

Pensamiento Constitucional

Escuela de Graduados
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

ENSAYOS

Concepto de democracia y sistema de gobierno
en América Latina

Jorge Carpizo

La revisión de las cuestiones políticas no justiciables
(a propósito de la «coalición» contra Saddam Hussein)

Néstor Pedro Sagüés

Evolución y características del presidencialismo peruano

Domingo García Belaunde

Antejuicio y Juicio Político en el Perú

Francisco José Eguiguren Praeli

El debate de la eutanasia y el suicidio asistido en
perspectiva comparada. Garantías de procedimiento
a tener en cuenta ante su eventual despenalización
en España

Fernando Rey Martínez

La Constitución ante los avances científicos y
tecnológicos: breves reflexiones al hilo de los recientes
desarrollos en materia Genética y en Tecnologías de la
Información y la Comunicación

Francisco Javier Díaz Revorio

Apuntes sobre el derecho «a» y los derechos «sobre»
la imagen (personal y de bienes)

Oscar Raúl Puccinelli

¿Es Kelsen el fundador del derecho procesal
constitucional? Análisis de un debate contemporáneo

Eduardo Ferrer Mac-Gregor



FONDO
EDITORIAL

La revisión de las cuestiones políticas no justiciables (a propósito de la «coalición» contra Saddam Hussein)

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS*

SUMARIO

1. Introducción
 2. El enunciado de una doctrina
 3. Sobre las bases ideológicas de la doctrina de las *political questions*
 4. Las razones de una crisis
 5. El caso de la Coalición contra Sadam Hussein y su judicialización en Costa Rica. Los hechos
 6. La sentencia de la Sala Constitucional
 7. Evaluación
 8. El recurso al «dato sociológico»
 9. Conclusiones
- Bibliografía

* Profesor Titular de Derecho Constitucional de las Universidades de Buenos Aires y la Católica de Rosario, Argentina. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Ex Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

1. Introducción

La sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica pronunciada el 8 de septiembre de 2004, dictada en autos «Zamora Bolaños y otros» sobre acción de inconstitucionalidad, viene a plantear asuntos de sumo interés en cuanto la evaluación judicial del ingreso de Costa Rica a la «Coalición» liderada por Estados Unidos, Inglaterra y España, entre otras naciones, contra el régimen de Saddam Hussein. La Sala Constitucional, en definitiva, dejó sin efecto aquella incorporación. Tal veredicto importa una verdadera revolución en la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables (*political questions*), y hace jugar de modo decisivo las creencias y requerimientos sociales en el examen judicial de constitucionalidad.

2. El enunciado de una doctrina

La tesis de las *political questions*, o cuestiones políticas no justiciables, fue expuesta como doctrina tribunalicia —aparentemente, por primera vez de modo preciso— en el célebre caso *Marbury vs. Madison* (1803).¹ Nace, pues, en los albores mismos del control de constitucionalidad. En tal oportunidad, el *Chief Justice* Marshall aseveró que «La competencia de la Corte es, solamente, para decidir sobre los derechos de los individuos, no para inquirir cómo el Poder Ejecutivo, o los funcionarios del Poder Ejecutivo, desempeñan deberes en los cuales tienen completa discreción. Cuestiones en su naturaleza política, o las que, por la constitución o las leyes, están sometidas al Poder Ejecutivo, nunca pueden ser decididas por este Tribunal».²

Es llamativo que una tesis tan importante hubiese sido proclamada con palabras tan simples y que tuviera tan buen suceso después. Las razones de ese éxito son diversas.

¹ Tal es la opinión de SCHWARTZ, Bernard. *Los poderes del gobierno*. José J. Olloqui Labastida (traductor). México: UNAM, 1966, t. I, p. 582. El mismo autor, no obstante, menciona como antecedentes el caso del Duque de York (1640), quien promovió un proceso judicial para que se le declarara legítimo heredero del trono inglés. En tal oportunidad, los tribunales resolvieron «que no se atrevían a entrar en ninguna comunicación respecto a ello, porque incumbía a los lores del Rey tener conocimiento de esas materias y mediar en ellas». Schwartz cita a Weston. «Political questions». *Harvard Law Review*, N° 38, 1925, pp. 296 y 303.

² Cfr. LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*. Segunda edición. Buenos Aires: Plus Ultra. 1978, t. 3, pp. 435 y 446.

Por un lado, era una doctrina que convenía a casi todos: en primer lugar, a la Corte Suprema, que asumía o se arrogaba en esa misma sentencia una facultad que la constitución no le daba (la revisión judicial de constitucionalidad de leyes y decretos), y que de esa manera, con sensible cautela (o astucia) política tranquilizaba al Presidente y al Capitolio en el sentido de que ese autoasumido control judicial jamás perjudicaría las atribuciones «políticas» y privativas de los órganos fiscalizados por los jueces, auto restricción que podía lograr de tal modo la aquiescencia o benévola aceptación (o, en el peor de los casos, un visto bueno a regañadientes) de los poderes Legislativo y Ejecutivo al deslumbrante poder político que acababan de ocupar los tribunales.

En segundo término, la doctrina favorecía también al Presidente y al Capitolio, que merced a ella adquirirían una suerte de blindaje respecto de las posibles interferencias de los jueces en las competencias exclusivas o privativas de los primeros, vale decir, en las materias políticas que resultaban de su incumbencia, y que, casi siempre, eran las que más les interesaban.

En tercer lugar, la teoría de las cuestiones políticas no justiciables beneficiaba asimismo a los ciudadanos. Supuestamente, y según las ya citadas palabras de Marshall, en efecto, no afectaba el enjuiciamiento de los «derechos de los individuos» (otra parte de la sentencia *Marbury* repetía que «Los asuntos son políticos. Ellos conciernen a la Nación, no a los derechos individuales»). En definitiva, aparentemente, no perjudicaría la defensa de los derechos constitucionales de las personas, incluyendo, desde luego, los de sus bienes.

En resumen, *tutti contenti*.

3. Sobre las bases ideológicas de la doctrina de las *political questions*

La doctrina de las cuestiones políticas no justiciables fue vertida en un contexto político determinado y para lograr objetivos políticos concretos. El escenario era la adopción (para algunos, usurpación) por los jueces, de una competencia que la constitución, al menos explícitamente, no les confería (el control judicial de constitucionalidad). El objetivo era obtener por parte de los perjudicados (el Presidente y el Capitolio) una relativa conformidad con el nuevo estado de cosas, y de modo particular, que la Corte Suprema no fuese barrida por el juicio político (*impeachment*) que podía iniciarle el Congreso.

