

**LOS FUNDAMENTOS DE LAS “CUESTIONES POLÍTICAS NO  
JUSTICIABLES”.**  
**UN ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA CONSTITUCIONAL**

**THE FUNDAMENTALS OF THE “POLITICAL QUESTIONS”. AN ANALYSIS  
FROM CONSTITUTIONAL THEORY AND PRACTICE**

*Matías Pedernera Allende\**

**Resumen:** La práctica constitucional ha acuñado una doctrina que supone admitir que hay cuestiones que se encuentran exentas del control judicial. Tal es la doctrina de las llamadas cuestiones políticas no justiciables. Este tipo de materias quedarían excluidas de la revisión judicial precisamente por el carácter intrínsecamente político de los asuntos, respecto de los cuales el Poder Judicial no sería competente. Esta doctrina es controvertida desde diversos puntos de vista. Por un lado, porque su admisión podría significar cierta “renuncia” a la supremacía constitucional en determinados temas. Por otra parte, porque en la práctica no ha sido claro cuantas y cuáles son esas cuestiones. A su vez, incluso, resulta controvertido cuál es el fundamento de las cuestiones políticas no justiciables. En este trabajo, se intentará identificar y sistematizar los posibles fundamentos que doctrinal y jurisprudencialmente se han ofrecido para sostener la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables.

**Abstract:** Constitutional practice has coined a doctrine that supposes admitting that there are issues that are exempt from judicial control. Such is the doctrine of the so-called *political questions*. This type of matter would be excluded from judicial review precisely because of the intrinsically political nature of the matters, with respect to which the Judicial Power would not be competent. This doctrine is controversial from various points of view. On the one hand, because its admission could mean a certain “resignation” to constitutional supremacy on certain issues. On the other hand, because in practice it has not been clear how many and what these issues are. At the same time, it is even controversial what is the basis of non-justiciable political issues. In this work, an attempt will be made to identify and systematize the possible foundations that doctrinally and jurisprudence have been offered to support the doctrine of *political questions*.

**Palabras clave:** cuestiones políticas, control judicial, Corte Suprema, supremacía constitucional

**Key words:** political questions, judicial review, Supreme Court, constitutional supremacy.

## **Introducción**

Una de las premisas fundamentales del derecho constitucional es que el control de constitucionalidad es una consecuencia que se sigue de la supremacía de la Constitución.

---

Artículo recibido el 17/8/2021 – aprobado para su publicación el 18/10/2021.

\* Abogado (Universidad Nacional de Córdoba). Doctorando en Derecho (UNC). Máster in *Global Rule of Law and Constitutional Democracy* (Università degli studi di Genova/Universitat de Girona). Magíster en Derecho y Argumentación (UNC). Diplomado en Derechos Humanos (Universidad Austral). Profesor de Derecho Constitucional (UNC). Profesor adscripto de Filosofía del Derecho (UNC/UCC). E-mail: mepedernera@justiciacordoba.gob.ar

Así se sostuvo en uno de los casos judiciales fundantes, como lo fue “*Marbury vs. Madison*” en 1803, y así lo ha sostenido –no sin discusiones– la práctica constitucional a lo largo del tiempo.

Ahora bien, la misma práctica constitucional ha acuñado una doctrina que supone admitir que hay cuestiones que se encuentran exentas del control judicial –doctrina también sostenida en “*Marbury vs. Madison*”–. Tal es la doctrina de la de las llamadas cuestiones políticas no justiciables. Este tipo de materias quedarían excluidas de la revisión judicial precisamente por el carácter intrínsecamente político de los asuntos, respecto de los cuales el Poder Judicial no sería competente.

La doctrina de las cuestiones políticas no justiciables –o *political questions*, como se las llama en la práctica estadounidense– es una materia controvertida desde diversos puntos de vista. Entre los aspectos más relevantes, por un lado, porque su admisión podría significar cierta “renuncia” a la supremacía constitucional en determinados temas. Por otra parte, porque en la práctica no ha sido claro cuantas y cuáles son esas cuestiones. A su vez, incluso, resulta controvertido cuál es el fundamento de las cuestiones políticas no justiciables.

En este trabajo, se intentará identificar y sistematizar los posibles fundamentos que doctrinal y jurisprudencialmente se han ofrecido para sostener la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables. No se abundará, por el contrario, en cuántas y cuáles son esas materias, sino más bien en las razones que podrían llegar a justificar que ciertos tópicos queden fuera de la revisión judicial. La actualidad de este tema se da en el contexto de la discusión sobre la competencia de la Corte Suprema para conocer en el llamado caso “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”<sup>1</sup>, resuelto en 2021.

## **I. Un acercamiento al problema de las cuestiones políticas no justiciables**

Las cuestiones políticas no justiciables aluden a una cierta categoría de actos o decisiones que quedan excluidas de la revisión judicial<sup>2</sup>. Precisamente, la naturaleza política de estos actos es lo que haría que queden fuera del control de constitucionalidad. Como ha señalado Amaya, el problema de las *political questions* –como se las ha llamado en el derecho constitucional estadounidense– constituye una de las posibles tensiones del control de constitucionalidad: la tensión política. En sus palabras, “por definición el derecho constitucional procura encuadrar jurídicamente el fenómeno político, que en muchas ocasiones, como *res dura* que es, se resiste a ser encasillado”<sup>3</sup>.

En este sentido, Linares Quintana ha explicado que “el Poder Judicial carece de competencia para conocer de las cuestiones políticas, cuyo carácter es ajeno a la esencia de la función jurisdiccional; por lo que su dilucidación está exclusivamente atribuida a

---

<sup>1</sup> Sentencia de fecha 04/05/2021. Precisamente, una de las posiciones doctrinales frente a ese fallo, afirmó que lo discutido –educación no presencial en escuelas del Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA) – constituía una cuestión política no justiciable, por tratarse de una atribución exclusiva del Poder Ejecutivo Nacional. Tal fue la posición de Raúl Gustavo Ferreyra y Eugenio Zaffaroni. Cfr: <https://www.pagina12.com.ar/339707-no-judiciable> (recuperado: 07/11/2021).

