

EL CONTROL DE LAS DENOMINADAS CUESTIONES POLÍTICAS

IGNACIO M. DE LA RIVA

I. LA EXISTENCIA DE “CUESTIONES POLÍTICAS NO JUSTICIABLES” ES UN HECHO

La doctrina de las cuestiones políticas no justiciables es un tema que invita, inevitablemente, al debate.

Tenemos, por un lado, a sus sostenedores, que defienden la necesidad y conveniencia de que los jueces se abstengan de inmiscuirse en asuntos que, en razón de su hondo calado político, no deben ser resueltos por órganos cuya función es ajena a la política¹. Y, del lado de enfrente, nos encontramos con los detractores de la categoría que consideran que ella ha sido funcional al impulso natural de los jueces por evitar quedar envueltos en situaciones sensibles desde el punto de vista político².

Cualquiera sea la posición que uno asuma en este interesante y profundo debate acerca del límite de la función de los jueces, lo que parece indiscutible es que las cuestiones políticas son como las brujas: “que las hay, las hay”. De hecho, han estado presentes por todas partes: en los Estados Unidos se las ha llamado *political questions*; en el derecho continental europeo, *actos de gobierno*; y, entre nosotros, hacemos referencia a ellas, indistintamente, como *actos políticos*, *actos de gobierno* o *cuestiones no justiciables*.

¹ Entre los defensores de la tesis de la no justiciabilidad de las cuestiones políticas emerge la figura de Julio Oyhanarte, quien abogaba por el respeto de aquellas áreas que el régimen constitucional y legal quiso reservar a los órganos político-representativos, llegando, incluso, a sostener que los jueces no pueden irrumpir en ellas sin incurrir en desviación o exceso –ver su trabajo “Cuestiones no justiciables”, en el volumen titulado *Julio C. Oyhanarte. Recopilación de sus obras*, Buenos Aires, editado por M. Oyhanarte, 2001, p. 750–.

² Uno de los críticos más acérrimos de la doctrina de las cuestiones políticas en nuestro medio ha sido, sin duda, Bidart Campos, quien sostuvo que la retracción del control judicial en las cuestiones políticas importa, entre otras cosas, una violación al derecho a la jurisdicción de la parte afectada –ver su *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Tomo II, Buenos Aires, Ediar, 1986, pp. 371/372–.

Más allá, entonces, de las diferencias terminológicas aludidas, resulta fácil constatar que en todas las latitudes se observa el hábito de los tribunales de autolimitar su esfera material de actuación, declarándose incompetentes para intervenir frente a asuntos políticamente delicados.

Y nótese que no es, en modo alguno, una costumbre propia de nuestros días.

En el derecho francés, ya en 1822, pocos años después de la caída de Napoleón, el Consejo de Estado rechazó el recurso del banquero Laffitte, que exigía la liquidación de los pagos atrasados de una renta cedida por la princesa Borghese, miembro de la familia Bonaparte, alegando que “el reclamo del señor Laffitte se refiere a una cuestión política, cuya decisión pertenece exclusivamente al gobierno”³.

Si vamos al caso de Inglaterra, podemos remontarnos, todavía, casi cuatro siglos más, al año 1460, cuando los jueces desestimaron el pedido del duque de York de que se lo declarara heredero legítimo del trono, aduciendo que “incumbía a los lores del rey tener conocimiento de estas materias y mediar en ellas”⁴.

La Suprema Corte de los Estados Unidos, por su parte, en una de sus primeras intervenciones, en el famoso caso “*Marbury v. Madison*”, se ocupó de dejar sentado que existen asuntos políticos que no pueden ser examinados por los tribunales⁵. Lo que dijo la Corte norteamericana en esa ocasión tuvo un enorme influjo en la configuración de nuestro modelo judicial.

En la Argentina, la doctrina de las cuestiones políticas tiene, también, una larga tradición. La Corte apeló por primera vez a ella en 1893, en el caso “Cullen c/ Llerena”. La demanda perseguía que se restituyese en el cargo al gobernador de Santa Fe, destituido con motivo de la intervención federal dispuesta por el gobierno nacional. La Corte calificó, entonces, a la intervención de la provincia como “un acto político por su naturaleza, cuya verificación corresponde exclusivamente a los poderes políticos de la Nación, [...] el Congreso y el Poder Ejecutivo, sin ninguna participación del Poder Judicial”⁶.

