

CAPÍTULO VIII

Derecho constitucional y gobernabilidad.

Problemática del repliegue acelerado, o de la desaparición, de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables*

1. ¿UN TEMA DE CIENCIA FICCIÓN?

Plantear la hipótesis de la extinción de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables —*political questions*—, como áreas exentas del control de constitucionalidad, podía parecer, no más de un pocos lustros atrás, un asunto de ciencia ficción, vale decir, algo así como el argumento para una novela muy poco creíble, o francamente delirante, o algo reservado para el teatro del absurdo. No obstante, la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, dictada en 2004 en el caso “Zamora Bolaños”,¹ viene a plantear esa cuestión en el terreno de las realidades.

El objeto de este capítulo es tratar brevemente el origen y el desenvolvimiento de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, su auge y su deterioro, las razones esgrimidas para destruirla y el panorama

* El presente trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina. El mismo reelabora y actualiza un estudio anterior del autor, publicado en el capítulo XIX de su libro *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, pp. 285-304.

¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José de Costa Rica, 8 de septiembre de 2004, 8 de septiembre de 2004, Exp. 03-004485-0007-CO, resolución 2004-09992

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

ma que presentaría su eventual desaparición, con particular referencia al impacto positivo o negativo que ello produciría en términos de gobernabilidad sistémica.

2. PERFIL CONSTITUCIONAL DE LA DOCTRINA DE LAS CUESTIONES POLÍTICAS NO JUSTICIALES

Interesa reseñar algunos aspectos de esta importante doctrina.

a) *Una tesis no escrita en las constituciones.* El primero de ellos es que, por lo común, no está expuesta en los textos constitucionales. Pero hay excepciones, como siempre pasa en el derecho. Por ejemplo, la más llamativa y terminante de ellas es tal vez el artículo 64 de la Constitución de Brasil de 1934, cuando señaló que “está prohibido al Poder Judicial conocer de cuestiones exclusivamente políticas”. En otros casos, se han previsto explícitamente vigencias parciales de la doctrina. Así, el artículo 159 de la Constitución de Venezuela de 1961 dispuso que “los actos de los cuerpos legislativos en ejercicio de sus atribuciones privativas no estarán sometidos al veto, examen o control de los otros poderes, salvo lo que esta constitución establece sobre extralimitación de atribuciones”. Y el artículo 241, inciso 1º de la Constitución de Colombia de 1991 añade que es factible que la Corte Constitucional controle la constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución, como sobre la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente, pero “sólo por vicios de procedimiento en su formación”. Cabe concluir, entonces, que no es justiciable el control de constitucionalidad del contenido de esas normas.

La doctrina de las *political questions* ha tenido, en cambio, y por lo común, origen y soporte pretoriano. Vale decir, que fue diseñada, mantenida, dibujada y modificada por los tribunales, como una estrategia de autorrestricción —*self restraint*—. Fueron ellos quienes redactaron el catálogo de lo justiciable y de lo no justiciable, quizá a partir del caso del duque de York (1640), que pretendió ante las cortes judiciales ser reconocido como heredero del trono de Inglaterra. Los tribunales le dijeron que no se atrevían a conocer en esa pretensión, que correspondía ser resuelta por los Lores del Reino.²

² Véase Schwartz, Bernard, *Los poderes del Gobierno*, trad. por José J. Olloqui Labastida, México, UNAM, 1966, t. I, p. 582.

Derecho constitucional y gobernabilidad...

b) *Anida en el derecho constitucional consuetudinario.* Pero también es interesante constatar que la doctrina de las *political questions* no es una tesis “extra constitucional”, sino que se encuentra vigente, y por cierto con una salud admirable, en el seno del derecho constitucional. Claro está que su *habitat* no es el derecho constitucional formal —salvo raras excepciones, como las ya marcadas—, sino el derecho constitucional consuetudinario de prácticamente todo el mundo.

