata de reconocer que la Constitución colocó en cabeza de los restantes poderes determinadas competencias y que su ejercicio no puede ser modificado por juicios de oportunidad y conveniencia de los tribunales, pues la transgresión constitucional sería cometida por el juez, al arrogarse una competencia que no lo ha sido atribuida.

Sin embargo, luego el autor efectúa una mención que parece ampliar el ámbito de este tipo de cuestiones; concretamente, afirma que “*las eventuales violaciones de la Constitución configuradas por las cuestiones políticas no justiciables, si bien escaparían al control judicial, generarían la responsabilidad política de los titulares de los poderes políticos autores de los actos violatorios, la cual, fundamentalmente, es hecha efectiva por el pueblo de la Nación en los comicios*” (ibídem). Esta última afirmación parece admitir la existencia de transgresiones constitucionales que quedarían exentas del control de los magistrados, lo que parece extender considerablemente el ámbito de aplicación de esta doctrina. Si bien no se explica del todo cuáles serían esas transgresiones, en caso de que se refiera a situaciones en las cuales existe una transgresión constitucional, pero nadie afectado por ella y, por lo tanto, no exista un caso judicial, nos remitimos al apartado siguiente. En cambio, si de lo que se trata es de aceptar que ciertos casos judiciales no puedan ser resueltos sobre el fondo debido a criterios de prudencia política, la hipótesis quedaría alcanzada por lo que denominamos dejando así sin remedio la violación a derechos constitucionales, intentaremos brindar a una respuesta negativa a esta hipótesis en este mismo trabajo.

inherente a las funciones de un tribunal judicial interpretar las normas que confieren las potestades que son privativas de los otros poderes para determinar su alcance, sin que tal tema constituya una cuestión política inmune al ejercicio de la jurisdicción⁴⁹.

Esta doctrina sería, en definitiva, un reconocimiento de lo ya expuesto por Varela en *Cullen c/ Llerena*, en el sentido de que “las funciones políticas privativas de los departamentos políticos del Estado no son susceptibles de un juicio ante los tribunales, cuando el ejercicio de esas funciones no ha puesto la ley o el acto ejecutado en conflicto con la Constitución misma”. Si ese conflicto existiese, Varela nos indicaría que “siempre surgirá un caso judicial, que podrá ser llevado ante los tribunales por la parte agraviada”.

Esta acepción del término “cuestión política” no está situada en un estadio previo al Derecho, sino que se encuentra en el propio ADN de la labor judicial decidir, a la hora de resolver un caso concreto, cuál es el ámbito reservado a los restantes poderes y cuándo existe un límite jurídico que ha sido transgredido por la medida cuestionada. Nótese que aquí, a diferencia de cualquier otro de los supuestos, existe una sentencia sobre el fondo de la cuestión; el tribunal analiza el ejercicio de una determinada competencia por parte del Congreso o del Poder Ejecutivo y llega a la conclusión que no se ha apartado del ordenamiento jurídico.

Aquí podemos ver muchas posiciones doctrinarias que propugnan por un control de constitucionalidad equilibrado, que haga respetar los límites constitucionales pero que, al mismo tiempo, no arrebate al Congreso y a la Administración decisiones que le son propias⁵⁰.

⁴⁹ Fallos 316:972,321:3236,322:2370, 324:3358, etc.

⁵⁰ “...se trata de buscar el equilibrio en el modo en que los jueces revisan la actividad de los otros poderes del Estado. Caer en ambos extremos defectuosos –un activismo mal entendido o una abdicación judicial a controlar

Esta categoría de cuestiones políticas no presenta mayores problemas en materia de control de constitucionalidad. Lo que se está discutiendo, cuando se debate si estamos o no ante una cuestión política, no es más que establecer a qué poder o departamento estatal la CN asignó una determinada competencia y/o si esa competencia ha sido ejercida con sujeción al ordenamiento jurídico. ¿Se necesita entonces hablar de “cuestiones políticas”? ¿No sería mejor decir las cosas en términos más llanos y discutir de quién es la competencia o cuáles son sus límites?

Desde luego, no se intenta ser ingenuo. Si bien aquí las “cuestiones políticas” no presentan mayores dificultades como doctrina específica, dentro de ellas se desenvuelve uno de los debates más importantes y actuales en materia de teoría constitucional y filosofía del derecho, como lo es la de establecer y deslindar los márgenes de actuación de los poderes ejecutivo y legislativo. Y ello a partir de un concepto de difícil aprehensión e imposible omisión como lo es el control de razonabilidad, cuya intensidad -en especial en lo que hace a la idea de proporcionalidad en sentido estricto- establece las fronteras entre el actuar judicial y las competencias legislativas y administrativas⁵¹.

la actividad estatal- es malo para el Estado de Derecho. Por ello, hay que bregar por un control judicial adecuado. Encontrar ese equilibrio no es fácil” (YLARRI, Juan Santiago, “Los fundamentos de las cuestiones políticas no justiciables (con especial referencia al control de la declaración del estado de sitio y la intervención federal)”, en Revista de Derecho Público, vol. 2020-1, p. 472).

⁵¹ Esas fronteras pueden estar a kilómetros de distancia, ya sea retrayendo el ámbito de actuación del poder judicial o ampliándolo hasta confines muy lejanos, riesgos que algunos denominan “imperialismo de la moral”. Esto es especialmente relevante en lo que respecta al control judicial de razonabilidad de las políticas públicas, el cual plantea grandes interrogantes en cuanto al principio de división de poderes y riesgos de extralimitación judicial al cual muchos consideran una sobrejudicialización de los procesos políticos y sociales (Cfr. SANTIAGO, Alfonso (h), *Estudios de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Bs. As., 2017, p. 191).

El mayor riesgo a las facultades del Congreso y del Poder Ejecutivo no provienen de la eliminación de la categoría de las cuestiones políticas, sino de la adopción de posiciones jusfilosóficas que, en los hechos, permiten que toda decisión “política” pueda ser dejada sin efecto por un juez con el argumento -por ejemplo- de que existía una alternativa mejor.

Luego se volverá sobre esta versión de las “cuestiones políticas”, por ahora solo se ha pretendido introducir la duda acerca de la necesidad o utilidad de esta doctrina.

El acto institucional

Dentro de esta idea de las cuestiones políticas como actos ajustados al derecho, algunos autores procuran construir una sistematización que dé cuenta de esta atribución de competencias que, con diferente intensidad, pero siempre en el marco del Derecho, efectúa la CN.

Tal es el caso de Cassagne, quien continúa y ajusta la doctrina del acto institucional elaborada por Marienhoff, para elaborar un concepto de *acto constitucional no justiciable*, a fin de explicar situaciones en las cuales se reduce la densidad del control judicial y se obtura la posibilidad de legitimar a afectar indirectos o difusos, pero permitiendo, en todos los casos, que cualquier sujeto afectado en forma directa pueda acudir a la justicia para obtener el restablecimiento de sus derechos, cuando el acto lesivo conculque una prescripción constitucional o legal. En este último caso, el control de constitucionalidad alcanzará no sólo al acto de ejecución, sino también al acto político que le sirve de antecedentes⁵².

⁵² CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo*, op. cit., p. 210. A fin de exponer de modo más prolijo la posición de este autor, cabe transcribir algunos de los párrafos más salientes de su explicación: “... *la regla general es*

Esta es, también, una tesis que propugna la regla plena justiciabilidad de los actos “políticos”, pero con límites estrictos a la hora de exigir la configuración del caso y los consiguientes alcances de la decisión.

Al rechazar la presencia de cuestiones políticas exentas del control judicial, no se pretende negar que existen valoraciones y decisiones reservadas al Congreso o a la Administración y que, salvos casos de irrazonabilidad clara, no pueden ser objeto de control judicial. En estos casos, el control judicial existe, pero se limita a constatar que la decisión haya sido tomada dentro del ámbito -más o menos amplio- que la Constitución reservó a los restantes poderes. Se trata, insistimos, de un problema que toca algunas de las fibras más sensibles de nuestro régimen constitucional.