A partir de esa ocasión, el listado de los actos políticos no justiciables se fue engrosando, hasta alcanzar una extensión sin duda respetable. El elenco de situaciones en las que los jueces, invocando dicha doctrina, se han apartado incluye: el reconocimiento de gobiernos extranjeros, la ratificación o denuncia de un tratado, la declaración de guerra y la decisión de acordar la paz, la declaración del estado de sitio, la reforma constitucional, el proceso de sanción de las leyes, el juicio político, los

³ Cfr. Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Tomo II, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, 2ª edición, p. 254 y sigs.

⁴ Cfr. Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 150/151.

⁵ Ver 1 Cranch 137, 2 I. Ed. 60 –1803–. He acudido a la traducción del fallo proporcionada por Miller, Jonathan M. – Gelli, María Angélica – Cayuso, Susana, en su libro *Constitución y poder político*, Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 5 y sigs.

⁶ *Fallos*: 53:420.

conflictos internos de las Cámaras legislativas, el veto presidencial, la acefalía presidencial, el indulto y la amnistía, los gobiernos de facto, las leyes presupuestarias, los conflictos entre poderes de una misma provincia, las cuestiones de límites interprovinciales, las controversias desatadas en materia electoral y de partidos políticos, el régimen interno de las universidades, el régimen de la función pública, la calificación de la huelga, la instrumentación del régimen tarifario y los conflictos interadministrativos⁷.

II. DOS POSIBLES PERSPECTIVAS

Una vez constatada la existencia de cuestiones políticas declaradas no justiciables por los tribunales, cabe abordar la problemática que ellas presentan desde dos posibles perspectivas de análisis:

a) desde una óptica meramente descriptiva, orientada a desmenuzar los casos involucrados, para intentar clasificarlos y trazar las tendencias observadas en la jurisprudencia; o bien,

b) con ánimo de aventurar un juicio de valor respecto a esta realidad que está, desde luego, en el mapa jurídico, con el afán de examinar si ella se justifica verdaderamente como categoría jurídica conciliable con los principios y criterios propios de un Estado de Derecho.

Frente a semejante disyuntiva, naturalmente, me he dejado seducir por la segunda opción, aquella que se dirige a sopesar la validez jurídica de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables. Y, para transitar ese camino, la pregunta relevante a la que hay que intentar dar respuesta podría formularse en estos términos: ¿existen asuntos que, en razón de la materialidad de la cuestión debatida, resulten ajenos a la competencia de los jueces?

III. LA COMPETENCIA DEL PODER JUDICIAL EN NUESTRA CONSTITUCIÓN

Esta pregunta nos lleva, necesariamente, a otra: ¿cómo está delimitada la competencia de los tribunales de justicia en nuestro sistema constitucional?

La Constitución define la competencia de la Corte Suprema de Justicia y de los tribunales inferiores de la Nación como el conjunto de atribuciones destinadas al conocimiento y decisión de las “causas” y “asuntos” descriptos en sus Artículos 116 y 117⁸.

⁷ Un repaso sistemático de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativa a dichos temas puede leerse en Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Tomo II, *op. cit.*, p. 158 y sigs.

⁸ La primera de dichas cláusulas establece, en efecto: “[...] 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, con la reserva hecha en el inc. 12 del Artículo 75 [...]”. El segundo, por su parte, aclara en qué casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación y en cuáles entenderá de manera originaria y exclusiva.

La Ley N° 27, sancionada por el Congreso federal apenas nueve años después de aprobada la Constitución, tuvo en miras precisar el modelo escogido por el constituyente, en vistas de lo cual sentó de manera definitiva el principio según el cual la justicia nacional “sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte”⁹.