Paralelamente no cabe descartar aquí, por supuesto, un incipiente hedonismo judicial: parece ser muy bueno para la salud pública eso del control judicial de la

constitucionalidad de las leyes y decretos... pero no en demasía. Ciertos asuntos, políticamente comprometedores y riesgosos, convenía (especialmente para los mismos jueces, y como una útil receta de serena supervivencia) que no estuviesen bajo su lupa.³ En particular, si eran los mismos tribunales los que determinaban, sin listado previo y bajo su absoluta discreción, cuándo algo era no justiciable y cuándo sí. Resulta muy sugestivo, al respecto, que prácticamente nunca las constituciones determinaron la nómina de las *political questions*: ellas han sido dibujadas soberanamente por los tribunales, y en última instancia por las cortes supremas y los tribunales constitucionales de cada país encargados de operar como intérpretes finales de la constitución.⁴

Desde luego, el tiempo consolidó la tesis de *Marbury* y elaboró lo que podríamos llamar la «ideología de las *political questions*», destinada a justificar esa posición. De hecho, y en palabras de Hughes (1946: 52-53), Presidente de la Corte, se la presentó como un «supuesto optimista que hace practicable nuestro sistema constitucional». El argumento legitimatorio más frecuente fue y es el de la división de los poderes: no corresponde que los jueces se entrometan en asuntos que la Constitución confía al Presidente y al Congreso. Si así ocurriera, los más agoreros (y Abraham Lincoln estaba entre ellos), vaticinan el fin del autogobierno del pueblo, y a la inversa, el gobierno del pueblo por la Corte Suprema (Corwin 1943: 141). Rafael Bielsa pronostica, a su turno, una suerte de subversión (*sic*) judicial si los magistrados pudiesen ser los árbitros definitivos de asuntos políticos como la conveniencia de las leyes y demás atribuciones políticas propias del Parlamento

³ Así, explica Bernard Schwartz, el argumento de que las cuestiones políticas no justiciables son consecuencia del principio de división de poderes, «no nos dice realmente cuáles son las cuestiones políticas: solo indica que los jueces no decidirán tales cuestiones porque comprenderán que es más conveniente hacer que las decidan los departamentos políticos» (Schwartz 1966, I: 577). Sobre el hedonismo judicial como factor que explicaría las *political questions*, ya que, mediante tal doctrina «el Poder Judicial se inclina a lo fácil», véase DOUGLAS, William O. *Anatomía de la libertad*. Ramón Palazón (traductor). México: Herrero Hermanos, 1964, p. 122.

⁴ Alguna excepción a la abstinencia del poder constituyente en definir la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables pueden serlo la Constitución brasileña de 1934, que estableció en su artículo 64: «está prohibido al Poder judicial conocer de cuestiones exclusivamente políticas», y (más moderadamente) el artículo 159 de la Constitución venezolana de 1961, que 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». Otra muestra puede ser la Constitución de Colombia de 1991 (artículo 241, incs. 1 y 2), que autoriza el control de la Corte Constitucional sobre actos reformatorios de la Constitución como sobre la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente, pero «solo por vicios de procedimiento en su formación», con lo que estaría eximiendo del control de constitucionalidad la evaluación del contenido de tales normas.

o del Poder Ejecutivo (Bielsa 1958: 65, 111).⁵ Karl Loewenstein, aterrado por la «judiciocracia», la «judicialización de la política» y el espectro del Poder Judicial como «superpoder», alerta que si desapareciera la doctrina delimitatoria que comentamos, los conflictos políticos más graves serían prestamente llevados por los políticos ante los tribunales, lo que generaría un efecto institucionalmente suicida: o las sentencias del caso serían desobedecidas por los poderes políticos (con grave descrédito para el Estado de derecho), o en cambio, resultarían cumplidas, con lo que «la decisión política del gobierno sea sustituida por un acto judicial que, aunque revestido jurídico-constitucionalmente, no es en el fondo sino un acto político de personas que no tienen ningún mandato democrático para llevar a caso esta función» (Loewenstein 1957: 244).⁶

Interesa apuntar que la ideología de legitimación de la doctrina de las *political questions*, después de subrayar que es un producto natural y obligado del sistema de frenos y contrapesos que caracteriza al principio de división de los poderes, enseñó que dichos asuntos no son «políticos» solamente porque versan sobre temas privativos del Congreso y del Presidente, sino también porque tienen naturaleza «política», esto es, porque refieren a juicios de valor de sustancia política, no jurídica.⁷ Habría pues un deslinde *ratione materiae*: los tribunales deberían practicar ayuno y abstinencia en tales asuntos porque carecerían de entidad «jurídica».

A lo expuesto resta añadir un arsenal argumentativo realmente apabullante, de fuerte mixtura jurídico-política, que difícilmente se encuentren en otras situaciones. En *Baker vs. Carr* (año 1962), la Corte Suprema de los Estados Unidos empleó esta batería de hipótesis para explicar por qué había cuestiones no justiciables: a) puede tratarse de materias confiadas constitucionalmente a departamentos políticos del Gobierno; b) algunas veces son asuntos donde hay «una falta de normas judicialmente distinguibles y manejables para resolverla»; c) en otras, se trata de problemas donde debe mediar una resolución política de un tipo claramente reservado a una discreción gubernativa no judicial; d) ocasionalmente, existe la imposibilidad de que un tribunal pronuncie una resolución independiente, sin faltar el debido respeto a las otras ramas del gobierno; e) puede mediar, igualmente, una «necesidad inusitada» de adherirse a una decisión política ya tomada; f) asimismo, puede ocurrir que no sea conveniente que existan múltiples decisiones

⁵ Cit. por Linares Quintana 1978, 3: 503.

⁶ Cit. por LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la ciencia...* t. 3, pp. 505 y 506. Cfr. asimismo LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Segunda edición. Alfredo Gallego Anabitarte (traductor). Barcelona, 1976, pp. 313 y ss.

⁷ Cfr. LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la ciencia...* Ob. cit., t. 3, pp. 510 y ss.

de varios departamentos sobre una misma cuestión.⁸ Esto último se ejemplifica en materia de relaciones exteriores, área donde no sería recomendable que, frente a otros Estados, el Poder Judicial corrigiese lo decidido por la Presidencia.

Por último, como mecanismo correctivo a la abstinencia judicial en las *political questions*, y a fin de evitar excesos en su aplicación, la misma ideología expuso (como vimos, también desde *Marbury*) dos topes de suma importancia: El primero indicaba que la doctrina que analizamos debía aplicarse con un fuerte criterio restrictivo. El segundo, que la veda judicial no operaba si en el caso hay derechos privados de los individuos en juego. De haberlos, la cuestión «política» «no» justiciable pasaba a ser, «sí», cuestión justiciable. Supuestamente, entonces, si estuvieran en riesgo las personas, sus bienes y su libertad, la doctrina de las *political questions* se replegaría de inmediato, y el juez debería asumir el litigio, conocer de él y resolverlo.⁹ De ahí que no sería una postura perniciosa para los habitantes. Esta salvedad implicó un fuerte argumento en pro de su legitimación y aceptación social, e implicaba una compatibilización perfecta con los principios del liberalismo político.

