

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**



**EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS POLÍTICOS O DE GOBIERNO A
TRAVÉS DE LA VÍA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN EL
SALVADOR**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO (A) EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR:

**CAMILA ADRIANA BLANCO MARTÍNEZ
ZULMA VERÓNICA CASTRO DE SERMEÑO
CINDY STHEFANNIE PORTILLO DE DÁVILA**

DOCENTE ASESOR:

MSC. NELSON ARMANDO VAQUERANO GUTIÉRREZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, JUNIO DE 2019

TRIBUNAL CALIFICADOR

MSC. HUGO DAGOBERTO PINEDA ARGUETA
(PRESIDENTE)

LIC. JESÚS ERNESTO PEÑA MARTÍNEZ
(SECRETARIO)

MSC.NELSON ARMANDO VAQUERANO GUTIÉRREZ
(VOCAL)

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MSC. ROGER ARMANDO ARIAS ALVARADO

RECTOR

DR. MANUEL DE JESÚS JOYA ÁBREGO

VICERRECTOR ACADÉMICO

ING. NELSON BERNABÉ GRANADOS

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LIC. CRISTÓBAL HERNÁN RÍOS BENÍTEZ

SECRETARIO GENERAL

LIC. RAFAEL HUMBERTO PEÑA MARÍN

FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA

DECANA

DR. JOSÉ NICOLÁS ASCENCIO HERNÁNDEZ

VICEDECANO

MSC. JUAN JOSÉ CASTRO GALDÁMEZ

SECRETARIO

LIC. RENÉ MAURICIO MEJÍA MÉNDEZ

DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

LICDA. DIGNA REINA CONTRERAS DE CORNEJO

DIRECTORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN

LICDA. MARÍA MAGDALENA MORALES

**COORDINADORA DE PROCESO DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA DE
CIENCIAS JURÍDICAS**

AGRADECIMIENTOS

Doy gracias primeramente a Dios, quien ha sido el centro y razón de todo acontecimiento que ha sido parte de mi vida, y particularmente en la elaboración de este estudio de investigación, quien conoce los sacrificios e intrigas que se han presentado, no dejando desfallecer ante la duda y dándome la fuerza para sobrellevar el trayecto de la presente investigación. A él sea toda la gloria.

A mis padres, a quienes les agradezco haberme apoyado en el trayecto de esta carrera, porque sin sus consejos llenos de amor, guía llena de sabiduría y experiencia, y soporte económico no hubiera podido culminarlos ni alcanzar esta etapa.

A mis hermanos, quienes también fueron un aliento en el hogar que me impulsaron a seguir contra todo contratiempo, ya que con el ejemplo de sus propios recorridos en la vida, me enseñaron que todo lo que cuesta, tiene su recompensa.

A mis compañeras de tesis, con quienes vivimos juntas las andanzas y malandanzas de la investigación, soportando desvelos, noches de flageo, dudas, las cuales con la solidaridad y ayuda mutua pudimos avanzar y hacer realidad nuestro sueño profesional.

A nuestro asesor de tesis, MSC. Nelson Armando Vaquerano Gutiérrez, quien con su amplia experiencia y sabiduría, ha sabido guiarnos en la investigación, sin el cual no hubiera sido posible la concretización de la misma.

Camila Adriana Blanco Martínez.

AGRADECIMIENTOS

A DIOS TODO PODEROSO, por permitirme llegar a esta etapa de mi vida, por iluminarme y llenarme de fortaleza, fe y perseverancia cuando más lo necesité.

A mi madre y padre, por su amor, comprensión y apoyo incondicional en lo económico, moral y espiritual, fueron los que siempre me motivaron y estuvieron a mi lado en todo momento, gracias por ser los mejores padres; esta tesis está dedicada especialmente a mi madre Adelina, quien, con sacrificio y entrega, me ha ayudado, apoya doy acompañado siempre durante mi vida y mi carrera profesional.

A mi hijo José Rodrigo y Héctor Adrián por ser las motivaciones más grandes en mi vida, y ser la luz que ilumina mi vida, por ser esas personitas que día con día me dan las fuerzas necesarias para seguir adelante, y a mi Esposo José, por su amor, comprensión, por estar a mi lado apoyándome en todo momento, por estar conmigo desde el inicio de mi carrera.

A mis compañeras de tesis, Camila y Zulma por compartir conmigo esta experiencia, por la paciencia a pesar de los momentos difíciles y las dificultades, y a mis amigos Fernando Hernández y Miguel Bonilla, por brindarnos su apoyo durante el desarrollo de la presente investigación.

A nuestro asesor Msc. Nelson Armando Vaquerano, Gutiérrez por guiarnos y acompañarnos durante el transcurso del presente trabajo, por haber compartido su tiempo y conocimiento haciendo posible un trabajo con alta calidad académica.

Cindy Sthefannie Portillo De Dávila

AGRADECIMIENTOS

Doy gracias primeramente a Dios mi Padre celestial, a Él sea toda la gloria y la honra por los siglos de los siglos, porque pude ver a lo largo de la carrera su mano y amor, quien me dio sabiduría y fortaleza para no desistir, por eso puedo decir que gracias a Él he llegado hasta aquí.

Gracias a mis amados padres, José Rodolfo Castro Orellana y Norma Del Carmen Rodríguez de Castro, que siempre me dieron ánimo para estudiar y nunca rendirme, gracias por nunca dejar de creer en mí y este logro se lo debo en gran parte a Uds., así como a mis hermanos que tanto amo Vera, Rodolfo y Mario.