Las palabras vertidas por el entonces miembro informante del despacho de la Ley N° 27, el senador Zapata, nos ofrecen una explicación muy precisa acerca de lo que el legislador persiguió al consagrar la fórmula arriba transcrita, la cual denota hasta qué punto los integrantes del cuerpo legislativo entendían el problema. A lo largo de su discurso, Zapata expuso que los jueces federales “conservan en el ejercicio de sus altas funciones los tres caracteres distintivos de todo juez común. Conservan su primer carácter, que es servir de árbitro entre partes, porque no obran jamás sin que haya contestación, ni juzgan sin que haya proceso. Mientras una ley no da lugar a una contestación y reclamo, el Poder Judicial federal no se ocupa de ella: jamás se pronuncia sobre una ley sin partir de un proceso, porque esto sería salir de su esfera para penetrar en el Poder Legislativo. Pero cuando, con motivo de un pleito o proceso, ataca no aplicando una ley relativa a un proceso, extiende el alcance de sus atribuciones pero sin salir de ellas, porque le es necesario en cierto modo juzgar primero la ley para juzgar enseguida el proceso. Conserva el segundo carácter del Poder Judicial, que consiste en pronunciar siempre sobre casos particulares y no sobre principios generales [...] Conservan por fin el tercer carácter, peculiar de todo el Poder Judicial, que consiste en no poder obrar sino cuando se le invoca o es requerido. Los jueces federales son por naturaleza pasivos; es preciso ponerlos en movimiento para que se muevan [...]”¹⁰.

A partir de las normas comentadas, se erige la convicción de que nuestro sistema se asienta sobre la clásica noción de *caso judicial*¹¹, figura que permite situar a los jueces en el lugar que les corresponde dentro del gobierno republicano adoptado¹².

⁹ Artículo 2° de la Ley N° 27. El énfasis ha sido añadido.

¹⁰ Ver el extracto del referido discurso del senador Zapata, transcrito por Rodolfo C. Barra, en su trabajo titulado “La legitimación para accionar. Una cuestión constitucional”, en AA VV, *Derecho procesal administrativo*, obra dirigida por Juan Carlos Cassagne en homenaje al Profesor Jesús González Pérez, Tomo I, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pp. 591/592.

¹¹ La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha profundizado sobre la idea de *caso judicial* en numerosas ocasiones. Una exposición detenida de la doctrina del caso judicial puede verse en el precedente de *Fallos*: 322:528. Ver, también, Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Tomo II, *op. cit.*, p. 276 y sigs.

¹² La necesidad de circunscribir el campo de actuación de los jueces frente a las políticas desplegadas por los otros dos poderes del Estado se exagera ante el carácter difuso del sistema de control adoptado por nuestro país, a ejemplo del modelo norteamericano –ver, en este sentido, Mairal, Héctor, “Control judicial de las políticas públicas”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2005, p. 320 y sigs.–.

Esta exigencia de que el Poder Judicial actúe a instancia de parte y que ésta esté legitimada para reclamar tal actuación –en función del vínculo estrecho que ha de mantener con la cuestión debatida–, hace al corazón del equilibrio entre los tres Poderes, ya que opera como contrapeso de la atribución de los jueces de controlar la validez constitucional de la actuación de los otros dos poderes.

Tales recaudos son consistentes, en definitiva, con la circunstancia de que la intervención de los jueces en cualquier asunto es específica, esto es, acotada al horizonte de la controversia que se somete a su conocimiento, en tanto los efectos de la decisión que se adopte habrán de circunscribirse a las partes involucradas en la contienda¹³.

Estas observaciones nos permiten afirmar algo más acerca del poder, si se quiere también político, que ejercen los tribunales de justicia: él no consiste en un poder de iniciativa, que pueda expandirse a criterio de quienes lo encarnan, sino que configura un poder de control de carácter pasivo, supeditado a que alguien con aptitud para hacerlo –léase, legitimado– reclame su intervención en el asunto. En palabras de Hauriou, el de los jueces es un poder *d'empêcher*¹⁴, es decir, de contener a los otros dos Poderes por vía de impedir la aplicación de las normas contrarias al régimen constitucional.

Para completar el cuadro, esta función de control a cargo de los jueces, en tanto se refiere, como podemos leer en el Artículo 116, al “conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación”, no debe extenderse sobre aspectos que trasciendan lo estrictamente jurídico. Tal es, pues, la tarea asignada a los jueces dentro del reparto tripartito de funciones previsto por el constituyente, una tarea que se limita a contrastar los conflictos que se les planteen con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, para decidir en consecuencia¹⁵.

