

# LA JUDICIALIZACIÓN DE LAS CUESTIONES POLÍTICAS

*por Juan Carlos Cassagne*

## I. LAS CUESTIONES POLÍTICAS

### 1. Síntesis liminar del problema y dificultades que plantea

En el campo doctrinario y jurisprudencial ha sido siempre –desde el imperio del Estado de Derecho- un problema de difícil solución el relativo al grado de control que deben ejercer los jueces sobre las llamadas cuestiones políticas relativas a actos provenientes de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Su análisis adquiere singular trascendencia en virtud de su vinculación al principio de la separación de los poderes y porque de ella depende, en algunas ocasiones, hasta la subsistencia del propio Estado.

Las distintas posiciones expuestas en torno al carácter justiciable<sup>1</sup> de las cuestiones políticas varían entre la oposición rígida al contralor judicial de las mismas, por un lado, y la asignación plena de atribuciones al órgano judicial para entender en su juzgamiento, por el otro. No obstante, ello no impide que ambas se fundamenten en la doctrina de Montesquieu.

Ante todo, queremos decir que la historia de las cuestiones políticas puede reflejar la apariencia de una evolución estrictamente jurídica que opera en el plano interno de la ciencia que aborda su estudio. Sin embargo, no hay que desconocer que toda categoría no puede prescindir del contexto histórico ni de ser objeto de uso por parte de una comunidad determinada. Esta es la gran paradoja que rodea al tema dado que el jurista difícilmente escape a la trampa de elaborar un pensamiento propio, no sobre la base de los principios del sistema y su adecuación a la realidad sino a través de conceptos históricamente inventados.

---

<sup>1</sup> Se nota, al respecto, la utilización de términos que si bien guardan alguna similitud con los propios de nuestro idioma, sería conveniente depurar del léxico de la gran parte de los juristas. Los modismos más utilizados son judiciabilidad, actos judiciables y justiciabilidad. Ninguno de ellos figura en el Diccionario de la Real Academia Española.

En síntesis, la comunicación jurídica se produce en un escenario en el que prevalecen los malentendidos y autores atrapados por el objeto que artificialmente han creado con la idea de cambiar la historia o correr su curso hacia su molino<sup>2</sup>.

a) *Concepción limitativa del juzgamiento*

La concepción restrictiva del control judicial sobre las cuestiones políticas pone el acento en la necesidad de impedir el llamado “gobierno de los jueces”<sup>3</sup> a efectos de resguardar el principio de equilibrio en que se nutre la doctrina de la separación de poderes y de evitar, por lo tanto, que un poder quede a merced de otro, como consecuencia de trasladar el poder político a los tribunales judiciales, con todas las implicancias que tendría la injerencia política de los jueces<sup>4</sup>.

En esa línea, pero en una postura menos rígida y más realista, se ubica BADENI al sostener que “en definitiva, las cuestiones políticas no abarcan todas las facultades constitucionales conferidas a un órgano político sino solamente aquellas que revisten carácter discrecional en orden a su contenido, oportunidad y conveniencia y que no son

---

<sup>2</sup> Muchas de las nociones que se han dado y se elaboran son armas de lucha ideológica y las categorías resultantes no pueden ser menos que hijas de esas luchas. La misión del jurista consiste en buscar la verdad de esas estrategias y tácticas, tratando de indagar acerca de lo que está detrás de lo que se presenta como incondicionado, refiriendo las teorías a las condiciones sociales que rodean su creación y su utilización, para poder vislumbrar los efectos que producen o producirán. Para ello, hay que partir, obviamente, del proceso de comprensión histórica de las instituciones.

<sup>3</sup> Sobre este problema véase: LAMBERT, Edouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis; l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, M. Giard, París, 1921. Afirma este autor que el inmenso poder político que poseen los tribunales norteamericanos conduce a proclamar la existencia de un real “gobierno de los jueces” como también de una verdadera oligarquía judicial (op. cit., p. 9). Boffi Boggero es partidario de la tesis de que los jueces deben gobernar conforme a las normas vigentes, señalando que tal función no es plenamente cumplida en muchos de los supuestos por la pretensión del Poder Ejecutivo de extender su esfera de competencia y correlativamente, la declinación que los jueces realizan de sus propias facultades (BOFFI BOGGERO, Luis María, “La teoría de la separación de los poderes y el gobierno de los jueces”, ED, 12-831, especialmente p. 836).

<sup>4</sup> BIDEGAIN, Carlos María, *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional I*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 127 y ss., especialmente ps. 136-140. Tal postura también fluye de varios fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*Fallos*, 263:267).

susceptibles de ser examinadas por los jueces sin alterar el equilibrio e independencia de los poderes consagrados en la Ley Fundamental”<sup>5</sup>.

*b) Posturas que propugnan el control judicial pleno*

En el otro extremo, una postura más estricta reclama el pleno juzgamiento de las cuestiones políticas considerando que la ausencia de control judicial respecto de tal tipo de actos conduce irremisiblemente al predominio de los poderes ejecutivo y legislativo sobre los jueces en detrimento de los derechos de las personas, y que, la detracción de las competencias propias del poder judicial afecta el equilibrio que debe reinar en los órganos que ejercen el poder del Estado, el cual se ha instrumentado precisamente en resguardo de los derechos de los administrados.