4. Las razones de una crisis

¿Cuáles han sido los motivos que pueden explicar el lento debilitamiento de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables? Apuntaremos algunos de ellos.

a. Peligrosidad. Tal vez el más importante haya sido reconocer que la tesis de las cuestiones políticas no justiciables importa una especie de anomalía, ya que es una «excepción al estado de derecho» (Schwartz), si se entiende por este último un sistema donde los jueces deben definir todas las controversias que se susciten entre ellos y entre ellos y el Gobierno. Cuando se hace una sola excepción, añade tal autor, «no se puede decir hasta dónde llevará. Establecer esa excepción es dar el primer paso fatal hacia la doctrina totalitaria» (Schwartz 1966, I: 585).

En sentido parecido, Germán J. Bidart Campos concluye que la admisión de la doctrina de las *political questions* importa un atentado al derecho a la jurisdicción de las personas y una abdicación al deber estatal de administrar justicia; que la violación de la Constitución, en tales materias, no tiene remedio; y que en esos

⁸ Véase el texto en SCHWARTZ, Bernard. *Los poderes del gobierno...* Ob. cit., t. 1, p. 577.

⁹ Véase por ejemplo LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la ciencia...* Ob. cit., t. 3, pp. 467, 508 y 514.

asuntos, el Estado, por más que vaya contra la Constitución, es irresponsable de esa lesión (Bidart Campos s.a.: 1007 y ss.).

Es cierto que la corriente legitimatoria de las *political questions* enseñaba que cuando había derechos personales en danza, la cuestión política se juridizaba (y judicializaba). Pero no siempre había garantías sobre tal conversión. Hemos visto, del listado de hipótesis de *Baker vs. Carr*, que varias alternativas podían aconsejar que el asunto fuera retenido como «no justiciable», no obstante despuntar en él derechos personales controvertidos.

b. Illogicidad. Era innegable que «no existe ninguna definición autorizada» de lo que es una «cuestión política no justiciable» (García Pelayo). Explicada a menudo con tautologías y redundancias (al estilo de «cuestión política es la que versa sobre asuntos políticos, confiada a los poderes políticos»), nunca podía hacerse un listado completo de esos asuntos (Willoughby), que implicaban, además, «una categoría práctica y oportunista» (Gordon Post), y por si fuera poco, mutable, formulada con criterio empírico, casuístico y ajeno a todo principio racional (Castro Nunes). «Se aplica así, narra Filkelstein, a todas aquellas materias respecto de las cuales la Corte, en una época dada, sea de opinión que es impolítico o inconveniente asumir la jurisdicción». Grove Haines, por su parte, no duda en describir a la doctrina de las *political questions* básicamente como un método inventado por la Corte Suprema para evitar conflictos entre ella con el Presidente y el Congreso.¹⁰

c. Contradicción. Otra vertiente de la doctrina apunta que es difícil conciliar la tesis de que hay cuestiones políticas «no justiciables», cuando todo el operativo de control judicial de constitucionalidad (imaginado por la propia Corte Suprema norteamericana) es, en sí mismo, un operativo de alta política institucional (Corwin), que trabaja sobre un material político, como es la Constitución. El mismo Loewenstein lo reconoce, al admitir que dicho control es «control político, y cuando se impone frente a los otros detentadores del poder es en realidad una decisión política». No es la primera vez, por cierto, que se reconoce que la *judicial review* implica una «lucha importante en materia de poder y de política» (Baker y Friedelbaum) (Linares Quintana 1978: 504-505, Loewenstein 1976: 309). En definitiva, no parece muy coherente para los tribunales afirmar que las cuestiones políticas no deben ser justiciables, y por otro, practicar una intensa gimnasia política mediante la *judicial review* o control judicial de constitucionalidad.

¹⁰ Sobre estos autores, cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel. «Derecho constitucional comparado». *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1950, pp. 340 y 341; LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la ciencia ...* Ob. cit., t. 3, pp. 445 y ss., 448, 449, 453, 454, 501 y ss.

d. Modificación del contexto de vida. Sin embargo, la erosión —tan acentuada en nuestros días— de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables ha sido principalmente producto de la transformación de las circunstancias fácticas, desde que se formuló (hace doscientos años), hasta ahora. En otras palabras, los cambios habidos en el escenario político han impactado, forzosamente, en la delimitación de las cuestiones políticas vedadas al conocimiento judicial.

Veamos algunos de esos indicadores.

- En primer lugar, la consolidación del sistema judicial del control de constitucionalidad, en Estados Unidos, de tal manera que pese a no figurar formalmente en la Constitución, forma incuestionablemente parte de ella, a título de un robusto derecho consuetudinario. El Poder Judicial ya no tiene porqué dar explicaciones jurídicas ni disculpas políticas acerca de las razones por las que está habilitado para declarar inconstitucionales a las leyes. Si una ley del Capitolio pretendiese impedir hoy que los jueces controlaran la constitucionalidad de las normas, tal iniciativa sería visualizada —indiscutiblemente— como inconstitucional.
- En otros países, la habilitación del control jurisdiccional de constitucionalidad, sea por los jueces ordinarios o por la jurisdicción constitucional especializada, figura normalmente de modo expreso en la Constitución. Aquí los jueces constitucionales no pueden ser acusados de usurpadores de ninguna competencia, en aquel ámbito, y por ende pueden desplegarse con mayor firmeza y amplitud.
- En los Estados Unidos, aparentemente cuna de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, la Corte Suprema ha adquirido una dimensión política impensable para quienes redactaron la Constitución federal en 1787. Ocasionalmente se la ha visto —en ciertos momentos— con mayor representatividad política que el mismo Congreso. Es usual considerarla, igualmente, como intérprete final de la Constitución, árbitro del proceso político y llegado el caso, una suerte de convención constituyente en sesión permanente.¹¹
- Otras naciones registran una sensible devaluación social del Poder Ejecutivo y del Legislativo, con una correlativa crisis de representatividad política de ambos.

¹¹ Cfr. sobre los roles constituyentes de la Corte Suprema y su condición de guardián del proceso político, MILLER, Jonathan M.; María Angélica GELLI y Susana CAYUSO. *Constitución y poder político*. Buenos Aires: Astrea. 1987, t. 2, pp. 1095-1096; VANOSI, Jorge R. *Teoría constitucional*. Buenos Aires: Depalma. 1975, t. I, pp. 232-234. En cuanto el rol representativo de los jueces FRIEDRICH, Carl. *El hombre y el gobierno*. J. A. González Casanova (traductor). Madrid. 1968, p. 336.

El debilitamiento de estos órganos del Estado auspicia, indirectamente al menos, un refuerzo político paralelo y proporcional de los jueces constitucionales, que pueden asumir así posturas más activistas y fiscalizadoras de aquellos otros poderes. Tal avance se encuentra ocasionalmente incitado por diversos sectores de la comunidad.