<sup>2</sup> Cfr. BIANCHI, Alberto, *Control de Constitucionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, p. 149.

<sup>3</sup> AMAYA, Jorge A., *Control de Constitucionalidad*, Astrea, Buenos Aires, 2015, pp. 185-186.

los Poderes políticos: Legislativo, y Ejecutivo”<sup>4</sup>. Ahora bien, las cuestiones políticas no justiciables traen aparejado el gran problema de su identificación y delimitación. El Poder Judicial, a su vez, se ve comprometido en ese problema, puesto que ante una eventual demanda, debe definir si se trata o no de una cuestión política, a fin de ejercitar o no su competencia.

De este modo, se ha señalado que las *political questions* constituyen una “mezcla” de interpretación constitucional y discreción judicial<sup>5</sup>. Para Linares Quintana, la delimitación precisa del ámbito de las cuestiones políticas corresponde al Poder Judicial y el criterio para esa delimitación debe ser restrictivo “reduciendo al máximo el ámbito de las mismas, ya que de lo contrario, al extender indebidamente su órbita, se afectaría seriamente el control judicial de constitucionalidad”<sup>6</sup>.

Más allá de cuántas y cuales sean efectivamente las cuestiones políticas no justiciables, una posible clasificación es la ofrecida por Bianchi, quien las separa en tres grandes categorías<sup>7</sup>. Para el autor las *political questions* pueden agruparse en: *política exterior*, *política interior* y *cuestiones administrativas*. Según el autor, de la práctica jurisprudencial –tanto argentina como estadounidense– surge que esas categorías, o bien tienen algún vínculo con la noción de separación de poderes, o bien el control que sobre ellas se ejerciere podría suponer una evaluación judicial de la conveniencia u oportunidad de los criterios adoptados. Un ejemplo de esto último está dado por la pretensión de revisión judicial de la política económica.

Para Bianchi, las cuestiones políticas presentan dos aspectos: uno no justiciable y otro justiciable. El primero se refiere “a lo que han decidido el Congreso o el Presidente dentro del ámbito de sus facultades propias, los motivos que han tenido para fijar una determinada política, o para elegir entre varias opciones, todas igualmente válidas, y la oportunidad y conveniencia de todo ello”<sup>8</sup>. El segundo aspecto aparece “cuando con motivo de la aplicación concreta de una de esas decisiones se produce la afectación de un derecho subjetivo. Lo que se juzga aquí ya no es la decisión general en sí, sino la forma en que ésta impacta en la esfera de un individuo o de varios. Y ello, naturalmente, puede producir un caso judicial”<sup>9</sup>.

El problema de las cuestiones políticas no justiciables entraña a su vez, un problema relativo a la interpretación del art. 116 de la Constitución Nacional, por cuanto atribuye a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación “el conocimiento y decisión de *todas las causas* que versen sobre puntos regidos por la Constitución”. Es decir, que de su interpretación literal no surge, en principio, la exclusión de alguna causa –es decir, de un caso judicial– de la revisión judicial.

Por ello, en palabras de Gelli, la doctrina de las *political questions* “opera de hecho –o puede hacerlo– como un instrumento ambivalente: acrecentando o disminuyendo el control. En cualquier caso, con efectos políticos y jurídicos relevantes... Determinar

---

<sup>4</sup> LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de Interpretación Constitucional*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 565.

<sup>5</sup> Cfr. TRIBE, Laurence, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, Nueva York, 1988, p. 107.

<sup>6</sup> LINARES QUINTANA, Segundo V., op. cit., p. 565.

<sup>7</sup> Cfr. BIANCHI, Alberto, op. cit., p. 159.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Ibid., p. 160.

cuando una cuestión es política, y por lo tanto no justiciable, entraña un riesgo institucional, tanto como determinar que sí es justiciable”<sup>10</sup>.

## II. Un caso clásico: El debate en “Cullen c/ Llerena”<sup>11</sup>

Uno de los primeros casos relevantes de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina sobre cuestiones políticas no justiciables fue “Cullen c/ Llerena”<sup>12</sup>. El caso fue resuelto en 1893 y versó sobre la intervención federal dispuesta sobre la Provincia de Santa Fe. La sentencia fue dictada con la mayoría de cuatro jueces y una disidencia. El voto mayoritario fue suscripto por los jueces Paz, Bazan, Bunge y Torrent.

Para la mayoría de la Corte, la “Intervención nacional en las provincias, en todos los casos en que la Constitución la permite o prescribe, es, como queda dicho, un *acto político por su naturaleza*, cuya verificación corresponde exclusivamente a los poderes políticos de la Nación (...) todos los casos de Intervención a las provincias han sido resueltos y ejecutados por el poder político, esto es, por el Congreso y el Poder Ejecutivo, *sin ninguna participación del poder judicial*”<sup>13</sup>. En consecuencia, para los jueces de la mayoría, aquellos actos que son considerados políticos, es decir, los que se deciden y ejecutan por los poderes políticos del Estado, no admiten revisión por el Poder Judicial.

Luego de reseñar los argumentos de casos análogos resueltos por la Corte Suprema de Estados Unidos, el voto mayoritario señaló que la pretensión del intervenido Gobierno de la Provincia de Santa Fe (i) no traía a discusión una contienda entre partes por derechos individuales de particulares o del Estado mismo, vulnerados por la ejecución de una ley del Congreso, y que se encontraran protegidos por la Constitución directamente; (ii) no producía un verdadero caso judicial, en la acepción propia de este concepto jurídico; (iii) buscaba, expresamente, el restablecimiento del Gobierno provisorio que representa el poder político de la Provincia y (iv) la suspensión de la intervención que se realizaba en ella por el Poder Ejecutivo en cumplimiento de una ley; (v) reclamaba una decisión de carácter general, que comprendía todo el régimen de Gobierno de Santa Fe; (vi) buscaba una sentencia de naturaleza política y de efecto puramente político, controlando y revocando disposiciones y actos del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo de la Nación, en materia de la exclusiva competencia de dichos poderes<sup>14</sup>. En virtud de todo ello, los integrantes de la mayoría sostuvieron los alcances de la pretensión se encontraban fuera de las atribuciones de la Corte Suprema.