Dentro de esta línea doctrinaria, BIDART CAMPOS afirma que uno de los argumentos más importantes que obligan a su juicio a compartir la tesis del control jurisdiccional amplio de las cuestiones políticas, radica, en nuestro régimen constitucional, en el art. 116 CN, cuando reserva al poder judicial el conocimiento de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, determinantes de la competencia de la justicia federal<sup>6</sup>.

Entre nosotros también BOFFI BOGGERO ha adherido a la concepción que preconiza un contralor judicial sobre las cuestiones políticas sin restricciones<sup>7</sup>, invocando en apoyo de la tesis la opinión de ROSTOW –quien se pronuncia en definitiva a favor del gobierno de los jueces- sosteniendo que la actividad momentánea de los órganos legislativo y ejecutivo, no

---

<sup>5</sup> BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, T° 1, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 211.

<sup>6</sup> Sostiene dicho jurista que: “cuando se dice *todas* las causas es imposible interpretar que haya *algunas* causas que escapen al juzgamiento. Dividir las causas en judiciales y políticas (no judiciales) es fabricar una categoría de causas en contra de lo que impone la Constitución. En el Estado actual de nuestra jurisprudencia, no caen en el ámbito de la jurisdicción *todas* las causas que versan sobre los puntos regidos por la Constitución, porque un tipo de causas (“las políticas”) se sustraen al juzgamiento (Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., “La jurisdicción judicial y las cuestiones políticas”, ED, 9-918/919).

<sup>7</sup> BOFFI BOGGERO, Luis María, op. cit., p. 831 y ss, especialmente p. 835.

puede violar los derechos y garantías individuales que prescribe la Constitucional Nacional, instrumentados con un sentido de mayor permanencia<sup>8</sup>.

La revisión judicial de las cuestiones políticas, que se hace fundamentalmente a través del control de constitucionalidad, procura proteger los derechos de las personas contra la omnipotencia de los poderes legislativo y ejecutivo, cuyas actividades, influidas muchas veces por concepciones sociales transformadoras, pueden afectar la estructura y fines de la Constitución<sup>9</sup>.

Sin embargo, no puede perderse de vista la circunstancia de que en nuestro país han sido los propios jueces quienes han declinado intervenir en el juzgamiento de las denominadas cuestiones políticas, y esta postura podía advertirse en la mayoría de los fallos de nuestro más Alto Tribunal sobre todo, antes de la reforma constitucional de 1994. Por el contrario, en los Estados Unidos de Norteamérica, la Suprema Corte había adoptado una postura más favorable al juzgamiento de tales cuestiones, cuya vigencia se consolidó en los hechos, en gran parte, debido al sentido dinámico de su labor interpretativa, o en otras palabras, por su adecuación a los cambios<sup>10</sup>.

No parece que so color de la mentalidad conservadora de los jueces pueda trastocarse el sistema de contralor de las funciones legislativa y administrativa que está a cargo de los jueces por imperio de claras disposiciones constitucionales (arts. 116 y 117 CN).

---

<sup>8</sup> ROSTOW, Eugène, *The sovereign prerogative*, p. 173, citado por Boffi Boggero en el trabajo al que aludimos.

<sup>9</sup> LINARES QUINTANA, Segundo V., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, T° I, 1° ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 602; VANOSSI, Jorge Reynaldo, "Las facultades privativas ante la dimensión política del Poder Judicial", JA del 9 de marzo de 1971, ps. 9-10; GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, 4° ed., Revista de Occidente, Madrid, 1957, ps. 439-441; HAURIUO, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Reus, Centro de Enseñanza, Madrid, 1927, p. 339. Vanossi afirma que en otros términos el problema más importante que plantea la tesis del total juzgamiento se halla en el predominio de criterios conservadores que se observan en los jueces "frente a una política de cambio que no tenga fuerza o impulso suficiente como para reformar las estructuras constitucionales y alcanzar de esa forma sus objetivos con prescindencia del control de poderes existentes (el Judicial)" (op. cit., p. 10).

<sup>10</sup> VANOSSI, Jorge Reynaldo, op. cit., p. 5.

Pero aún así, el problema de las denominadas cuestiones políticas ha subsistido, quizás, alimentado artificialmente por la confusión en que incurren algunos sectores de la doctrina y de la jurisprudencia o, al menos, por determinadas interpretaciones dogmáticas que nutren sus posturas. Ello torna necesario asentar la cuestión sobre bases que permitan su solución a la luz de la Constitución, interpretada conforme a una dinámica realista y con sentido de justicia.

El problema fundamental radica en ubicar el contralor de constitucionalidad sobre las cuestiones políticas en sus justos y reales límites, estableciendo si existen determinados actos que no son revisables judicialmente, o bien, si es posible reconocer un grupo de actos que, aunque en principio sean judiciales, tengan un régimen de revisión judicial distinto.

## **2. Las cuestiones políticas**

El hecho de que en casi todos los países del mundo en que existe el sistema de control de constitucionalidad a cargo de los jueces, éstos suelen abstenerse de revisar, en algunos supuestos, determinados aspectos de los actos de los poderes legislativo y ejecutivo que configuran las denominadas cuestiones políticas (*political questions*)<sup>11</sup> es una realidad que, con diferentes matices y alcances, se da en la mayor parte de los sistemas comparados en los que rige el Estado de Derecho.