Vivir en el derecho consuetudinario constitucional no es signo de debilidad alguna. Antes bien, puede ser una garantía de existencia, de presencia en la dimensión fáctica, y por tanto en la real, del mundo constitucional. Se trata del derecho efectivamente vivido y cumplido. Y de ser necesario, no faltarán las sentencias de los intérpretes supremos de ese derecho constitucional que describirán casuísticamente los mapas nacionales de las cuestiones políticas no justiciables. Esas cartografías son, por cierto, disímiles, heterogéneas, cambiantes. La superficie de las *political questions* varía de país en país. También, su morfología, vale decir, la altura y profundidad de tales figuras. No siempre su textura es coherente ni sólida: como en la naturaleza, hay aquí grietas, espacios acuosos, zonas aluvionales y otras en permanente transformación.

c) *Se aplica en el nacimiento mismo del control judicial de constitucionalidad.* Es provechoso, también, apuntar que en la propia cuna estadounidense del control judicial de constitucionalidad, o *judicial review*, vale decir, en “*Marbury vs. Madison*” (1803), el *Chief Justice* Marshall inserta, junto al referido control, la abstención judicial en materias donde los funcionarios del poder ejecutivo “tienen completa discreción”. La tesis, en síntesis, enseña esto: hay temas que la Constitución confía al presidente, y que por ende, no pueden ser decididos por el poder judicial.³ La creación por la Corte del control judicial de constitucionalidad corre pareja, entonces, con la no injerencia de los jueces en las *political questions*. Esto último opera como una suerte de seguro sistémico legitimatorio de lo primero. Digámoslo en otras palabras: si no existiesen ciertas áreas no justiciables, no debería haber control judicial de constitucionalidad. O si se prefiere: para que haya control judicial de constitucionalidad, es necesario que los jueces no incursionen en las

³ Cfr. Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 2ª ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1978, t. 3, pp. 435 y 446.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

competencias privativas, reservadas y excluyentes, del Capitolio o de la Casa Blanca.

d) Implica una estrategia de supervivencia del poder judicial y del control judicial de constitucionalidad. La doctrina de las *political questions* fue formulada en un contexto histórico muy preciso, como el existente en Estados Unidos a comienzos del siglo XIX. En concreto, su Constitución no asignaba al poder judicial funciones de control de constitucionalidad. Cuando la Corte lo asume, en “*Marbury vs. Madison*”, su decisión motivó aplausos y también fuertes críticas, que perduran hasta hoy día, tanto por ocupar formalmente competencias que la Constitución no le otorgaba explícitamente, como por arrogarse la judicatura —una rama del gobierno federal no surgida de comicios, y por ende, con una especie de debilidad congénita, en términos corrientes de una democracia—, funciones políticas que podían conducir al bloqueo de decisiones —leyes, decretos, resoluciones, etc.—, tomadas por los poderes ejecutivo y legislativo, que sí tenían legitimación electoral.

Una fórmula transaccional, en este punto, bien esgrimida por la Corte del *Chief Justice* Marshall, fue enunciar el control judicial de constitucionalidad como una exigencia propia de la interpretación y aplicación del derecho de la Constitución por parte de los tribunales,⁴ pero con una válvula de seguridad para los poderes “políticos”: dicho control no comprendería las facultades reservadas y privativas del presidente y del poder legislativo.

La fórmula, en su momento, pareció conformar, a veces a regañadientes, a tirsios y troyanos. A los poderes “políticos”, les garantizaba que la judicatura no se entrometería en temas tales como el manejo de las relaciones exteriores, declaración de guerra, aprobación del presupuesto, trámite de las leyes, políticas públicas, regulación de la moneda, etc. Al poder judicial, la receta le permitía continuar con el control de constitucionalidad, bien que acotado para las cuestiones que no fueran “políticas”. Además, a él le tocaba definir, en última instancia, cuándo un asunto era o no una *political question*, no justiciable, con lo que, con una sensible dosis de discrecionalidad y arbitrio, podría escoger los asuntos sobre los que desarrollaría aquel control, o *judicial review*.