En términos sintéticos, los puntos identificados precedentemente –aunque algunos de ellos merecerían un análisis particular– podrían compendiarse en al menos dos: la ausencia de caso judicial, y la demanda de adopción de una decisión política por parte de la Corte Suprema. En sintonía con ello, los jueces de la mayoría agregaron que la materia discutida en la causa, esto es, la intervención federal, “*es del resorte de los poderes políticos, y sus decisiones al respecto, no pueden ser controvertidas por el departamento*

---

<sup>10</sup> GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2004, pp. 812-813

<sup>11</sup> CSJN, *Fallos*: 53:420.

<sup>12</sup> Conforme advierte Amaya, el primero de los fallos de la Corte Suprema sobre el tema fue “Roque Pérez” (*Fallos*: 2:253) dictado en 1865. Cfr. AMAYA, Jorge A., op. cit., p. 189.

<sup>13</sup> CSJN, *Fallos*: 53:420, p. 431 (como la sentencia no posee considerandos enumerados, se consigna el número de folio). Énfasis añadido.

<sup>14</sup> Cfr. *Ibid.*, pp. 433-434.

*judicial*”<sup>15</sup>. A su vez, no solamente esa materia es ajena al control judicial, sino que además, para los jueces de la mayoría, la intervención federal no es controlable ni en su forma ni en el fondo de la decisión. Ello, por cuanto, cada Poder del Estado interpreta y aplica la Constitución por sí mismo<sup>16</sup>.

No obstante, en contraste con la decisión del voto mayoritario, la disidencia del juez Varela aportó relevantes argumentos que aun en la actualidad poseen peso en el contexto de la discusión sobre las cuestiones políticas no justiciables. El punto de la disidencia del juez Varela estuvo dado por la posibilidad de excluir materias del control de constitucionalidad y por la noción de “caso judicial”.

De este modo, el magistrado disidente tomó como punto de partida la asignación de atribuciones que la Constitución otorgaba al Poder Judicial. De este modo, el Dr. Varela citaba el art. 110 de la Constitución Nacional –actual art. 116<sup>17</sup>– que establece que “*corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación*”.

Así, interpretando esa cláusula constitucional, el magistrado sostuvo que “si la Constitución ha empleado los términos “*todas las causas*”, no puede racionalmente hacerse exclusiones de *algunas causas* para declarar sobre ellas la incompetencia de los tribunales federales”<sup>18</sup>. De esta manera, en apoyo de su afirmación, el Dr. Varela, invocando una regla de interpretación constitucional expresó que cuando el texto de la Constitución no ha hecho una excepción expresa (*in terms*), no puede hacerse ninguna por mera implicancia e interpretación<sup>19</sup>. En consecuencia, “si la Constitución Argentina ha dado jurisdicción a los tribunales federales, en *todas* las controversias que versen sobre puntos regidos por la Constitución, ni la ley ni la Corte Suprema pueden hacer excepciones”<sup>20</sup>.

La premisa sostenida por el ministro Varela es que, entonces, no hay causas que –en virtud del imperativo constitucional– puedan sustraerse de la jurisdicción de los tribunales. Ahora bien, en la misma línea de razonamiento el magistrado trae a colación la objeción referida a los actos emanados de poderes políticos y la imposibilidad de que éstos sirvan de materia de juicio ante los tribunales. Para el juez Varela, la objeción es pertinente: “*Las funciones políticas privativas de los departamentos políticos del Estado, no son susceptibles de un juicio ante los tribunales, cuando el ejercicio de esas funciones no han puesto la ley o el acto ejecutado en conflicto con la Constitución misma*”<sup>21</sup>.

Ahora bien, la concesión de que las funciones políticas privativas no son controlables no contradice su premisa anterior referida a la controlabilidad de todas las causas judiciales. Precisamente, la noción de caso judicial será lo que permita incluir o excluir del control a esas cuestiones privativas. De ese modo para el magistrado autor del voto minoritario “cuando una ley o un acto del Poder Ejecutivo estén en conflicto con las disposiciones,

---

<sup>15</sup> Ibid., p. 434. Énfasis añadido.

<sup>16</sup> Cfr. Ibid.

<sup>17</sup> Respecto del artículo citado, si bien cambió su ubicación en la sistemática de la Constitución en la Reforma Constitucional de 1994, su contenido no fue modificado.

<sup>18</sup> CSJN, *Fallos*: 53:420, p. 438. Énfasis original.

<sup>19</sup> Cfr. Ibid.

<sup>20</sup> Ibid., p. 439. Énfasis original.

<sup>21</sup> Ibid. Énfasis añadido.

derechos y garantías que la Constitución consagra, siempre surgirá un caso judicial, que podrá ser llevado ante los tribunales por la parte agraviada”<sup>22</sup>.

El contraste entre los votos de la mayoría y la minoría hacen surgir algunos interrogantes. En primer lugar, del voto mayoritario parece surgir no sólo que la revisión no tiene lugar cuando no hay caso judicial, sino que además hay materias que –parece surgir del razonamiento– aun cuando haya caso judicial, no son por sí mismas controlables, por ser políticas. En segundo lugar, el voto minoritario concede que hay materias no controlables, pero ante el planteo de un caso, esto es, cuando se cuestione la constitucionalidad de ese acto político, será procedente el control judicial.

De este modo, queda planteada la pregunta acerca de qué debe entenderse por caso judicial. En otras palabras, si alcanza la mera invocación de la contradicción entre el acto político y la Constitución o hace falta algo más, o ni una u otra cosa son suficientes para habilitar el control. Surge asimismo el interrogante acerca de la naturaleza de la cuestión no justiciable.