¹³ Es preciso destacar, sin embargo, que, en el reciente caso “Halabi, Ernesto c/ PEN Ley N° 25.873 Decreto N° 1.563/2004” –sentencia de fecha 24 de febrero de 2009, publicada en el diario *LL*, del 2 de marzo de 2009–, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tras ratificar que en todo planteo judicial “la comprobación de la existencia de un ‘caso’ es imprescindible”, puntualizó que dicho presupuesto procesal exhibe una configuración diferente según la pretensión se vincule con derechos individuales o con derechos de incidencia colectiva –que pueden, a su vez, referirse a bienes colectivos o a intereses individuales homogéneos–. En tal sentido, según la propia Corte, en el caso de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, la homogeneidad fáctica y normativa que subyace a los derechos afectados “lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte”. Dicho precedente configura, sin duda, un punto de inflexión que obliga a matizar la doctrina clásica en materia de los alcances reducidos a las partes de las sentencias dictadas por los tribunales de justicia.

¹⁴ Cfr. Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, Madrid, Reus, 1927, p. 337.

¹⁵ El esfuerzo por clarificar todo cuanto sea posible el lugar que ocupan los distintos poderes –y, en particular, el Poder Judicial– dentro del esquema tripartito se presenta como el camino ineludible para un adecuado análisis de la problemática de las “cuestiones políticas”. A este respecto, Barra afronta esta tarea de precisar los perfiles propios de la función asignada a cada uno de los tres poderes con una

IV. UN VIRAJE HACIA CATEGORÍAS MÁS PROPIAS DE LA CIENCIA JURÍDICA

A la luz de estas breves reflexiones en torno a la competencia del Poder Judicial, se advierte fácilmente que muchas de las situaciones que los jueces buscaron sortear a través de la invocación de la tesis de los actos políticos, bien podrían haber sido descartadas por ellos con argumentos más ceñidos a la estricta lógica de su campo de atribuciones, es decir, más propios de la más acendrada ciencia jurídica. En otras palabras, para desestimar la pretensión, habría bastado, en la mayoría de los casos, con observar que se verificaba alguna de las siguientes tres situaciones:

a) que no se estaba ante un caso o controversia;

b) que el accionante carecía de ese interés calificado necesario para poder realizar el planteo –es decir, de legitimación¹⁶; o

c) que la decisión sometida al conocimiento de los tribunales pertenecía al ámbito propio de la discrecionalidad de los poderes políticos¹⁷ y que, por lo tanto, los instrumentos jurídicos con que cuentan los jueces para resolver las causas no resultaban aptos para su revisión¹⁸.

profundidad y originalidad encomiables, para mostrar cómo a los tribunales de justicia está reservado el cometido de intervenir con vistas a realizar adjudicaciones secundarias o derivadas, destinadas a controlar, bajo un prisma netamente jurídico, el comportamiento de los adjudicadores originarios –que actúan con criterio político, aunque no por ello por fuera del derecho– o a restaurar cualquier agravio que pudiera haberse producido respecto de los derechos adquiridos en función de esas mismas adjudicaciones originarias –cfr. Barra, Rodolfo C., “La legitimación para accionar...”, *op. cit.*, pp. 549/562–.

¹⁶ Bartolomé Fiorini destaca, a este respecto, que ciertos “actos políticos” no podrán ser jamás controlados judicialmente simplemente porque no tienen aptitud para lesionar derechos subjetivos, razón por la cual no se presenta la posibilidad de ejercer una acción judicial en su contra –cfr. Fiorini, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976, 2ª edición actualizada, pp. 342/343–.

También Marienhoff ha tomado nota de este fenómeno al acuñar su teoría del “acto institucional”, en tanto sostiene que este último no es susceptible de ser impugnado desde que, por su índole, no afecta derechos subjetivos de los administrados –cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1981, 3ª edición actualizada, pp. 758, 764 y 768/769–.

