

TRABAJO FINAL DE GRADO
UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO XXI

Abogacía

Conflictos entre política y derecho:

Un análisis de la doctrina de las *cuestiones políticas no justiciables* y su incompatibilidad con el control judicial de constitucionalidad.

Gerardo Gastón Morales

2009

Dedicado a mi abuelo Pergentino.

Agradecimientos

A mi familia, por todo;

Al Dr. Carlos S. Fayt, por su colaboración material, la inspiración, y por esos consejos que parecerían haber venido en el momento justo;

Al tío Pablo por “tiempo y espacio”.

Índice de contenidos

OBJETIVOS	7
INTRODUCCION	8
I. METODOLOGIA	11
II. APROXIMACION CONCEPTUAL	12
A. Las cuestiones políticas no justiciables como doctrina jurídica	12
B. Delimitación de la frontera entre política y derecho: la idea del control del Poder	14
III. DISTINTAS CONCEPCIONES SOBRE LA DOCTRINA DE LAS CUESTIONES POLITICAS NO JUSTICIABLES ...	19
A. Tres teorías que explican la doctrina en el derecho comparado	19
B. La mirada de la doctrina nacional	21
IV. ELEMENTOS QUE LA COMPONEN	24
A. ¿Qué es la judiciabilidad? Noción de caso justiciable.....	24
B. Incidencia de la naturaleza política de una cuestión para la determinación de su judiciabilidad	26
C. El criterio que falta analizar como determinante a la hora de abordar el fenómeno de las cuestiones políticas no justiciables.....	29
V. LAS CUESTIONES POLITICAS NO JUSTICIABLES Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	31
A. El control de constitucionalidad	31
B. Las cuestiones políticas y la dimensión axiológica del control de constitucionalidad.....	35
VI. LAS CUESTIONES POLITICAS NO JUSTICIABLES EN LA JURISPRUDENCIA	47
A. Jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU.	47
B. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina	66
CONCLUSIONES	85
CONSIDERACIONES FINALES	88
Anexo I: IMPRESIONES SOBRE LA REPUBLICA DEMOCRATICA Y LAS RELACIONES DE PODER	91
Anexo II: LA JUDICIALIZACION DE LA POLITICA	117
BIBLIOGRAFIA	129

OBJETIVO GENERAL: Evidenciar cómo la aplicación de la doctrina de las *cuestiones políticas no judiciales* obstaculiza el control judicial de constitucionalidad y lleva a que los tribunales violen la Constitución Nacional por no desplegar la actividad para la cual ésta constituye al Poder Judicial como uno de los poderes de gobierno.

OBJETIVOS ESPECIFICOS:

- Estudiar las posiciones doctrinarias que explican las cuestiones políticas no justiciables, tanto extranjeras como nacionales.
- Analizar los elementos que componen la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables: la noción de justiciabilidad, la jurisdicción y la cuestión política propiamente dicha.
- Abordar la doctrina del control de constitucionalidad.
- Analizar las decisiones jurisprudenciales vinculadas a la materia, tanto de la Corte Suprema de Justicia argentina como de la Corte Suprema de los EE.UU.

Introducción

Este trabajo final de grado aborda una exploración teórica y jurisprudencial acerca de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, con la finalidad de estudiar la medida en que perdió su misión histórica de garantizar la división de poderes y cómo se transformó en un obstáculo para el ejercicio del control de constitucionalidad de los actos de gobierno, función exclusiva y excluyente del Poder Judicial que tiene por objeto la concretización de la Constitución.

La problemática se encuadra dentro del género de conflictos que surgen entre la política y el derecho, de ahí que nuestro análisis no se restringe puramente a lo jurídico sino que se enriquece del aporte que nos brindan otras disciplinas como la teoría política y la sociología jurídica.

La Constitución, como ley fundamental de nuestro sistema democrático de derecho reparte el poder estatal en competencias que son distribuidas entre los tres poderes del Estado, atribuyéndoles facultades propias a cada uno de ellos pero también imponiendo límites al ejercicio de esas facultades, tanto en interés de los detentadores del poder como de los destinatarios; pero sobre todo en interés de estos últimos, pues la razón de ser de una Constitución escrita es justamente la de actuar como garantía expresa de los derechos y libertades fundamentales que le son reconocidos a hombres y mujeres.

Pese a esto, el hecho de que exista una Constitución escrita no garantiza de por sí que lo normativo se haga plenamente efectivo en la realidad de la dinámica del proceso político, y a partir de ahí en la realidad de la vida de los ciudadanos.

Hemos vivido a lo largo de nuestra historia muchas idas y vueltas de autoritarismo destructivo que anclaron en lo más hondo de nuestra cultura política y jurídica; el abismo entre nuestra Constitución formal y aquella que se verifica en los hechos fue muchas veces enorme; muchas veces ni siquiera existió la Constitución como tal.

El hecho de que a partir de 1983 hayamos recuperado la democracia como sistema de vida tampoco nos garantiza que los abusos del poder político desaparezcan. Incluso en la convivencia democrática observamos cómo resurge el germen del autoritarismo, y surgen procesos que incentivan una concepción desnaturalizante de la Constitución; esta deja de respetarse como un límite al ejercicio del poder político por parte de sus detentadores y en cambio pasa a ser un instrumento que se manipula desde el poder político para justificar la intensidad de la discrecionalidad en la toma de decisiones de Estado.

Nuestro gobierno está caracterizado por un marcado corte presidencialista. Esto significa que aún en periodos de normalidad el Presidente de la República Argentina goza de competencias suficientes para llevar a cabo su tarea como cabeza del Poder Ejecutivo. La emergencia económica innecesariamente prolongada, la legislación por decretos de necesidad y urgencia, la delegación legislativa del Congreso en el Ejecutivo, la injerencia del partido político mayoritario en el nombramiento y remoción de los jueces, los superpoderes, y otra serie de *comportamientos chicaneros y desleales*¹ han terminado de configurar ese presidencialismo en un *hiperpresidencialismo*; el Poder Ejecutivo absorbe cada vez mas facultades que no le son propias, y con ello su discrecionalidad aumenta. Frente a esta realidad muchas veces los otros dos poderes del Estado fueron en el mejor de los casos negligentes, cuando no cómplices.

La doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, tal y como fue concebida desde un principio por el juez Marshall en el célebre caso *Marbury v. Madison*², estableció el principio de la no justiciabilidad de las cuestiones políticas en el derecho anglosajón en virtud de que "Por la Constitución de los EE.UU., el presidente está investido de algunos importantes poderes políticos cuyo ejercicio está librado a su exclusivo arbitrio, y por el cual es sólo responsable ante el pueblo, desde el punto de vista político, y ante su propia conciencia. Para colaborar con él en el cumplimiento de sus funciones, puede designar funcionarios que actúen bajo su autoridad y de conformidad con sus órdenes. En estos casos, los actos de los funcionarios son los actos del presidente, y sea cual fuere la opinión que pueda merecer el modo en que el Ejecutivo utiliza sus poderes discrecionales, no existe ni puede existir poder alguno que los controle. Las materias son políticas, atañen a la Nación, no a derechos individuales, y habiendo sido confiadas al Ejecutivo, la decisión del Ejecutivo es terminante".

Por las similitudes entre la forma en que nuestra constitución organiza políticamente a la Nación y la forma en que está organizado el gobierno Estadounidense, tanto en lo relativo a la división rígida de poderes, como a la naturaleza jurídica de la figura del Presidente, como también en lo relativo a la función del Poder Judicial de controlar la constitucionalidad de las leyes y actos de los otros dos poderes, la enseñanza de Marshall fue adoptada por nuestra Corte Suprema de Justicia a partir del caso *Cullen c. Llerena*; pero esta enseñanza parte de una valoración a priori acerca de que la separación de poderes es realmente eficaz, en el sentido de que no existe extralimitación del Presidente o del Congreso en el ejercicio de tales facultades discrecionales establecidas por la Constitución.

¹ Carlos S. Nino, *Un país al margen de la ley*, Emecé Editores S.A., 2ª edición, Buenos Aires, 1992, p.73.

² *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

El *hiperpresidencialismo* que caracteriza a nuestra forma de gobierno nos lleva a preguntarnos si este abstencionismo judicial que promueve la doctrina de las cuestiones políticas como forma de garantizar la división de poderes no produce en realidad el efecto contrario. Si el Poder Ejecutivo abusa de su discrecionalidad traspasando los límites establecidos por la constitución ¿no es acaso el Poder Judicial quien debe desplegar su función de hacer cumplir la constitución en virtud de lo que ella establece respecto de la dinámica constitucional del poder, para poner un freno a los abusos del Poder, y garantizar no solo el verdadero equilibrio entre poderes, sino también la efectiva vigencia de los derechos y garantías fundamentales que la constitución contiene?

La doctrina de las cuestiones políticas no justiciables no nos convence. No nos convence el argumento que esgrimen los defensores de esta doctrina sobre la necesidad institucional de que existan materias que por su naturaleza política estén exentas del control de su legalidad por parte de los tribunales.

El objetivo de este trabajo final de graduación es exponer una interpretación contraria a la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, sobre la base de la idea de que el modo en que los poderes políticos del Estado utilizan sus poderes discrecionales debe de poder ser sometido ante los tribunales para que estos limiten tal discrecionalidad cuando se torne contraria a los principios y parámetros constitucionales; en caso contrario los tribunales estarían violando la CN por omisión, ya que incumplirían con la función clave para la consagración de la supremacía de la CN: el control judicial de constitucionalidad.

I.

METODOLOGIA

El método que utilizamos a los fines de alcanzar el objetivo expuesto es el método analítico.

La doctrina de las cuestiones políticas no justiciables plantea inicialmente que existen '*cuestiones políticas*' que '*no son justiciables*', lo cual va a llevar nuestro análisis a reconocer los elementos que la componen en base a dos interrogantes: *a) ¿Qué significa eso de la judiciabilidad?; y b) ¿Qué son las cuestiones políticas?*

Luego vamos a referirnos al control de constitucionalidad como el segmento del universo jurídico en el que se despliega esta elaboración doctrinaria; es decir, determinamos cuál es el ambiente propio de aplicación de la doctrina en cuestión, para identificar qué papel juega en la dinámica del proceso jurídico-político del Estado.

Luego de contraponer la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables a la doctrina del control judicial de constitucionalidad vamos a resolver aquel problema que hace a la esencia de este trabajo de graduación: ¿Por qué existen en el sistema democrático de derecho cuestiones políticas que no son justiciables? ¿Qué efecto producen con relación al control de constitucionalidad que debe ejercer el Poder Judicial sobre la actuación de los otros dos poderes político-estatales? Para lo cual vamos a realizar una exploración por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU. primero, y luego de la Corte Suprema de Justicia argentina.

De este modo, para alcanzar el objetivo planteado nuestro análisis va a abordarse desde dos puntos de vista:

- a) teórico:* que contendrá el examen particular tanto de la doctrina de las cuestiones políticas y sus elementos, como de la doctrina del control judicial de constitucionalidad. Esta exploración teórica se completa con el abordaje de aquellos conceptos claves en los que se enmarca la discusión, como los conceptos de Constitución y división de poderes. Incluimos también el tratamiento de aquel fenómeno del que se ocupa la sociología jurídica y la ciencia política al cual está íntimamente ligado el estudio de esta doctrina: *la judicialización de la política.*
- b) Jurisprudencial:* basado, en primer lugar, en el examen de cuatro casos emblemáticos sobre la justiciabilidad de las cuestiones políticas de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU.:

Marbury v. Madison, Luther v. Borden, Colegrove v. Green y Baker v. Carr. Luego analizamos sendas decisiones emanadas de la Corte Suprema de Justicia argentina que en algunos casos adoptan una posición favorable a la doctrina en cuestión y en otros, sobre todo las últimas manifestaciones de la CSJN, dejan traslucir una clara intención de abandonar de esta doctrina por parte de nuestro Alto Tribunal.

II.

APROXIMACION CONCEPTUAL.

II.A. Las cuestiones políticas no justiciables como doctrina jurídica.

Es necesario aclarar, desde el comienzo, a que nos referimos cuando hablamos de la doctrina de las *cuestiones políticas no justiciables*. Es fundamental, en orden a lograr ese cometido, esclarecer primero qué es lo que queremos decir cuando nos referimos al término *doctrina jurídica*.

Hablamos de doctrina jurídica cuando estamos frente a un criterio elaborado por el jurista -o en algunos casos por el juez- que trata de describir la realidad del derecho en sus distintas facetas, siguiendo parámetros filosóficos y científicos más o menos aceptados por sus pares. Este criterio al que arriba el jurista -o el juez- puede ser más o menos aceptado entre sus colegas; o no, pues desde luego encontramos en ciertas materias, posiciones irreconciliables entre quienes enérgicamente defienden un criterio y aquellos que lo rechazan con intensidad; y también tienen su lugar quienes adoptan una posición intermedia. Por lo general así ocurre respecto de la mayoría de las discusiones que abarca la ciencia jurídica. Gracias a esta actividad reflexiva la doctrina se convierte en fuente del derecho, es decir, en parámetro de inspiración tanto para la creación positiva del derecho por parte del legislador, como también para su posterior interpretación judicial.

Ahora bien, ese criterio más o menos aceptado -o sobre el cual algunos juristas opinan de una forma y otros de la contraria- es sobre una materia jurídica concreta. En el caso particular de este Trabajo Final de Graduación, para desarrollar nuestro objetivo nos centramos en el análisis de una doctrina jurídica específica cuyo contenido es definido con referencia a una categoría jurídica que se ha dado en denominar *cuestiones políticas no justiciables* - también llamadas no justiciables, no enjuiciables, o *political questions*, como se las denomina en el derecho anglosajón.

Como dijimos en el punto anterior, esta doctrina plantea inicialmente que existen '*cuestiones políticas*' que '*no son justiciables*', lo cual nos dirige hacia dos interrogantes: a) ¿Qué significa eso de la judiciabilidad?; y b) ¿Qué son las cuestiones políticas?

Respecto del primer interrogante, podríamos acercarnos al concepto de judiciabilidad diciendo que se relaciona con la posibilidad de que el Poder Judicial resuelva en un proceso judicial un caso controvertido entre dos partes legitimadas para accionar en defensa de sus derechos, es decir, con la posibilidad de someter una controversia *jurídica* a decisión del juez, que actuando como garante de los derechos y garantías fundamentales del ciudadano tiene el poder-deber de componer el sistema jurídico alterado.

Respecto del segundo interrogante, una cuestión política es definida en principio como un asunto cuya resolución demanda la actuación de los poderes políticos encarnados en el Poder Ejecutivo y en el Poder Legislativo, como departamentos del Estado que, desde la perspectiva representativa-electoral, son depositarios de la soberanía popular y por ende los únicos legitimados por la constitución para llevar a cabo decisiones que involucren la materialización del poder estatal, pues es la constitución la que determina las funciones y competencias de cada uno de los poderes del Estado; de ahí que una *cuestión política* sea definida, tradicionalmente y a priori, como opuesta a la *cuestión jurídica*, pues esta supondría un quebrantamiento del derecho, mientras que la otra, al menos hipotéticamente, no; el caso es justiciable si se trata de una cuestión jurídica porque hay quebrantamiento del derecho; el caso no es justiciable si se trata de una cuestión política, porque en ese supuesto no habría violación de derecho alguno sino, simplemente, discrepancia en un sentido político en cuanto al modo en que el Presidente o el Congreso llevan a cabo sus funciones, lo cual -dice cierta parte de la doctrina- 'se arregla en las elecciones castigando lo que no nos gusta'.

Pero los términos en base a los que se realiza esta oposición entre cuestión jurídica y cuestión política, y los alcances y consecuencias de ambos conceptos son extremos que no siempre encajan con claridad; de hecho muchas veces una cuestión política no engloba solo una forma de hacer política que no cuadra con nuestras apreciaciones, sino que se traduce en meros actos arbitrarios e ilegales, situación esta que va a merecer un desarrollo más complejo que daremos más adelante cuando tratemos el tema *in extenso*.

A partir de esta aproximación es que podemos reconocer el ámbito de manifestación de esta doctrina como un espacio particular dentro del mundo jurídico, que involucra por un lado el ejercicio del poder estatal a través de sus detentadores (lo *político*), y por el otro la situación del ciudadano que como

destinatario de ese poder estatal puede llegar a ver violados sus derechos, ya sea por acción u omisión (lo *jurídico*). De ahí que sea posible identificar ese ámbito de aplicación de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables en el ámbito del Poder Judicial, y dentro de este en el espacio que le corresponde al Derecho constitucional, en virtud de la función que tienen los jueces de controlar la constitucionalidad de leyes y actos de gobierno, función que vale añadirle el adjetivo de primordial pues tiene por objeto garantizar la supremacía de la constitución.

A los fines de avanzar en nuestro análisis con claridad partimos dando una definición cabal de las cuestiones políticas no justiciables, y decimos que estas son concebidas como una **categoría jurídica que engloba un conjunto de casos llevados a instancia jurisdiccional ante los cuales un juez no puede desplegar la función de oponer dicho asunto a la Constitución para establecer así su constitucionalidad o anticonstitucionalidad, ya que el acto cuestionado es un acto político, producto de la actividad propia y excluyente del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo; por ello estaría dotado de una especie de 'blindaje político' que lo hace impermeable frente a dicha actividad jurisdiccional.**

II.B. Delimitación de la frontera entre lo político y lo jurídico: la idea del control del poder.

La delimitación de la frontera entre política y derecho dentro de un Estado ha permanecido vigente tanto en las en las meditaciones de la ciencia jurídica del derecho constitucional como en las discusiones de buena parte de la teoría política moderna y contemporánea. Más allá del interés por la tradición de la discusión el propósito de este título es reflexionar y aportar elementos que sirvan a los fines de desentrañar las características de esta doctrina de las cuestiones políticas no justiciables.

Para ello debemos partir del análisis de la Constitución.

Basado en el reconocimiento de las personas como libres e iguales, el constitucionalismo surge en la historia como el sistema jurídico que cambia las reglas de la organización política de una nación; fija derechos, garantías y deberes primordiales (tanto para los ciudadanos destinatarios del poder como para sus detentadores), y de ese modo traza un plan de convivencia básica para una sociedad.

El primer interrogante que debemos atender cuando hablamos de la Constitución es ¿cómo es ejercido el Poder político?

La Constitución tiene la particularidad de no acabarse en su articulado, sino que se define por la relación existente entre ella y la dinámica del proceso político. La Constitución será lo que resulte de tal relación, de manera que el proceso político es la realidad de la Constitución. La Constitución real es el proceso político real, y la dinámica de este último no concuerda a menudo con los principios normativos.³ A partir de este razonamiento, Loewenstein realiza la ya clásica distinción entre Constitución formal y material. La primera es la normativa, la que pertenece al espacio del *deber ser*; la segunda se corresponde con la realidad de una sociedad, es la que tiene efectiva vigencia, es la que es. La esencia de la Constitución no es ella misma en sí misma y por ella misma, sino ella en cuanto fuera de sí, enajenada a una realidad exterior que le presta significado y justificación de existir. La Constitución es, en cuanto efectiva y eficazmente normativiza la normalidad real; su existencia no es otra cosa que el resultado o producto de una relación dialéctica entre la normalidad (*lo político*) y la normatividad (*lo jurídico*).

Al desplazarla del plano espiritual al ámbito de la realidad social, la comprensión de la finalidad de la constitución se logra con un análisis del Poder como el campo de la tensión social, “el centro hacia donde convergen las actividades y las fuerzas políticas que ellas engendran”⁴. Loewenstein trata esta cuestión al contraponer el Poder –como Poder que tiende a ser irracional e ilimitado- a la norma constitucional –que busca racionalizarlo-. Decimos también junto con Loewenstein que el Poder es una relación socio-psicológica que se basa en un efecto recíproco entre los que lo detentan y lo ejercen, y aquellos a quienes va dirigido. El Poder por sí mismo no es ni bueno ni malo, pero “encierra en sí mismo la semilla de su propia degeneración”⁵; considerando el carácter irresistible del Poder político, si este no se halla controlado se corrompe y sus detentadores abusan del dominio social que este les confiere, entendido este dominio social como la facultad de tomar o determinar una decisión, así como la capacidad de obligar a los destinatarios del mismo a obedecer dicha decisión.

El proceso político tiene entonces un desarrollo que culmina en el control que del Poder se realice en el transcurso de dicho proceso, y así los mecanismos

³ J. A. González Casanova, *La idea de Constitución en Karl Loewenstein*, Revista de estudios políticos, ISSN 0048-7694, N° 139, Barcelona, 1965: “Para analizar y comprender el papel funcional del elemento Poder en la estructura de dominación hemos de comprobar primero que: a) El Poder no domina solamente la relación gobernantes-gobernados (Duguit), sino que también condiciona las relaciones entre los diferentes detentadores del Poder, si los hay. b) Existen tres grados en el desarrollo del Poder que constituyen el *proceso político*:

i. Obtención del ejercicio del Poder.
ii. Modo de ejercicio.
iii. Control de tal ejercicio.”, p. 77.

⁴ Carlos S. Fayt, *Teoría de la Política en el siglo XXI*, La Ley S.A., Buenos Aires, 2002, p. 35.

⁵ Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1983, p. 7 y ss.

de control del Poder político se convierten en el corazón de toda constitución desde el punto de vista normativizador que esta busca alcanzar.

Entra a jugar en este contexto el concepto de la división de poderes. La república como forma organizativa de gobierno tendiente a proteger a los ciudadanos frente al poder coercitivo del Estado ejercido por los gobernantes requiere entre sus elementos tipificantes la *división de poderes*. En base a dicha prerrogativa el poder acaba distribuido en órganos -el legislativo, el ejecutivo y el judicial- compuestos por hombres y mujeres que son los que llevan a cabo su papel de manera interdependiente, sin perjuicio de la rigidez que caracteriza la división. Es importante entender esta estructura divisoria "entorno a la necesidad de contener el Poder para evitar la concentración que degenera en autoritarismo y proteger a los hombres en su libertad y sus derechos"⁶.

La separación de poderes implica la idea de un control inter-orgánico en la medida que se imputa a cada una de las funciones del poder a un órgano relativamente independiente de los otros dos en un sistema por el cual los tres se controlan recíprocamente. Así, el Poder Ejecutivo no puede llevar a cabo funciones legislativas,⁷ ni tampoco funciones judiciales⁸ y la Constitución a su vez prohíbe al Poder Legislativo otorgar no solo la suma del poder público, sino también facultades extraordinarias, o sumisiones o supremacías que puedan poner la dignidad, la vida o la propiedad de los argentinos a merced de persona alguna.⁹ Estas prohibiciones significan que "ninguna autoridad puede apartarse un milímetro de los carriles que marca la propia Constitución en la competencia de cada uno de los poderes de gobierno".¹⁰

En este orden, la Constitución diagrama las relaciones entre los distintos poderes en base a su relativa independencia. Esta relativa independencia da

⁶ Es importante remarcar en los términos de esta consideración que abordamos el tema de la división de poderes desde la óptica de Bidart Campos, según el cual el Poder político del Estado como capacidad o energía para cumplir su fin es uno solo y lo que se divide son las funciones entendidas como el entreacto entre el poder abstractamente considerado y el acto final que es ejercicio de ese poder. Germán J. Bidart Campos, *Compendio de derecho Constitucional*, 1ª. Ed., Ediar, Bs. As., 2004, p 236.

⁷ "3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo...", artículo 99 de la *Constitución Nacional*.

⁸ "En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.", artículo 109 de la *Constitución Nacional*.

⁹ "El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincias, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria.", artículo 29 de la *Constitución Nacional*.

¹⁰ Miguel Ángel Ekmekdjian, *Manual de la Constitución Argentina*, 5ª Ed., Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 313.

origen a una relativa interdependencia entre los poderes, "la cual hace a la esencia del sistema republicano, pues significa que para la realización de los actos más importantes del Estado es necesaria la conjunción de distintas voluntades políticas, y además, el control recíproco de los órganos que ejercen el poder a los fines de garantizar el espacio de la libertad".¹¹ De esta manera existen *relaciones de coordinación*, como la potestad del Presidente de remitir proyectos de ley al congreso para su tratamiento, o la posibilidad de dar origen a verdaderas leyes a través de decretos de necesidad y urgencia, o bien el acuerdo que presta el Congreso para el nombramiento de determinados funcionarios, entre otras; y *relaciones de control recíproco*, como el juicio político que el Senado puede iniciar, previa acusación de la Cámara de Diputados, al titular del Poder Ejecutivo, sus ministros y magistrados judiciales, el control de la recaudación fiscal y de la ejecución del presupuesto que ejerce el Congreso sobre el Poder Ejecutivo o el derecho de este último de vetar las leyes sancionadas por el Congreso, así como el control de constitucionalidad y razonabilidad que tiene el Poder Judicial sobre los actos de los otros dos poderes.

En realidad podemos decir que el control descansa no entorno a la rígida separación sino en los controles recíprocos entre poderes que se articulan en sus relaciones, pues las funciones que se le atribuyen a cada poder "están cada vez más compartidas y por ende cada poder oficial es cada vez más híbrido".¹²

En estos términos, el derecho judicial emanado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dejado establecido como principio 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 respectivamente", por lo tanto cada órgano de poder debe preservar la supremacía de la Constitución en su respectivo accionar; en sentido complementario ha dicho que "para poner en ejercicio un poder conferido por la Constitución a cualquiera de los órganos del gobierno nacional es indispensable admitir que este se encuentra autorizado a elegir los medios que a su juicio fuesen los más conducentes para el mejor desempeño de aquellos, siempre que no fuesen incompatibles con alguna de las limitaciones impuestas por la misma constitución"¹³, lo cual avala como principio general que otorgada una competencia por la constitución, el órgano respectivo goza de 'poderes

¹¹ Miguel Ángel Ekmekdjian, *óp. cit.*, p. 313/314.

¹² Karl Loewenstein, en *Teoría de la Constitución*, pp. 62 y ss.; ver también Néstor P. Sagues, *El control del congreso sobre el presidente en Argentina. Normas y realidades*, *Ius et Praxis* año/vol. 8, número 001, Universidad de Talca, Chile, p. 430. De ello surge que Loewenstein haya planteado un esquema de análisis de la dinámica del poder más de acuerdo con la sociedad pluralista de masas en base a una nueva división tripartita de funciones estatales: 'decidir' (policy determination), 'ejecutar' (policy execution) y 'controlar' (policy control).

¹³ Germán J. Bidart Campos, *óp. cit.*, p. 237 y ss.

implícitos para hacer efectivos los que le han sido reconocidos, poderes estos que nunca pueden significar una violación de la Constitución.

El problema a la vista de esta realidad es que la libertad primordial de los individuos, estos derechos básicos consagrados por la Ley suprema que aseguran la autonomía privada de los individuos dentro de un Estado de derecho democrático, está garantizada por la ley, pero sujeta, de facto, a la dinámica del proceso político, y depende en toda su medida de que el ejercicio del Poder público se mantenga dentro de determinados límites que aseguren que la forma en que está organizado el gobierno en lo relativo a la toma de decisiones obligatorias para toda la sociedad en busca del bien común, no convierta la democracia en una parodia de la democracia. La separación de poderes como tal lleva asociada a ella la idea de control porque ella en sí misma es un control en tanto y en cuanto distribuye el accionar estatal entre distintos órganos. Pero dicho control no es automático y su vigor también está subordinado a la dinámica del proceso político. En definitiva, en un sistema hiperpresidencialista como el nuestro, el partido que gana las elecciones no solo se hace con el mando del ejecutivo (cosa que ya implica suficiente poder), sino que también puede adjudicarse la mayoría en el Congreso, lo cual genera un ambiente que posibilita que la facción triunfante monopolice el ejercicio del Poder público, si esta lo quiere así. De este modo, un sistema democrático de gobierno que admite la libre competencia por el acceso al poder, aunque este orientado por naturaleza a evitar la dominación tiránica no es inmune a la siempre posible visión autocrática de los gobernantes y a que el Poder termine por encontrar escapes al dique que una simple separación de funciones no puede hacer efectivo frente a la siempre latente disputa política.

El Poder político también es el punto de partida del análisis de las cuestiones políticas no justiciables, desde que esta excluye a las cuestiones políticas de la posibilidad de ser sometidas al cotejo de su legalidad, de su juridicidad, a través del control judicial de constitucionalidad. Las cuestiones políticas no justiciables -a diferencia de otras doctrinas y máximas legales como, por poner un ejemplo, la regla *pacta sunt servanda* del derecho privado- no coexiste con la política como algo netamente jurídico, sino que existe en tanto y en cuanto pretende ajustar la actividad política a ciertos criterios jurídicos básicos.

Frente a esta realidad ¿qué papel viene a desempeñar la doctrina de las cuestiones políticas como una fórmula que insta al juez a diferenciar entre cuestión política y cuestión jurídica a los fines de decidir si entra a analizar su constitucionalidad y razonabilidad o no? Ante esta realidad en la que la separación de poderes no puede ser considerada a priori como algo que indiscutiblemente tiene parangón en los hechos ¿qué efecto produce una

doctrina jurídica cuya aplicación exige justamente que exista equilibrio entre los poderes para no ser el Poder judicial quien rompa esa armonía?

III.

DISTINTAS CONCEPCIONES SOBRE LAS CUESTIONES POLITICAS NO JUSTICIABLES.

III.A. Tres teorías que explican la doctrina en el derecho comparado.

El Black's Law Dictionary define a las cuestiones políticas no justiciables de la siguiente manera:

Cuestiones políticas no justiciables. Cuestiones que las Cortes se rehúsan a conocer, o a decidir, debido a su eminente naturaleza política, o porque su determinación implicaría una invasión al poder ejecutivo o legislativo.

La 'doctrina de las cuestiones políticas no justiciables' sostiene que ciertos asuntos no deben ser decididos por las Cortes porque su resolución está a cargo de otra rama del gobierno y/o porque esos asuntos, por una razón u otra, no son susceptibles de resolución judicial. *Islamic Republic of Iran vs. Pahlavi*, 116 Misc.2d 590, 455 N.Y.S.2d 987, 990.

Una disputa que puede ser resuelta más adecuadamente por otro departamento del gobierno no es materia justiciable de las Cortes. Sin embargo, un estatuto de distribución de circunscripciones electorales es una cuestión política que no puede considerarse no justiciable. *Baker vs. Carr*, 369 U.S. 186, 208-210, 82 S.Ct. 691, 7 L.Ed.2d 663.¹⁴

El parámetro que rige actualmente en el derecho comparado sigue siendo el que quedara establecido por la afirmación aparentemente "definitiva" respecto de la doctrina de la cuestión política que pronunciara el Ministro de la Corte de los EEUU, Brennan, en el fallo *Baker vs. Carr*¹⁵.

Allí se dijo que de forma prominente, en la superficie de cualquier caso del que se afirme que presenta una cuestión política, se destaca, ya sea:

¹⁴ *Black's Law Dictionary*, Sixth Edition, pp. 1158-1159, citado en Political Jurisdiction, Copyright Sovereignty, Education and Defense Ministry, <http://sedm.org/Forms/MemLaw/PoliticalJurisdiction.pdf>, p. 4.

¹⁵ 369 U.S. 186,217 (1962)

(a) “una asignación constitucional, que puede ser comprobada desde el texto constitucional, a un órgano político coordinado”; (b) “una ausencia de parámetros que pueden ser jurídicamente determinados y utilizados para resolverlo”; (c) “la imposibilidad de decidir al respecto sin decisión política previa, la que ciertamente no corresponde al ámbito de discrecionalidad del poder judicial”; (d) “la imposibilidad de que un tribunal lleve a cabo la resolución independiente sin faltar por ello al debido respeto de los órganos coordinados del gobierno”; (e) “una necesidad inusual de adherir sin cuestionamientos a una decisión política ya adoptada”; o (f) “la dificultad potencial que puede plantearse a partir de pronunciamientos opuestos emitidos por distintos órganos en torno a una misma cuestión”.

Esta definición engloba las tres tesis sobre cuestiones políticas no justiciables elaboradas por la doctrina hasta el momento en el derecho comparado:

- 1) **Teoría clásica:** el ejercicio de la jurisdicción constitucional es un deber sólo excusable cuando la decisión ha sido encomendada a otro órgano constitucional.
- 2) **Teoría «prudencial»:** las *political questions* suponen una válvula de escape de la jurisdicción constitucional para no tener que pronunciarse, si no quiere, sobre algunos temas.
- 3) **Teoría funcional:** se debe a una reacción necesaria frente a las imposibilidades de tipo técnico (falta de información, falta de uniformidad en la actuación del Estado en su conjunto, etc.).¹⁶

Si bien estas son en términos generales las líneas doctrinarias más fuertes, también destacamos otras dos concepciones. La de *Louis Henkin* (1976)¹⁷, que consideraba que los tribunales se rehúsan a resolver las cuestiones políticas ya que la sentencia tendría que remediar la situación jurídica mediante la asunción de funciones típicamente legislativas o administrativas; es decir que es la ausencia de un remedio judicial idóneo lo que determina la falta de jurisdicción. Y la elaborada por *Laurence Tribe* (1978)¹⁸, que explicaba el fenómeno como una negación a considerar determinadas cláusulas constitucionales como directamente enjuiciables por los tribunales.

¹⁶ Como vemos la *teoría clásica* se corresponde con la primera afirmación del juez Brennan en *Baker v. Carr*; la *teoría prudencial* con los apartados d), e) y f); y la *teoría funcional* con b) y c).

¹⁷ Louis Henkin, *Is There a Political Question Doctrine?*, 85 Yale L. J. 597 (1976).

¹⁸ Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, pp. 71-79 (1978).

III.B. La mirada de la doctrina nacional.

En la doctrina nacional encontramos dos posiciones: *a)* una tesis prudencial que las admite; *b)* y una tesis negatoria de las cuestiones políticas no justiciables.

Entre los partidarios de la tesis prudencial encontramos a Quiroga Lavié, para el cual una cuestión política es la que resulta de actos políticos producidos frente a situaciones nuevas. Para enfrentar estas situaciones no es posible acudir a normas ya que ellas no pueden prever la dinámica social. En este contexto dice que puede predicarse que una cuestión deviene política, y por tanto, no justiciable.

También Marienhoff ha influido en esta línea doctrinaria con su enfoque administrativista. Marienhoff distingue entre dos tipos de actos: 1. El acto de gobierno o político. 2. El acto institucional. Respecto del primero considera que el llamado *acto de gobierno o político* no constituye una figura jurídica específica sino una noción que se refiere a cierta actividad del órgano ejecutivo del Estado, asimilando así jurídicamente el acto de gobierno al acto administrativo. De este modo Marienhoff lo define como todo acto atinente a la marcha o funcionamiento común u ordinario de la administración pública pero que tenga un plus que el acto administrativo a secas no lo tiene; ese plus es que esos actos están orientados con una finalidad superior para el funcionamiento del Estado. Los actos que no cumplan estos requisitos sino que estén orientados a finalidades más trascendentales para la organización y subsistencia del Estado son *actos institucionales*.

En base a esta distinción considera que los actos de gobierno (indulto, expulsión de extranjeros, prohibición de entrada al país de un extranjero, medidas adoptadas en una guerra) pueden incidir directa o indirectamente en la esfera jurídica del particular o administrado, vulnerando incluso un derecho o una garantía, lo cual autorizaría la impugnación del acto ante la 'autoridad jurisdiccional judicial'. En cambio el acto institucional (declaración de guerra, intervención federal, declaración del estado de sitio, nombramiento de magistrados de la Corte Suprema) no puede dar lugar a tal impugnación ya que no afecta derechos subjetivos de los administrados, los cuales recién podrían verse afectados a raíz de actos emitidos como consecuencia de dichos actos institucionales, por lo tanto devienen en no justiciables.

A su turno Bianchi también rechaza la plena justiciabilidad de las cuestiones políticas distinguiendo entre cinco clases de cuestiones políticas: 1. Aquellas que son natural o constitucionalmente políticas (la celebración de un tratado, la ruptura de las relaciones diplomáticas o la declaración de guerra). 2.

Las que son funcionalmente políticas, como las decisiones adoptadas en el ámbito de la Administración (como la calificación de una huelga o el régimen de ascensos en las Fuerzas Armadas). 3. Las que el Congreso dice que son políticas. 4. Las que los jueces dicen que son políticas. 5. Las cuestiones políticas encubiertas, como las que surgen en materia de emergencia económica.

Por otro lado, entre los defensores de la plena justiciabilidad de las cuestiones políticas encontramos a Bidart Campos. Este reconoce que la CN traza una zona de reserva para cada uno de los tres poderes de gobierno pero rechaza la idea de que el abuso o exceso de poder este incluido en esa zona de reserva. A partir de ese punto considera que cuando un juez revisa un acto del ejecutivo o del Congreso, aunque ese acto sea uno de naturaleza *política* no está penetrando en el ámbito exclusivo de ese poder sino controlando la supremacía constitucional para reencauzar esa actividad evasiva de la constitución.¹⁹

En este mismo sentido Boffi Boggero tampoco estaba de acuerdo con la doctrina de las cuestiones políticas ya que consideraba que la separación de poderes no es incompatible sino que por el contrario se robustece cuando la Justicia decide revisar lo que se vincula con las facultades privativas de un Poder, tanto en lo atinente a la determinación de que realmente existe esa potestad como en lo relativo al modo en que esta fue ejercida cuando aquella haya lesionado un derecho; de otro modo el Poder Judicial estaría legitimando el ejercicio discrecional de una facultad dando por probado a priori el hecho que jurídicamente le debe conferir fundamento constitucional a dicha facultad.²⁰

También Sagues por su parte, considera que las cuestiones políticas no solo son justiciables, sino que tienen una dimensión jurídica que las hace justiciables en un doble sentido: 1. La determinación sobre si el procedimiento establecido por la CN para la realización de una facultad propia de uno de los poderes se cumplió; 2. La determinación de la constitucionalidad de lo resuelto por ese órgano. Dice que los jueces no se expiden sobre el acierto del criterio utilizado para tomar la decisión, cosa que si es discrecional, sino, con extrema prudencia, sobre si la decisión tomada respeta, en cuanto a su contenido, las normas de la CN.²¹

Haro por su parte deja por sentado lo referido a las facultades privativas de un Poder estatal y focaliza su análisis en el "juicio privativo" que ese Poder efectúa a la hora de ejercer una facultad que la CN le atribuye. En base a esa distinción dice que esas facultades privativas serán susceptibles de control

¹⁹ Germán J. Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Bs.As., 1988, t. II, p.371.

²⁰ Fallos, 254:116.

²¹ Néstor P. Sagues, *Novedades sobre las cuestiones políticas no justiciables*, ED, t. 184, p. 1075.

jurisdiccional cuando sean ejercidas fuera del marco de la Ley Fundamental ya que “no hay facultades privativas que autoricen la violación de la legalidad constitucional”.²²

Para Baeza la dificultad en torno a las cuestiones políticas no justiciables se vincula con la imposibilidad de hacer una definición apriorística de las mismas porque son producto de las decisiones de los tribunales y la postura de estos ha variado según las épocas.²³

Soler tuvo la oportunidad de referirse a las cuestiones políticas no justiciables y lo hizo no desde la elaboración doctrinaria sino desde la actividad judicial, como procurador de la Corte Suprema en el caso “Partido Demócrata-Distrito San Juan”²⁴. En su informe estableció que la doctrina de las *political questions* no hace referencia a otra categoría de actos que no sean aquellos que la CN determina como *privativos* de los Poderes Ejecutivo y Legislativo; según Soler la injerencia del Poder Judicial para determinar la validez en cuanto a la apreciación de la idoneidad de los empleados de la Administración que hace el Poder Ejecutivo al designarlos sería una intromisión que podría afectar el equilibrio entre poderes; del mismo modo si el Poder Judicial juzgara la validez de las resoluciones del Congreso en lo concerniente a la aprobación de los diplomas de sus miembros. Pero considera que sería un grave error considerar que el Poder judicial desatendiera “las violaciones a los derechos que corresponden a la calidad de ciudadano, por considerar que se trata de cuestiones políticas o electorales cuya decisión es ajena a su cometido”, concluyendo que las causas referentes a al goce y ejercicio de los derechos políticos no son cuestiones políticas, así como las causas referidas a los derechos patrimoniales no son cuestiones económicas.

Planteado de esta manera, las diferencias entre estas dos corrientes doctrinarias podrían completarse de la siguiente manera:

²² Ricardo Haro, *Las cuestiones políticas: ¿prudencia o evasión judicial?*, LL, t. 1991-D, p. 1052.

²³ Carlos R. Baeza, *Cuestiones políticas*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Bs.As, 2004, p. 134.

²⁴ Fallos, 238:283.

Polémica entre partidarios y detractores de la plena justiciabilidad de las cuestiones políticas²⁵

ARGUMENTOS A FAVOR	ARGUMENTOS EN CONTRA
➤ Si la justicia no interviene en estos casos pueden darse supuestos de denegación de justicia.	➤ Los Poderes políticos (y no el Judicial) son los únicos competentes para decidir sobre estas cuestiones
➤ La división de poderes no se altera, sino mas bien se robustece cuando el Poder judicial controla los excesos de los otros	➤ La intervención de los jueces en estas materias altera la forma republicana de gobierno.
➤ La discrecionalidad de los poderes políticos no puede implicar descontrol	➤ Podría generarse un modo de "gobierno de los jueces" incompatible con el sistema democrático.
➤ El Poder Judicial es el moderador de los restantes poderes de Estado	➤ El control de los actos políticos debe ser ejercido por el pueblo al momento de votar.