Precisamente una de las características que determinan el balance del poder entre los distintos departamentos del Estado, está dada por el margen de actuación que se dejará a los restantes poderes y, como anverso de la medalla, cuán importante podrá ser la discreción de la que gozan los jueces a la hora de escoger

que, en principio, todos los actos emanados de los poderes Ejecutivos y Legislativos son justiciables... al lado de los actos administrativos que son la mayoría, coexisten una serie de actos regidos predominantemente por el Derecho Constitucional que poseen características propias con diferentes modalidades en el régimen de control judicial, que los distinguen entre ellos... a) se trata de actos privativos del Congreso o del Presidente, que surgen de preceptos constitucionales expuestos (v.gr., declaración de estado de sitio o intervención federal a las provincias, art. 75, incs. 29 y 31, CN); esas potestades privativas se ejercen en el marco de las relaciones intrapoderes... o en el plano internacional... y c) consecuentemente, no generan efectos directos sobre las personas o particulares ni lesionan, por tanto, sus derechos e intereses jurídicos. La característica descriptiva de estos actos constitucionales interapoderes es que ellos no son directamente justiciables. Su juzgamiento opera a través de los actos administrativos que los ponen en ejecución y nada impide que, en tales casos, los jueces se pronuncien sobre la constitucionalidad de la causa antecedente del acto administrativo de ejecución, aun cuando sus efectos se limitan a quienes fueron parte de la controversia...” (ibídem, ps. 208/209).

soluciones que consideren más adecuadas. Se trata, sin embargo, de una cuestión distinta a la que se aborda en esta ocasión⁵³.

La gran mayoría de la doctrina está de acuerdo en considerar que en todo acto del Congreso o de la Administración coexisten ámbitos de actuación librados al arbitrio del funcionario o del cuerpo legislativo con límites jurídicos cuya transgresión habilitaría la declaración judicial de inconstitucionalidad⁵⁴. Pero no hay en ellos ninguna transgresión constitucional ni ninguna limitación al ejercicio del control de constitucionalidad. Parece asistir la razón, entonces, a quienes consideran que ésta es una “falsa” doctrina de cuestiones políticas no justiciables⁵⁵.

⁵³ Se han efectuado algunas menciones sobre los márgenes de actuación de los restantes poderes frente al Poder Judicial y las dificultades constitucionales de este problema en LAPLACETTE, Carlos José, *Recurso extraordinario federal por arbitrariedad de sentencia*, op. cit., ps. 116/121.

⁵⁴ Solo a título de ejemplo: “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*” (HARO, Ricardo, *Constitución, poder y control*, UNAM, 2004, p. 174).

Esta última mención de Haro remite a la distinción entre el deber judicial de resolver las causas de acuerdo con derecho y la posibilidad del Rey o del Parlamento de resolver de acuerdo con su voluntad, deber del cual luego derivó el control de constitucionalidad (cfr. HAMBURGUER, Philip, *Law and Judicial Duty*, Harvard University Press, 2008, *passim*).

En forma gráfica, Bianchi destaca que muchos actos del Congreso o de la Administración tienen, como el dios Jano, dos caras: una alcanzada por el control judicial y otra no (cfr. BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, op. cit., tomo 2, p. 277).

⁵⁵ Cfr. SEIDMAN, Louis Michel, “The Secret Life of the Political Question Doctrine”, op. cit.

Vanossi, por ejemplo, luego de destacar las imprecisiones terminológicas que rodean la cuestión, entiende que no tiene prosélitos la tesis de la justiciabilidad si se invocan las cuestiones políticas como marco de referencia de atribuciones de los llamados “poderes políticos”; distinto es el caso, que aquí

Desde esta perspectiva, la doctrina de las cuestiones políticas, si no es “falsa”, es cuanto menos innecesaria. La cuestión traída a juicio será perfectamente justiciable, y el resultado de ese juicio será que la conducta o acto que se somete a consideración no son incompatibles con la CN. Para resolver de ese modo y rechazar el planteo llevado a conocimiento del poder judicial, no se necesita ninguna doctrina específica.

La cuestión política como sinónimo de ausencia de caso judicial

Para comprender adecuadamente el alcance de esta categoría es necesaria una advertencia previa acerca del sentido con el cual se utiliza la idea de caso judicial. En un sentido *estricto*, el “caso” en los términos del artículo 116 CN requiere que exista una controversia real, que no sea prematura ni haya devenido abstracta y que tenga lugar entre partes con intereses contrapuestos (conflicto real + actualidad + legitimación activa y pasiva).

Esta idea de caso judicial se complementa, en ocasiones, con un requisito negativo: que exista un caso y que no se trate de una cuestión política no justiciable. A esta segunda versión podemos llamar caso en sentido *amplio* (conflicto real + actualidad + legitimación activa y pasiva – cuestión política)⁵⁶.

veremos en cuarto lugar (apartado 3.3.5), de entender a la cuestión política como a un conjunto de casos emergentes de la dilucidación de conflictos sobre derechos presuntamente lesionados por la comisión de actos políticos o de actos ejecutados en función de atribuciones políticas de los poderes ejecutivo y legislativo del Estado (VANOSSI, Jorge R., *Teoría Constitucional*, 2da. ed., Depalma, Bs. As, 2000, tomo II, p. 182/183).

⁵⁶ Más adelante se explicarán los motivos por los cuales se considera inconveniente esta noción amplia de caso judicial.

Los ejemplos de “cuestiones políticas” que se citan en este apartado son aquellos en los cuales la CSJN a utilizado esa noción para desestimar planteos que no reunían los requisitos propios de un caso judicial *en sentido estricto*, es decir, cuando no existía una controversia concreta, actual y llevada a cabo por quienes cuentan con legitimación procesal para ello.

Por ejemplo, para rechazar la legitimación de los ciudadanos o de los contribuyentes como título suficiente para cuestionar una determinada decisión en materia de gasto público, se afirma en forma reiterada que la protección de aquellos, dada su base potencialmente amplia es, precisamente, el tipo de influencia que en una democracia debe ser utilizada ante las ramas del gobierno destinadas a ser sensibles frente a la actitud de la población, modalidad de naturaleza política a la que es ajeno el poder judicial⁵⁷.

En *Constantino Lorenzo*⁵⁸, frente al planteo de un particular que, en su carácter de ciudadano, solicitaba la declaración de inconstitucionalidad del Tratado de Paz y Amistad entre Argentina y Chile, así como de la ley de su aprobación, la CSJN consideró que, frente a la ausencia de legitimación, no está en la órbita del poder judicial la facultad de expedirse en forma general sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por el Congreso o por el Presidente. Algo similar ocurrió en el caso *Polino*⁵⁹, donde se rechazó la legitimación de los legisladores para impugnar la ley que declaraba la necesidad de reforma, afirmando que ese requisito impedía que la actividad del tribunal se dilate hasta adquirir las características del poder legislativo.

⁵⁷ Fallos 326:1007.

⁵⁸ Fallos 307:2384.

⁵⁹ Fallos 317:335 (1994). La lectura de los distintos votos del fallo permite advertir los distintos alcances con los cuales es utilizado el término “cuestiones políticas”, incluida una acertada crítica de Nazareno, quien habla de “la inconveniencia de tan vaga e imprecisa denominación” (cons. 6).

Bianchi distingue este supuesto de cuestiones políticas de los restantes y las denomina *cuestiones políticas funcionales*; ellas estarían motivadas por la ausencia de legitimación en quien efectúa el planteo y las ejemplifica con el caso *Polino*⁶⁰. Se comparte en buena medida la distinción propuesta por Bianchi, extendiéndola a todas aquellas situaciones en las cuales la CSJN considera que está frente a una “cuestión política” porque no existe caso judicial en sentido estricto.

Aquí tampoco resulta necesario recurrir a la doctrina de las cuestiones políticas; el poder judicial no dictará sentencia sobre el fondo de la cuestión porque no está frente a una causa en los términos del artículo 116 CN, y para así decir basta con recurrir a los distintos elementos de la doctrina de caso judicial entendida en un sentido estricto (controversia real, legitimación y actualidad del planteo), mucho más específica y concreta que una mención a las “cuestiones políticas no justiciables”⁶¹.

La cuestión política como límite jurídico al control de constitucionalidad

1.- Finalmente, una última acepción de los términos “cuestión política no justiciable”, está dada por aquellos supuestos en los cuales el Poder Judicial, frente a una controversia actual, planteada por quien considera que sus derechos se ven afectados como

⁶⁰ BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, op. cit., tomo 2, ps. 277/8.

