

Título: Sobre la judicialización de las cuestiones políticas

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: LA LEY 14/12/2005, 1 - LA LEY2006-A, 858

Cita: TR LALEY AR/DOC/3555/2005

Sumario: SUMARIO: I. Inaplicabilidad de la concepción de los actos de gobierno en el derecho argentino. - II. Continuación: La discrecionalidad como nota distintiva del acto de gobierno. - III. Superación de la categoría del acto de gobierno: La doctrina del acto institucional. - IV. El control judicial de los actos de ejecución de los actos institucionales. - V. El desmantelamiento del acto político en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. - VI. Los intentos para delinear criterios restrictivos en torno al juzgamiento de las cuestiones políticas. Su valoración y crítica. - VII. La configuración del acto constitucional y su control por parte de los jueces.

I. Inaplicabilidad de la concepción de los actos de gobierno en el derecho argentino

La innegable influencia que ejerció la doctrina francesa sobre los publicistas argentinos, particularmente en quienes se enrolaron en el derecho administrativo (ya que los constitucionalistas han preferido referirse, en tales casos, a las "cuestiones políticas") hizo que se pretendiera transplantar la tesis gala a nuestro ordenamiento jurídico, sin reparar en que ella responde a una particular raíz histórico-política como tampoco en que se ha desarrollado en un sistema jurídico-institucional diferente.

Las razones que llevaron en Francia al Consejo de Estado a restringir sus funciones en aras de su supervivencia no tienen asidero en un sistema como el nuestro, donde el contralor jurisdiccional de la actividad de los órganos legislativo y ejecutivo se halla encomendado, por principio constitucional, a un órgano separado e independiente: el órgano judicial.

En nuestro ordenamiento, por aplicación de tal principio (por regla general) todo acto que afecte derechos subjetivos de los administrados se encuentra sometido al contralor de los órganos judiciales.

De manera que muchos de los actos que la doctrina consideraba en general como actos de gobierno (v.g. expulsión y prohibición de entrada a extranjeros, celebración de tratados internacionales, indulto, actos de política dictados en el transcurso de una guerra nacional contra extranjeros) (1) no escapan al contralor judicial, en cuanto afecten los derechos subjetivos de los administrados.

Por ello, la característica de no ser un acto justiciable que la doctrina adjudicaba a un sector de los denominados actos de gobierno no puede ser admitida en nuestro ordenamiento constitucional, en cuanto se halla en pugna con los principios que fluyen de los arts. 108, 109 y 116 CN, entre otros, aparte de las dificultades que existen (o bien, la imposibilidad) en el plano de la teoría jurídica, para escindir el concepto de acto de gobierno del de acto administrativo, en base a la naturaleza intrínseca del mismo.

En realidad, los actos que tienen efectos directos respecto de terceros (2) traducen el ejercicio de la función administrativa en sentido material, siendo, en principio, justiciables, por cuya causa, y en mérito a que carecen de un régimen jurídico peculiar, no se justifica otra categorización jurídica que la de los actos administrativos.

Con tales alcances, la concepción de los actos de gobierno no tiene vigencia en nuestro sistema jurídico, imponiéndose su supresión, ya que los supuestos mentados traducen siempre una actividad administrativa controlable en sede judicial.

II. Continuación: La discrecionalidad como nota distintiva del acto de gobierno

Tampoco resulta conveniente el criterio de quienes encuentran el fundamento de la distinción en el carácter discrecional que tendrían los denominados actos de gobierno (3). En primer lugar, porque si bien, en su gran mayoría, la emisión de tales actos es discrecional, no es menos cierto que existen actos de este grupo que tienen efectos reglados (v.g. el informe que debe requerirse al Tribunal competente en materia de indulto conforme el art. 99 inc. 5° CN) (4). En segundo término, (y lo que es más trascendente) tal característica no es idónea para diferenciar este grupo de actos de los numerosos supuestos en que la Administración Pública goza de facultades discrecionales, tanto en relación a la oportunidad para dictar el acto, como a su objeto, sin dejar de tener en cuenta que el carácter reglado o discrecional del acto no se presenta en plenitud, sino que, por lo general, existen unos aspectos parcialmente reglados y otros que son parcialmente discrecionales.