IV.

ELEMENTOS QUE LA COMPONEN.

IV.A ¿Qué es la judiciabilidad? Noción de caso justiciable.

El Art. 116 de la Constitución Nacional –en adelante CN- establece que "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación... y por los tratados con las naciones extranjeras...".

Para lograr la materialización del sistema jurídico, la CN le otorga al Poder Judicial la competencia exclusiva y excluyente para resolver los pleitos que se generen entre sujetos de derecho, siempre que estos pleitos versen sobre alguno de los puntos regidos por la CN, las leyes y los tratados internacionales con fuerza de ley.

²⁵ Eduardo Pablo Jiménez, *Actualidad del control de constitucionalidad "de oficio" en la República Argentina*, El Derecho, Bs.As., Abril de 2009, N° 12.234, año XLVII, p. 8.

La resolución de estos pleitos se lleva a cabo en un espacio propio, el *proceso judicial*, en el cual el juez actúa como un tercero imparcial que oye a las partes que se encuentran en una oposición dialéctica de intereses y pretensiones, fundadas en la titularidad de un derecho. El proceso judicial se desenvuelve de esa manera como el ámbito en el cual las partes que requieren la recomposición de su derecho deben acreditar la titularidad del mismo y demostrar su *razón* ante el pedido de protección jurídica que se hace ante el juez. El juez analiza los extremos facticos y jurídicos, provee al correcto desarrollo del procedimiento judicial y concluye el proceso mediante un acto judicial que termina por esclarecer, o al menos determinar con fuerza de ley para las partes, a cuál de ellas asiste el derecho, a través de la sentencia.

El derecho al acceso a la justicia requiere de la existencia de ciertos requisitos que hagan posible el planteamiento de una situación determinada de la vida ante un tribunal para que el juez, como Poder Judicial encarnado individualmente materialice el derecho escrito y los principios que informan el derecho, y por ende haga justicia.

Que esa situación de la vida sea justiciable es uno de esos requisitos. Para que un caso sea justiciable tiene que encerrar alguna forma de controversia que sea susceptible de apreciación por los tribunales. De modo que la *justiciabilidad* puede definirse como el requisito primordial que exige el sistema jurídico para que el aparato judicial despliegue su potencial, por el hecho de que ese caso lleva implícitos ciertos extremos jurídicos que deben ser resueltos.

Este requisito se complementa con otro, el de la *legitimación*, que se refiere ya a una capacidad jurídica especial de la persona que intenta someter un caso justiciable a decisión del tribunal, exigido por el derecho procesal de forma autónoma. Esta legitimación engloba la capacidad procesal y la legitimación activa. La primera se refiere a la aptitud general para estar en juicio, que como tal es una capacidad de derecho. La legitimación activa en cambio se refiere a la aptitud específica de aquel que teniendo capacidad procesal también tiene una pretensión o un interés particular que lo habilita para accionar en pos de garantizar un derecho en un proceso judicial dado.

De esta manera podríamos sintetizar que la noción de caso justiciable se refiere a *que* es lo que requerimos de la justicia, mientras que la legitimación se refiere a *quien* hace el requerimiento; y aunque existan autores que desplazan el concepto de legitimación al desarrollar el concepto de la justiciabilidad, por ser un requisito especial del derecho procesal, nosotros creemos que dicho concepto sigue siendo útil no solo desde lo didáctico, sino porque puede llegar a tener una injerencia muy significativa a la hora de determinar la diferencia entre cuestión política y cuestión jurídica.

Ahora bien, el aspecto referido al *que*, es decir el aspecto que hace estrictamente a la justiciabilidad de un caso, puede encontrar un obstáculo en el intento de ser sometido a decisión de un tribunal en virtud de otro factor, esta vez relacionado con la naturaleza de aquello por lo que se acciona, requisito al cual vamos a denominar como *naturaleza del acto objeto de control*. Y aquí es donde entramos a discutir si la naturaleza política de un acto puede llegar a constituir o no un obstáculo para que el juez despliegue la función judicial que la CN le impone.

IV.B. Incidencia de la naturaleza política de una cuestión para la determinación de su justiciabilidad.

Nos proponemos en este punto conectar el problema sobre la justiciabilidad con aquel otro interrogante: ¿Qué son las cuestiones políticas?

El tema de la justiciabilidad de un caso como lo hemos planteado se vincula a todas las controversias que puede albergar el derecho tanto en su faz privada como pública.

Para analizar la oposición que se plantea entre cuestión jurídica y cuestión política es necesario que nos focalicemos en la justiciabilidad en torno a casos que puedan contener puntualmente controversias de naturaleza constitucional.

¿Por qué afinar el foco del análisis? Porque la misma doctrina que estamos analizando nos obliga a centrarnos en el ámbito particular de las competencias propias de los poderes políticos, y nos obliga a estudiar el modo en que estos ejercen dichas competencias, por lo tanto nuestro desarrollo debe ajustarse a los contenidos propios del derecho constitucional.

En este marco entonces proyectamos esta distinción entre cuestión jurídica y cuestión política en base a la justiciabilidad de una y otra.

De antemano, la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables nos informa que no pueden ser sometidos a decisión de los tribunales los asuntos o controversias que derivan del ejercicio de las facultades que la CN atribuye al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo, como ser la declaración del estado de sitio, la disposición de la intervención federal en una provincia, la declaración de la necesidad de la reforma constitucional, el llamado a sesión extraordinaria por parte de alguna de las cámaras del Congreso, pero también, y en general, toda decisión de naturaleza política vinculada al ejercicio de sus competencias que no pueda ser catalogada previamente y que se relacione con el devenir del gobierno para dar respuesta a acontecimientos emergentes de las

circunstancias socioeconómicas particulares de una época, para lo cual el uso de la discrecionalidad pueda devenir en un acto que produzca efectos jurídicos. De aceptarse lo contrario se produciría un desequilibrio en la división de los poderes ya que la injerencia del Poder judicial tendiente a valorar judicialmente el modo en que esas competencias son ejercidas sería una injerencia *indebida*.

En este sentido, las cuestiones políticas se definen en contraposición a las jurídicas porque respecto de aquellas no cabría la posibilidad de verificar la existencia una controversia sobre derechos sino un mero desacuerdo sobre como es llevado a cabo el gobierno de la Nación, en lo relativo a la oportunidad y conveniencia de la toma de una decisión. Se esgrimen dos argumentos claves a favor de esta posición: 1. Que ante controversias de esa naturaleza son los departamentos políticos del Estado los que mejor posicionados están para resolverlos; el remedio en esos casos debe venir del lado de la política y no de la justicia, porque de otro modo el remedio sería peor que la enfermedad; 2. Que dada la naturaleza política de los asuntos, es el mismo proceso político democrático y republicano el que contiene las vías para modificar una situación con la que se esté en desacuerdo, y la vía por excelencia para manifestar toda disconformidad política es el acto electoral.

Hasta aquí estamos de acuerdo en dos cosas; primero, que en tanto y en cuanto el asunto se limite al descontento o desacuerdo generado sobre la metodología de acción del gobierno y no traspase los límites de la legalidad y la razonabilidad, y los límites del respeto por los derechos que consagra la Constitución, entonces sí, el remedio está en la dinámica entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo; segundo, que las elecciones siempre son por antonomasia la ruta de expresión de la libertad de los ciudadanos en un sistema político en el que la consigna es el autogobierno indirecto.

Ahora, si el panorama fuera el otro, si el asunto pasa de ser un mero descontento con el partido político gobernante, y se evidencia en una práctica de conductas arbitrarias e ilícitas, entonces el remedio político no sería suficiente, y debería ser reforzado mediante la rectificación judicial de esas prácticas siempre que se pudiera comprobar que aun en la maleza política hay extremos jurídicos en juego. En ese escenario lo puramente político dejaría de serlo y pasaría a ser jurídico-político.

Sabemos que la actividad de los órganos jurisdiccionales destinada a administrar justicia se distribuye según distintos criterios de competencia que fijan los límites dentro de los cuales se ejerce dicha facultad. Esto tiene por finalidad la determinación del tribunal que va a conocer, preferente o excluyentemente, de una controversia que ha puesto en movimiento la actividad jurisdiccional.

Dentro de estos criterios de distribución de competencia entre los órganos jurisdiccionales esta el criterio material, que toma como parámetro la naturaleza jurídica del asunto litigioso, y en base a la naturaleza jurídica de la cuestión litigiosa la competencia de la actividad jurisdiccional se ramifica en civil, comercial, laboral, penal, de familia, contencioso-administrativo, federal, etc.

En cualquiera de estas ramificaciones puede tener lugar una controversia de tipo constitucional, ya que la CN contiene las líneas estructurales básicas para la reglamentación del derecho en general y por ende de las especializaciones del derecho (el derecho civil, aduanero, laboral, comercial, etc.). En estos términos, esa controversia constitucional puede venir motivada desde una decisión tomada por los departamentos políticos que afecta los derechos específicos de un sector de la población. Se dice frente al descontento de ese sector, acertadamente, que los derechos no son absolutos sino que su ejercicio está subordinado a las leyes que reglamentan su ejercicio, siempre y cuando dicha reglamentación respete el principio de *razonabilidad*, en virtud del cual la reglamentación del derecho no puede ser de tal manera que lo aniquile o desnaturalice.

¿Quién garantiza la razonabilidad de la reglamentación de los derechos? En principio tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo, pues como altos poderes del Estado estos interpretan y aplican la CN al llevar a cabo una determinada medida. Pero aun en el caso de que el Ejecutivo o el Legislativo vulneren el principio de razonabilidad, quien se ve vulnerado goza de la existencia de una instancia, la jurisdiccional, concebida con la específica finalidad de controlar esa razonabilidad, esa constitucionalidad.

Aparece así un nuevo fenómeno jurídico a tener en consideración: el control judicial de constitucionalidad. A simple vista, pareciera que la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables no interfiere directamente con esta función jurisdiccional, ya que es concebida específicamente para limitar la injerencia del Poder Judicial solo en cuanto al conocimiento de la oportunidad y conveniencia del desenvolvimiento del Poder Ejecutivo y el Legislativo. ¿Pero que ocurre –volvemos a preguntarnos- cuando la cuestión aparentemente política hace contacto con lo jurídico; cuando lo político deja traslucir su aspecto jurídico-político por el hecho de afectar ya no a la política sino a los derechos políticos, civiles, humanos, etc.? ¿Qué ocurre cuando, ante la duda, la actividad jurisdiccional se repliega y no entra a analizar un caso que aun viniendo del seno de la política es justiciable?

IV.C. El criterio que falta analizar como determinante a la hora de abordar el fenómeno de las cuestiones políticas no justiciables.

Hasta ahora hemos encarado la imposibilidad del tratamiento jurisdiccional de las cuestiones políticas sobre la base de la justiciabilidad, en virtud de que los asuntos propios de la política no producirían en teoría una violación directa a los derechos de los ciudadanos y en consecuencia estos estarían desprovistos de aquel requisito básico para acceder a la justicia: el caso justiciable.

Frente a esa hipótesis nosotros propusimos que aun lo eminentemente político puede llegar a hacer contacto con lo jurídico, y por ende abrir la puerta para acceder a la justicia y someter una decisión política a consideración de un tribunal por el hecho de que la irracionalidad o ilicitud de la decisión tomada desnaturalice un derecho adquirido.

Ahora bien, la no justiciabilidad no es el único parámetro que los defensores de la doctrina de las cuestiones políticas inducen como la justificación de su existir.

El otro criterio gira en torno al concepto de *jurisdicción*, y significa que directamente la CN no le confiere al Poder Judicial la atribución de decidir acerca de cómo el Poder Ejecutivo o el Legislativo llevan a cabo sus actos.

Retomamos el Art. 116 de la CN: "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación... y por los tratados con las naciones extranjeras..."; todas las causas – dicen los partidarios de las *political questions*- pero no aquellas que versen sobre cuestiones vinculadas a la forma cómo actúan los otros dos poderes públicos.

La jurisdicción es a menudo definida como la aptitud o capacidad reconocida a un juez o tribunal para conocer una determinada categoría de pretensiones o de peticiones, confundiéndosela así con la competencia a la que nos referimos antes; en realidad, desde el punto de vista técnico, la jurisdicción es considerada de manera global sin hacer distinciones entre materia, lugar o persona, como una de las funciones estatales mediante la cual los órganos jurisdiccionales del Estado administran justicia en los casos litigiosos. Luego, la competencia debe ser entendida como la medida en que un tribunal o juez ejerce su función jurisdiccional.

En base a ello, decir que el Poder Judicial no tiene jurisdicción respecto a las cuestiones políticas significaría que el modo en que está organizado aquel

poder estatal desde la CN establece una excepción de jurisdicción, lo que equivale a afirmar que el Poder Judicial en virtud de la CN y de las leyes que organizan su funcionamiento, conocerá "todas las causas" menos aquellas que se vinculen con la investigación del accionar del gobierno. La falta de jurisdicción significa que el tribunal rechaza una demanda sin entrar en el fondo de la cuestión, sin entrar siquiera a analizar la justiciabilidad.

Vale remarcar que ni la CN ni la Ley 48 de organización del Poder judicial establecen explícita ni –a nuestro entender- implícitamente esta excepción tan gruesa.

El argumento fuerte de esta solución viene en realidad de una consideración implícita no acerca de cómo está estructurado el Poder Judicial, sino de una consideración de toda la estructura divisoria del poder público estatal. Los defensores de la tesis de las cuestiones políticas no justiciables dicen que admitir que los tribunales tengan jurisdicción en este ámbito implicaría sostener que el Poder Judicial estaría colocado un peldaño más arriba de los otros dos poderes y de ahí que su injerencia sería indebida.

Sin duda compartimos con los exponentes de la doctrina en cuestión que la idea es que los tres poderes son independientes entre sí, y que se encuentran en pie de igualdad cada uno con su zona de reserva. Pero lo que no compartimos y criticamos es que a través de ese argumento se justifique la imposibilidad de someter ante la justicia un *caso justiciable* por el hecho de que lo antijurídico venga del ámbito de los otros dos poderes.

Cada uno de los tres poderes está dotado de competencias específicas; de ese modo es que el Poder Judicial no puede crear derecho positivo del modo que lo hacen los legisladoras; ni tampoco puede disponer del presupuesto nacional para atender, por ejemplo, una situación de contaminación ambiental como la del Riachuelo. Ahora, lo característico del Poder Judicial es su función jurisdiccional; su capacidad para administrar justicia mediante la interpretación y aplicación de la CN y el ordenamiento jurídico que a partir de ella se despliega.

Que esta facultad esencial del Poder Judicial imponga tener que revisar el comportamiento de los otros dos poderes es algo que viene dado de manera lógica, en virtud de cómo está organizado el sistema jurídico de un país. Y que el Poder Judicial adquiera cierto poder de control como consecuencia de su papel en esa estructura también es inevitable.

V.

LAS CUESTIONES POLITICAS NO JUSTICIABLES Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

V.A. El control de constitucionalidad.

Partiendo de la base de considerarla como el texto que materializa un acuerdo dado en determinado momento histórico y que conecta una serie de compromisos fundamentales referidos a aquellas cuestiones respecto de las cuales no discrepamos como sociedad y vinculadas al Estado y a los límites del gobierno, existen dos maneras de revitalizar o adecuar la Constitución a la inevitable transformación social, cultural, económica y política del hombre: una de ellas es la *reforma constitucional*, un acontecimiento eminentemente político y referido a la *constitución formal*, en el sentido que supone el re-afirmamiento de dicho acuerdo, llevado a cabo por partidos políticos que, actuando una vez más como portadores del consentimiento de la sociedad y como agrupadores de su pluralidad, emprenden la tarea de llevar a cabo las enmiendas positivas al texto constitucional. El otro modo de conservar su vigencia se desarrolla en el marco de lo que se denomina *constitución material* y tiene lugar en un ámbito apartado de la lucha político-partidista: el ámbito del Poder judicial, a través de la revisión de las leyes y actos de gobierno.

En realidad, podríamos decir que el control de constitucionalidad, tal y como está concebido en nuestro sistema de derecho es desplegado por los jueces como una función concreta, en el marco de un procedimiento judicial ordinario en el que se ventila una controversia puntual de naturaleza constitucional, y produce, *inter-partes*, el destierro de una ley –o cualquier acto gubernamental asimilable a norma jurídica- del terreno de eficacia del derecho positivo; pero no del derecho positivo en su totalidad, sino que hace desaparecer la fuerza normativa de esa manifestación gubernamental en cuanto a su posibilidad de regir el pretendido aspecto de la vida jurídica de aquel sujeto de derecho que triunfa en la empresa de oponer una norma a la luz de la Constitución a los fines de descubrir sus puntos oscuros y de demostrar con ello la arbitrariedad emergente de la *irrazonabilidad* de la conducta gubernamental. Por su parte, decimos que el revisionismo constitucional es el componente residual de dicha operación, que trasciende el marco de ese proceso judicial particular transformándolo en *precedente*, y que actúa como el estímulo a adaptar la Constitución a los cambios que experimenta una sociedad con el paso del tiempo, tornándola vigente para un momento histórico distinto e impidiendo su fosilización. En apoyo a lo dicho podemos citar a Whittington cuando sostiene que “La doctrina del revisionismo judicial se refiere a la autoridad de una Corte, en el contexto de decisión de un caso particular, de

quitarle fuerza a un acto de otro departamento gubernamental en base a que dicho acto es contrario a los requerimientos de la Constitución. Los jueces, en este contexto, son agentes de la sociedad y no solo de la legislatura. De este modo, tienen la propia responsabilidad de adherir a los mandatos constitucionales aunque contradigan las instrucciones de la legislatura. El poder del revisionismo judicial (...) se distingue del abstracto revisionismo constitucional que rige en gran parte de Europa. El revisionismo judicial solo autoriza a las cortes a rehusar la aplicación de una ley en el caso particular en tanto y en cuanto dicha ley contradiga la Constitución. La jurisdicción constitucional solo se ejerce en el contexto de una controversia específica y su extensión se debe a la función que cumple el precedente (...) La posibilidad del control abstracto de constitucionalidad clarifica la distintiva naturaleza 'judicial' del sistema concreto de control de constitucionalidad, que se manifiesta solo en el ámbito de un procedimiento judicial ordinario"²⁶.

En este orden de ideas, el revisionismo constitucional es ante todo una actitud judicial que mediante la interpretación extensiva de los cánones constitucionales tiende no solo a efectivizar la CN como un conjunto de reglas que rigen la convivencia jurídico-democrática de una sociedad, sino también a perfeccionar o al menos, renovar, los principios políticos que subyacen en sus normas; y es también una cualidad del Poder judicial, cuya intensidad se expande o se contrae de acuerdo a la concepción de justicia que tengan quienes desempeñan la función jurisdiccional estatal -sobre todo la Corte Suprema-, según la postura que estos adoptan ante la tarea hermenéutica, y en función de la idea de gobierno constitucional imperante en un determinado periodo histórico-político.

Este modo de desplegar la actividad jurisdiccional como tal se relaciona a su vez con el concepto de *supremacía constitucional*, que ubica a la Constitución en la cúspide del sistema jurídico y convierte al Poder judicial en el principal guardián de la misma. Este hecho del Poder judicial como guardián de la Constitución no implica su supremacía respecto a los otros poderes del Estado, sino la supremacía de la Constitución sobre los tres, tal y como quedo establecido a partir de *Marbury vs. Madison*.²⁷ Como señala Bidart Campos en

²⁶ Keith E. Whittington, *Political Foundations of Judicial Supremacy*, Princeton University Press, © 2007, p. 6. "En contraste, el poder abstracto de control de constitucionalidad permite a las cortes constitucionales (que aparecen como un órgano específico, a veces político, otras judicial) evaluar el texto de una ley antes de su aplicación, incluso antes de su promulgación en orden a determinar su consistencia con aquellos requerimientos constitucionales, y permite ejercer un veto a los fines de bloquear su promulgación o de dirigir instrucciones a la legislatura para evitar el defecto constitucional de la ley."

²⁷ "hay solo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas, o la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria", afirmando así que los jueces son los únicos legitimados para interpretar con carácter final y amplitud los textos constitucionales, ejerciendo una facultad integradora sobre los preceptos de la Constitución y transfiriendo al Poder Judicial un enorme poder de decisión pues aún los artículos más claros se tornan

Derecho Político "En un primer sentido, la supremacía de la constitución enuncia algo factico, *algo que es*: la constitución es *suprema* porque es el primer fundamento del orden jurídico y del Estado; ella hace que todo lo demás sea de una manera determinada y no de otra. La constitución es *fundamental* en el sentido que funda y cimienta todo el orden positivo del Estado. Sin embargo, el constitucionalismo moderno, sin perder esta orientación, ha impreso a la idea de supremacía de la constitución un matiz típico y peculiar; no desconoce que la constitución es la piedra basal, en función de la cual todo el edificio jurídico tiene una concreta estructura. Pero quiere añadir algo más: la constitución es *suprema*, y por ser *suprema*, *obliga normativamente* a que las ulteriores normaciones jurídicas se ajusten a ella, so pena de reputarlas anticonstitucionales, y por ende, afectadas de nulidad. Ya no es, cómo podemos comprender fácilmente, una supremacía puramente existencial, porque no dice que todo el orden jurídico sea de este modo y no de tal otro porque la constitución le confiera un fundamento determinado y no otro; dice en cambio, que todo el orden jurídico *debe subordinarse* a las normas de la constitución, y que si así no lo hace, se verá privado de validez. Es, entonces, un problema de validez y no de facticidad"²⁸.

Asimismo, la Corte Suprema no es un simple agente del Estado, ya que como máximo intérprete de la Constitución desempeña un papel esencial no solo en orden a mantener la unitariedad del sistema jurídico sino también en la dinámica del proceso político. En este sentido Dahl sostiene que "La democracia, como sistema político, es una suma de procedimientos básicos para la toma de decisiones...Aunque en la práctica no pocos fallos adolecen de serios defectos, en los mejores de los casos la Corte conduce a conferir legitimidad, no solo a las políticas particulares de la alianza política dominante, sino a los patrones básicos de conducta que requiere la democracia para funcionar como tal"²⁹.

imprecisos frente casos concretos. Voto del juez Marshall en el célebre caso *Marbury vs. Madison* citado por: Jorge Alejandro Amaya, ***Crisis de la función constitucional de la Corte Suprema argentina***, Revista de la Maestría en Derecho Procesal de la UBA, 12º párrafo. Artículo publicado en: <http://pergamino.pucp.edu.pe/derechoprocesal/node/65>.

²⁸ Germán J. Bidart Campos, ***Derecho Político***, Aguilar Argentina S.A. de Ediciones, 4ª Ed., Buenos Aires, 1972, p. 531. Por otra parte en otro pasaje de esta obra, y con relación al hecho de que lo que se consagra no es la supremacía judicial sobre los otros poderes estatales sino la supremacía de la Constitución como basamento del sistema jurídico, agrega esta brillante reflexión: " En cuanto a esta facultad de revisión, Cooley observa que no se trata de un reexamen de la acción legislativa; los tribunales cumplen la voluntad legislativa, y solamente cuando comprueban que la legislatura ha dejado de mantenerse dentro de sus límites constitucionales, están en libertad de desatender su acción. Y volvemos con ello a vincular el problema con el poder constituyente: el acto legislativo contrario a la constitución es una tentativa de ejercicio de una competencia ajena a la legislatura, porque la ley inconstitucional, en cuanto altera la constitución, implica un poder constituyente inválido", *ibíd.*, p. 532.

²⁹ Ver: Robert A. Dahl, ***Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-maker***, Role of the Supreme Court Symposium, n. 1, Northwestern University, Journal of Public Law, pp. 280-295.

Como vemos, la revisión de leyes y actos gubernamentales tiene diversas aristas:

1. Es una función clave para el mantenimiento de la coherencia del ordenamiento jurídico, pues a través de ella el Poder Judicial determina que una ley en colisión con la Constitución no tiene razón de ser, a los fines de conservar la *unitariedad* del derecho. (*Supremacía constitucional*)

2. Es también una actitud judicial renovadora o modernizadora de la Constitución que se materializa con una metodología específica, la hermenéutica; a través de la interpretación de algún aspecto de la Constitución el juez debe lograr "asegurarse de su contenido aspiracional y después hacer valer ese sentido, es decir, responder a la cuestión de qué significa esa aspiración para el conflicto ante el que se está, y qué es lo que esa aspiración, cuando se la acepta, exige que el tribunal haga"³⁰.

3. A través del control de constitucionalidad, además, se pone de manifiesto el fundamento del rol que desempeñan los tribunales en el desarrollo del proceso político democrático: a) legitiman la toma de decisiones; b) influyen en la producción normativa.

4. Así como la democracia no se puede reducir a un régimen de lucha por ocupar el poder solamente, mediante el control de constitucionalidad el proceso judicial democrático se convierte en un espacio de comunicación pública que mide la soldabilidad de esa relación Estado-sociedad, a los fines de constatar en la realidad de los hechos que el sistema republicano-democrático de derecho no se reduce a ese juego de acceso al poder, sino que significa un *continuo flujo y reflujo* entre el Estado y la sociedad plural, sustentado en valores cívicos que, así como impregnan el ordenamiento jurídico del Estado, no deben ser dejados a un lado cuando se interpreta y aplica dicho ordenamiento.

Al fin y al cabo, la doctrina del control de constitucionalidad se apoya en ciertos parámetros que vienen reconocidos por el derecho como un sistema lógico dado, y está establecida como una herramienta judicial para el mantenimiento de la división de poderes. Desde este punto de vista podemos añadir que tiene la misma finalidad práctica que dicho principio, y aquella que inspira la Constitución en su totalidad: limitar los desmadres que pueden tener lugar en el ejercicio del Poder político, a través de las decisiones que se toman

³⁰ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Editorial Trotta, 4ª edición, Madrid, 2005, p. 331.

en los departamentos ejecutivo y legislativo; evitar el abuso del poder que deviene en corrupción y amparar con ello las declaraciones, derechos y garantías reconocidas por el texto constitucional.

El problema que ahora nos toca analizar es en qué medida la revisión de leyes y actos de gobierno llevada a cabo por los jueces significa una manera de dar verdadero dinamismo al texto constitucional. Dicha cuestión surge cuando en la práctica, desde el seno del Poder Judicial se comienza a promover la contracara doctrinaria del control de constitucionalidad a través de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, que plantea un advertencia dirigida a los jueces ejerciendo su tarea hermenéutica constitucional, en cuanto a los alcances y significados que pueden dar a sus interpretaciones sobre determinadas cláusulas constitucionales. Frente a esta finalidad del Poder judicial de esclarecer en un proceso judicial los alcances y significados constitucionales, aparece una realidad procedimental que impide la concreción de dicha tarea, encarnada en la doctrina de las cuestiones políticas; la contradictoria consecuencia que esta produce en la realización de la justicia constitucional nos lleva a dudar de su compatibilidad con el control de constitucionalidad.

V.B. Las cuestiones políticas y la dimensión axiológica del control de constitucionalidad.

A medida que vamos condensando el análisis sobre esta controvertida categoría de las cuestiones políticas no justiciables, notamos que toda aproximación que queremos realizar para descifrar el porqué de la doctrina es, en igual grado, una aproximación hacia los distintos métodos hermenéuticos que despliegan los tribunales como instancias decisivas de jurisdicción constitucional en el marco del ejercicio difuso del control de constitucionalidad.³¹

³¹ José Zafra Valverde, *La interpretación de las constituciones*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Revista de Estudios Políticos, número 180, Madrid, noviembre-diciembre 1971, pp. 53-54: “La interpretación de la constitución es relevante en todos aquellos Estados donde las constituciones, como formulas políticas, dan pie para hacer efectivos en forma organizada los límites dentro de los cuales se desea que se mantengan los poderes supremos de gobierno. Dicha problemática se manifiesta, principalmente, en dos campos de materias que corresponden a los aspectos más relevantes dentro del referido concepto:

1. Por un lado, en lo que atañe a la distribución de competencias y a las relaciones de entendimiento, colaboración y contención dentro de los gobernantes supremos del Estado en su doble calidad, de gestores con aptitud y voluntad de procurar intereses colectivos y de órganos con capacidad institucional para decidir con eficacia sobre los súbditos en orden a esa procuración.
2. Por otra parte, en lo que concierne a los derechos fundamentales de los ciudadanos, como zonas de libertad o exención frente a posibles pretensiones legislativas de los gobernantes

Habiendo analizado ya que es la *cuestión política* en sí misma, y porque esta no puede ser definida solamente por oposición a una *cuestión jurídica*; y habiendo sacado nuestras conclusiones respecto a los criterios (*justiciabilidad* y *jurisdicción*) que se toman para apartar una cuestión política de su sometimiento ante un tribunal para que este analice su constitucionalidad y razonabilidad, nos proponemos en este punto complementar nuestra posición añadiendo otro fundamento en contra de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables.

El parámetro que utilizaremos en este punto es axiológico o valorativo.

En su acepción general –no jurídica- los valores son *cualidades* o esencias objetivas, y *a priori*, que se encuentran en los objetos de la realidad cultural. No son independientes ya que siempre van incorporados en objetos culturales. Son objetivos porque existen con independencia de nuestra particular percepción; los valores no valen porque los estimamos sino que los estimamos porque valen. Son *a priori* porque existen independientemente de la experiencia de los objetos reales. Y son bipolares porque podemos hacer una estimación positiva o negativa de cierto valor.

En el plano jurídico, frente a cualquier norma o institución jurídica, el hombre puede apreciarla valorativamente en función de la justicia, por ejemplo, cuando manifestamos expresiones como “esta ley o resolución es justa o injusta”.

De modo que los valores no son algo extrajurídico, sino algo immanente al derecho y por lo tanto de gran importancia práctica a la hora de abordar una elaboración doctrinaria como las cuestiones políticas no justiciables, sobre todo porque esta doctrina afecta a la actividad interpretadora de la CN que hace el juez.

De ahí que nos refiramos a la dimensión axiológica del control de constitucionalidad para focalizar nuestro análisis en el modo en que la actividad jurisdiccional se encarga de interpretar la CN reconociendo en ella principios y valores determinados, y a su vez realizando una valoración *jurídica* de la conducta de los poderes ejecutivo y legislativo que como poderes del Estado también interpretan y aplican la misma CN a la hora de ejercer sus respectivas competencias.

soberanos que entrañen peligro para determinadas convicciones de justicia socialmente compartidas.”

El recorrido que hicimos hasta ahora para delimitar la frontera entre cuestión política y cuestión jurídica nos va llevando casi involuntariamente a un enredo que se ve representado en el planteamiento de la disyuntiva acerca de qué es lo que debe prevalecer en el sistema jurídico: el *discrecionalismo*, como la libertad de los poderes Ejecutivo y Legislativo en la elección de los medios más idóneos para materializar sus facultades; o el *constitucionalismo*, no en sentido estricto, sino como el juez constitucional ejerciendo su jurisdicción controladora.³²

Creemos que es exagerado plantear dicha disyuntiva en términos de preponderancia tal y como lo hacen los defensores de esta doctrina.

En la democracia constitucional la Constitución no solo contiene principios políticos inspiradores del ordenamiento jurídico del Estado, sino que también esboza una serie de principios procedimentales en orden a arribar a la toma de decisiones legítimas, y tanto lo dogmático como lo orgánico componen el eje de los derechos fundamentales que aquella reconoce como presupuestos jurídicos del hombre y como límite del actuar estatal.

En este contexto es a los poderes políticos democráticos a los que les corresponde adoptar aquellas decisiones políticas más importantes para la sociedad por el hecho de representar ese espacio que reúne el resultado de la manifestación de la soberanía popular a través del voto en un tiempo determinado. Esas decisiones presuponen acuerdos políticos de sectores que representan distintas posiciones de la sociedad plural, y se materializan jurídicamente en leyes, actos administrativos. Y también en actos político-institucionales. Ahora bien, también en virtud de la Constitución, dichas decisiones políticas, si bien gozan de una presunta legalidad no están exentas de revisión por parte del Poder judicial. Como explicamos al comienzo, esta tarea judicial, cuando es llevada a cabo en su máxima expresión por la Corte Suprema, tiene por resultado primordial el mantenimiento de la coherencia del ordenamiento jurídico -que se va creando al ritmo de la dinámica del desarrollo del proceso político- con los principios y normas instaurados en la ley fundamental.

De este modo, la tensión que puede ocurrir entre el Presidente y el legislador democrático (*política*) y los tribunales ejerciendo su jurisdicción constitucional (*derecho*) hace a uno de los componentes naturales de la democracia constitucional.

³² Robert Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994, p.173.

Por lo tanto no se trata de una cuestión de preponderancia de un órgano constitucional sobre otro, sino de la manera en que dichos órganos llevan a cabo su tarea, ya que en ese terreno sí pueden surgir todo tipo de discusiones acerca de la validez de los resultados de cada departamento. A partir de este argumento quizá sea más realista admitir que los tres poderes comparten un mismo 'ámbito de diálogo', en el seno del cual cada uno conserva una capacidad de reacción que excluye monopolios de la última palabra. La labor de la justicia constitucional al enjuiciar el producto de la voluntad de los poderes políticos se parece así cada vez más a un 'diálogo no coercitivo' que a menudo sugiere que los caminos políticos que se elijan sean respetuosos de ciertas reglas jurídico-institucionales, en aras de la supremacía de la Constitución.³³

En este 'ámbito de diálogo' decimos, apoyándonos en Laurence Tribe, que nadie como el poder judicial se halla capacitado para, y tiene el compromiso de, desarrollar un discurso constitucional capaz de justificar y aportar razones que sustenten su opinión sobre el comportamiento de los otros poderes, mediante un diálogo con quienes leen la misma Constitución, aun cuando el punto de vista de unos y de otros pueda ser distinto.³⁴

Las distintas explicaciones expuestas por la doctrina en torno a las cuestiones políticas no justiciables fueron surgiendo como consecuencia de las distintas posturas hermenéuticas que sostenían los tribunales cuando un caso 'político' era sometido a instancia judicial. La complejización que sufrió el concepto de *judicibilidad* lleva a replantearnos las bases mismas del principio de división de poderes, y en ese contexto, también se va modificando, en cierta medida, el rol del juez en su tarea de interpretar y aplicar la Constitución.

Aquí empieza a desempeñar un rol fundamental el plano axiológico de la interpretación jurídica de la CN y demás normas jurídicas que hacen los jueces ejerciendo el control de constitucionalidad.

Decimos junto a Pablo Lucas Verdú que un estudio acerca de la interpretación de las normas constitucionales versa sobre las tareas que esclarecen su sentido real y estas operaciones son indispensables y anteriores a su aplicación. Tratándose de fijar el sentido de las normas fundamentales que organizan la convivencia política, se comprende el interés que esta materia tiene, no solo para el constitucionalista y para el juez o jurista que tenga que habérselas con ellas, sino para el buen ciudadano, en el supuesto deseable de que la Constitución de su país suscite su atención. No es extraño que esta última

³³ Miguel Revenga Sánchez, *Notas sobre justicia constitucional e interpretación de la constitución (o en defensa de la interpretación como diálogo)*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 16, Madrid, 2005, pp. 154-155.

³⁴ Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, Mineola, The Foundation Press, 1988, p. 15.

se produzca, aunque el juicio individual y desapasionado del ciudadano como tal se transforme en adhesión emocional y partidista a las directrices y peculiares interpretaciones que hace de aquellas prescripciones el partido político al que pertenece, en los casos en que la dialéctica política involucra la referencia a las normas constitucionales que se invocan, reiterada y contradictoriamente, por los distintos partidos políticos.

Este último hecho es revelador en cuanto que configura el carácter especial de la interpretación constitucional, frente a la interpretación en el ámbito del derecho privado. En este último campo, la interpretación del sentido real de los actos jurídicos es camino previo para aplicar una norma que compondrá el arreglo de los intereses contrapuestos, de naturaleza privada o social, mas no política, pues el arreglo de tales conflictos no es indispensable para la convivencia política en cuanto tal, aunque desde luego una solución desafortunada hiere la legalidad y postulados de justicia. En cambio en el ámbito de la legislación constitucional y en la administración pública existe siempre un interés político, ya que las normas constitucionales cimientan contenidos que se refieren al problema básico de organización de tal convivencia política de un pueblo, tal como se da en el Estado contemporáneo.³⁵

El clásico pensamiento positivista inaugurado por Montesquieu y desarrollado luego por otros como Kelsen y Schmitt³⁶, que concebía a los jueces como seres inanimados cuya función en el desarrollo del Estado se limita lisa y llanamente al pronunciamiento de la ley sin poder mitigar su fuerza y su rigor ha perdido vigencia, o mejor dicho, ha ido evolucionando. En este sentido además de resultar falsa por ignorar la flexibilidad que tienen los jueces para aplicar la ley, esa concepción de *juez positivista* ignora el papel de los jueces en la tarea de desarrollar normas nuevas, y en ello reside buena parte del poder político que inevitablemente tienen los jueces en el proceso democrático.³⁷

Sin embargo, es importante dejar en claro que, en nuestro sistema de derecho, la imposibilidad de los jueces de crear normas jurídicas de alcance general es manifiesta no solo desde el punto de vista de la validez de dicha tarea, pues la Constitución otorga esa función al Poder Legislativo de manera

³⁵ Pablo Lucas Verdú, *La interpretación constitucional*, Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca, p. 143.

³⁶ Segundo V. Linares Quintana, *Reglas para la interpretación constitucional*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1987. Linares Quintana cita a Brewer: "los jueces no hacen ninguna ley, no establecen ninguna política, nunca entran en el terreno de la acción pública. Ellos no gobiernan. Sus funciones con respecto al estado se limitan a ocuparse de que la acción popular no infrinja el derecho y la justicia, tal como existen en la constitución escrita y el derecho natural", p. 24; y a Schmitt: "la independencia del juez no puede ser nunca cosa distinta que el otro aspecto respecto de la dependencia de la ley", p. 24.

³⁷ Jonathan Miller y otros, *Constitución y Poder Político*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2ª reimpresión, Buenos Aires, 1995, t. 1, pp. 49-50.

exclusiva y excluyente, sino también en virtud de que, fácticamente, tal cosa es imposible, desde que el procedimiento judicial está organizado de manera totalmente coherente con los preceptos constitucionales y por ello no existe senda judicial alguna que permita lograr que una sentencia judicial se aplique *erga omnes*.

Lo que sí tiene lugar es la generalización de una determinada interpretación constitucional, en virtud de la jerarquía del órgano jurisdiccional que sienta jurisprudencia en un caso determinado. En estos casos, aunque la sentencia produce efectos *inter partes*, el elemento interpretativo perdura y trasciende los límites de esa relación jurídica específica y pasa a ser válido, bien porque un tribunal inferior adopta ese criterio interpretativo, o porque el proceso judicial en cuestión llega a aquel tribunal superior que decide en última instancia haciendo valer dicho criterio.

Habiendo aclarado esta cardinal diferencia, sí podemos poner en tela de juicio lo que muchos autores parecen empeñados en negar cuando se analiza la justiciabilidad de una cuestión política. Más allá de todo aforismo, lo cierto es que la Corte Suprema, en sistemas como el nuestro, y los Tribunales Constitucionales, en aquellos sistemas que consagran un control de constitucionalidad concentrado (como el caso de Alemania, España, México y otros países) establecen, a través del discurso jurídico, criterios interpretativos que complementan el sentido de las leyes aprobadas por el Congreso y los Parlamentos, en vista de que su función no es la de valorar esa ley como una figura autosuficiente, sino valorar esa ley en virtud de la posición que ocupa en un sistema jurídico completo; y lo mismo ocurre respecto a los actos que emite el Poder Ejecutivo.

Muchas veces la actividad jurisdiccional actúa como desencadenante de muchas reformas jurídicas que entrañan políticas de Estado. Hace a la primordial seguridad jurídica de un ciudadano este poder-deber del juez, de poner a consideración de parámetros jurídicos y políticos fundamentales una decisión política particular.

El juez se involucra en el desarrollo del proceso democrático como actor con peso jurídico, pero entrando en contacto con la política, ya que si tacha de anticonstitucional una ley o una omisión legislativa o un acto administrativo, está poniendo de manifiesto que existe alguna irregularidad en la toma de decisiones; por el contrario al aplicar una ley esta legitimando una decisión política.

En todos los casos el juez, y la Suprema Corte más que nadie, al desarrollar su función judicial propia está ocupando el espacio institucional que le corresponde en la dinámica del proceso político por el hecho de ser uno de los

poderes del Estado, y por ser quien tiene a su cargo garantizar el cumplimiento de la Constitución. De ahí que "Si la interpretación jurisprudencial tiene un valor análogo al de la ley, es precisamente porque integra con ella una realidad jurídica; es, no una nueva norma, sino la norma interpretada cumpliendo su función rectora en el caso concreto que la sentencia decide. Las sentencias con las cuales la jurisprudencia se constituye están con respecto a la ley en la relación de dependencia de lo fundado con su fundamento, puesto que la sentencia es la actuación concreta de la ley"³⁸.