Pero ¿qué debe entenderse por cuestiones políticas? En este sentido, García Pelayo expresa que no conoce “ninguna definición autorizada de lo que debe entenderse por cuestión política y, por consiguiente, la determinación de si una cuestión cae dentro de tal categoría es algo a decidir por el Tribunal”<sup>12</sup>.

En esta materia, si bien las jurisprudencias argentina y norteamericana proporcionan numerosos antecedentes, éstos son en extremo casuistas y hasta ahora no han servido para

---

<sup>11</sup> LINARES QUINTANA, Segundo V., op. cit., T° I, p. 623. Recuerda este autor que la excepción está dada por la Constitución brasileña de 1937, cuyo artículo 94 prescribía que “está prohibido al Poder Judicial conocer las cuestiones exclusivamente políticas” precepto que no se conserva en las Constituciones de 1946, 1967 y 1969 (op. cit., ps. 623-624).

<sup>12</sup> GARCÍA PELAYO, Manuel, op. cit., p. 340.

determinar un criterio general acerca de las cuestiones políticas<sup>13</sup>. Como se ha afirmado con acierto, “no puede aceptarse que el poder judicial pueda discrecionalmente decidir cuáles son las cuestiones políticas sin otra sujeción que a la de si le resulta impolítico o inconveniente conocer tales asuntos, porque ello comportaría precisamente adoptar una posición substancialmente política ajena a su competencia”<sup>14</sup>.

Entre nosotros, BIDEGAIN observa que el control de constitucionalidad por el poder judicial no excluye el control que puedan realizar los otros órganos del Estado investidos del poder político, que no es exclusivo del poder judicial porque existen “partes de la Constitución que están exentas de esa protección y sometidas únicamente a controles políticos...” no correspondiendo fundar la inconstitucionalidad en la impugnación de la conveniencia, oportunidad o eficacia de las medidas dispuestas por aquellos órganos en ejercicio de su propia competencia, pues ello significaría una inadmisibles interferencia de los jueces en materias que la Constitución reserva al juicio de aquéllos, sujetos exclusivamente” (en ese aspecto, agregamos nosotros) “al control político”<sup>15</sup>.

Un sector de la doctrina norteamericana ha dicho, que el término política significa “aquellas cuestiones que, bajo la Constitución son decididas por el pueblo en su capacidad soberana, o que han sido delegadas a la completa discreción de los departamentos ejecutivo y legislativo”<sup>16</sup>. Sin embargo, como surge del exhaustivo análisis que entre nosotros ha llevado a cabo BIANCHI<sup>17</sup> (a partir del caso “Baker v. Carr”) si bien se observa una tendencia

---

<sup>13</sup> Algunos autores comentando la Constitución norteamericana, en forma similar a lo acontecido en Francia con relación a los actos de gobierno, consideran que más conveniente que definir en qué consiste una cuestión política, es elaborar una lista de las materias que revisten este carácter para los tribunales (SCHWARTZ, Bernard, *Los poderes del gobierno, comentario sobre la Constitución de los Estados Unidos*, trad. de Olloui Labastida, José Juan, Librería La Facultad, México, 1966, T° I, ps. 578-579).

<sup>14</sup> LINARES QUINTANA, Segundo V., op. cit., T° I, p. 638.

<sup>15</sup> BIDEGAIN, Carlos María, op. cit., ps. 127-128, quien cita varios ejemplos de control, como el que realiza el poder ejecutivo a través del veto (arts. 78-83 CN) o la revocación que hace el Ejecutivo de los actos de órganos inferiores que contravienen la Constitución; HORWATH, Pablo – VANOSSI, Jorge Reynaldo, “El fallo *Baker v. Carr* y la justiciabilidad de las cuestiones políticas”, LL, T° 114, p. 984.

<sup>16</sup> WEAVER, Samuel P., *Constitutional Law and its Administration*, Callaghan, Chicago, 1946, p. 212, citado por LINARES QUINTANA, Segundo V., op. cit., T° I, p. 627.

<sup>17</sup> BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, T° 2, 2° ed., Abaco, Buenos Aires, 2002, p. 249 y ss.

hacia la ampliación del control judicial sobre las cuestiones políticas, no se desprende –de los casos en que se ha declarado que un determinado acto no es justiciable- algún criterio sustantivo o dogmático que sirva para delinear la figura.

Desde otro punto de vista se ha opinado también que la cuestión no puede resolverse apelando exclusivamente a argumentos de tipo lógico, ya que el derecho no sólo se manifiesta en normas sino también en conductas, aunque enmarcadas ambas en el valor justicia<sup>18</sup>.

Debe advertirse, sin embargo, que la doctrina que en nuestro país postula la tesis contraria al juzgamiento de las cuestiones políticas, no niega las facultades del poder judicial para juzgar sus proyecciones, o sea los actos de ejecución dictados como consecuencia del ejercicio de los llamados “poderes políticos”. En este sentido, se ha afirmado que “la postura de inhibición judicial está circunscripta a la defensa de la competencia del órgano político acordada por la Constitución, pero no es extensiva a los aspectos derivados de los actos de ejecución de esas mismas competencias en cuanto puedan afectar derechos individuales” o el principio de la separación de los poderes<sup>19</sup>.