¹⁷ Fiorini también hace hincapié en este último aspecto, al enfatizar que la exclusión del control judicial sobre los llamados actos de gobierno pertenece, en muchos casos, a la competencia privativa de la Administración para apreciar los motivos que rigen toda atribución discrecional –cfr. Fiorini, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 340/341–.

En sentido concordante, Marienhoff sostiene que la emisión del acto institucional es siempre discrecional, en tanto depende del entero arbitrio del Poder Ejecutivo –cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 764/765–.

¹⁸ Sobre este punto, son aleccionadoras las palabras de Bianchi cuando observa: “[...] no es la importancia del asunto o su trascendencia institucional lo que excluye el control judicial”, sino que “[...] es la naturaleza del asunto lo que impide a los jueces controlar las razones que han tenido los poderes políticos para adoptar determinadas decisiones. Las cuestiones indicadas son políticas por naturaleza en la medida que la toma de decisión depende de una apreciación de la realidad –de su conveniencia y oportunidad– por parte del Congreso o del Presidente, que los tribunales no pueden revisar” –ver su libro *Control de constitucionalidad*, Tomo II, *op. cit.*, p. 274–.

Lo que estoy postulando, en suma, es que, antes que en una concepción tan amplia y susceptible de ser manipulada según convenga al tribunal de turno, como es la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, la –sana y prudente– abstención de los jueces frente a ciertos casos debería fundarse en argumentos más genuinos y más celosos del rigor jurídico¹⁹, como lo son aquellos que hacen a la demarcación precisa de los límites constitucionales y legales de la función encomendada a los magistrados de justicia. Se evitaría, así, ese margen de discreción tan poco saludable en manos de los jueces, por cuanto les permite –muchas veces abusando de la doctrina de las cuestiones políticas en su acepción más pura– contar con una salida fácil para eximirse de sus deberes frente a un caso sensible y comprometido que requiera de su intervención²⁰.

Es dable reconocer que la tendencia jurisprudencial de los últimos tiempos se ubica en la línea propuesta. Son cada vez más reiterados los casos en que los tribunales omiten referirse a la presencia de una cuestión política no justiciable y fundan el rechazo de la pretensión, con absoluto rigor, en observaciones de índole exclusivamente jurídica²¹.

De lo que se trata, en definitiva, es de no poner tanto el acento en el carácter *político* del caso, sino en su condición de *no justiciable*, esto es, ajeno a la competencia de los jueces.

¹⁹ En el mismo sentido, al examinar la teoría del acto de gobierno, Fiorini ha postulado: “[...] la investigación sobre ‘por qué no pueden ser controlados’ debe sustentarse en razones jurídicas y no políticas como hasta ahora se ha hecho, indicando cuál parte del acto se encuentra exenta del control y cuál es la causa” –cfr. Fiorini, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, Tomo I, *op. cit.*, p. 337–.

²⁰ A este respecto, Gordillo hace notar: “[...] cuando el juez se inhibe de intervenir por considerar que, tratándose de una cuestión política, es extraño a su función entender de ella, adopta una grave decisión. De este modo está tomando él mismo una tremenda decisión política que no está autorizado a hacer; pues decir que un acto político es no justiciable, es decir que el juez considera como políticamente deseable la libertad del administrador. Ello es, precisamente, inmiscuirse en política, pretendiendo alterar el juego normal institucional de los poderes” –cfr. Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2006, p. VIII-36–.

²¹ Entre muchos otros, cabe citar los siguientes casos: i) “Polino, Héctor y otro c/ Nación argentina” –*Fallos*: 317:341–, en el cual los dos actores invocaron su doble condición de ciudadanos y diputados nacionales para plantear la nulidad del proceso legislativo, que culminó con el dictado de la Ley N° 24.309, que autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a convocar a elecciones para convencionales constituyentes; la Corte desestimó la pretensión por considerar que no se configuraba el interés concreto, inmediato y sustancial necesario para que se pueda estimar que se está ante un caso judicial, al tiempo que negó, también, legitimación a los actores, pese a su condición de diputados; ii) “Rico, Aldo y otros s/ su presentación” –*Fallos*: 319:1.654–, donde se planteó una acción declarativa de certeza tendiente a que se declarase si el texto constitucional vigente incluía el Artículo 68 bis, que, según se aducía, había sido debatido, votado y aprobado por la Convención, el cual dio lugar a un rechazo de la pretensión, fundado en la ausencia de una causa o controversia; iii) “Ortiz Almonacid, Juan Carlos s/ acción de amparo” –*Fallos*: 322:385–, originado con motivo de la acción de amparo promovida por un afiliado del Partido Justicialista contra las normas constitucionales que obstaculizaban la candidatura presidencial de Carlos S. Menem, la cual fue rechazada por el Máximo Tribunal en virtud de la falta de legitimación del accionante, quien no era titular de la relación jurídica sustancial; y iv) “Iannuzzi,