Gracias a mi esposo Julio César Sermeño Rivas y mis hijos Lucio Gabriel y Verónica Isabella, fueron un motor que me movía a ser alguien mejor para ellos, gracias por ayudarme y comprenderme que muchas veces no les dedique el tiempo que se merecían, los amo mucho.

A mis compañeras de Tesis Cindy y Camila, que aunque la tarea no fue fácil, logramos juntas salir adelante, por esta razón en este tiempo ha crecido cariño y respeto hacia ellas; así como a todos los amigos que de una u otra forma nos apoyaron y nos dieron aliento para terminar.

Gracias a nuestro asesor MSC. Nelson Armando Vaquerano Gutiérrez, primeramente, por hacer posible esta obra, por su guía, por sacar de esta investigación un resultado de gran calidad, sabemos que es una persona muy culta y de grandes cualidades, no dudamos que Dios nos lo puso en el camino para culminar esta hermosa obra, Dios le bendiga.

Zulma Verónica Castro de Sermeño

ÍNDICE

RESUMEN	
SIGLAS Y ABREVIATURAS	
INTRODUCCIÓN	i
CAPÍTULO I	
RECORRIDO HISTÓRICO DEL CONCEPTO ACTO POLÍTICO O DE GOBIERNO.....	1
1.1. Edad antigua.....	2
1.1.1. Egipto.....	2
1.1.2. Mesopotamia	3
1.1.3. Antigua Grecia	4
1.1.4. Antigua Roma	5
1.1.4.1. Monarquía	5
1.1.4.2. República	5
1.1.4.3. Principado o diarquía	6
1.1.4.4. Imperio	6
1.2 Edad media.....	7
1.3 Edad moderna	9
1.3.1. Estado absolutista monárquico	9
1.3.2. Estado liberal	10
1.3.3. Estado democrático	15
1.4. Antecedentes modernos de los actos políticos o de gobierno	16
1.4.1. Francia.....	16
1.4.2. Estados Unidos de América.....	16
1.5 Teorías que explican la existencia del acto político o de gobierno.....	17
CAPÍTULO II	
TEORÍA DEL ACTO POLÍTICO O DE GOBIERNO: CONCEPTO NECESARIO.....	22
2.1. Acepciones y definiciones del concepto acto político o de gobierno.....	22
2.1.1. Conceptos preliminares	23

2.1.2. Estudio de definiciones doctrinales del concepto de los actos políticos o de gobierno.....	26
2.1.3. Definiciones jurisprudenciales del concepto de acto político o de gobierno.....	31
2.2. Naturaleza del acto político o de gobierno.....	35
2.2.1. El acto político o de gobierno como acto administrativo especial.....	35
2.2.2. De la función administrativa y función de gobierno.....	39
2.3. Características del acto político o de gobierno.....	41
2.4. Estructura del acto político o de gobierno.....	43
2.4.1. Estructura del acto administrativo.....	43
2.4.2. Aplicación de la teoría del acto administrativo al acto político o de gobierno.....	48
2.5. Tentativa de clasificación del acto político o de gobierno.....	49
2.6. Diferencia entre acto político o de gobierno, acto institucional y acto constitucional.....	52

CAPÍTULO III

ACERCAMIENTO AL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS POLÍTICOS O DE GOBIERNO EN DIVERSOS

ORDENAMIENTOS JURÍDICOS.....	58
3.1. Actos políticos o de gobierno en el derecho español.....	58
3.2. Actos políticos o de gobierno en el derecho colombiano.....	66

CAPÍTULO IV

CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS POLÍTICOS O DE GOBIERNO EN EL SALVADOR.....

4.1. De la absoluta no justiciabilidad, al control jurisdiccional constitucional de los actos políticos o de gobierno. exclusión de la competencia contenciosa administrativo.....	72
4.1.1. Del conocimiento de la sala de lo constitucional de los actos políticos o de gobierno.....	74
4.1.2. De la exclusión del control de los actos políticos o de gobierno por la vía contencioso administrativo.....	75
4.2. Fundamentos del control jurisdiccional contencioso administrativo de los actos políticos o de gobierno.....	77

4.2.1. Del conflicto entre la Sala de lo Constitucional y la Sala de lo Contencioso Administrativo.....	77
4.2.2. De los criterios de la Sala de lo Contencioso Administrativo para admitir demanda sobre el control de los actos políticos o de gobierno.....	80
4.2.3. Análisis de los fundamentos utilizados por la Sala de lo Contencioso Administrativo al conocer los actos políticos o de gobierno.....	82
4.2.4. Fundamentos doctrinarios que sustentan la competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de los Actos Políticos o de Gobierno.....	85
4.2.4.1. Presupuestos que sustentan la competencia de los actos políticos o de gobierno a la materia Contencioso Administrativo.....	86
4.2.4.2. Presupuestos constitucionales.....	88
4.3. La nueva ley de la jurisdicción contencioso administrativo lja, 2018 frente al control de los actos políticos o de gobierno.....	102
4.4. Validez de los elementos de la estructura del acto político o de gobierno controlado por medio del auto de admisión 328-2013 por la SCA.....	106
4.4.1 Elemento subjetivo.....	106
4.4.2 Manifestación de voluntades.....	107
4.4.3 Elemento Objetivo.....	107
4.4.4 Elemento teleológico.....	108
4.4.5 Elemento Formal.....	108
4.4.6 Motivo.....	109
4.5. Actos políticos o de gobierno señalados en la Constitución de la República, emitidos por el Órgano Ejecutivo y Legislativo.....	111
4.5.1. Actos políticos o de gobierno emitidos por el Órgano Ejecutivo.....	111
4.5.2 Actos políticos o de gobierno emitidos por el Órgano Legislativo.....	111
4.5.3. Breve comentario a la demanda interpuesta en la Sala de lo Contencioso Administrativo, por la no elección de Magistrados, en el año dos mil dieciocho.....	112
4.6. Comprobación de cumplimiento de las hipótesis, objetivos y planteamiento del problema.....	114
4.6.1. Hipótesis general.....	114
4.6.1.1. Los fundamentos utilizados por la Sala Contencioso Administrativa para adjudicarse el conocimiento de los actos políticos o de gobierno.....	114