### **3. Distintos criterios en torno a qué categoría de actos configuran cuestiones políticas**

Resulta algo así como una exigencia del moderno Estado de Derecho establecer un criterio para tipificar con un mínimo rigor técnico-científico la categoría que comprenda los actos (o sus aspectos) que se hallan encuadrados dentro de las denominadas cuestiones políticas. Esta tarea presenta dificultades, en mérito a las divergencias doctrinarias que existen entre las ramas del derecho público que se han venido ocupando de la cuestión, las que, sin embargo, creemos que pueden llegar a superarse con una reformulación de la categoría de un nuevo tipo de actos, el acto constitucional, que en principio, es justiciable.

---

<sup>18</sup> Bidegain sostiene que ello debe tenerse en cuenta con mayor razón cuando lo que se discute o interpreta es el funcionamiento de las instituciones políticas (BIDEGAIN, Carlos María, op. cit., p. 136).

<sup>19</sup> LINARES QUINTANA, Segundo V., op. cit., T° I, p. 632; VANOSSI, Jorge Reynaldo, “Las facultades privativas...”, cit., p. 6.

Así, mientras los constitucionalistas sólo se refieren a las cuestiones políticas en el plano de la teoría constitucional sin apreciar la necesidad práctica y teórica de distinguir, o al menos, calificar tal grupo de actos, en relación con el acto administrativo, los administrativistas clásicos acudieron, en su momento, nada menos que para fundar el carácter no justiciable de tales actos, a la teoría francesa de los actos de gobierno, que responde a un sistema jurídico diferente al nuestro, en su connotación positiva y valoraciones socio-políticas.

Otro sector de la doctrina rechaza la idea de que existan actos políticos que difieran de los actos administrativos y, basándose en la realidad jurisprudencial y en la sistemática constitucional propician que sólo un grupo de actos –aquellos que hacen a la organización y subsistencia del Estado- se hallan exentos del contralor judicial<sup>20</sup>.

Tampoco puede aceptarse que las cuestiones políticas constituyen una categoría creada por los propios jueces sin mayores limitaciones, con un sentido exclusivamente empírico, y que, como consecuencia de ello, todas las llamadas cuestiones políticas puedan dejar algún día de serlo, y viceversa, puedan nacer otras de los actos que hasta ahora no son englobados en tal situación porque cualquier interpretación, incluso dinámica, de la Constitución Nacional, no podría ir en contra del sistema de separación de poderes, transformando el equilibrio en que se basa esta teoría, en una suerte de gobierno de los jueces.

En consecuencia, no obstante que la teoría de las cuestiones políticas haya tenido origen en la propia conducta judicial, ello no significa que deba quedar al arbitrio de esos poderes la determinación del campo de juzgamiento en base a un procedimiento casuístico. Es necesario pues sentar sobre nuevas bases toda la problemática constitucional de las cuestiones políticas, las que precisan apoyarse tanto en el principio de la separación de poderes como en los concernientes a la tutela judicial efectiva y al sistema judicialista previstos en la Constitución.



## II. LA TEORÍA DEL ACTO DE GOBIERNO O POLÍTICO

### 1. Orígenes y alcance de la teoría de los actos de gobierno

La génesis de la concepción relativa a los denominados actos de gobierno se remonta al Consejo de Estado francés. Allí aparece por primera vez en un intento por lograr la supervivencia del organismo frente a la antipatía que provocaba su actuación luego de la restauración borbónica. En esa lucha por su existencia, que libró el Consejo de Estado contra la Administración activa francesa (la cual se proyecta hasta nuestros días), el precio que hubo de pagar por su conservación fue nada menos que la resignación de una parte importante de su competencia<sup>21</sup>. Sin embargo, la evolución posterior, que como veremos termina por llevar a un campo restringido el acto de gobierno, proporciona la mejor justificación para quienes idearon esa suerte de autolimitación para salvar un organismo cuya trayectoria histórica ha servido a la protección de los derechos individuales y a la buena marcha de la Administración.

La teoría de los actos de gobierno tiene raigambre jurisprudencial y aunque se haya discutido en Francia si el art. 26 de la ley del 24 de mayo de 1872, que facultaba a los Ministros a requerir al Tribunal de Conflictos la devolución de los asuntos girados al Consejo de Estado que no correspondían al contencioso-administrativo<sup>22</sup>, constituía su fundamento, lo cierto es que como expresa RIVERO, la mentada norma jamás fue aplicada y

---

<sup>20</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T° II, 1° ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, p. 759.

<sup>21</sup> Vid: CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, T° I, 2° ed., Montchrestien, París, 1986, p. 656 y ss.; LAUBADÈRE, André de, *Traité élémentaire de Droit administratif*, T° I, 5° ed., LGDJ, París, 1970, p. 243 y ss.; WALINE, Marcel, *Droit administratif*, 9° ed., Sirey, París, 1963, p. 217 y ss.; RIVERO, Jean, *Droit administratif*, Dalloz, París, 1968, p. 140 y ss.; DUEZ, Paul, *Les actes de gouvernement*, Librairie du Recueil Sirey, París, 1935, p. 30 y ss.; JÈZE, Gaston, *Principios generales de Derecho Administrativo*, T° I, trad. del francés, Depalma, Buenos Aires, 1948, p. 412 y ss.; BENOIT, Francis Paul, *Le droit administratif français*, Dalloz, París, 1968, p. 418 y ss.; HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général*, 3° ed., Librairie de la Société du Recueil Général des lois et des arrêts, París, 1897, p. 282 y ss.