- Algunas veces los poderes «políticos» en sentido tradicional (el Poder Ejecutivo y el Legislativo) guardan silencio sobre la definición de importantes problemas sociales, de sensible trascendencia política, y esos temas —mediante una especie de transferencia política de responsabilidades, intencional o no— han debido ser resueltos por los tribunales, que naturalmente han ocupado el espacio de dirimientes de tales conflictos (integración racial en las escuelas, aborto, cuotas benéficas en las universidades, etcétera). De hecho, las cortes judiciales han incluso operado, de vez en cuando, como poder legislativo suplente.
- Una mayor conciencia de la necesidad de afirmar los derechos humanos ha provocado que enormes sectores sociales no se conformasen con la abstinencia judicial para realizar aquellos derechos, so pretexto de tratarse de cuestiones políticas no justiciables. La dosis de conformismo o de resignación social ante la negación de esos derechos es mucho más tenue que otrora, y cuando los perjudicados no logran satisfacción en el área del Presidente o del Congreso, no trepidan en exigir su cumplimiento en los estrados de los jueces, a quienes les resulta ya muy difícil recluirse en la llamada «espesura»¹² de los asuntos no justiciables.

Vayan algunos botones de muestra: los arrestos dispuestos por el Poder Ejecutivo o las fuerzas armadas con motivo de la declaración del estado de sitio o de excepción, o de la ley marcial, hoy judicializados a través del control judicial de razonabilidad; la delimitación del prorrato de los distritos electorales, a fin de evitar la *gerrymandering*, según las pautas de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Baker vs. Carr*; la revisión judicial (en Argentina) de las sentencias del Senado actuando como tribunal en el «juicio político», o de las resoluciones del Congreso del Perú destituyendo a jueces del Tribunal Constitucional, revisión operada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la declaración de inconstitucionalidad de reformas constitucionales (Cortes Supremas de Colombia y de Argentina, por ejemplo); la evaluación de la política económica del Estado al disponer restricciones bancarias y alteraciones de la moneda, mediante centenares de miles de acciones de amparo que liberaron de los bancos miles de millones de

¹² La expresión la utiliza DOUGLAS, William O. *Anatomía de la libertad*. Ob. cit. y p. cit.

dólares congelados por el Estado, declarando *inaudita parte*, en medidas cautelares, la inconstitucionalidad de numerosas leyes, decretos de necesidad y urgencia y decretos ordinarios del Poder Ejecutivo (Argentina); la alteración indirecta del presupuesto aprobado por el Congreso, al disponer los tribunales, en resguardo del derecho a la vida y a la salud, incrementar las partidas previstas para atención médica y medicamentos (Argentina), etcétera, son una buena muestra de tales cambios.

Finalmente, en el ámbito de la semántica, una mutación lingüística se suma a todo lo expuesto. La doctrina de las *political questions* parte obviamente del supuesto de que habría cuestiones «no políticas» (jurídicas), sobre las que sí se ocuparían los tribunales. Sin embargo, la extensión actual de la palabra «política» capta cualquier situación de «poder» y de «influencia», con lo que en verdad, todos los hechos humanos con interacción social tendrían siempre un ingrediente «político» (de macropolítica, o de micropolítica, según su trascendencia).¹³ Desde esta perspectiva, todos los procesos judiciales, aun los referidos a contiendas entre particulares, poseen una cuota de politicidad, puesto que dirimen conflictos humanos donde alguien pretende algo y el otro se opone, lo que evidencia una disputa (pequeña o grande) en torno a espacios de poder. Toda controversia, en resumen, es o tiene algo de «política», y la decisión (sentencia judicial) también lo es, al asignar potencias o impotencias a los contendientes del proceso. En definitiva, pues, no existen hoy las cuestiones «apolíticas» exclusivamente «jurídicas». Siempre la judicatura estaría atendiendo cuestiones «políticas».

Es en ese nuevo paisaje constitucional donde debe atenderse la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en el caso «Zamora Bolaños y otros», que seguidamente pasamos a considerar.

5. El caso de la Coalición contra Saddam Hussein, y su judicialización en Costa Rica. Los hechos

El 19 de marzo de 2003 el Gobierno de Costa Rica, con la firma de su Presidente y del Ministro de Relaciones Exteriores, emitió un comunicado. El mismo consta de seis considerandos, que principian por destacar la vocación pacifista y neutralista de tal República, que no implica indiferencia, aclara, ante el terrorismo, la producción y utilización de armas químicas y bacteriológicas, y la sistemática

¹³ Véase sobre el tema SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Mundo jurídico y mundo político*. Buenos Aires: Depalma. 1978, pp. 91 y ss.

violación de los derechos humanos. En tal sentido, añade que a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001, el Poder Ejecutivo y la Asamblea Legislativa de Costa Rica, con muy amplio respaldo de la ciudadanía, se pronunciaron a favor de la Alianza Antiterrorista encabezada por las más sólidas democracias del mundo. Prosigue el comunicado observando que ante el conflicto provocado por el régimen de Saddam Hussein, Costa Rica ha demandado el cumplimiento de las resoluciones de Naciones Unidas en el sentido que tal régimen se deshaga de las armas prohibidas. Añade que en las últimas semanas, un grupo de Estados miembros de la Liga Árabe, y el de Estados Unidos, demandaron el retiro de aquel gobernante de su país, quien sin embargo ha manifestado su intención de no cooperar con una salida pacífica.

La parte resolutive del comunicado reitera su llamado a la paz, y el cumplimiento por Saddam Hussein de las resoluciones dictadas por Naciones Unidas, así como por la Liga Árabe y los Estados Unidos. También reitera su respaldo a la Alianza Internacional contra el Terrorismo, insistiendo en que frente al conflicto entre la paz y el terrorismo, Costa Rica no es neutral. Paralelamente, «Ante la inminencia de un conflicto armado entre Iraq y la alianza Internacional encabezada por Estados Unidos, Gran Bretaña y España, abogamos por el respeto al derecho internacional humanitario —aun en tiempos de guerra— y la contribución determinante de Naciones Unidas para lograr restablecer los equilibrios y la paz en Irak».