4.6.2. Hipótesis específica	115
4.6.2.1. En la actualidad la doctrina del derecho administrativo afirma que los actos políticos o de gobierno deben ser controlados.....	115
4.6.2.2. Es conforme con la Constitución de la República que los actos políticos o de gobierno, sean justiciable a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo	118
4.6.2.3. El artículo 4 de la ley de la jurisdicción contencioso administrativo, no impide que la Sala de lo Contencioso Administrativo conozca judicialmente de los actos políticos o de gobierno	119
4.6.3. Objetivo general.....	121
4.6.3.1. Analizar los criterios que utilizó la Sala de lo Contencioso Administrativo para conocer los actos políticos o de gobierno	121
4.6.4. Objetivos específicos	123
4.6.4.1. Investigar si existen suficientes fundamentos doctrinarios para que el derecho administrativo moderno controle judicialmente los actos políticos o de gobierno en El Salvador.....	123
4.6.4.2. Analizar los criterios utilizados por la Sala de lo Contencioso Administrativo para controlar los actos políticos o de gobierno en El Salvador.....	124
4.6.4.3. Analizar los principios constitucionales que fundamenta el control judicial de los actos políticos o de gobierno en El Salvador.....	126
4.6.5. Planteamiento del problema	130
CONCLUSIONES	133
RECOMENDACIONES	134
BIBLIOGRAFÍA.....	135
ANEXOS	143

RESUMEN

Los actos políticos o de gobierno son actos administrativo unilaterales los cuales son emitidos por el Órgano Ejecutivo y Legislativo, que se encuentran contenidos en la Constitución, y se diferencian de los actos administrativos por ser altamente discrecionales y son dictados en el ejercicio de una función política. En la Historia, se ha sostenido que los Actos Políticos se encontraban exentos de control jurisdiccional; no obstante, las corrientes modernas del Derecho Administrativo sugieren que, en cumplimiento de Tutela Judicial Efectiva, no pueden excluirse del control jurisdiccional los Actos Políticos o de Gobierno.

En El Salvador la LJCA(1978) establecía en su Art. 4 la prohibición de conocer en dicha jurisdicción de los Actos Políticos o de Gobierno; y es así que mediante resoluciones dictadas en los procesos 328-2013, 344-2013 y 345-2013 la SCA admitió demandas en contra de los Actos Políticos o de Gobierno; pero la Sala de lo Constitucional inaplicó dichas resoluciones mediante la resolución 77-2013/97-2013, por considerarse, ser la competente para conocer de dichos actos.

El 31 de enero de 2018 entró en vigencia la nueva LJCA, y en ella no se excluyó de forma expresa el conocimiento en la competencia de estos actos; sin embargo, conforme a las nuevas corrientes del Derecho Administrativo y los principios establecidos en la Constitución, sustentan la necesidad de que los Actos Políticos o de Gobiernos sean dirimidos en la Jurisdicción Contencioso Administrativa en sus elementos reglados, y no a través de la Sala de lo Constitucional.

LISTA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

SIGLAS

CCA	Código Contencioso Administrativo Colombiano
Cn	Constitución de la Republica
CSJ	Corte Suprema de Justicia
JCA	Jurisdicción Contencioso Administrativa
LJ	Ley Jurisdiccional
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Vigente.
LRJCA	Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
PCA	Proceso Contencioso Administrativo
SC	Sala de lo Constitucional.
SCA	Sala de lo Contencioso Administrativo.
TSE	Tribunal Supremo de España

ABREVIATURAS

a.C.	antes de Cristo.
Art.	Artículo
d.C.	después de Cristo
D.L.	Decreto Legislativo
D.O.	Diario Oficial
Ed.	Editorial
Etc.	Etcétera
Inc.	Inciso
Lit.	Literal
Ord.	Ordinal
Ref.	Referencia

INTRODUCCIÓN

Es imprescindible de seguir discutiéndose ha sido el concepto del Acto Político o de Gobierno. En El Salvador la cuestión parece que no suscita dificultades. El presente trabajo contradice esa posición; proporciona el enfoque de que los llamados Actos Políticos o de Gobierno han sido estudiados de soslayo, y eso ha impedido ofrecer perspectivas de interpretación que respondan al Derecho Salvadoreño, para que el Estado funcione mejor para la sociedad.

El presente trabajo representa un requisito para la graduación cuyo tema es: *El control judicial de los Actos Políticos o de Gobierno a través de la vía contencioso administrativo en El Salvador*, el cual fue motivado por la discusión que estableció la SCA, con la SC, en el año dos mil trece, aquélla admitió tres demandas con referencia 328-2013; 344-2013 y 345-2013, en donde ejercía control sobre los Actos Políticos o de Gobierno, la elección de los magistrados de la CSJ para el periodo dos mil nueve – dos mil dieciocho.

Se tiene como precedente que la SC ya había dictado sentencias donde establecía competencia. Una discusión que no pasó desapercibida, porque deja en el aire varias preguntas, a partir de los criterios de admisión, que a lo largo de este trabajo son retomadas y ahondadas. Los límites de la investigación se restringen a analizar los *criterios jurídicos únicamente del primer auto de admisión de la demanda de referencia 328-2013*.