III. Superación de la categoría del acto de gobierno: La doctrina del acto institucional

La teoría del acto institucional fue elaborada por Marienhoff (5) con el objeto de independizar esta figura de la del acto de gobierno o político que había desarrollado la jurisprudencia francesa, la cual respondía a un modelo distinto, basado en un sistema de control cuyo eje no es judicialista.

Se trata de una teoría que no fue producto de una discrepancia meramente semántica sino de una

construcción que, lejos de ser autoritaria, se basó en los principios y normas constitucionales.

Para decirlo en palabras del propio Marienhoff, el acto institucional se vincula a la "organización y subsistencia del Estado", sin generar relaciones directas o inmediatas con los particulares o administrados (6), como acontece con algunos actos (v.g. apertura de sesiones del Congreso) o en el caso de las relaciones internacionales.

Su principal fundamento constitucional se apoyó en la observancia del principio de la separación de poderes (7) el cual, a través de un sistema de frenos y cortapisas, impide que se rompa el equilibrio a favor de los jueces, de modo que un poder quede a merced de otro.

Si se piensa, al propio tiempo, en nuestro sistema de control de constitucionalidad -que por principio es judicial- conforme a los arts. 109 y 116 CN, no puede aceptarse dentro de la sistemática constitucional que un juez federal disponga en determinados supuestos (actos que hacen a la subsistencia del Estado) de mayor poder político que el Ejecutivo y el Congreso, y pueda decretar, por ejemplo, el cese del estado de sitio o de la intervención federal a una provincia. Menos aun podría aceptarse el control judicial sobre típicos actos intra-orgánicos que se configuran en el plano constitucional (apertura de sesiones, etc.) que vinculan a órganos esenciales para la subsistencia del poder estatal.

No puede desconocerse que, respecto de aquellos actos que tengan o puedan tener un alcance general, la Constitución ha establecido un sistema de controles recíprocos, que vinculan por relaciones de interdependencia tanto al Órgano Ejecutivo como al Congreso.

El principal efecto de esta elaboración doctrinaria consistía en sustraer el acto institucional tanto de la construcción del acto político como del acto administrativo estableciendo su carácter no justiciable. En este sentido y sin dejar de valorar las bondades ni la sencillez de la teoría que continúa aún hoy día atrayendo a un sector de la doctrina (8), no podemos perder de vista la necesidad de adaptar la temática de las cuestiones al nuevo principio de la tutela judicial efectiva, ampliando, aun más si cabe, el escenario de los actos justiciables así como el relativo al juzgamiento de las cuestiones políticas.

En ciertos derechos, como el español y el argentino, las tendencias predominantes han logrado erradicar la antigua teoría del acto político, reduciendo sustancialmente el campo de los actos que no son susceptibles de revisión judicial. Esta realidad torna necesario centrar su configuración en las potestades que la Constitución atribuye en forma privativa a los poderes fundamentales del Estado y a una razonable interpretación que fundamente, en cada caso, su juzgamiento o no por parte de los jueces, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por estos motivos, como más adelante se señala, resulta preferible hablar del acto constitucional no justiciable como una construcción evolutiva de la teoría del acto institucional que encuentra, en esta tesis, una aplicación más restrictiva, compatible con el moderno principio de la tutela judicial efectiva (9).

IV. El control judicial de los actos de ejecución de los actos institucionales

Lo atinente al control que realizan los jueces sobre los actos o medidas de ejecución de un acto institucional constituye una cuestión totalmente distinta al problema del carácter justiciable del acto institucional, muchas veces confundida por los tratadistas y la jurisprudencia (10).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido la oportunidad de establecer su criterio sobre el punto, al debatirse el alcance de las facultades judiciales respecto al control de los actos y medidas que puede dictar el Poder Ejecutivo durante el estado de sitio. A partir del caso "Antonio Sofía y otro" (11), la jurisprudencia se ha orientado hacia el reconocimiento de las facultades de los jueces para ejercer un control de razonabilidad sobre los actos dictados por el Poder Ejecutivo en uso de las atribuciones que le confiere el art. 23 CN.