II

La doctrina de las cuestiones políticas no enjuiciables se vincula en su aplicación con el concepto de Constitución que tenga un Tribunal que se desarrolla en el mismo marco espacio-temporal que el proceso político, y por ello se ve influido por ese determinado momento histórico-político.

La concepción de la CN no puede limitarse a una concepción positivista de la misma, sino que debe abordarse en función de una visión dinámica del Estado.³⁹

³⁸ *Compañía de electricidad 'Los Andes' v. Provincia de Mendoza*, 1944, fallos, t. 200, p. 490, citado por Segundo V. Linares Quintana, *óp. cit.*, p. 25-26.

³⁹ Rudolf Smend desarrolló la *teoría de la integración* en el periodo de crisis de la democracia de la República de Weimar. Esta sugestiva teoría surgió como reacción al extremado formalismo en que había caído la dogmática *iuspublicista* alemana; con la intención de romper con la rígida separación entre Ser y Deber Ser de la época introdujo la conexión entre la realidad y el Derecho estableciendo que esa realidad había de ser integrada en la interpretación, lo que le llevaría a reconocer la existencia de un Derecho constitucional no escrito, especialmente el principio de lealtad federal, al que, basándose en que era Derecho constitucional no escrito, dotó de fuerza normativa (y hasta hoy el Tribunal Constitucional alemán así lo reconoce remitiéndose a la obra de Smend; y también ha tenido esta doctrina su impacto, aunque sea "a ciegas", sobre otras jurisdicciones constitucionales). En su obra *Constitución y derecho constitucional* (1928), el profesor alemán expuso su visión dinámica del Estado, según la cual este es resultado de un proceso de creación continuo que se cumple mediante tres típicas integraciones:

a) Una **integración personal** que comprende fenómenos políticos como son el liderazgo y el caudillaje y que se corresponde, en la teoría jurídica del Estado, con la teoría de los órganos y de la Jefatura del Estado. «cuando se ovaciona al soberano no se pretende con ello honrar a una persona concreta, sino que se trata más bien de un acto de autoconciencia de un pueblo políticamente unido».

b) Corresponden a la **integración funcional** las elecciones y votaciones que promueven y desarrollan la sustancia espiritual de la comunidad; son, por tanto, todas las especies de formas de vida colectiva de una comunidad, y en particular todos los procesos cuyo sentido es producir una síntesis social, procesos de conformación de la voluntad comunitaria, pero no en su sentido estrictamente jurídico, sino antes bien pretendiendo actualizar o renovar la comunidad política como comunidad de valores.

c) A los tipos de integración que consisten en momentos formales (personal y funcional) se oponen radicalmente aquellos tipos de configuración de la comunidad que se basan en valores comunitarios sustantivos. En la **integración material**, el pueblo y la vida estatal se confunden a través de los símbolos políticos o de los valores y derechos fundamentales que poseen una enorme fuerza integradora y son vividos por la

El Estado no es un producto de la ficción jurídica, dotada de derechos y obligaciones, sino que forma parte de una realidad *integrada*, es decir, una realidad que resulta de la interacción de procesos, como una 'unidad de sentido', no estática, sino caracterizada por un 'proceso de actualización funcional, de reproducción', 'un continuo proceso de laboriosa configuración social', un 'proceso de continua renovación y permanente reviviscencia'. El Estado no solo se basa en un contrato social, ficticio o real, consensuado en un momento dado, sino en virtud de un proceso plebiscitario que se renueva cada día.⁴⁰ La Constitución en este marco es el "orden jurídico de un proceso político de integración", y ésta, "desde un punto de vista estático, es un compromiso de las fuerzas políticas representativas del pueblo en torno a un mínimo denominador común, a una idea compartida del Estado por encima del concreto Gobierno. Pero este compromiso debe ser esencialmente dinámico y constantemente perfeccionado, para que no se produzca un desajuste entre normatividad y realidad; desde esta óptica, el estudio y desarrollo de los distintos procesos de integración estatal parece no sólo aconsejable, sino imprescindible, para mantener una Constitución viva, que es el mejor presupuesto de su fuerza normativa"⁴¹.

En este proceso de integración, los derechos fundamentales no son Derecho (especial) administrativo, ni Derecho (especial) de policía, ni Derecho (especial) privado, etc., "sino que forman parte del Derecho constitucional". Estos derechos "regulan sus objetos específicos, no desde el punto de vista de las distintas ramas del Derecho técnico, sino desde el del Derecho constitucional". Aunque estos derechos pueden tener también un sentido técnico, no son derechos técnicos ni forman un sistema técnico y cerrado como los sistemas que conforman el Código civil o los códigos procesales; no son una "legislación técnicamente incompleta de reforma" de ciertos ámbitos del Derecho especializado (Derecho administrativo, civil, mercantil, etc). Tienen, ciertamente, la exigencia de validez que es característica del Derecho especial técnico, pero su validez "es de otra naturaleza, y la tienen todos y cada uno de ellos en la misma medida" en tanto y en cuanto echan raíces en la Constitución. Son "norma que rige a la Constitución, la legislación y la Administración". Son, desde el punto de vista de la hermenéutica constitucional, el Derecho constitucional que se *expande* por todo el sistema jurídico.⁴²

Esta particular concepción totalizadora del Derecho constitucional quizá no sea válida como explicación única del derecho, pero sí lo es, y en gran

comunidad con plena intensidad. Esta exposición de la eficacia política de los símbolos y de los derechos fundamentales, como esencia de la comunidad y factor cultural de integración, conserva sin duda toda su viveza e innegable actualidad.

⁴⁰ Joaquín Brage Camazano, *La doctrina de Smend...*, *óp. cit.*

⁴¹ F. Javier García Roca, *Sobre la teoría constitucional de Rudolf Smend...*, *óp. cit.*, p. 274.

⁴² Joaquín Brage Camazano, *La doctrina de Smend...*, *óp. cit.*

medida, como parámetro a tener en cuenta a la hora de abordar el fenómeno de la interpretación de la Constitución en el marco de un proceso judicial que controla el accionar de alguno de los poderes del Estado.

El pilar fundamental en que se apoya el control de constitucionalidad es de naturaleza axiológica, puesto que la interpretación de los derechos fundamentales viene dado por el hecho de que estos son expresión de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución, implicando al mismo tiempo la legitimación del orden positivo jurídico-estatal. Su interpretación tiene que partir no sólo del tenor literal y del significado originario, sino también de ese valor material de los derechos fundamentales “en el conjunto del orden vital del presente y de la constelación jurídico-constitucional de valores”.

En un contexto diferente, pero análogo al nuestro, Habermas realiza una buena reflexión sobre el papel del Tribunal Constitucional Alemán: “solo cuando la historia <se calienta>, solo en momentos de excitación en política constitucional, sale el pueblo de la normalidad de su privatismo ciudadano-burgués, se apropia de la actividad política que le estaba burocráticamente extrañada y sienta durante esos momentos transitorios de activismo una base legitimatoria imprevista para innovaciones que apuntan al futuro...Y durante esos intervalos son los jueces del Tribunal Constitucional como guardianes o protectores de una práctica de autodeterminación actualmente detenida, anquilosada en las rutinas del negocio parlamentario, los que han de ejercitar *vicariamente* los derechos de autodeterminación del pueblo: el Tribunal aparece en fin, no como representante de la voluntad declarada del pueblo, sino como representación y *trace* de ese autogobierno del pueblo que ahora no existe”⁴³.

El contexto de Habermas es diferente al nuestro, pero en sí misma, la idea que expresa es aplicable a un sistema de control de constitucionalidad difuso como el nuestro. En efecto, la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal de Buenos Aires en su reciente fallo “Editorial Perfil S.A. y otro contra EN – Jefatura de Gabinete de Ministros” vino a manifestarse “compensando el gradiente que se produce entre el ideal republicano y la realidad constitucional”⁴⁴. En dicho fallo, la Cámara condena la arbitrariedad de la discrecionalidad en la asignación de los recursos de publicidad oficial por parte del Poder Ejecutivo, como una forma de premiar o castigar a los medios de comunicación.

⁴³ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez...*, *óp. cit.*, pp. 351-352.

⁴⁴ Jürgen Habermas, *Ibíd.*.

En su decisión la Cámara sostiene que aunque los medios de comunicación no tienen un derecho subjetivo a recibir recursos por publicidad oficial, “desde antiguo, nuestro más alto Tribunal, ha enseñando que el principio de igualdad que establece el Art. 16 de la Constitución Nacional solo requiere que no se establezcan excepciones o privilegios que excluya a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, mas no impide que la legislación contemple en forma diferente situaciones que considera distintas, cuando la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinados individuos o clases de personas, ni encierre indebido favor o privilegio personal o de un grupo...Que, a ese principio cardinal de un régimen republicano democrático [que la Cámara entiende como el principio en virtud del cual debe resolverse la causa] se une otro del cual es indisoluble: el de la libertad de expresión. Sin ellos no existe democracia en el país...Sin embargo, la libertad de expresión no constituye solo un derecho de quien emite una opinión o la noticia, sino que ella es *abstractum* esencial de la garantía de la ciudadanía de mantenerse informada para poder ejercer con conciencia sus derechos políticos...Que, sin embargo, nuestro más Alto Tribunal ha recordado que el Estado -si dispone la realización de publicidad de sus actos y de la concreción de sus proyectos- no puede asignar los recursos de manera arbitraria, en base a criterios irrazonables....Que la circunstancia de que la editorial no dependa para su subsistencia de los aportes que realice el Estado no es argumento válido, sino que lo que se examina aquí es la conducta discriminatoria con el único objeto ostensible de castigar a publicaciones no afectas al gobierno de turno...”⁴⁵. Asimismo recuerda la Cámara la doctrina sentada por la Corte Suprema en un caso anterior análogo en el que se había establecido que “...la discrecionalidad del Estado está en determinar si da o no publicidad oficial. Si elegía darla no podía manipularla dándola o retirándola con criterios discriminatorios...el gobierno debe evitar las acciones que intencional o exclusivamente estén orientadas a limitar el ejercicio de la libertad de prensa y también aquellas que llegan indirectamente a ese resultado. Es decir, basta que la acción gubernamental tenga ese objetivo para que se configure un supuesto de afectación a dicha libertad”⁴⁶.

Este fallo viene a poner de manifiesto el problema de la discrecionalidad del Poder Ejecutivo a la hora de llevar a cabo sus atribuciones como una manera de elegir discrecionalmente ganadores y perdedores, no en base a parámetros jurídicos apreciables, sino en función de intereses políticos.

Viene a demostrar además como una cuestión política, como lo es la forma en que el Presidente ejerce sus competencias propias, por el solo hecho de ser

⁴⁵ Editorial Perfil S.A. y otro c/ EN – Jefatura de Gabinete de Ministros, <http://www.perfil.com/docs/falloperfil.pdf>, considerandos IV, V, IX, X, XI y XII.

⁴⁶ Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquén, Provincia de, E. 1. XXXIX.

cuestión política no puede ser considerada a priori como no justiciable porque encierra una forma arbitraria de ejercicio de una potestad que termina afectando el derecho de un particular, y afectando así los valores contenidos por la CN.

III

De este modo, planteada dentro de las fronteras de la democracia, la posición del juez que lleva a cabo el control difuso de constitucionalidad es nitidamente compleja.

Como fiscalizador de la jerarquía de la estructura jurídica de aquel sistema político, ese juez despliega su función con el efecto de mantener la coherencia lógico-jurídica de un sistema de derecho dado, que abarca tanto lo supranacional (un tratado) como lo comunal (una ordenanza o una decisión ejecutiva municipal); ambos extremos impregnados a su vez por los criterios no positivos que informan el derecho.

Al mismo tiempo, la sentencia produce consecuencias directas en la vida de las personas, puesto que ese despliegue jurisdiccional tiene como finalidad la protección de los derechos fundamentales de un individuo. En ese sentido, la función de ese juez constitucional es la de actuar como un espejo de la Constitución, pues ésta contiene y vincula esos dos ámbitos. Un mismo acto [sentencia] vendría a perfeccionar así dos tareas tan primordiales desde el punto de vista democrático-constitucional, como que se lleven a cabo elecciones periódicas.

El Dr. Bidart Campos explicaba en su ensayo sobre la estructura tridimensional del Estado que "La política no es únicamente la que hacen los gobernantes desde el Poder, ni la que desarrollan los gobernantes por retener el Poder y los hombres por alcanzarlo (política como lucha o disyunción), sino el quehacer mancomunado y solidario de la empresa común. El Estado es una empresa política, un régimen en movimiento, en dinamismo, que transcurre y se desarrolla día a día. No es algo ya hecho que está ahí, inerte y quieto, definitivamente incorporado al mundo de las cosas terminadas, sino algo que en tensión permanente fluye, dura, se conserva y se construye. Sin llegar al extremo de Smend, que agota la realidad política en una sucesión de actos, la dinámica política nos muestra al Estado como un flujo constante que se realiza y se renueva en un proceso sucesivo e histórico. El Estado como empresa política deviene, es un devenir fluctuante"⁴⁷.

⁴⁷ Germán J. Bidart Campos, *La estructura tridimensional del Estado*, publicado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Revista de Estudios Políticos, número 149, Madrid, septiembre-octubre 1966, p. 10. La observación de Bidart Campos sobre la concepción de Smend descansa en que al fin y al cabo 'al Estado que en el orden de la realidad es institución y persona moral, lo recubre — como a los individuos físicos— una personalidad jurídica, y el Estado es, entonces, en el orden,

Este tipo de interpretación nos conduce a considerar la realidad constitucional externa al Derecho, esto es, al rescate por el Derecho constitucional de las categorías de espacio y tiempo, adquiriendo dimensiones concretas e históricas evidentes frente a la abstracción del positivismo; lleva también al examen con relevancia jurídica de los vínculos de unos derechos fundamentales con otros en cuanto sistema unitario, y acaba desembocando en la ponderación, con la toma en consideración de varios "puntos de vista"; incluso siendo conscientes de que las relaciones de ponderación de este tipo pueden oscilar, los derechos fundamentales toman posición respecto de tal cuestión de la constelación de valores que afectan a la vida pública. Es tarea de los tribunales mediante la interpretación de la CN poner de relieve estas cuestiones y determinar el lugar que ocupan esos derechos y su respuesta viene dada a través del derecho fundamental o, remitido por los derechos fundamentales al juicio axiológico moral y cultural de la época. Aquí está lo que realza a estos derechos fundamentales por encima de las confirmaciones particulares evidentes e insignificantes del principio de la actuación de la Administración conforme a la ley y lo que los transforma en verdaderos principios constitucionales.

Frente a tamaña función estatal, La Corte ha dicho muchas veces que "la misión más delicada de la justicia de la Nación es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones" y que "Planteada una 'causa', no hay otro poder por encima del de esta Corte para resolver acerca de la existencia y los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los departamentos Legislativo, Judicial y Ejecutivo, y del deslinde de atribuciones de éstos entre sí y con respecto a los de las provincias. No admite excepciones, en esos ámbitos, el principio reiteradamente sostenido por la Corte, ya desde 1864, en cuanto a que ella 'es el intérprete final de la Constitución' (Fallos: 1:340)"⁴⁸.

normativo, una persona jurídica. Con esta máscara se estiliza la unidad subyacente y real de la asociación política'.

⁴⁸ *Chaco, Provincia del c/ Estado Nacional (Senado de la Nación) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, C. 659. XXXIV: <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&fallold=66011>.

VI.

LAS CUESTIONES POLITICAS NO JUSTICIABLES EN LA JURISPRUDENCIA.

La doctrina que se elaboro como fundamento de la existencia de las cuestiones políticas no justiciables surgió del pensamiento de los jueces. Se trata de una doctrina de creación pretoriana que nace en un contexto histórico propio, el de los Estados Unidos, y concretamente ve la luz en el célebre caso '*Marbury vs. Madison*', viniendo a significar en ese entonces una enseñanza judicial íntimamente ligada al principio de división de poderes. El antecedente de esta categoría es este principio constitucional republicano.

Ahora bien, es válido remarcar que como la doctrina de las *political questions* (como se denominan en el derecho anglosajón) nace como una creación pretoriana, de aquel específico antecedente, quedó siempre a criterio de los tribunales y de los precedentes jurisprudenciales la determinación de la *no judiciabilidad* de un caso dada su naturaleza política.

En base a ello comenzamos nuestro análisis jurisprudencial a partir de algunos fallos emanados de la Corte Suprema de los Estados Unidos, empezando por *Marbury v. Madison*.

Vale destacar que este análisis jurisprudencial sigue una línea histórica y comparativa, con el fin de hacer apreciable como fueron cambiando los criterios judiciales, y por ello muchas de las reflexiones que utilizemos quizá hayan sido abordadas en los párrafos precedentes.

VI. A. Jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU.

Lo paradigmático de esta relación regla-excepción entre el control de constitucionalidad y la no judiciabilidad de las cuestiones políticas surge, en primer lugar, por el hecho de que en las cuestiones políticas trabajadas por la Corte Suprema de Justicia norteamericana desde *Marbury vs Madison*, subyace el concepto de una forma republicana de gobierno en la que el Presidente y el legislador tienen cierta primacía.

Nosotros partimos de la base de considerar, en apoyo a lo que hemos expuesto hasta este punto, que una forma de gobierno es republicana en la medida que sus actores se controlan entre sí de manera recíproca, de modo tal que en esa interdependencia funcional se tiende a impedir el ejercicio abusivo del poder coactivo estatal de cualquiera de sus ramas, y por ello jerarquizar las

ramas del poder político significaría ir en contra del republicanismo en su aspecto más esencial.

Marbury v. Madison. (1803)

El Congreso de los EE.UU. había autorizado al entonces presidente Adams a designar jueces de paz para el distrito de Columbia, Washington. El último día de ejercicio de sus funciones como presidente hace 12 designaciones que a su vez fueron confirmadas por el Senado. Uno de los jueces designados, William Marbury, no había podido entrar en ejercicio de su cargo sino hasta que Thomas Jefferson, nuevo presidente de los EE.UU. había ya asumido su cargo, por lo que le requiere a James Madison, nuevo Secretario de Estado, que hiciera efectiva la posesión de su cargo.

Madison niega el pedido por orden del presidente Jefferson, y Marbury, legítimamente nombrado por el mandatario anterior pero arbitrariamente impedido de asumir su puesto, recurre directamente ante la Supreme Court, en virtud de que la ley de organización judicial entonces vigente (la Judiciary Act de 1788) acordaba competencia originaria a la Corte para expedir mandatos judiciales a fin de poner al juez en funciones, ante este tipo de demoras.

Lo que sucedió fue que la competencia de la Supreme Court también estaba regulada taxativamente por la Constitución de los EE.UU., y esta establecía que la competencia *originaria* lo era solo respecto de diplomáticos extranjeros y Estados componentes de la Unión, y para los restantes casos la Corte norteamericana solo podía conocer en grado de apelación.

De esta manera se producía un conflicto entre la Constitución y la Judiciary Act, pues regulaban la misma materia de manera incompatible.

La sentencia del Juez Marshall decidió que pese a ser justa la reclamación de Marbury, la vía elegida para hacer valer su derecho no era la idónea, pues marcaba un camino no permitido por la Constitución.

La sentencia de Marshall vino a poner las bases del control judicial de constitucionalidad, en virtud del cual frente a un conflicto entre una ley y la Constitución se debe aplicar siempre la Ley de Leyes a los fines de concretar la supremacía constitucional, desechando toda ley contraria a ella.

Ahora bien, aun cuando en *Marbury vs. Madison* -desde el punto de vista de la justicia constitucional- se planteó y reconoció la máxima potestad de control del Poder Judicial, que es la de poder -y deber- establecer que una ley contraria a la Constitución no tiene razón de ser efectiva, y ante una ley de esa naturaleza el juez debe aplicar siempre la *ley de leyes*, al mismo tiempo, y con gran fuerza argumentativa, se esbozó una tesis de restricción de la investigación y opinión judicial sobre ciertos actos que la misma Constitución atribuye como propios de los poderes Ejecutivo y Legislativo.

El hecho de no concebirse –ni ayer ni hoy- la usurpación de facultades propias de un poder estatal por otro, en virtud de la esencia del principio de división de poderes, limitó el alcance de dicho control jurisdiccional fundamental.

Marshall también dejó establecido en el célebre caso que la no justiciabilidad de ciertos actos del ejecutivo era necesaria ya que “Por la Constitución de los EE.UU., el presidente está investido de algunos importantes poderes políticos cuyo ejercicio está librado a su exclusivo arbitrio, y por el cual es sólo responsable ante el pueblo, desde el punto de vista político, y ante su propia conciencia. Para colaborar con él en el cumplimiento de sus funciones, puede designar funcionarios que actúen bajo su autoridad y de conformidad con sus órdenes. En estos casos, los actos de los funcionarios son los actos del presidente, y sea cual fuere la opinión que pueda merecer el modo en que el Ejecutivo utiliza sus poderes discrecionales, no existe ni puede existir poder alguno que los controle. Las materias son políticas, atañen a la Nación, no a derechos individuales, y habiendo sido confiadas al Ejecutivo, la decisión del Ejecutivo es terminante”⁴⁹; en esos términos nacía la doctrina de las *political questions*.⁵⁰

Marshall expresa luego otro argumento decisivo: “... si no se tratara de un asunto de tal naturaleza; si, lejos de constituir una intrusión en los asuntos propios del gabinete, estuviera únicamente vinculado con un papel cuya obtención la ley permite sólo a condición del pago de 10 centavos; si ello no supusiese intromisión alguna en materias sobre las cuales se considera al Ejecutivo como no sujeto a control alguno; ¿qué habría en la alta condición del funcionario que impidiera a un ciudadano reclamar sus derechos ante un tribunal de justicia, o que prohibiera a éste atender el reclamo, o expedir una

⁴⁹ *Marbury vs. Madison*, US Supreme Court, (1803). Transcrito en: http://www.cacheirofrias.com.ar/marbury_vs_madison.htm.

⁵⁰ Doctrina que traspasó los límites jurisdiccionales de los EE.UU., se instaló, en mayor o menor medida, en la práctica jurisdiccional del resto de los países que adoptaron una forma de gobierno presidencialista, y a partir de ella muchas veces se fundamentó la amplia discrecionalidad del ejecutivo en ciertos aspectos ligados a su funcionalidad como tal, a expensas de los efectos jurídicos lesivos que dicha discrecionalidad produjo en regímenes presidencialistas exaltados como el nuestro.

orden mandando el cumplimiento de una obligación no dependiente de los poderes discrecionales del Ejecutivo, sino de actos particulares del Congreso y de los principios generales del derecho? (...) De ello se sigue, por lo tanto, que el examen de la legalidad de los actos de los titulares de las reparticiones dependientes del Ejecutivo, depende, en cada caso, de la naturaleza del acto"⁵¹.

Luego concluye en su reflexión que "...cuando el Congreso impone a ese funcionario otras obligaciones; cuando se le encomienda por ley llevar a cabo ciertos actos; cuando los derechos de los individuos dependen del cumplimiento de tales actos, ese funcionario deja de ser funcionario del presidente para convertirse en funcionario de la ley; es responsable ante las leyes por su conducta y no puede desconocer a su discreción los derechos adquiridos de otros. La conclusión de este razonamiento es que cuando los titulares de los departamentos actúan como agentes políticos o confidenciales del Ejecutivo y no hacen más que poner en práctica la voluntad del presidente, en aquellos casos en que éste posee poderes discrecionales legal o constitucionalmente conferidos, nada puede resultar más claro que el control de tales actos sólo puede ser político. Pero cuando se les asigna por ley una obligación determinada de cuyo cumplimiento depende la vigencia de derechos individuales, parece igualmente claro que todo aquel que se considere perjudicado por el incumplimiento de tal clase de obligaciones tiene derecho a recurrir a las leyes de su país para obtener una reparación"⁵².

Ahora bien, no podemos no tener en cuenta, sin perder a cambio de dicho desprecio coherencia con lo que hemos venido desarrollando a lo largo de este trabajo, la importancia de aquello que esta doctrina vitalizó en cierto momento histórico.

⁵¹ *Marbury vs. Madison*, ibíd.

⁵² *Marbury vs. Madison*, ibíd. Aunque el juez Marshall reconoció la situación jurídica de Marbury como titular de un derecho adquirido en virtud de que había sido designado como juez de paz del condado de Washington por el Senado, y su nombramiento había sido firmado por el entonces Presidente John Adams; que la Constitución y las leyes exigían la protección de los derechos de los ciudadanos; y que el acto del ejecutivo que Marbury requería que la Corte ordenase (la entrega de los papeles en donde constaba su designación) no era un acto de esa naturaleza, es decir, no se trataba de un acto respecto del cual la Constitución otorgaba plena discrecionalidad cuyo incumplimiento no diera lugar a la reparación del daño ocasionado, la Corte terminó rechazando la petición de Marbury al declarar la inconstitucionalidad de la ley de organización de la justicia de los EE.UU. de 1789 (Judiciary Act), que la autorizaba a emitir órdenes directas de ejecución de conductas a funcionarios públicos, pues dicha atribución no parecía estar respaldada en la Constitución, y –decía Marshall– hasta se hacía necesario preguntarse si una competencia así conferida podía ser ejercida. Aun cuando la situación de Marbury era clara y la Corte la reconocía como atendible, esta entendió que no podía, digamos, *subrogarse*, en virtud de aquella ley inconstitucional, en las facultades exclusivas de otro departamento del Estado "que por su naturaleza política, o por disposición de las leyes, o por una disposición constitucional, están reservadas a la decisión del ejecutivo y no pueden estar sometidos a opinión de la Corte".

La tensión política que sirvió de contexto a *Marbury v. Madison* era propia de una nación que empezaba a construirse como una república y queda claro que la debilidad institucional que existía en ese momento llevó a que se optara por una decisión judicial clave para el fortalecimiento de la división de poderes, con todo lo que este principio significaba en ese nuevo contexto histórico del derecho. Tal decisión judicial tenía además un ingrediente político importante, ya que en ese entonces el objetivo principal era elevar el triunfo que había significado la revolución francesa a la realidad del proceso político, en el sentido de aquel reconocimiento del pueblo como legitimador del gobierno. Se había producido un vuelco en el paradigma del Estado; este comenzaba a replantearse como *democrático*, y el pueblo empezaba así a decidir los términos de su propia convivencia política, en base a la libertad y la igualdad de los hombres, y con la ley como única autoridad. En este orden sí, no podríamos desconocer lo oportuno y acertado que fue la autolimitación que supo realizar la Corte, como máximo órgano del Poder Judicial, al tratar cuestiones que se vinculaban con la conducta de los otros poderes públicos y que hacían al concepto de independencia de los mismos, sobre todo teniendo en cuenta que en el último periodo del Estado absolutista a los jueces era hacia donde se dirigían las críticas vinculadas con el trato arbitrario e injusto de los seres humanos. En este escenario también se podría considerar justificada la idea que se hacía visible en distintas manifestaciones judiciales que resaltaban la primacía que en una república tenían el departamento ejecutivo y el legislativo, por el hecho de ser el reflejo de la voluntad popular. Pero los jueces del *ancien regime* no eran lo mismo que los jueces de un sistema democrático y republicano en donde impera la ley y no la voluntad personal del monarca.

Pero luego esta *autolimitación* se fue transformando con el paso del tiempo, y en virtud de ciertas condiciones propias de los procesos políticos de los Estados que la adoptaban, en una *subordinación* del Poder Judicial a las idas y vueltas de la política representada en los departamentos ejecutivo y legislativo. Con esto queremos decir que no caben dudas que en aquel entonces, en los Estados Unidos, la política tenía la urgente misión de encarnar el republicanismo en las instituciones de un Estado naciente; sin embargo, no podemos afirmar que Latinoamérica, y en especial la Argentina, haya tenido la misma suerte de los Estados Unidos en lo referido a la estabilidad de sus instituciones, aún cuando los arquitectos de nuestra Constitución lo hayan querido así, y nuestras Cortes hayan autorestringido su activismo judicial para proteger la división del poder. Por eso dirigimos nuestra crítica no hacia lo que a través de ella se supo concretizar, sino hacia aquello que con el paso del tiempo favoreció a deteriorar.

***Luther v. Borden.* (1849)**

Para comprender el fuerte impacto que tuvo esta nueva óptica acerca de ciertas materias no justiciables es conveniente hacer mención de otro caso, *Luther vs. Borden*⁵³, fallo que significó un paso importante de la jurisprudencia norteamericana para la continuación de la doctrina de las *political questions*.

El suceso de *Luther vs. Borden* se remonta a las llamadas *Dorr Wars*, o guerras de Dorr, un áspero periodo de la historia del Estado de Rhode Island.

Cuando las colonias norteamericanas se separaron de Gran Bretaña, Rhode Island –a diferencia de los otros Estados- no adoptó una constitución sino que hizo valer como tal la Carta que el rey Carlos II había otorgado a la colonia en 1663, la cual solo daba derecho a voto a terratenientes. Como consecuencia de esta situación surgieron diversos grupos civiles que se movilizaban para que se adoptara una nueva constitución sobre la base de una reforma del derecho al sufragio. Una vez derrotados estos grupos en su intento legislativo por obtener la reforma, apareció una nueva organización, más reaccionaria, liderada por Thomas W. Dorr. Este, junto a sus colegas (entre los que se encontraba Luther), por fuera del marco de la ley del Estado de Rhode Island, habían llamado a una convención a los efectos de dictar una nueva constitución; la convención aprobó esa nueva constitución por un referendo que contó con el apoyo de aquellos que en virtud de la Carta no se les permitía votar.

Como consecuencia un nuevo grupo de funcionarios, con Dorr proclamado como gobernador, asumieron funciones bajo la nueva constitución, de manera tal que eran dos los gobiernos de Rhode Island.

Temerosos de las medidas que pudiera llevar a cabo Dorr, el antiguo gobierno basado en la Carta de 1663 declaró la ley marcial, mientras que Luther demandaba a Borden y a otros funcionarios que durante la vigencia de la ley marcial habían ingresado a su casa y revisado sus papeles sin una orden judicial.

Cuando el caso llegó a la Supreme Court, en 1849, Rhode Island ya había solucionado sus conflictos políticos y había adoptado finalmente una constitución; sin embargo, en ese trajín Luther había sido condenado por haber participado los movimientos de insurrección que habían acontecido anteriormente. La Corte decidió no decidir sobre el caso y en apoyo a su postura se dijo que “los tribunales, uniformemente han sostenido que la investigación

⁵³. *Luther vs. Borden*, extraído y traducido personalmente de: Law Library – American Law and Legal Information: Great American Court Cases, <http://law.jrank.org/pages/13642/Luther-v-Borden.html>.

que se propone pertenece al poder político y no al poder judicial; que correspondía al poder político decidir si el gobierno de la Carta había sido desplazado; y cuando aquella decisión hubiera sido tomada, el departamento judicial habría estado obligado a considerarla como la ley suprema del Estado, sin necesidad de prueba oral o examen de testigos; que de acuerdo con la leyes y las instituciones de Rhode Island, ningún cambio semejante ha sido reconocido por el poder político; y que el gobierno del Estado durante el periodo en controversia y quienes se levantaron en armas contra él, fueron insurgentes y pasibles de pena”⁵⁴. Decidir este caso suponía para la Corte decidir cuál de los dos gobiernos era el legítimo y frente a tal petición expresó que “Corresponde al Congreso decidir qué gobierno es el establecido en un Estado. Porque como los Estados Unidos garantizan a cada estado un gobierno republicano, el Congreso debe necesariamente decidir qué gobierno está establecido en un Estado antes de poder determinar si es o no republicano. Y cuando los senadores y representantes de un Estado son admitidos en las cámaras de la Unión, la autoridad del gobierno bajo el cual son elegidos, así como su carácter republicano, está reconocida por la autoridad constitucional que corresponde. Y su decisión es obligatoria para todos los demás departamentos del gobierno y no puede ser discutida ante un tribunal judicial”⁵⁵.

Según este argumento la cuestión política radica en el hecho de que el departamento judicial no tiene por qué expedirse sobre un punto aunque sea controversial, y aunque contenga pretensiones o planteamientos legítimos desde el punto de vista de los principios del derecho político, cuando la misma dinámica constitucional entre poderes es la que resuelve la situación (que en este caso tiene que ver con el reconocimiento de un Estado dentro de una nación, y que se dio, según la Corte, a través de la incorporación de senadores y representantes del mismo al congreso).⁵⁶

La importancia del caso se debe a que las pretensiones de las partes involucraban principios políticos directamente relacionados con el procedimiento democrático y con la conducta que se pretendía de los departamentos del gobierno central. En este sentido Luther sostenía que el pueblo de Rhode Island había tenido el derecho a adoptar una constitución distinta a la Carta Real que actuaba como tal, dado que esta no cumplía con las prerrogativas que se habían instaurado luego de la revolución de 1776, sobre

⁵⁴ Carlos R. Baeza, *Cuestiones políticas*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As, 2004, p. 120.

⁵⁵ Carlos R. Baeza, *óp. cit.*, p. 121.

⁵⁶ “Y como ningún senador ni representante fue electo bajo la autoridad del gobierno respecto del cual el señor Dorr estaba a la cabeza, el Congreso no había sido llamado a decidir acerca de la controversia. En el Congreso estaba el derecho a decidir tal situación y no en las Cortes” (*and as no senators or representatives were elected under the authority of the government of which Mr. Dorr was the head, Congress was not called upon to decide the controversy. Yet the right to decide is placed there, and not in the courts*), 48 U.S. 42.

todo por el hecho de que aquella solo otorgaba el derecho a votar a propietarios de tierras, razón por la cual el gobierno ejercido en base a dichos términos no podía ser considerado como un gobierno legítimo dentro de una Nación que defendía principios distintos; los argumentos de Borden (en representación del gobierno) eran que ese derecho a votar –a diferencia del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y en definitiva a buscar la felicidad- no era un derecho natural sino un derecho político, que nacía de aquel instrumento que lo reconocía; los hombres no nacían con ese derecho sino que les era otorgado sobre las bases de las reglas que el gobierno proponía, por ello las movilizaciones que se habían organizado con el fin de cambiar ese estado de las cosas debían ser consideradas como rebeliones, y por tanto ilegítimas.⁵⁷

Colegrove v. Green. (1946)

En *Colegrove v. Green* se planteó la injusta y arbitraria manera en que estaba organizado el sistema electoral pues no se adaptaba a la realidad del crecimiento poblacional que había experimentado el Estado de Illinois. Sin embargo al no resolverse el caso se sentó el criterio que dominaría el pensamiento de la Suprema Corte en la materia por más de una década.

En primer lugar la Corte decidió que resolver la situación que se planteaba ante ella significaba introducirse en una esfera del poder reservada al departamento legislativo, y que hacerlo sería penetrar en la misma esencia del Congreso⁵⁸; en segundo lugar existía cierto reparo por parte de la mayoría de la Corte acerca de la competencia institucional de la misma en el reacomodamiento de las circunscripciones electorales pues tradicionalmente el Tribunal no se había inmiscuido en asuntos de esa naturaleza⁵⁹; que la única solución a la que el Tribunal podía arribar era a invalidar el régimen electoral de Illinois, y que en ese caso el remedio sería peor que la enfermedad⁶⁰; por último, y como argumento central, la firme convicción de que el Poder Judicial

⁵⁷ "Nevertheless, the lawyers for each side argued over the political principles involved. Luther's lawyers contended that the people of Rhode Island, faced with an exclusionary, minority government, had had the right to adopt their own constitution and establish their own government. Borden's lawyers countered that the right to vote was not a "natural right" but rather a political one; that is, that men were not born with the right to vote, but rather were granted that right on the basis of the rules their government made. (Life, liberty, property, and the pursuit of happiness, by contrast, were all considered natural rights with which no government could legitimately interfere.) After all, said Borden's lawyers, even the Dorr government had refused the right to vote to men under the age of 21 and to men who had not lived in Rhode Island for more than a year. The question remained as to why then limiting suffrage to property holders made the charter government illegitimate. *Luther vs. Borden*, *Ibid*.

⁵⁸ Ver: *Colegrove vs. Green*, 328 U.S. 556 (Opinion de Frankfurter, J.).

⁵⁹ Ver: *Colegrove vs. Green*, 328 U.S. 553 (Frankfurter, J.).

⁶⁰ Ver: *Colegrove vs. Green*, 328 U.S. 565, 566 (Rutledge, J.).

no pertenecía al campo de las batallas políticas que se ocultaban detrás del reacomodamiento de las circunscripciones electorales⁶¹.

Quedaba claro que la intención de la Suprema Corte no era ampliar los márgenes de su revisionismo judicial ante situaciones arbitrarias e injustas que se generaban como consecuencia de la inacción de la rama del poder político a cargo de modificarla, aun cuando dicha inacción no fuese circunstancial sino prolongada en el tiempo, y además contraria a un mandato constitucional preciso. En otras palabras, la Corte prefería convalidar la prolongación de la inequidad en el tiempo antes de siquiera considerar la posibilidad de sentenciar que a la luz de la Constitución el poder político involucrado actuaba ilegalmente. Analizando en retrospectiva aquel estado de las cosas, podemos arribar a dos conclusiones: o la presión del poder político concentrado en las zonas rurales era tal que hacia contacto con los intereses de un alto cuerpo institucional como la Suprema Corte, o en el mejor de los casos, la actitud de los jueces era tan prudente que olvidaba la finalidad que la Constitución le adjudicaba como máximo órgano del Poder Judicial.

Baker v. Carr. (1962)

Hasta este punto la diferencia entre una cuestión enjuiciable y una cuestión política no enjuiciable dependía pura y exclusivamente de la prudencia de los jueces.

La prudencia judicial que se impuso a partir de *Marbury vs Madison* se autojustificaba por estar orientada con sentido estructural e institucional, que traslucía también un claro fin político: el mantenimiento de la división de poderes. En los orígenes de la restricción de la revisión judicial que impulsaba la doctrina de las cuestiones políticas se revela que, aunque se dirigía a fortalecer esta nueva forma de gobierno – que recién comenzaba a echar raíces en la cultura política de los modernos Estados constitucionales-, esa actitud judicial precavida reflejaba que los tribunales sabían cómo dar respuestas judiciales que consagraran la supremacía de la Constitución en conflictos entre particulares, pero dicha claridad finalista se opacaba cuando las mismas respuestas debían ser dirigidas hacia el poder político concentrado en las ramas ejecutiva o legislativa, en base a que si se adentraban en esa tarea ello significaba una subrogación de las cortes en las funciones propias de dichos departamentos del poder público.

En esos términos, el tacto judicial que imperaba no era estrictamente jurídico, en el sentido de venir derivado como síntesis de aquellos principios

⁶¹ Ver: *Colegrove vs. Green*, 328 U.S. at 556 (Frankfurter, J.).

fundamentales del derecho y de la justicia, sino que venía a ser, dadas las circunstancias histórico-políticas, una solución 'políticamente correcta' que compatibilizaba con la dinámica del proceso político. Este era otro de los aspectos sobresalientes de *Marbury v. Madison*, pues marcaba la clásica distinción entre lo jurídico y lo político.

La no justiciabilidad de una cuestión dada su naturaleza política se debía, en cierta medida, a que el remedio para dicha cuestión en disputa iba por el lado de la política (a través del diálogo entre poderes involucrados en la cuestión, en virtud de sus propias facultades de acción) y no por el lado de la justicia; por otro lado se debía también a la dificultad que implicaba que un tribunal –habiéndose entrado a analizar una cuestión tradicionalmente no justiciable- realizara un mandato a otro poder que supusiera tomar parte en un asunto administrativo o legislativo.

Esta complejización del concepto de justiciabilidad que se inició con la creación de la categoría de las *political questions* llevó a que con el paso del tiempo se discutieran las bases constitucionales del revisionismo judicial, y lo que comenzó siendo una posición doctrinal hermética fue dando lugar a la reflexión. El criterio de determinación de una cuestión como no enjuiciable dejó de depender exclusivamente de que lo que se cuestionara sea un *acto u omisión política* derivado de un poder público; incluso se empezó a plantear el por qué de su no judiciabilidad; surgió el interrogante acerca de que quizá la solución más favorable para el sistema político no era la total restricción de la justicia ante tales asuntos, y el tema pasó a ser una cuestión de grados: ¿en qué grado podía la justicia investigar los mismos?, ¿hasta qué punto podía llegar su jurisdicción?.

Las dudas cobraban fuerza y *Baker v. Carr*⁶² fue el suceso que se tomó como nuevo punto de partida para la definición de las cuestiones políticas, y de verdad que el cambio de enfoque fue radical ya que la Suprema Corte volvió a proclamarse como último intérprete de la Constitución.