⁴ El argumento, como se sabe, enseña que en la interpretación y aplicación del derecho la norma superior (Constitución), debe prevalecer sobre la inferior (ley), y que si esta última viola a la primera, debe ser inaplicable (ya que es inconstitucional), por los operadores judiciales. De no procederse así, la norma inferior triunfaría sobre la superior.

Derecho constitucional y gobernabilidad...

3. UNA DOCTRINA AXIAL PARA EL EQUILIBRIO SISTÉMICO CONSTITUCIONAL

Durante el siglo XIX y hasta los finales del XX, la doctrina de las *political questions* pasó a ser un dato decisivo —probablemente, el más vital— para el sistema de *checks and balances* que patrocina cualquier Constitución liberal y Occidental que quiera tildarse de tal.

En palabras de Abraham Lincoln, por ejemplo, la autorrestricción del poder judicial en tales asuntos era indispensable para mantener el autogobierno del pueblo, y para impedir que el gobierno pasase del pueblo a la Corte Suprema. Charles Hugues, expresidente de la Corte Suprema de Estados Unidos, señaló por su parte que la doctrina era el presupuesto que hacía practicable el sistema constitucional estadounidense. Y Karl Loewenstein alertó que la tesis de las *political questions* era un antídoto contra la *judiciocracia*, la *judicialización de la política*, al par que disipaba el espectro del poder judicial como superpoder.⁵

4. LAS RAZONES DE UNA CRISIS

No obstante su éxito, esta doctrina hoy se encuentra en repliegue. Los motivos que explican este fenómeno son varios. Seleccionamos cuatro.

a) *Afirmación del control judicial de constitucionalidad.* En la actualidad, la magistratura constitucional, especializada u ordinaria, no tiene por qué pedir disculpas para ejercer funciones de control de constitucionalidad: ellas emergen expresamente, casi siempre, de los propios textos constitucionales. Naturalmente, muchos no compartirán tal sistema de control de constitucionalidad, pero para reformarlo, tendrán que cambiar en tal punto a la Constitución.

Una jurisdicción constitucional autorizada explícitamente por la Constitución para cumplir los papeles de control de constitucionalidad, puede ejercitarlos con mayor solvencia y extensión que otra no autorizada, como ocurrió con la estadounidense de “*Marbury vs. Madison*”, allá por el 1803. Ello conduce, paralelamente, a avanzar en más áreas de examen, en tanto ese contralor no esté prohibido por la Constitución.

⁵ Sobre los fundamentos ideológicos y jurídicos de la doctrina de las *political questions* nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *El tercer poder...*, cit., pp. 287-290.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

De algún modo, la consagración expresa de la justicia constitucional en el texto de la Constitución invita al activismo judicial.

b) Doctrina de la inconstitucionalidad por omisión. La teoría de las *political questions* congelaba importantes tramos de la Constitución con el argumento de la “mediación de la ley” —un derecho constitucional, para resultar practicable, debía estar reglamentado por normas subconstitucionales, en particular las leyes— o el de las “cláusulas programáticas” —muchas normas de la constitución no eran operativas por sí mismas: requerían ser puestas en marcha por leyes o decretos—. Emitir las normas instrumentativas —infraconstitucionales— de la Constitución, se entendía como una “cuestión política no justiciable”, sometida a la discreción soberana de los poderes legislativo y ejecutivo.

Desde la célebre sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 1969, que reconoció la existencia de la “inconstitucionalidad por omisión” en la no producción de las normas subconstitucionales destinadas a motorizar las reglas de la Constitución, la mora legislativa —o ejecutiva— pasó a ser un tema justiciable. Numerosas constituciones arbitraron, además, remedios para combatirla, mediante demandas ante los órganos de la jurisdicción constitucional.⁶

c) Reclamos sociales ante los tribunales. La vigencia de importantes derechos económico-sociales, especialmente en temas como salud, vivienda, alimentación y educación, quedaban otrora sometidos a los medios destinados a satisfacerlos, según las previsiones del presupuesto aprobado por los representantes del pueblo en el poder legislativo. Si los fondos previstos resultaban insuficientes, no había alternativa alguna para gozarlos. Definir el presupuesto y las políticas públicas en esas áreas era cuestión política no justiciable.