Los alcances del citado control de razonabilidad fueron determinados en posteriores pronunciamientos del Alto Tribunal con el propósito de evitar excesos interpretativos y que, a través del control de los actos particulares de ejecución del acto institucional (en este caso, el estado de sitio), se llegase al llamado "gobierno de los jueces" (12). Un análisis somero de los precedentes jurisprudenciales aludidos revela que dicho control de razonabilidad, en esta materia, comprende un doble aspecto: a) la relación entre la garantía afectada por el acto de ejecución del acto constitucional (estado de sitio) y el estado de conmoción interior; y b) la comprobación de si el acto administrativo guarda, en concreto, una proporción adecuada con los fines que se persiguen a través de la ley que declara el estado de sitio.

La Corte ha sostenido también que el examen de razonabilidad que realizan los jueces debe hacerse cuidando de no afectar por esa vía el ámbito propio y la función del estado de sitio (13), porque un ejercicio irrazonable de dicho control puede conducir a que los órganos judiciales se extralimiten en el ejercicio de sus funciones, olvidando que -en principio- les está vedada la apreciación de las condiciones de hecho que

determinaron la utilización de la facultad autorizada por el art. 23 CN (salvo que hubiera ilegitimidad manifiesta, comprensiva de la arbitrariedad e ilegalidad) y que cada órgano del Estado debe obrar con independencia de los otros, en sus respectivos campos de actuación [\(14\)](#).

V. El desmantelamiento del acto político en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Lejos de pasar revista a toda la jurisprudencia en materia de las denominadas cuestiones políticas que, en una extensa gama, la Corte Suprema de Justicia de la Nación rehusó revisar durante un extenso período que abarcó casi una centuria, vamos a considerar, seguidamente, algunos precedentes, en los que se remarcó el carácter justiciable de los actos estatales.

Así, el Alto Tribunal en el caso "Bussi" del año 2001, precisó que "dicha postura no fue mantenida en los términos de entonces", agregando que:

"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 la competencia del Senado de la Nación para determinar la designación de sus integrantes (Fallos: 321:3236, disidencia de los jueces Fayt y Bossert; disidencia del juez Belluscio y disidencia del juez Petracchi) o de sus facultades para decidir la detención de personas (Fallos: 318:1967 y 319:1222)"[\(15\)](#).

En el citado caso, el actor había promovido una acción de amparo cuyo objeto consistía en la pretensión de que se declare la nulidad de una decisión de la Cámara de Diputados de la Nación, que le negó su incorporación al cuerpo legislativo, rechazando su diploma de Diputado electo por la Provincia de Tucumán.

El planteo del accionante se circunscribía a si en el caso correspondía resolver "a la luz de la Constitución Nacional y de las leyes 19.945 y 23.398 ... si en el marco del art. 64 de aquélla, la Cámara de Diputados está facultada para rechazar el diploma de un diputado nacional electo por razones de índole política que se pretenden ocultar bajo un velo endeble de derecho y ética. Si la Cámara de Diputados puede añadir requisitos adicionales a los que taxativamente impone la Constitución Nacional para ser incorporado a ese cuerpo. Si, en definitiva, la Cámara de Diputados puede desconocer la voluntad manifestada en los comicios por la ciudadanía ..." [\(16\)](#).

Interesa destacar que la Cámara, al confirmar el fallo de primera instancia, rechazó in limine la acción deducida, sobre la base de que la decisión legislativa cuestionada judicialmente constituía una "acto institucional" excluido de la revisión judicial sosteniendo que el tema escapaba "al ámbito del Poder Judicial, ya que encomendarle la decisión de cuestiones como las de autos significa poner en juego la independencia del Poder Legislativo" y que el adecuado funcionamiento de este órgano, tenido en cuenta por los constituyentes al sancionar el art. 64, es lo que explica que el precepto constitucional citado le atribuye "dicho examen como competencia privativa de las Cámaras, con exclusión de todo otro poder" [\(17\)](#).

Pero la Corte Suprema, al resolver el recurso extraordinario interpuesto por el actor, declaró que la cuestión sometida a revisión era justiciable y, consecuentemente, revocó la sentencia que había resuelto que se trataba de un acto institucional no justiciable por los jueces.

Este fallo del Alto Tribunal se inspira en un conocido precedente de la Suprema Corte norteamericana ("Powel v. Mc Cormak") [\(18\)](#) y aunque traduce una política judicial más restrictiva respecto al juzgamiento de las cuestiones políticas y de los llamados actos institucionales, si bien refuerza las potestades jurisdiccionales de los jueces y de la propia Corte como intérprete final de la Constitución, recepciona la serie de condiciones -establecidas en la referida sentencia- que deben reunirse para que una political question pueda ser objeto de revisión judicial.