### **III. Los argumentos para sostener la no justiciabilidad de las *political questions***

#### **1. El argumento de la separación de poderes**

El argumento de la división de poderes ha sido catalogado desde su abordaje teórico como el “criterio clásico” que sustenta las *political questions*<sup>23</sup>. El carácter clásico del fundamento tiene que ver con su vínculo con el –también canónico– caso “Marbury vs. Madison” donde se sostuvo que “el Presidente está investido de ciertos e importantes poderes, en cuyo ejercicio debe usar su propia discreción y es responsable sólo ante su país en su carácter político y ante su propia conciencia...en aquellos casos en que el Presidente tiene facultades discrecionales dadas por la Constitución o por la ley, nada puede ser más perfectamente claro que sus actos son examinables sólo políticamente”<sup>24</sup>.

El punto central de este argumento está dado por la asignación constitucional de competencias a las diversas ramas del poder público. La división de poderes, se ha explicado, supone el aseguramiento de competencias diferentes y relativamente independientes entre sí, y ello constituye la garantía política más importante de la organización del Estado<sup>25</sup>. En el contexto del constitucionalismo moderno, la separación de poderes ha sido asociada a dos elementos fundamentales, uno objetivo y otro subjetivo. El primero está dado por los límites y el control del poder del Estado. El segundo, por la protección de las libertades individuales<sup>26</sup>.

En una caracterización clásica del principio de división de poderes, se ha afirmado que “*el gobierno debe estar dividido en tres ramas o departamentos, la legislatura, el ejecutivo y la judicatura. Para cada una de esas ramas, hay una correspondiente e identificable función de gobierno, legislativo, ejecutivo o judicial. Cada rama de gobierno debe ser confinada al ejercicio de su propia función y no debe permitirse que invadan las funciones de las otras. Es más, las personas que componen esas tres agencias*

---

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> Cfr. BIANCHI, Alberto, op. cit., p. 250.

<sup>24</sup> 5 U.S., p. 165-166. La traducción ha sido tomada de BIANCHI, Alberto, op. cit., p. 250.

<sup>25</sup> Cfr. CORVALÁN, Juan G., *Estado Constitucional y División de Poderes*, Astrea, Buenos Aires, 2016, pp. 14-15.

<sup>26</sup> Cfr. Ibid, p. 16.

*de gobierno deben permanecer separadas y diferentes, ningún individuo debe ser al mismo tiempo miembro de más de una rama. En este sentido cada una de las agencias será el control de las otras*<sup>27</sup>.

Esa caracterización de la división de poderes ha sido catalogada por Kavanagh como “visión pura de la separación de poderes”, que se compone de tres elementos: *separación de instituciones, separación de funciones y separación de personal*. Según la autora, de los dos primeros elementos emergen dos características relevantes. Por un lado, que cada una de las ramas de gobierno se identifica con una función (“*one branch-one function*”). Por otro lado, que cada una de las ramas de gobierno está confinada al ejercicio de su propia función y no interfiere en las funciones de las demás. La asunción de una función que no corresponda a la rama determinada será considerada *ultra vires* (“*separation as confinement*”)<sup>28</sup>.

Kavanagh critica cada una de esas características. Respecto de lo primero, porque es posible encontrar en el Estado moderno, el ejercicio de ciertas funciones que no se corresponden con la rama en cuestión<sup>29</sup>. Respecto de la segunda característica, porque la interdependencia y la interacción entre las tres ramas de gobierno es una cualidad fundamental del orden constitucional<sup>30</sup>.

En función de ello, Kavanagh propone matizar la “visión pura” de la separación de poderes. De este modo, la “división del trabajo” inherente a la división de poderes debe combinarse con el sistema de “frenos y contrapesos”. La división de poderes presentará, entonces, una doble dimensión. Una positiva, que enfatiza la *constitución* del gobierno, es decir, un marco institucional para llevar adelante el gobierno. Y una dimensión negativa, que limite el poder, lo controle y prevenga la usurpación de funciones. El principio de división de poderes conlleva, en consecuencia, separación y supervisión<sup>31</sup>.

El problema de las cuestiones políticas no justiciables no es ajeno a estas disquisiciones teóricas. La invocación del principio de división de poderes como fundamento de la limitación del control judicial parece encontrarse más cercana a la aludida “versión pura” de la separación de poderes que asume la separación como “confinamiento”. Si ello es así, naturalmente, una rama de gobierno no podrá invadir las competencias de otra – objetivo inherente al principio en cuestión–. Pero de ello se sigue también la posibilidad de enervar el control judicial sobre el ejercicio de competencias privativas.

Según la jurisprudencia de la Corte Suprema, la división de poderes como fundamento de las cuestiones políticas supone que “las facultades que la Constitución nacional ha establecido como propias y exclusivas de los otros poderes son privativas de éstos y no pueden ser revisadas o interferidas por los magistrados judiciales, en cuanto a la forma de su ejercicio”<sup>32</sup>. Tomado a su mejor luz, este argumento reposa en “las exigencias de

---

<sup>27</sup> VILE, Maurice, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford University Press, Oxford, 1967, p. 13. La traducción es propia.

<sup>28</sup> Cfr. KAVANAGH, Aileen, “The Constitutional Separation of Powers”, en DYZENHAUS, David – THORBURN, Malcolm (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 225.

<sup>29</sup> Cfr. *Ibid.*

<sup>30</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 227.

<sup>31</sup> Cfr. *Ibid.*, pp. 233-234.

<sup>32</sup> AMAYA, Jorge A., *op cit.* p. 194. Por ejemplo, en palabras del máximo Tribunal: “el ejercicio por el Poder Ejecutivo de la facultad de nombrar y remover a los empleados de la administración, no se halla sujeto a la revisión de los jueces ni lesiona derechos privados susceptibles de reparación por intermedio de los

funcionalidad política del sistema y en la imposibilidad o inconveniencia de someter íntegramente el proceso político a la revisión judicial”<sup>33</sup>.