Además, el caso *Baker* –junto con otros casos como *Brown vs. Board of Education*- extendió la gran batalla que se libraba en los Estados Unidos de los años 60' referida al problema de la discriminación política entre ciudadanos de primera y ciudadanos de segunda, ya sea por motivos de raza o por intereses económicos y de clase, al ámbito judicial. Y en este contexto de lucha por los derechos civiles y políticos vino a demostrar que el Poder Judicial debía desarrollar un papel primordial en el sentido de que podía convertirse en el

⁶² Ver: Alberto Becerra Sierra, *Controversia constitucional en los Estados Unidos*, en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/48/art/art1.pdf>, pp. 542 y ss.

ámbito propicio para ampliarlos en su correcta medida, en la medida que inspiraba la Constitución.

Un importante suceso previo a *Baker*, en el que se puso en tela de juicio otro tipo de discriminación institucionalizada –esta vez por cuestiones raciales-, fue el caso *Brown vs. Board of Education* (1954), pero en este caso la posición adoptada por la Corte fue diametralmente opuesta.⁶³ Sin duda las instituciones más afectadas por la segregación racial eran las escuelas públicas y el matrimonio⁶⁴. La importancia de *Brown* a la luz de esta realidad se debió, primero, a la declaración de la segregación (aceptada por las leyes y la tradición de gran parte de los Estados Unidos) como inconstitucional, y además por la novedosa actitud que tomaba la Corte de intimar a los otros poderes a solucionar la situación de manera rápida y diligente, aun cuando la resistencia del Presidente y el Congreso, y de la mayoría de los Estados del sur era inevitable.⁶⁵ Aunque en la actualidad aun esté en debate, en cuanto a sus efectos, si aquel fallo fue en verdad un éxito o un fracaso -ya que aun hoy persiste la segregación racial en los Estados Unidos-, lo cierto es que significó un cambio de paradigma desde el punto de vista de la comunicación entre los poderes estatales en el sentido de los cambios que puede lograr el Poder Judicial en la dinámica de las decisiones jurídicas, y también políticas.

La gran diferencia entre *Colegrove* y *Brown* es que, aunque en ambos se discute la efectividad de la cláusula de Igual Protección de la Enmienda XIV de la Constitución estadounidense, en el primero el tribunal se evade por considerar la cuestión como no enjuiciable por el hecho de que la solución debía darla la Legislatura de Illinois, mientras que en *Brown* “por la obvia importancia de la cuestión planteada la Corte toma jurisdicción”⁶⁶, aunque en dicho fallo la solución que emite la Corte consistía en un mandato que debía ser cumplido por el Congreso y el Presidente.

⁶³ Cabe recordar que hasta la decisión de *Brown* regía la doctrina Plessy, que avalaba la segregación racial en instituciones educativas y laborales en base al precepto ‘separados pero iguales’, la cual se había sumergido en la cultura a punto tal que en la mayoría de los estados hasta existían colectivos para negros y colectivos para blancos.

⁶⁴ en casi todos los Estados existían leyes que criminalizaban la unión entre personas de diferentes razas.

⁶⁵ Jeremy Robbins, *Re-leyendo los casos “Brown v. Board of Education”, “Marbury v. Madison” y “Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus”*, lecciones para el litigio estratégico en la Argentina, Separata de “Nueva Doctrina Penal”, 2007/A, Editores del Puerto, Buenos Aires: “Es decir, a la Corte le faltaba el capital político para tomar una decisión tan controversial, y tampoco estaba en condiciones de emitir una orden que no pudiera hacer cumplir y suscitara una fuerte oposición e incitara a la violencia. También existía temor a que esto aislara a la Corte y menguara su capacidad de emitir órdenes controversiales en el futuro.”, p 94.

⁶⁶ “Because of the obvious importance of the question presented, the Court took jurisdiction”, *Brown vs. Board of Education*, 347 U.S. 488.

En 1962 la Corte decidió por apelación el caso *Baker vs. Carr*⁶⁷, y rompiendo con la tradición jurisprudencial en la materia resolvió que la Corte Federal de Circuito de Tennessee, como juez *a quo*, debía dar una solución.

La causa de *Baker vs. Carr* fue el orden demográfico vinculado al sistema de representación popular, pues durante las décadas precedentes a este caso se había producido una notable explosión de población en muchas regiones de los Estados Unidos, principalmente en las zonas urbanas. Como consecuencia se produjo un marcado desequilibrio entre el número de representantes que podían elegir ante las respectivas legislaturas los distritos electorales localizados en las zonas rurales y aquellos ubicados en zonas metropolitanas. Los distritos con ciudades que registraron aumentos de población en proporción casi geométrica por periodos de 10 años continuaron con el mismo número de curules en congresos locales que poseían desde antaño. Frente a esta situación los quejosos invocaron que la legislatura de Tennessee no había tenido cambio en la distribución proporcional desde 1901, aunque la constitución estatal ordenaba que tal proceso debía efectuarse cada 10 años; y que como consecuencia del aumento y desplazamiento de la población los distritos metropolitanos estaban pobremente representados a diferencia de los rurales que lo estaban en forma excesiva, por lo cual el Estado les había negado la 'igual protección de las leyes' garantizada por la Enmienda XIV de la Constitución Federal.

La importancia de esta decisión se basa en dos aspectos: a) supone un quiebre en torno a la cadena de decisiones judiciales emanadas de la Suprema Corte estadounidense que legitimaban la doctrina en examen; b) porque dicho quiebre se debió a que el asunto que un ciudadano llevaba a instancia de la Corte comprometía un derecho político fundamental y no una visión acerca del modo en que se ejercía el poder político.

Desde el punto de vista jurídico-político *Baker vs. Carr* planteaba el quebrantamiento del principio 'una persona un voto', principio básico de la democracia contemporánea que implica igualdad del valor del voto de cada ciudadano; esta transgresión se concretaba por el hecho de que a causa de la falta de actualización del régimen electoral, los distritos rurales de muchos Estados norteamericanos llevaban mas representantes a la legislatura local que aquel distrito urbano que duplicaba o triplicaba en número de habitantes a

⁶⁷ En el que, como explicamos antes. se plantea el problema de la necesidad de modificar los distritos electorales de Tennessee para adecuar el aporte de representantes a la Legislatura local de manera proporcional al incremento poblacional que habían experimentado los centros urbanos. Este planteo llevaba consigo, como en los anteriores, la cuestión de la Igual Protección de los derechos de los ciudadanos – que en *Brown* se plasmaba en la exigencia de igualdad de condiciones en las escuelas públicas, y que en *Colegrove*, al igual que en *Baker*, en la igualdad de valor del voto de cada ciudadano-, y el daño personal que la situación inequitativa le infringía en su calidad de ciudadano.

todos los distritos rurales juntos, es decir, se daba supremacía al factor territorio sobre el factor población⁶⁸.

Tradicionalmente los tribunales estatales y federales se habían abstenido de intervenir en cuestiones vinculadas al sistema electoral ya que correspondía a los ciudadanos mover la maquinaria legislativa para remediar las situaciones inequitativas vinculadas al número de representantes por distrito, por lo tanto un asunto de esta naturaleza caía en la categoría de cuestión política no enjuiciable, desde que las legislaturas locales eran el departamento del poder político al que le correspondía modificar la situación imperante.⁶⁹

De la lectura de voto mayoritario expuesto por el juez Brennan surge que el fundamento de dicho quiebre gira alrededor del desacierto en que incurre la Corte Federal al rechazar la demanda por 'falta de jurisdicción', más aun teniendo en cuenta los términos en los que había sido planteado el caso controvertido.

La Corte Federal de Circuito no hace lugar a la demanda porque, en primer lugar, decía carecer de jurisdicción para decidir el caso en cuestión; y segundo, porque el planteo de la cuestión no conducía a establecer un reclamo que

⁶⁸ La causa de *Baker vs. Carr* (1962) fue el orden demográfico vinculado al sistema de representación popular, pues durante las décadas precedentes a este caso se había producido una notable explosión de población en muchas regiones de los Estados Unidos, principalmente en las zonas urbanas. Como consecuencia se produjo un marcado desequilibrio entre el número de representantes que podían elegir ante las respectivas legislaturas los distritos electorales localizados en las zonas rurales y aquellos ubicados en zonas metropolitanas. Los distritos con ciudades que registraron aumentos de población en proporción casi geométrica por periodos de 10 años continuaron con el mismo número de curules en congresos locales que poseían desde antaño. Frente a esta situación los quejosos invocaron que la legislatura de Tennessee no había tenido cambio en la distribución proporcional desde 1901, aunque la constitución estatal ordenaba que tal proceso debía efectuarse cada 10 años; y que como consecuencia del aumento y desplazamiento de la población los distritos metropolitanos estaban pobremente representados a diferencia de los rurales que lo estaban en forma excesiva, por lo cual el Estado les había negado la 'igual protección de las leyes' garantizada por la Enmienda XIV de la Constitución Federal. Ver: *Controversia constitucional en los Estados Unidos* de Alberto Becerra Sierra en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/48/art/art1.pdf>, pp. 542 y ss.

⁶⁹ John F. Kennedy, *The Shame of the States*, N.Y. Times Mag., Mayo 18, 1958, p. 37. "La mayoría urbana es, desde el punto de vista político, una minoría y la minoría rural domina las elecciones. De todas las discriminaciones contra las aéreas urbanas, las más fundamental y las más evidente es política: el aporte de representantes a nuestras legislaturas y (haciendo extensión) al Congreso ha sido deliberadamente manipulada o vergonzosamente ignorada hasta el punto de negar voz a las ciudades y sus votantes en el gobierno hacia el cual están vinculados. La falta de respuesta de nuestros gobiernos hacia los problemas de las ciudades reflejan esta básica discriminación política." (*The urban majority is, politically, a minority and the rural minority dominates the polls. Of all the discriminations against urban areas, the most fundamental and the most blatant is political: the apportionment of representation in our Legislatures and (to a lesser extent) in Congress has been either deliberately rigged or shamefully ignored so as to deny the cities and their voters that full and proportionate voice in government to which they are entitled. The failure of our governments to respond to the problems of the cities reflects this basic political discrimination*), citado por Stephen Ansolabehere y Samuel Issacharoff en *Baker vs Carr in context: 1946-1964*, p. 5: <http://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/18097/Baker-edit.pdf?sequence=1>.

podría ser resuelto judicialmente. En este sentido el tribunal federal no desecha la demanda por considerar que no existía agravio a un derecho plenamente adquirido que ameritara su reparación, sino porque consideraba no poseer autoridad constitucional para otorgar la reparación que el caso ameritaba, pues la reparación coherente con el daño invocado exigía que la Corte Federal dirigiera su sentencia contra el Poder legislativo de Tennessee exhortándolo a que llevara a cabo una modificación completa y estructural del sistema de aporte de representantes, o que directamente decretara ella una nueva forma de prorrateo de representantes; una solución judicial de esa extensión llevaba consigo la idea de usurpación de las facultades propias de otro poder estatal y convertía el caso en una cuestión política no susceptible de ser resuelta por las cortes. En otras palabras, la Corte Federal carecía de jurisdicción para resolver la controversia que se sometía a su decisión dada la naturaleza eminentemente política y no justiciable de la pretensión.⁷⁰

Sin duda dicha solución guardaba sintonía con la línea doctrinaria que venía esbozando la jurisprudencia norteamericana desde *Marbury vs. Madison*, que más que corriente doctrinaria se había convertido en un dogma jurídico que concebía que el Poder Judicial debía apartarse cada vez que se planteaban casos con un fuerte trasfondo político bajo la superficie. De allí la importancia de la resolución a la que arriba luego la Corte Suprema, ya que la sentencia de *Baker vs. Carr* interrumpió el trayecto jurisprudencial tradicional en la materia.

En primer lugar, lo que llamo la atención del Juez Brennan fue la poca precisión judicial en torno al concepto de 'falta de jurisdicción' subyacente en el auto que desestimaba la demanda, y el motivo de su observación era que no surgía del fallo apelado la distinción entre falta de jurisdicción y aquella otra causa de improcedencia de la demanda que se da cuando esta alberga cuestiones que, debido al planteamiento que llevan implícitas, no pueden ser sometida a decisión de las cortes – es decir, cuando se trata de cuestiones no justiciables. En este sentido Brennan decía que "La distinción entre ambos argumentos es significativa. En el caso de 'no justiciabilidad' el estudio de la causa no se cierra sin más; por el contrario, la investigación de la Corte

⁷⁰ "Con el argumento de que la legislatura de Tennessee es culpable de una clara violación de la Constitución estatal y de los derechos de los demandantes la Corte está completamente de acuerdo. Es más, se trata de una situación tan dañina que tendría que ser remediada sin retraso. Pero aun así, el remedio en esta situación no involucra a las cortes. Se ha reconocido desde hace largo tiempo y es doctrina aceptada que existen ciertos derechos garantizados por la Constitución frente a cuya violación las cortes no pueden dar alivio" (*With the plaintiffs' argument that the legislature of Tennessee is guilty of a clear violation of the state constitution and of the rights of the plaintiffs the Court entirely agrees. It also agrees that the evil is a serious one which should be corrected without further delay. But even so, the remedy in this situation clearly does not lie with the courts. It has long been recognized and is accepted doctrine that there are indeed some rights guaranteed by the Constitution for the violation of which the courts cannot give redress, 179 F.Supp. at 826*), Opinión de la Corte Federal transcrita en 369 U.S. 197.

necesariamente se dirige al punto de considerar si el deber aseverado puede ser judicialmente identificado y su incumplimiento judicialmente determinado, y si la protección del derecho invocado puede amoldarse judicialmente. En cambio en el caso de falta de jurisdicción, o bien la causa no versa sobre alguno de los puntos de la Constitución Federal, leyes o tratados; o no se trata de un caso controvertido; o la causa no es definida por ningún estatuto jurisdiccional. Nuestra conclusión [continúa] es que esta causa no plantea una 'cuestión política' no justiciable, quedando la única posible duda en lo referido a si la causa puede ser definida como caso o controversia"⁷¹.

En cuanto a porque la causa no plantea una *political question*, del contenido del fallo se desprende el método desarrollado por Brinnam para justificar el activismo de la Corte.⁷² A diferencia de casos como *Colegrove vs. Green* –entre otros⁷³–, el objeto de la demanda en este caso estaba cuidadosamente delimitado: tenía la intención de dirigir el faro de justicia de la Corte hacia el estatuto de 1901 que aun regia la distribución electoral de Tennessee; orientada de esa manera, no se introducían planteamientos contra la política gubernamental considerada como un todo, sino que la demanda lograba focalizar su ataque en un aspecto puntual y primordial de la dinámica política estatal: el modo de participación y de aporte de representantes mediante el voto, el cual estaba materializado en aquel instrumento específico que era en definitiva una ley. La demanda planteaba que aquel estatuto era "inconstitucional y obsoleto", vicios de distinta naturaleza, uno jurídico y otro perteneciente al ámbito del sentido común o de la técnica, pero que sin embargo encontraban respaldo uno en el otro.⁷⁴ Asimismo, y a la luz de tales argumentos, la petición propiamente dicha encontraba sustento en esta

⁷¹ "The distinction between the two grounds is significant. In the instance of nonjusticiability, consideration of the cause is not wholly and immediately foreclosed; rather, the Court's inquiry necessarily proceeds to the point of deciding whether the duty asserted can be judicially identified and its breach judicially determined, and whether protection for the right asserted can be judicially molded. In the instance of lack of jurisdiction, the cause either does not "arise under" the Federal Constitution, laws or treaties; or is not a "case or controversy"; or the cause is not one described by any jurisdictional statute. Our conclusion that this cause presents no nonjusticiable "political question" settles the only possible doubt that it is a case or controversy", 369 U.S. 198.

⁷² Enrique Alonso García, *El tribunal Burguer y la doctrina de las political questions en los Estados Unidos*, Revista Española de Derecho Constitucional, Vol. 1, Núm. 1, 1981, "Como ha puesto de relieve TRIBE, el método consiste en entrar a interpretar determinado precepto constitucional, en el que se ampara la demanda, para ver si puede ser aplicable o no judicialmente (*judicially enforceable*).", p. 292.

⁷³ Ver: *Douglas v. Jeannette*, [319 U. S. 157](#); *Stefanelli v. Minard*, [342 U. S. 117](#); cf. *Nixon v. Herndon*, [273 U. S. 536](#); *Nixon v. Condon*, [286 U. S. 73](#); *Snowden v. Hughes*, [321 U. S. 1](#); *Smith v. Allwright*, [321 U. S. 649](#); *Monroe v. Pape*, [365 U. S. 167](#); *Egan v. Aurora*, [365 U. S. 514](#).

⁷⁴ Primero era inconstitucional porque en virtud de la Constitución local, la Asamblea General, como departamento del Poder Legislativo de Tennessee, tenía el deber de actualizar el estatuto en orden a determinar un modo valido de prorrateo de representantes y no lo había hecho durante sesenta años (La formula constitucional exigía la actualización del estatuto en función del censo poblacional que se llevaba a cabo cada diez años). En segundo lugar, debido a su estado desactualizado, el estatuto se había vuelto obsoleto dada la magnitud del aumento poblacional que había experimentado Tennessee en ese periodo transcurrido desde la última actualización de 1901, sobre todo en las grandes urbes.

específica relación sujeto-instrumento-derecho, en el sentido de que lo que se buscaba era "la declaración de inconstitucionalidad del estatuto de 1901 y una medida cautelar impidiendo que se realizara una nueva elección en base a dicho esquema. Además, a menos que y hasta que la Asamblea General promulgara un prorrogo válido, solicitaban que la Corte Federal de Circuito decretara un prorrogo en base a la aplicación matemática de la fórmula constitucional teniendo en cuenta el último censo federal..."⁷⁵, todo ello bajo el amparo de la Clausula de Igual Protección de la Enmienda XIV de la Constitución Federal.

Con ello queda claro que no se trataba de una acción contra la política, sino una acción a favor de reforzar un derecho político constitucional que se veía socavado por el incumplimiento en que incurría una rama del público de un deber que dicho sea de paso era establecido por la Constitución. Se trataba a todas luces de un claro caso de jurisdicción constitucional, y en base a dicho razonamiento el Tribunal responde a la duda acerca de la cualidad de la materia para ser sometida a decisión de los jueces que sí, que el planteo encuentra resguardo en la Constitución en virtud de que existe un derecho constitucionalmente reconocido, así como un deber constitucional a cargo del Poder Legislativo local judicialmente aprehensible, y por ello una solución judicial re-componedora del sistema de derechos era judicialmente conveniente e ineludible, sobre todo en virtud de aquella clausula constitucional según la cual "el Poder Judicial se extenderá legal y equitativamente a todos los casos que versen sobre puntos regidos por la Constitución Federal, las leyes de los Estados Unidos, los tratados contraídos o a contraerse bajo su autoridad..."⁷⁶.

Cierto es que el aspecto estrictamente político subyacente a la cuestión no se podía ocultar pero aun así, la demanda estaba planteada de tal modo que la petición no excedía los extremos de la relación jurídico-política que aquella había logrado hilvanar. Desde nuestro punto de vista tal situación producía un efecto que rompía los ejes de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, ya que si la Corte decía estar enfrente de una cuestión política no justiciable algo en la relación jurídica sociedad-Estado se iba a perder para siempre.

⁷⁵ "They seek a declaration that the 1901 statute is unconstitutional and an injunction restraining the appellees from acting to conduct any further elections under it. They also pray that, unless and until the General Assembly enacts a valid reapportionment, the District Court should either decree a reapportionment by mathematical application of the Tennessee constitutional formulae to the most recent Federal Census figures...", 369 U. S. 194-195.

⁷⁶ Under the present heading of "Jurisdiction of the Subject Matter," we hold only that the matter set forth in the complaint does arise under the Constitution, and is within 28 U.S.C. § 1343. Article III, 2, of the Federal Constitution provides that "The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority. . . .", 369 U.S. 198-199.

Como bien destaca Enrique Alonso García "...la cuestión metodológica se resuelve en una pregunta esencial acerca de la aplicabilidad judicial de un precepto constitucional determinado, la pregunta obvia posterior es la siguiente: ¿qué determina que el TS entre a aplicar una cláusula constitucional antes considerada como no enjuiciable? Esta pregunta supone invertir la investigación acerca del fundamento del rechazo de jurisdicción; es decir, si el fundamento de las *political questions* reside en parte en un problema de *remedies* y en parte en un mandato expreso o implícito a otro órgano, que el TS no quiere sustituir, el estudio de su naturaleza puede hacerse a la inversa: ¿cuándo puede un tribunal dotar de eficacia al mandato constitucional dirigido a otro poder, aunque ello implique inmiscuir a los tribunales en fundones administrativas o legislativas, máxime si ese precepto constitucional ha sido considerado *political question* anteriormente?"⁷⁷, nosotros respondemos que lo que determina que un tribunal entre a aplicar una cláusula constitucional antes considerada no enjuiciable depende de con cuanta precisión se pueda identificar que lo que está en juego es un derecho político, civil, humano, económico, etc. reconocido expresa o implícitamente por la Constitución a través de una norma ya sea esta programática u operativa, pero reconocido al fin, y que su desconocimiento provenga de un específico acto u omisión política. Allí donde la Constitución reconoce un derecho está imponiendo un límite al ejercicio del poder político, y cuando la Constitución impone un límite se interpreta que el Poder Judicial es llamado a hacerlo eficaz.

El análisis del voto en disidencia del juez Frankfurter nos lleva a sorprendernos de cuan contradictorio puede ser el concepto de 'cuestión política no justiciable' y al mismo tiempo sirve para reflejar en qué consiste el método restrictivo del revisionismo judicial. El magistrado no estaba de acuerdo en admitir que el caso del Estado de Tennessee era susceptible de jurisdicción y al expresar su voto en disidencia toma el caso *Luther vs. Borden* como el parámetro comparativo para demostrar que aun cuando se discutía acerca del agravio a un derecho plenamente reconocido, lo que se planteaba caía en un mero debate político que no tenía cabida en el ámbito de las Cortes. Es por ello que en su respuesta al voto mayoritario explicaba que el hecho de que ahora la Corte admita judicializar la política se debía a que "... los apelantes atacan 'el Estado como tal' [es decir, reconociéndolo como tal, en contraposición a *Luther*] (...) Su queja es que las bases de la representación de la Legislatura de Tennessee los perjudica. Plantean que 'la minoría gobierna en Tennessee', que el estatuto de distribución de representantes produce una 'distorsión del sistema constitucional', que la asamblea general no es más 'un cuerpo representativo del pueblo del Estado de Tennessee' al ser 'contraria al principio básico del gobierno representativo'...si se aceptara el planteo de los apelantes

⁷⁷ Enrique Alonso García, *El tribunal Burger y la doctrina de las political questions*, Revista Española de Derecho Constitucional, Vol. 1, Núm. 1, 1981, p. 297.

en esos términos este sería no justiciable no solo desde el punto de vista del Art. IT, § 4, sino respecto de cualquier cláusula de la Constitución, en virtud de que una corte federal no es un foro para el debate político. Pero los apelantes, desde luego, no basaban su petición solamente en esta queja simplista. Al invocar la Cláusula de Igual Protección, plantean que la distorsión del gobierno representativo es producida por una sistemática discriminación hacia ellos, mediante el 'vaciamiento de sus votos' (...). A primera vista, este cargo de discriminación basado en la falta de representación legislativa da la impresión de ser un planteo más privado, menos impersonal que aquel argumento acerca de la irregularidad del gobierno. Los apelantes aparecen como representantes de una clase perjudicada como clase y no como críticos de la política como un todo. Sin embargo, bajo dicha discriminación está la concepción de verse privados de su porción de influencia política. Este, desde luego, es el efecto práctico de toda adjudicación de poder dentro de las instituciones del gobierno (...). Los demandantes invocan el derecho al voto y a que sus votos sean contados. Pero ellos de hecho votan y sus votos son contados. Van a las urnas, eligen su boleta y mandan a sus representantes al ayuntamiento. Su queja se reduce a que sus representantes no son lo bastante numerosos o poderosos, en síntesis, que Tennessee ha adoptado una base de representación con la cual no están satisfechos⁷⁸. Para Frankfurter el problema de este planteamiento acerca de la distribución legislativa era el ataque al principio más básico del gobierno representativo que aquel albergaba, y de pronunciarse, la Corte estaría estableciendo parámetros puramente políticos acerca del modo en que debe llevarse a cabo el proceso político de participación democrática, lo cual para el magistrado era un asunto que debía resolverse en el ámbito de la lucha política y no a través de una resolución judicial.

⁷⁸ "Here, appellants attack "the State as a State" (...) Their complaint is that the basis of representation of the Tennessee Legislature hurts them. They assert that "a minority now rules in Tennessee," that the apportionment statute results in a "distortion of the constitutional system," that the General Assembly is no longer "a body representative of the people of the State of Tennessee," all "contrary to the basic principle of representative government. . . ." Accepting appellants' own formulation of the issue, one can know this handsaw from a hawk. Such a claim would be nonjusticiable not merely under Art. IT, § 4, but under any clause of the Constitution, by virtue of the very fact that a federal court is not a forum for political debate. But appellants, of course, do not rest on this claim simpliciter. In invoking the Equal Protection Clause, they assert that the distortion of representative government complained of is produced by systematic discrimination against them, by way of "a debasement of their votes. . . ." At first blush, this charge of discrimination based on legislative underrepresentation is given the appearance of a more private, less impersonal, claim than the assertion that the frame of government is askew. Appellants appear as representatives of a class that is prejudiced as a class, in contradistinction to the polity in its entirety. However, the discrimination relied on is the deprivation of what appellants conceive to be their proportionate share of political influence. This, of course, is the practical effect of any allocation of power within the institutions of government...What, then, is this question of legislative apportionment? Appellants invoke the right to vote and to have their votes counted. But they are permitted to vote, and their votes are counted. They go to the polls, they cast their ballots, they send their representatives to the state council. Their complaint is simply that the representatives are not sufficiently numerous or powerful -- in short, that Tennessee has adopted a basis of representation with which they are dissatisfied.", 369 U.S. 298-300.

Cierto es que el planteo de Baker contenía una crítica orientada claramente hacia un aspecto político como lo es la medida en que un ciudadano ejerce su influencia en el devenir del gobierno, pero esto era subyacente al aspecto estrictamente jurídico vinculado con la violación de un derecho político, claramente delimitado en la demanda. En efecto la esencia misma de los derechos políticos lleva consigo consideraciones que se vinculan con la dinámica del proceso político. El Black's Law Dictionary define a los derechos políticos como:

“Aquellos que pueden ejercerse en la formación o administración de un gobierno. Derechos de ciudadanos establecidos o reconocidos por las Constituciones a través de los cuales se les otorga el poder de participar directa o indirectamente en la dirección o administración gubernamental.”⁷⁹

Desde nuestro punto de vista quizás esta última sea la causa que marca la principal diferencia entre el caso *Luther* y el que ahora nos toca analizar; si bien en aquel se discutían cuestiones vinculadas con los derechos políticos, la cuestión gravitaba no alrededor de un agravio a un derecho político sino en torno a la pelea por el reconocimiento de un derecho político, lo cual hacía del asunto un planteo más vinculado a la política a secas que a lo jurídico-político. *Luther* hablaba de derechos políticos difusos por decirlo de alguna manera, planteaba que los tribunales otorgaran reconocimiento jurídico a cierta categoría de ciudadanos que se hallaban desprovistos de la posibilidad de influir en el gobierno a través del ejercicio del derecho a votar, porque tal derecho no les era reconocido; por el contrario en *Baker* estamos hablando de un derecho político perfectamente instaurado en la sociedad como es el derecho al voto, y estamos hablando del socavamiento que sufre aquel sujeto de derecho que se veía rezagado políticamente a causa de la injusta distribución de su participación dentro del esquema de representación electoral.

En base a los argumentos que venimos exponiendo, la Suprema Corte sentencio que en todos los casos en que se había formulado la doctrina de las cuestiones políticas se trataba: “a) de un poder encomendado por la constitución a otro órgano constitucional; b) de una carencia de standars judiciales apropiados para su enjuiciamiento; c) de una imposibilidad de que la decisión pudiera basarse en fundamentos de carácter político apropiados para un tipo de discreción claramente no judicial; d) de una imposibilidad de que la decisión judicial no represente una falta de respeto hacia otros poderes constitucionales; e) de una necesidad poco corriente de buscar apoyo judicial a una decisión ya tomada; o f) de una cuestión que puede producir situaciones

⁷⁹ *Black's Law Dictionary*, Sixth Edition, p. 1159, citado por *Political Jurisdiction*, op. cit., p. 9.

embarazosas al emitirse varios pronunciamientos por los distintos órganos constitucionales”⁸⁰.

Baker vs. Carr salteaba esos obstáculos y en palabras del juez Brinnam “el mero hecho de que el pleito intente proteger un derecho político no implica una cuestión política. Semejante objeción es poco más que un juego de palabras... Llegamos finalmente, a la última indagación acerca de si nuestros precedentes colocan el caso en cuestión bajo el paraguas de esta doctrina. Un comienzo natural es advertir si [existe] alguna de las características comunes que han podido identificar y describir estos precedentes. No encontramos ninguna. La cuestión aquí es la compatibilidad de la acción estadual con la Constitución federal. No tenemos cuestión decidida o a decidir por una de las ramas políticas del gobierno coigual a esta Corte. Tampoco arriesgamos crear dificultades a nuestro gobierno en el extranjero, ni graves disturbios en el interior, si problematizamos la constitucionalidad de la objetada acción de Tennessee. Tampoco necesitan los apelantes, en orden a tener éxito en esta acción, pedir al tribunal que entre en determinaciones políticas (*policy determinations*) para lo cual carece de pautas judicialmente manejables. Las pautas judiciales de la Clausula de Igual Protección son bien conocidas y familiares, y han sido abiertas a los tribunales desde la sanción de la Decimocuarta Enmienda para determinar que una discriminación refleja, no una política, sino simples actos arbitrarios y caprichosos”⁸¹.

VI. B. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina.

Cullen c. Llerena. (1893)

Para empezar el análisis de algunos de los fallos emanados de la Corte Suprema de Justicia, dada la semejanza en los hechos, podríamos hacer un paralelismo entre lo que resolvió la Corte estadounidense en *Luther v. Borden* y lo que resolvió nuestra Corte en *Cullen c. Llerena*⁸², leading case de la materia.

El gobernador Candiotti a través de su apoderado Cullen buscaba que se declarara inconstitucional la ley de intervención que disponía su destitución del

⁸⁰ Enrique Alonso García, *El tribunal Burguer...*, *óp. cit.*, p. 287. Ver también: Carlos R. Baeza, *óp. cit.*, p. 123.; Pablo A. Horvat y Jorge R. Vanossi, *El fallo "Baker vs. Carr" y la justiciabilidad de las cuestiones políticas*, LL, t. 114, p. 986.

⁸¹ Carlos R. Baeza, *óp. cit.*, pp. 123, 124. Ver también: Jonathan Miller y otros, *Constitución y poder político*, Astrea, Buenos Aires, 1995, t.1, p. 173; Salvador M. Lozada, *Crónica de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia*, JA, t. 1962-V, p. 5.

⁸² *Fallos*, 53:420.

cargo. Cullen actuaba en nombre del gobierno provisorio de la provincia de Santa Fe que había sido constituido por medio de una revolución, demandando a Llerena por haber depuesto al gobernador, basando su petición en que la ley que disponía la intervención era inconstitucional por la irregularidad que había existido en el proceso de formación de la misma, ya que un proyecto de intervención había sido rechazado por una de las cámaras del Congreso, cosa que impedía su tratamiento en el mismo año. Cullen reconocía que si bien no podía ser nombrado por el pueblo con sujeción a la forma establecida por la Constitución y las leyes de la provincia –consecuencia de haber sido constituido el gobierno provisional por una revolución- “funda implícitamente su personería en el reconocimiento de su autoridad por los Ministros del Poder Ejecutivo de la Nación, en los telegramas que acompaña, deduciendo la misma consecuencia de los que le fueron dirigidos por los gobiernos de las provincias de Entre Ríos y Corrientes (...) y establece con ese principal fundamento, su derecho a continuar en el desempeño de sus funciones, a no ser perturbado en ellas y a ser amparado en su ejercicio por esta Suprema Corte, por sentencia que declare inconstitucional la ley de Intervención, y que suspenda su cumplimiento”. En mismo sentido “sostiene la inconstitucionalidad de dicha ley de intervención, fundándose únicamente en el hecho de haber sido sancionada por el proyecto respectivo, que tuvo su origen en la Honorable Cámara de Diputados, después de rechazado en general anteriormente otro proyecto de intervención en la misma Provincia, que había iniciado y sancionado en la Honorable Cámara de Senadores, en virtud de requerimiento del Gobernador de Santa Fe, dirigido al Gobierno Nacional antes de ser vencido y derrocado por la revolución”.

En ese fallo el Alto Tribunal dejó sentado que “La intervención nacional en las Provincias, en todos los casos en que la Constitución la permite o prescribe es como queda dicho, un acto político por su naturaleza, cuya verificación corresponde exclusivamente a los Poderes Políticos de la Nación; y así está reconocida en nuestros numerosos precedentes al respecto, sin contestación ni oposición de ningún género; todos los casos de intervención a las provincias han sido resueltos y ejecutados por el Poder Político, esto es, por el Congreso y el Poder Ejecutivo, sin ninguna participación del Poder Judicial (...) la intervención es del resorte de los poderes políticos, y sus decisiones al respecto, no pueden ser controvertidas por el departamento judicial, no pueden contestarse las facultades de aquellos para decidir tanto sobre el fondo, como sobre la forma de sus deliberaciones; así cuando se dicta la ley, como cuando se resuelve todo asunto comprendido en sus atribuciones constitucionales (...)”; y a la vez consagra un criterio que se instalaría como la fórmula en materia de interpretación constitucional: “Es una regla elemental de nuestro Derecho público que cada uno de los tres altos Poderes que forman el gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ellas les confiere respectivamente. Por esta razón, no compete a esta Suprema Corte, en la presente demanda, examinar la interpretación y

aplicación que las cámaras del Congreso han dado al artículo 6° de la Constitución”⁸³.

Ambos casos son interesantes porque ponen de manifiesto la complejidad que rodea al concepto de acto político, y la particularidad de las cuestiones que se plantean en ellos nos permiten hacer un análisis quirúrgico del tema a los fines de tratar de desentrañar hacia donde apunta la doctrina de las *political questions*. En ambos casos existen dos clases de actos políticos que difieren, haciendo uso de las inspiradoras palabras de Fayt, “en su grado de relación con el Poder, es decir, según que la actividad se desarrolle hacia el Poder o desde el Poder”⁸⁴: por un lado la rebelión, como actividad dirigida *hacia el poder*, que representa la lucha por la conquista del poder alimentada por elementos históricos, sociales y culturales, como una especie de *accountability* vertical primitivo; por el otro, el reconocimiento de un gobierno (como se da en *Luther* y *Cullen*), y la intervención federal (*Cullen*), como actos de dirección o conducción del gobierno federal, realizados *desde el poder* por el departamento ejecutivo o el legislativo y estrechamente vinculados a la noción de soberanía. La diferencia entre ambos radica en que “los actos del primer grupo se realizan en una esfera distinta de los del segundo, pues mientras aquellos se orientan hacia la conquista del poder (...) estos se realizan en el plano de la actividad estatal, con órganos de decisión establecidos, a través de los cuales la determinación política se cristaliza en normas de conducta generales o en disposiciones imperativas”⁸⁵. En este sentido tanto en *Luther* como en *Cullen*, subyace la idea de que los actos políticos realizados hacia el poder requieren una legitimación que puede ser dada únicamente por el voto de la ciudadanía⁸⁶. Pero más allá de las particularidades de ambos casos lo que surge de ellos es el planteamiento de la importancia de los derechos políticos (votar, emitir opiniones políticas, peticionar a las autoridades) y de los principios políticos que dan contenido al por entonces nuevo Estado constitucional de derecho.

En este sentido, cuando la Corte norteamericana y su par argentina deciden no pronunciarse en aquellos casos, fundamentando que no es el departamento judicial sino el Congreso, quien en virtud de la Constitución debe manifestarse reconociendo o rechazando la legitimidad de un gobierno constituido de manera irregular, tal auto-restricción viene motivada por el hecho de que respecto de ciertos asuntos el control de su concordancia con la

⁸³ Fallos, 53:420.

⁸⁴ Carlos S. Fayt, *Teoría de la política en el siglo XXI*, *óp. cit.*, p. 48.

⁸⁵ Carlos S. Fayt, *óp. cit.*, p. 48.

⁸⁶ En *Luther vs. Borden* el argumento de Luther se esmera para que la Corte reconozca que la lucha de Dorr gozaba de cierta legitimidad desde que se había adoptado una constitución que suplía a la Carta de 1663 mediante un referéndum gracias al voto de aquella parte de la ciudadanía que bajo el régimen imperante no tenía derecho a sufragio; y en sentido parecido, en *Cullen c. Llerena*, como resaltamos Cullen no intentó desconocer el valor del sufragio y del nombramiento de un gobierno en base a las reglas republicanas, aun cuando el gobierno al que representaba había surgido de una revolución.

Constitución no se realiza por un proceso judicial sino que se realiza a través de las vicisitudes de la lucha del proceso político. En otras palabras, la verdad en estos sucesos no debería ser descubierta por los jueces, sino que su determinación depende de quien posea más poder político.

Y en *Cullen* hay algo más peculiar que reafirma nuestra hipótesis. Lo peculiar en *Cullen* es que lo que se pretendía no era que la Corte emitiera un acto de reconocimiento, sino que analizara la inconstitucionalidad de la ley que disponía la intervención de la provincia de Santa Fe⁸⁷, una ley del Congreso, que aunque era de naturaleza esencialmente política al fin y al cabo era una ley; por eso, teniendo en cuenta que en *Marbury vs Madison* justamente lo que se coloca por encima de todo análisis es el ejercicio de aquel control de constitucionalidad sobre la leyes, esta decisión contiene algo de contradictorio.⁸⁸

El voto en disidencia del Ministro Luis V. Varela nos parece interesante pues mas allá de que luego este haya dicho que había estado equivocado, su análisis no deja de ser útil a los efectos considerar que la línea que separaba a las cuestiones judiciales de las políticas aun no estaba trazada. Desde un principio el magistrado atiende los principios políticos involucrados en el caso y parte considerando que “La base de toda autoridad está en el derecho original del pueblo para establecer su gobierno, fundado en aquellos principios que él creyere convenientes y adecuados a los fines de su propia felicidad”. Asimismo y con relación a la competencia de la Corte sostiene que “la Constitución les ha dado: ‘el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación’ (...) Si la Constitución ha empleado los términos ‘todas las causas’, no puede racionalmente hacerse exclusiones de algunas causas para declarar sobre ellas la incompetencia de los tribunales federales”. En su análisis despliega un arsenal de fallos de la Corte de los EE.UU. y de la Argentina, a partir de los cuales sostiene que si la Constitución ha dado jurisdicción a los tribunales federales, en todas las controversias que versen sobre puntos regidos por la Constitución, ni la ley ni la Corte Suprema

⁸⁷ *Fallos*, 53:420. “La parte demandante reconoce explícitamente en el Congreso, la facultad constitucional de sancionar leyes de Intervención en las Provincias; lo cual lleva implícito el reconocimiento en el Poder Ejecutivo del deber de ejecutar esas leyes, quedando por lo tanto legitimada la investidura legal del Interventor que representa la autoridad del Presidente de la República en nombre de la ley. Pero Sostiene la inconstitucionalidad de dicha ley de intervención, fundándose en el hecho de haber sido sancionada por el proyecto respectivo, que tuvo su origen en la Cámara de Diputados, después de haber sido rechazado en general anteriormente, otro proyecto de intervención en la misma Provincia, que había iniciado y sancionado la Cámara de Senadores, en virtud de requerimiento del Gobernador de Santa Fe, dirigido al Gobierno Nacional antes de ser vencido y derrocado por la revolución.”

⁸⁸ Como la objeción de Cullen se dirigía a la forma de la sanción, no a la materia de la ley misma (que reconoce ser, en tesis general, atribución del poder legislativo el dictarla), la Corte decide no inmiscuirse en el análisis del proceso de formación de leyes, aun cuando esta pueda haber sido contraria a lo que establece la Constitución para la formación de las leyes.

pueden hacer excepciones, "Allí donde la Constitución no ha hecho distinciones, no puede nadie hacerlas".

Pero la intención de Varela no era destruir la doctrina de las *political questions*, ni mucho menos; por el contrario, resalta la importancia de los principios consignados en *Marbury vs. Madison*⁸⁹, y destaca que "Lo que se ha declarado en los Estados Unidos, y que no puede desconocerse como jurídicamente exacto, es que los tribunales de justicia no tienen jurisdicción para resolver 'cuestiones políticas'; es decir, que no puede traerse ante ellos el fallo de un punto cualquiera que no forme controversia de intereses o de derechos, sino que sólo afecte a la política". Pero en ningún caso –dice– el concepto de cuestión política se extendió a las leyes que en el curso ordinario de la legislación dicta el Congreso.⁹⁰

⁸⁹ Entre ellos: "Si una ley de la Legislatura [decía el fallo] que fuese repugnante a la Constitución, es nula, ¿podría ella, no obstante su invalidez, atar a los Tribunales y obligarlos a cumplirla? O, en otras palabras: aunque ella no sea una ley, ¿constituiría ella una disposición tan efectiva, como si fuese una ley? (...) Esto sería destruir en el hecho lo que se había establecido en la teoría y parecería, a primera vista, un absurdo demasiado grande para insistir en él (...) Si, pues, los Tribunales deben atender a la Constitución, y la Constitución es superior a cualquiera ley de la Legislatura, la Constitución y no la ley ordinaria debe regir el caso al que ambas sean aplicables (...) Aquellos, pues, que combaten el principio de que la Constitución debe ser considerada, en la Corte, como la ley suprema, (paramount law) están obligados a sostener que los tribunales deben cerrar sus ojos ante la Constitución y ver sólo la ley. (Marbury v. Madison, Cranch, 1, pág. 177)." *Fallos*, 53:420.