<sup>22</sup> DUEZ, Paul, op. cit., p. 36; JÈZE, Gaston, op. cit., T° I, p. 415,

sus alcances no han sido aclarados<sup>23</sup>, reconociendo la doctrina que la teoría carece de toda base legal en dicho país<sup>24</sup>.

Los alcances de la construcción que ha efectuado el Consejo de Estado francés en materia de actos de gobierno se traducen en la circunstancia de que tales actos escapan a todo control jurisdiccional, produciéndose en muchos casos una efectiva y real denegación de justicia. Decía JÈZE que tal situación –que contraviene las concepciones modernas– asombra que haya subsistido hasta la época actual, ya que en verdad no puede justificarse que órganos del Estado puedan ampararse en la arbitrariedad, so color de una razón de oportunidad política<sup>25</sup>.

## **2. Su desarrollo y posterior evolución**

La decisión del Consejo de Estado francés, luego de la caída del primer Imperio, de limitar su competencia originaria a fin de no enfrentarse abiertamente con los monarcas borbónicos y consolidar así su permanencia, hizo aparecer la necesidad de su justificación en la búsqueda de un criterio que permitiera distinguir aquellos actos no susceptibles de control por el tribunal administrativo (denominados a partir de entonces “actos de gobierno”) de los actos administrativos.

En un primer período de la evolución jurisprudencial, el Consejo de Estado francés apeló a la tesis del móvil político para fundamentar que los actos que carecían de tal finalidad se hallaban exentos de contralor jurisdiccional por parte de dicho tribunal administrativo. Esta concepción resultaba arbitraria en cuanto bastaba con que se dijera que

---

<sup>23</sup> RIVERO, Jean, op. cit., p. 141.

<sup>24</sup> WALINE, Marcel, op. cit., p. 221.

<sup>25</sup> JÈZE, Gaston, op. cit. T° I, p. 416. Observa este autor que el hecho de que la teoría haya podido mantenerse en la actualidad obedece no solamente a la fuerza de la tradición y al temor de los jueces en abordar ciertas materias, sino a las restricciones impuestas por la jurisprudencia “que han hecho desaparecer las consecuencias más chocantes y más intolerables de la razón de Estado”.

un acto administrativo había sido emitido con un móvil político, para que se transformara en un acto no justiciable, agravando la legalidad bajo la pretendida razón de Estado.<sup>26</sup>

Con posterioridad a la finalización del segundo Imperio, tanto la doctrina como la jurisprudencia francesa abandonan el criterio del móvil político para conceptualizar el acto de gobierno. Diversas causas confluyeron en una orientación que, si bien superó la anterior, en cuanto disminuyó la arbitrariedad que implicaba la aceptación de la tesis del móvil político, no logró triunfar en definitiva, al no poder demostrar esta concepción la razón y necesidad de su existencia; la distinción entre Gobierno y Administración, para de allí derivar respectivamente los conceptos de acto de gobierno y acto administrativo<sup>27</sup>.

A pesar de que TEISSIER y otros autores hayan procurado afirmar la existencia de una doble actividad en el seno del Poder Ejecutivo<sup>28</sup> distinguiendo Gobierno de Administración, lo cierto es que resulta prácticamente imposible separar los respectivos campos de actuación en base a una concepción basada en la “naturaleza intrínseca del acto”<sup>29</sup> circunstancia que conduce a los propios sostenedores de la tesis a reconocer que para establecer la lista de actos de gobierno debe acudir a los criterios jurisprudenciales del Consejo de Estado francés<sup>30</sup>.

Según JÈZE, los actos de gobierno carecen de una naturaleza jurídica específica que justifique su existencia no existiendo razones jurídicas suficientes “para poner en jaque el sistema general del control jurisdiccional” vigente en Francia, tesis que no impide que en

---

<sup>26</sup> Véase: TEISSIER, Georges, *La responsabilité de la puissance publique*, París, 1906, p. 127; LAFERRIÈRE, Edouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, T° II, LGDJ, París, 1887, p. 31.

<sup>27</sup> JÈZE, Gaston, op. cit., T° I, ps. 416-417; DIEZ, Manuel María, *El acto administrativo*, 2° ed., Tea, Buenos Aires, 1961, p. 511, cita entre las causas que originaron esta tendencia en Francia a partir de 1872: el desarrollo del espíritu de legalidad, la pérdida del poder del Gobierno y la institución de la justicia delegada.

<sup>28</sup> TEISSIER, Georges, op. cit. ps. 41-42. Sostenía este autor que gobernar “es exclusivamente según nosotros, vigilar el funcionamiento de los poderes públicos en las condiciones previstas por la Constitución y asegurar... las relaciones del Estado con las potencias extranjeras. Administrar, es asegurar la aplicación cotidiana de las leyes, velar por las relaciones de los ciudadanos con el poder público y de las diversas administraciones entre sí”. Véase también: LAFERRIÈRE, Edouard, op. cit., T° II, p. 32.