En este sentido se ha señalado que lo no justiciable es lo que ha sido resuelto por el Congreso o por el presidente en el ejercicio de sus facultades privativas o propias, donde lo “privativo”, quiere decir exclusivo de ese órgano en concreto, no delegable<sup>34</sup>. Por este motivo, jurisprudencialmente se ha sostenido de manera reiterada que “no cabe juzgar a los ‘motivos que ha tenido para fijar una determinada política’, o para ‘elegir entre varias opciones, todas igualmente válidas’ y respecto de la ‘oportunidad y conveniencia de todo ello’”<sup>35</sup>. La no justiciabilidad se vincula, entonces, con el contenido estrictamente político de la decisión o acto estatal. Ese carácter político ha sido asimilado a la noción de discrecionalidad. Ambas nociones, a su vez, han sido asociadas a la “célebre tríada” de oportunidad, mérito y conveniencia<sup>36</sup>.

Por otra parte, la separación de poderes como fundamento de las *political questions* enfatiza la llamada “dimensión positiva” del principio –es decir, la que hace a la marcha y funcionamiento del gobierno– en detrimento de la “dimensión negativa”, la referida al control. Enfatizando esa dimensión positiva, se ha sostenido que el control judicial sobre la actividad estatal es de legitimidad pero nunca de mérito u oportunidad. Que, si por el contrario se admitiera la justiciabilidad plena de las cuestiones políticas, entonces se estaría violando el principio de división de poderes<sup>37</sup>.

Por el contrario, enfatizando la dimensión “negativa” del principio de separación de poderes se ha señalado que lo “privativo” “no puede jugar como telón tras el cual se esconda una violación a la Constitución”<sup>38</sup>. A su vez, se ha advertido el carácter endeble de la justificación jurídica de la doctrina de las *political questions*, puesto que supondría “admitir que la supremacía y control constitucional no se extiende a todos los ámbitos”<sup>39</sup>.

El principio de separación de poderes como justificación de la doctrina de las cuestiones políticas contiene al menos un razonable e importante elemento –que aquí se asociado a la dimensión positiva del principio–: debe favorecerse el cumplimiento de los objetivos estatales. Ahora bien, dado que no cabe asumir la separación como “confinamiento” y que a su vez el poder debe ser controlado, esta justificación no parece responder concluyentemente a la pregunta acerca de qué es lo privativo de cada función, y por qué motivo ello debería quedar excluido del control judicial cuando se susciten objeciones constitucionales.

---

tribunales de justicia”. CSJN, “Avila Posse de Ferrer, Irma c/ Aerolíneas Argentinas -Empresa del Estado-”, *Fallos*: 254:43 (1962).

<sup>33</sup> SANTIAGO, Alfonso, *La Corte Suprema y el control político*, Ábaco, Buenos Aires, 1999, p. 175.

<sup>34</sup> Cfr. CORVALÁN, Juan G., op. cit., p. 149.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 150.

<sup>36</sup> Cfr. *Ibid.*, pp. 154-155.

<sup>37</sup> Cfr. SARMIENTO GARCÍA, Jorge, “El amparo y las cuestiones políticas no justiciables”, en CASSAGNE, Juan (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2007, t. II, p. 1569.

<sup>38</sup> BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho constitucional del poder*, Ediar, Buenos Aires, 1967, t. II, pp. 339-340.

<sup>39</sup> SANTIAGO, Alfonso, op. cit., p. 175.

## 2. El argumento de las “virtudes pasivas”

Este segundo esquema de argumentos, más que concentrarse en la relación entre los poderes del Estado y sus competencias, se circunscribe al rol que el Poder Judicial debe cumplir en la estructura institucional del Estado constitucional. Se trata, entonces, de una posición normativa sobre el rol que los jueces deben cumplir, en general, y sobre el ejercicio del control de constitucionalidad en particular.

Uno de los representantes más destacados de esta posición es Alexander Bickel, quien en su obra *“The least dangerous Branch”* (La rama menos peligrosa) defiende el ejercicio de cierto tipo de virtud en el ejercicio de la judicatura en general, y de los jueces de la Corte Suprema en particular. Pero esa virtud no es algo que los jueces puedan hacer, sino más bien, la virtud es lo que los jueces no hacen. El autor llama a este tipo de cualidades “virtudes pasivas”<sup>40</sup>.

En palabras del juez de la Corte Suprema estadounidense, Louis Brandeis “las técnicas de la mediación del ‘no hacer’ eran ‘lo más importante que se debía hacer’”<sup>41</sup>. El contexto de esta valoración positiva del “no hacer” judicial, es la crítica de Bickel al control de constitucionalidad, desde sus orígenes en la práctica estadounidense, con “*Marbury vs. Madison*”, siguiendo con el desarrollo posterior. Por ello, según Bickel, en el caso particular de la Corte Suprema, “debe tener el cuidado de confinar su función en sentido estricto a la necesidad que la suscitó; es decir, era y siempre ha sido necesario distinguir entre las fronteras de la facultad de otra agencia gubernamental y la propiedad de sus decisiones dentro de esas fronteras”<sup>42</sup>.

De este modo, partiendo del carácter contramayoritario del Poder Judicial, para Bickel siempre será mejor que los jueces se restrinjan a la hora de efectuar la revisión judicial de los actos de otras ramas de gobierno. Por este motivo, las virtudes pasivas a las que se aludió, reconocen diversas técnicas para la evasión del control. Las exigencias de caso judicial, o de legitimación, y la doctrina de las *political questions* forman parte de ese elenco de técnicas<sup>43</sup>.

Para Bickel, “la avenida de escape más amplia y radical de la adjudicación, es la doctrina de las cuestiones políticas”. De este modo, “cuando la Suprema Corte declina la jurisdicción sobre un caso como ‘político’ o cuando, habiendo tomado el caso, declina adjudicar los méritos de tal o cual cuestión que dicho caso plantee sobre las mismas bases, lo que la Suprema Corte hace, de acuerdo con el caso “*Marbury v. Madison*”, es interpretar una adjudicación constitucional en el sentido de que el asunto en cuestión es confiado a la discreción no controlada de otra agencia de gobierno”<sup>44</sup>.