Desde luego que si bien resulta difícil elaborar una doctrina a la luz de un precedente singular, lo cierto es que de este fallo -que evidentemente amplía el círculo de los actos justiciables- no puede inferirse el abandono de la tesis que impide revisar ciertos actos constitucionales que, en base al principio de separación de poderes y a los criterios que se consignan más adelante, se consideran fuera de la competencia del Poder Judicial.

La síntesis de los fundamentos expuestos por la Corte en el caso "Bussi" se encuentra expuesta en los considerandos 6° y 7° del voto de la mayoría y en la disidencia del doctor Bossert que no difiere en su esencia del voto de la mayoría. En esta última se dijo:

"6. Que la Suprema Corte de los Estados Unidos en "Powell v. Mc. Cormack", afirmó la facultad del Poder

Judicial para revisar la exclusión dispuesta por la Cámara de Representantes respecto de un legislador. En tal sentido, 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, 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, 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, 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".

"7. 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)"(19).

VI. Los intentos para delinear criterios restrictivos en torno al juzgamiento de las cuestiones políticas. Su valoración y crítica

Como se ha señalado, la tendencia que muestra el derecho público moderno se inclina, salvo en Francia y en menor medida en los Estados Unidos, hacia el reconocimiento del carácter justiciable de las cuestiones políticas, aunque exhibe desacuerdos en punto a la configuración de la categoría, la cual, en alguna doctrina, no distingue entre "cuestión política" y "acto político o de gobierno", confundiéndolos, incluso, con el acto institucional, todo lo cual dificulta la sistematización comparativa de las diferentes doctrinas y su síntesis a fin de poder reducirlas a los aspectos que constituyen los núcleos centrales de cada postura.

Así, una primera postura rechaza que las cuestiones políticas no sean justiciables, cualquiera fuera el tipo de acto sometido a la revisión judicial con fundamento en los arts. 116 y 18 CN, con lo que no se plantea ni siquiera la configuración de una categoría diferente a la del acto administrativo (20).

Si bien esta posición es correcta con respecto a los antiguos actos políticos, basados, fundamentalmente, en la ideal del móvil político (en lo que coincide con la que sustentaron los partidarios del acto institucional) nos parece demasiado dogmática y sin apoyo en la realidad, aparte de implicar una interpretación muy rígida del principio de la separación de poderes. Sin embargo, el principio del cual parte es válido y sólo requiere armonizarlo con otros paradigmas constitucionales.

En una segunda orientación cabe ubicar a las opiniones que, con diferencias de matices, ponen más bien el acento en la naturaleza de los actos de sustancia política. Aunque sin criticar mayormente la teoría del acto institucional (21) o, incluso, encontrando afinidades, los respectivos autores proponen definir los actos políticos "por la particular relevancia política de su contenido"(22), lo cual, sin perjuicio de ser cierto, no deja de constituir una definición tautológica, salvo en el matiz que hace a la "relevancia". ¿Pero cuál es el criterio para medir la relevancia de una cuestión política para que no sea justiciable?

En general, no obstante que se observa en este grupo de teorías una línea más formal que sustancial proclive al mayor control posible por parte de los jueces se acude, paralelamente, a la figura del acto discrecional como algo inherente a todo acto de naturaleza política (23) al propio tiempo que utilizan el concepto de caso o de causa judicial para limitar su juzgamiento (24).

En una posición intermedia, englobando los criterios sustanciales y formales, cabe ubicar una de las más completas sistematizaciones que se han efectuado en la doctrina argentina (e incluso en la comparada) como es la llevada a cabo por Bianchi. Distingue este autor entre: a) cuestiones natural o constitucionalmente políticas; b) cuestiones funcionalmente políticas; c) cuestiones que el Congreso dice que son políticas; d) cuestiones que los jueces dicen que son políticas y e) cuestiones políticas encubiertas (25).

Dado que por las razones que más adelante damos, creemos que todas las cuestiones enunciadas en los

puntos b), c), d) y e) precedentes son justiciables, vamos a reseñar, por la relación que tiene con la tesis que propiciamos, la primera clasificación que enuncia Bianchi, que es, como puede advertirse, la de mayor trascendencia institucional.