Actualmente el panorama ha variado. Quienes no obtienen satisfacción a las necesidades básicas tuteladas por dichos derechos, en el ámbito del Congreso o de la Presidencia, ocurren a los tribunales para reclamar su cumplimiento. Un cambio en la cultura jurídica constitucional, auspiciado por una visión más exigente del estado social de derecho —en particular, por la presión del valor *justicia social*—, ha legitimado la injerencia judicial en el plan estatal de asignación de recursos

⁶ En cuanto las modalidades de la inconstitucionalidad por omisión y su tratamiento constitucional, derivamos al lector a nuestro libro *La interpretación judicial de la Constitución, cit.*, pp. 129-142.

Derecho constitucional y gobernabilidad...

sociales, y aún, en determinadas hipótesis, ha autorizado el quiebre del presupuesto aprobado por el poder legislativo, en aras de cumplir con los mandatos constitucionales relativos a los derechos que hemos mencionado.

d) Deslegitimación de la abstención judicial. Así como en el siglo XIX el activismo judicial estadounidense generó críticas en Europa, donde se habló incluso, y con fuerte sentido crítico, “del gobierno de los jueces”, actualmente la abstención judicial en las cuestiones políticas provoca cada vez más comentarios adversos.

Desde acusar a la doctrina de las *political questions* como provocadora de la impunidad constitucional del Congreso y del presidente, o juzgarla como teoría oportunista y acomodaticia, sin el menor desarrollo lógico y coherente, redactada empíricamente, según los vaivenes políticos del momento, o mirarla como posición hedonista, fácil para justificar la irresponsabilidad de los jueces, o condenarla por implicar una negación del derecho a la jurisdicción y al acceso a la justicia por parte de los afectados por decisiones —o abstenciones— congresionales o presidenciales inimpugnables ante los estrados judiciales, lo cierto es que la valoración académica de esta tesis se encuentra en retirada.

Nuevos parámetros de legitimidad, cambios en los paradigmas colectivos, mutaciones en la calificación de lo que es éticamente correcto o incorrecto para los jueces, llevan hoy a preferir, para muchos, el riesgo de una prevalencia activista de las competencias jurisdiccionales sobre control de constitucional, que aceptar la continuidad de una doctrina que pregonaba el silencio o el rechazo a esa fiscalización en áreas importantes de gobierno o de los derechos personales. En definitiva, en tal encrucijada, el *qué* —la motorización efectiva del derecho constitucional—, puede importar más que el *quién* actúa como operador.

5. UNA SENTENCIA DETONANTE.

EL CASO “ZAMORA BOLAÑOS Y OTROS”, DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA

El 19 de marzo de 2003, el presidente de Costa Rica emitió un comunicado de adhesión a la “Alianza Internacional contra el Terrorismo”, liderada por Estados Unidos, Gran Bretaña y España, reafirmado el 22 del mismo mes por otro, que incluyó a Costa Rica en la nómina de na-

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

ciones integrantes de la “Coalición Internacional Antiterrorista” contra Saddam Hussein.

Tales comunicados provocaron diversas demandas de inconstitucionalidad, planteadas por personas privadas, el Defensor de los Habitantes y el Colegio de Abogados de Costa Rica. Los argumentos, no siempre coincidentes, residían en lo sustancial en que aquellos comunicados importaban una declaración de guerra que el presidente no podría adoptar, por ser competencia del poder legislativo (arts. 140, incs. 6 y 149 de la Constitución), violaban el artículo 7° de la Constitución de Costa Rica, que demanda el cumplimiento de las obligaciones internacionales —en particular, los comunicados iban contra la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, que condena el uso de la fuerza por parte de los estados, salvo por decisión del Consejo de Seguridad de la Organización—, atentaban contra el derecho a la paz de los pueblos, y violaban la declaración de neutralidad expuesta por Costa Rica a partir de una Proclama de 1983.