Así, la situación problemática que se aborda y se discute en este trabajo es: *¿Son jurídicamente válidos los fundamentos utilizados por la SCA al conocer de los Actos Políticos o de Gobierno?*, cuya hipótesis general se resume en que, los argumentos de la SCA están conforme a derecho.

Las hipótesis específicas son: primera que, en la actualidad la doctrina del Derecho Administrativo afirma que los Actos Políticos o de Gobierno deben ser controlados judicialmente a través de la JCA; segunda, es conforme con la Constitución que los Actos Políticos o de Gobierno sean justiciables a través de la SCA, y tercera, que el Art. 4 de la LJCA(1978), no impide que la SCA conozca judicialmente de los Actos Políticos de Gobierno.

Asimismo se aborda en el presente trabajo de investigación, el objetivo general, el cual es, analizar los criterios que utilizo la SCA para conocer de los Actos Políticos o de Gobierno; además sus objetivos específicos, el primero es, analizar si existe suficientes fundamentos doctrinarios para que el Derecho Administrativo moderno, controle judicialmente dicho actos; segundo, analizar los criterios utilizados por la SCA para controlar los Actos Político o de Gobierno, y tercero los Principios Constitucionales que fundamenta el control judicial de los Actos Políticos o de Gobierno.

Las controversias que giran alrededor de los Actos Políticos o de Gobierno son variados: su autonomía conceptual, su justiciabilidad, los alcances de esa justiciabilidad, las proposiciones para atenderlas también son variables de acuerdo a las legislaciones extranjeras porque se reconocen particularidades.

En El Salvador es notable tomar en valía la relativa juventud de la JCA, que en este año dos mil dieciocho, cumple cuarenta años, y que coincide con la entrada en vigencia de una nueva ley, y que los retos para los que ha sido establecida están planteados y necesitan que desde la academia se hablen.

Para realizar la investigación se consultaron diversas fuentes bibliográficas, como libros doctrinarios, tesis, artículos de investigación, sentencias y leyes, y que se compone de cuatro capítulos.

El primero establece un recorrido de cómo en la historia política y jurídica de diversas civilizaciones se han conocido las actuaciones Estatales que desde la modernidad hasta hoy se llaman Actos Políticos o de Gobierno, perfilándolas concisamente, lo que muestra que, aunque el nombre no haya estado siempre presente, existían nociones de dirección Estatal y de derecho, importantes de conocer cómo funcionaban y cuánta semejanza se encuentra con nuestras instituciones.

El segundo capítulo, “Teoría del Acto Político o de Gobierno: concepto necesario”, pretende arriesgarse a revisar la base teórica para empujar a cuestionarla, por lo que camina por diversas definiciones doctrinarias y las aportadas por la jurisprudencia en El Salvador, la naturaleza conceptual, la estructura y una tentativa de clasificación. Lo que se quiere dejar patente en este apartado es el estado del tema.

En el tercer capítulo se estudian dos legislaciones en lo referente al control de los Actos Políticos o de Gobierno en España y Colombia, donde se describen sus posiciones para solventar el problema y cómo se regula en cada uno de ellos; además esto sirve de insumo para evaluar la posición con respecto a El Salvador.

Finalmente, en el capítulo cuatro “Control judicial de los Actos Políticos o de Gobierno en El Salvador” se entra a estudiar primero cómo ha sido el control de dichos actos, que han pasado de la absoluta ausencia del mismo a la competencia por parte de la SC.

Luego se estudian críticamente las razones de la SCA para admitir demandas que pretenden declarar la ilegalidad, y nulidad de pleno derecho de Actos Políticos o de Gobierno, en esta parte se formula el sustento doctrinario y jurídico del porqué la última jurisdicción es la idónea de conocer

en razón de la especialización de la materia, con base en Principios Constitucionales y del Derecho Administrativo.

Luego se aborda cómo se afronta el problema de la justiciabilidad los Actos Políticos o de Gobierno en la LJCA (2018) y para cerrar se debate si se han cumplido o no las hipótesis, objetivos y planteamiento del problema

La importancia del estudio de los Actos Políticos o de Gobierno radica en que estos como actuaciones del Estado pueden derivar en el uso inapropiado del poder público otorgado a aquél, como violaciones a derechos fundamentales, para que no exista impunidad debe existir controles que frenen esas manifestaciones; pero siempre en un ámbito, el que establecen los derechos y principios que están en la Constitución, siempre ateniéndose a los cambios sociales.

Los problemas que se plantean, en este caso cómo el Derecho los afronta, no pueden seguirse tratando de una manera tradicional, aquéllos superan, se exige conocerlos, y hacer que el Derecho avance en su aplicación, en su interpretación, en cómo regula las cosas de la vida cotidiana, en especial referencia a la Administración y sus administrados, para que pueda funcionar en sus límites justos.

CAPÍTULO I

RECORRIDO HISTÓRICO DEL CONCEPTO ACTO POLÍTICO O DE GOBIERNO

En el Presente Capítulo se pretende realizar un recorrido histórico del surgimiento de los Actos Políticos o de Gobierno, empezando desde las civilizaciones más antiguas como Egipto, Mesopotamia, Antigua Grecia y Antigua Roma; aunque en las antiguas civilizaciones no existía noción de este concepto, si se podían observar rudimentos de dicho concepto y se puede percatar que no se ejercía ningún tipo control sobre los referidos actos.

Además, se presenta las actuaciones que se daban en la Edad Media, que aunque eran sociedades más organizadas se podía observar la impunidad sobre los actos ejercidos por el soberano; finalizando con la Edad Moderna, dividiéndolo en Estado Absolutista Monárquico, Estado Liberal y Estado de Derecho

Asimismo se plasman los antecedentes modernos donde surge el concepto de Acto Político, su evolución y la aceptación de este concepto; finalizando con las teorías que explican la existencia del Acto Político o de Gobierno.