<sup>29</sup> DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, T° III, 2° ed., París, 1923, p. 685 y ss.; RIVERO, Jean, op. cit., p. 12.

<sup>30</sup> TEISSIER, Georges, op. cit., p. 126.

los hechos y por las razones de oportunidad política, existan en ese país actos que se hallan fuera de todo contralor jurisdiccional<sup>31</sup>.

En este sentido y frente a la imposibilidad de definir el acto de gobierno en base a la distinción entre actividad gubernativa y administrativa, la orientación predominante desde hace algunos años en Francia se basa en una concepción empírica: sólo constituyen actos de gobierno aquellos comprendidos en la enumeración que llevan a cabo el Consejo de Estado y el Tribunal de Conflictos<sup>32</sup>.

### 3. La cuestión en otros países

En Italia se planteó, en su momento, un problema similar a raíz de la norma de la ley que organizó el Consejo de Estado<sup>33</sup> que excluye del enjuiciamiento del juez administrativo los actos dictados en ejercicio del poder político. Si bien la doctrina ha aceptado por lo general la solución legislativa,<sup>34</sup> se ha entendido que tal exclusión no resulta aplicable a las acciones que se deduzcan ante el órgano judicial<sup>35</sup> ya que en tal caso la irrecurribilidad se justifica en dicho país dentro de la jurisdicción del Consejo de Estado, teniendo en cuenta la potestad para anular los actos administrativos, mientras que la sentencia dictada por los jueces ordinarios sólo puede declarar la ilegalidad del acto, junto a la condena de daños y perjuicio, habiéndose señalado también que se trata de una norma de excepción que no puede alterar el sistema general del ordenamiento que es el carácter recurrible de los actos administrativos<sup>36</sup>. La teoría del acto político ha continuado aplicándose hasta la actualidad, genéricamente en materia de actos de naturaleza

---

<sup>31</sup> JÈZE, Gaston, op. cit., T° I, ps. 414-415.

<sup>32</sup> DUEZ, Paul, op. cit., p. 32; RIVERO, Jean, op. cit., p. 141; LAUBADÈRE, André de, op. cit., T° I, p. 245.

<sup>33</sup> Art. 31 del texto unificado sobre organización del Consejo de Estado, que reconoce a su vez origen en el art. 24 de la ley de 1889.

<sup>34</sup> ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, T° II, Giuffrè, Milán, 1958, p. 191.

<sup>35</sup> RANELLETTI, Oreste, *Le guarentigie delle giustizia nella pubblica amministrazione*, Milán, 1937, ps. 331-332; ALESSI, Renato, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, T° II, Giuffrè, Milán, 1958, p. 602.

<sup>36</sup> ALESSI, Renato, op. cit., T° II, p. 602, en el mismo sentido también: GUICCIARDI, Enrico, *La giustizia amministrativa*, Padua, 1943, p. 254.

constitucional y, en particular, respecto a actos vinculados a la guerra y actuación internacional del Estado<sup>37</sup>.

En Alemania, si bien la concepción de los actos de gobierno no encontró un eco similar que en Francia, en razón de que la competencia de los tribunales administrativos se estableció conforme al principio de enumeración –por lo cual quedaban excluidos previamente del contralor jurisdiccional administrativo los denominados actos políticos<sup>38</sup>, la existencia de un sector de la actividad de la Administración Pública libre del citado control, cuya delimitación queda a cargo de los propios tribunales administrativos, no fue ni se preveía que fuera controvertida por la doctrina ni por la jurisprudencia alemana<sup>39</sup>. Sin embargo, de la recensión doctrinaria que ha hecho BARNÉS VÁZQUEZ, acerca de la tutela judicial efectiva en la Constitución Alemana, se desprende que salvo escasas excepciones (v.g. las resoluciones de las comisiones investigadoras del Parlamento Federal) no existen actos del ejecutivo, sea cual fuere su calificación (políticos o de gobierno) exentos del control jurisdiccional<sup>40</sup>.

La influencia de la teoría francesa de los actos de gobierno también se proyectó a España, desde la antigua legislación española del contencioso-administrativo hasta la de 1956 que excluía de la jurisdicción contencioso-administrativa “las cuestiones que afectan a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes,

---

<sup>37</sup> VIRGA, Pietro, *Diritto Amministrativo*, T° 2, 5° ed., Giuffrè, Milán, 1999, ps. 290-291; ver asimismo: LANDI, Guido – POTENZA, Giuseppe – ITALIA, Vittorio, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 11° ed., Giuffrè, Milán 1999, ps. 711-713; SORACE, Domenico, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bolonia, 2000, ps. 250-251.

<sup>38</sup> FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, traducción del alemán, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 683 y ss.

<sup>39</sup> Afirma este autor que “el acto de Gobierno como tal no perderá su importancia en el futuro. Las tendencias hoy muy fuertes, de poner el estado en la medida de lo posible bajo el control de los tribunales tendrán que rendirse ante ese hecho” (imposibilidad de establecer una norma que separe el acto de gobierno del acto administrativo). (Conf. FORSTHOFF, Ernst, op. cit., p. 684-686).