⁹⁰ Varela hace un recorrido a través de distintos fallos de la Corte norteamericana con el objeto demostrar la analogía entre las leyes de reconstrucción de los Estados Unidos, sancionadas por el Congreso luego de las sediciones de los Estados del sur contra el gobierno de la Unión durante la guerra civil, y las leyes de intervención que se dictaban en nuestro país para evitar que las rebeliones que tenían lugar en las provincias pusieran en peligro la forma republicana de gobierno de las mismas: "Si se recorre la jurisprudencia norteamericana, desde el primero hasta el último de sus fallos, se encontrará *que*, sin una sola excepción, las únicas cuestiones políticas que la Corte ha declarado ajenas a su juicio, son aquellas en que los poderes políticos del Estado han procedido como representantes absolutos de la soberanía nacional; es decir, son sólo aquellas cuestiones de derecho público, en que la ley internacional, que es lo que en el *jus gentium* se llama "ley política", puede estar afectada; o aquellas que, por analogía, se aplican a los Estados independientes que forman la República independiente, reunidos en confederación.

En todos los casos en que los tribunales federales se han excusado de conocer en el pleito, fundándose en que se trataba sólo de una cuestión política, la materia en discusión ha sido la existencia o inexistencia de un Gobierno extranjero o de Estado, los límites internacionales; la soberanía de un país extranjero sobre un territorio determinado; las condiciones de las tribus indias dentro del territorio de la Unión; las cuestiones sobre neutralidad y beligerancia en caso de guerra; las facultades de los monarcas extranjeros para tratar con el Gobierno de los Estados Unidos, y acaso algún otro punto, pero siempre sujeto a las facultades del soberano en el derecho público (Weaton, 3, pág. 246 y 610; id. 4, pág. 52 y 467; id. 6, pág. 193; Peters, 2, pág. 253; id. 11, pág. 511; id. 13, pág. 415; id. 14, pág. 170; Cranch, 1, pág. 137; id. 4, pág. 241; id. 9, pág. 388; Howard, 5, pág. 343; id. 14, pág. 38; id. 16, pág. 635; Wallace, 3, pág. 409; id. 6, pág. 50).

Como éstas, son todas las "cuestiones políticas" que la Corte Americana ha declarado que no caen bajo su jurisdicción; y, cuando han aplicado estas reglas del derecho internacional, a las relaciones entre los gobiernos locales de Estado y los Estados Unidos, han limitado su declaración de incompetencia a aquellos actos políticos, en que había un reconocimiento o un desconocimiento expreso de un Gobierno de Estado por el Gobierno de los Estados Unidos.

Así resultó en el caso de Luther v. Burden (Howard, 7, pág. 1) en que la Corte se limitó a declarar que el Gobierno de Rhode Island, era el que habían reconocido los poderes políticos de la Unión; en el de los

En el caso *Cullen*, ni el nuevo gobierno ni la provincia habían sido declarados rebeldes. Las autoridades que sustituyeron a las derrocadas habían prestado su acatamiento al gobierno federal. Por eso el gobernador Candiotti buscaba que se declarara inconstitucional la ley de intervención que disponía su destitución del cargo, en función de la irregularidad que este sostenía había existido en el proceso de formación de la misma. En efecto, esto fue lo que llevó al Ministro Varela a disentir con la opinión de sus pares y a considerar que el caso si era justiciable, cuando la misma sustancia política de la cuestión llevó a los otros miembros de la Corte a considerar que la cuestión escapaba de su competencia.

Este último criterio era el que se plasmaba mayoritariamente en los tribunales cuando un asunto requería el análisis de cómo los departamentos políticos tomaban sus decisiones. El Poder Judicial en ningún caso podía pronunciarse acerca de la oportunidad y discrecionalidad con que el Congreso o el presidente llevaban a cabo medidas que surgían de las facultades que la Constitución les atribuía como la esencia de su existencia como Poderes del Estado, aun cuando la forma en que tomaban sus decisiones pudiera apartarse de la forma que la Constitución exigía, porque incluso en esos casos se imponía aquel criterio de que los tres Poderes del Estado, al llevar a cabo sus funciones, eran interpretes de la Constitución en la misma medida.

Orfila. (1929)

A principios del siglo XX, a partir del caso *Orfila*⁹¹, la Corte reconoció como *cuestión política* la verificación de la exigencia que impone a las provincias el Art. 5 de la Constitución Nacional en lo referido al sistema republicano de gobierno que debe imperar en ellas, estableciendo que "es al Congreso al que le corresponde decidir que género de gobierno es el instalado en la provincia, si es republicano o no", y también, como añade en su análisis el Dr. Ricardo Haro "si está asegurada o bastardeada la administración de justicia, si existe régimen municipal, si se imparte la educación primaria, según las condiciones generales y especiales expresadas en el art. 5 CN"⁹². Este criterio fue reafirmado luego en el caso *Lizondo* (1965) cuando la Corte sostuvo que "*la alegada violación del régimen republicano de gobierno no justifica la intervención del Tribunal, porque la determinación de la existencia de un supuesto semejante es propio*

indios Kerokees, que se ha citado en esta causa, y, sobre todo, en el de Georgia v. Stanton, en que la ley que se traía al juicio de la Corte, empezaba por declarar que no existía Gobierno alguno, ni legal ni de hecho en ese Estado".

⁹¹ *Fallos*, 154:192.

⁹² Ricardo Haro, *Las cuestiones políticas: ¿prudencia o evasión judicial?*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 13.

de los poderes políticos del Gobierno nacional e insusceptible de ejercicio por esta CS⁹³.

Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A. c. Provincia de Salta. (1967)

El avance hacia la judicialización del Art. 5 de la Constitución comenzó con la decisión del caso "Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A. c. Provincia de Salta"⁹⁴. En esta ocasión, la Corte desplegó su función unificadora de legalidad con la Constitución Nacional como el faro que indicaba la dirección que el derecho, como sistema lógico que es, debía seguir.

El Ejecutivo de Salta había dictado un decreto que establecía la inconstitucionalidad de una resolución de la Dirección General de Rentas de esa provincia que incluía a la empresa actora en un régimen de exención impositiva. Paso inadvertido para el Procurador que lo que se planteaba iba más allá de un conflicto entre poderes de orden local, y que en realidad se trataba de un problema de división de poderes ya que ¿cómo podía concebirse que una rama del Ejecutivo decretara una *inconstitucionalidad*?

La Corte dejó en claro que si bien no le compete tratar cuestiones de orden local, la excepción estaba en la gravedad del actuar del Ejecutivo que suponía una violación del principio de la separación de poderes y del art. 5 de la Constitución nacional en virtud de la cual las provincias deben adoptar para sus gobiernos la forma representativa y republicana, y adecuar sus constituciones a los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional. En este sentido sentenció: "Cualesquiera que sean las facultades del Poder Ejecutivo para dejar sin efecto actos contrarios a leyes, no le corresponde declarar la inconstitucionalidad de ellas, pues dicha facultad es exclusiva del Poder Judicial, único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo. Lo contrario importaría admitir que el poder pueda residir y concentrarse en una sola sede".

Soria de Guerrero, Juana c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A. (1963)

En 1963, la tarea jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cumplió cien años. Hasta el 20 de septiembre de 1963, cuando sucedió por primera vez al decidirse el caso "Soria de Guerrero", nunca en su historia el más Alto Tribunal de Justicia se había pronunciado sobre si sus facultades

⁹³ Ricardo Haro, *Ibíd.*

⁹⁴ *Fallos*, 269:243.

jurisdiccionales comprendían o no la posibilidad de realizar el juicio de constitucionalidad de una reforma constitucional.

Una mayoría de jueces de la CSJN, integrada por Benjamín Villegas Basavilbaso, Aristóbulo Aráoz de Lamadrid, Pedro Aberastury, Ricardo Colombres, Esteban Imaz y José Bidau, entendió, de conformidad con lo que se denominó “la doctrina de los precedentes de la Corte”,¹⁶ que las “facultades jurisdiccionales del Tribunal no alcanzan, como principio” para examinar el “procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes, sean ellas nacionales o provinciales”. Para el propio Tribunal, dicha solución reconoció como fundamento la exigencia de preservar la separación de los poderes del Estado, asegurando a cada uno de ellos el goce de la competencia constitucional que le concierne en el ámbito de su actividad específica.

Consecuentemente, reconocida la facultad del Poder Legislativo para aplicar la Constitución dentro de los límites de su legítima actividad, no constituye cuestión judicial la consistente en el modo en que aquél cumplió las prescripciones constitucionales atinentes al procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes, sean ellas nacionales o provinciales. Rápidamente, la Corte pareció haber advertido que este argumento era necesario, pero no suficiente. Por eso confirmó y completó la regla de interpretación constitucional con otra proposición insertada en la primera parte del considerando 4.º: “Que si ello es así con respecto a la observancia del procedimiento constitucional vigente para las Cámaras del Congreso, con mayor razón la intervención de esta Corte tampoco es pertinente para decidir, como se pretende, en el caso, si el artículo 14 nuevo de la Constitución Nacional fue sancionado de conformidad con las normas del reglamento interno dictado por la Convención Nacional Constituyente de 1957, relativas a la exigencia de aprobación, por dicho cuerpo, de las versiones taquigráficas de sus sesiones”.

Se trató, en rigor, de la elaboración acabada de una regla para la interpretación constitucional: el procedimiento adoptado para la configuración del Derecho Constitucional y de la ley son, en principio, cuestiones ajenas a la potestad de control judicial. Y se dice, “en principio”, porque quizá midiendo la relevancia del axioma adoptado, la Corte, en el considerando 3º, descargó la excepción a la prohibición de despliegue de facultades jurisdiccionales. Dijo el más Alto Tribunal: “...Tal principio sólo cedería en el supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley”. Al no resultar comprobado en “Soria de Guerrero” que la sanción de la disposición normativa constitucional impugnada se encontrase comprendida en el supuesto excepcional precedentemente recordado, la Corte dispuso la estricta aplicabilidad al caso de la jurisprudencia de que se ha hecho mención.

Graffigna Latino. (1986)

Con el retorno de la democracia, en *Graffigna Latino*⁹⁵ del año 1986, la Suprema Corte no solo reafirmó esta actitud revisora del ejercicio del poder político, sino que introdujo un nuevo parámetro jurídico a partir del cual se abordaría la tarea hermenéutica judicial. Se trataba de un caso que, por medio de la acción de amparo, intentaba plantear originariamente ante el Alto Tribunal la revisión de la resolución de un jurado de enjuiciamiento que removía de sus funciones a tres magistrados de la Provincia de San Juan. La Corte resolvió que el tratamiento de una causa que contenía un conflicto entre órganos de un gobierno provincial escapaba de la órbita de competencia originaria que la constitución le atribuía⁹⁶. Sin embargo, y aquí reside lo novedoso de la decisión, aunque la dilucidación de la compatibilidad de las instituciones provinciales con lo dispuesto en el art. 5 de la Constitución nacional envolvía una *cuestión política*, admitió, por primera vez, la procedencia del recurso extraordinario -jurisdicción por apelación- para revisar un juicio político realizado en sede provincial; estableció que había que hacer distinción “entre los conflictos locales de poderes en sentido estricto y los supuestos en los que se trata de hacer valer a favor de personas individuales la garantía constitucional de la defensa en juicio” dejando en claro que dichos supuestos “podrán hallar, de todos modos su campo, no en el ejercicio de la jurisdicción originaria del tribunal sino en el de la apelada”.⁹⁷

Gascón Gotti, Alfredo y otros.

Promovieron demanda de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. La acción se enfiló contra la ley provincial número 10.859 que, en su momento, había dispuesto seguir el trámite de la reforma

⁹⁵ Fallos, 308:961.

⁹⁶ Que como bien señala Carlos Baeza (*Cuestiones políticas...*, *óp. cit.*, p. 157) era una “conclusión inevitable ante el hecho de que la reforma de 1860 deroga de modo expreso las cláusulas de los entonces arts. 97 y 98 del texto original de 1853, que asignaban a la Corte Suprema dicha competencia para el conocimiento y decisión ‘de los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una provincia’”.

⁹⁷ Ricardo Haro, *óp. cit.*, “en los autos *Magin Suarez* del 29 de diciembre de 1987 (Fallos: 310-2845)... la CS reiteró la doctrina expuesta en el caso anterior y por mayoría, *luego de entrar a considerar el procedimiento del juicio político*, es decir de los aspectos formales que hacen al debido proceso legal, resolvió confirmar la decisión de citada Sala Juzgadora, por encontrar que *en la destitución no se habían violado los principios superiores que las provincias han acordado respetar al concurrir al establecimiento de la Constitución Nacional* (arts. 31, 5, 18 y concordantes de la CN, entre otros), *pues los enjuiciamientos de magistrados no constituyen en principio ámbitos vedados al conocimiento del Poder Judicial, en la medida en que se acredite lesión a la garantía del debido proceso*, como lo reiterara la CS *in re* “Minond”, del 4 de mayo de 1995 (Fallos: 318-908).”, p. 21.

constitucional, sometimiento a plebiscito para que el pueblo de la provincia se pronuncie respecto de los puntos concretos de enmienda que en su momento fijó la Legislatura. Los impugnantes adujeron que no se había respetado el trámite previsto en la propia Constitución Provincial para proceder a su reforma.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, por mayoría, rechazó la demanda por entender que los demandantes carecían de legitimación procesal para accionar, pues el carácter de ciudadanos electores con domicilio en el territorio provincial no les confería la condición de "parte interesada" exigida por el artículo 149 de la Constitución Provincial. El planteo de inconstitucionalidad llegó a la CSJN. El más Alto Tribunal de Justicia, el 6 de julio de 1990, por mayoría, desestimó la queja de los actores. En la causa "Gascón Gotti" el voto mayoritario fue suscripto por los jueces Enrique Petracchi, Rodolfo Barra, Julio Nazareno, Augusto César Belluscio, Ricardo Levene y Julio Oyhanarte. Básicamente, coinciden con la interpretación elaborada en la sede jurisdiccional provincial (ausencia de legitimación activa), aunque los tres jueces mencionados en último término lo hicieron agregando sus propios argumentos. Razón por la cual, estrictamente, no emana de los argumentos adoptados por la mayoría juicio alguno sobre la posibilidad de control judicial del proceso constituyente, excepto los del voto conjunto de los jueces Levene y Oyhanarte.

Ríos, Antonio Jesús.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes rechazó la demanda interpuesta por Antonio Ríos con el fin de que se declarase la nulidad parcial de la reforma de la Constitución de ese Estado, en lo relativo a la creación de los cargos de viceintendente y convencionales constituyentes municipales, y de los actos electorales consiguientes. Contra este pronunciamiento el interesado llevó su queja al más Alto Tribunal de Justicia de la República. El 2 de diciembre de 1993 la Corte, con la unanimidad de sólo siete de sus nueve miembros, rechazó la queja de Ríos. Para así hacerlo, se sostuvo que las objeciones del impugnante relativas a la competencia de la Convención Constituyente correntina para modificar el régimen municipal –en el sentido que lo hubo de hacer– remiten al estudio de una cuestión típica de derecho local que, por vía de principio, es ajena a la posibilidad de conocimiento y decisión del Tribunal. La Corte aquí tampoco ingresó propia y expresamente en el problema del juicio de constitucionalidad sobre una reforma, bien que en este caso se trataba de ejercicio de poder constituyente de segundo grado. Sin embargo, el considerando 4.º, que no forma parte estrictamente de la argumentación elaborada para rechazar la demanda, vía obiter dictum no tiene desperdicio. Allí, los jueces de la Corte dijeron: "...es menester poner de relieve que, de ningún modo, los poderes conferidos a la Convención Constituyente pueden reputarse ilimitados, porque el ámbito de aquellos se halla circunscrito

por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia...". Con cita de Manuel Gorostiaga, agregaron que las facultades atribuidas a las convenciones constituyentes están condicionadas al examen y crítica de los puntos sometidos a su resolución, dentro de los principios cardinales sobre los cuales descansa la Constitución.

Entiendo por "indecible" lo que jamás puede decir el discurso propositivo; silencios, por otra parte, que muchas veces pueden traducirse como significados trascendentes de lo que realmente importa. Con tal marco, y pese a que el argumento transcrito del Tribunal en el párrafo anterior, como se ha dicho, no constituyó la plataforma de la sentencia, motivo por el cual no hubo juicio de constitucionalidad. ¿Estaba la Corte insinuando, sin decirlo por supuesto, que el Tribunal, llegado el caso, se reservaría el ejercicio de la competencia de las competencias, esto es: el control de constitucionalidad de una Convención Constituyente, en el orden federal? ¿Ella formó parte, si cabe, del imaginario de los jueces del Tribunal?

Más allá de elaboraciones apresuradas, por el momento conviene tener en cuenta lo siguiente: hasta "Soria de Guerrero", el juicio de constitucionalidad sobre la reforma fue, en rigor, un problema indistinguible en el derecho judicial. "Soria de Guerrero" configuró la primera realidad verbal sobre esa parte del mundo del control judicial de constitucionalidad hasta entonces no escrita. Sin embargo, las palabras dichas por la Corte en "Soria de Guerrero" no alentaron temores. Exactamente treinta años después, en "Ríos", bien que tangencialmente y dejando silencios profundos, sobrevendría una nueva distinción: los poderes conferidos a las Convenciones Constituyentes no pueden reputarse ilimitados (algo bastante sabido), porque el ámbito de aquellos se halla circunscripto por la disposición normativa que la convoca y le atribuye competencia. Lo que no resultaba tan claro era cuál sería el órgano competente para el examen y crítica de los límites ni sus atribuciones.

Caso Fayt.

Carlos S. Fayt era, desde antes de que se realizase la reforma constitucional de 1994, juez de la Suprema Corte; el texto incorporado por la reforma establece:

Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se

harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite.⁹⁸

Y la disposición transitoria undécima prescribe:

La caducidad de los nombramientos y la duración limitada previstas en el art. 99 inc. 4 entrarán en vigencia a los cinco años de la sanción de esta reforma constitucional (corresponde al art. 99 inc. 4).⁹⁹

En estos términos, dicha modificación significaba una reforma al art. 110 de la Constitución Nacional que establece:

Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones.¹⁰⁰

El juez Fayt, en 1999, momento en que entraba en vigor dicho artículo, contaba ya con 75 años y debía entonces someterse a un nuevo nombramiento, motivo por el cual al verse afectado inicia una acción declarativa de inconstitucionalidad contra dichas disposiciones.

La solución de la Suprema Corte despertó gran polémica en la doctrina argentina ya que considero revisable judicialmente la actuación del poder constituyente derivado y declaró la nulidad de la reforma introducida en el art. 99, inc. 4 –y la disposición transitoria undécima- al art. 110. Visto de esta manera parecería que la Corte hubiera realizado un control abstracto de constitucionalidad sobre lo decidido por el órgano constituyente derivado, pero el fallo comienza por despejar las dudas acerca del carácter justiciable del caso “pues el actor ha invocado ante el Poder Judicial la protección de un derecho: el de mantener la inamovilidad en el cargo de Juez de este Tribunal para el cual fue designado según el procedimiento vigente para entonces en la Constitución Nacional y de acuerdo al alcance que dicha garantía le reconocía... El Estado Nacional ha resistido tal pretensión, de modo que se configura una controversia entre partes que sostienen derechos contrapuestos, esto es una controversia “definida y concreta” (Fallos, 242:353) que remite al estudio de puntos regidos por normas constitucionales e infraconstitucionales de naturaleza federal, lo

⁹⁸ Constitución Nacional, Art. 99, inc. 4.

⁹⁹ Constitución Nacional, Disposición Transitoria Undécima.

¹⁰⁰ Constitución Nacional, Art. 110.

cual es propio del mencionado poder (arts. 1 y 2, ley 27; arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional)".¹⁰¹

En definitiva, lo que juzgó el Alto Tribunal fue que la Convención Reformadora había excedido los límites de sus facultades de actuación en virtud de la ley 24.309 que declaraba la necesidad de la reforma y el núcleo de coincidencias básicas. Al hacerlo el Tribunal entraba a considerar la actuación del poder político, ya que la mencionada ley, si bien no se presentaba como una ley ordinaria sino como un acto pre-constituyente, era, como toda ley, el resultado de la dinámica del proceso político de acuerdos entre representantes de distintos sectores de la sociedad que plasmaban dicho compromiso en la norma jurídica. Sobre esta base "ningún departamento puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas (Fallos, 137:47) y es del resorte de esta Corte juzgar "la existencia y límites de las facultades privativas de los otros poderes" (Fallos, 210:1095) y "excedencia de sus atribuciones" en la que éstos puedan incurrir (Fallos, 254:43)".

Aclarado ese punto el fallo pasa a poner de manifiesto donde está el punto específico de extralimitación y señala que "Esta norma [refiriéndose al anterior art. 96, actual art. 110], consagrada en el texto constitucional de 1853, no fue incluida entre las cláusulas que la convención reformadora estaba habilitada para revisar, según los arts. 2º y 3º de la ley 24.309. En ningún caso se mencionó el recordado art. 96 y, antes bien, esa cláusula mantuvo intacta su redacción en el texto sancionado en 1994", esto teniendo en cuenta además que dicha ley contenía la sanción explícita de nulidad hacia toda aquella modificación, derogación o agregado a la competencia que se le otorgaba a la convención, lo cual revelaba la restricción que había querido dar el Congreso a todo exceso del marco constitucional habilitado para ser reformado contenido en las coincidencias básicas.

¹⁰¹ Vale recordar la disidencia del juez Boffi Boggero en el caso *Soria de Guerrero c. S.A. Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos.* (Fallos, 256:556) de 1957, en el que se cuestionaba el art. 14 bis incorporado por la reforma de 1957, alegándose que dicho dispositivo no podía considerarse válido ya que no se había realizado una reunión posterior de la Convención en la que se debía aprobar el acta y la versión taquigráfica de dicha sanción, tal como lo preveía el reglamento del propio cuerpo. En esa oportunidad la Corte sostuvo que las facultades jurisdiccionales no alcanzaban, en principio, el examen del procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes, salvo "en el supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley", extremo que no resultaba comprobado en dicho caso. Boffi Boggero sostuvo en su disidencia que "una cosa significa la política en sí misma, y otra es el derecho político que regula jurídicamente la vida de aquella...si por parte legítimamente interesada se niega la existencia válida de un precepto constitucional a mérito de no haberse guardado el procedimiento establecido por la Convención Constituyente, o se sienta como necesaria la convocatoria de una nueva Convención que, al declarar existente la norma, en rigor la crearía en su misión específica que no es de juzgar sino de constituir; o bien el juzgamiento de la materia correspondería –no en violación sino a la inversa, en auténtico uso del principio de 'separación de poderes'- a la justicia, por haberle la Convención Constituyente, como se dijo, atribuido esa misión a ella y no al Poder Ejecutivo ni al Poder Legislativo (arts. 95 y afines Const. Nac.). La materia *sub examine* es, en consecuencia, claramente justiciable".

No consideramos este fallo como el precedente que se pueda llegar a utilizar como el conspirador contra la esencia de la Constitución en futuros casos de revisión de la reforma, más bien creemos que va a reaparecer como el precedente que ponga límites a toda reforma que intente desnaturalizarla. El concepto de *cuestión política*, esta vez en un ámbito particular del control de constitucionalidad, realizado sobre la reforma constitucional, es llevado a su mínima expresión; el caso *Fayt* revela la insignificancia que puede llegar a tener en ocasiones el concepto de la *no judiciabilidad por naturaleza política*, pues por más que se esté frente a un despliegue político tan soberano –quizá el más soberano de todos como lo es el proceso de reforma de la constitución-, si en el seno del proceso que mecaniza y lleva adelante la voluntad política consensuada existe al menos un hueco infectado por la arbitrariedad y la irracionalidad, las mismas reglas del proceso, que son las reglas lógicas del sistema democrático de derecho, están al alcance para hacer recobrar la coherencia jurídica que exige la Constitución como Ley suprema.

Bussi, Antonio Domingo c/ Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/ incorporación a la Cámara de Diputados. (2001)

Bussi, un ex militar se presentó como candidato a Diputado Nacional en 1999 por la Provincia de Tucumán y resultó electo.

El 1 de diciembre de ese año la Cámara de Diputados se negó a incorporarlo a dicho cuerpo en base a la "***sospecha razonable de participación [de Bussi] en violaciones masivas a DH [Derechos Humanos] o en Golpes de Estado declarada judicialmente, es [...], causal de inidoneidad y de inhabilidad moral (art. 16 y 64 CN)***"

En consecuencia Bussi promovió acción de amparo contra el Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados), a fin de que se declarase la nulidad de la decisión adoptada por dicha cámara pero la misma fue rechazada por la Juez Federal María Servini de Cubría, decisión que confirmó la Cámara Nacional Electoral por tratarse de una "***cuestión política no justiciable***" fundándola en que la "decisión relativa a la integración de uno de los tres órganos esenciales de la estructura del Estado, cuyas competencias excluyentes forman la esencia de la forma republicana de gobierno, encuadra en lo que la doctrina conceptúa como 'acto institucional', es decir un acto que ejecuta directamente una norma constitucional y que, por tanto, es dictado en ejercicio de una actividad reglada o discrecional de los órganos estatales". "El tema escapa al ámbito del Poder Judicial, ya que encomendarle la decisión de cuestiones como la de autos significa poner en juego la independencia del Poder

Legislativo. Las Cámara del Congreso constituyen cuerpos políticos por lo que llama hacia sí el proceso electoral del que depende su propia integración".

Pero la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 11 de octubre de 2001 revocó esta sentencia, por unanimidad y con dictamen en igual sentido del Procurador General de la Nación, y declaró el caso justiciable, fundado en el fallo "Powell versus McCormack" de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América. En esa oportunidad dijo nuestro más Alto Tribunal que **"El actor sostiene que la Cámara de Diputados no tiene competencia para actuar como lo hizo, esto es, que habiendo sido proclamado legislador por las autoridades electorales pertinentes y reuniendo todos los requisitos que la Constitución Nacional exige para ser diputado, sólo corresponde proceder a su incorporación. Esa determinación es una cuestión justiciable. Dicho con otro giro, planteada una causa, no hay otro poder por encima del de esta corte para resolver acerca de la existencia y los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los departamentos legislativos, judicial y ejecutivo, y del deslinde de atribuciones de éstos entre sí y con respecto a los de las provincias. No admite excepciones, en estos ámbitos el principio reiteradamente sostenido por el tribunal, ya desde 1864, en cuanto a que él "es el intérprete final de la Constitución ("Fallos", 12:340)(...) uno de los pilares en que se asienta la Constitución Nacional es el principio de la soberanía del pueblo (artículo 1º). Este, en términos de Hamilton, implica que el pueblo debe poder elegir a quien lo gobierne según le plazca (véase la cita en "Powell versus Mc Cormack", página 547). El actor, elegido por el pueblo en comicios libres, resiste la negativa de la Cámara de Diputados a incorporarlo y ésta invoca la Constitución Nacional para vedarle su ingreso. Este conflicto configura la cuestión justiciable que el a quo desconoció y cuya comprobación impone dejar sin efecto la sentencia recurrida"**

La Corte Suprema quebró así una larga tradición jurisprudencial basada en la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables que había sido manifestada en distintos casos. Entre ellos:

1. "Roque Pérez" , de 1865, (Fallos", 2:253),

cuando se cuestionaba la anulación de la elección de un senador electo por el Senado de la Nación y en el que la Corte, remitiéndose al dictamen del Procurador General Dr. Francisco Pico, dijo:"(...) **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"**.

2. "Chaco, Provincia de c. Estado Nacional (Senado de la Nación)" de 1998 (Fallos 321:3236),

donde la el Senado había rechazado un diploma de un electo y simultáneamente había elegido otro, afirmando que **"las objeciones que sobre ese accionar del Senado de la Nación pudieran formularse, remiten al modo en que ha ejercitado sus facultades constitucionales privativas, ámbito pacíficamente excluido del control jurisdiccional. Se trata(...)de un espacio propio y exclusivo de ese órgano(...)en el que goza de amplia discrecionalidad funcional..."**

3. "Guadalupe Hernández, Simón s/ Amparo", de agosto de 1999,

cuando en la Provincia de Catamarca se pretendía que Ramón Saadi y Oscar Garbe había sido elegido senadores en forma irregular, y en este caso la Corte Suprema dijo en el voto de la mayoría que: **"no es admisible que los magistrados exhorbiten los límites de sus atribuciones y actúen sustituyendo aquellos mecanismos parlamentarios aptos para resolver la controversia. De otro modo la actividad judicial podría ser utilizada para interferir los resultados que en el marco parlamentario genere la voluntad de las mayorías, lo que no resulta posible admitir sin quiebra del orden constitucional"**¹⁰²

A diferencia de esos casos La Corte Suprema considero que la controversia era susceptible de control judicial. Dijo que "durante un extenso período este Tribunal rehusó conocer de toda una gama de cuestiones que denominaba genéricamente políticas. Esta postura, sin embargo, no fue mantenida en los términos de entonces. La amplia y vaga extensión dada a aquéllas, condujo a que el desmantelamiento de la doctrina anterior se hiciera a través de pronunciamientos dictados en temas muy diversos. Así, lisa y llanamente entró a conocer en causas que se referían al desenvolvimiento de la vida de los partidos políticos (Fallos: 307:1774 y sus citas); trató el tema de la admisibilidad de la presentación de un candidato independiente para diputado nacional (Fallos: 310:819) y revisó resultados electorales al dejar sin efecto resoluciones de juntas electorales provinciales (Fallos: 308:1745); también conoció de la legalidad del procedimiento de formación y sanción de las leyes (Fallos: 317:335) y aun de las facultades del Senado de la Nación para decidir la detención de personas (Fallos: 318:1967 y 319:1222)."

Para fundar la justiciabilidad del caso político la Corte se apoyo en el caso Powell v. McCormack de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU. pues en ese caso la Cámara de Representantes "excluyó" a un diputado electo,

¹⁰² Jorge H. Gentile, *El caso Bussi y un debate histórico*, publicaciones: <http://www.profesorgentile.com.ar/publi/bussi1.html>.

impidiéndole así ocupar su escaño, por razones ajenas a los requisitos previstos en la constitución norteamericana. La Suprema Corte al desestimar las alegaciones de la mencionada cámara, resolvió: a) que se estaba en presencia de un "caso" que surgía bajo la constitución en el sentido del art. III (fuente del art. 116 de la Constitución Nacional); b) que para esclarecer la no justiciabilidad alegada por los demandados con base en el art. I, sec. 5 (fuente del art. 64 de la Constitución Nacional), esto es, para determinar "cuándo ha sido dada una clara atribución constitucional a un departamento del Gobierno de igual rango constitucional debemos interpretar la Constitución". En otras palabras, la regla de la U.S. Supreme Court fue que debemos primero determinar qué poder ha concedido la Constitución a la Cámara de Representantes mediante el art. I, sec. 5, antes de que podamos determinar con qué extensión, si alguna, el ejercicio de ese poder está sujeto a la revisión judicial" y c) finalmente, rechazó la alegación de la Cámara -fundada en que la citada sec. 5 le concedía un amplio poder y que, por ello, podía determinar cuáles eran las calificaciones necesarias para ser miembro de ella- y tuvo por ilegal la "exclusión" impugnada, considerando que el art. I, sec. 5 citado, es "a lo sumo" una "clara atribución" al Congreso para juzgar "sólo las calificaciones expresamente expuestas en la Constitución". Por ende -añadió- la formulación, en la doctrina de las political questions, de la existencia de una 'clara atribución', no impide a las cortes federales hacer lugar al reclamo del peticionario.

En los considerandos 7º y 8º del caso Bussi la Corte Suprema dijo que "Que esta es, precisamente, la situación que se plantea en autos. El actor sostiene que la Cámara de Diputados no tiene competencia para actuar como lo hizo, esto es, que habiendo sido proclamado legislador por las autoridades electorales pertinentes y reuniendo todos los requisitos que la Constitución Nacional exige para ser diputado, sólo corresponde proceder a su incorporación. Esa determinación es una cuestión justiciable. Dicho con otro giro, planteada una causa, no hay otro poder por encima del de esta Corte para resolver acerca de la existencia y los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los departamentos legislativos, judicial y ejecutivo, y del deslinde de atribuciones de éstos entre sí y con respecto a los de las provincias. No admite excepciones, en esos ámbitos, el principio reiteradamente sostenido por el Tribunal, ya desde 1864, en cuanto a que él "es el intérprete final de la Constitución" (Fallos: 1:340) (...) Que, en fin, uno de los pilares en que se asienta la Constitución Nacional es el principio de la soberanía del pueblo (art. 1). Este, en términos de Hamilton, implica que el pueblo debe poder elegir a quien lo gobierne según le plazca (véase la cita en "Powell v. Mc. Cormack", pág. 547). El actor, elegido por el pueblo en comicios libres, resiste la negativa de la Cámara de Diputados a incorporarlo y ésta invoca la Constitución Nacional para vedarle su ingreso. Este conflicto configura la cuestión justiciable que el a quo desconoció y cuya comprobación impone dejar sin efecto la sentencia recurrida."

El caso Patti. (2007)

Luis Patti es un ex comisario sospechado de haber cometido apremios ilegales y torturas durante la última dictadura militar, pero que como ocurrió en el caso de Bussi, no fue condenado judicialmente por esas sospechas.

Luego de las elecciones legislativas de 2005 Patti fue electo como Diputado Nacional por la Provincia de Buenos Aires. En 2006 la Cámara de Diputados rechazó su incorporación en virtud del Art. 66 de la CN por considerarlo como carente de "idoneidad moral".

La Cámara Nacional Electoral, al revocar la sentencia de la jueza electoral de la Capital Federal que consideraba el caso como una cuestión política no justiciable, hizo lugar al amparo promovido por Luis Abelardo Patti contra la decisión de la Cámara de Diputados de la Nación que le denegó su incorporación al cuerpo.

Para decidir de ese modo la Cámara considero que la facultad que el artículo 64 de la Constitución Nacional le confiere a las cámaras del Congreso sólo puede referirse a la revisión que deben efectuar sobre la legalidad de los títulos y la autenticidad de los diplomas, esto es, si fueron regularmente emitidos por la autoridad competente y no cabe asimilarlo al que efectúa la justicia electoral en todas las etapas correspondientes del proceso electoral. Ello, sin perjuicio del examen que pudieran realizar las cámaras con relación a inhabilidades sobrevinientes de los legisladores electos (artículo 66 de la Constitución Nacional).

Contra esta resolución, se interpuso en nombre y representación de la Cámara de Diputados de la Nación recurso extraordinario, que fue concedido sólo en cuanto a la cuestión federal involucrada en la causa y denegado respecto de la arbitrariedad que se le atribuyó a la sentencia.

La cuestión gravito en torno a que la Cámara de Diputados se había excedido en sus potestades para controlar la aptitud moral de Patti, ya que pese a que existen sospechas de su actuar ilícito y contrario a los DDHH no existe sentencia firme que acredite esos hechos y lo condene, por lo tanto el accionar de la Cámara de Diputados traspasa los límites acordados por la CN.

La Corte Suprema negó estar ante una cuestión política no justiciable, por lo que admitió el recurso interpuesto por la Cámara de Diputados pero dictando sentencia en contra de esta, considerando que "de acuerdo a la doctrina novísima de la Corte Suprema, la Cámara de Diputados de la Nación, al juzgar el diploma de Luis Abelardo Patti, ha excedido su potestad constitucional (artículo 64 de la Constitución Nacional)".

CONCLUSIONES

Este análisis realizado sobre la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables nos lleva a reconocer que en el camino a lograr afianzar la justicia el juez puede adoptar dos posiciones: o la política determina lo jurídico, o lo jurídico debe determinar lo político.

Si la actitud de los jueces está más orientada a la primera postura, entonces no deberíamos ni siquiera plantearnos el estudio de fenómenos como el que hace de objeto de este trabajo final de graduación, y deberíamos entonces contentarnos con ser simples espectadores mediáticos del proceso democrático, proceso en el que lo único que vale es el voto ciudadano como la herramienta manipulada por la política para esperar al mesías que modifique el estado de las cosas.

En este panorama deberíamos borrar de la memoria a la Constitución Nacional y su supremacía sobre el resto del orden jurídico, así como también podríamos olvidarnos de nuestros deberes y obligaciones, y rendirnos a la anarquía.

Si en cambio los tribunales entienden que lo jurídico tiene un plano normativo de la política, ya que al término democracia se le ha ido adjuntado un sinnúmero de adjetivos jurídicos fundamentales que hace que sea imposible hablar de democracia sin corroborar en la realidad del proceso político la efectividad de dichos pilares jurídicos -como la separación del poder-, entonces la Constitución Nacional tiene un valor específico, que ha de ser realizable en el marco de los procesos judiciales que versan sobre alguno de los puntos vertidos en ella, en las leyes nacionales o en los Tratados Internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad.

La trascendencia y las repercusiones de las cuestiones políticas sometidas a los tribunales ponen de manifiesto la necesidad de juridificar la política, de atarla a ciertos parámetros jurídicos que pareciera que no están aun encarnados en la cultura política.

Las formulas contra un hipotético Estado judicial se han respaldado en extremos como el *gobierno de los jueces* y la incompatibilidad de un sistema de esa clase con la democracia; sin embargo estas críticas han provenido normalmente de las concepciones jurídicas mas autoritarias.

No pretendemos con lo dicho que el Poder judicial se aboque a la tarea de acomodar los inconmensurables factores de la política, sino que fiscalice

ciertas conductas elementales de los poderes políticos cuando realizan sus facultades privativas.

Pretendemos con ello rescatar la función elemental de los tribunales de actuar como guardianes de la Constitución Nacional, porque de otra manera ellos también la estarían violando.

Por ello concluimos que:

- A. La doctrina de las cuestiones políticas no justiciables es incompatible con el control judicial de constitucionalidad pues impide que los tribunales entiendan en **todas las causas** en las que se plantee una controversia jurídico-constitucional.
- B. Los tribunales deben entender en *todas las causas* en las que se plantee una controversia sobre alguno de los puntos regidos por la CN y el ordenamiento jurídico que se desprende de ella de manera coherente porque esa es la función que la CN le impone al Poder Judicial, aun cuando el entendimiento de esas causas suponga tener que entrar a investigar el modo en que los poderes políticos ejercen sus facultades discrecionales; admitir lo contrario significa admitir excepciones de justiciabilidad allí donde la CN no las establece, significaría interpretar la CN mas allá de sus preceptos y de los principios que la informan.
- C. En este sentido no debe entenderse la discreción que la CN le atribuye al Congreso para ordenar su funcionamiento o al Poder Ejecutivo para decidir acerca del merito o conveniencia de una determinada decisión como si la CN otorgara discreción para realizar actos arbitrarios e irrazonables, ya que la CN no avala nunca su desconocimiento.
- D. Frente a un supuesto de posible extralimitación de los poderes políticos los tribunales debieran permitir el acceso a la justicia de aquel ciudadano que cumpliendo con los requisitos procesales (planteo de un caso justiciable, legitimación para accionar) pueda llegar a verse vulnerado en sus derechos como consecuencia de ese accionar abusivo. Luego los tribunales decidirán a cuál de las partes asiste el derecho.
- E. En base a lo expuesto decimos que aun cuando estemos frente a un caso que involucra el ejercicio de las competencias propias de los poderes Ejecutivo y Legislativo la actividad jurisdiccional debiera evitar tres tipos de formalismo:
 - i) Si una manifestación del Poder Ejecutivo o Legislativo traspasa literalmente a la Constitución, el significado del

precepto de derecho administrativo o parlamentario ya no es el mismo, sino que se eleva a otro nivel y a un contexto de significación totalmente nuevo;

ii) en segundo lugar, los tribunales no debieran investigar de manera formalista cuáles son los sujetos activos y pasivos del derecho (o sea, no se hace hincapié en el hecho de que sea el Poder Ejecutivo o Legislativo quien realice un acto en virtud del cual pueda ser objeto de una acción judicial), sino que su actividad jurisdiccional debe estar orientada a buscar el sentido esencial del derecho fundamental de que en cada caso se trate;

iii) no se debiera atender sólo al sentido originario de un derecho fundamental, sino también a la relación en que se encuentra con la totalidad del orden vital actual y con los valores constitucionales vigentes.