En las civilizaciones más remotas, y aun entrada la edad moderna, el concepto de Acto Político o de Gobierno *no existía*. Pero sí se entendían nociones –con sus propios agotamientos y novedades-, como *Estado, poder, Derecho, Administración pública* que son las que atraviesan al de Acto

Político o de Gobierno, y por lo tanto es imprescindible desentrañar qué pesaban en su momento histórico¹.

1.1. Edad antigua

1.1.1. Egipto

En un primer momento, Egipto se organizaba en dos reinos: el Alto y el Bajo. Es hacia el año 3000 a.C. que se consolida en uno sólo, regido por un rey, llamado *faraón*, al que se le consideraba el *representante de las divinidades en la tierra* y por lo tanto *ostentaba el máximo poder*, encontrándose en la cima de la escala político-social.

Bajo el faraón, estaba una clase noble compuesta por los *sacerdotes*, que sabían de magia y religión, y los *escribas*, quienes registraban la vida diaria de su pueblo, como el pago de impuestos. Luego seguían el *ejército*, que velaba por el pueblo, y éste conformado por *comerciantes, agricultores, artesanos y pastores*, ejerciendo variedad de actividades y quienes pagaban los impuestos al faraón. En el fondo se encontraban los *esclavos*, entendidos como prisioneros de guerra, sin derechos y susceptibles de poderse vender y comprar.

El faraón, como rey, *concentraba en sí mismo el poder político, dictaba leyes, organizaba al ejército, dirigía la guerra*, controlaba la vida religiosa, impartía justicia, distribuía la comida al pueblo ya que le pertenecían tierras y

¹ Como ejemplo notable hay varios conceptos para denominar a la “organización máxima de un grupo de individuos sobre un territorio en virtud de un poder de mando”, como dice Norberto Bobbio: *polis, res publica, civitas, regnum*, que hoy conocemos como Estado – concepto introducido por Maquiavelo. Norberto Bobbio, *Estado, gobierno y sociedad*, 8ª. reimpresión (México, Fondo de Cultura Económica: 2001). 86-87; Alessandro Passerin d'Entrèves, *La nación del Estado* (Madrid, Centro de Estudios Universitarios, 1970). 47-48.

cosechas,² y siendo así, sus decisiones carecían de vigilancia, eran *insustituibles*.

1.1.2. Mesopotamia

La sociedad mesopotámica estaba organizada por los *hombres libres*, que la componían *la nobleza* que principiaba por el *rey* o el *patesi*, los *sacerdotes*, los *funcionarios reales*, *pequeños propietarios* y *comerciantes*, y luego los *meshkin* u *hombres insignificantes* que eran los *ex esclavos que habían comprado su libertad*, y en último lugar los que eran nada, esclavos y prisioneros de guerra.³

El *patesi* era la autoridad máxima cuyo poder era absoluto, hereditario y divino. Era el *primer sacerdote*, y *quien administraba el Estado*, es decir, poseía altos cargos *pontificios*, *militares*, *administrativos* y *políticos*⁴.

Por un lado, tenía cargos administrativos, como la *administración de la economía*, la *apertura y mantenimiento de canales*, la *organización de fortificaciones* y *ejércitos para defender la ciudad de los enemigos*, el *cobro de tributos*⁵ importante para la distribución de sus recursos. Además, *todos los ejércitos y tropas de la ciudad estaban a su mando*.

² Ch. Seignobos, *Historia de la civilización antigua* (México, 1891). 17-19.

³ Jean Bottéro, *La religión más antigua: Mesopotamia* (Madrid, Editorial Trotta, 1998). 15-19.

⁴ Patesis más famosos de la civilización mesopotámica, *Sargón I* (2335-2279 a.C.); *Gudea* (2144-2124 a.C.); *Hammurabi* (1792-1750 a.C.); *Assurnasirpal II* (884-859 a.C.); *Nabucodonosor II* (605-562 a.C.). Al rey Hammurabi se le atribuye el *Código Hammurabi*, leyes que le fueron entregadas por el dios Shamash, con carácter inmutable y que contienen preceptos para cada día de los pueblos de Mesopotamia. Se consideran las más antiguas y mejor conservadas, consideradas como la antesala de las modernas. *Ibíd.*

⁵ *Ibíd.*

Debido a que las decisiones no podían tener cambios ni por el mismo rey, se muestra que los actos que realizaba la máxima autoridad *no eran controlados por nadie* ya que él *era el intermediario entre dios y el pueblo*.⁶

1.1.3. Antigua Grecia

En la Antigua Grecia inició el pensamiento político, lo que puede palpase en cómo se vivía en las *ciudades-Estado –polis⁷*-, que eran pequeñas comunidades de personas, *soberanas* –gobernadas por un rey, asesorado por un consejo de nobles⁸-, *autónomas* –aunque había interacción entre ellas- tanto en términos legales, es decir, con leyes propias, como en asuntos religiosos o administrativos y militares; asimismo, con gran tendencia al *comercio* y a la *actividad marítima*.

El modelo de organización social de las polis se basaba en la condición de ciudadano o del individuo. Los ciudadanos *participaban activamente en la vida de la polis* –lo que podría considerarse que la búsqueda del bien común era un *acuerdo ciudadano*, y no nacía de un rey-, y tenían *obligaciones y derechos*. Sin embargo, *no existía igualdad política* entre todos los habitantes de una polis. Ya que existían ciertos grupos no considerados ciudadanos como lo eran los extranjeros, mujeres, esclavos y libertos -esclavos liberados.