Dicho autor, luego de indicar una serie extensa de cuestiones no justiciables (a la luz de la realidad jurisprudencial) como son, entre otras, la declaración o cese de guerra, convocar a una convención constituyente, decretar una amnistía, intervenir una provincia, decretar el estado de sitio, indultar, etc., concluye en que es la naturaleza del asunto lo que excluye el control judicial y no su trascendencia institucional, puntualizando que:

"Las cuestiones indicadas son políticas por naturaleza en la medida en 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" (26).

Un primer examen sobre esta postura revela que el criterio adoptado es casuístico (27) y que no proporciona datos sustanciales para definir lo que es una cuestión política. Sin embargo, al hablar de las cuestiones políticas de derecho Bianchi las precisa sosteniendo que esta categoría se funda en la separación de poderes que impide que los jueces invadan un área privativa del Congreso o del Presidente. Este concepto de área constitucional privativa no implica empero un área totalmente exenta de control, tal como surge de las dos excepciones que admite que son: a) aspectos formales o requisitos que pueden ser justiciables si la Constitución o la ley lo establecen (agregamos nosotros, conforme a una interpretación razonable, como son los requisitos del indulto establecidos en el art. 99 inc. 5° CN) y b) cuando la decisión del Congreso o del Presidente, aun siendo discrecional, resulta ser manifiestamente irrazonable (28).

Con respecto a la configuración de cuestiones políticas no justiciables, las diferentes posturas no apuntan a proporcionar un criterio sustantivo común que permita configurar dicha categoría con elementos diferentes a los que componen el acto administrativo y la observancia de los principios constitucionales básicos inherentes a la separación de poderes, al sistema judicialista y a la tutela judicial efectiva.

Por esa causa pensamos que la figura de la actividad discrecional no representa (sin perjuicio que existan cuestiones políticas de esa naturaleza) una vía idónea para definir la sustancia del acto no justiciable ya que la característica de lo discrecional apunta más que a lo privativo de la facultad, cuando las normas se refieren a conductas no predeterminadas que admiten una opción u opciones establecidas por el ordenamiento para el dictado de los respectivos actos estatales. En otros términos, que un acto privativo de naturaleza política puede ser tanto reglado como discrecional (29) y, al propio tiempo, constituir, según los casos previstos en la Constitución, un acto constitucional o un acto administrativo.

Apuntar, por otro lado, al caso o causa judicial, para definir lo que es un acto justiciable o no constituye una petición de principios, ya que lo que hay precisamente que determinar es bajo qué condiciones un determinado acto está exento de revisión por parte de los jueces y de allí deducir que no se está frente a un caso o causa judicial.

VII. La configuración del acto constitucional y su control por parte de los jueces

Como lo revela la síntesis doctrinaria que precede, subiste la incógnita en torno a si existen algunos actos emanados del Congreso o del Presidente que, por su carácter constitucional, no son susceptibles de fiscalización por parte de los jueces. Esta es la gran cuestión. Para dilucidarla, la doctrina corre el riesgo de quedar atrapada en el complejo weberiano que conduce a los juristas a no prescribir (ni, por ende, a realizar interpretaciones valorativas) en tanto su su tarea ha de limitarse a describir los sistemas sin valorarlos en función de criterios de justicia y racionalidad lógica (sin caer en el racionalismo filosófico) (30). De ese modo, despojando a los conceptos de su contenido valorativo nada es malo o bueno, falso o verdadero, real o irreal. Los conceptos quedan huecos y las categorías jurídicas desprovistas de sentido, con lo cual se genera una situación de anarquía interpretativa que resulta lesiva a la seguridad jurídica. Es el reino del relativismo en el que predomina la voluntad subjetiva.

Algo similar ocurre con las cuestiones políticas habida cuenta que la aceptación o no de su juzgamiento depende de criterios interpretativos que encierran una valoración del sistema constitucional.

Para resolver esta cuestión hay un punto de partida que contiene la formulación de la regla general y operan también unos criterios de excepción para el juzgamiento de determinados actos constitucionales, sin perder éstos el carácter de justiciables, aunque el juzgamiento no tenga la misma densidad de control y efectos que el acto administrativo ordinario.