⁶¹ A ello se le suma que, incluso en una versión amplia de la idea de caso (que incluya el concepto de cuestión política como un requisito negativo), ella no serviría para definir lo que es un acto justiciable. Por el contrario, afirmar que se trata de una cuestión política porque no hay caso, sería una petición de principios ya que lo que hay que determinar es, precisamente, en qué condiciones un determinado acto está exento de revisión por parte de los jueces y de allí deducir que no se está frente a un caso o causa judicial (CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo*, op. cit., p. 206).

consecuencia de una conducta o de una norma claramente inconstitucionales, aun así, el Poder Judicial omite dictar sentencia sobre el fondo de la cuestión, limitándose a afirmar que se encuentra ante una cuestión política. En estos casos, existe una idea de irrevisabilidad o invulnerabilidad de la decisión adoptada por los restantes poderes, la cual se funda, antes que en el texto de la CN, en razones de prudencia judicial.

La existencia de ciertas materias irrevisables ha encontrado eco en algunos precedentes de la CSJN. Un ejemplo se puede encontrar en el caso *Petrus S.A. de Minas*⁶², donde una parte directamente interesada; denunciaba una infracción constitucional concreta. Se trataba de un tributo sancionado por el Congreso sin que el proyecto de ley tuviera a la Cámara de Diputados como Cámara de origen y, por lo tanto, sin respetar el procedimiento legislativo fijado por la CN. A pesar de estar frente a un caso judicial y a una conducta claramente inconstitucional, la CSJN rechazó el planteo del contribuyente, afirmando que el proceso de sanción de una ley es una cuestión política no justiciable.

Otro ejemplo donde esta acepción de la idea de cuestión política es todavía más clara se puede encontrar en *Merk Química Argentina S.A.*⁶³, donde se indicó que:

“...no cabe discusión alguna sobre la existencia y preexistencia de tales poderes de guerra, por cuanto los principios rectores de que están informados en la mira a la salvaguardia de la integridad e independencia nacional o salud y bienestar económico-social que significa uno de los objetos primarios de toda sociedad civil, son forzosamente anteriores y, llegado el caso, aun mismo superiores a la propia Constitución... no es del

⁶² Fallos 210:855 (1948).

⁶³ Fallos 211: 162 (1948).

resorte del Poder Judicial juzgar y resolver sobre aquellas necesidades, los medios escogidos y la oportunidad en que pudieron o debieron ser realizados, desde el momento que el exclusivo poder autorizado para determinar sobre la procedencia o razonabilidad bélica de esas y otras medidas adoptadas en el curso del estado de guerra, es el mismo órgano de gobierno asistido de aquellas atribuciones insusceptibles de ser calificadas como judiciales”.

En estos casos, hablar de cuestión política no justiciable no es ocioso ni innecesario, la doctrina tiene aquí un sentido concreto y una importancia decisiva, ya que no existe otro motivo por el cual el Poder Judicial podría dejar de reconocer la existencia de una clara violación constitucional en perjuicio de una de las partes.

Desde esta óptica, la doctrina de las cuestiones políticas constituye un estatus de injusticiabilidad, destinado a amparar con la no revisión a ciertas determinaciones originadas en el poder ejecutivo y legislativo, así como también a dar un *bill* de indemnidad a las consecuencias que resulten de esas mismas determinaciones⁶⁴.

Se explica que esta doctrina provee a los tribunales de técnicas para evitar decidir casos sobre el fondo de la cuestión planteada, cuando ello podría ser imprudente⁶⁵. Esta idea de “prudencia” se encuentra particularmente presente en esta versión de la doctrina sobre cuestiones políticas no justiciables⁶⁶ y es, en buena medida, la justificación de su existencia⁶⁷.

⁶⁴ VANOSI, Jorge R., *Teoría Constitucional*, op. cit., tomo II, p. 192

⁶⁵ TUSHNET, Mark V., “Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Doctrine”, cit., p. 1204.

⁶⁶ La idea de prudencia judicial también puede estar presente al analizar cuáles es el alcance de las atribuciones de cada uno de los poderes del Estado y

2.- Una forma más refinada o limitada de esta posición, es aquella que considera que el acto político no es justiciable, pero sí lo son sus aplicaciones concretas; esta doctrina ha sido particularmente aplicada con el estado de sitio.

La gravedad de la situación en la que encuentra justificativo la declaración del estado de sitio, junto con la atribución de competencia en otros órganos constitucionales, tanto para su declaración como para el dictado y ejecución de medidas en su consecuencia y la mención expresa del texto constitucional de que quedan “*suspensas allí las garantías constitucionales*”, parecen motivos relevantes para sostener, en un primer análisis, la dificultad de que los tribunales judiciales controlen la juridicidad de tales aspectos.

La jurisprudencia tradicional de nuestro país entendía que le estaba vedado a los tribunales ejercer un control de los actos dictados durante el estado de sitio. Sin embargo, esta doctrina recibió fuertes críticas desde diversos sectores. La modificación de la concepción restrictiva del control judicial comienza a darse en el año 1959 con el dictado de la sentencia en el caso *Sofía*⁶⁸.

hasta dónde puede llegar la valoración judicial de la decisión de los restantes poderes, pero se trata de un ámbito de aplicación distinto, al cual nos hemos hecho referencia en el apartado 10.

⁶⁷ En un trabajo de 1924, Maurice Filkelstein afirmaba que la doctrina de las cuestiones políticas “aplica a todas aquellas materias en las cuales los tribunales, en un momento dado, consideren que será impolítico o inoportuno asumir jurisdicción. A veces esa idea de inconveniencia resultará del temor a la vastedad de las consecuencias que la decisión sobre el fondo del litigio puede implicar. En ocasiones ella resultará de la sensación de que el tribunal es incompetente para tratar el particular tipo de cuestión que está involucrada. En otros casos, ella estará inducida por la sensación de que la materia es ‘demasiado elevada’ para el tribunal.” (FINKELSTEIN, Maurice, “Judicial Self-Limitation”, 37 Harv.L.Rev. 338, 339 -1924-).

⁶⁸ Fallos 243:504. Antes de ello, en *Alem* (Fallos 54:432 -1893-) la CSJN había controlado actos concretos dispuestos dentro de un estado de sitio, resolviendo que ni siquiera en bajo su vigencia cesa la inmunidad congresual.

En esa ocasión, con fundamento en la vigencia del estado de sitio, el jefe de la Policía Federal había negado a la Liga Argentina por los Derechos del Hombre la autorización para realizar un acto público tendiente a “*analizar la situación imperante en el Paraguay, en relación a la vigencia de los derechos del hombre*”. El caso llega a la CSJN quien, afirmó que encontrándose en vigencia la declaración del estado de sitio, el derecho de reunión está en suspenso. Asimismo, también expresó que una vez declarado por el Congreso el estado de sitio, acto al que se consideró político y no justiciable, los actos que Poder Ejecutivo adopte para efectivizarlo -entre ellos la prohibición de una reunión pública-, son actos administrativos cuya ejecución supone el ejercicio de facultades privativas y, en principio, no revisables judicialmente.

Sentado ese principio, la CSJN afirmó también que en el control judicial procedería frente a “*casos estrictamente excepcionales*”, los que dividió en dos grupos: a) si el Poder Ejecutivo utilizara la facultad de arrestar o trasladar personas en franca y ostensible transgresión de los límites constitucionales (por ejemplo, si se aplicara una pena o se negase el derecho de opción para salir del territorio argentino); y b) cuando la generalidad de las medidas de ejecución del estado de sitio sea clara y manifiestamente irrazonable, es decir, cuando ellas impliquen medios que no guarden relación alguna con los fines del artículo 23 CN. Tal cosa ocurriría, explica la CSJN, si con fundamento en el estado de sitio, se prohibiera a un extranjero testar o casarse conforme a las leyes. Con esas premisas, el tribunal revocó el fallo recurrido y consideró que no era irrazonable la decisión del Jefe de Policía, entendiendo que por lo general de la aglomeración de

personas pueden resultar perturbados el orden y la tranquilidad públicos⁶⁹.