Del fallo de la Sala Constitucional, pronunciado el 8 de septiembre de 2004,⁷ vamos a seleccionar un punto: la justiciabilidad de las *political questions*, ya que, precisamente, el manejo de las relaciones exteriores y en su caso, los problemas de paz y de guerra, eran asuntos privilegiados como cuestiones políticas no justiciables para la doctrina tradicional. Estaban custodiados en el *sancta sanctorum* de esa teoría.

La Sala Constitucional parte de un supuesto histórico: estos temas se encontraban “excluidos del escrutinio de los tribunales de justicia”. Entiende, no obstante, que “en el actual desarrollo jurídico costarricense” no hay disenso alguno para el contralor judicial de constitucionalidad de los mismos, “pues, por principio, tales actos están sometidos a la Constitución política, o para precisarlo mejor, al llamado derecho de la Constitución”. Aquí la Sala constata que la Constitución puede expresarse a través de normas y de principios, “que sirven como guías generales de actuación”. Y para conocer de ellos, y ejecutarlos, está precisamente la Sala Constitucional, “como instrumento creado para esa tarea”, por lo que puede entender en el fondo o mérito del problema.

⁷ Véase cita 1.

Derecho constitucional y gobernabilidad...

Una línea argumental significativa, en esta materia, es el manejo de la doctrina de la “constitución viviente” —*living constitution*—, que la Sala Constitucional denomina “constitución viva”. Conforme a ella, la Constitución no es solamente texto normativo, sino algo fluido, “entendido y actuado en la realidad por la sociedad”. Es esta concepción la que le permite no solamente perforar la muralla de las cuestiones políticas no justiciables, sino, más todavía, entenderla derrumbada, según las concepciones sociales imperantes en el país.⁸ Para ello, ha hecho un llamado al dato sociológico actual para interpretar a la Constitución: concluye, al respecto, que no hay dudas en que hay consenso en realizar el control de constitucionalidad, aun en las cuestiones políticas —otrotra— no justiciables.

Digamos que el manejo de la doctrina de la *constitución viva*, como la llama la Sala Constitucional de la Corte Suprema, le permite también realizar una interpretación mutativa por adición respecto del valor *paz*, encapsulado en el artículo 12 de la Constitución de Costa Rica. Dicha norma no lo menciona expresamente, pero sí alude a la disolución, en tal país, del ejército, a lo que cabe sumar la “Proclama de neutralidad perpetua, activa y no armada” del poder ejecutivo (1983), y una serie de documentos internacionales suscritos por tal nación, como la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos a la Paz, de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (1984), y la afirmación del valor paz en la Carta de Naciones Unidas, o en la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Todo ello acarrea, concluimos, que una relectura contemporánea del mentado artículo 12, así engrosado, haga surgir un derecho de los costarricenses a la paz, pero no como derecho gaseoso o poesía constitucional, sino como derecho reclamable y exigible ante los tribunales.

Como dato igualmente significativo, la Sala Constitucional constató que la mencionada Coalición Internacional Antiterrorista infringió la Carta de las Naciones Unidas, por emprender maniobras militares no autorizadas por el Consejo de Seguridad, extremo que importaría para Costa Rica violar también su propia Constitución, respetuosa del derecho internacional.

⁸ Véase Sagüés Néstor Pedro, “Sobre el concepto de «constitución viviente»”, en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, núm. 1, Buenos Aires, Ediar, 2000, pp. 55 y ss. Cfr. también cap. I de este libro.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

En conclusión, la Sala Constitucional hizo lugar —parcialmente— a las demandas de inconstitucionalidad, reputó inconstitucionales los comunicados del poder ejecutivo mencionados precedentemente, que perdían entonces efectos jurídicos, y ordenó a la Presidencia realizar las gestiones necesarias para borrar el nombre de Costa Rica entre los aliados de la “Coalición” que figuraban en la página *web* de la Casa Blanca.