El 22 de marzo de 2003 el Poder Ejecutivo emitió otro comunicado público, a raíz de la aparición del nombre de Costa Rica en la nómina de naciones de la «Coalición Internacional Antiterrorista». El Gobierno indicó que ello era consecuencia del «hecho ya conocido de que frente al terrorismo Costa Rica está del lado de las víctimas y apoya a quienes luchan en contra del terrorismo». Señala que la coalición está formada por 46 naciones, con diversidad de etnias, confesiones y doctrinas políticas de todos los continentes, y que la inmensa mayoría de tales países no participa en los hechos bélicos, no aporta recursos humanos ni materiales de naturaleza militar. Su participación es una expresión de solidaridad internacional con la lucha contra el terrorismo. Aclara que Costa Rica, nación con vocación pacifista y sin ejército, no puede estar en guerra, conforme el Estatuto de Neutralidad adoptado por ella. Solamente puede participar en acciones mediadoras y pacificadoras, o en otras de estricto carácter humanitario. Como consecuencia de ello, Costa Rica tiene el compromiso de velar para que su territorio no sea utilizado por bandas terroristas para planear o ejecutar atentados; que su sistema financiero no sea utilizado para movilizar dineros destinados a ese fin,

y que los miembros de esas bandas no permanezcan en el territorio nacional. En cuanto el conflicto actual con Irak, Costa Rica vela por una solución pacífica y una vez desatada la guerra, por el respeto del derecho humanitario internacional, de la vida, cultura y valores del pueblo de Irak; por la asistencia a las víctimas, desplazados y refugiados, y por la instalación de un gobierno democrático en tal país, todo bajo supervisión de Naciones Unidas y con apego al derecho internacional.

La situación de referencia provocó que a partir del 4 de abril de 2003, varias personas (simples particulares, el defensor de los Habitantes, el Colegio de Abogados de Costa Rica) plantearan acciones de inconstitucionalidad contra dichos pronunciamientos. Aunque no todos los promotores coinciden en las mismas acusaciones de inconstitucionalidad, lo cierto es que se imputó a los comunicados de referencia: a) infringir los artículos 140, inc. 6 y 149 de la Constitución de Costa Rica, por importar una declaración de guerra a Irak, poner en peligro la integridad y tranquilidad de la Nación, atentar contra su espíritu pacifista, atentar contra la libre determinación de los pueblos de Costa Rica y de Irak, b) violar el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (que prohíbe la propaganda a favor de la guerra y la apología del odio nacional racial o religioso), c) incumplir con el artículo 7 de la Constitución de Costa Rica, que obliga a cumplir con los compromisos internacionales contraídos (y aquellos comunicados perjudican también la Proclama de Neutralidad de dicha Nación, de 1993), d) ir contra los artículos 121, inc. 6 y 147 de la Constitución costarricense, ya que el Poder Ejecutivo no puede por sí formular declaración de guerra o el estado de defensa nacional, competencia del Poder Legislativo; e) afectar el principio de legalidad y el deber de observar y defender la Constitución de Costa Rica, a tenor del juramento presidencial previsto por el artículo 194 de la misma; f) violar la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, que en su artículo 2.4., pregona la abstención del uso de la fuerza, salvo las acciones dispuestas por el Consejo de Seguridad de la misma ONU; e ignorar, además, resoluciones de tal Organización, como la 2131/65, que impide a los Estados miembros intervenir en los asuntos internos y externos de otro Estado, que es lo que ha pasado con la coalición contra Irak.

6. La sentencia de la Sala Constitucional

Pronunciado el 8 de septiembre de 2004, este fallo aborda diversos temas.

a. Legitimación activa. El veredicto de la Sala Constitucional expresa que el Defensor de los Habitantes tiene capacidad procesal, según el artículo 1 de la

ley constitutiva de tal organismo, para actuar en pro de la vigilancia del funcionamiento del Sector Público conforme a la Constitución política, convenios y tratados suscritos por el país. Se trata al parecer, advertimos, de una legitimación amplia en pro de la vigencia de la simple legalidad constitucional.

Paralelamente, la Sala detecta la presencia en estas acciones del derecho a la paz, al que reconoce la condición de derecho de tercera generación,¹⁴ «el cual legitima a cualquier costarricense para defenderlo». El tribunal juzga que se trata de un derecho «que atañe a la colectividad en su conjunto», como lo atinente al medio ambiente, el patrimonio cultural, la defensa de la integridad territorial del país y el buen manejo del gasto público, y por ende, según el artículo 75, párrafo 2, de la ley de jurisdicción constitucional (que en Costa Rica equivale a un código procesal constitucional), se reconoce legitimación procesal a cualquier nacional.

b. Justiciabilidad de las *political questions*. La Sala admite que los «actos de gobierno» como los aquí considerados «estuvieron excluidos del escrutinio de los tribunales de justicia». Pero constata también que «en el actual desarrollo jurídico costarricense» no existe disenso alguno sobre la posibilidad del contralor 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», por lo que tienen que desarrollarse según las prescripciones de esta. La Sala constata que en este tema los marcos constitucionales son amplios en diferente grado, y muchas veces sus prescripciones se recogen en normas y principios constitucionales «que sirven como guías generales de actuación». Para ello, advierte, está la Sala Constitucional de la Corte Suprema, «como instrumento creado para esa tarea», por lo que puede conocer sobre el fondo del asunto.

c. ¿Medió declaración implícita de guerra? La Sala concluye que, con los comunicados de referencia y declaraciones posteriores, no existió voluntad del Poder Ejecutivo costarricense, de declarar la guerra a Irak. Un acto de tal gravedad, comenta, debió haber tenido una enunciación clara e indudable, cosa que no ocurre aquí.

¹⁴ En cuanto el derecho a la paz como derecho de tercera generación, véase por ejemplo JIMÉNEZ, Eduardo Pablo. *Los derechos humanos de la tercera generación*. Buenos Aires: Ediar. 1997, p. 66 y ss.; REY CANTOR, Ernesto y María Carolina RODRÍGUEZ RUIZ. *Las generaciones de los derechos humanos*. Segunda edición. Bogotá, 2003, pp. 243 y ss.

d. Manejo de la doctrina de la constitución viviente. Al proseguir el examen del caso, la Sala aclara que para definir si el Poder Ejecutivo, al autorizar la incorporación de Costa Rica a la «coalición», violó reglas constitucionales o internacionales, se va a manejar no solamente con el texto de la Constitución, sino con la tesis de la «constitución viva», «según denomina la doctrina aquella particular manera en que el bloque normativo de constitucionalidad es entendido y actuado en la realidad por la sociedad».

e. La paz como valor constitucional. Como aplicación de la doctrina referida, la Sala encuentra que el valor «paz» está encapsulado en el artículo 12 de la Constitución (que no lo menciona expresamente),¹⁵ ya que la sociedad lo ha querido adoptar como valor rector suyo, a partir de la Constitución de 1949, cansada «de una historia de muerte, enfrentamientos, de dictadores y marginación de los beneficios del desarrollo». En tal oportunidad, prosigue el tribunal, disuelve el ejército, transforma el cuartel en un centro o museo de enseñanza y adopta el derecho y la razón como mecanismo para resolver sus problemas internos y externos. Ello se profundizó posteriormente con la «Proclama de neutralidad perpetua, activa y no armada» de 1983, una manifestación unilateral del Gobierno de Costa Rica donde se comprometió a no iniciar ninguna guerra, a no hacer uso de la fuerza, incluyendo amenazas o represalias militares, y a no participar en una guerra entre terceros Estados. En síntesis, concluye la Sala, en Costa Rica las normas y actos, para estar conformes con la Constitución, no solamente deben emanar de los órganos y según el procedimiento y reglas de la Constitución, sino que además tienen que respetar sus principios, entre los que se encuentra el respeto a la paz, que es uno de los «valores fundamentales de la identidad costarricense». No hay discusión jurídica, pues, concluye la Sala, en «la existencia y capacidad del concepto de la paz para erigirse como parámetro constitucional vigente y válido para confrontar y juzgar lo actuado por las autoridades públicas».