La doctrina que comenzaba a esbozarse en *Sofía*, fue reiterada y paulatinamente ampliada en pronunciamientos posteriores. Por aquellos años, si bien se reafirmó la facultad judicial de controlar la razonabilidad de los actos dispuestos durante el estado de sitio, ello fue casi eufemístico, ya que no se consideró irrazonable, entre otras cosas: - el secuestro de dos ejemplares de semanarios que la autoridad administrativa consideró perturbadores de la tranquilidad general y del orden público⁷⁰; - la clausura de la sede de un sindicato⁷¹; -la prohibición de las actividades de una agrupación, de la circulación de su periódico y la clausura de su editorial⁷²; - la prohibición de realizar reunión pública por entender que la autoridad policial que la misma habría provocado desórdenes y hechos de violencia⁷³, etc..

Habrá que esperar trece agitados años para encontrar un antecedente exitoso de control de la razonabilidad de las medidas dispuestas durante el estado de sitio. Ello ocurre en *Mallo*⁷⁴, donde la CSN hace lugar a un amparo y deja sin efecto la prohibición de exhibir una película con motivo del estado de sitio.⁷⁵ Otro ejemplo

⁶⁹ El fallo contó con las disidencias de Alfredo Orgaz, quien entendió que la reunión convocada a fin de la vigencia de los derechos del hombre en Paraguay no tenía vinculación alguna con las causas que motivaron el estado de sitio, y de Luis María Boffi Boggero, quien coincidió en indicar que tal reunión no aparecía en condiciones de perturbar el ejercicio de la CN ni a las autoridades creadas por ella, ante lo cual no podía habersele atribuido anticipadamente tal finalidad o aptitud.

⁷⁰ Fallos 244:59, en igual sentido: Fallos 250:826, 250:832, 252:244, etc.

⁷¹ Fallos 248:800.

⁷² Fallos 250:196.

⁷³ Fallos 253:44.

⁷⁴ Fallos 282:392.

⁷⁵ Se trataba del film *Ni Vencedores Ni Vencidos*, sobre la cual la CSJN dijo que siendo una película compuesta sobre la base de secuencias fílmicas documentales, objetivamente desprovista de carácter insurreccional, aun cuando aborda un tema vinculado con episodios y personajes de reciente actuación, que

de límite al Congreso o a la Administración lo tenemos en *Zamorano*⁷⁶, donde el tribunal señala que para poder realizar el control de razonabilidad de las medidas dispuestas por el poder ejecutivo resulta indispensable que éste informe sobre los motivos que las determinaron, lo cual no se cumple si las respuestas son genéricas e imprecisas, resolviendo entonces la CSJN oficiar a fin de que se envíe tal información.

Al año siguiente, en *Timerman*⁷⁷, reiterando los principios sentados en *Sofía*, la CSJN dijo que el control judicial de los arrestos dispuestos por el Poder Ejecutivo en el marco de las facultades conferidas por el artículo 23 CN tiene un carácter excepcional y el control de razonabilidad abarca un doble aspecto: a) la relación entre la garantía afectada y el estado de conmoción interior; y b) la verificación de si acto restrictivo guarda proporción adecuada con los fines perseguidos por la declaración del estado de sitio⁷⁸. También se aclaró que, ante los requerimientos de los jueces competentes, el Poder Ejecutivo estaba obligado a proporcionar una información suficiente sobre cada caso concreto.

En el año 1984 se sanciona la Ley de Hábeas Corpus -ley 23.098- cuyo artículo 4º establece que “*cuando sea limitada la libertad de una persona en virtud de la declaración prevista en el artículo 23 de la Constitución Nacional, el procedimiento de hábeas corpus podrá tender a comprobar, en el caso concreto: 1º La legitimidad de la declaración del estado de sitio...*”. Esta disposición parecía traer consigo una notable innovación en la materia, pero ya en el debate parlamentario surgieron dificultades

provocaron enconadas polémicas, no había en la obra materia que autorizare a mantener la prohibición y el secuestro ordenados por el Poder Ejecutivo en uso de las facultades del art. 23 CN.

⁷⁶ Fallos 298:441.

⁷⁷ Fallos 300:816.

⁷⁸ En el caso se consideró que no era razonable reconocer que subsista la adecuación de causa entre la declaración del estado de sitio y la detención contra la cual se dedujo el hábeas corpus.

para determinar cuál era el alcance de esta facultad otorgada a los jueces por el legislador⁷⁹.

Al analizar esta norma, la CSJN luego afirmó que “no cabe entender que haya sido intención del legislador apartarse de la reiterada jurisprudencia del Tribunal, que ha reconocido como facultades privativas de los poderes legislativo y ejecutivo las referentes a apreciar las circunstancias de hecho que tornan aconsejables la adopción de tal recurso, por lo que la decisión de dichos poderes que instaura el estado de sitio no resulta revisable judicialmente”⁸⁰. Continuará expresando el tribunal que queda excluido el análisis de fondo, es decir, el atinente a la apreciación de los hechos determinantes de la declaración del estado de sitio, “resta el juicio que concierne a los requisitos de competencia y de forma en la cual queda incluido lo relativo no sólo a las modalidades extrínsecas de la ley o del decreto declarativos del estado de sitio, sino también a posibles requisitos sobre el contenido necesario del acto, como lo son el plazo expreso y la determinación del lugar”.

De esta manera, para la CSJN, en materia de estado de sitio: a) no es revisable judicialmente la declaración del estado de sitio; b) existe un control de carácter excepcional sobre la razonabilidad de las medidas dispuestas por el Poder Ejecutivo en el marco del

⁷⁹ Por un lado, el senador Eduardo Menem criticaba la norma por no ser clara y dejar abierta la posibilidad de que los jueces se arrogasen la facultad de analizar si estaban dadas o no las condiciones para la declaración del estado de sitio. Cuestión que, como se ha visto, tradicionalmente había sido considerada no justiciable. A lo que el senador De La Rúa, autor del proyecto de ley, respondía que el texto proyectado y finalmente aprobado no permitía a los jueces examinar la oportunidad ni la voluntad de declarar el estado de sitio, sino que este control de legitimidad se refería a examinar si la declaración fue efectuada por la autoridad competente, por las causas que la Constitución admite y, en todo caso, con la limitación territorial vinculada con la causa que se invoca (Sobre el particular, SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus*, 3ra. ed., Bs. As., 1998, p. 242/243).

⁸⁰ Fallos 307:2284.

artículo 23 CN; c) este control de razonabilidad incluye tanto la relación entre la garantía afectada y el estado de conmoción interior, como la verificación de si acto restrictivo guarda proporción adecuada con los fines perseguidos por la declaración del estado de sitio.

A partir de la doctrina de la CSJN al respecto, Sacristán indica que “...determinar cuándo existe una ‘conmoción interior’ que justifique imponer el estado de sitio o bien cuándo es preciso intervenir los poderes de una provincia para ‘garantir la forma republicana de gobierno’, parecen ser decisiones que no pueden estar alcanzadas por la revisión judicial. Es más, si los jueces revisaran estas decisiones, invadirían la zona de reserva de los otros poderes, de la misma manera que si pretendieran legislar o administrar. Empero, bien es sabido también que la Constitución no solo establece un gobierno de poderes separados, sino también un sistema de controles recíprocos entre ellos, como medio de evitar que se produzcan desbordes autoritarios. Se sigue de ello que, si bien la ‘decisión política’ en sí, no es susceptible -como regla- de control judicial, sí lo son en cambio todas aquellas que se adopten como consecuencia de aquella pues, de lo contrario, la Constitución -so color de reconocer estados de emergencia-, habría facilitado el ejercicio de poderes absolutos”⁸¹.

El principio parece suficiente para resolver la gran mayoría de los problemas; es difícil imaginar una declaración de estado de sitio sin un mínimo de conmoción interior que pueda justificarse en términos constitucionales, por lo que usualmente los actos concretos serán aquellos que den lugar a su judicialización y eventual declaración de inconstitucionalidad. Sin embargo, sería posible pensar una situación en la cual se dicte el estado de sitio

⁸¹ SACRISTÁN, Estela, “Control judicial del estado de sitio y de la intervención federal”, Rev. Investig. Const. vol.1 no.1 Curitiba Jan./Apr. 2014, disponible en: <https://doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40247> (último ingreso 26.05.2020).

sin ningún tipo de conmoción interior y que, como consecuencia de ello, se generen manifestaciones en contra de la medida, algunas de ellas den lugar disturbios, y en ese marco el Poder Ejecutivo decida detener y mantener bajo su control a quienes participaron de los disturbios. En un caso semejante, lo único que podría valorar el juez sería la legitimidad de la declaración del estado de sitio pues si esta lo fuese, la medida concreta de detención del revoltoso parecería inobjetable⁸².