6. RECAPITULACIÓN. UNA DOCTRINA LOCAL

La primera observación que emerge del fallo “Zamora Bolaños”, es que la desaparición de las cuestiones políticas no justiciables es planteada por la Sala Constitucional dentro del marco jurídico-político de Costa Rica. La solución es comprensible, porque si para llegar a sus conclusiones ha recurrido a la doctrina de la *constitución viva*, y para ello ha hecho uso del recurso al dato sociológico local, la respuesta jurídica construida tiene valor dentro de las fronteras nacionales.

Con prudencia, la Sala no pretende fabricar un producto para la exportación, sino para el consumo doméstico. En Costa Rica, resumiendo, ya no hay *political questions* no justiciables. Las mismas, en ese escenario, son sometidas también al control de constitucionalidad. En otras regiones, la respuesta puede ser diferente. Por ejemplo, pensamos, si la conciencia colectiva las admite.

7. CONJETURAS SOBRE LA EXPANSIÓN DE LA DOCTRINA NEGATORIA DE LAS CUESTIONES POLÍTICAS NO JUSTICIALES

Supongamos, no obstante, que la tesis sostenida por la Sala Constitucional costarricense tuviese predicamento y fuese *exportada a*, o *importada por*, otros tribunales constitucionales. Parte de la argumentación de la Sala Constitucional, en efecto, tiene vocación de generalidad, como la razón de que si hay un “derecho de la Constitución”, el mismo debe ser afianzado por los órganos de la jurisdicción constitucional, sin admitir excepciones evasivas o “zonas francas” sin control de constitucionalidad.

Derecho constitucional y gobernabilidad...

Este argumento tiene como contrargumento el de la “omnipotencia judicial”:⁹ si *todos* los actos y decisiones del Parlamento y del poder ejecutivo pudiesen ser fiscalizados completa e intensamente por la jurisdicción constitucional, y en su consecuencia, resultar anulados o modificados por ella, el gobierno se desplazaría de aquellos poderes, a la judicatura constitucional.

Este riesgo, que podríamos llamar el “síndrome de Abraham Lincoln” —quien lo previno explícitamente a mediados del siglo XIX—, se puede acentuar en las actuales décadas, con nuevas alternativas jurídicas que han impactado en algunos ámbitos del neoconstitucionalismo.

Veamos el problema. El sobredimensionamiento de la magistratura constitucional parte del supuesto de que la Constitución es un conjunto de normas, principios y valores, pero que estos dos últimos son superiores a las primeras, de tal modo que pueden modelarlas, o incluso restringirlas, al par que también pueden engendrar, en una suerte de nomogénesis, otras reglas de nivel constitucional. Ahora bien: la definición y modulación de tales principios y valores, que son de por sí indeterminados y cuentan con un alto grado de volatilidad, corre a cargo, básicamente, de dichos jueces constitucionales, quienes pronuncian la última palabra a su respecto.

Paralelamente, algunas corrientes, como la doctrina de la *constitución viviente*, consideran que la interpretación constitucional no consiste en *aplicar* recetas ya concebidas, y por tanto preexistentes, de la Constitución, sino en *elaborar* productos interpretativos, en función de las necesidades y creencias sociales del momento, traducidas y proyectadas por los jueces constitucionales. Ellos pasan a ser, de arqueólogos, a artífices de la Constitución.

Al mismo tiempo, esa *sobreinterpretación constitucional* provoca que los márgenes de opción del legislador para sancionar las normas ejecutorias de la Constitución resulte progresivamente limitado, sometido a un escrutinio judicial paulatinamente más severo. La “constitución invasiva”, que “está en todas partes”, pero cognoscible más que por su texto, por la interpretación que al mismo le hace la justicia cons-

⁹ Véase sobre esta temática Prieto Sanchís, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005, pp. 131 y ss.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

titucional, recorta así la libertad de elección legisferante del Congreso y la capacidad de gestión del poder ejecutivo.