En la línea sugerida por Bickel, parece ir la contribución de uno de los primeros teóricos constitucionales de la idea de restricción judicial, James Bradley Thayer<sup>45</sup>. La propuesta de Thayer supone un criterio deferencial, ante el cual –en caso de duda– debe asumirse una presunción de constitucionalidad favorable a los órganos políticos. En palabras de

---

<sup>40</sup> Cfr. BICKEL, Alexander, *La rama menos peligrosa*, trad. M. Zamudio Vega, Fondo de Cultura Económica, México, 2020 [1962], p. 123 y stes.

<sup>41</sup> Ibid., p. 124.

<sup>42</sup> Ibid., p. 61.

<sup>43</sup> Cfr. Ibid., p. 124 y stes.

<sup>44</sup> Ibid., p. 137.

<sup>45</sup> El artículo “*The origin and scope of the American Doctrine of Constitutional Law*” fue publicado en la edición de Harvard Law Review del 25 de octubre de 1893.

Thayer, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes procederá sólo si los legisladores “no han cometido un mero error sino un error muy claro-tan claro que no está sujeto a la inquisición racional...Esta regla reconoce que, tomando en consideración las grandes, complejas y nunca del todo claras exigencias del gobierno, mucho de lo que sería inconstitucional para un hombre, o colectivo, puede razonablemente no serlo para otros; que la constitución frecuentemente admite distintas interpretaciones; que hay frecuentemente un margen de elección y juicio; que en tales casos la Constitución no impone sobre el legislador una opinión específica, pero deja abierto ese margen de opción que cualquier alternativa racional es por tanto constitucional”<sup>46</sup>.

En virtud de esta regla, la declaración de inconstitucionalidad por parte de los jueces debe realizarse siguiendo un criterio de estricta racionalidad. Conforme a ello “los aplicadores constitucionales sólo deberían rebasar el resguardo de las formulaciones lingüísticas constitucionales cuando no haciéndolo se obtiene un resultado severamente erróneo”<sup>47</sup>.

En esta línea parece ir la clásica jurisprudencia de la Corte Suprema argentina cuando afirma que la declaración de inconstitucionalidad “se trata del ejercicio de la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, que importa el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema como lo es el legislativo, sólo susceptible de actualizarse como razón ineludible del pronunciamiento. Es consecuencia de lo expuesto que no basta la aserción de que, en cierto supuesto, la norma legal pueda ser inválida. La declaración judicial de tal invalidez supone necesariamente que se haya afirmado y probado que el supuesto referido se cumple en los autos”<sup>48</sup>.

### 3. El argumento funcional

El argumento funcional consiste, en realidad, en un esquema de argumentos que, más que enfatizar cuestiones de principios jurídicos, o posiciones institucionales acerca del rol de los jueces, se centran más bien en las limitaciones prácticas de la función jurisdiccional. Es decir, se trata de una posición pragmática que intenta explicar y justificar la “evitación” del control judicial ante el planteo de una cuestión política no justiciable.

El punto central de este esquema es que, la judicatura, dentro de los límites de un “caso judicial” no puede resolver ciertos planteos que excedan esas fronteras<sup>49</sup>. Esto presupone que la configuración de las *political questions* –del modo en que se presentan en la práctica constitucional– tendría características que trascienden los límites del caso judicial. Sin embargo, ello depende de cada caso concreto. Es decir, la verificación de los límites del caso judicial depende de la configuración específica de cada eventual “cuestión política”<sup>50</sup>.

Según Fritz Scharpf, hay ciertas limitaciones inherentes al tratamiento judicial de las cuestiones políticas. Algunos de estos impedimentos tienen que ver con el acceso a

---

<sup>46</sup> THAYER, James Bradley, “The origin and scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, vol. 7, núm.3, 1893, p. 144.

<sup>47</sup> DE LORA, Pablo, *La interpretación originalista de la Constitución: una aproximación desde la Filosofía del Derecho*. Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 1997, p. 337.

<sup>48</sup> CSJN, “Ulla, Víctor c/ Caldo Miretti, Agustín”, *Fallos*, 252:328 (1662).

<sup>49</sup> Cfr. BIANCHI, Alberto, op. cit., p. 253.

<sup>50</sup> Cfr. SCHARPF, Fritz, “Judicial review and the political question: a functional analysis”, *Yale Law Journal*, Nro. 4, 1966, p. 567.

información relevante por parte de los tribunales, en el contexto de un proceso judicial. Otros factores están vinculados con la necesidad de uniformidad en la decisión a adoptarse, o la mayor responsabilidad de los poderes políticos en el asunto discutido<sup>51</sup>.

Como puede verificarse, lo decidido por la Corte Suprema argentina en el clásico caso “Cullen c/ Llerena” sigue, en parte, esta línea de razonamiento: en ausencia de caso judicial, la intervención de los tribunales se encuentra vedada. En definitiva, una consideración estricta de los requisitos de caso judicial y legitimación puede impedir la revisión judicial de determinados actos de los poderes políticos, sin invocación de mayores fundamentos. El resto de los impedimentos a los que se hizo referencia, como la dificultad para acceder a información relevante, quizás tengan como presupuesto las exigencias previas que habiliten el control.

#### **4. La distinción entre derechos y objetivos políticos**

Un cuarto esquema de argumentos es externo a la sistematización propuesta por Scharpf y por Bianchi. La distinción entre derechos individuales y objetivos políticos ha sido propuesta por Ronald Dworkin y postulada por Carlos S. Nino como posible fundamento de las cuestiones políticas no justiciables<sup>52</sup>.

Nino se pregunta qué es lo que permite distinguir lo jurídico de lo político. Según el autor “el dictado de toda norma jurídica, salvo normas como las leyes de tránsito que resuelven simples problemas de coordinación social, implica una decisión política y la mayor parte de las decisiones políticas vinculantes tienen su expresión en normas jurídicas”<sup>53</sup>. La pregunta, entonces, es qué es lo que ha permitido a la práctica jurisprudencial diferenciar entre cuestiones jurídicas y cuestiones políticas para incluir a las primeras y excluir a las segundas del control judicial.