CONSIDERACIONES FINALES

La tarea de realizar un trabajo final de grado empezó simplemente como el último requisito a cumplir para llegar al momento más esperado de la carrera académica: su finalización.

A poco de comenzar el camino hacia esa meta final se fue manifestando cada vez con más claridad que este trabajo no significaba solamente la finalización de la carrera de abogacía, sino también el comienzo de una nueva etapa de la vida.

Así, lo que comenzaba siendo una necesidad se fue transformando en compromiso hacia los temas que se abordaron, y la ansiedad por la proximidad de la titulación dio lugar a momentos gratificantes nunca antes experimentados a lo largo de toda la carrera, al menos en lo que hace a su intensidad. Se manifestó también una sensación de gratitud por la posibilidad que puede tener una persona de focalizar su energía en la adquisición de conocimientos.

El plan propio de este trabajo final de graduación de evidenciar y comprobar el objetivo planteado hizo que durante su desarrollo nos ennoblezcamos ante las ideas humanas, pero también que nos alertemos ante nuestras prácticas y costumbres culturales.

Sin duda creemos que el derecho es parte de la cultura humana universal. Y el derecho argentino es reflejo, en su práctica, de nuestra cultura social.

Como realidad cultural el derecho se manifiesta con la intención de ordenar la pluralidad de ideas, intereses, gozos y proyectos que existen inevitablemente dentro de una comunidad, pues inevitablemente una comunidad supone el encuentro de diversos hombres y mujeres compartiendo un mismo ámbito de vida, en el que no se acepta la idea de la dominación. Al menos eso consideramos nosotros del ideal democrático.

Pero somos conscientes de que la democracia es justamente eso, un ideal. El derecho viene a querer llevar a cabo la ambiciosa tarea de permitir la plena realización individual dentro de una realidad superior, que es la realidad social.

Muchas veces logra esa tarea, otras no, porque somos los hombres y mujeres que formamos parte de esa realidad social los que muchas veces logramos algo y otras veces no.

Tampoco sería develar un secreto decir que el derecho como expresión cultural del hombre se proyecta a un plano específico de la existencia, la del *deber ser*. Lo cierto es que el deber ser es justamente eso, una intención y no siempre esa intención se hace real.

La realidad social de verdad es dirigida no por el derecho sino por la actividad continua del hombre; la realidad social es dirigida por la política, tanto por la política considerada como la actividad que despliegan los gobernantes, como por aquella política más fundamental, la política de cada individuo.

Es inevitable que, en un sistema organizado de una manera dada en el que el poder aparece como un factor indispensable para lograr transformar esa realidad social, los hombres y mujeres con la intención de hacer transformaciones compitan por el acceso al poder.

Del mismo modo, como vivimos en un sistema democrático, es inevitable que algunos de esos individuos asciendan al lugar donde se toman decisiones colectivas.

Pero lo que sí es evitable es que aquellos que ascienden al poder sean corrompidos por el poder y pierdan el sentido colectivo que sus acciones deben tener.

En definitiva el análisis de la doctrina de las cuestiones políticas no justificables desnuda esa situación. Nos lleva a preguntarnos qué pasa con aquellos hombres y mujeres que son llamados a ejercer el poder del Estado; qué sucede si los detentadores del poder pierden los estribos, ¿es acaso eso una situación inevitable?

Queremos pensar, y tenemos lo expresado en este trabajo de apoyo para afirmar que no, que nunca debe ser considerado como inevitable el ejercicio abusivo del poder, y que siempre habrá lugar para el buen gobierno.

Anexo I

IMPRESIONES SOBRE LA REPUBLICA DEMOCRATICA Y LAS RELACIONES DE PODER.

Política y poder – La Constitución como limitador del Poder – La democracia como motor del equilibrio del Poder – Republicanismo, gobierno republicano y la dinámica constitucional del Poder.

“Si bien sólo unos pocos son capaces de dar origen a una política, todos nosotros somos capaces de juzgarla.”

Pericles

1 – Política y poder. ¿Cuál es la cualidad más política de los hombres? El *logos*, habla y razón; por la razón pensamos acerca de lo que nos preocupa, reflexionamos sobre nuestras aspiraciones, determinamos lo que es justo, lo que necesitamos o creemos que sería útil tanto para uno como para el resto de los hombres y mujeres, y gracias a que desarrollamos el habla pudimos comunicar dichas sensaciones a otros, y estos, por la misma circunstancia de ser hombres y por ello poseedores de dichas cualidades, pueden escuchar y reaccionar a tal estímulo argumentando de las más diversas formas. De esta interacción primordial emergió la *política* como extensión de la vida misma, de la convivencia social, como la actividad de disputa de las ideas y de construcción, pues la historia se empeñó en recalcar que una persona difícilmente llegara a algún lado por sí sola, aislada, sin contacto con la sociedad.¹⁰³

¹⁰³ Desde el principio de su existencia la supervivencia del hombre estuvo ligada a los demás de manera natural. Primero el vínculo familiar, necesario para el desarrollo biológico y medio ambiental, y luego el desarrollo propio de cada hombre que en convivencia con los demás continuo incorporando los simbolismos y demás significados y objetos creados por sus predecesores, lo cual denota *“una conciencia de la existencia de un pasado y de un provenir, construyendo instrumentos y estructuras en un constante hacer, deshacer y reconstruir”*. Este desarrollo humano es lo que desde el comienzo hizo que el hombre logre su *“emancipación de la naturaleza”* de manera proporcional al modo en que producía la construcción de cultura, Carlos S. Fayt, *Teoría de la Política en el siglo XXI*, La Ley S.A.,

El ámbito de la humanidad fue, desde la aparición de las tribus, la sociedad; en ella y solo en ella el hombre es, existe y se realiza. Y la actitud de los hombres ante sus iguales no fue la expectación desinteresada; lo individual y lo social nunca marcharon por franjas separadas sino que formaron y siguen formando parte de la manifestación de la vida humana en su totalidad; de ese modo la política se fue desarrollando como el resultado de las valoraciones que hacemos acerca de lo que nos rodea, como consecuencia de la razón y el habla.

De hecho la raíz etimológica de la palabra "política" nace de *polis*, la ciudad-estado griega de límites no más amplios que una comuna o un municipio actual, lugar donde se desenvolvía la vida política y religiosa de las comunidades griegas, centro de las cuestiones, problemas y formas de relación política que influenciaron nuestras instituciones y gobiernos. Fayt explica que "Históricamente la *polis* representa una forma de comunidad basada en la expansión de las relaciones familiares como modalidad comunal de asentamiento humano. Tal como lo señala Aristóteles, que la hace derivar de la naturaleza, la polis es la culminación de un proceso de asociación de aldeas. Si bien trasciende la organización tribal, por la existencia de vida cívica plena en las minorías dominantes dentro de su organización esclavista, las relaciones económicas que surgen de su vida urbana y la relación unitaria de su gobierno político y su religión no van más allá de su estructura de clanes, de sus reducidos límites geográficos, de su vida política relacionada al ritual religioso".¹⁰⁴

Las condiciones sociales y culturales de la vida humana siguieron su evolución, y del mismo modo, aunque la esencia del término se mantiene fiel a su origen histórico – por la misma razón que el hombre no ha dejado de ser hombre-, su significado fue adquiriendo un contenido más complejo, porque el hombre, las sociedades y las instituciones formadas como consecuencia de la actividad organizativa de las sociedades fueron experimentando gigantescas transformaciones.¹⁰⁵ Sin embargo el

Buenos Aires, 2002, pp. 14 y ss. (Durante este capítulo seguiremos algunas de las iluminadoras ideas desarrolladas por el notable pensador).

¹⁰⁴ Carlos S. Fayt, *óp. cit.*, "No están dadas en ese tipo de comunidad las condiciones que posteriormente encontramos en la Nación o en el Estado, pero en el reducido núcleo de la ciudad-estado griega se presentan los problemas de organización y fines del gobierno; los grandes temas de la democracia, la aristocracia y la monarquía; las cuestiones de la justicia, de la educación, de la moral, del fin del Estado y de las leyes, de las tiranías y de las revoluciones, inaugurando el pensamiento griego el porqué y el cómo de la acción política.", pp. 21/22.

¹⁰⁵ Alberto Mayol Miranda, *La tecnocracia: el falso profeta de la modernidad*, Universidad de Chile, Documentos de Trabajo n° 81, 2006. Al respecto de la particularidad de la 'revolución científico-tecnológica' actual señala que: "La situación es bastante clara en la medida en que la ciencia no se identificaba tanto con la modernización, sino con la modernidad como época. La idea de progreso en la sociedad es la acumulación de saber tal como la ciencia lo hacía... la técnica todavía estaba muy ligada a la teoría como para tener un soporte muy claro en su pretensión de progreso. Hobsbawm ha señalado que la revolución industrial no fue causada por una superioridad científica o tecnológica. Las máquinas no exigían conocimientos avanzados. La más sofisticada, la de vapor...símbolo del avance industrial, funcionaba con principios conocidos cien años antes de su creación.", p. 2.

Si bien la revolución científico-tecnológica que comenzó el siglo pasado no resultó de una intencionalidad política -ya que la ciencia y la tecnología tienen su ámbito propio-, fue inevitable que el desarrollo y las innovaciones que se produjeron –como fenómeno científico-tecnológico– fueran absorbidos por la dinámica del capitalismo –lo social– como conocimiento científico aplicado a la

sentido de lo político no puede limitarse únicamente a lo estatal. En cada formación social (la familia, un gremio, una empresa, una entidad social, etc.) se generan conflictos entre los que deciden y los que obedecen, y está escrito en la historia que la circunstancia de pertenecer a un grupo social obliga a que nuestra conducta se realice dentro del grupo. Esta capacidad de imponerse en la conducta de los demás deriva en actos que genéricamente configuran una actividad política, orientada a obtener, conservar o modificar los puestos de mando y de dirección dentro de dichas organizaciones. Así, a través de un largo proceso histórico de disociación e integración "el hombre ha ido forjando penosamente la idea del poder del hombre sobre el hombre. El despliegue de ese esfuerzo es un despliegue interno y profundo del hombre a lo largo de las vicisitudes políticas sobre la tierra. Ha ido escindiendo, acumulando experiencia, sobre diferentes dimensiones del poder, hasta su culminación, en el momento que la razón lo obliga a tener que justificar el poder como realidad. El poder es, pues, una potencia, algo con que el hombre cuenta, algo que está en el haber del hombre entendido como una substancia individual"¹⁰⁶.

El Poder político propiamente dicho –refiriéndonos con ello al Poder estatal-, puede considerarse como una transmisión de dicha potencia individual de cada hombre, pero tiene la exclusividad de ser *irresistible*. Esto quiere decir que si bien las organizaciones tienen claras relaciones de poder organizado, su actividad política es interna. El poder de estos grupos -entendido en términos de mandato-obediencia- encuentra sus límites en los límites de la organización. Por el contrario, el Poder estatal es irresistible porque en lo relativo al ámbito espacial de una comunidad, sus límites son los límites territoriales del Estado, y en cuanto a las personas su límite es el conjunto de personas que se encuentran habitando dicho territorio ya sea de forma permanente o transitoria. Esta doble investidura es la fortaleza del Estado y los miembros de la sociedad se encuentran voluntaria o forzosamente sometidos a una autoridad superior, porque su vida se desarrolla dentro del Estado, dentro de la sociedad organizada políticamente.¹⁰⁷

Ahora bien, esa organización política de la sociedad culmina en el acuerdo al que llegamos acerca de cuáles son las reglas del juego, reglas que también componen aquel concepto de *irresistibilidad* del Poder estatal. Como el Estado no es otra cosa que Derecho materializado en instituciones, (a su vez compuestas por *órganos*), todo lo que aquel abarca queda sujeto a las reglas del orden jurídico. La obediencia a esa autoridad superior es, en teoría, una obediencia a las leyes y no a los hombres. Pero ¿qué ocurre en la realidad de la dinámica del proceso político? los órganos que integran el Estado están compuestos por hombres y mujeres, de manera que el Poder

producción, materializado en máquinas, artefactos, procesos de trabajo y sistemas de organización de la producción, proporcionando un ámbito diferente para las relaciones de poder tanto grupales como estatales.

¹⁰⁶ Francisco Javier Conde, *El hombre, animal político*, Madrid, 1957, pp. 37 y ss.

¹⁰⁷ Decimos 'voluntaria o forzosamente' porque en definitiva, todas las justificaciones del poder que colocan la explicación de por qué manda el que manda toman un ser abstracto y lo insertan en el mundo de causas y de fuerzas que de antemano condicionan su conducta, como si el destino humano estuviera fuera del alcance de sí mismo, como si este no fuera el protagonista de su historia. De todas ellas quedan en pie las del consentimiento como justificación racional y la de la fuerza como realidad histórica.

estatal es ejercido por ellos. El resto de la sociedad es a la vez componente del Estado y destinatario del Poder estatal, pero respecto de lo primero su efectiva participación en el gobierno no es directa sino por intermedio de representantes que obran por delegación y no por mandato.¹⁰⁸ Se da así la circunstancia de que algunos individuos – aquellos que detentan el Poder estatal por el hecho de estar al mando de una estructura irresistible- cuentan con la fuerza material suficiente para asegurar un dominio mediante la coacción. Faltando el mandato y la posibilidad de intervención directa en la formulación y sanción de leyes, y de medidas de gobierno, la separación entre gobernantes y gobernados entre elecciones se torna a veces oscura, y se presenta como necesaria la idea del control del Poder, ya que en los hechos esa sumisión no a los hombres sino a las leyes se relativiza.

Como explica el constitucionalista Ekmekdjian, esta relación gobernante-gobernado no fue siempre armónica, por la circunstancia de que el Poder tiende a desorbitarse, a desorbitar a quien lo ejerce; lleva consigo el germen de la corrupción y el líder el estigma del déspota, y así el equilibrio de todo lo que rodea al Poder siempre se rompe en beneficio del Poder trayendo como consecuencia la reducción de la libertad de los destinatarios del mismo.¹⁰⁹

En este ámbito de desigualdad el hombre desenvuelve su vida, observa los conflictos que se generan y se producen reacciones encaminadas a dar una solución. Esos comportamientos son los que configuran la actividad política de los hombres, actividad que tiene la intención de influir en la organización a través del poder y que está constantemente produciendo la transformación de su medio ambiente.¹¹⁰

2 – La Constitución como limitador del Poder. Basado en el reconocimiento de las personas como libres e iguales, el constitucionalismo surge en la historia como el sistema jurídico que sincera esa organización política de una nación; fija derechos, garantías y deberes primordiales (tanto para gobernados como gobernantes), y de ese modo traza un plan de convivencia básica para una sociedad.

Pero el primer interrogante que debemos atender cuando hablamos de la Constitución es ¿cómo es ejercido el Poder político? El Poder político es el punto de partida del análisis de todas las formas de gobierno, y en rigor, decimos que no pocas

¹⁰⁸ Carlos S. Fayt, *óp. cit.*, “La representación es una forma de racionalización de la actividad del poder en el Estado. Convierte al gobierno en responsable de las decisiones que adopta en nombre de la comunidad política. Completa el sistema de creencias que sirve de soporte a la dominación legal, característica de la organización política moderna.”, p. 193.

¹⁰⁹ Miguel Ángel Ekmekdjian, *Manual de la Constitución Argentina*, 5ª Ed., Depalma, Buenos Aires, 2002, El autor en su reflexión habla de poder y libertad como ‘fuerzas contradictorias que hacen al motor esencial de la historia del hombre’ y afirma que ‘desde los albores de la humanidad el meollo de la cuestión ha sido la búsqueda del delicado e inestable punto de equilibrio entre ambas magnitudes’, pp. 3/4.

¹¹⁰ Carlos S. Fayt, *óp. cit.*, “La política tiene por función el mantenimiento del grado necesario de homogeneidad, unidad y cohesión indispensable para el equilibrio de las fuerzas que componen una sociedad determinada, transformando las tensiones sociales en normas jurídicas. Estas tensiones sociales son las situaciones que se producen dentro de la sociedad por acción de las fuerzas sociales, o de su influjo, manifestándose como insatisfacción o exigencias imperativas...actuando sobre el todo social, o una parte de él, para modificar su condición o estructura.”, p. 109.

veces observamos cómo se confunde gobernar mediante el uso del poder, con apropiarse el poder.

La Constitución se define entonces por la relación existente entre ella y la dinámica del proceso político. La Constitución será lo que resulte de tal relación, de manera que el proceso político es la realidad de la Constitución. La Constitución real es el proceso político real, y la dinámica de este último no concuerda a menudo con los principios normativos.¹¹¹ A partir de este razonamiento, Loewenstein realiza la ya clásica distinción entre Constitución formal y material. La primera es la normativa, la segunda se corresponde con la realidad de una sociedad, es la que tiene efectiva vigencia. La esencia de la Constitución no es ella misma en sí misma y por ella misma, sino ella en cuanto fuera de sí, enajenada a una realidad exterior que le presta significado y justificación de existir. La Constitución es, en cuanto efectiva y eficazmente normativiza la normalidad real.¹¹²

Al desplazarla del plano espiritual al ámbito de la realidad social, la comprensión de la finalidad de la constitución se logra con un análisis del Poder como el campo de la tensión social, el centro hacia donde convergen las actividades y las fuerzas políticas que ellas engendran.¹¹³ Loewenstein trata esta cuestión al contraponer el Poder – como Poder que tiende a ser irracional e ilimitado- a la norma constitucional –que busca racionalizarlo-. El Poder –dice- es una relación socio-psicológica que se basa en un efecto recíproco entre los que lo detentan y lo ejercen, y aquellos a quienes va dirigido. Señala que el Poder por sí mismo no es ni bueno ni malo, pero que “encierra en sí mismo la semilla de su propia degeneración”¹¹⁴; considerando el carácter irresistible del Poder político, si este no se halla controlado se corrompe y sus detentadores abusan de su control social.

El proceso político tiene entonces un desarrollo que culmina en el control que del Poder se realice en el transcurso de dicho proceso, y así los mecanismos de control del Poder político se convierten en el corazón de toda constitución desde el punto de vista normativizador que esta busca alcanzar.

Este Poder político se manifiesta en la sociedad estatal como el ejercicio de un control social efectivo de los detentadores del Poder sobre los destinatarios del

¹¹¹ J. A. González Casanova, *La idea de Constitución en Karl Loewenstein*, Revista de estudios políticos, ISSN 0048-7694, N° 139, “Para analizar y comprender el papel funcional del elemento Poder en la estructura de dominación hemos de comprobar primero que: a) El Poder no domina solamente la relación gobernantes-gobernados (Duguit), sino que también condiciona las relaciones *entre* los diferentes detentadores del Poder, si los hay. b) Existen tres grados en el desarrollo del Poder que constituyen el *proceso político*:

i. Obtención del ejercicio del Poder.
ii. Modo de ejercicio.
iii. Control de tal ejercicio.”, p. 77.

¹¹² J. A. González Casanova, *La idea de Constitución en Karl Loewenstein*, Revista de estudios políticos, ISSN 0048-7694, N° 139, Barcelona, 1965, “Tal realidad exterior permite existir a la Constitución en cuanto su existencia no es otra cosa que el resultado o producto de una relación dialéctica entre la normalidad y la normatividad”, p. 76.

¹¹³ Carlos S. Fayt, *óp. cit.*, p. 35.

¹¹⁴ Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1983, p. 7 y ss.

mismo, entendido el control social como la función de tomar o determinar una decisión, así como la capacidad de los detentadores del Poder de obligar a los destinatarios del mismo a obedecer dicha decisión. Por más que en una democracia el Estado está compuesto por órganos, estos órganos están formados por hombres y mujeres, y los actos políticos de gobierno son siempre actos personales; el órgano es individual y pluripersonal al mismo tiempo. De ese modo, si bien una decisión política puede considerarse constitucionalmente eficaz cuando diversos detentadores del Poder participen y cooperen en su realización, ello no quiere decir que la mera distribución del Poder estatal en diversos detentadores garantice un efectivo control, porque dentro del ámbito de cada órgano siempre pueden producirse extralimitaciones.

Frente a esta situación existen dos tipos de controles: un control intra-órgano, que se da entre los detentadores de poder de un mismo órgano político, y un control inter-órgano, que se da entre el gobierno, el congreso y el poder judicial. Estos últimos, denominados también 'controles verticales' se basan en la discrecionalidad de cada órgano, y su interrelación nace de las funciones que cada uno tiene en el funcionamiento estatal.¹¹⁵

Por otro lado, el gobierno efectivo de una unidad política se realiza en medio de pretensiones y tensiones de las fuerzas sociales y de los intereses que configuran la realidad social. Por ello el control también surge del seno de la sociedad civil, canalizado por medio de grupos de presión y grupos de interés que se plantan ante el Poder arrasador del Estado con el objeto de proteger sus libertades y lograr una distribución de ese Poder socio-económico acorde a sus exigencias (que claro está, no siempre son las exigencias de toda la sociedad, lo cual sin embargo no torna esas exigencias en desatendibles). Los grupos de interés son grupos sociales que sin formar parte de una organización política particular buscan influir exigiendo o peticionando una determinada decisión gubernamental. Los grupos de presión en cambio actúan en el interior del poder desplegando su poder económico buscando mantener o acrecentar sus ventajas o privilegios económicos, y a diferencia de estos, los grupos de tensión si buscan la convulsión social como una forma de alterar el orden público en busca de la nivelación económica que les permita mejorar sus condiciones de vida. La economía es el denominador común de estos grupos socio-económicos que de un modo u otro buscan la representación de ciertos intereses que los gobiernos no hacen efectiva. En la actualidad, los grupos que controlan los medios técnicos de formación de la opinión pública ejercen un poder social inconmensurable por el hecho de que en el proceso sociológico y psicológico de la comunicación de la información se crea una idea sobre cuál es la voluntad del pueblo. Pero lo cierto es que sus intereses no son los intereses del pueblo y este es el límite de su influencia.¹¹⁶

¹¹⁵ Karl Loewenstein, *op.cit.*, p. 189. Esta cuestión será abordada con más detenimiento en el párrafo sobre *republicanismo y gobierno republicano*, al cual remitimos.

¹¹⁶ Los medios masivos de comunicación, cuya cualidad es la de ser formadores de opinión, condición relevante ya que son los que tienen el manejo de la información, y pueden –de hecho lo hacen– dirigir intencionalmente los pensamientos y acciones de las personas hacia objetivos específicos. Ver Carlos S. Fayt, *op. cit.*, pp. 249 y ss., y 133 y ss.

Frente a esta diversidad de pretensiones no sería difícil divisar el caos social. De ahí la necesidad política irremplazable de los partidos políticos, que actúan como vínculo entre la sociedad y el Estado, se organizan en base a la solidaridad de intereses ideales y materiales, marcan el ritmo interno de una democracia y agrupan en mayor o menor medida a aquellos que viven a la sombra o descontentos con la actividad política desenvuelta por los gobernantes que desempeñan las funciones políticas. Así concebidos, son una forma institucionalizada primordial para el ejercicio del control del gobierno, pues como colectivos, canalizan la pluralidad de voluntades necesarias para impulsar gestiones de gobierno y también de la pluralidad que se siente desatendida por un gobierno; a través del partido político estas voluntades pueden hacerse escuchar tanto dentro del proceso político de toma de decisiones, así como en el ámbito social, a través de actividades que intentan poner de manifiesto los desatinos y deficiencias de los hombres y mujeres que gobiernan. No obstante a ello, la crisis de representatividad de la que son víctimas¹¹⁷, los debilita de manera tal que no llegan a desarrollar un efectivo control sobre el Poder político, es decir, un autocontrol.

Desde otro punto de vista, el federalismo, como forma de gobierno también, es otra clase de control vertical, pues las provincias en las repúblicas federales entran en una lucha contra el Estado central para obtener una distribución territorial del Poder político.

Así el panorama, este se torna caótico en lo que respecta a los mecanismos de control del Poder estatal en la medida en que los frenos que la realidad pone a la normatividad no son racionalizados e institucionalizados por el derecho para evitar su degeneración.¹¹⁸ La consecuencia: El ciudadano se encuentra preso en la compleja red de sus necesidades que le llevan a depender y enajenar su libertad entre el Estado y los poderosos grupos que le disciplinan. El hombre medio pierde su libertad a medida que la ganan esos grupos. Estos ya no controlan el Poder estatal sino que tienden a dominarlo y a hacer pasar por voluntad general lo que no es más que una voluntad de grupo, independiente a la constitucionalización de su poder.

Las conclusiones a las que llega Loewenstein tras un recorrido realista de la dinámica del Poder político en la sociedad occidental son sumariamente las siguientes:

A. La Constitución escrita, como instrumento primario para el control del Poder político no ofrece ya garantía absoluta para distribuir y limitar un poder desbordante de las

¹¹⁷ Producida en parte por el descredito en el que ellos mismos se sumergieron, y en parte por el fomento del populismo antipolítico llevado a cabo por algunos sectores de la sociedad que -quizá sin ser conscientes de lo que generan, o quizás sí-, en vista de las tareas incumplidas y los 'desastres' ocasionados por el político, imputan que la política no sirve para nada, retrotrayendo el desarrollo cultural de la democracia.

¹¹⁸ J. A. González Casanova, *op.cit.*, "Estas conclusiones se resumen brevemente en unas palabras de Karl Loewenstein, escritas al final de su *Verfassungslehre* e incluidas en el apartado que lleva por significativo título «Und wiederum der schatten des Leviathan» (La sombra de Leviatán de nuevo): «¿Es realmente posible abrirse paso hacia el neopaternalismo del Estado "neutral, objetivo y benevolente" cuando las realidades del proceso del Poder en nuestra sociedad tecnológica de masas lo bloquean por el hecho de que los grupos principales de interés o algunos de ellos, están tan profundamente enraizados en los detentadores del Poder que no pueden ser expulsados por medios pacíficos?»", p. 85.

libres fuerzas sociales de una sociedad dividida, por ello ha dejado también de ser una protección frente al retorno de fenómenos autocráticos.

B. Los ciudadanos se han alejado de las instituciones constitucionales. Los procedimientos, legales o no, pero dentro del espíritu de la Constitución, han sido sustituidos ampliamente por la dinámica extra-constitucional de los poderes de hecho, a los que están unidas íntimamente la vida y el destino personal de cada ciudadano, pero que inmolan tales vida y destino en aras del interés parcial y al amparo de la anarquía constitucional que los envuelve.

C. La solución obligada es el acercamiento del pueblo –y agregamos también a los gobernantes- al espíritu constitucional mediante una educación de la «conciencia o sentimiento constitucional» y un acercamiento de la Constitución al pueblo mediante reformas que la modernicen radicalmente y que la permitan subsumir normativizando la realidad del proceso del Poder político-social. La Constitución ideal, limitadora del Poder y promotora de una total participación democrática en el mismo, relacionada dialécticamente con la realidad social, tan sólo sería alcanzable por un enorme esfuerzo político que rebasa las posibilidades de un estudioso de ciencia política, pero éste tiene la obligación de recordar que en el origen de muchos errores políticos de las democracias constitucionales se instala una incorrecta comprensión de lo que es realmente una Constitución, de lo que debe ser en las cambiantes circunstancias de una época de transición o de revolución, una Constitución.¹¹⁹

A las luces de lo expuesto podemos observar que el control no forma parte únicamente de un concepto político de Constitución como sostenía Schmitt, sino de su concepto jurídico, de tal manera que sólo si existe un control disperso de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa y sólo si el control forma parte del concepto de Constitución puede ser entendida ésta como norma.¹²⁰ No es concebible, entonces, la Constitución como norma si no descansa en la existencia y efectividad de los controles.¹²¹

3 - La democracia como motor del equilibrio del Poder. El postulado de la división del Poder en órganos y funciones tiene una finalidad cierta: evitar la acumulación del Poder político estatal -que concentra la toma de decisiones- en las mismas manos, sean de uno o varios individuos. Este principio republicano como tal es al mismo tiempo un axioma trascendental si lo que se pretende es reafirmar la democracia y consolidar un *Estado* como *democrático*.

Luego de las experiencias totalitarias experimentadas en el mundo durante la primera mitad del siglo XX -y en particular desde la década del 30' a la década del 70' en nuestro país-, la democracia se transformó en sinónimo de regocijo. El apoyo universal a la democracia, sin embargo, tiene lugar al precio de un desacuerdo universal sobre su significado. Todos definían la democracia según sus propios intereses. Cada uno tenía su tipo favorito de democracia.

¹¹⁹ Karl Loewenstein, *op.cit.*, pp. 169 y ss.

¹²⁰ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Editorial Revista de Derecho Constitucional, Madrid, 1986, p. 145.

¹²¹ Manuel Aragón, *El control como elemento inseparable del concepto de Constitución*, Revista Española de Derecho Constitucional, 1987, p. 36.

En este sentido consideramos que es necesario hacer un paréntesis partiendo de nuestra propia y más reciente realidad democrática iniciada en 1983. Delimitar que entendemos por *democracia* nos parece de suma importancia porque se trata de un concepto que juega un rol en el proceso político antes descrito, y en ese sentido podemos decir que se trata de un concepto político primordial que orienta hacia una determinada organización estatal de la sociedad y, a su vez, se sitúa en la base de la dinámica de la lucha por el Poder. Por ese motivo, y para abordar correctamente el análisis de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, nos vemos en la necesidad de exponer algunas de las ideas contemporáneas fundamentales vinculadas a la teoría de la democracia a los fines de dotar al desarrollo de esta tesis del sentido expositivo deseado.

I

Definir democracia no es una tarea sencilla; por un lado encierra un ideal de sistema político, y por otro, engloba un conjunto de sistemas políticos democráticos reales que no concuerdan totalmente con ese ideal. En este sentido creemos que la definición exacta de un concepto de esa naturaleza se logra articulando el plano prescriptivo del término con el descriptivo, pues sin la verificación una prescripción es irreal, pero sin el ideal la democracia no es tal. Partimos de un punto común: sabemos que, literalmente, democracia significa poder (*kratos*) del pueblo (*demos*); sin embargo, el paso de la palabra a su referencia suele ser largo y su etimología nos aproxima a su entendimiento, pero de ningún modo termina de resolver el problema de un concepto que fue transformándose en la misma medida que el hombre.¹²²

La gestación de la noción de democracia tuvo su origen en la Atenas de Pericles, cuando sus habitantes tuvieron la original idea de que el gobierno no debía ser ejercido por pocos sino por todos o, al menos, por muchos. Allí fue donde se elaboró su definición más clásica, como gobierno del pueblo. Esta elaboración es, sin embargo, inseparable de su ámbito de desarrollo político: la *polis* griega. Dadas las circunstancias espaciales y demográficas de esta organización político-territorial – ya señaladas en el primer título de este capítulo- la ciudad-estado griega fue el terreno específico que permitió el surgimiento y práctica de la democracia, basada sobre la noción de igualdad entre los ciudadanos (igualdad que, vale la aclaración, estaba pensada solo respecto a los ciudadanos varones, y a aquellos que no eran esclavos). Tuvo opositores y apoyos; “Aristóteles, manifestaba su moderado desacuerdo, temeroso del poder que se les daría en una democracia a los pobres: mientras que su maestro Platón, enérgicamente, la rechazaba con el argumento de que la democracia era el gobierno de los incapaces”.¹²³ El ideal se filtró en la Roma Imperial y desde ahí se conservó en el imaginario de la humanidad como un sistema de gobierno deseable.

Pasaron casi dos milenios hasta que la democracia fuera revalorizada como sistema político de gobierno y de convivencia en un Estado moderno que distaba

¹²² Giovanni Sartori, *¿Que es la democracia?*, Taurus, Madrid, 2007, pp. 1/10.

¹²³ Luis Aznar, *Política: cuestiones y problemas*, 1ª ed., Emece Editores, Buenos Aires, 2007. Ver Capítulo 4, Democracia, de Méndez Parnes, María S., y Negri, Juan J., p. 113/114.

mucho de aquella *polis*, tanto en el plano territorial y poblacional, como con respecto a las características intrínsecas de una sociedad que comenzaba a funcionar de maneras muy diversas como resultado de la influencia que los avances tecnológicos y los cambios económicos producían en las relaciones humanas de toda índole, lo cual, paralelamente, también ocasionaba transformaciones en las relaciones de Poder.

Schumpeter señala que la reedición de la concepción clásica de la democracia en la modernidad manifestaba que "...el método democrático es el acuerdo institucional para la toma de decisiones políticas, que logra el bien común haciendo que el pueblo mismo decida las cuestiones, mediante la elección de individuos que deben reunirse para ejecutar su voluntad".¹²⁴

Uno de los puntos débiles de esta concepción era -a razón de dicho autor- la noción de la democracia relacionada a la 'persecución del bien común'; este ideal parte de la consideración de que para todos los individuos existe un único bien común, lo cual deriva en la existencia de una voluntad general popular que toma las riendas llevando a la práctica las decisiones de los ciudadanos mediante los delegados elegidos por el voto popular. Sin embargo, si bien todos los individuos en mayor o menor grado - y dejando de lado la perversión y demás desviaciones psicológicas-, de una manera u otra, aspiramos al bien común, lo difícil es que todos tengamos una misma noción de bien común; y aun cuando se comparta dicha noción, es dudoso que empleemos los mismos medios para alcanzarlo. En consecuencia, como no existe un bien común inequívoco, la idea de que los políticos elegidos actúan como vehículo de materialización de ese ideal origina la confusión que radica en el hecho de considerar que la democracia es el gobierno del pueblo, y así, la idea de que aquellos individuos elegidos reflejan una voluntad general se desvanece porque la existencia de una voluntad general, en la amplitud del término, no puede ser trasladada a una realidad tangible.

De hecho, muchas de las aspiraciones de la teoría democrática como esta idea del autogobierno popular integral no se han concretado nunca, de ahí que tampoco sea prudente afirmar que experimentamos una eventual «degeneración» de la democracia actual, pues tal enfoque presupone una fase previa de «esplendor» democrático que jamás se ha dado, como señala Bobbio.¹²⁵ Pero en Argentina, si podemos hacer hoy un análisis acerca de ciertos *valores democráticos* que dejaron de practicarse en determinados impases de nuestra historia. Por esa razón, este examen que hacemos acerca de las debilidades en la interacción entre el ideal democrático y su realización no tiende a la descalificación de la democracia como sistema político, sino que por el contrario, actúa como el nervio que estimula la búsqueda de su auténtica vigencia como forma de gobierno.

Frente a esta realidad Schumpeter redefine a la democracia en términos empíricos, considerando el método democrático como "aquel sistema institucional que para llegar a las decisiones políticas, los individuos adquieren el poder de decidir

¹²⁴ J. A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo y democracia*, Folio, Barcelona, 1984, p. 247.

¹²⁵ Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, Fondo de comercio económico, Buenos Aires, 2007, p. 46.

por medio de una lucha de competencia por el voto del pueblo”¹²⁶. De este modo democracia no implica que el pueblo gobierne *de hecho* sino que los individuos compiten por acceder al lugar de toma de decisiones.¹²⁷

El meollo de la cuestión, hasta ahora, puede ser descrito así: en la democracia - real y efectiva- no se trata de elegir representantes para que ejecuten nuestras decisiones, sino de elegir entre un grupo de postulantes en la competencia política a aquellos cuya oferta más nos agrade, para que decidan y realicen por nosotros, ya que su visión del bien común es compatible con la propia. La democracia es por lo tanto el gobierno de los políticos.

II

Vinculada a esta corriente de pensamiento, pero con la clara intención de atenuar la concepción elitista abordada por Schumpeter, aparece el concepto de *poliarquía* de Dahl, concepto que contrapone al de democracia como ideal para referirse a las democracias reales, poniendo énfasis en la pluralidad social. La define de este modo:

“La poliarquía se define vagamente como un sistema político en el que existen las siguientes condiciones, en grado relativamente importante:

- Durante el período de la votación:

1. Cada ciudadano lleva a cabo los actos que suponemos constituyen una expresión de preferencia, entre las alternativas programadas, o sea, vota.

2. Al tabular dichas expresiones (votos), el valor asignado a la elección de cada individuo es idéntico.

3. Se declara elección vencedora a la alternativa con el mayor número de votos.

- Durante el período anterior a la votación:

4. Cualquier miembro que perciba un conjunto de alternativas, de las que por lo menos una considere preferible a cualquiera de las alternativas que están programadas, puede incluir su alternativa(s) preferida(s) entre las que están programadas para la votación.

¹²⁶ J. A. Schumpeter, *op. cit.*, p. 316. Schumpeter denomina este proceso como ‘*la competencia por el caudillaje*’, y sostiene que quien gobierna no es el pueblo sino el político.

¹²⁷ J. A. Schumpeter, *op. cit.*, p. 290 y ss., es válido destacar que en su análisis Schumpeter se presenta como adepto del elitismo político y esto es así ya que no puede dejar de observar la irreflexión con la que el individuo común trata los problemas políticos. Aquel –dice- solo actúa como ciudadano cuando vota, pues el resto del tiempo se mantiene focalizado en su círculo privado de acción vinculado a su familia, su trabajo, sus amistades y demás actividades privadas. En cuanto a su vida privada, lo considera como propenso a tomar medidas irracionales, influenciado por publicidades y demás mecanismos externos que le generan necesidades inoportunas; y además lo define como prejuicioso respecto de la política, debido a conoce poco de política nacional e internacional, y por el hecho de que conversa sobre tales cuestiones de manera irresponsable, dándole menos atención que a una partida de cartas.

5. Todos los individuos poseen información idéntica sobre las alternativas.

- Durante el período posterior a la votación:

6. Las alternativas (dirigentes o políticas) con el mayor número de votos desplazan a las demás alternativas (dirigentes o políticas) con menor número de votos.

7. Se ejecutan las órdenes de los funcionarios elegidos.

- Durante la etapa entre las elecciones:

8.1. O todas las decisiones entre las elecciones son subordinadas o ejecutorias ante aquellas a las que se llegue durante la etapa de las elecciones es decir, en un sentido, las elecciones están controlando.

8.2. O las nuevas decisiones durante el período entre las elecciones están gobernadas por las siete condiciones anteriores aunque operando bajo circunstancias institucionales más bien diferentes.

8.3. O ambas cosas”¹²⁸

Planteado de esta manera, se deduce que la democracia es una cuestión de grado o de aproximación; una sociedad se aproxima o aleja de la democracia, pero desde este punto de vista, dadas las condiciones actuales de las sociedades como desde el punto de vista de las instituciones estatales, nunca llega a la plenitud.¹²⁹ Dahl señala que es necesario aceptar que hay algunas sociedades que se encuentran más cerca de la democracia que otras, es decir, que existen algunas sociedades donde las desigualdades políticas son enormes, inmensas a veces, y otras en las que son menores. Así, las primeras están muy lejos de un orden político democrático, son sociedades monolíticas y donde seguramente impera la autocracia o alguna otra forma de gobierno autoritario; en tanto que las sociedades del segundo tipo están más cerca de la democracia y por lo tanto, para no caer en el exceso e imprecisión de llamarlas democráticas, puede usarse el término de sociedades poliárquicas.

Un sistema político es redefinido como democrático en la medida en que sus tomadores de decisiones colectivas más influyentes sean elegidos por medio de elecciones periódicas, en las cuales los candidatos compiten libremente por los votos y en las que virtualmente toda la población adulta tiene derecho a voto.¹³⁰

El pensamiento de Dahl deja traslucir un criterio pluralista de la democracia con sesgos elitistas, en virtud del cual aquella supone una competencia entre las minorías y un régimen en el cual se opta por una minoría, pero hace hincapié en conceptos clásicos que fueron dejados de lado por otros autores como el de igualdad política de los individuos, en el sentido de considerar que todo hombre es capaz de autogobernarse y por lo tanto de sumarse a la competencia por el acceso al Poder.

¹²⁸ Robert Dahl, *Un prefacio a la teoría democrática*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1989, p. 110/111.

¹²⁹ Robert Dahl, *óp. cit.*, p. 98

¹³⁰ Samuel P. Huntington, *La democratización a finales del siglo XX*, Paidós, Buenos Aires, 1992, p. 120.

Esta igualdad se manifiesta como un principio categórico que se convierte en la plataforma de la democracia, por lo que, si bien un grupo adquiere el poder de decisión, los no-líderes pueden controlarlos.

En cierto modo no es falso decir que el funcionamiento práctico de la democracia confirma la reducción del juego político a élites, pero sigue siendo crucial la diferencia entre un sistema con competencia abierta entre aquellas élites y otro con un solo grupo de poder que se renueva por cooptación. Por lo demás, no han sido casuales los avances del sistema democrático desde los años setenta al iniciarse una fase de transiciones hacia la poliarquía en muchas diferentes áreas del mundo, como en Latinoamérica, lo cual refleja que, pese a sus imperfecciones, es el único modelo capaz de integrar el inevitable pluralismo social.