Si a eso se suma que la eliminación de la doctrina de las *political questions* implicaría que *todas* las decisiones ejecutivas y legislativas pueden ser fiscalizadas intensamente por el juez constitucional, operando éste con una potencia interpretativa como la indicada, no es difícil advertir que el ejercicio de tales poderes cuasi constituyentes permanentes traslada a la judicatura al epicentro del sistema constitucional, mutándola de *órgano de control* a prácticamente *órgano de gobierno* de dicho régimen.

El problema se multiplica cuando la jurisdicción constitucional no está concentrada en un solo Tribunal, Sala o Corte Constitucional especializado —del que cabe suponer una mejor calidad y responsabilidad en sus sentencias—, sino diluida en miles de jueces, como ocurre en los sistemas difusos o desconcentrados de control de constitucionalidad. En tal escenario, y si se ponen en práctica las premisas que hemos descrito, un juez de primera instancia podría bloquear, *v. gr.*, por medio de una medida cautelar, el pago de la deuda externa de un Estado, o modificar la integración de las comisiones de una Cámara del Congreso.¹⁰ Mientras que otro, de igual condición, y esto va por vía de hipótesis, modificar, por ejemplo, el reconocimiento diplomático de un país por otro, la interrupción en las relaciones exteriores con determinado Estado, los movimientos de tropas en un teatro de operaciones, el llamado de reservistas para engrosar las fuerzas armadas, etcétera.

Desde luego, un reencuadre de este tipo no puede menos que motivar interrogantes sistémicos, en términos de gobernabilidad. Un avance ultractivista de la jurisdicción constitucional, en aras de ocupar más y más espacios políticos, con la posibilidad de revisar lo actuado en

¹⁰ En el caso “Pinedo Federico y otros *c.* Estado Nacional”, la justicia argentina dispuso, en una medida cautelar requerida por diputados nacionales, suspender los efectos del decreto de necesidad y urgencia 2010/09, acusado de inconstitucional, que había creado un “Fondo del bicentenario” de varios miles de millones de dólares, para atender necesidades de la deuda pública. Véase Cámara Nacional Contencioso Administrativo, sala de Feria, 22 de enero de 2010, en *Jurisprudencia Argentina*, 2010-II-588 y 629. Pocos meses después, legisladores nacionales ocurrieron al Poder Judicial para cuestionar la modificación de la integración de unas comisiones del Senado, alegando que tales cambios violaron los reglamentos vigentes.

Derecho constitucional y gobernabilidad...

todos ellos, bien puede entenderse como un riesgo importante para la funcionalidad del sistema constitucional. En efecto, ¿no puede estimular actitudes antisistémicas, como reacciones opuestas de los poderes “políticos” del Gobierno, expresadas, *v. gr.*, (i) en la renuencia o elusión encubierta para cumplir ciertas decisiones de la justicia constitucional; (ii) en la promoción de acciones de destitución de sus cuadros, vía juicio político, *impeachment* o dispositivos análogos; (iii) en presiones más o menos explícitas para condicionar el contenido de las sentencias de los jueces constitucionales, mediante críticas y llegado el caso, agravios públicos a esos decisorios y a quienes los firmaron; en pedidos, provenientes del poder ejecutivo e igualmente mediáticos, de renuncia o de jubilación de jueces constitucionales; (iv) o en la modificación legislativa de los códigos de procedimiento constitucional, a fin de cercenar la competencia de la justicia constitucional e impedir, *v. gr.*, que sus tribunales dicten determinados tipos de sentencias, como las “exhortativas”?¹¹

8. VÍAS DE REENCUADRE SISTÉMICO ANTE UN REPLIEGUE INTENSO DEL MAPA DE LAS CUESTIONES POLÍTICAS NO JUSTICIABLES

Existen diversas estrategias de contención externa, o de autocontención judicial, para la atención del fenómeno —algunas veces galopante— de la judicialización de las *political questions*.