En relación con ello, la distinción ofrecida por Dworkin diferencia dos tipos de razones o argumentos que se dan en el ámbito jurídico. Por un lado, los argumentos fundados en derechos individuales, como el derecho a la vida, a la seguridad personal, etc. Por otra parte, los argumentos sustentados en “objetivos sociales colectivos”, como, por ejemplo, los argumentos respaldados en objetivos de defensa, seguridad o salud pública, etc.<sup>54</sup>.

Lo que diferencia a los derechos individuales y a los objetivos colectivos es “la idea de que los derechos son individualizables y distributivos, se distribuyen igualitariamente entre diversos individuos, mientras que las políticas u objetivos colectivos son de tipo agregativo, toman en cuenta los intereses de los individuos considerados en forma agregada y no distribuidos igualitariamente entre esos individuos”<sup>55</sup>. La distinción implica, entonces, que las agencias de gobierno tienen mayor disposición sobre los objetivos políticos que sobre los derechos. Respecto de los primeros, pueden promoverlos con mayor o menor intensidad, e incluso cesar en su promoción si fuere necesario. Pero no poseen esa misma discrecionalidad de los derechos individuales.

---

<sup>51</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 567 y stes.

<sup>52</sup> Cfr. NINO, Carlos S., “La filosofía del control de constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Nro. 4, 1989, p. 82 y stes.

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> Cfr. *Ibid.*, pp. 82-83.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 83

Dworkin efectúa esta distinción para diferenciar los ámbitos de actuación del poder político y del Poder Judicial. “La idea de Dworkin es que la competencia de los jueces se limita a los derechos individuales mientras que los objetivos sociales colectivos, las políticas en ese sentido de objetivos agregativos de la sociedad, son exclusivas del poder político”<sup>56</sup>. De este modo, dado que los derechos constitucionales suponen en sí mismos ciertos límites a los márgenes de maniobra que pudieren ejercer los poderes políticos, las decisiones al respecto quedan en manos de los jueces. Por el contrario, como las cuestiones referidas a objetivos colectivos admiten un notable y mayor margen de disposición, quedan en manos del poder político.

Vinculado a ello, otra distinción ofrecida por Ronald Dworkin para evaluar qué agencia estatal se encuentra mejor situada para la adopción de decisiones públicas es la referida a dos tipos de decisiones de naturaleza política: las *cuestiones sensibles e insensibles a las preferencias*. Las primeras son aquellas cuya solución depende del carácter y la distribución de las preferencias al interior de la comunidad política<sup>57</sup>. Por ejemplo, cuestiones tales como qué destino deben tener los fondos públicos, si el Estado debe integrarse o no a determinado organismo de cooperación internacional, etc. Estas cuestiones, dependen únicamente de los deseos de los ciudadanos y de la cantidad de personas que apoye una u otra posición.

En cambio, las decisiones relacionadas con cuestiones insensibles a las preferencias no dependen de cuántos individuos deseen o prefieran una determinada decisión. En otras palabras, no depende del número de individuos que apoyen tal o cual curso de acción. Dworkin brinda como ejemplo de este tipo de cuestiones, la decisión de aprobar o no la pena de muerte. La corrección de esa decisión es independiente de lo que la mayoría de los ciudadanos al interior de la comunidad política prefiera<sup>58</sup>.

Dworkin admite que, efectivamente, puede haber desacuerdo acerca de qué cuestiones son sensibles a las preferencias de los ciudadanos y cuáles no. Sin embargo, aclara que la pregunta de segundo orden acerca de qué asunto es sensible o insensible a las preferencias es, en sí misma, insensible a las preferencias. Según el autor, no tendría sentido afirmar que determinada cuestión es sensible a las preferencias por el mero hecho de que una mayoría así lo desee<sup>59</sup>.

La corrección de una decisión referida a cuestiones insensibles a las preferencias –a las que Dworkin también llama “cuestiones de principio”– es más acertada, según ese autor, en tanto esté fundada en un mayor conocimiento de los hechos relevantes. Ahora bien, a la pregunta acerca de si los jueces o el parlamento están mejor situados para acceder a esos hechos relevantes, Dworkin responde que no hay razones para pensar que un legislador pueda poseer, con mayor probabilidad, creencias correctas acerca de los hechos relevantes en materia de cuestiones de principio<sup>60</sup>.

Entre esas cuestiones de principio, insensibles a las preferencias, los derechos constitucionales ocupan un lugar central. Por ello, según Dworkin, no hay “ningún motivo

---

<sup>56</sup> Ibid.

<sup>57</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald, *Sovereign Virtue. The Theory and practice of equality*, Harvard University Press, Cambridge, 2000, p. 204.

<sup>58</sup> Cfr. Ibid.

<sup>59</sup> Cfr. Ibid., p. 205.

<sup>60</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, trad. V. Boschioli, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2012, p. 43.

por el que haya una mayor probabilidad de que un legislador tenga creencias precisas sobre el tipo de hechos que, en cualquier concepción plausible de los derechos, sería pertinente para determinar qué derechos poseen los ciudadanos”<sup>61</sup>. Y en este sentido concluye que “la técnica de analizar la coherencia especulativa para determinar si algo es un derecho está mucho más desarrollada entre los jueces que entre los legisladores o entre la gran mayoría de los ciudadanos que eligen a los legisladores”<sup>62</sup>.

De este modo, según Dworkin, el arreglo institucional que garantiza la corrección o adecuación a principios de decisiones que atañen a cuestiones insensibles a las preferencias es el de la revisión judicial. En otras palabras, son los jueces quienes se hallan mejor situados para decidir cuestiones referidas a derechos individuales, o sea, insensibles a las preferencias de los ciudadanos.