3.- Estrechamente vinculado con lo anterior, otra posibilidad que se encuentra entre quienes ven en la cuestión política actos cuya realización ha sido asignada por la Constitución a autoridades distintas de los jueces; puede encontrarse en un trabajo de Tara Leigh Grove, quien a partir del análisis de la utilización de la doctrina de las cuestiones políticas en la USSC durante el siglo XIX y parte del siglo XX, llega a la conclusión de que, a diferencia de lo que ocurre desde mediados del siglo XX, la doctrina de las cuestiones políticas no se refería cuestiones constitucionales sino a ciertas determinaciones fácticas realizadas por el Congreso o por el Presidente que no podían ser revisadas por los tribunales⁸³.

De acuerdo con esa doctrina tradicional, tanto los tribunales federales como los tribunales estatales consideraban definitivas las decisiones de las ramas políticas sobre ciertos asuntos de hecho, ya sea que fuesen correctas o equivocadas. Desde esta perspectiva se trataba, efectivamente, de una doctrina de *judicial restraint*. En el siglo XX, en especial luego de *Baker v. Carr*, la USSC modificó

⁸² Cassagne se pronuncia en forma favorable al control judicial de este tipo de actos frente a situaciones excepcionales, en las cuales se esté ante “una absurda o abusiva interpretación de la Constitución, o bien, una manifiesta irrazonabilidad que implique una grosera violación constitucional (ej.: intervención de una provincia por no haber recibido al Presidente en el aeropuerto con los honores de estilo)” (CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo*, op. cit., p. 210).

⁸³ GROVE, Tara Leigh, “The Lost History of the Political Question Doctrine”, N.Y.U.L.R., Vol. 90:1908, diciembre 2015.

sustancialmente ese criterio y comenzó a considerar a las cuestiones políticas como un problema no de hecho, sino jurídico, por el cual ahora asume la atribución debe determinar a quién corresponde decidir una cuestión constitucional⁸⁴.

4.- En cualquiera de sus variantes, esta doctrina de las cuestiones políticas pretende justificar, en términos constitucionales, que existan situaciones en las cuales los tribunales, incluso encontrándose frente a un caso judicial, omitan efectuar el juicio de adecuación entre lo decidido por la autoridad política y el ordenamiento jurídico, es decir, dejen de considerar si el ejercicio del poder por parte de una autoridad es o no ajustado a derecho.

El éxito de esta posición por evitar involucrar al poder judicial en debates o conflictos políticos parece muy limitado. Por un lado, los funcionarios políticos también están significativamente interesados en la resolución de causas estrictamente judiciales y, por otro lado, la determinación de cuándo se estaría frente a una cuestión política no justiciable requiere de un juicio de naturaleza estrictamente política.

Es precisamente aquí donde la doctrina de las cuestiones políticas pierde sustento y se torna incompatible. Ante la violación de una norma constitucional y el consiguiente reclamo de un afectado concreto, no pueden existir motivos para excluir esa causa de las mencionadas en el artículo 116 CN, mucho menos luego de la incorporación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁸⁴

Ibídem, ps. 1967/8.

Las diversas “cuestiones políticas”. Problemas de una categoría innecesaria, inconstitucional o fuera de lugar

Si se desandan algunos pasos y se intenta responder a las preguntas de Henkin, es posible sostener que no hay una doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, sino muchas.

El término es utilizado frente a situaciones sumamente diversas, como aquellos casos en los cuales el actor no está legitimado, o para sostener que el Congreso o el Poder Ejecutivo actuaron dentro del ámbito propio de sus competencias o, finalmente, para eludir el dictado de una sentencia sobre el fondo de la cuestión, a pesar de que, en el marco de un caso judicial, se esté frente a una violación constitucional clara.

La diversidad de sentidos con las cuales el término es utilizado, resulta suficiente para generar problemas a la hora de su análisis. Una discusión en esta materia sólo sería posible si acordáramos, previamente, de qué estamos hablando cuando hablamos de cuestiones políticas no justiciables. De lo contrario, el riesgo es la prolongación de debates estériles, entre personas que hablan de cosas distintas.

Advertir las dificultades que provienen de la polisemia que cubre la idea de cuestión política no justiciable constituye un avance teórico significativo, pero aún en ese caso, una vez que concluimos en que existen diferentes doctrinas de cuestiones políticas no justiciables, subsistirá otra pregunta no menor: *¿Necesitamos a la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables?*

En los casos de la cuestión política como sinónimo de acto constitucionalmente válido y de la cuestión política como sinónimo de ausencia de caso judicial, no es necesario una doctrina de las

cuestiones políticas para explicar o justificar una resolución judicial que deje de declarar la inconstitucionalidad del acto impugnado.

En el primer caso existirá una resolución sobre el fondo de la cuestión, y allí se concluirá en que la conducta de las autoridades no es incompatible con la CN. No habrá aquí ningún límite a las facultades judiciales y la sentencia abordará el fondo de la cuestión. La justiciabilidad de la cuestión será plena, y la conclusión no será otra que la ausencia de incompatibilidad entre el acto impugnado y la CN. La cuestión será “política” porque el ordenamiento jurídico la asignó al Poder Ejecutivo o al Congreso y estos actuaron de modo regular dentro de sus atribuciones.

En el segundo caso, no habrá una sentencia sobre el fondo porque no existe caso judicial. En esta conclusión, el carácter “político” de la materia es intrascendente. La inexistencia de caso judicial en sentido estricto no depende de la materia involucrada, sino de la presencia de un conflicto real y actual entre partes con intereses contrapuestos.

El caso judicial puede estar ausente porque lo que se pide sea la emisión de una opinión consultiva, porque quien está demandando la invalidez de la norma carece de interés tutelado por el derecho, demanda a quien no es le legitimado pasivo o lo hace cuando el conflicto es meramente hipotético. Aquí la cuestión sería “política” en tanto se requiere del poder judicial una actividad que va más allá de las funciones asignadas por el artículo 116 CN; actividad que, en buena medida (asesoramiento, derogación de la legislación, etc.) son propias de los restantes poderes.

En el primer caso la conducta es constitucional, en el segundo caso no se conocerá la opinión judicial pues no hay caso judicial. Colocar ambas situaciones bajo el paraguas de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables es innecesario y sólo puede servir para sumar confusión. Rechazar una demanda con el

argumento de que el actor no tiene ningún interés en la declaración de inconstitucionalidad, muy poco parece tener en común con rechazar la misma demanda sosteniendo que el Congreso o el poder ejecutivo actuaron de modo regularen ejercicio de las competencias asignadas por la CN. Utilizar para ambas situaciones el concepto de cuestiones políticas no justiciables, no es una decisión semántica saludable en términos de utilidad y claridad expositiva.

Asiste razón a Henkin al sostener que, desde luego, hay “cuestiones políticas”; se trata de funciones cuyas responsabilidades incumben a los departamentos políticos, y la forma en la cual esas funciones es ejercida no está sujeta, de ordinario, a la revisión por parte del poder judicial, ya que la Constitución no ha instituido a los tribunales como *ombusmen* para resolver cualesquiera deficiencias legislativas, y no puede proporcionar un recurso efectivo para todos los males. Pero estas limitaciones en la función jurisdiccional no dependan de una doctrina extraordinaria que requiera a los tribunales a abstenerse en algún grupo especial de los casos⁸⁵.

En cambio, en los restantes casos (la “cuestión política” como cuestión prejurídica o la “cuestión política” como óbice al control de constitucionalidad), el problema es muy distinto. Si existe un caso judicial en el cual un afectado denuncia una violación constitucional clara y el poder judicial desea evitar un pronunciamiento, deberá afirmar que está frente a una “cuestión política” y que ello le impide dictar una sentencia sobre el fondo de la cuestión. Aquí la doctrina de las cuestiones políticas es indispensable para que el juez omita el dictado de una sentencia reconociendo la transgresión constitucional.

⁸⁵ HENKIN, Louis, “Is There a ‘Political Question’ Doctrine”, cit., p. 624/625.