Esta democracia pensada para hacerse efectiva en términos de una sociedad plural, además de elecciones libres a través del sufragio inclusivo, presupone y requiere libertad de expresión, derecho a competir por llegar al lugar de toma de decisiones, la alternancia informativa y la autonomía de las organizaciones voluntarias. Pero lo cierto es que existe una deuda, pues un proceso político democrático efectivo necesita un desarrollo que produzca más democracia en los ámbitos social y económico de la sociedad plural, de manera tal que una democracia se verifique también en la realidad de una constitución, en la realidad social y económica de dicha sociedad, y no solo en la política. Así, el significado de democracia se completa por extensión a otros ámbitos. Democracia social por ejemplo, como modo de vida, como un vivir y convivir basado en el trato igualitario, como lo relativo a una sociedad que exige a sus miembros verse y tratarse como iguales. O democracia económica, como la igualdad en el ámbito laboral, dentro de la organización y gestión del trabajo, una especie de autogobierno del ciudadano que dentro del ámbito económico se convierte en trabajador, así como también la extensión de garantía de ciertos niveles mínimos de ingreso, bienestar y educación como derechos adquiridos de los ciudadanos.¹³¹

¹³¹ Giovanni Sartori, *óp. cit.*, "Las democracias en sentido social y/o económico amplían y completan la democracia en sentido político; cuando existen, son también democracias más auténticas, ya que son microdemocracias, democracias de pequeños grupos. Por lo demás, si no existe democracia en el sistema político, las pequeñas democracias sociales y de fábrica corren el riesgo, a cada momento, de ser destruidas o amordazadas. Por ello "democracia" sin adjetivos se entiende como democracia política. Entre ésta y las otras democracias, la diferencia es que la democracia política es supraordenada y condicionante, y las otras son subordinadas y condicionadas. Si falta la democracia mayor con facilidad faltan las democracias menores; lo cual explica por qué la democracia ha sido siempre un concepto preeminentemente desarrollado y teorizado como sistema político.", p. 5.

Específicamente al referirse a las democracias sociales señala: "La noción de democracia social surge con Tocqueville en su obra *La democracia en América*. Al visitar Estados Unidos en 1831, Tocqueville quedó impresionado, sobre todo por el estado de la sociedad que Europa no conocía... percibió la democracia estadounidense como una sociedad caracterizada por una igualdad de condiciones y guiada, preponderantemente, por un 'espíritu igualitario'. Aquel espíritu igualitario, en parte, reflejaba la ausencia de un pasado feudal; pero expresaba, también, una profunda característica del espíritu estadounidense.

Así pues, democracia no es aquí lo contrario de régimen opresor, de tiranía, sino de 'aristocracia'... Después de Tocqueville es Bryce quien mejor representa a la democracia... también para él la democracia estadounidense se caracterizaba por una 'igualdad de estima', por un *ethos* igualitario que se resuelve en el valor igual con el que las personas se reconocen las unas a las otras.", p. 3.

Está claro que en la democracia pluralista contemporánea ni todo es política (de acuerdo con la concepción griega clásica que no distinguía las esferas pública y privada en el seno de la *polis*), ni todo es Estado (criterio característico de los totalitarismos). En la democracia real está abierto el debate sobre lo qué es y no es político, y lo cierto es que la experiencia confirma que la política sólo interesa directamente a ciertas minorías dada la especializada división del trabajo actual. "En esta realidad debe evitarse tanto el riesgo de la tecnocracia que reduce la democracia a un mero ritual formal, como el del *qualunquismo*, es decir, el populismo «antipolítico»".¹³²

Entre la definición minimalista de Bobbio y la concepción tecnocratizante de Dahl se ubica la teoría discursiva de Jünger Habermas, que sintetiza dos posturas: por un lado, la idea liberal de la democracia que concentra su vigor en la negociación de intereses de los individuos en elecciones libres; y la perspectiva republicana-comunitaria que pone ímpetu en el proceso de formación de la opinión pública y le otorga a esta última un carácter ético-político particular. Como resultado, para Habermas, las elecciones deben funcionar como instrumentos de racionalización discursiva de la opinión pública en torno a decisiones gubernamental-administrativas fundadas en procesos legales. Esta postura resulta muy interesante ya que ancla en la dinámica de la relación sociedad-Estado. En otras palabras, no es el Estado el que ejerce la razón pública, sino la esfera de la opinión pública configurada por el conjunto de ciudadanos y sujetos colectivos libres e iguales de una sociedad.¹³³

El éxito de ese punto de vista, sin embargo, depende no solo de la participación política activa de la ciudadanía, sino, y en gran medida, de la institucionalización de los procedimientos y condiciones de comunicación públicas y su interrelación con los procesos informales donde se crea y consolida la opinión ciudadana. Todo esto requiere, además, la neutralidad del Estado frente al conjunto de formas de vida y visiones competitivas del mundo.¹³⁴ A partir de una figura metafórica de "esclusas" entre la periferia-sociedad civil y el centro-estado, se trata de concebir toda una serie de mediadores sociales de lado y lado (organizaciones, universidades, medios de

Y en cuanto a la económica dice que "En la práctica, la democracia industrial ha encontrado su encarnación más avanzada en la 'autogestión' yugoslava, una experiencia que ya se considera fracasada en cuanto a la economía y falaz en lo político. Por regla, y con mayor éxito, la democracia industrial se ha afirmado sobre fórmulas de la participación obrera en la conducción de la empresa -la *mitbestimmung* alemana- y sus prácticas institucionalizadas de consulta entre la dirección empresarial y los sindicatos. Una vía alterna es la acción obrera, la cual puede ser concebida y diseñada como una forma de democracia industrial, pero que, de por sí, implica copropiedad y participación en las ganancias más que democratización.", p. 4.

¹³² Norberto Bobbio, *op. cit.*, p. 127.

¹³³ Ver Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: sobre el derecho y del Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 4ª ed., Trotta, Madrid, 2005, Capítulos 7 y 8.

¹³⁴ Jürgen Habermas, *op. cit.*, "El principal objetivo de la esfera pública es la lucha por expandir influencia política dentro de la sociedad, en torno a los asuntos específicos que convocan el interés generalizado de la sociedad en determinados momentos. Cuando tal influencia se ha extendido sobre una porción significativa de la ciudadanía, se evidencia la autoridad definitiva que la audiencia pública posee, en tanto es constitutiva de la estructura interna y la reproducción de la esfera pública", p. 364.

"Esta esfera pública sólo puede satisfacer su función de percepción y tematización de los problemas sociales tanto como posibilite la comunicación entre los actores potencialmente afectados. La esfera privada y la esfera pública encuentran su punto de contacto en aquellas experiencias individuales a través de las cuales se expresan las deficiencias sistémicas", pp. 365/366.

comunicación, partidos, elecciones, parlamento, sistema judicial, etc.) que, en la dialéctica entre periferia externa y periferia interna permite ilustrar la idea de una circulación de poder que posibilita un flujo y reflujo permanente entre sociedad civil y Estado, y una reconversión de doble vía entre el poder comunicativo y el poder administrativo de la sociedad, lo cual supone una realista y necesaria redefinición del proceso democrático en base a un modelo sociológico de circulación del Poder político.¹³⁵

De lo expresado resulta que aunque se proyecta en diversos ámbitos de la vida humana, el sentido de la democracia es uno solo, y está íntimamente ligado a la igualdad y a la libertad de los hombres, ambos pilares de la concepción del Estado democrático de derecho, cuyo sistema jurídico-político se estructura a partir de la protección del individuo en estos dos aspectos y sus derivaciones. La evolución que significa el reconocimiento y la protección jurídica de estos atributos humanos es, en el plano normativo, el logro más importante, porque es resultado de una reflexión milenaria del hombre sobre el hombre y deviene en una conciencia del hombre a favor del hombre, materializada en la Constitución como sintetizador de los principios y normas que regulan el proceso político de un Estado y las relaciones de Poder entre los detentadores y destinatarios del mismo, así como las interrelaciones entre los diferentes detentadores de poder en la formación de la voluntad estatal.

Insistimos en que el régimen democrático se desenvuelve dentro de un ámbito específico: el Estado, entendido como conjunto de instituciones sujetas a límites constitucionales y al pleno respeto de los derechos individuales y humanos. La dimensión liberal-garantista del Estado constitucional, y la intención de este de ser un Estado-para-la-nación, actúa como el contenido de la democracia. Si en vez de libertad e igualdad lo valorado fuese la opresión y la inequidad, la democracia se vería alimentada por dichos valores como los objetivos a concretizar a través de ella como sistema. Y aunque en el escenario de los procesos democráticos actuales se produzcan dichas circunstancias a punto tal que una minoría cercana al 20 % está formada por ricos, sanos, bien nutridos y educados, y una mayoría de cerca del 80 % está integrada por pobres, enfermos, desnutridos y excluidos, semejante extravío no debe atribuírsele a la democracia por sí misma, sino como una consecuencia de la dinámica del ejercicio del Poder político adquirido por grupos que muchas veces por ineptitud política pierden la conciencia del sentido del gobierno, focalizando su actuar en una porción de la sociedad plural, dejando al resto en una situación de desatención y desprotección.

¹³⁵ Jürgen Habermas, *op.cit.*, "La existencia de una sociedad civil supone una serie de características que incluyen pluralidad, publicidad, privacidad y legalidad, y las cuales determinan, interrelacionadas e interdependientes, la existencia de una sociedad civil diferenciada de carácter moderno. El sistema político debe mantenerse sensible a esta influencia de la opinión pública través de los partidos políticos y las elecciones generales, los cuales constituyen los canales de entrecruzamiento entre la sociedad civil y la esfera pública... La dependencia de los actores del sistema y la eventual manipulación de los medios de comunicación pueden reducir las posibilidades de deliberación autónoma efectiva de la sociedad civil. Los medios de comunicación deben operar como un actor fundamental del proceso comunicativo público, lo que los compele a asumir pautas normativas que garanticen un flujo libre y no coactivado de la comunicación social, autoconciéndose como instrumentos de la ciudadanía para transmitir sus sentimientos, pensamientos y tomas de posición antes el poder, y preservando su integridad e independencia ante cualquier presión externa que pretendiera impedirlo.", pp. 373 y 378.

En este mismo sentido muchos expertos en examinar la gestación de los procesos de liberalización de los regímenes autoritarios, como O'Donnell, ponen de manifiesto que en "las sociedades latinoamericanas hay una amplia proporción de la ciudadanía que se encuentra por debajo de un piso mínimo de desarrollo humano, no solo en términos materiales sino también legales. Ésta latente fragmentación y desigualdad exige extender homogéneamente la legalidad estatal, para que abarque no sólo el conjunto del territorio sino también a todas las categorías sociales. No se trata de implantar sólo un Estado de derecho (aunque en varios sentidos esto no dejaría de ser un avance importante) sino un Estado democrático de derecho; es decir, un tipo de Estado que, además de las garantías de previsibilidad y debido proceso, consagre efectivamente los derechos de la ciudadanía".¹³⁶

Una de las condiciones que dicho autor determina como necesarias para avanzar en la dirección indicada consiste en ampliar la agenda pública, especialmente de políticas públicas. Esta agenda ha estado casi monopolizada por cuestiones de naturaleza económica (casi siempre, además, definidas según intereses de clases y sectores dominantes), así como por preocupaciones de seguridad que esa misma agenda ha tendido a definir de maneras propicias a criminalizar la pobreza y, con ello, a acentuar la ya profunda grieta existente entre sectores de la sociedad. Estas cuestiones, por supuesto, están impregnadas de poder. Quien maneja la agenda (qué se va a discutir, por quiénes y en qué términos) ya casi ha ganado la partida. Los temas ausentes resultan principalmente de la pobreza material y legal de muchos, y su consiguiente dificultad de movilizarse y ser políticamente representados. Esas ausencias también resultan de la escasa discusión pública acerca del tipo y propósito del Estado que sería compatible con, e instrumental para, el desarrollo humano y la expansión de la democracia,¹³⁷ punto en el cual se puede hacer un paralelismo con la importancia que Habermas le otorga a la trascendencia de la opinión pública.

Siguiendo esta línea argumentativa vale recordar las palabras de Raúl Alfonsín cuando explico con sencillez que "un gobierno, de ninguna manera puede sentirse el realizador exclusivo de la Argentina del futuro porque haya ganado una elección". Por eso es que enfocamos a la democracia como el motor del equilibrio del Poder; porque la democracia brinda el marco perfecto para que el ciudadano tome conciencia de su función social, ya que sin un efectivo mecanismo institucionalizado de control de las potestades de aquellos que ocupan la cúpula de las instituciones del estado y que deciden o autorizan a otros a decidir, la posibilidad de observación e intervención de los no-líderes respecto de los líderes –entendido en términos oposición/gobierno-, en lo relativo a la toma de decisiones políticas, se eclipsa y resurge la amenaza del ejercicio autocrático del Poder, y con ello el objetivo democrático de lograr la máxima inclusión se desnaturaliza y se pierde.

¹³⁶ Guillermo O'Donnell, *Acerca del Estado en América Latina contemporánea. Diez tesis para discusión*, Texto preparado para el proyecto "La Democracia en América Latina", propiciado por la Dirección para América Latina y el Caribe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (DRALC-PNUD), Universidad de Notre Dame, 2002, p. 41.

¹³⁷ Guillermo O'Donnell, *op. cit.* p. 37.

III

En virtud de lo expuesto, el enfoque Habermasiano pone de manifiesto un criterio particularmente atendible dejando traslucir que si bien el presupuesto político es tal, un *presupuesto*, la dinámica del proceso de Poder puede ser determinada directamente por la versatilidad de una sociedad políticamente activa, siempre que encuentre medios reconocidos y organizados por el derecho –que los hay- que valoricen la intensidad de la opinión pública. Pero tampoco queremos ser víctimas de un optimismo ignorante, pues reconocemos las condiciones requeridas para que tal construcción se realice: es necesaria una conciencia social y política superior por parte de todos los actores de dicho proceso en la relación Estado-sociedad. En todo caso, lo que valoramos de la teoría discursiva del Estado Democrático de Derecho de Habermas es que redefine el ideal democrático y la responsabilidad que significa ser un ciudadano de la democracia, en un sentido más participativo.

Ahora bien, nuestro objetivo es ubicarnos en la concreta realidad de la Argentina, para luego detenernos en el puntual objetivo de este trabajo que es discutir la existencia de *cuestiones políticas* que puedan ser excluidas de control judicial; y por ello, si bien anhelamos que estos radicales puntos de vista vayan cobrando vida en nuestro país, nuestro propósito no es el de elaborar la adaptación de los mismos ni mucho menos, porque ello requiere un estudio mucho más profundo y completo, y también, creemos, exige un acercamiento, una participación y una experiencia política y cívica que recién empezamos a transitar. Pero lo que si refleja nuestra intención es plantear, a partir de las reflexiones estudiadas de estos notables pensadores, que los desafíos existen, y que incluso en sociedades más igualitarias y estables que la nuestra, más *democráticas*, siguen mas latentes que nunca la disputas que tratan de avanzar en una democratización que parece no tener fin, pues se exige mas y mas democracia respecto a cada paso realizado por el hombre en la medida en que transforma la sociedad. No obstante a ello, el recorrido que hicimos a través de las distintas posturas nos sirve para reafirmar que el quid de la cuestión radica en la existencia y eficacia de mecanismos institucionalizados de control que dinamicen el ejercicio legítimo del Poder político del Estado hacia la sociedad.

En la *República* Argentina la misión primordial es la de reforzar aquellas instituciones que heredamos para poder seguir el camino hacia una mejor democracia. Por eso, sí es nuestra intención partir de este análisis sobre la democracia –también sobre el poder y la constitución- y volcar el contenido de este desarrollo en el análisis de la cuestión jurídica específica que tiene por objeto el desarrollo de esta tesis: el análisis puntual de las cuestiones políticas no justiciables que –como iremos demostrándolo- tanto tiene que ver con el poder político y democratizador que poseen los jueces.

4 – El Republicanismo: gobierno republicano y la dinámica constitucional del poder. El mejicano José María Luis Mora decía de la libertad en 1827: “No hay duda, los pueblos serán libres bajo cualquier forma de gobierno, si los que los mandan, aunque se llamen reyes y sean perpetuos, se hallan en verdadera impotencia de

disponer *a su antojo y sin sujeción a regla alguna* de la persona del ciudadano; y nada servirán las formas republicanas, que el jefe de la nación se llame presidente o dure por cierto tiempo, si la suerte del ciudadano pende de su voluntad omnipotente".¹³⁸

La Constitución de la Nación Argentina en el primero de sus artículos deja establecido que adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal. Nace así, en el año de 1853, la aspiración de los arquitectos políticos de la Nación de consolidar el nuevo Estado argentino como una *república*.

¿Pero qué es una república? La urgencia de la pregunta es perceptible, ya que -al igual que con la democracia- se ha usado y abusado del término -en lo referido a la delimitación de su referencia- a punto tal, que existen autores que la toman como sinónimo de democracia, y a su vez, existen Estados, con un pasado marcado por el autoritarismo, que se autodenominan repúblicas, como la República Popular China. La sospecha reside una vez más en el peligro de que una definición primordial se convierta en una simple etiqueta historiográfica, como consecuencia de la utilización de la categoría ligada a cierta intencionalidad política que no concuerda con la realidad de su significado.

Partimos de la base de precisar que desde los dos puntos de vista que vamos a desarrollar en este punto -como ideal y como modalidad de gobierno- república no es lo mismo que democracia, pero tampoco es lo contrario. Como modalidad de gobierno el republicanismo, traducido en claras prerrogativas organizativas, impregna las instituciones con controles de poder que favorecen a la democratización del proceso político de una nación. A su vez, este republicanismo sintetizado como forma de gobierno, tiene un sustento filosófico que echa anclas en una reflexión sobre las virtudes que hombres y mujeres deben desarrollar como miembros conscientes de una comunidad formada por hombres y mujeres igualmente libres. A partir de esta circunstancia, el republicanismo navega adherido al ideal democrático, pues como este, logra traspasar todas las esferas de las actividades humanas y se hunde en lo más profundo del proceder humano.

I

Igualdad, sobriedad, frugalidad, nobleza, solidaridad, simplicidad, prudencia, honestidad, benevolencia, patriotismo, generosidad, laboriosidad, apego a la justicia, integridad, coraje, activismo político desinteresado, abnegación... son la clase de valores cívicos que encontramos cuando se defiende el republicanismo, y están orientados por la máxima aristotélica de considerar al ser humano como un ser esencialmente social, que nace y muere en una sociedad y que por lo tanto su participación en los asuntos públicos se torna esencial para su plena realización como individuo.

¹³⁸ José María Luis Mora, *Obras Completas (Vol. 1 Obra Política.)*, Instituto Mora – CONACULTA, México, 1994, pp. 330-335.

El ciudadano es exaltado por esta filosofía de vida común, que por un lado es afín al logro liberal de los derechos individuales, pero digamos que también es próxima (y quizá en mayor medida) a la concepción del comunitarismo que señala la imposibilidad de pensar al ciudadano sin identificarlo a una determinada comunidad.¹³⁹ Y lo exalta en su libertad e igualdad, así como también en la responsabilidad y en las virtudes que debe desarrollar ante la tarea de lograr la cooperación social, considerada no como una mera actividad social coordinada - la cual se basa en órdenes dictadas por una autoridad central absoluta- sino, como aquella interrelación "que se da sobre la base de reglas y procedimientos públicamente reconocidos y aceptados por los cooperantes para regular su conducta en términos equitativos y de ventaja racional",¹⁴⁰ es decir, como una actividad autodirigida por los mismos ciudadanos.

John Rawls partiendo de los principios de su teoría de la 'justicia como equidad', define desde nuestro punto de vista esta faceta del *ciudadano en el republicanismo* en lo que respecta a su papel en la colaboración social. Señala que la noción de cooperación social se logra en términos equitativos, que han de venir dados "por un acuerdo alcanzado por los que participan en ella", un acuerdo equitativo entre personas libres e iguales. Para ello, dicho autor exige una *posición original* que "debe hacer abstracción de las contingencias -de los rasgos y las circunstancias particulares de las personas- dentro de la estructura básica", eliminando posiciones ventajosas que inevitablemente surgen en cualquier sociedad, y asentándose en cambio "sobre la base de los primeros principios de justicia para dicha estructura", sustentados por lo que consideren los ciudadanos como su bien o su recíproca ventaja. "Si esta posición original modela convenientemente nuestras convicciones sobre estas dos cosas (a saber, las condiciones equitativas del acuerdo entre ciudadanos libres e iguales, y las restricciones apropiadas sobre razones), conjeturamos que los principios de justicia que las partes acordarían (en caso de que pudiéramos elaborarlos adecuadamente) establecerían los términos de la cooperación que nosotros entendemos...que son equitativos y están respaldados por las mejores razones",¹⁴¹ dando lugar así a la construcción de una concepción política de la justicia, que no es otra cosa que la participación activa del ciudadano en orden a definir los términos de su propia vida dentro de una sociedad organizada.¹⁴²

En definitiva, el republicanismo entiende que la efectiva convivencia social y política dentro de una comunidad se logra a través del compromiso de sus miembros

¹³⁹ Muchos son los pensadores que consideran al republicanismo como puente conciliador entre liberalismo y comunitarismo, véase: Will Kymlicka, *Contemporary political philosophy: an introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2002 y Renato Cristi, *Participación, representación y republicanismo*, Anuario Filosófico, XXXVI/1, Department of Philosophy, Wilfrid Laurier University, Ontario, 2003, p. 53/81.

¹⁴⁰ John Rawls, *La justicia como equidad: una reformulación*, 1ª ed., Paidós, Buenos Aires, 2004, p. 29.

¹⁴¹ John Rawls, *ibid.*, pp. 38/43.

¹⁴² John Rawls, *ibid.*, "Recuérdese ante todo que la justicia como equidad está pensada para una sociedad democrática. Sus principios pretenden responder a la siguiente pregunta: toda vez que entendemos una sociedad democrática como un sistema equitativo de cooperación social entre los ciudadanos concebidos como libres e iguales, ¿Qué principios le son más propios? Dicho de otro modo ¿Qué principios son los más apropiados para una sociedad democrática que no solo profesa la idea de que los ciudadanos son libres e iguales, sino que quiere tomársela en serio en intenta realizar dicha idea en sus principales instituciones?", p. 69.

con su propia suerte y la suerte de los demás para así repeler la dominación y la tiranía. En ese orden, la libertad que profesa esta corriente de pensamiento aparece como un concepto prioritario (ligado intensamente al ideal democrático) que no puede ser definido negativamente, ya que la mera abstención del Estado de inmiscuirse en los asuntos privados de los ciudadanos no garantiza la libertad vinculada al autogobierno y a la no-dominación como la entienden los republicanos, pero si la realidad de la situación jurídica de un estado así define a la libertad, la actividad política debiera estar dirigida como mínimo a protegerla para luego ampliarla.

La principal crítica que se hace al Estado liberal desde el republicanismo reaccionario renacido a fines del siglo pasado y que se mantiene fuerte en nuestros días, a través de autores como Michael Sandel, es el hecho de no fomentar las virtudes cívicas de sus ciudadanos; su neutralidad ante una libertad acotada a “soy libre en la medida en que soy portador de derechos que me garantizan mi inmunidad frente a decisiones mayoritarias”, no es incompatible con el autoritarismo, “o al menos con la ausencia de autogobierno”, pero de ninguna manera se presenta como un concepto de libertad completo si lo que se pretende es enmarcarla dentro del ámbito de una sociedad democrática. Precisamente como asume que la libertad esta internamente vinculada con el autogobierno democrático, para el republicano “soy libre en la medida en que soy miembro de una comunidad política que controla su propio destino y que participo en las decisiones que gobiernan sus asuntos”.¹⁴³

Esta reflexión republicana esta fundamentalmente influenciada por el pensamiento comunitarista de Hannah Arendt, que radicalizó las críticas hacia el carácter procedimental de la democracia actual al sostener que las instituciones y las leyes engrandecidas por el pensamiento liberal no son nada sin una participación política activa de la ciudadanía. En Arendt la política exitosa no depende de que se tomen las decisiones correctas sino de que se involucren mas y mas ciudadanos *virtuosos* y comprometidos con su espacio público –sin que por ello quiera referirse a *expertos*- en la discusión acerca de cómo se concreta el bien común de una comunidad. Desde su óptica la virtud ciudadana está ligada a la idea del espacio público que se transforma en mecanismos para tratar los problemas colectivos, y además introduce la idea de la importancia de la palabra y la acción como si solo a través de ellas al ciudadano común en su relación con sus congéneres le bastara para llegar a saber lo que es bueno para ellos.¹⁴⁴ Sin embargo esta desvalorización de las leyes y el Estado de Derecho son llamados a la reflexión por Habermas que señala que “sin derechos básicos que aseguren la autonomía privada de los ciudadanos tampoco habría ningún medio para la institucionalización legal de las condiciones bajo las cuales tales ciudadanos puedan hacer uso de su autonomía pública. Así, la autonomía privada y la pública presuponen mutuamente a cada una de las otras en tal forma que ni los

¹⁴³ Michael Sandel, *Democracy's Discontent, America in search of a Public Philosophy*, Belknap Press, Cambridge, 1996, pp. 25/26. Sandel, en una obra posterior, *Liberalism and Republicanism*, explica que su crítica no es hacia el liberalismo como tal, sino hacia una versión de liberalismo, el liberalismo procesal, o libertarismo, que sí puede plasmarse en ciertas circunstancias en un Estado liberal, y que sí define a los hombres como abstractamente libres, desconectados de todo contexto social y dotados de derechos naturales de propiedad y contrato.

¹⁴⁴ Claudia Galindo Lara, *Hannah Arendt: Una lectura en clave política*, POLIS 2005, Vol. I, Mexico, 2005, pp.31/40.

derechos humanos ni la soberanía popular pueden reclamar primacía sobre su contraparte".¹⁴⁵

Esto nos lleva a otro notable reflexivo del republicanismo, Philip Pettit, que sostiene en cambio que el verdadero republicanismo es liberal y que la democracia es un mero instrumento para asegurar la libertad y no su núcleo central. En ese sentido, privilegia la distribución del poder democrático en varias asambleas así como la observancia estricta de la ley y del Estado de Derecho; por eso concibe que identificar la libertad con la participación democrática es el grave error que da alas al populismo.¹⁴⁶ Habermas también responde a este juicio liberal recordando el valor primordial de la participación ciudadana pero poniendo énfasis en el peligro del populismo al decir que "...solo los derechos de participación política fundan la posición jurídica del ciudadano, es decir una posición jurídica reflexiva, referida a sí misma. Los derechos negativos de libertad y los derechos sociales pueden, en cambio, venir otorgados en términos paternalistas...esos derechos de protección y esos derechos sociales tienen siempre una doble haz." Y en efecto los derechos liberales pueden ser funcionales a la institucionalización de un sistema económico regulado por el mercado, y los derechos sociales son desde cierto punto de vista, funcionales a la instalación de las burocracias del Estado benefactor. "Los derechos de libertad y los derechos sociales pueden asimismo significar la cuasi-renuncia privatista a un papel de ciudadano, que se reduce entonces a relaciones de clientela con unas administraciones que otorgan sus prestaciones en términos paternalistas"¹⁴⁷. De esta manera el ciudadano termina siendo empujado a una posición periférica como si fuera un simple miembro de una organización en donde las reglas vienen dirigidas no desde un proceso en el que se encuentra incluido -o al menos representado como tal-, sino desde una autoridad central que él eligió pero que se va volviendo ajena a él mismo.

II

Estas ideas sobre la concepción del hombre-ciudadano dentro del republicanismo que fuimos desarrollando nos sirven de preludio en la tarea de analizar de qué manera aquél se impregnó en la estructura organizativa del Estado de derecho (y en particular en la república Argentina) para comenzar a indagar sobre los desequilibrios reales de poder en el plano de lo estrictamente institucional como antesala del posterior debilitamiento de la seguridad jurídica.

La república como forma organizativa de gobierno consta de los siguientes elementos tipificantes: a) división de poderes (o sea, de órganos y funciones); b) elección popular de los gobernantes; c) temporalidad en el ejercicio del poder (o sea,

¹⁴⁵ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: comentarios retrospectivos*, manuscrito presentado en: The Program for the Study of Law, Philosophy and Social Theory, University of New York, 1997, p. 49.

¹⁴⁶ Pettit, Philip, *Republicanism: A theory of Freedom and Government*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 30.

¹⁴⁷ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho...*, *óp. cit.*, pp. 143/144.

renovación periódica de los gobernantes); d) publicidad de los actos de gobierno; e) responsabilidad de los gobernantes; f) igualdad ante la ley.¹⁴⁸

Estos preceptos de la república tienen por fin, en toda su dimensión, la protección de los gobernados en su libertad y en sus derechos frente al poder coercitivo del Estado ejercido por los gobernantes, y dicha libertad se corresponde con lo que los comunitaristas llaman libertad negativa. Vale destacar que aun cuando las ideas de ampliar la participación ciudadana al máximo para asegurar así una libertad perfeccionada que se transforme en autogobierno son atendibles desde todos sus puntos de vista, estas hasta ahora son solo moldes o patrones a seguir y se van institucionalizando gradualmente, con mayor o menor ímpetu, según las tradiciones y realidades políticas de cada Estado; pero aun así, la libertad de la que podemos gozar dentro de los márgenes de la república tal como está diseñada en la realidad de la organización política no es poca cosa; más aun, es primordial. Los abstractos derechos individuales como han sido llamados por los comunitaristas más reaccionarios, ponen de manifiesto una postura inicial: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe."¹⁴⁹ Esta prerrogativa de la Constitución de la república argentina marca, al menos, dos cuestiones esenciales: primero, que el orden y la moral públicas son definidas –en principio– por la ley; segundo, que el perímetro de autonomía privada de los individuos está cercado, también, por la ley. Dicho en otras palabras, se pretende la obediencia a las leyes y no a los hombres.¹⁵⁰

Decía Montesquieu que "Es una eterna experiencia que todo hombre que tiene poder se inclina a abusar de él y va hasta donde encuentra límites. ¡Quién lo diría!: la propia virtud tiene necesidad de límites... Para que no se pueda abusar del poder es preciso que por la disposición de las cosas el poder contenga al poder".¹⁵¹ Para hacer

¹⁴⁸ Germán J. Bidart Campos, *Compendio de derecho Constitucional*, 1ª. Ed., Ediar, Bs. As., 2004, p. 42.

¹⁴⁹ *Constitución Nacional*, artículo 19.

¹⁵⁰ Hablamos entonces de una libertad definida por la ley, lo cual en el contexto del régimen democrático y republicano de un Estado de derecho (donde las leyes no son creadas unilateralmente por una voluntad omnipotente sino como consecuencia de un procedimiento de consenso en el que participan distintos sectores sociales representados por actores esparcidos entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo –con funciones claras y definidas de acuerdo al órgano de poder que pertenezcan–, elegidos por el voto popular y, repetimos, en calidad de *representantes*) implica una garantía, *a priori*, sobre la no arbitrariedad de las leyes, y también una presunción de que su finalidad está orientada razonablemente a lograr el bien común de la comunidad, aun cuando una ley suponga restricciones para los derechos de ciertos sectores de la ciudadanía, pues una república significa justamente eso, soportar restricciones individuales que estén dirigidas a favorecer a quienes soportan necesidades primordiales de todo tipo, para favorecer así a la comunidad en su conjunto en términos de justicia social; siempre y cuando –y esto es importante– la restricción del derecho no provoque su desnaturalización, ni su manipulación intencionada, menos que menos. En este esquema existe también una garantía *a posteriori*, que está dada por la posibilidad de revisión de la adecuación de una ley al orden jurídico superior en el que se instala, y con ello la posibilidad de examinar su concreta arbitrariedad o ilegitimidad, y también de reclamar judicialmente el cumplimiento de derechos y libertades ya instituidos haciendo valer los ciudadanos como sujetos de derecho sus legítimas pretensiones (con lo cual aparece el Poder Judicial como el actor que completa el esquema tripartito de división del Poder público en el marco de una república).

¹⁵¹ Montesquieu en *El espíritu de las leyes*, citado por Ekmekdjian, Miguel Ángel, *óp. cit.*, p 311.

frente al desafío de contener los desbordes del poder y domar los exabruptos de aquellos que toman las decisiones obligatorias para la sociedad, las constituciones normativizan la denominada *división de poderes* como un pilar republicano en la organización estructural del Estado democrático de derecho, en lo que respecta al control de la dinámica del ejercicio del Poder público dentro de la esfera estatal, y la Constitución argentina que nos rige no es la excepción ya que adoptó expresamente el sistema de la de Filadelfia, que consagra la separación rígida de poderes dispersada en tres órganos: el parlamento para legislar, el ejecutivo para administrar la ley, y la judicatura, para resolver los litigios y administrar justicia.

Es importante remarcar en los términos de esta consideración que el Poder político del Estado como capacidad o energía para cumplir su fin es uno solo y lo que se divide son las funciones entendidas como el entreacto entre el poder abstractamente considerado y el acto final que es ejercicio de ese poder. En base a dicha separación de funciones el poder acaba distribuido en órganos (el legislativo, el ejecutivo y el judicial) compuestos por hombres y mujeres que son los que llevan a cabo su papel de manera interdependiente, sin perjuicio de la rigidez que caracteriza la división. Es importante también, entender esta estructura divisoria “entorno a la necesidad de contener el Poder para evitar la concentración que degenera en autoritarismo y proteger a los hombres en su libertad y sus derechos”.¹⁵²

La separación de poderes implica la idea de un control inter-orgánico en la medida que se imputa a cada una de las funciones del poder a un órgano relativamente independiente de los otros dos en un sistema por el cual los tres se controlan recíprocamente. Así, el Poder Ejecutivo no puede llevar a cabo funciones legislativas,¹⁵³ ni tampoco funciones judiciales¹⁵⁴ y la Constitución a su vez prohíbe al Poder Legislativo otorgar no solo la suma del poder público, sino también facultades extraordinarias, o sumisiones o supremacías que puedan poner la dignidad, la vida o la propiedad de los argentinos a merced de persona alguna.¹⁵⁵ Estas prohibiciones significan que “ninguna autoridad puede apartarse un milímetro de los carriles que marca la propia Constitución en la competencia de cada uno de los poderes de gobierno”.¹⁵⁶

En este orden, la Constitución también diagrama las relaciones entre los distintos poderes en base a su relativa independencia. Esta relativa independencia da origen a

¹⁵² Germán J. Bidart Campos, *óp. cit.*, p 236.

¹⁵³ “3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo...”, artículo 99 de la *Constitución Nacional*.

¹⁵⁴ “En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.”, artículo 109 de la *Constitución Nacional*.

¹⁵⁵ “El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincias, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria.”, artículo 29 de la *Constitución Nacional*.

¹⁵⁶ Miguel Ángel Ekmekdjian, *óp. cit.*, p. 313.

una relativa interdependencia entre los poderes, “la cual hace a la esencia del sistema republicano, pues significa que para la realización de los actos más importantes del Estado es necesaria la conjunción de distintas voluntades políticas, y además, el control recíproco de los órganos que ejercen el poder a los fines de garantizar el espacio de la libertad”.¹⁵⁷ De esta manera existen *relaciones de coordinación*, como la potestad del presidente de remitir proyectos de ley al congreso para su tratamiento, o la posibilidad de dar origen a verdaderas leyes a través de decretos de necesidad y urgencia, o bien el acuerdo que presta el Congreso para el nombramiento de determinados funcionarios, entre otras; y *relaciones de control recíproco*, como el juicio político que el Senado puede iniciar, previa acusación de la Cámara de Diputados, al titular del Poder Ejecutivo, sus ministros y magistrados judiciales, el control de la recaudación fiscal y de la ejecución del presupuesto que ejerce el congreso sobre el Poder Ejecutivo o el derecho de este último de vetar las leyes sancionadas por el Congreso, así como el control de constitucionalidad y razonabilidad que tiene el Poder Judicial sobre los actos de los otros dos poderes.

En realidad podemos decir –reproduciendo las ideas de destacados constitucionalistas– que el control descansa no entorno a la rígida separación sino en los controles recíprocos entre poderes que se articulan en sus relaciones, pues las funciones que se le atribuyen a cada poder “están cada vez más compartidas y por ende cada poder oficial es cada vez más híbrido”.¹⁵⁸

En estos términos, el derecho judicial emanado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dejado establecido como principio 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 respectivamente”, por lo tanto cada órgano de poder debe preservar la supremacía de la Constitución en su respectivo accionar; en sentido complementario ha dicho que “para poner en ejercicio un poder conferido por la Constitución a cualquiera de los órganos del gobierno nacional es indispensable admitir que este se encuentra autorizado a elegir los medios que a su juicio fuesen los más conducentes para el mejor desempeño de aquellos, siempre que no fuesen incompatibles con alguna de las limitaciones impuestas por la misma constitución”, lo cual avala como principio general que otorgada una competencia por la constitución, el órgano respectivo goza de ‘poderes implícitos’ para hacer efectivos los que le han sido reconocidos.¹⁵⁹

El problema a la vista de esta realidad es que la libertad primordial de los individuos, estos derechos básicos consagrados por la Ley suprema que aseguran la autonomía privada de los individuos dentro de un Estado de derecho democrático, está garantizada por la ley, pero sujeta, de facto, a la dinámica del proceso político, y

¹⁵⁷ Miguel Ángel Ekmekdjian, *óp. cit.*, p. 313/314.

¹⁵⁸ Karl Loewenstein, en *Teoría de la Constitución*, pp. 62 y ss.; ver también Néstor P. Sagues, *El control del congreso sobre el presidente en Argentina. Normas y realidades*, *Ius et Praxis* año/vol. 8, número 001, Universidad de Talca, Chile, p. 430. De ello surge que Loewenstein haya planteado un esquema de análisis de la dinámica del poder más de acuerdo con la sociedad pluralista de masas en base a una nueva división tripartita de funciones estatales: ‘decidir’ (policy determination), ‘ejecutar’ (policy execution) y ‘controlar’ (policy control).

¹⁵⁹ Germán J. Bidart Campos, *óp. cit.*, p. 237 y ss.

depende en toda su medida de que el ejercicio del Poder público se mantenga dentro de determinados límites que aseguren que la forma en que está organizado el gobierno en lo relativo a la toma de decisiones obligatorias para toda la sociedad en busca del bien común, no convierta la democracia en una parodia de la democracia. La separación de poderes como tal lleva asociada a ella la idea de control porque ella en sí misma es un control en tanto y en cuanto distribuye el accionar estatal entre distintas figuras. Pero dicho control no es automático y su vigor también está subordinado a la dinámica del proceso político. En definitiva, en una poliarquía, el partido que gana las elecciones no solo se hace con el mando del ejecutivo (cosa que en un sistema presidencialista acentuado ya es bastante), sino que también puede adjudicarse la mayoría en el parlamento, lo cual genera un ambiente que posibilita que la facción triunfante monopolice el ejercicio del Poder público, si esta lo quiere así. De este modo un sistema democrático de gobierno que admite la libre competencia por el acceso al poder, aunque este orientado por naturaleza a evitar la dominación tiránica no es inmune a la siempre posible visión autocrática de los gobernantes y a que el Poder termine por encontrar escapes al dique que una simple separación de funciones no puede hacer efectivo frente a la siempre latente disputa política.

Esto cobra aun más relevancia si tenemos en cuenta que en muchas poliarquías modernas, que fueron emergiendo producto del rechazo a sistemas burocrático-autoritarios de gobierno, resurge la amenaza de una nueva forma de autoritarismo que germina y se desarrolla dentro del escenario democrático, llevada a cabo por hombres y mujeres, por partidos políticos que hablan en nombre de la democracia, pero cuya conducta política se caracteriza por incentivar una concepción desnaturalizante de la Constitución; esta deja de respetarse como el freno al ejercicio del Poder que significa e, irónicamente, pasa a ser un instrumento que se manipula para legitimar la intensidad de la discrecionalidad en la toma de decisiones de Estado,¹⁶⁰ y en algunos casos, es también utilizada para fraguar con la alternancia de acceso al gobierno que tanto vitaliza a una democracia.

Parece ser que en nuestro país, entre idas y vueltas de autocracia destructiva – fuera del régimen democrático pero también por dentro-, y con los giros y disfraces ideológicos que suceden dentro de los partidos políticos (que son en definitiva las organizaciones de ciudadanos comprometidos a través de las cuales se canaliza la realización de la democracia en el gobierno), virtudes republicanas como el patriotismo y la solidaridad con el porvenir del prójimo son reemplazados por el corporativismo y el dadivismo político interesado en el próximo voto del ciudadano más pobre, el rehén que nunca termina por ver concretada su inclusión y su libertad, ni su efectiva participación política. El populismo ha dejado hace mucho de ser una aventura y se ha adherido fuertemente, a través del accionar de cierto movimiento político, a los sectores más debilitados como el cáncer de las instituciones que daña todo a su paso ante una atenta pero inmóvil sociedad plural, y esto sin duda termina

¹⁶⁰ Un claro ejemplo de lo expresado es la convalidación de prácticas que rompen con el ya tenue equilibrio entre los poderes, como el caso de los 'decretos de necesidad y urgencia' para los estados de emergencia, ratificados expresamente por la reforma de 1994, y cuya práctica abusiva se deja ver en la experiencia de los gobiernos desde 1995 hasta la fecha.

influyendo en el equilibrio de los poderes cuya efectividad es síntoma del respeto por la Constitución.