En las polis, como en otros estados de la Edad Antigua existían instituciones políticas como la *asamblea* - reunión de los ciudadanos-, el

⁶ Gabriel Franco, “Las leyes de Hammurab”, Ciencias Sociales, Volumen VI, número 3 septiembre, (1962). 331-335.

⁷ Las ciudades-estado que lograron expandirse y dominar amplias regiones, llegando a ser las grandes potencias del mundo griego, fueron Atenas y Esparta.

⁸ Los griegos denominaron política a todo lo relacionado con la estructura de estas ciudades y su sistema de gobierno. Esta palabra, que utilizamos en la actualidad, tiene su origen en el término polis, que significa “ciudad”. Todas estas iniciativas prepararon adecuadamente el camino para que la democracia se instaurara por primera vez en Grecia, específicamente en Atenas, a comienzos del siglo VI.

consejo institución que asesora al gobierno en asuntos relevantes del Estado y los *magistrados* -funcionarios del Estado.

1.1.4. Antigua Roma

1.1.4.1. Monarquía

Políticamente, la comunidad romana de la monarquía la encabeza el *rey*, quien ejercía el poder de manera vitalicia y absoluta, y era elegido por los *comicios*, que constituyeron asambleas de tipo legislativo-político, conformadas por todos los hombres capaces de portar armas, y en último sitio, el *senado*, con carácter consultivo, que asesoraba al rey en sus labores, elegidos por éste de entre los ancianos más sabios.⁹

1.1.4.2. República

El poder residía en estos momentos en la *oligarquía*, no en los cónsules, ni magistrados. Y en mano de estos oligárquicos se produjo el desmembramiento de la República.¹⁰

Los plebeyos obtienen el derecho de ser representados por magistrados, llamados los tribunos de la plebe, estos eran inviolables, el poder público lo integraban el Senado, quienes decidían las cuestiones de la paz y la guerra; Los comicios solo intervenían en asuntos religiosos y de derecho privado; y Magistrados quienes eran los jefes civiles y militares del Estado elegidos por los comicios y el cargo solo duraba un año.¹¹

⁹Marta Morinea Ulduarte y Román Iglesias González, *Derecho romano*, 4ª. ed. (México, Oxford, 2005). 5-9.

¹⁰Javier Indalecio Barraza, *Manual de Derecho Político* (Buenos Aires, La Ley, 2004). 197.

¹¹ Morineau, *Derecho Romano*. 9-14.

1.1.4.3. Principado o diarquía

El emperador de forma paulatina *concentra el poder político* porque reúne todos los cargos de la administración pública y emite actos legislativos, de tal manera que el Senado sólo es formal. Las fuentes formales del derecho en este periodo de la historia de Roma son las llamadas “Constituciones Imperiales”, que fueron de varios tipos, entre ellas las siguientes:

- a) *Edicta*: Comunicados *realizados en forma directa al pueblo*, similares a los edictos de los Magistrados, haciendo referencia a los asuntos administrativos provinciales, como a materias de derecho privado o a concesiones.
- b) *Mandata*: Son instrucciones *dirigidas a los funcionarios*, principalmente a los gobernadores de las provincias.
- c) *Decreta*: Consisten en decisiones de *naturaleza judicial* que son tomadas por el emperador en su calidad de magistrado supremo, en el *curso y solución de una controversia*.
- d) *Rescripta*: Son las respuestas del Emperador a un *funcionario o a un particular*, respecto a alguna cuestión o asunto de naturaleza jurídica que se le era sometida a su consideración.¹²

1.1.4.4. Imperio

Este momento histórico se conoce como el del *imperio absoluto*, y abarca del año 235 al 284 d.C. Se caracteriza por un ambiente social y político *inestable* debido a la indefinición de quienes ocuparían la jefatura del

¹²Ibíd. 17-18.

Estado Romano, a la *ausencia de autoridad interior* y al conflicto entre el Imperio Romano y el cristianismo.

Diocleciano es nombrado emperador romano por el ejército, generando con ello la imposición del *absolutismo al estilo oriental* -su poder se afirma en que proviene de Dios, trae como consecuencia que *ejerce facultades plenipotenciarias* en Roma que implementaba las reformas en materia fiscal; en el ejército y en el plano de la administración del Estado, crea un cuerpo burocrático oficial, con el objeto de que sean sustituidas las magistraturas y encomienda el Gobierno a dos Emperadores llamados Cesares; conlleva a que el Senado se convierte en un mero cuerpo municipal y que los pretores y cuestores están circunscritos a las tareas del cuidado de juegos público.¹³

Durante la Antigua Roma se puede ver la lucha de los gobernantes para que sus actos *no fuesen enjuiciados por los tribunales*, los antiguos Emperadores Romanos consideraban inviolables sus decisiones en virtud de su persona.

Con el correr de los tiempos, se *admitió la justiciabilidad de una porción de los actos del monarca*, lo que dio origen a la llamada *teoría del fisco*.¹⁴

1.2 Edad media

En la Edad Media surgió, como consecuencia de la desintegración del Imperio Romano, el *feudalismo*, sistema predominante de organización

¹³Ibíd. 19-21

¹⁴Gustavo Penagos Vargas, *Los actos políticos en la posmodernidad* (Colombia, Bogotá: Vniversitas, 2015). 4.

política, social y económica. Su desarrollo permitió el equilibrio y la ayuda mutua entre la realeza y la nobleza, y esto hizo que existiera un nuevo reparto de poder y riquezas.