La cuestión política no justiciable es, en estos casos, necesaria y tiene perfecto sentido para la finalidad con la que se pretende utilizar, esto es, colocar fuera el ámbito del control de constitucionalidad ciertos actos de los restantes poderes, los cuales, de no ser por esta doctrina, serían perfectamente justiciables en el caso concreto y, posiblemente, deberían ser dejados sin efecto.

Pero al mismo tiempo que se enuncia su necesidad teórica, se advierte también la clara inconstitucionalidad de esta doctrina.

En su primera variante -como interrogante prejurídico- la pregunta de si los jueces deben ejercer sus competencias resolviendo conforme a Derecho resulta inadmisibles dentro del Derecho Constitucional, al menos dentro de versiones de éste que pretendan mantener su vínculo con el movimiento constitucionalista y con el principio de legalidad⁸⁶. Todas las autoridades, incluidos los jueces, deben ejercer su autoridad en los términos que lo dispone el ordenamiento jurídico, el cual no podría negarse a sí mismo, dejando librada su utilización o no de acuerdo con las circunstancias y valoraciones del caso. Ello equivaldría a negar la idea de un Estado Constitucional de Derecho.

Por motivos similares, son igualmente objeto de rechazo las posiciones que pretenden ver dentro de la CN la posibilidad de privar a alguien de su propiedad o de su libertad sin que exista una sentencia respaldada en un derecho ajustado a la propia CN.

⁸⁶ Sin la existencia -y cumplimiento- de reglas previas y conocidas por todos, la convivencia social y la libertad individual no son posibles; al adherir al imperio de la ley y en especial a la idea de que quienes tienen el poder de crear y aplicar las reglas de convivencia habrán de hacerlo de modo coherente y dando cuentas de su actuación, se reduce sistemáticamente la libertad de maniobra del gobierno y, de este modo, se limita la eficacia de un mal gobierno (Cfr. FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. M. Orrego Sánchez, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 298).

Al ser este último el único caso en el cual el control de constitucionalidad requiere una doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, ella deja de ser redundante, para convertirse en una desafortunada herida al principio de legalidad y al intento por someter el poder al Derecho. No es jurídicamente aceptable que los tribunales, encontrándose frente a un caso con un afectado concreto por una violación constitucional, renuncie a dictar una sentencia que tutele los derechos de justiciable.

En este grupo de casos, hablar de “cuestiones políticas” tiene un sentido concreto, y es, precisamente, de donde debe ser eliminada como doctrina por resultar inconstitucional.

Para el resto de las hipótesis, no es necesario recurrir a una doctrina de las cuestiones políticas a fin de justificar la abstención del poder judicial. Se trata, en buena medida, de aceptar lo que ya explicara el juez Luis V. Varela en su disidencia a *Cullen v. Llerena*⁸⁷, una cosa es afirmar que el poder político actuó dentro del ámbito de sus funciones (y por lo tanto no hay ninguna incompatibilidad con la CN), y otra muy distinta es aceptar que una transgresión constitucional que afecta de modo concreto los derechos del actor deba ser tolerada por razones de “prudencia institucional”.

Esto no quiere decir, como se anticipó, que no exista margen para construir distintas categorías de actos en las cuales el ámbito

⁸⁷ “...se objeta que, no todas las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución, pueden producir casos judiciales, por cuanto hay muchos actos emanados de los poderes políticos de la Nación que no pueden servir de materia a un juicio ante los Tribunales Federales. La objeción es perfectamente pertinente y exacta. Las funciones políticas privativas de los departamentos políticos del Estado, no son susceptibles de un juicio ante los tribunales, cuando el ejercicio de esas funciones no han puesto la ley o el acto ejecutado en conflicto con la Constitución misma. Pero cuando una ley o un acto del Poder Ejecutivo estén en conflicto con las disposiciones, derechos y garantías que la Constitución consagra, siempre surgirá un caso judicial, que podrá ser llevado ante los tribunales por la parte agraviada”.

de actuación de los restantes poderes sea significativamente mayor y la valoración efectuada por éstos difícilmente pueda ser judicialmente impugnada, salvo supuestos en los cuales se acredite una notoria irrazonabilidad. Dentro del amplio margen de actuación que la CN asigna al Congreso y al Presidente, existen distintas categorías de actos y es aquí donde una teorización sobre los márgenes de actuación del Congreso, del Presidente y de los tribunales es perfectamente válida -y hasta necesaria- pero, en todos los casos, una vez que se reconoce que la actuación de los poderes constituidos no puede tener lugar más allá de lo permitido por la CN, y que frente a un afectado concreto el derecho a la tutela judicial efectiva no puede ser eliminado por razones “políticas”.

Como todo en el lenguaje, las decisiones semánticas se comparten o no se comparten, pero no podría sostenerse que estén bien o mal por esencia. Lo que aquí se pretende destacar es que parece haber llegado la hora de dejar de utilizar el término “cuestiones políticas” en el marco de los límites al control de constitucionalidad judicial. Seguir haciéndolo, en el mejor de los casos, sólo oscurece innecesariamente la cuestión. En el peor de ellos, permite convalidar conductas que afectan derechos individuales, incumpliendo, de modo impune, reglas y principios constitucionales.

La CSJN y cuestiones políticas en 2020

La causa

La vicepresidenta de la Nación, en su condición de presidenta del Senado, promovió, según lo indica la CSJN, “una acción declarativa de certeza contra el Estado Nacional a los fines que, en el marco excepcionalísimo del actual estado de emergencia desencadenado por la pandemia originada por la enfermedad

causada por el COVID, despeje el estado de incertidumbre respecto a la validez legal de sesionar mediante medios virtuales o remotos, en aplicación del artículo 30 del Reglamento de la Cámara de Senadores en cuanto establece que 'Los senadores constituyen Cámara en la sala de sus sesiones y para los objetos de su mandato, salvo en casos de gravedad institucional'".

Esta demanda fue ampliamente difundida por el propio Senado y por los más diversos medios de difusión; también se generó un importante debate acerca de la existencia o inexistencia de caso judicial y de cómo debía proceder la CSJN frente a esa demanda.

El tribunal habilitó la feria extraordinaria para dar trámite a la acción y remitió la causa a la Procuración del Tesoro de la Nación, donde se emitió un dictamen sosteniendo la ausencia de caso. En líneas generales, la inmensa mayoría de la doctrina constitucional argentina compartió el diagnóstico de la ausencia de caso judicial, ya sea en un sentido estricto o en un sentido amplio.

En el presente comentario no tiene por finalidad analizar aspectos vinculados con la ausencia de caso, ya sea en sentido amplio o estricto. Sobre este tema ya se ha escrito mucho y en ocasiones muy bien. La causa *CFK* será abordada aquí desde la óptica específica de la utilización que hace la CSJN de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables. Para ello, de todos modos, se destacarán los aspectos más relevantes de los diversos votos.

Los argumentos de la mayoría

El voto de la mayoría centra su atención sobre la justiciabilidad de la cuestión. En los considerandos 5º) a 11º) la CSJN realiza un

extenso *obiter*, en el cual menciona la situación de excepcionalidad producto de la pandemia de COVID, junto a menciones realistas del Derecho y a la importancia del contexto histórico a la hora de que el tribunal toma sus decisiones. Se trata de una larga introducción que no parece tener influencia sobre el resultado del caso, aunque algunas menciones que pueden merecer críticas.

Una de ellas es la afirmación de la supuesta creación del *judicial review* en *Marbury v. Madison*, si bien se trata de una posición extendida a lo largo del siglo XX, se trata de un error histórico que debe ser dejado de lado⁸⁸. La restante es la supuesta necesidad de compatibilizar la división de poderes y CN sobre la que se volverá de inmediato.

Luego en el considerando 11°) la CSJN comienza a analizar la admisibilidad de la demanda. Al hacerlo, utiliza el concepto de caso judicial en un sentido amplio, introduciendo en su definición la cuestión política como exigencia negativa del caso judicial:

“Que en el marco apuntado, corresponde efectuar el examen de admisibilidad de la demanda traída a estos estrados para determinar si presenta un caso justiciable. Para ello, cabe en primer lugar centrar el análisis en desentrañar si la cuestión planteada resulta justiciable o si, por el contrario, compete al ámbito

⁸⁸ En el considerando 5° se afirma que “*el control de constitucionalidad por parte de los jueces, se instituye en 1803 a partir de la decisión de dar una respuesta excepcional a circunstancias que, a juicio de la Corte Suprema de los Estados Unidos, también lo eran*”. La afirmación es errónea por cuanto ni *Marbury* fue el primer caso en el cual los tribunales estadounidenses declararon la inconstitucionalidad de leyes del Congreso federal ni, mucho menos, puede considerarse que su explicación fuera una doctrina elaborada por Marshall o por la USSC.