Ese punto de partida no es otro que el principio de separación de poderes que, lejos de constituir un sistema rígido en nuestra Constitución, prescribe un esquema que implica una armonía y colaboración entre los distintos

poderes, junto a una atribución material de funciones que si bien adjudica en forma predominante al titular de cada uno de los tres poderes del Estado, no consagra la idea de una separación absoluta (31) -ni en sentido positivo- de las funciones estatales.

En el esquema de nuestra Ley Fundamental, la regla general es que, en principio, todos los actos emanados de los poderes Ejecutivo (32) y Legislativo son justiciables, con arreglo a las modalidades y excepciones que a continuación trataremos, a fin de completar la teoría procurando explicar lo que sucede en la realidad y su valoración constitucional.

Tal regla encuentra apoyo en dos principios constitucionales pétreos como son: a) el que proclama el sistema judicialista (arts. 108, 109 y 116 CN) y b) el que prescribe la tutela judicial efectiva (art. 8.1, Pacto de San José de Costa Rica y arts. 8, 9 y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -Adla, XLIV-B, 1250; XLVI-B, 1107-) que complementa la garantía de la defensa (art. 18 CN) (33).

Ahora bien, al lado de los actos administrativos, que son la mayoría, coexisten una serie de actos regidos predominantemente por el derecho constitucional que poseen características propias con diferentes modalidades en el régimen de control judicial, que los distinguen de aquéllos.

Estos actos, a los que se puede calificar de actos constitucionales, actúan en un ámbito y cumplen una función de superior jerarquía que los actos administrativos. Los aspectos que los tipifican consisten en que: a) se trata de actos privativos del Congreso o del Presidente, que surgen de preceptos constitucionales expresos (v. g. declaración de estado de sitio o intervención federal a las provincias, arts. 75 incs. 29 y 31 CN); b) esas potestades privativas se ejercen en el marco de las relaciones intra-poderes que vinculan a los órganos superiores del Estado o en el plano internacional (v.g. declaración de guerra, art. 99 inc. 15 CN) y c) consecuentemente, no generan efectos directos sobre las personas o particulares.

La característica descriptiva de estos actos constitucionales intra-poderes es que ellos no son directamente justiciables. Su juzgamiento se opera a través de los actos administrativos que los ponen en ejecución y nada impide que, en tales casos, los jueces se pronuncien sobre la constitucionalidad de la causa antecedente del acto administrativo de ejecución, aun cuando sus efectos se limitan a quienes fueron parte en la controversia, es decir, no son erga omnes, pues, de lo contrario, se conculcaría el principio de separación de poderes.

El juzgamiento de un acto constitucional requiere, desde luego, que se configure un caso o causa judicial (art. 116 CN), en la que el particular alegue un derecho, interés o ventaja (legitimación en sentido amplio) (34) para lo cual es fundamental determinar si se cumplen o no los requisitos establecidos para su configuración. En tales supuestos, podría no haber un acto justiciable ni, por ende, un caso judicial. Sin embargo, creemos, siguiendo el criterio propiciado por Bianchi (35) que, excepcionalmente, se impone el juzgamiento pleno a petición de cualquier habitante (aun cuando no alegue una violación concreta ni directa de sus derechos) que invoque una absurda o abusiva interpretación de la Constitución, o bien, una manifiesta irrazonabilidad que implique una grosera violación constitucional (ej. intervención a una Provincia por no haber recibido al Presidente en el aeropuerto con los honores de estilo) (36).

En suma, la tesis del acto constitucional no justiciable tiene un campo estrecho de aplicación siendo de interpretación restrictiva, pues frente a cualquier acto que afecte en forma directa a un sujeto (37), éste tiene la posibilidad de acudir a la justicia, cualquiera fuera la fuente de la que proviene el agravio, para obtener el restablecimiento de sus derechos, cuando el acto lesivo conculque una prescripción constitucional o legal.

Como observación final queremos tan sólo señalar que la tesis que proponemos, si bien tiene su encuadre jurídico en nuestra Constitución, exhibe un cierto paralelismo con las interpretaciones doctrinarias que se han venido haciendo sobre el sistema judicialista español (38), lo cual no es de extrañar dado que éste se halla estructurado sobre bases y principios semejantes. Creemos, por último, que la tesis del acto constitucional justiciable, aun con sus limitaciones, traduce la idea de compensar las potestades de los jueces para fiscalizar al Congreso y al Presidente y el respeto de las facultades privativas de éstos, sin resignar los postulados del sistema judicialista razonablemente interpretado ni la garantía de la tutela judicial efectiva, principios cuya observancia aseguran el adecuado equilibrio orgánico y funcional que impone el principio de separación de poderes, ínsito en la Constitución histórica de Argentina y en el orden de la realidad de nuestro Estado de derecho.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

- (1) BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", t. V, 6ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1966, p. 707 y siguientes.
- (2) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de derecho Administrativo", t. II, 1ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, ps. 703-704.
- (3) Véase: RANELLETTI, Oreste, "Le guarentigie delle giustizia nella publica amministrazione", Milán, 1937,

ps. 41-42.