- a) El primero estriba en el deber —para todos, incluso para la magistratura constitucional—, de reconocer al presidente y al Congreso la significativa cuota de libertad de opción que la Constitución —formal o consuetudinaria— les acuerda en ciertos temas, como por ejemplo declaraciones de guerra y de paz, manejo de relaciones exteriores, movimientos de tropas, nombramientos de ministros, intervención del gobierno central a los estados federados, declaración del estado de sitio, regulación de la moneda, etc. En ese amplio abanico constitucional de posibles medidas que cada uno de los poderes “políticos”

¹¹ Cfr. sobre el tema *Palestra del Tribunal Constitucional*, *Revista mensual de Jurisprudencia*, Palestra Editores, Lima, año 1, núm. 6, junio, 2006, pp. 413 y ss., con referencia a la polémica desatada en Perú sobre una iniciativa legislativa como la que se menciona en el texto.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

puede adoptar, y que le es propio y reservado, importa un terreno donde la jurisdicción constitucional no debe —comenzando por una actitud de *self restraint*— confundir sus roles, ni colocarse, so pretexto de controlar la constitucionalidad de las soluciones adoptadas por aquéllos, en verdadera artífice de la decisión cuestionada.

- b) La jurisdicción constitucional debe tener igualmente presente dos criterios sistémicos significativos: (i) la presunción de constitucionalidad de las decisiones del Congreso y del presidente, y (ii) que en caso de duda de si resultan o no constitucionales, debe reputarlas constitucionales.
- c) También la jurisdicción constitucional tiene que practicar con cuidado —y con especial cuidado, añadimos—, una interpretación consecuencialista o previsorora de la Constitución,¹² cuando revisa el ejercicio de una competencia constitucional del presidente o del Congreso catalogada clásicamente como *political question*. Esto importa, en términos sistémicos, medir las consecuencias y verificar los resultados de sus veredictos, asumir las limitaciones y condicionamientos fácticos que recortan su margen de maniobra y auscultar cuidadosamente los pros y contras, también en el área política, económica, social, de seguridad, diplomática —entre otras— acerca de las ventajas y desventajas de dejar sin efecto lo resuelto por los poderes “políticos” en sus competencias específicas.
- d) También debe atender la justicia constitucional que una cosa es que las cuestiones políticas no justiciables tengan en día una sensible reducción en su listado, y otra, que desaparezcan del escenario constitucional. El fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica es un caso circunscrito al país que lo emitió, conforme a una versión local de la doctrina de la constitución viviente —*living constitution*—, que puede tener una conclusión diferente en otro Estado donde su comunidad acepte la teoría de las *political questions*.
- e) En los países donde hay control difuso o desconcentrado de constitucionalidad, tiene que existir un mecanismo procesal constitucional expeditivo y urgente que permita al poder ejecu-

¹² Respecto de la interpretación previsorora —o consecuencialista— de la Constitución, sus modalidades y topes, véase también Sagüés Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución, cit.*, pp. 83-94.

Derecho constitucional y gobernabilidad...

tivo o al legislativo que se considere invadido por un juez, en su esfera reservada o propia, plantear un “conflicto de poderes” ante el Tribunal o Sala Constitucional, o Corte Suprema que haga sus veces, para que el mismo lo dirima. Si dicho camino no está previsto por la Constitución o por la ley, tendría que crearse pretorianamente.¹³ Tal conducto permitiría al órgano supremo de control de constitucionalidad neutralizar rápidamente los hipotéticos desbordes sistémicos de los jueces inferiores.

¹³ En Argentina, por ejemplo, los conflictos de poderes no están regulados por la Constitución nacional, pero la jurisprudencia de la Corte Suprema ha elaborado pretorianamente una doctrina —no del todo coherente ni armónica— respecto de los mismos, y de su trámite y competencia para resolverlos. Véase Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional, recurso extraordinario*, 4ª ed., reimp., Buenos Aires, Astrea, 2013, t. 2, pp. 538-551.