Sobre el particular se puede ver nuestro *Teoría y práctica del control de constitucionalidad*, BdeF, Bs. As., 2016, ps. 22/23, 196/8 y citas al pie. A su vez, y sobre este punto, el profuso trabajo de Manuel García Mansilla, “*Marbury vs. Madison*’ y los mitos acerca del control de constitucionalidad”, *Revista Jurídica Austral*, Vol. 1, No. 1 (junio de 2020).

propio y exclusivo del órgano, que por su naturaleza está sustentado en la discrecionalidad política para ponderar los fines y alcances de la atribución conferida, cuyo modo de ejercicio ha puesto en práctica o ha reglamentado por aplicación de las disposiciones constitucionales. Presupuesto este último ligado íntimamente en cada caso al alcance e interpretación que el órgano asigna al ejercicio de aquellas facultades ('Baker v. Carr' 369 U.S. 186,211, 217; 1962)".

En el considerando siguiente, la CSJN comienza defendiendo una visión de las cuestiones políticas como aquellos aspectos reservados por la propia CN a otros poderes del Estado:

"...desde sus fallos inaugurales, este Tribunal mantiene como principio general que el ámbito de su control jurisdiccional no alcanza a las decisiones que otros Poderes del Estado adopten dentro de la esfera de competencia que la Constitución Nacional les asigna como propia y exclusiva".

A continuación, luego de repasar distintos precedentes en los cuales el tribunal habría considerado que la cuestión planteada no era justiciable, resume esta idea con un giro habitual en los repertorios del tribunal:

"...autorestringir su revisión sobre las decisiones privativas de los otros Poderes evita un avance de su poder en desmedro de los demás, preserva la delicada armonía que debe gobernar la división de poderes, aparece como una exigencia de la regla más elemental de nuestro derecho público por la 'que cada uno de los tres altos poderes que forman el Gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere', y evita 'la imposición de un criterio político sobre otro'..."

Hasta aquí la sentencia no hace más que reafirmar una visión tradicional de las cuestiones políticas, es decir: hay cuestiones que la CN asigna a los restantes poderes y, por lo tanto, no corresponde decidir a los tribunales.

Lo que sigue genera cierta incomodidad teórica, porque mientras en el considerando 13°) se recuerda la importancia del principio de supremacía constitucional para el funcionamiento de la CSJN, en el considerando 14°) se vuelve sobre una idea que había sido introducida en un considerando anterior y cuya sustentabilidad teórica parece discutible. Se trata de una supuesta contradicción entre los principios de supremacía constitucional y división de poderes, la cual habría sido atenuada por el tribunal al admitir la justiciabilidad de ciertas cuestiones políticas.

En contra de ese postulado, podría pensarse que la contradicción enunciada (división de poderes vs. supremacía constitucional) está muy lejos de ser tal. La división de poderes existe con sus características y particularidades porque así lo dispone la CN, que es donde se adoptan una serie de soluciones concretas que se instrumentan a partir de lo dispuesto en el texto constitucional.

Como bien lo indica Bianchi, la división de poderes no es tanto una teoría como una doctrina, es decir, un conjunto orgánico de ideas, que se concreta a través de modelos con características muy diversas; “bajo lo que en apariencia es una misma doctrina, cuyo propósito esencial es limitar el poder estatal distribuyendo las funciones principales del Estado en órganos separados e independientes para resguardo de la libertad individual, anidan muchas versiones diferentes que, en algunos casos, parten de principios opuestos”⁸⁹. Por lo tanto, la división de poderes no solo

⁸⁹ BIANCHI, Alberto, *La separación de poderes*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, ps. 397-399.

no se contraponen con la supremacía constitucional, sino que, por el contrario, la presupone.

Luego de repasar las distintas “excepciones” que se habrían hecho de las cuestiones políticas la mayoría sintetiza un principio que parece ser una gran toma de yudo:

“en conclusión, las diversas excepciones a la deferencia que el Poder Judicial guarda respecto de las facultades privativas de otros Poderes del Estado se sintetizan en dos supuestos. Esta Corte, en primer lugar, debe velar porque ninguno de los poderes del Estado actúe por fuera de las atribuciones que la Constitución les confiere y, en segundo lugar, debe velar porque ninguno de esos poderes al ejercer esas facultades que la Constitución les asigna de forma exclusiva se desvíe del modo en que esta autoriza a ponerlas en la práctica (criterio jurisprudencial sostenido por esta Corte en diversos pronunciamientos y reiterado más recientemente en el caso ‘CEPIS’, en Fallos: 339:1077)”.

De este modo, para la CSJN la justiciabilidad se vuelve absoluta, pues admite tanto el control de la competencia (“*de velar porque ninguno de los poderes del Estado actúe por fuera de las atribuciones que la Constitución les confiere*”) como el de la forma en la cual se ejerce esa competencia (lo cual incluiría el procedimiento, el respeto de prohibiciones específicas o la razonabilidad).

La idea se complementa con el párrafo siguiente, en el cual el tribunal afirma que “*incumbe a los jueces ‘examinar la existencia y extensión de las facultades privativas’ con el fin de determinar si la cuestión debatida es de las que les incumbe decidir, o de las que la Ley Fundamental depositó en el ámbito reservado a los otros Poderes del Estado...*”.

Por lo tanto, corresponderá a los jueces determinar el ámbito de lo “no justiciable”, el cual no será otra cosa que del margen que les reconoce la CN a los restantes poderes. Frente a cada caso concreto los jueces deberán definir el alcance los márgenes de cada acto que adopten los restantes poderes y, si no se hubiesen respetado esos márgenes, declararlos contrarios al ordenamiento jurídico cuando ello sea necesario para resolver un caso.

En el caso concreto, la sentencia analiza las competencias de las Cámaras del Congreso y concluye que no existe impedimento alguno para que establezcan un sistema de sesión virtual o telemática y, como consecuencia de ello, se trataría de una cuestión política no justiciable. Ello, “*claro está, siempre que en su diseño e implementación no ignoren las restricciones constitucionales que sí existen y se cumplan con los recaudos que la Ley Fundamental sí establece respecto del procedimiento de deliberación y sanción de las leyes*” (cons. 16º) . En esas condiciones, al ser “*la cuestión sobre el carácter presencial o remoto de las sesiones del Senado aparece, así, como un asunto que la Constitución defirió de forma privativa y exclusiva a su prudencia política*”, la CSJN concluye que no se configura un caso justiciable (cons. 17º).

De esta forma, parafraseando lo que suele decirse de *Marbury vs. Madison* (“*a clevar judicial jiu-jitsu move*”) es posible afirmar que la CSJN, en momentos en los cuales su intervención en conflictos políticos -y en especial su aptitud para oponerse a decisiones mayoritarias- era cuestionada desde distintos sectores, recurre a una formidable toma de yudo, en la cual utiliza la fuerza del ataque para reafirmar la existencia de una gran cantidad de “cuestiones políticas”, pero siempre sometidas a ordenamiento jurídico y, en tal caso, pasibles de ser declaradas inconstitucionales por los tribunales de justicia.

Dicho en otras palabras, bajo la apariencia de no haber ejercido el control de constitucionalidad, el mismo fue ejercido en forma concreta y con gran vigor⁹⁰.

Los restantes votos

La sentencia contó también con los votos de los jueces Rosatti y Rosekrantz. Ninguno de ellos consideró admisible el planteo de la demanda, y ambos entendieron que no existía caso judicial a la luz de un sentido restringido de la idea de “caso”, es decir, sin incluir allí ninguna mención a la materia sobre la que versa la discusión⁹¹. En líneas generales, se comparte aquí todo lo indicado por estos jueces acerca de la configuración del caso justiciable en un sentido estricto y la inexistencia de esos recaudos en el caso concreto de la sentencia que se analiza. Más allá del interés que despierta el tema, la configuración del caso no es motivo del presente trabajo sino la doctrina de las cuestiones políticas⁹².