(4) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. II, p. 711.

(5) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. II, p. 206 y p. 763 y siguientes

(6) Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. II, ps. 757-758; ver también: BARRAZA, Javier I., "Manual de Derecho Administrativo", La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 261 y siguientes

(7) LINARES QUINTANA, Segundo V., "Tratado de la Ciencia de Derecho Constitucional Argentino y comparado", t. II, Plus Ultra, Buenos Aires, 1956, p. 312; y nuestro "Derecho Administrativo", t. II, 7ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, p. 73.

(8) También en el plano de los proyectos legislativos destinados a regir el contencioso-administrativo. En tal sentido, el Proyecto de Ley Reguladora del Proceso Contencioso-Administrativo, presentado en el año 2005 por el Senador Marcelo A. H. Guinle, prescribe que "La competencia contencioso-administrativa no procederá respecto de actos institucionales, tales como la declaración de guerra, celebración de tratados internacionales, intervención federal a las provincias o a la Ciudad de Buenos Aires y declaración del estado de sitio" (art. 4, primera parte, del Proyecto).

(9) PERRINO, Pablo E., "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa", en AA.VV., "Proceso Administrativo I", Revista de Derecho Público, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2003, ps. 257-294 y CASSAGNE, Juan Carlos, "La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa", REDA N° 32, Depalma, Buenos Aires, 1999, ps. 525-545.

(10) No es exacto como dijera la Corte (Fallos, 243:504 y siguientes), que las medidas de ejecución del estado de sitio constituyen actos de gobierno o actos institucionales (este último agregado es nuestro), ya que se trata siempre de actos administrativos.

(11) Fallos, 243:504.

(12) Fallos, 244:59; 259:196; 251:404, entre otros.

(13) Fallos, 243:504, consid. 5°.

(14) Fallos, 195:439; 236:657.

(15) "In re" "Bussi, Antonio Domingo c. Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/ incorporación a la Cámara de Diputados", Fallos, 324:3374 y, especialmente, p. 3379 (disidencia del Dr. Gustavo A. Bossert, a la que pertenece la cita del texto) que, salvo las remisiones a los votos en disidencia de los antecedentes jurisprudenciales señalados, resulta similar, en su esencia, al voto de la mayoría del Tribunal que contó con el voto favorable del doctor Enrique S. Petracchi.

(16) Fallos, 324:3375, considerando 2°.

(17) Fallos, 324:3375, considerando 2°.

(18) 395 U.S. 486.

(19) Fallos, 324:3279-3280.

(20) Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional", t. I-A, Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 426; GORDILLO, Agustín A., "Tratado de Derecho Administrativo", t. 2, 4ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, Cap. VIII.

(21) SESIN, Domingo Juan, "Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica", 2ª ed., act. y ampl., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 416 y siguientes, especialmente ps. 425-427.

(22) DE LA RIVA, Ignacio, "Control judicial de los actos de gobierno: estado actual de la cuestión", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Procedimiento y Proceso Administrativo, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la UCA, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 472.

(23) Cfr. DE LA RIVA, Ignacio, op. cit., p. 670.

(24) BIANCHI, Alberto B., "Control de constitucionalidad", t. 2, 2ª ed., Abaco, Buenos Aires, 2002, p. 272.

(25) BIANCHI, Alberto B., "Control de constitucionalidad", cit., t. 2, p. 285.

(26) BIANCHI, Alberto B., "Control de constitucionalidad", cit., t. 2, p. 274.

(27) Cabría extenderle la crítica que se ha hecho al sistema de la lista del Consejo de Estado francés.

(28) Cfr. BIANCHI, Alberto B., "Control de constitucionalidad", cit., t. 2, ps. 275-276.