Correlacionando las dos distinciones identificadas, las cuestiones referidas a objetivos políticos colectivos o sensibles a las preferencias, se encuentran, según Dworkin, mejor situadas en manos del poder político, por el margen de disposición que admiten, y por la “sensibilidad” de los poderes democráticamente elegidos a las preferencias mayoritarias de la sociedad. Por su parte, las decisiones referidas a derechos individuales –insensibles a las preferencias mayoritarias–, se encuentran mejor situados en el contexto del Poder Judicial, por el limitado margen de disposición que aparejan, por el acceso a los hechos relevantes relativos a su decisión por parte de la judicatura, o por el mejor desarrollo de las técnicas jurídicas en el campo judicial.

Carlos Nino, no obstante, ha criticado esta propuesta de división de tareas. En primer lugar, en muchas situaciones existirán dudas acerca de si lo que en un caso judicial se discute es un derecho individual o un objetivo colectivo<sup>63</sup>. Si esa identificación es dudosa, luego será dudosa la opción de habilitar o no el ejercicio del control judicial. En segundo lugar, Nino advierte que no puede limitarse la intervención de los órganos políticos en materia de reglamentación de los derechos individuales. Precisamente, gran parte de la función esencial de los poderes políticos es el dictado de leyes y decretos que reglamenten, precisen y protejan derechos<sup>64</sup>.

En tercer lugar, la división del trabajo entre judicatura y poder político propuesta por Dworkin, depende mucho del alcance que se otorgue a los derechos constitucionales. Nino advierte que, si se asume una concepción robusta de los derechos “van a quedar muy pocas cuestiones en las cuales los jueces no van a poder intervenir porque, con una concepción de derechos individuales robustos, el ámbito de intervención judicial de cualquier manera se ampliaría considerablemente”<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> Ibid.

<sup>62</sup> Ibid.

<sup>63</sup> Cfr. NINO, Carlos S., op. cit., p. 83.

<sup>64</sup> Cfr. Ibid.

<sup>65</sup> Ibid, p. 84. Esta tercera observación de Nino no se encuentra exenta de problemas. Por un lado, surge el interrogante acerca de quién debería decidir cuál es el alcance de los derechos constitucionales. Por otro lado, se encuentra el dato objetivo de que, al menos en el derecho argentino, la ampliación de la protección de los derechos fundamentales establecida en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, ha hecho que muchas más cuestiones se encuentren bajo la órbita de protección de los derechos. De modo que, la asunción de una protección estrecha de los derechos, por sobre una robusta, se encontraría con el serio desafío de interpretar estrechamente las disposiciones del texto constitucional y de los tratados internacionales con esa jerarquía.

Más allá de la reconstrucción de la argumentación de Dworkin como posible fundamento de la doctrina de las *political questions* Nino termina descartándola. En su parecer, la limitación del control de constitucionalidad que supone esa doctrina tiene un fuerte fundamento. Ese fundamento tiene que ver con el carácter contramayoritario del Poder Judicial. De modo que, para Nino la estrategia argumentativa referida a los derechos individuales no se encuentra justificada, dado que siempre cabe la pregunta acerca de por qué un órgano contramayoritario debe prevalecer sobre uno representativo, aun en materia de derechos<sup>66</sup>.

## Conclusión

La doctrina de las cuestiones políticas no justiciables no se halla exenta de problemas. Así lo evidenció uno de los primeros casos resueltos por la Corte Suprema argentina, como fue “Cullen c/ Llerena”. Allí quedaron evidenciadas las posiciones que sostenían la falta de control sobre materias privativas de los poderes políticos y la falta de configuración de caso judicial en esos supuestos, frente a la necesidad de revisar todo acto susceptible de lesionar los mandatos constitucionales.

Entre los posibles fundamentos, la idea de separación de poderes goza de un lugar particular. Es evidente que cada una de las funciones del Estado debe ejercitarse de modo separado y sin interferencias. Ahora bien, ciertas formulaciones contemporáneas han concebido al principio de manera tal que se asegure la continuidad de la acción estatal, sin aislar a los departamentos del Estado, pero a la vez, asegurando el control. Sin embargo, el principio de división de poderes dejaría aun sin resolver aquellos casos dudosos en lo que no es claro si el Poder Judicial debe intervenir en aras del control, o debe evitar interferir en orden a la continuidad de la acción estatal.

Otro de los fundamentos brindados para sostener la doctrina de las “cuestiones políticas” es el de las llamadas “virtudes pasivas”, que postula la necesidad de un Poder Judicial restringido. Según esta posición es algo deseable el “no hacer” en materia de revisión judicial en general, y de los actos de los poderes públicos en particular. Una concepción como esta, podría explicar y justificar una doctrina “evasiva” del control como la de las cuestiones políticas, pero debería sortear, por otra parte, las objeciones relativas a la afectación de la supremacía constitucional y al rol de guardián de la Constitución y del proceso político que los jueces deberían ejercer.

Una justificación adicional de las *political questions* es de naturaleza funcional. Este esquema, en vez de apelar a cuestiones de principio, postula que hay dificultades prácticas para permitir la justiciabilidad de cierto tipo de cuestiones. Entre esas dificultades, se encuentran, de modo liminar, los problemas relativos a la configuración de un caso judicial y de la legitimación. Ahora bien, la interpretación del alcance de las nociones de “caso” y de legitimación, puede encontrarse vinculada a una decisión previa de habilitar o no el control de ciertas cuestiones, lo cual posee implicancias políticas y jurídicas, en particular, relativas a la supremacía constitucional.

Finalmente, la distinción entre derechos constitucionales y objetivos políticos podría servir de respaldo a la doctrina de las *political questions*. Los tópicos referidos a los derechos quedarían en la esfera de los tribunales, y las materias referidas a objetivos de interés general, en la esfera de los poderes políticos. Si bien se han ofrecido fuertes objeciones a esta distinción, la posible afectación de un derecho constitucional se presenta

---

<sup>66</sup> Cfr. Ibid.

como una alternativa plausible de habilitación de la revisión judicial, independientemente de la naturaleza del asunto, aunque ciertamente no sea la única alternativa posible.