<sup>40</sup> BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, “La tutela judicial efectiva en la Constitución Alemana”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (coord.), *La protección jurídica del ciudadano, Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, T° I, Civitas, Madrid, 1993, p. 442.

cuya determinación si corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa”<sup>41</sup>, lo cual denota un progreso sobre la legislación anterior en cuanto no se entienden incluidos en la enumeración los actos ministeriales y se establece -en concordancia con lo sostenido por la doctrina italiana- que la prohibición de anular el denominado acto de gobierno no obsta a la acción de daños y perjuicios que por su ejecución corresponda entablar al particular o administrado<sup>42</sup>. Como se verá más adelante, la tendencia actual, en la doctrina y jurisprudencia españolas, después de haberse inclinado por la reducción progresiva de los actos de gobierno, ha evolucionado hacia su eliminación como categoría jurídica diferenciada, imponiéndose la judiciabilidad, como principio, de todos los actos políticos, con algunas salvedades como son los denominados actos constitucionales.

#### **4. 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 ni 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 a 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.

---

<sup>41</sup> Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa del 27 de diciembre de 1956, art. 2 ap. b).

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)<sup>43</sup> 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<sup>44</sup> 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.

## **5. 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<sup>45</sup>. En primer lugar, porque si bien, en su gran mayoría, la emisión de tales actos es discrecional,

---

<sup>42</sup> GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, T° I, 4° ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966; ps. 409-411.

<sup>43</sup> BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, T° V, 6° ed., La Ley, Buenos Aires, 1966, p. 707 y ss.

<sup>44</sup> MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., T° II, ps. 703-704.

<sup>45</sup> Véase: RANELLETTI, Oreste, op. cit., ps. 41-42.

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)<sup>46</sup>. 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 POLÍTICO O DE GOBIERNO**

#### **1. La doctrina del acto institucional**

La teoría del acto institucional fue elaborada por MARIENHOFF<sup>47</sup> 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 (como se ha insinuado desde algunos sectores de la doctrina) 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<sup>48</sup>, como acontece con algunos actos (v.g. apertura de sesiones del Congreso) o en el caso de las relaciones internacionales.

---

<sup>46</sup> MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., T° II, p. 711.

<sup>47</sup> MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., T° II, p. 206 y p. 763 y ss.

<sup>48</sup> 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 ss.



Su principal fundamento constitucional se apoyó en la observancia del principio de la separación de poderes<sup>49</sup> 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 aun hoy día atrayendo a un sector de la doctrina<sup>50</sup>, no podemos perder de vista la necesidad de adaptar la temática de las cuestiones al nuevo principio de la tutela judicial efectiva, ampliando aún 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

---

<sup>49</sup> 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, 7° ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, p. 73.

<sup>50</sup> 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).

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<sup>51</sup>.

## **2. 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<sup>52</sup>.

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”<sup>53</sup>, 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.

---

<sup>51</sup> PERRINO, Pablo E., “El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa”, en AAVV, *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.

<sup>52</sup> No es exacto como dijera la Corte (*Fallos*, 243:504 y ss.), 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.

<sup>53</sup> *Fallos*, 243:504.

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”<sup>54</sup>. 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<sup>55</sup>, 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<sup>56</sup>.

### **3. La supresión del acto político en la doctrina española**

Durante la vigencia de la Ley Santamaría de Paredes y, más tarde, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956<sup>57</sup>, prevaleció la doctrina del móvil

---

<sup>54</sup> *Fallos*, 244:59; 259:196; 251:404, entre otros.

<sup>55</sup> *Fallos*, 243:504, consid. 5°.

<sup>56</sup> *Fallos*, 195:439; 236:657.

<sup>57</sup> Cuyo artículo 2 inc. b) prescribía que no correspondían a la jurisdicción contencioso-administrativa: “b) Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa”.

político que sustraía de la revisión judicial aquellos actos de la Administración que persiguieran una finalidad de esa naturaleza.

Era obvio que esta doctrina, influenciada por la concepción francesa de los actos de gobierno, chocaba abiertamente con el dogma de la separación de poderes y su principal consecuencia que es la instauración de un poder judicial independiente capaz de ejercer sus potestades de control sin cortapisas, a fin de mantener el equilibrio no sólo entre los distintos órganos estatales que son titulares de prerrogativas sino entre los particulares y la Administración.

Bajo la vigencia del art. 2 inc. b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ consideraron que esa fórmula podía ser peligrosa, o bien, liberadora. Lo primero, por cuanto si se consideraba que cualquier acto emanado de la Administración que persiguiera una finalidad política se hallaba exento del control jurisdiccional, ello hubiera “acabado por si solo con el Recurso contra reglamentos en todas sus formas”<sup>58</sup>, dado que lo habitual es que el ejercicio de las potestades administrativas se halle casi siempre teñido por un móvil de esa naturaleza.

En cambio, la otra interpretación que dichos autores denominan “liberadora”, consistía en considerar que todos los actos administrativos son siempre posible objeto de revisión jurisdiccional, excluyendo solamente de dicha revisión, en una línea semejante a la fijada por MARIENHOFF<sup>59</sup>, a los actos que son producto de funciones ejecutadas por los órganos políticos superiores en cuanto en los mismos confluyen funciones constitucionales

---

<sup>58</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tº I, 10º ed., Civitas, Madrid, 2000, p. 571.