Ahora bien, a medida que avanzamos en esta reflexión parecería que algo no fue comprendido del todo y surge una secuela de interrogantes: ¿Quiénes son los que plantean los términos de la discusión, y las probables soluciones, y los que terminan estableciendo sus puntos de vista como derecho?, ¿son los legisladores?, ¿los ciudadanos a través de sus legisladores?, ¿los tecnócratas?, ¿los partidos políticos?, ¿los legisladores y los actores del ejecutivo?, ¿los grupos sociales y económicos de presión?, ¿el presidente y sus asesores sin el mínimo grado de consenso que requieren?, ¿todos ellos de manera conjunta?

Quizá la respuesta a esos interrogantes no pueda ser contestada de manera unívoca para todos los casos y debemos aceptar que en mayor o menor medida todas esas hipótesis son válidas, pero lo que sí debe resolverse es si existe una instancia posterior que pueda encargarse de vigilar la razonabilidad del producto de las disputas políticas, una instancia que no sin estar impregnada de ideología sea independiente, ajena a la lucha partidaria, y que actué como contralor de los actos emanados del gobierno, como la vía de circulación entre la intensidad creadora del poder y la armonía de una justicia coherente con las consecuencias jurídicas que la actuación del gobierno produce en la comunidad.

La separación de poderes en términos jurídicos, presume una manifestación de la judicialización del Estado en su dimensión constitutiva, en el sentido de que a través del derecho, y específicamente de la Constitución como Ley fundamental del régimen político, se imponen reglas procedimentales respecto a cómo se deben efectuar los actos políticos, reglas que de ese modo limitan el poder político y protegen los derechos, y se imponen también otras reglas, institucionales, que otorgan competencias exclusivas a una parte del sistema político en relación con las otras.¹⁶¹

La respuesta que surge de la misma organización institucional de nuestro Estado democrático de derecho es que aquella instancia a la que nos referimos si existe y esta encarnada en el Poder Judicial, que a través de su función se convierte en el último garante de la libertad y los derechos dentro del sistema político.

¹⁶¹ En este caso, judicialización significa lo que J. Habermas define como 'constitucionalización del Estado' en *La teoría de la acción comunicativa*, citado por Lars Chr. Blichner y Anders Molander, *What is Juridification?*, working paper para el Centro de Estudios Europeo (ARENA) de la Universidad de Oslo, no. 14, 2005, p. 6.

Anexo II

LAS CUESTIONES POLITICAS NO JUSTICIABLES Y LA JUDICIALIZACION DE LA POLITICA.

¿Qué significa el termino judicialización? – La judicialización de la política – La judicialización de la política como respuesta al hiperpresidencialismo – La judicialización de la cuestión política.

1- ¿Qué significa el termino judicialización? Hablar del término *judicialización* –y sus diferentes proyecciones- implica referirnos a un vocablo que ha comenzado a discutirse y a elaborarse con un sentido propio respecto de la dinámica jurídica y política de una Argentina en la que no hace mucho tiempo se reinstaló el sistema de derechos con la vuelta de la democracia.

En sentido descriptivo la doctrina internacional ha ido elaborando diferentes tipos de definiciones sobre este fenómeno a punto tal que algunos la ven como 'la proliferación de la ley', o como 'la tendencia hacia un incremento de leyes formales (o sea, escritas)¹⁶²; otros como 'la monopolización del ámbito legal por parte de profesionales de la ley'¹⁶³, como la 'construcción de poder judicial'¹⁶⁴, o como 'expansión del Poder Judicial'¹⁶⁵; y otros directamente lo conectan de manera general con la expectativa de una conducta guiada por la ley, tanto en el espectro privado como público¹⁶⁶. Por su parte desde el punto de vista normativo la judicialización es

¹⁶² Jurgen Habermas, *The Theory of Communicative Action*, Vol. 2, Boston: Beacon Press, 1987, p. 359.

¹⁶³ Penny Brooker, *The Juridification of Alternative Dispute Resolution*, Anglo American Law Review, Vol. XX, 1999, pp. 1/36.

¹⁶⁴ Martin Shapiro y Alec Stone Sweet, *On Law, Politics and Judicialization*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 71.

¹⁶⁵ Tate y Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, 1995, p. 2.

¹⁶⁶ Arturs, Harry W., y Kreklewich, Robert, *Law, Legal Institutions, and the Legal Profession in the New Economy*, in *Osgoode Hall Law Review*, Vol. 34 (1996), No. 1, p. 29, citado por *Ibid.*, p. 2.

vivida como el marco ideal para una democracia constitucional, el triunfo del mando de la ley sobre el despotismo.¹⁶⁷

Tanto en los Estados Unidos, que podríamos tomar como el punto de partida de esta tendencia, como en Europa, en donde se afirma desde fines de la Segunda Guerra Mundial y cobra mayor intensidad en el contexto del actual proceso de unificación jurídica de la Unión Europea, el fenómeno de la judicialización, en su sentido genérico, fue plasmándose como una actividad donde los tribunales –sobre todo aquellos de máxima jerarquía- actúan con la clara intención de intervenir en la tarea de limitar al poder político a través de su tarea: la administración de justicia.

2- La judicialización de la política. En lo que nos respecta vamos a referirnos a la *judicialización de la política* como una manifestación específica de dicho fenómeno. Esta sugiere primeramente una gran presencia del proceso judicial y de las cortes resolviendo controversias que hacen a la vida política y social de un Estado; transluce la tendencia de que los conflictos políticos, sociales, y aquellos que se dan entre el Estado y la sociedad están siendo resueltos en los tribunales en forma creciente. Por lo tanto, la judicialización de la política en cierto grado refleja que la legitimación de un régimen político dado se percibe vinculada con la capacidad estatal de fortalecer el sistema de derechos en el que se basa una democracia.¹⁶⁸

Este fenómeno supone un reposicionamiento de las cortes en relación con el ejecutivo y el legislativo, pero además, implica un reposicionamiento del Poder Judicial en las relaciones sociales, y en las relaciones Estado-sociedad.¹⁶⁹

La incipiente intervención de los jueces se revela como un mecanismo de 'accountability horizontal', término que se podría definir como una rendición de cuentas a nivel institucional direccionada en dos sentidos: 1. La *transgresión* ilegal por parte de una agencia estatal de la autoridad de otra; 2. las ventajas ilícitas que los funcionarios obtienen para sí mismos y/o sus asociados [*corrupción*].¹⁷⁰

En un estudio comparado sobre los factores que contribuyen al activismo judicial, Epp define a la judicialización de la política como el proceso en virtud del cual una corte constitucional "crea o expande el número de derechos constitucionales". Si

¹⁶⁷ Lars Chr. Blichner y Anders Molander, *op. cit.*, p. 2.

¹⁶⁸ Pilar Domingo, *Judicialisation of Politics: The Changing Political and Social Role of the Judiciary in Mexico*, Instituto de Estudios de Iberoamerica y Portugal, Universidad de Salamanca, Presented at the conference: Judicialisation of Politics, ILAS-University of London, 17-19 March 2004, p. 2.

¹⁶⁹ Véase Pilar Domingo, *op. cit.*, p. 2 y ss.; Lars Chr. Blichner y Anders Molander, *op. cit.*, p. 4 y ss.; John Ferejohn, *Judicialización de la política, politización de la ley*, traducción de Felipe Brock y Cabrera para la Revista de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, México, Año XLV, núm. 184, enero-abril de 2002, p. 14 y ss.; C. Neal Tate y Tobjörn Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, 1995, p. 2 y ss.; Martin Shapiro and Alec Stone Sweet, *On Law, Politics and Judicialization*, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 258-291.

¹⁷⁰ Guillermo O'Donnell, *Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política*, Revista Española de Ciencia Política, No. 11, Octubre 2004, pp. 11-31. También se habla de un *accountability* vertical que se encarna en las elecciones.

ello ocurre, argumenta Epp, se producen 'revoluciones de derechos' (*rights revolutions*), que es el rótulo que parece tener en mente para la modalidad de judicialización de la política que analizamos en este trabajo.¹⁷¹

En la misma línea, pero con otro énfasis, se destaca la propuesta de los italianos Guarnieri y Pederzoli, quienes subrayan el rol que cumple lo que denominan 'la estructura general del sistema político' en la judicialización de la política. De acuerdo con estos autores, en los sistemas mayoritarios de gobierno existiría una menor chance de judicialización de la política, ya que la posibilidad de responder legislativamente de manera rápida a fallos constitucionales adversos reduciría el margen de maniobra de las cortes. Por el contrario, el poder judicial desempeñaría un rol político mucho más significativo en los sistemas políticos no mayoritarios, donde el poder se encuentra más disperso, sea como consecuencia de un federalismo robusto, la separación de poderes o la representación proporcional, o bien desproporcional. En todo caso, Guarnieri y Pederzoli reconocen que esto es una generalización muy amplia, que solamente especifica una condición necesaria, pero no suficiente, para el activismo judicial, ya que incluso en regímenes no mayoritarios el poder judicial tendrá que mostrar interés en influir en la formulación de política pública para que exista judicialización de la política. Y ello depende, principalmente, de la estructura organizacional del poder judicial, en particular, de la forma como se recluta, entrena y promueve a los jueces.¹⁷²

Este enfoque es similar al utilizado por Robert Kagan, que también enfatiza el contexto político en que funcionan las cortes como factor clave del activismo judicial. Kagan, partiendo de lo que denomina como 'legalismo adversarial' en los Estados Unidos, argumenta que el alto grado de activismo judicial que se observa en dicho país tiene explicaciones institucionales, históricas, y político-culturales específicas, que no necesariamente pueden reproducirse en otras latitudes. De acuerdo con este autor, los elementos que han contribuido al destacado papel que desempeñan en la formulación de políticas públicas las cortes de los Estados Unidos son los siguientes: a) un alto grado de fragmentación política del sistema político; b) un régimen federal fuerte; c) un sistema presidencial de gobierno; y d) partidos políticos relativamente débiles. En relación con los factores históricos que contribuyeron a la centralidad del poder judicial en la política norteamericana, Kagan argumenta que la aparición relativamente lenta de las burocracias gubernamentales a niveles tanto estatal como federal contribuyó a que la población se volcara a las cortes en busca de soluciones a problemas públicos. Éstas, por su parte, pudieron responder a esta demanda gracias a las peculiares características de la organización judicial norteamericana -altamente descentralizada- y a la forma en que se reclutan los jueces (diseño que permite el acceso a las cortes a destacados juristas y ex políticos). Finalmente, y refiriéndose a las variables culturales que influyen en el activismo judicial, menciona la extraña combinación de una cultura política que exige una amplia protección gubernamental y al mismo tiempo desconfía de la concentración del poder, lo que creó un espacio para

¹⁷¹ Charles Epp, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago and London: University of Chicago Press, 1998, p. 2.

¹⁷² Carlo Guarnieri y Patrizia Pederzoli, *Los Jueces y la Política. Poder Judicial y Democracia*, Taurus, Madrid, 1999, p. 140.

una vigilancia constante de los actos gubernamentales por parte del poder judicial. La virtud del análisis de Kagan es que sugiere que el exportar a otras latitudes el activismo judicial a través del trasplante mecánico de normas constitucionales e instituciones, no es algo fácil.¹⁷³

Sin embargo, la judicialización de la política no se limita solo al hecho de que los tribunales adquieren un papel más activo en la intervención en las disputas de naturaleza política, sino que esta situación permite deducir también que en la base política de un Estado, es decir entre sus ciudadanos, existen individuos y grupos de individuos que tienen razones para acudir a la justicia y obtener una reacción judicial, lo cual los convierte en nuevos actores políticos que llevan sus propuestas al marco del Poder Judicial, y no al ámbito de las legislaturas, interviniendo directamente en el ejercicio del control político. Esto pone de manifiesto otro concepto, el de '*accountability social*', "como un mecanismo de control vertical, no electoral, de las autoridades políticas, basado en las acciones de un amplio espectro de asociaciones y movimientos de ciudadanos, así como en acciones mediáticas (...) que tienen por objeto monitorear el comportamiento de los funcionarios públicos, exponer y denunciar actos ilegales de los mismos y activar la operación de agencias horizontales de control"¹⁷⁴.

En tanto las demandas de los ciudadanos estén relacionadas con asuntos que afectan el curso de las decisiones gubernamentales o que requieren la revisión judicial de la legalidad y la legitimidad de leyes o actos administrativos, dichas peticiones pueden constituirse en un instrumento para controlar la conducta de los agentes políticos.

Esta *movilización* legal configura a los ciudadanos como piezas que refuerzan la ley y como motivadores de potenciales leyes, pues la justicia permite que estos obtengan resultados de política sin la intervención de representantes. En este sentido Epp considera que "(...) la atención judicial sostenida creció en primer lugar gracias a la presión desde abajo, no desde el liderazgo desde arriba. Esta presión consistió en la organización deliberada y estratégica hecha por los que abogaban por los derechos. Y el abogar por los derechos estratégicos se hizo posible debido al desarrollo de lo que denomino 'estructuras de apoyo' (*support structures*) para la movilización legal, y que consiste en la existencia de organizaciones que abogan por los derechos, abogados especializados en ello, y fuentes de financiamiento (...) La movilización legal depende también de los recursos (...) Y los recursos para el derecho a litigar dependen de una estructura de apoyo"¹⁷⁵.

¹⁷³ Robert Kagan, *Adversarial Legalism and American Government*, en *The New Politics of Public Policy*, editado por M. Landy y M. Levin. Baltimore, Johns Hopkins University, 1995, pp. 86/116.

¹⁷⁴ Catalina Smulovitz, *Judicialización y accountability social*, Trabajo presentado en el XXII International Conference de la Latin American Studies Association- Washington D.C. September 2001, p. 2. Véase también Enrique Peruzzotti y Catalina Smulovitz, *Accountability Social, la otra cara del control*, en Enrique Peruzzotti y Catalina Smulovitz (editores) *Controlando la política. Ciudadanos y Medios en las Nuevas Democracias Latinoamericanas*, Buenos Aires, Editorial Temas, 2002.

¹⁷⁵ Charles Epp, *óp. cit.*, pp. 2/3.

Ahora bien, se nos podría hacer a esta altura una rápida y evidente crítica: aceptar la judicialización de la política sería equivalente a aceptar el *gobierno de los jueces*, que a través de casos particulares intervendrían en la formulación de políticas (lo que supondría, dada la dinámica organizativa de los tribunales, un mandato implícito con fines prácticos sobre como fallar en determinados casos dirigido a los tribunales inferiores -la *ratio decidendi* de los fallos de los tribunales superiores¹⁷⁶) como si fueran legisladores o el Presidente, y lo harían sin ser representantes de la ciudadanía y atribuyéndose a través de su accionar una competencia que esta exclusivamente establecida por la Constitución como la zona de reserva de los otros poderes del Estado, el legislativo y ejecutivo.

A tal razonamiento podríamos responder que en nuestro sistema judicial a los tribunales no se les permite crear derecho positivo ni tomar decisiones administrativas; pero si tienen la función de declarar la inconsistencia de leyes y actos de gobiernos con ciertas reglas primordiales que también son de raigambre constitucional, tanto en el ámbito provincial, como nacional. Más aun, si nos referimos al verdadero "efecto destructivo" de una norma jurídica o de un acto administrativo, este está en las manos de los Tribunales Superiores de Justicia en el ámbito de las provincias, y de la Corte Suprema de Justicia en el ámbito federal, siempre partiendo de la base de que como en todos los casos la práctica de las decisiones judiciales está ligada al derecho y a la ley, la racionalidad de la administración de justicia depende de la legitimidad del derecho vigente.

Hacemos hincapié en la función que tiene el Poder judicial en aras de garantizar el bien común y de proteger la libertad primordial y los derechos de los ciudadanos; la función judicial está orientada, en definitiva, a hacer efectivo el sistema de derechos; en esta tarea su actividad se dirige a considerar las leyes del Congreso y los actos administrativos del gobierno no de manera aislada, en cuanto a su propia legalidad, sino en cuanto son coherentes con aquellos principios y normas superiores que le otorgan legitimidad. Por lo tanto, la interpretación que realizan los tribunales respecto de leyes o actos políticos concretos, en situaciones de hecho específicas, no deriva en otra cosa sino en una interpretación constante de la Constitución que a través de las sentencias desprende su real normativismo. En este orden compartimos las ideas de John Ferejohn cuando señala que el aumento en fallos constitucionales transforma el paisaje de la política al forzar a los [agente políticos] a tomar en cuenta consideraciones constitucionales al preparar proyectos y tomar decisiones administrativas¹⁷⁷, de este modo, decir que la función de los jueces no es -en su medida- política sería semejante a afirmar que la Constitución no tiene validez como

¹⁷⁶ Néstor P. Sagues, *La jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Argentina (1997-1999)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 3, España, Enero-Diciembre 1999, "una interesante mutación jurisprudencial, que hoy perfila ya derecho constitucional consuetudinario, patrocinada por la misma Corte Suprema, ha concluido por señalar que sus fallos tienen efectos vinculantes para los tribunales inferiores, aunque ellos pueden apartarse del criterio de la Corte Suprema dando fundamentos valederos. Tales fundamentos deben aportar elementos de juicio distintos a los ya tratados por la Corte, cuando se ha expedido sobre un tema. En resumen, hoy debe alertarse que los fallos de la Corte Suprema tienen ciertas consecuencias expansivas que desdibujan la vieja tesis de ceñir sus resultados exclusivamente al caso concreto", p. 462.

¹⁷⁷ John Ferejohn, *op. cit.*, p. 14.

tal a la hora de marcar las pautas en lo relativo a la toma de decisiones políticas y a su ejecución.

Por otra parte, la dinámica del proceso político no nos garantiza que el ensanchamiento del Estado sea proporcional a la medida en que la libertad primordial y la democracia se fortalecen. Con esto queremos decir que aunque nuestra Constitución asocia el poder político propiamente dicho al Presidente y al Congreso, la dependencia del Poder Legislativo a las mayorías del partido gobernante, en un sistema hiperpresidencialista, hace que la parte sustancial de los poderes legislativos caracterizada por la posibilidad de proponer y estructurar la agenda deliberativa, este en manos del ejecutivo. Que este poder este en manos del ejecutivo significa que reside en manos de una mayoría, lo que empíricamente deja fuera del proceso a gran parte de la sociedad plural representada por las minorías parlamentarias; si por democracia no entendemos la tiranía de las mayorías sino el consenso a la hora de llevar a cabo el gobierno de un Estado, un Estado impulsado automáticamente por el gobierno en muchas de sus decisiones trascendentales es un Estado unidireccionado políticamente.

Verdaderamente, el debate político se entiende como una necesidad para realizar los valores democráticos medulares. La legislatura hace leyes que son obligatorias para todos nosotros y, por lo tanto, cada uno de nosotros tiene un interés en decidir quién debe participar en la legislatura. Tenemos derecho a monitorear los debates legislativos, a intervenir a tiempo e influir en sus decisiones, y a demandar, en las elecciones, que sus miembros se presenten ante nosotros y rindan cuentas de lo que han hecho.

El espíritu faccioso puede ser peligroso para la libertad y por lo tanto, en última instancia, para la democracia. Pero en una república, facciones y partidos que sirven para avanzar las causas públicas y privadas, no pueden abolirse sin socavar el gobierno republicano mismo. A lo más, la política de facciones y partidos puede regularse o administrarse para limitar los posibles abusos. Y la forma más satisfactoria de regulación confía en que la gente use el proceso electoral para corregir la patología política.¹⁷⁸

Las elecciones son indiscutiblemente el presupuesto de una democracia, sin embargo no son suficientes como un método de legitimación absoluta de los gobernantes por el tiempo que dure su detentación del poder. Los ánimos y percepciones de la ciudadanía durante el periodo entre elecciones la llevan a optar por la propuesta política con la que se sienten más identificados, pero desde el primer día de ejercicio, desde su primera función, el gobierno elegido necesita autolegitimarse no como una facción política triunfante que se adueña del Estado, sino como la facción política que se responsabiliza de gobernar una república compuesta por una sociedad plural libre que por lo general tiende a resistir el atropello y la corrupción del poder político. "Naturalmente, si la autorregulación democrática falla, existen salvaguardas constitucionales que los tribunales pueden hacer valer para limitar la hechura abusiva

¹⁷⁸ John Ferejohn, *op. cit.*, pp. 25/26.

de leyes”¹⁷⁹ para evitar así los arranques autocráticos que siempre vieron en la crisis de legitimidad democrática de un gobierno dado la oportunidad de tomar el poder.

3- La judicialización de la política como respuesta al hiperpresidencialismo. En rigor de la verdad, decir que hoy en la Argentina la creación de leyes tiene su fuente solo en el Congreso sería una afirmación simplista y poco realista. En primera instancia como señalamos arriba, el hecho de que la facción gobernante no solo detente la presidencia, sino que también tenga mayoría de legisladores en alguna de las cámaras del Congreso (o en ambas) hace que la esencia legislativa de proponer la agenda deliberativa este monopolizada por el ejecutivo.

En segundo lugar, si bien como regla la reforma constitucional de 1994 dejó establecido que el Poder Ejecutivo no puede arrogarse funciones legislativas, normativizó la práctica del Ejecutivo de dictar decretos de contenido materialmente legislativo cuya sanción correspondía al Congreso señalando que:

“Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.”¹⁸⁰

Con la intención de situar estas prácticas de la normalidad política en un marco jurídico-constitucional se dio origen a los llamados *decretos de necesidad y urgencia*, que como indica la doctrina su procedencia es aceptable solo cuando su uso sea imprescindible y ante cuestiones que no puedan esperar¹⁸¹; irónicamente la Constitución fue claramente malinterpretada y el creciente número de decretos de esta naturaleza demuestra que la excepción hoy cobra la fuerza legal de la regla.

En último término porque la reforma de 1994 también incorporó la posibilidad de que el Legislativo delegara en el Ejecutivo ciertas materias que le eran propias:

“Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa...”¹⁸²

¹⁷⁹ John Ferejohn, *op. cit.*, p. 26.

¹⁸⁰ *Constitución de la Nación argentina*, artículo 99, párrafo 3°.

¹⁸¹ Germán J. Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional*, t. I, Ediar, Bs.As., 1995, p. 65 y ss.

¹⁸² *Constitución de la Nación argentina*, artículo 76.

A través del uso y abuso de estas posibilidades el Ejecutivo reglamenta en diferentes áreas con fuerza de ley, lo que implica elegir ganadores y perdedores, cuestión que genera consecuencias políticas enormes, y por ello esta elaboración administrativa de leyes “esta inevitable y justificadamente politizada”¹⁸³.

Este sobredimensionamiento del Poder Ejecutivo que se traduce en una política expansiva sobre la sociedad civil hace surgir a su contraria, una política de contrapesos empujada desde las facciones minoritarias primero desde dentro del ámbito institucional del Congreso, en donde dichos sectores, en forma de partidos políticos, confluyen en el intento por implantar una agenda paralela con temas obviados por el gobierno, y por otro lado a través del *accountability social* ejercido desde abajo por los ciudadanos a través de denuncias que tienen por fin la protección de sus derechos ante un determinado acto político obligatorio que los lesiona.

Compartimos el criterio de O'Donnell acerca de que la democracia no es solamente un régimen político poliárquico sino un particular modo de relación entre el Estado y los ciudadanos, y entre los ciudadanos entre sí, bajo una especie de mando de la ley que sumado a los derechos políticos constituye el soporte de la ciudadanía civil y de una red de rendición de cuentas. Todos los agentes, públicos y privados, incluidos los funcionarios más altos del régimen, están sujetos a controles legalmente establecidos sobre la legalidad de sus actos.¹⁸⁴

Tal situación ilustra que la política –a veces una política de confrontación y partidista- expresada en la rivalidad entre ideas políticas es intrínsecamente política en el sentido de que la sanción de una ley o la toma de una medida de gobierno deben poder justificarse no solo política sino jurídicamente ante aquellos a los que se afecta. Naturalmente el argumento judicial nunca se expresa en términos partidistas, pero sus fundamentos son, sin embargo, argumentos políticos. En los tribunales dichos argumentos conciernen a la forma en que los textos legales se entenderán sobre la base de la consideración de la Constitución y otros principios de justicia tanto internos como supranacionales; son decisiones acerca de reglas primordiales de la convivencia, y por ello toda la ciudadanía tiene interés en ver de qué modo se deciden.

4- La judicialización de la cuestión política. Son dos las causas generales que reconocemos como activadores de la judicialización de la política: a) La primera de ellas habla de la creciente discrecionalidad de alguno de los departamentos del poder político, que lleva a una *fragmentación* que impide que los límites constitucionales sean plenamente efectivos. Cuando las ramas políticas no pueden actuar limitándose recíprocamente la gente que busca dar una solución a sus conflictos tenderá a gravitar hacia otras instituciones que les ofrezcan soluciones, y los tribunales pueden ser ese sitio. b) La segunda causa se desenvuelve como la hipótesis *de los derechos*, y se explica por la circunstancia de que los tribunales son el ámbito confiable para proteger

¹⁸³ John Ferejohn, *op. cit.*, p. 27.

¹⁸⁴ Guillermo O'Donnell, *Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America*, ed. J.E. Méndez, G. O'Donnell, and P.S. Pinheiro. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1999, pp. 318/320.

un amplio espectro de valores en contra de un potencial abuso u omisión de naturaleza política.¹⁸⁵

Podemos notar que estas dos causas no suponen en si una revolución del rol del Poder Judicial, mas bien, son manifestación directa de la función que hace a la esencia del mismo: ser garante del sistema de derechos, sin más. La novedad en realidad viene introducida desde el ámbito del proceso político, que se desarrolla de manera desequilibrada, generando una inestabilidad que se contagia a las instituciones primordiales del Estado de derecho menguando así la seguridad jurídica de los ciudadanos, que si bien por un lado forman parte de dicho proceso como la base del mismo, como los que lo legitiman, por el otro perciben que la dinámica del juego político les juega una trampa, como si se tratara de un círculo vicioso.

Frente al extravío de dicho escenario al Poder Judicial no le resta sino pasar a contrarrestar dicho desequilibrio mediante la efectivización del derecho a través de sentencias cuyo real efecto jurídico requiere muchas veces un movimiento político.

Un claro ejemplo de esto que hacemos mención se manifiesta en el caso "Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios"¹⁸⁶.

En dicho litigio, que llegó a instancias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Badaro, un ciudadano jubilado, recurre ante la justicia para hacer valer una pretensión de naturaleza previsional, en virtud de que la movilidad previsional que regía por aquel entonces (año 2006, y que regía desde muchos años atrás) resultaba ineficaz, pues no permitía que su prestación alcanzara un nivel adecuado en los términos que lo garantiza la Constitución en su artículo 14 bis; en otras palabras, tal y como surge del fallo del máximo tribunal, el régimen de movilidad vigente desconocía el derecho de Badaro "a una subsistencia decorosa y acorde con la posición que había tenido durante su vida laboral".

La Corte Suprema interpretó que la situación de desprotección del particular se debía a la omisión legislativa por parte del Congreso, quien en los términos de los artículos 14 bis, y 75 de la Constitución, y de la ley 24.463, era quien debía fijar los incrementos a través de las leyes de presupuesto –teniendo en cuenta claro, las proyecciones económicas y los desajustes¹⁸⁷, omisión, vale remarcar, que se extendía durante todo el periodo de tiempo entre 1995 (año en que había comenzado a regir la ley 24.463 de solidaridad previsional) hasta aquel 2006, omisión que además había

¹⁸⁵ John Ferejohn, *op. cit.*, pp. 32/33

¹⁸⁶ B.675.XLI., R.O., *Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios*. Adelantamos que el caso *Badaro* será oportunamente analizado con más detenimiento en el Capítulo III de este trabajo, por la importancia que presenta respecto al análisis específico de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables.

¹⁸⁷ "la efectividad de la cláusula constitucional sobre la movilidad jubilatoria debía resguardarse legislando sobre el punto, ya que la norma cuestionada sólo atribuyó la competencia para fijar su cuantía y señaló el momento en que ello debía realizarse, por lo cual su validez deberá analizarse a la luz del concreto ejercicio que el Congreso hizo de las facultades que se reservó, particularmente con relación al contenido que la Corte ha reconocido a dicha garantía.", B.675.XLI., R.O., *Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios*, considerando 6º).

querido ser subsanada por decretos del ejecutivo que no alcanzaban a contemplar la situación previsional en toda su dimensión, razón por la cual, en definitiva, la situación del actor no se enmarcaba dentro de ningún plexo normativo¹⁸⁸; Badaro era un ciudadano desprotegido jurídica y políticamente, no existía ninguna ley que lo amparase. Pese a esto, lo que si estaba claro para la Corte Suprema era la existencia de la Constitución¹⁸⁹, y a los fines de obtener una solución para el caso particular, pero consciente de que existían y existirían luego miles de personas en la misma situación que el actor –dada la dimensión política de la cuestión–, bregó por el cumplimiento de la Ley Suprema y ordenó en su parte resolutive “Comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de esta sentencia a fin de que, en un plazo razonable, adopten las medidas a las que se alude en los considerandos (...)”¹⁹⁰.

En el caso ilustrado el máximo tribunal argentino se encontró ante un vacío político que se dejaba ver a través de la particular situación de un ciudadano, y en ese sentido la misma particularidad del caso, la problemática política que residía en él, no era una cuestión de excepción sino que se convertía en regla como consecuencia de la inexistencia de una solución política que las dependencias del Poder público debían acordar respecto a una cuestión estructural en función de un llamado constitucional. Se trataba de una cuestión vital no para un individuo, ni para cierto sector de la sociedad plural, sino para el bien común presente y futuro de toda una comunidad, y dada la dimensión del vacío la respuesta jurídica del tribunal fue proporcional. Se trataba de una *cuestión política* que estaba rodeada de parámetros jurídicos que instaban a modificarla.

Un detalle sumamente importante que a nuestro criterio se muestra directamente relacionado con la prudencia por parte de los integrantes del Tribunal respecto del alcance exorbitante de su fallo, y que deja ver al mismo tiempo la sutileza y responsabilidad con la que fue tratada la cuestión: “*Que la misión más delicada de la Justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que deben*

¹⁸⁸ “el Tribunal tiene dicho que el precepto constitucional de la movilidad se dirige primordialmente al legislador, que es el que tiene la facultad de establecer los criterios que estime adecuados a la realidad, mediante una reglamentación que presenta indudable limitación, ya que no puede alterarla (art. 28) sino conferirle la extensión y comprensión previstas en el texto que la enunció y que manda a asegurarla. Ha señalado además que los cambios en las circunstancias pueden hacer que la solución legal, correcta en su comienzo, se torne irrazonable, y que cuando ello sucede el cumplimiento de la garantía en juego atañe también a los restantes poderes públicos que deberán, dentro de la órbita de su competencia, hacer prevalecer el espíritu protector que anima a dicho precepto, dentro del marco que exigen las diversas formas de justicia (Fallos: 301:319, 310:2212 y causa V.967.XXXVIII. “Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa S.A. s/ despido”, fallo de fecha 14 de setiembre de 2004).”, B.675.XLI., R.O., Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios, considerando 15).

¹⁸⁹ “Que no sólo es facultad sino también deber del legislador fijar el contenido concreto de la garantía constitucional en juego, teniendo en cuenta la protección especial que la Ley Suprema ha otorgado al conjunto de los derechos sociales, ya que en su art. 75, incs. 19 y 23, impone al Congreso proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social, para lo cual debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos, en particular, a los ancianos, norma que descalifica todo accionar que en la práctica lleve a un resultado que afecte tales derechos (doctrina causa “Sánchez” citada).”, B.675.XLI., R.O., Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios, considerando 17).

¹⁹⁰ B.675.XLI., R.O., Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios, parte final.

adoptar para solucionar el problema y dar acabado cumplimiento a las disposiciones del art. 14 bis de la Constitución Nacional. Todo ello sin perjuicio del ejercicio a posteriori del control destinado a asegurar la razonabilidad de esos actos y a impedir que se frustren derechos cuya salvaguarda es deber indeclinable del Tribunal (Fallos: 308:1848)¹⁹¹. El tribunal no tuvo la intención de adoptar el papel del legislador ni del Presidente, pero reconoció la urgencia con que esta cuestión debía ser tratada por los órganos competentes e instó a los otros dos poderes a que realicen una tarea que era debida -pues la propia Constitución era la que ordenaba a hacerlo- sentando la base material sobre la cual debería hacerse eficaz la futura ley, y manifestando su posición respecto al control posterior que eventualmente llegara a realizar sobre dicha ley. En este caso particular la Corte Suprema no claudico en su papel de contralor de la supremacía de la Ley fundamental, como el espacio de resguardo de la libertad primordial y los derechos de los ciudadanos.

¹⁹¹ B.675.XLI., R.O., Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios, considerando 18).

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy**, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994.
- Alonso García**, Enrique, *El tribunal Burguer y la doctrina de las political questions en los Estados Unidos*, Revista Española de Derecho Constitucional, Vol. 1, Núm. 1, 1981.
- Aragón**, Manuel, *El control como elemento inseparable del concepto de Constitución*, Revista Española de Derecho Constitucional, 1987.
- Aznar**, Luis, *Política: cuestiones y problemas*, 1ª ed., Emece Editores, Buenos Aires, 2007.
- Baeza**, Carlos R., *Cuestiones políticas*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As, 2004.
- Bidart Campos**, Germán J., *Compendio de derecho Constitucional*, 1ª. Ed., Ediar, Bs. As., 2004.
- , *Derecho Político*, Aguilar Argentina S.A. de Ediciones, 4ª Ed., Buenos Aires, 1972.
- , *La estructura tridimensional del Estado*, publicado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Revista de Estudios Políticos, numero 149, Madrid, septiembre-octubre 1966.
- , *Tratado elemental de derecho constitucional*, t. I, Ediar, Bs.As., 1995.
- Blichner**, Lars Chr. - **Molander**, Anders, *What is Juridification?*, working paper para el Centro de Estudios Europeo (ARENA) de la Universidad de Oslo, no. 14, 2005.
- Bobbio**, Norberto, *El futuro de la democracia*, Fondo de comercio económico, Buenos Aires, 2007.
- Chaires Zaragoza**, Jorge, *La independencia del poder judicial*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XXXVII, no. 110, mayo/agosto de 2004
- Conde**, Francisco Javier, *El hombre, animal político*, Madrid, 1957.
- Costa**, Flavia, *Introducción al libro de Giorgio Agamben, Estado de excepción*, Homo sacer, II, I, traducción de Flavia Costa e Ivana Costa, introducción y entrevista de Flavia Costa, Adriana Hidalgo Editora, Buenos Aires, 2004.
- Couso**, Javier, *Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política*, Revista de Ciencia Política / Volumen XXIV / N° 2, Universidad Diego Portales, Chile, 2004.
- Cristi**, Renato, *Participación, representación y republicanismo*, Anuario Filosófico, XXXVI/1, Departament of Philosophy, Wilfrid Lauriel University, Ontario, 2003.
- Dahl**, Robert A., *Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-maker*, Role of the Supreme Court Symposium, n. 1, Northwestern University, Journal of Public Law.
- , *Un prefacio a la teoría democrática*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1989.
- Dalla Vía**, Alberto R., *La doctrina constitucional de la emergencia*, Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional - Director: Alberto Ricardo Dalla Vía, Editorial LA LEY 2002.
- Denninger**, Erhard – **Grimm**, Dieter, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Trotta, Madrid, 1998.
- Domingo**, Pilar, *Judicialisation of Politics: The Changing Political and Social Role of the Judiciary in Mexico*, Instituto de Estudios de Iberoamerica y Portugal, Universidad de

Salamanca, Presented at the conference: Judicialisation of Politics, ILAS-University of London, 17-19 March 2004.

Epp, Charles, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago and London: University of Chicago Press, 1998.

Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Manual de la Constitución Argentina*, 5ª Ed., Depalma, Buenos Aires, 2002.

Fayt, Carlos S., *Teoría de la Política en el siglo XXI*, La Ley S.A., Buenos Aires, 2002.

Ferejohn, John, *Judicialización de la política, politización de la ley*, traducción de Felipe Brock y Cabrera para la Revista de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, México, Año XLV, núm. 184, enero-abril de 2002.

García Roca, F. Javier, *Sobre la teoría constitucional de Rudolf Smend (A propósito del libro de Pablo Lucas Verdú: La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar)*, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 59. Enero-Marzo, Madrid, 1988.

González Casanova, J. A., *La idea de Constitución en Karl Loewenstein*, Revista de estudios políticos, ISSN 0048-7694, N° 139.

Guarnieri, Carlo – **Pederzoli**, Patrizia, *Los Jueces y la Política. Poder Judicial y Democracia*, Taurus, Madrid, 1999.

Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez: comentarios retrospectivos*, manuscrito presentado en The Program For The Study of Law, Philosophy and Social Theory, University of New York, 1997.

-, *Facticidad y validez: sobre el derecho y del Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 4ª ed., Trotta, Madrid, 2005.

Haro, Ricardo, *Las cuestiones políticas: ¿prudencia o evasión judicial?*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Horvat, Pablo A. – **Vanossi**, Jorge R., *El fallo " Baker vs. Carr" y la justiciabilidad de las cuestiones políticas*, LL, t. 114, p. 986.

Huntington, Samuel P., *La democratización a finales del siglo XX*, Paidós, Buenos Aires, 1992.

Kymlicka, Will, *Contemporary political philosophy: an introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

Linares Quintana, Segundo V., *Reglas para la interpretación constitucional*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1987.

Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1983.

Lozada, Salvador M., *Crónica de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia*, JA, t. 1962-V.

Manili, Pablo, *La doctrina de la emergencia en la jurisprudencia*, Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional - Director: Daniel Alberto Sabsay, Editorial LA LEY 2005.

Mayol Miranda, Alberto, *La tecnocracia: el falso profeta de la modernidad*, Universidad de Chile, Documentos de Trabajo n° 81, 2006.

Miller, Jonathan y **otros**, *Constitución y poder político*, Astrea, Buenos Aires, 1995.

Montero Aroca, Juan, *Independencia y responsabilidad del juez*, Ed. Civitas, Madrid, 1990.

Nino, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, Emecé Editores S.A., 2ª edición, Buenos Aires, 1992

- O'Donnell**, *Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política*, Revista Española de Ciencia Política, No. 11, Octubre 2004.
- , Guillermo, *Acerca del Estado en América Latina contemporánea. Diez tesis para discusión*. Texto preparado para el proyecto "La Democracia en América Latina", propiciado por la Dirección para América Latina y el Caribe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (DRALC-PNUD), Universidad de Notre Dame, 2002.
- , *Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America*, ed. J.E. Méndez, G. O'Donnell, and P.S. Pinheiro. Notre Dame: University of Notre Dame Press.
- Pérez Hualde**, Alejandro, *La permanente invocación de emergencia como base de la crisis constitucional*, en LA LEY 2006-A, 872 – LL Gran Cuyo 2006 (febrero), 1 - Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo IV.
- , *Los Decretos de Necesidad y Urgencia*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995.
- Pettit**, Philip, *Republicanism: A theory of Freedom and Government*, Clarendon Press, Oxford, 1998.
- Rawls**, John, *La justicia como equidad: una reformulación*, 1ª ed., Paidós, Buenos Aires, 2004.
- Revenga Sánchez**, Miguel, *Notas sobre justicia constitucional e interpretación de la constitución (o en defensa de la interpretación como dialogo)*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 16, Madrid, 2005.
- Robbins**, Jeremy, *Re-leyendo los casos "Brown v. Board of Education", "Marbury v. Madison" y "Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus": lecciones para el litigio estratégico en la Argentina*, Separata de "Nueva Doctrina Penal", 2007/A, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- Sagües**, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo I, ed. Astrea, 1999.
- , *La jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Argentina (1997-1999)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N°3, España, Enero-Diciembre 1999.
- Sandel**, Michael, *Democracy's Discontent, America in search of a Public Philosophy*, Belknap Press, Cambridge, 1996.
- Sartori**, Giovanni, *¿Que es la democracia?*, Taurus, Madrid, 2007.
- Schmitt**, Carl, *Teoría de la Constitución*, Editorial Revista de Derecho Constitucional, Madrid, 1986.
- Schumpeter**, A., *Capitalismo, socialismo y democracia*, Folio, Barcelona, 1984.
- Shapiro**, Martin - **Stone Sweet**, Alec, *On Law, Politics and Judicialization*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- Smulovitz**, Catalina, *Judicialización y accountability social*, Trabajo presentado en el XXII International Conference de la Latin American Studies Association- Washington D.C. September 2001.
- Tate and Vallinder**, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York, 1995.
- Tajadura Tejada**, Javier, *La función política de los preámbulos constitucionales*, Cuestiones Constitucionales, numero 005, julio-diciembre 2004, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- Tribe**, Laurence, *American Constitutional Law*, Mineola, The Foundation Press, 1988.
- Verdú**, Pablo Lucas, *La interpretación constitucional*, Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca.
- Whittington**, Keith E., *Political Foundations of Judicial Supremacy*, publicado por Princeton University Press, © 2007.

Zafra Valverde, José, *La interpretación de las constituciones*, publicado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Revista de Estudios Políticos, número 180, Madrid, noviembre-diciembre 1971.