Concretamente, sobre el carácter justiciable de la cuestión, Rosatti en un capítulo denominado “III. PRINCIPIO DE COLABORACIÓN ENTRE LOS PODERES DEL ESTADO. CONSIDERACIONES FRENTE A LA EXCEPCIONALIDAD DE LA

⁹⁰ “Cuando el tribunal decide que corresponde a otra rama del gobierno decidir el significado de un término constitucional, ha ejercido el *judicial review*. Por ejemplo, decidir que el Congreso debe determinar qué es una “forma de gobierno republicana” y decidir que el Congreso puede imponer reglas a los Estados cuando ellos afectan el comercio interestatal, son dos instancias de la misma autoridad para decidir casos. El tribunal no ha rechazado decidir la cuestión; la ha decidido al resolver que otra rama del gobierno tiene la autoridad final” (McCORMACK, Wayne, “The Justiciability Myth and the Concept of Law”, 14 *Hastings Const. L.Q.* 595 -1987-, 634).

⁹¹ Ambos jueces entienden que el caso justiciable se conforma con la concurrencia de dos elementos, la controversia entre partes legitimadas y la actualidad del planteo (voto Rosatti cons. 6º y voto Rosenkrantz cons. 4º).

⁹² Para un análisis acerca de los elementos y alcances del concepto de caso judicial, *véd.* nuestro *Teoría y práctica del control de constitucionalidad*, BdeF, Bs. As., 2016, *passim*.

SITUACIÓN”, luego de repasar los pronunciamientos de la CSJN en materia de procedimiento de sanción y promulgación de las leyes, afirma que el Senado *“tiene dentro de sus potestades la interpretación e integración de las normas constitucionales relativas a su funcionamiento, y específicamente aquellas relacionadas al procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes, entre cuyos aspectos cabe incluir la ponderación de la modalidad de sesión presencial o por medios virtuales o remotos, aspectos que solo son susceptibles de control de constitucionalidad por el Poder Judicial en la medida en que se verifique una vulneración de los requisitos mínimos e indispensables para que exista la ley”*.

De esta forma, también en el voto de Rosatti se reafirma la idea de que las “cuestiones políticas” no son más que el respeto de las competencias constitucionales propias del Congreso y, de ningún modo, un ámbito vedado al control judicial. Ese control estará presente a la hora de establecer, en un caso judicial, qué tan amplias son esas competencias y si su ejercicio ha respetado esos límites constitucionales.

A modo de valoración

La sentencia de la CSJN ha sido ajustada a sus precedentes. Más allá de los gustos personales acerca de cómo era más adecuado encarar el análisis del caso, y de una gran cantidad de menciones que de haber sido evitadas hubieran dado a la sentencia una estructura más sólida, los tres votos llegan a una conclusión similar, que es la inexistencia de caso. Tanto Rosatti como Rosenrkantz se ciñen a una idea estricta de caso, mientras que la mayoría adopta una posición amplia, la cual incluye dentro de ese concepto el requisito negativo de la inexistencia de cuestiones políticas.

A su vez, en los dos votos que se ocupan del tema (mayoría y Rosatti) la CSJN afirma que existen cuestiones políticas, pero al

mismo tiempo considera que son plenamente justiciables en cuanto al respeto de ciertos límites competenciales o procedimentales que los jueces evaluarán en cada caso. Esa es la toma de yudo con la cual el embate del Senado, reclamando para sí la definición de determinadas materias, es respondido por los jueces con una aparente aceptación inicial que, al final del camino, somete las decisiones de los restantes poderes al derecho y al control de judicial.

Como crítica a la forma en que resuelve la mayoría de por la CSJN se puede indicar que, si bien su jurisprudencia ha utilizado en distintas ocasiones un concepto amplio de caso judicial (que incluye como recaudo negativo a las cuestiones políticas), existen muy buenos motivos para sostener que el mismo es inconveniente, pues equipara aspectos demasiado diversos y cuyo orden de análisis no parece intrascendente.

En tanto el análisis de la “cuestión política” (caso judicial en sentido amplio) es, en definitiva, un análisis sobre la extensión de las competencias de los restantes poderes y de su ejercicio en el caso concreto, solo debería llegarse a ese examen luego de responder favorablemente a la existencia de un caso en sentido positivo (controversia real, legitimados y actualidad). Dicho de otro modo: solo frente a un caso judicial en sentido estricto se justifica el ejercicio de la función judicial de determinar los límites de las competencias de los restantes poderes; de otro modo se corre el riesgo de caer dictámenes académicos sin ningún efecto práctico y especialmente perjudiciales para la propia autoridad del tribunal. Esto último es muy bien advertido por Rosatti, cuando destaca el carácter meramente indicativo y genérico de su *obiter* sobre las facultades de los restantes poderes.

SOLO PALABRAS

Mucha agua ha corrido bajo el puente desde que los tribunales ingleses se abstuvieron de intervenir en el conflicto entre las casas de York y Lancaster. La amenaza que representaba para la vida de los jueces asumir la resolución de un conflicto semejante explica muy bien su decisión y la hacen enteramente comprensible. Pero ello no quiere decir que la respuesta del Derecho -y de un juez en Derecho- deba ser esa.

Como premisa se puede afirmarlos jueces no judicializan la política. Eso ya hizo la CN y el Derecho. Si, tal como pretende el constitucionalismo, el Derecho procura colocar límites procedimentales y sustanciales a las decisiones políticas, la circunstancia de que estemos frente a una cuestión “política” no impide a los tribunales pronunciarse sobre el particular cuando esa cuestión caiga en la órbita de sus competencias, “antes bien, tiene que verificar y decidir si las decisiones políticas se encuentran en el marco constitucional”⁹³. La existencia de una Constitución escrita apuntala esa conclusión⁹⁴.

Partir de esa base elimina muchos equívocos y ayuda a explicar la existencia de ámbitos justiciables en todos los actos de los restantes poderes. La discusión pasará a ser, frente a un caso concreto, la de determinar cuáles son los límites jurídicos que

⁹³ STARCK, Christian, *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 37.

⁹⁴ Con elegancia, el juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos James Iredell afirmaba a principios del siglo XIX que el ejercicio del *judicial review* es inevitable en tanto la Constitución no es algo imaginario, acerca de la cual puedan formarse miles de opiniones, sino un documento escrito al cual todos pueden recurrir y al cual los jueces no pueden cerrar sus ojos deliberadamente (Iredell, *Life and correspondence*, 2:170, citado por WHITTINGTON, Keith E., *Repugnant Laws. Judicial Review of Acts of Congress from the Founding to the Present*, University Press of Kansas, 2010, p. 55).

encuentran los restantes poderes en su actuación. Para ello no se necesita ninguna teoría específica de “cuestiones políticas”; éstas, con su imprecisión y polisemia poco o nada aportan a ese debate.

Hoy la CSJN sostiene la plena justiciabilidad de las decisiones políticas. El control del contenido de esas decisiones será más o menos intenso según los casos o materias, pero todas ellas tienen límites competenciales, procedimentales o derivados de prohibiciones expresas o de la exigencia de razonabilidad de las medidas. Así lo hizo saber una vez más el tribunal en *CFK*.

Podría decirse que la posición es correcta, aunque la terminología a la que se recurre sea inadecuada, pues desvía la atención y genera conflictos interpretativos innecesarios al hacer referencia a una entidad mitológica de difícil aprehensión (“cuestiones políticas”), cuando en realidad no estaba haciendo otra cosa que lo usual de cualquier tribunal: determinar, en el caso concreto, cuáles son los límites que el derecho fija a la competencia de las distintas autoridades.

Superado lo anterior, el viaje recién comienza. Lo que queda por delante es nada menos que la discusión acerca de las funciones y los límites que el ordenamiento jurídico asigna a los poderes políticos; a los tres poderes políticos que conforman la columna vertebral del gobierno nacional (Congreso, poder ejecutivo y tribunales de la nación).

Esa discusión, a su turno, es también una discusión acerca de qué entendemos por Derecho y cuáles son las funciones que estamos dispuestos a asignarle al sistema constitucional.

A fin de asumir ese debate, la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables lejos de ser una necesidad, constituye un obstáculo que conduce a mares de aguas oscuras repletas de arrecifes en los cuales resulta muy difícil evitar el naufragio.