<sup>59</sup> La incomprensión que en algunos autores ha despertado la teoría del acto institucional (adoptada, en su momento por nosotros) –a la que se ha llegado a calificar de autoritaria e inspirada en doctrinas provenientes de dictaduras latinoamericanas- se pone de manifiesto comparando las dos posturas, ya que ello llevaría a calificar también de autoritarios a quienes, en España, apoyaron una doctrina semejante a la desarrollada en nuestro país por Marienhoff. Lo que probablemente no estén dispuestos a hacer. Porque ni la lógica más amplia podría llegar a justificar que una doctrina se considere liberadora en España y no pueda serlo en Argentina.

de relaciones entre poderes o el carácter de órganos de la personalidad jurídico-institucional del Estado<sup>60</sup>.

Finalmente, ésta ha sido la doctrina que ha terminado de prevalecer en España<sup>61</sup>, con apoyo en el art. 106 ap. 1 de la Constitución de 1978, que atribuye a los tribunales el control “de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa”, así como en art. 103 ap. 1 de la citada CE que, en consonancia con el principio de la tutela efectiva de los jueces (art. 24.1 del texto constitucional) prescribe el “sometimiento pleno a la Ley y al Derecho” de la Administración.

#### **4. 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*

---

<sup>60</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, op. cit., T° I, p. 572.

<sup>61</sup> Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, 2° ed., Civitas, Madrid, 1994, p. 83 y ss.

*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)”<sup>62</sup>.*

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 aquella, 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...”<sup>63</sup>.

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

---

<sup>62</sup> 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 Dr. Enrique S. Petracchi.

<sup>63</sup> *Fallos*, 324:3375, considerando 2°.

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”<sup>64</sup>.

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”<sup>65</sup>) 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 Dr. 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*

---

<sup>64</sup> Fallos, 324:3375, considerando 2°.

<sup>65</sup> 395 U.S. 486.

*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 cuales 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)"<sup>66</sup>.*

## **5. 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", confundiéndonos, 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<sup>67</sup>.

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

---

<sup>66</sup> Fallos, 324:3279-3280.

<sup>67</sup> 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, 4° ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, Cap. VIII.

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<sup>68</sup> o, incluso, encontrando afinidades, los respectivos autores proponen definir los actos políticos “por la particular relevancia política de su contenido”<sup>69</sup>, 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<sup>70</sup> al propio tiempo que utilizan el concepto de caso o de causa judicial para limitar su juzgamiento<sup>71</sup>.

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

---

<sup>68</sup> SESÍN, Domingo Juan, *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*, 2º ed., act. y ampl., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 416 y ss., especialmente ps. 425-427.

<sup>69</sup> 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.

<sup>70</sup> Cfr. DE LA RIVA, Ignacio, op. cit., p. 670.

<sup>71</sup> BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, cit., Tº 2, p. 272.

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<sup>72</sup>.

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”<sup>73</sup>.*

Un primer examen sobre esta postura revela que el criterio adoptado es casuístico<sup>74</sup> 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.

---

<sup>72</sup> BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, cit., T° 2, p. 285.

<sup>73</sup> BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, cit., T° 2, p. 274.

<sup>74</sup> Cabría extenderle la crítica que se ha hecho al sistema de la lista del Consejo de Estado francés.

5° CN) y b) cuando la decisión del Congreso o del Presidente, aun siendo discrecional, resulta ser manifiestamente irrazonable<sup>75</sup>.

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<sup>76</sup> 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.

## **6. La configuración del acto constitucional y su control por parte de los jueces**

---

<sup>75</sup> Cfr. BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, cit., T° 2, ps. 275-276.

<sup>76</sup> 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: SESÍN, Domingo Juan, *Administración Pública...*, cit., p. 433.

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) sino que 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)<sup>77</sup>. 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.

---

<sup>77</sup> 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, si”, 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).

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<sup>78</sup> –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<sup>79</sup> 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 del Pacto de San José de Costa Rica y arts. 8, 9 y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) que complementa la garantía de la defensa (art. 18 CN)<sup>80</sup>.

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 aquellos.

---

<sup>78</sup> 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 ss. Al igual que los asambleístas 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 incurrir en este error muchos publicistas vernáculos, aplicando el principio –como decía BOSCH- “con todo el rigor de un teorema geométrico” (op. cit., p. 200).

<sup>79</sup> GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Anotada y concordada*, 2º 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.

<sup>80</sup> Este argumento fue sostenido por GORDILLO para fundar el carácter justiciable del acto político o de gobierno (véase: GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tº 2, 3º ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, p. VIII-16 y ss.)

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 expuestos (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)<sup>81</sup> 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<sup>82</sup> 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

---

<sup>81</sup> 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 ss.

<sup>82</sup> BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, cit., T° 2, p. 276.

constitucional (ej. intervención a una Provincia por no haber recibido al Presidente en el aeropuerto con los honores de estilo)<sup>83</sup>.

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<sup>84</sup>, 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<sup>85</sup>, 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, aún 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.

---

<sup>83</sup> 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.

<sup>84</sup> Cfr. LUQUI, Roberto E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, T° I, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 281.

<sup>85</sup> Vid. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, T° I, Civitas, Madrid, 2004, p. 589 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., T° I, p. 572 y ss.