V. SOBRE LA EXISTENCIA DE ACTOS NO JUSTICIABLES EN RAZÓN, EXCLUSIVAMENTE, DE SU SUSTANCIA POLÍTICA

Hechas estas consideraciones, resta todavía preguntarse si existen, de todos modos, controversias –en sentido pleno– planteadas por sujetos legitimados, en defensa de sus derechos subjetivos, susceptibles de ser resueltas mediante la aplicación de normas y criterios eminentemente jurídicos, que, en razón de su fuerte sustrato político, es decir, en consideración de las graves consecuencias que el mandato judicial a emitirse pudiera traer aparejadas para la pacífica convivencia entre los tres poderes del gobierno, deban ser apartadas de la decisión de los jueces.

Me estoy refiriendo a casos extremos, donde la intervención judicial vaya, previsiblemente, a desembocar en un auténtico conflicto de Poderes, en una crisis institucional excepcional, en una situación de ruptura entre el Poder Judicial y alguno de los otros dos órganos, y no en una mera fricción entre ellos, que es lo propio de la dinámica del sistema tripartito.

¿Sería aceptable, frente a tales casos, que el tribunal de turno fundara su reticencia a otorgar el amparo judicial requerido en la idea, tan reiterada en las sentencias, de que “la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes”²²?

Puestas las cosas en términos más descarnados, ¿podría justificarse el aplazamiento del deber de otorgar tutela judicial a un derecho individual violado, en la salvaguarda de un valor –supuestamente– máspreciado para la comunidad toda, como podría ser la subsistencia del sistema republicano o la preservación de la paz social?

¿Deberíamos considerar a una resolución semejante como fruto de una recta prudencia o, más bien, como resultado del instinto de autoconservación, innato en la naturaleza humana, a la que también pertenecen los jueces?

¿Tendría, en suma, un comportamiento de esa naturaleza alguna posibilidad de hallar sustento en nuestro sistema jurídico-constitucional?

El Artículo 116 de la Constitución atribuye al Poder Judicial conocer de “todas las causas regidas por la Constitución Nacional y las leyes”: ninguna controversia ha sido sustraída a su jurisdicción²³. Sostener lo contrario es ponerle un límite al Estado

Mario c/ Provincia de Entre Ríos y otro –Estado Nacional– –Fallos: 331:2287–, en el que el actor pretendía que se ordenara a la Presidente de la Nación y al gobernador de Entre Ríos que dispusieran el inmediato desbloqueo de la ruta a fin de liberar el tránsito por el Puente Internacional, que comunica las Ciudades de Gualeguaychú y Fray Bentos, pedido que fue desestimado por la Corte por entender que el actor no había acreditado la existencia de un agravio diferenciado que permitiera tener por configurado un caso judicial.

²² Fallos: 322:1.988.

²³ En términos similares, Gordillo observa que no existe en la Constitución excepción alguna a la garantía de defensa en juicio, traducida, en el caso de los actos públicos, en su necesaria revisión judicial –cfr. Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo II, *op. cit.*, p. VIII-13 y sigs.–.

de Derecho; supone mantener subsistentes ciertas “inmunidades del poder”²⁴. Tal como, con singular agudeza, ha señalado Sesin: “Si la unidad del ordenamiento jurídico regula la actividad del Estado, es lógico suponer que el acto político queda atrapado implícita o explícitamente en este sistema”²⁵.

Un asunto distinto es admitir que el juez no puede revisar el núcleo político del acto sujeto a su juzgamiento –núcleo que puede residir tanto en el objeto mismo de la decisión, como en la valoración de las circunstancias que la rodearon–, dado que ello pertenece a la discrecionalidad del órgano que lo dictó²⁶.