Desarrollaron el vasallaje, que es la subordinación de los segundos respecto a los primeros. La sociedad era *estática por ser estamental* los sujetos pertenecían a estamentos fijos, pero entre los grupos sociales interactuaban por medio través de un principio de distribución de cometidos -*relación horizontal*- y, a la vez, se estructuraba internamente en unidades jerarquizadas -*relación vertical*-; estas relaciones se ataban a prescripciones divinas o históricas que indicaban los fines de cada grupo.¹⁵

La falta de dinamismo social se reproducía también en el ámbito del ejercicio del poder público. El Monarca altomedieval, limitado *ad extra* por las pretensiones de Iglesia e Imperio, y *ad intra* por la dispersión feudal, *carecía realmente de un poder político y normativo propio y definido*.¹⁶

Durante la Baja Edad Media se asistió a un proceso gradual de concentración de *poder público en manos de los Reyes nacionales* en menoscabo tanto de los localismos¹⁷ como de las pretensiones universales de Iglesia e Imperio, y que culminó en la Edad Moderna con el absolutismo monárquico, puede verse en que el monarca no sólo aplicaba el Derecho preexistente, sino también lo creaba.¹⁸

¹⁵ Otto Von Gierke, *Teorías políticas de la Edad Media* (España: Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995). 74.

¹⁶Richard Crossman, *Biografía del Estado Moderno* (México, Fondo de Cultura Económica, 1977). 23.

¹⁷Reinhard Bendix, *Estado Nacional y ciudadanía* (Buenos Aires: Amorrortu, 1974). 41-46.

¹⁸ Paul Sweezy et al., *La transición del Feudalismo al Capitalismo* (Madrid, Ayuso, 1975).15

1.3 Edad moderna

1.3.1. Estado absolutista monárquico

El absolutismo puede definirse como “*una expresión política monárquica estamental en la cual las diferencias sociales no se han eliminado y tampoco se consulta a sus representados, por ser el poder como ya se dijo absoluto*”.¹⁹

El Estado absolutista se puede entender como una reorganización de aquella nobleza medioeval, que viéndose amenazada, creó un *nuevo caparazón político*, y condicionado al desarrollo de la *producción e intercambio de mercancías* en las formaciones sociales de transición de la primera época moderna²⁰, lo que inevitablemente traía como consecuencia la disolución del sistema feudal. Es una *reacción* frente a la naciente Burguesía que había florecido y crecido en la Edad Media.

Al mismo tiempo, se marca el nacimiento del Estado moderno, que se caracterizó por cimentarse en el concepto de *soberanía*²¹, con un *gobierno centralizado*, es decir, existen diversas comunidades y provincias con diversas leyes y costumbres, unidas a un poder supremo, ampliación de sus bases territoriales, financieras y militares, afirmando su autoridad frente al Papado y a la Iglesia.²²

¹⁹Paúl Lucas Verdú, *Manual de Derecho Político* Volumen 1, (Editorial Tecnos, Madrid España, 2001).37

²⁰Anderson Perry, *El Estado absolutista* (México D.F., Siglo XXI, Editores, 1998). 12-13.

²¹Jean Bodin, *Los seis libros de la República*, sel., trad., y est. Pedro Bravo Gala (Madrid, Tecnos, 2010). 47. Ha definido a la Soberanía como: el poder absoluto y perpetuo de una república.

²² Ricardo Krebs W., *La monarquía absoluta en Europa* (Chile, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1979). 19-20.

La soberanía la ejerce un Monarca²³ -o príncipe-, y es a través de la ley quien puede obtener justicia para sus súbditos, porque se reconoce *imparcial*.²⁴ El papel de la ley en este proyecto político tiene una gran importancia porque se yergue con una majestad que no se puede eludir, porque norma la convivencia de los gobernados y su percepción es completamente helada, y se sabe así misma valiosa.

El poder soberano es ejercido por, *quien emite los Actos Políticos*, en ese sentido, tiene *derecho de declarar la guerra y concluir la paz, de designar a los Magistrados*²⁵.

1.3.2. Estado liberal

El Estado Liberal, cuyo desarrollo se inicia con la Revolución Inglesa de 1658, la Independencia de los Estados Unidos de América 1776 y la Revolución Francesa de 1789, surge como una conquista de los derechos individuales, como resultado de la lucha por la libertad.

El significado de libertad política y económica produjo en la estructura básica de la forma de organización política moderna, una alteración de funciones en el poder, que debía tener como finalidad esencial la protección de los derechos individuales y estar dividido en poderes separados, iguales e independientes. Reduciendo el ámbito de competencia a las funciones de justicia, policía, defensa del territorio y seguridad, no debía intervenir en las

²³Aristóteles, *Política* (San Salvador: Editorial Jurídica Salvadoreña, 2010), 91. “Este poder [el monárquico] es semejante al del padre de familia. El padre es como un rey que gobierna un pequeño imperio; el monarca de que hablamos es al Estado lo que a la familia es el padre”.

²⁴Jheison Torres Ávila, *Los paradigmas del control de poder y el principio de división de poderes*, *Justicia Juris*, Vol. 10, N°1 (enero-junio 2014): 91.

²⁵Krebs, *Monarquía absoluta*. 21.

actividades individuales y menos en las de orden económico; el liberalismo es una concepción de Estado individualista.

En el año de 1789 inicio el proceso revolucionario francés²⁶, si bien es cierto se hace referencia a un suceso histórico que se enmarcó dentro del contexto de un país en particular, históricamente ha sido referido como el momento donde iniciaextinguida la antes predominante forma de Estado Absolutista²⁷.