La Sala apunta también que los compromisos asumidos en el plano del derecho internacional por Costa Rica consolidan la presencia del valor paz. Así, la Carta de Naciones Unidas (artículo 1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 1), la Carta de la Organización de los Estados Americanos (artículo 1) y, entre otros más, la Declaración sobre los derechos de los pueblos

¹⁵ El artículo 12 de la Constitución de Costa Rica reza así: «Se prohíbe el ejército como institución permanente. Para la vigilancia y conservación del orden público, habrá las fuerzas de policía necesarias. Solo por convenio continental o por la defensa nacional podrán organizarse fuerzas militares; unas y otras estarán siempre subordinadas al poder civil; no podrán deliberar, ni hacer manifestaciones o declaraciones en forma individual o colectiva».

a la paz (resolución 19/11 de la Asamblea General de la ONU, de 1984). En ese orden de ideas, la Sala subraya que la Carta de la ONU contempla específicamente la acción del Consejo de Seguridad de la misma, a fin de adoptar medidas (incluso con el uso de la fuerza) para garantizar la paz (artículos 23 y 24, 39 y siguientes). Los países suscriptores de la Carta se obligan, por ende, a aceptar el procedimiento de solución de conflictos a través de lo que resuelva el mencionado Consejo.

f. Inconstitucionalidad de la adhesión a la Alianza y a la Coalición. En la evaluación concreta de este problema, la Sala concluye que hay que distinguir entre los fines propuestos y los medios empleados por la «Alianza Internacional contra el Terrorismo», y la posterior «Coalición Internacional Antiterrorista», a los que adhirió el Poder Ejecutivo costarricense.

En concreto, la Sala constata que la Coalición empleó acciones de fuerza bélicas —en el pleno sentido de esta palabra— contra la nación iraquí, apoyadas —aunque solo sea moralmente— por la Presidencia de Costa Rica, y que ellas fueron adoptadas violando el sentimiento pacifista costarricense y al margen del sistema previsto por la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, y ello implica una infracción a la Constitución de aquel país.

Como resolución, la Sala declaró inconstitucionales los ya citados comunicados del Poder Ejecutivo de Costa Rica, del 19 y 22 de marzo del 2003; por lo que dispuso que perdieran efectos jurídicos. Ordena también al Gobierno de tal nación «que debe respetar en el futuro los mecanismos internacionales, para apoyar de cualquier forma, incursiones armadas independientemente de los fines que persigan», y que debe realizar las gestiones necesarias para exigir al Gobierno de los Estados Unidos que excluya a Costa Rica de los países «aliados» de la «Coalición o Alianza» que consta en la página web de la Casa Blanca.

7. Evaluación

El tema de la revisión —o no revisión— judicial de las *political questions* adquiere aquí una importancia singular porque penetra en el *sancta sanctorum* de ellas, vale decir, en el ámbito de las relaciones exteriores. Si había un recinto sagrado e intangible para los jueces en el área de las cuestiones políticas no justiciables, era precisamente ese. Lo que fuera relativo al reconocimiento de naciones y gobiernos extranjeros, la soberanía nacional, la dirección de las relaciones diplomáticas, la existencia de un estado de guerra o de beligerancia, o la intervención del Estado

en un conflicto, o lo concerniente en general a tratados, resultaban por antonomasia típicas materias ajenas al Poder Judicial (Schwartz 1966, I: 578-579).

Un autor crítico de la doctrina de las *political questions* como Schwartz, escribe sin embargo sobre el punto que no resulta nada difícil entender porqué había «una adhesión tan completa» a la exención de judicialidad en tales esferas, puesto que, explica, a) la Constitución encomendaba las relaciones exteriores, «por entero», a los departamentos políticos del Gobierno; b) «los tribunales no tienen ni capacidad ni responsabilidad para pronunciar decisiones en nombre de la Nación relativas a la política extranjera»; c) sería inadmisibles que en tales ámbitos el país tuviera dos voces (la del Presidente y la de los jueces) (Schwartz 1966, I: 579).

Advertido pues el lector sobre la magnitud el asunto y de la revolución copernicana que significa el fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, puede pensarse que el meollo del veredicto estriba en la aplicación concreta y decidida de la doctrina de la constitución viviente (*living constitution*), hecho francamente admitido, como hemos visto, por el Tribunal.

La doctrina de constitución viviente parte del supuesto de que la Constitución no es una estatua, vale decir algo ya hecho y concluido en el pasado, ni que la interpretación constitucional sea una tarea de arqueólogos empeñados en descubrir cuál es el verdadero sentido de las reglas constitucionales, según sus autores (el constituyente histórico). Tampoco piensa que ser leal con la Constitución implique para el intérprete ejecutarla como una suerte de albacea testamentario, respetando pulcramente la voluntad de quien la redactó. Antes bien, juzga que la Constitución es un cuerpo mutante; recreado o sancionado día a día; que la tarea de interpretarla involucra la de elaborar respuestas constitucionales, antes que aplicar recetas ya hechas por el constituyente histórico, por lo que el intérprete, más que un arqueólogo, es un artífice; y que ser leal a la Constitución no significa ejecutarla como querría quien la fabricó, sino proyectar en las fórmulas interpretativas los requerimientos y valoraciones de la sociedad actual (Sagüés 2000: 55 y ss.).

De admitirse tales parámetros, que por cierto son muy cautivantes y al mismo tiempo polémicos, la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica adquiere lógica y consistencia, en particular en dos temas. Primero, la presencia pujante del valor «paz», entendido no como poesía constitucional, sino como principio operativo y exigente, y un derecho concreto de los pueblos y de cada uno, que engendra obligaciones constitucionales severas, no solo morales o políticas, sino también jurídicas, para los órganos del Estado, empezando por el Poder Ejecutivo,

deberes que además, son demandables por los ciudadanos, con legitimación procesal para reclamarlos ante los tribunales. Y eso es así porque la conciencia cultural costarricense lo quiere, como lo subraya el fallo, y los tribunales aceptan reconocerlo, de acuerdo con las pautas de la doctrina de la *living constitution*.