(29) Este es un aspecto que suele prestarse a confusiones porque el núcleo de la cuestión política no está conformado por una potestad discrecional inherente como si no hubiera actos constitucionales reglados que configuran cuestiones políticas justiciables (v.g. los requisitos establecidos en el art. 99 inc. 5° CN para otorgar el indulto). Desde luego que, tratándose del control que ejercen los jueces sobre la actividad discrecional el problema es la densidad de su ejercicio y no el control en sí mismo que, respetando la separación de poderes, permite al juez verificar la razonabilidad de los criterios administrativos que llevaron a la Administración a elegir una opción entre varias posibles. En otras palabras, el control judicial de la discrecionalidad de los actos administrativos no se diferencia, en principio, del que los jueces pueden ejercer sobre la discrecionalidad de los denominados actos constitucionales. En una línea semejante, véase: SESIN, Domingo Juan, "Administración

Pública ...", cit., p. 433.

(30) SARTORI, Giovanni, del *Corriere della Sera*, de Milán, en un trabajo traducido por Mirta Rosenberg, y publicado en el diario *La Nación* del 26 de julio de 2005, en el que a propósito de "El terrorismo y las ilusiones peligrosas" (es el título que lleva), aborda la cuestión aludida en el texto, en la misma línea que venimos sosteniendo, quizás con demasiado énfasis, en algunas polémicas que mantuvimos últimamente. Dice al respecto SARTORI: "El debate es añejo. Ya Hobbes lo conocía. Y desde hace un siglo, el principio de la 'valoración' (la Wertfreiheit de Max Weber) ha constituido el centro del debate de las ciencias sociales. Según este principio, el especialista no debe valorar y no debe 'prescribir' tan sólo debe 'describir'. De acuerdo. ¿Pero cómo? ¿Llegando incluso a esterilizar el lenguaje? En ese caso deberíamos eliminar todas las palabras emotivas y valorativas que aluden a cosas buenas (deseables) o bien a cosas malas (rechazables)", agregando que la "...trama de valoración' está alimentada por el lenguaje. Los animales no tienen un lenguaje valorativo, los seres humanos, sí", y que "... Eliminar palabras es empobrecer la potencia y precisión del lenguaje. Como decía Linneo, nomina si nescis, perit et cognitio rerum, si no tiene nombre, la cosa ni se percibe" (*La Nación*, 26 de julio de 2005).

(31) BOSCH, Jorge Tristán, "Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes", con prólogo de Rafael Bielsa, sección Publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Peuser, Buenos Aires, 1945, ps. 90, 103, 209 y siguientes. Al igual que los assembleístas franceses de 1789-1791, que interpretaron erróneamente a Montesquieu, muchos juristas (empezando por Kant) han sido partidarios de una concepción absoluta y positiva de la separación de poderes y aún hoy día incurrn en este error muchos publicistas vernáculos, aplicando el principio -como decía Bosch- "con todo el rigor de un teorema geométrico" (op. cit., p. 200).

(32) GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Anotada y concordada", 2ª ed. ampl. y act., *La Ley*, Buenos Aires, 2003, p. 755, puntualiza, con cita de Coviello, que es un principio compatible con el Estado de Derecho y con el art. 109 CN, aun cuando se trata de actividades discrecionales en los que varía el alcance o extensión del control judicial.

(33) Este argumento fue sostenido por GORDILLO para fundar el carácter justiciable del acto político o de gobierno (véase: GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", t. 2, 3ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, p. VIII-16 y siguientes).

(34) Ampliar en JEANNERET de PÉREZ CORTÉS, María, "La legitimación y el control judicial. El alcance del control judicial del ejercicio de las funciones administrativas públicas", en *Documentación Administrativa*, N° 269-270, t. II, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 2004, p. 7 y siguientes

(35) BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, cit., t. 2, p. 276.

(36) Lo que si bien podría generar una situación de conflicto provocada por la descortesía del Gobernador, no sería razonable que ello fuera una causal que pudiera dar fundamento a una intervención federal.

(37) Cfr. LUQUI, Roberto E., "Revisión judicial de la actividad administrativa", t. I, *Astrea*, Buenos Aires, 2005, p. 281.

(38) Vid. MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General", t. I, *Civitas*, Madrid, 2004, p. 589 y siguientes; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", t. I, 10ª ed., *Civitas*, Madrid, 2000, p. 572 y siguientes.