Puede suceder, entonces, que, desde la perspectiva del accionante, se verifique la aparente lesión de un derecho subjetivo, pero que el cumplimiento del correlativo deber por parte del sujeto público obligado no sea revisable por los jueces, en razón de su carácter político-discrecional²⁷. Se vuelve siempre, en suma, a la noción de *causa* o *controversia* necesariamente subyacente: debe existir un verdadero conflicto entre partes, donde la intervención del juez se dirija a resolver sobre “lo debido” por una de ellas a la otra, donde lo que esté en discusión sea reconducible, estrictamente, a una cuestión de justicia.

²⁴ Así lo ha entendido Eduardo García de Enterría en su clásico opúsculo *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1983, 3ª edición, p. 50 y sigs.

²⁵ Cfr. Sesin, Domingo, “Control judicial del ejercicio de la discrecionalidad y de los actos políticos”, en AA VV, *Tratado de derecho procesal administrativo*, dirigido por Juan Carlos Cassagne, Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 719. El mismo autor añade, en consonancia con ello: “[...] si actualmente el acto político forma parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar si efectivamente tal accionar ha sido correctamente ejercido ‘dentro’ de ese universo jurídico”; pero aclara, acto seguido: “[...] esto no implica revisar su esencia –elección de una opción entre otras igualmente válidas–, sino sólo su contorno externo e inserción en el sistema ordinamental” –*op. cit.*, p. 719–.

²⁶ Como con todo acierto afirma Baca Oneto: “[...] tanto la presunta naturaleza ‘política’ del acto de gobierno [...] como el carácter discrecional de un acto administrativo no implican la inadmisibilidad del recurso [...], sino únicamente podrán justificar la improcedencia de la impugnación, en tanto ésta se dirija contra el núcleo de la decisión, que los jueces no están capacitados para sustituir” –cfr. Baca Oneto, Víctor Sebastián, *Los actos de gobierno –Un estudio sobre su naturaleza y régimen jurídico–*, Lima, Universidad de Piura, 2003, pp. 147 y 148–.

Sobre la discrecionalidad administrativa y su control por parte de los jueces, *vid.* Cassagne, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2009, p. 173 y sigs.; y Sesin, Domingo, “Intensidad del control judicial de los actos políticos. El núcleo político discrecional excluido”, en la revista *Derecho administrativo*, N° 46, p. 763 y sigs. Por mi parte, he examinado lo atinente a los límites del control judicial de la discrecionalidad administrativa en un trabajo titulado “Algunas reflexiones en torno del bien común y la discrecionalidad administrativa”, publicado en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap:* 258:9, marzo de 2000.

²⁷ En un sentido similar, ver Barra, Rodolfo C., “Los conflictos de poderes y las llamadas ‘cuestiones políticas no justiciables’”, en AA VV, *Tratado de derecho procesal administrativo*, dirigido por Juan Carlos Cassagne, Tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 906/910.

En otros términos, lo que se intenta hacer notar es que si la manera en que el órgano político decide satisfacer dicha obligación admite cierta discreción, la conducta activa u omisiva que éste adopte deberá permanecer ajena al examen de los tribunales, en razón del respeto que merece ese margen de discrecionalidad política²⁸. En ello consiste, también, la división de Poderes. Pero semejante decisión judicial, vuelvo a insistir, debe tomarse sobre bases jurídicamente rigurosas.

En definitiva, la división de poderes sólo tiene sentido en la medida en que los tres vértices del gobierno operen como frenos y contrapesos entre sí. Ésa es la única razón de ser de tal separación, y ella se vería traicionada si, cada vez que los jueces deben jugar su papel, terminan escabulléndose con la excusa de que la materia no los involucra.

²⁸ La cuestión roza, por cierto, el tema de los *conceptos jurídicos indeterminados*, categoría que contribuye a precisar el justo alcance de la discrecionalidad administrativa. Recomiendo la lectura de las reflexiones que dedica al asunto Eduardo García de Enterría en su libro *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Civitas, 1998, 4ª edición ampliada, pp. 134/142 y 219/254.