El segundo aspecto de la cuestión gira sobre la demolición de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, trabajo en el que por cierto la Sala Constitucional lo hace con bríos y hasta el fin. La sentencia da a entender que no hay actividad exenta de la Constitución (en lo que acierta sin duda), y que no hay materia que escape, a su turno, del control judicial de esa constitucionalidad (aquí es lo opinable). Aun cuando haya en la constitución fórmulas indeterminadas y principios genéricos, también ahí, explica la Sala, —en los terrenos de discreción legislativa o ejecutiva, pues— parece haber control judicial de constitucionalidad. A eso arriba «el desarrollo jurídico costarricense», invoca la Sala, y consecuente con su adopción de la doctrina de la constitución viva, lo aplica.

Lo demás viene por añadidura, y el discurso jurídico de la Sala es convincente: la constitución viviente local pregona la paz, ratificada por una Proclama doméstica (1983) de neutralidad activa, perpetua y no armada, que auto obliga al Estado costarricense. Lo mismo lo hacen una serie de convenios internacionales, en particular, la Carta de la Organización de las Naciones Unidas. En esta última los Estados resignan el derecho a la guerra: en principio, solamente el Consejo de Seguridad puede disponer medidas de fuerza activa. La otrora «Alianza Internacional contra el Terrorismo», travestida ahora en «Coalición Internacional Antiterrorista», ha utilizado contra Irak medios violentos, de tipo bélico, ajenos a la Carta de la ONU, que obliga a Costa Rica, según el artículo 7º de la Constitución. La adhesión presidencial a la Coalición es, pues, inconstitucional y lesiva del derecho internacional. Un silogismo perfecto.

Lo llamativo de la sentencia de la Sala Constitucional es que destroza «toda» la muralla que vedaba el acceso judicial a las cuestiones políticas. Supuestamente, ahora, todo es justiciable (como lo pregonó cierta doctrina constitucionalista),¹⁶ circunstancia que apura varios interrogantes acerca de las consecuencias y proyecciones de tal derrumbe.

Un análisis crítico de ese drástico cambio permite varias reflexiones.¹⁷

¹⁶ Véase por ejemplo la opinión de Germán BIDART CAMPOS, *supra*, cita 13.

¹⁷ Agradezco especialmente al profesor Mario E. Chaumet los aportes y comentarios críticos vertidos específicamente sobre este asunto, que en buena medida acoge este trabajo.

- a. La parte más fácil de admitir estriba en la revisión judicial de los aspectos formales de las cuestiones políticas. Por ejemplo, la judicialización del análisis de las competencias del Poder que adoptó el acto cuestionado, y del procedimiento observado. Las infracciones constitucionales en cuanto el órgano y el trámite seguido aluden a cuestiones constitucionalmente regladas que pueden ser evaluadas por la judicatura constitucional sin mayores obstáculos ni problemas.
- b. El asunto se complica cuando el control judicial de constitucionalidad penetra en el fondo de la decisión objetada, esto es, en la materia o sustancia de la «cuestión política». Sugiero aquí tener en cuenta cinco precauciones importantes.
- (i) Se trata de terrenos donde impera generalmente una muy apreciable cuota o margen de discrecionalidad constitucional por parte de quien —el Presidente o el Congreso— adopta la medida (por ejemplo, declarar la guerra, intervenir a una provincia o Estado miembro de una federación, pronunciar una amnistía, disponer el estado de sitio o de excepción). Tal abanico de eventuales posibilidades debe asumirse y aceptarse lealmente por los magistrados judiciales. Primera aclaración.
- (ii) Esa discreción que poseen el Presidente o el Congreso emana de la propia Constitución, y naturalmente debe respetarse. Responde también a una filosofía política democrática subyacente: que sean los representantes formales del pueblo (aunque su representatividad fáctica, por cierto, se encuentra en muchas naciones seriamente alicaída), electos por él, quienes deben o no adoptar la medida «política», y no el Poder Judicial. La magistratura constitucional podrá «controlar» constitucionalmente el acto bajo examen, pero no «emitirlo». Segunda advertencia.
- (iii) El acto jurisdiccional de control, para que sea legítimo y constitucional, debe respetar el margen de maniobra que la Constitución otorga al Presidente y al Congreso. No es esto una concesión graciosa que los jueces constitucionales otorgan al Poder Ejecutivo y al Legislativo: es la voluntad misma de la Constitución. Por tanto, no deben sustituir a estos dos, ni colocarse en su lugar. Si la Constitución, por ejemplo, habilita en un asunto «cinco» opciones para el Presidente o el Congreso, no le corresponde a la judicatura constitucional indicar cuál es la (para ella) mejor de esas alternativas, e imponerla so pretexto de control de constitucionalidad. Solamente le toca descalificar como inconstitucional el acto de alguno de aquellos poderes que hubiese optado por una solución extra o anticonstitucional (por ejemplo, la variable «seis o siete»). Tercera salvedad.

(iv) En el trabajo de revisión judicial de constitucionalidad, varias reglas prácticas coadyuvan a regular el grado de penetración de los jueces. Una indica que los actos del Poder Ejecutivo y del Legislativo (incluso los políticos, naturalmente) cuentan con «presunción de constitucionalidad». Otra, que «en caso de duda el juez de la constitución deberá inclinarse por reputar constitucional (y no, en cambio, inconstitucional)» a la norma o comportamiento investigado. Otra más, que la declaración de inconstitucionalidad es la *ultima ratio*, el recurso final y extremo al que debe recurrirse para resolver el conflicto. Como consecuencia de estas directrices, si el objeto sometido a revisión judicial cuenta con «color» o apariencia de legitimidad constitucional, máxime en terrenos donde haya un grado de discrecionalidad muy acentuado, ello basta para satisfacer el control de razonabilidad a cargo de los jueces constitucionales. En definitiva, la doctrina aperturista en materia de fiscalización judicial de las *political questions* reprimirá la decisión «política» del Presidente y del Congreso únicamente si no queda constitucionalmente otra alternativa, y si la inconstitucionalidad del caso es flagrante, incuestionable e indiscutible, carente de algún resquicio o posibilidad de rescate constitucional. Cuarta cautela.

(v) Paralelamente, en las materias políticas se impone de modo especial una exigente interpretación previsorora de la Constitución,¹⁸ en cuanto que el intérprete-operador debe medir pulcramente las consecuencias de su producto interpretativo y verificar los resultados —positivos o negativos— de tal *output* o conclusión. De modo especial, si va a modificar lo resuelto por el Presidente o el Congreso, la justicia constitucional tendrá que preguntarse, con todos los escrúpulos del caso, qué efectos (en el caso que se decide y para la comunidad toda), internos y externos, políticos, militares, sociales y económicos, puede provocar la nulificación del acto político presidencial o congresional, tanto en el presente como en el futuro, máxime en el ámbito de la macropolítica, y evitar de ese modo resoluciones judiciales que aunque teóricamente puedan ser muy principistas y jurídicamente impecables, de hecho resulten real o potencialmente dañosas para la sociedad y el Estado. Ninguna Corte podría darse el lujo, en temas políticos, de ser imprevisorora. Quinta prevención.

A fuerza de ser sinceros, debe alertarse también que el monitoreo judicial de las *political questions* tiene ribetes muy distintos según exista en un país un régimen de control concentrado o difuso de constitucionalidad. Si el sistema es concentrado,

¹⁸ Sobre la interpretación previsorora de la constitución, véase SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la constitución*. Buenos Aires: Depalma, 1998, p. 113 y ss.

por ejemplo en una Sala o Corte Constitucional, se supone que un órgano de esa alcurnia actuará con una tónica de calidad y responsabilidad apreciables. Si es difuso o desconcentrado, y por tanto múltiple y desparramado en miles de jueces, los riesgos del vedetismo, del facilismo irresponsable, de la impericia, de la irreflexión, del capricho o de la demagogia judicial pueden en cambio resultar, quizá, y según las distintas comunidades, en cierta medida preocupantes. Esto puede encontrar algún remedio habilitando mecanismos del tipo del *per saltum*, que permitan a una Corte Suprema o un Tribunal Constitucional avocarse de inmediato, de oficio o a pedido de parte, al conocimiento de las *political questions* trascendentes que se diligencien en las instancias inferiores, lo que equivaldría a establecer, respecto de ellas, la posibilidad de un control concentrado de constitucionalidad, dentro de un sistema generalmente difuso.

8. El recurso al «dato sociológico»

Un tema asimismo fascinante es si resulta bueno que los jueces constitucionales recurran a las creencias y valoraciones sociales prevalecientes para nutrir el discurso argumentativo judicial. Ello se emparenta con la llamada «interpretación democrática» de la Constitución, y naturalmente con la doctrina de la «constitución viviente».¹⁹

La sentencia de la Sala Constitucional alude, según se apuntó, al desarrollo de la cultura y del derecho costarricense, precisamente para destacar que ese país está insuflado de un sentimiento pacifista y que adhiere a la tesis de la constitución viva. Cabe preguntarse si eso no obligaría también, cuando la judicatura constitucional evalúa una cuestión política, a auscultar las valoraciones comunitarias para calibrar la constitucionalidad de una *political question*. En el caso que tratamos de alguna manera se hace así, en particular en cuanto a la fuerte y compelente presencia del valor paz en la comunidad de Costa Rica.

El recurso al dato sociológico llevaría a concluir, por ejemplo, que si la decisión adoptada por el Congreso o el Presidente en una «cuestión política» tiene fuerte consenso, el escrutinio judicial de constitucionalidad debe ser más tenue; y que, además, no correspondería que los jueces arbitren soluciones —en particular, en esas áreas políticas— que carezcan de consenso global. Una excepción podría

¹⁹ Cfr. SAGÜÉS, María Sofía. «Las acciones afirmativas en los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de los Estados Unidos. Implicancias del dato sociológico en el análisis jurisprudencial». *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, t. 2, 2004, p. 211. México: Porrúa.

cifrarse en la vigencia de derechos humanos fundamentales, especialmente de derecho natural, donde la solución judicial defensiva de ellos debe aplicarse haya o no consenso, porque en estas hipótesis (supóngase la tutela de la dignidad humana), el veredicto tribunalicio no debe depender de la voluntad de las mayorías, por más que esta fuese muy significativa o casi unánime.²⁰

9. Conclusiones

La doctrina de las cuestiones políticas no justiciables tiene un origen político y pragmático, no siempre coherente ni uniforme. Ha evolucionado con el transcurso del tiempo, y en ciertos casos, como en Costa Rica, parece tender a disiparse.

La transformación —que en ciertos casos, puede ser de crisis terminal— de dicha teoría, obliga a replantear críticamente las facultades de los tribunales constitucionales en el juzgamiento de los actos de gobierno. Aun cuando la erosión —y, en ciertos casos, derrumbe— de la vieja doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, sea un hecho, en aras de sustentar el principio del equilibrio y división de los poderes, es necesario repensar y subrayar ciertos patrones básicos de contención de la *judicial review*, a fin de tornarla sensata y operativa.

Bibliografía

- BIDART CAMPOS, Germán J.
s.a. *El derecho constitucional del poder*. Buenos Aires: Ediar.
- BIELSA, Rafael
1958 *La Protección Constitucional y el Recurso Extraordinario*. Buenos Aires: Depalma.
- CORWIN, Edward S.
1943 *La constitución norteamericana y su significado actual*. Rafael Demaría (traductor). Buenos Aires: Kraft.
- DOUGLAS, William O.
1964 *Anatomía de la libertad*. Ramón Palazón (traductor). México: Herrero Hermanos.
- FRIEDRICH, Carl
1968 *El hombre y el gobierno*. J. A. González Casanova (traductor). Madrid.
- GARCÍA PELAYO, Manuel
1950 «Derecho constitucional comparado». *Revista de Derecho Privado*. Madrid.

²⁰ En cuanto el «consenso malo» y las cegueras axiológicas en la doctrina de la constitución viviente, nos remitimos a SAGÜÉS, Néstor Pedro. «Sobre el concepto de “constitución viviente”». Ob. cit., p. 63.

HUGHES, Charles Evans

1946 *La Suprema Corte de los Estados Unidos*. Roberto Molina Pasquel y Vicente Herrero (traductores). México: Fondo de Cultura Económica.

JIMÉNEZ, Eduardo Pablo

1997 *Los derechos humanos de la tercera generación*. Buenos Aires: Ediar.

LINARES QUINTANA, Segundo V.

1978 *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*. Segunda edición. Buenos Aires: Plus Ultra.

LOEWENSTEIN, Karl

1976 *Teoría de la constitución*. Alfredo Gallego Anabitarte (traductor). Barcelona.

1957 *Political Power and the Government Process*. Chicago: University of Chicago Press.

MILLER, Jonathan M.; María Angélica GELLI y Susana CAYUSO

1987 *Constitución y poder político*. Buenos Aires: Astrea.

REY CANTOR, Ernesto y María Carolina RODRÍGUEZ RUIZ

2003 *Las generaciones de los derechos humanos*. Bogotá.

SAGÜÉS, María Sofía

2004 «Las acciones afirmativas en los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de los Estados Unidos. Implicancias del dato sociológico en el análisis jurisprudencial». *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. México: Porrúa.

SAGÜÉS, Néstor Pedro

1978 *Mundo jurídico y mundo político*. Buenos Aires: Depalma.

1998 *La interpretación judicial de la constitución*. Buenos Aires: Depalma.

2000 «Sobre el concepto de 'constitución viviente'». *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, N° 1. Buenos Aires: Ediar.

SCHWARTZ, Bernard

1966 *Los poderes del gobierno*. José J. Olloqui Labastida (traductor). México: UNAM.

VANOSI, Jorge R.

1975 *Teoría constitucional*. Buenos Aires: Depalma.