En ese sentido y en contraposición al surgimiento de una nueva forma de Estado: el Estado Liberal²⁸, la cual sería implementada progresivamente no solo en Francia, sino también en el resto de países del mundo²⁹; y cuyas premisas más importantes pueden encontrarse presentes inclusive al día de hoy, manifiestas en las formas modernas de Estado, como lo es el Estado Constitucional de Derecho³⁰.

Ahora bien, el Estado Liberal como tal, surgió en respuesta a los intereses económicos de los burgueses, quienes necesitaban de alguna manera limitar el poder del soberano a fin de ejercer en forma libre su actividad económica.³¹ Dicha necesidad, sumada al ya intolerante abuso del poder político de parte del Monarca en perjuicio de la población, permitió

²⁶Joaquín Varela Suanzes, "Constitución y Ley en los orígenes del Estado", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 15, Núm. 45 España, (1995). 351.

²⁷Maribel Alejandrina Valenzuela Guzmán, "La Revolución Francesa", (Tesis para obtener el grado de Master en Docencia Universitaria con Especialidad en Evaluación Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2008).7.

²⁸Elías Díaz García, "Teoría general del Estado de Derecho", *Revista de estudios políticos*, Nº 131 España, (1963). 23.

²⁹Valenzuela Guzmán, La Revolución Francesa, 46-49.

³⁰ Ramón Peralta Martínez, "Soberanía nacional y estado constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, Nº 105 España, (1999). 312.

³¹ Torres, *Los paradigmas del control del poder*.97.

sentar la principal de las premisas que caracterizan al Estado Liberal: El ejercicio del poder político se encuentra legitimado por la soberanía popular.

Dicha premisa, a grandes rasgos, redefine el concepto de soberanía que surgió en la Edad Media, puesto que, en el Estado Liberal la soberanía ya no reside en el Monarca, sino en cambio es el pueblo quien ostenta dicha soberanía, y por tanto es la misma población quien legitima el ejercicio de poder político por parte del Estado; tal y como lo expone Rousseau en su ya tan conocida obra: “El contrato social”.

El contrato social como tal, es una actualización de las obras de autores, quienes desarrollaron el concepto de soberanía que imperaba durante la Edad Media, bajo las formas de Estado Absolutista³².

De tal manera, el autor explica en su obra que las decisiones de los gobernantes no son más que expresiones de la voluntad general de la población, la cual se instituye en su carácter de ente colectivo como el verdadero soberano, y cuyo fin no es nada más que el del bien común, el cual a su vez resulta ser incompatible ante cualquier manifestación de un interés particular, haciendo esto último referencia a que los gobernantes al ser escogidos por la población para representarlos, deben desligarse de cualquier tipo de interés particular, y actuar conforme la voluntad general de la población.³³

Dicha voluntad general, contrario a lo que pudiera suponerse, lejos de ser un concepto abstracto que se limita a ser parte de una filosofía ideal que

³²Pablo Marchall Barberán, “La soberanía popular como fundamento del orden Estatal y como principio constitucional”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Valparaíso XXXV* Valparaíso, (2010). 248-250.

³³ Barberán, *La soberanía popular*, 254.

no puede llevarse a la práctica, encontró a través de la forma de Gobierno de la Democracia el mecanismo ideal a través del cual podría de forma concreta hacer manifiesta la voluntad general del pueblo, considerándose por tal motivo como el medio en virtud del cual pueden realizarse los principios liberales.

De tal forma, la Democracia para el Estado Liberal significó una válvula de escape,³⁴ en virtud de la cual el ciudadano, ejerciendo un derecho humano (derecho político), renueva a su Gobierno sin el derramamiento de sangre al cual tuvo que acudir anteriormente durante la época de los Estados Absolutistas, lo anterior en virtud de recurrir a un método más eficaz: el voto.³⁵ Ahora bien, de nada serviría el cambio de noción que experimentó el concepto de soberanía y de su efectivo ejercicio a través de la Democracia, si esta no se traducía de alguna manera en mecanismos eficaces para detener la arbitrariedad de los gobernantes.

En tal sentido, dichos mecanismos de control que surgieron con la aparición del Estado Liberal, pueden resumirse en tres supuestos³⁶: 1) *El Principio de Separación de Poderes*, 2) *El establecimiento de derechos fundamentales*, y 3) *en general, la fórmula de crear mediante el Derecho un sistema de control del Poder del Estado*.

En relación a la división de poderes, probablemente sea este el más característico de los principios establecidos con la aparición del Estado Liberal, pues aún al día de hoy prevalece como uno de los caracteres que

³⁴ *Ibíd.* 267.

³⁵ Jaime Espejel Mena y Misael Flores Vega, *Liberalismo, derechos humanos y desarrollo en un orden político democrático*, Vol. 17, núm. 41 (México, UNAM, 2014). 165-166.

³⁶ Barberán, *La soberanía popular*. 251.

definen a cualquier Estado de Derecho³⁷; y se funda sobre la necesidad de evitar que el poder público se concentre de manera tal que pueda someter y subordinar al pueblo a sus dictámenes, lo cual se logra haciendo que cada uno de los Órganos actúen como contrapesos entre ellos mismos³⁸.

Los Órganos son tres: el Ejecutivo, al cual por antonomasia corresponde la tarea de ejercer la Administración Pública; el Órgano Legislativo, a quien corresponde la atribución de legislar y reformar el ordenamiento jurídico de un país; y el Órgano Judicial, a quien corresponde el poder deber de juzgar y hacer cumplir lo juzgado, conforme la legislación vigente.

En cuanto al establecimiento de los Derechos Fundamentales, conviene destacar que el génesis de los mismos se debió al menoscabo en la dignidad humana que el ejercicio desmedido del poder político por parte de los Monarcas provocó en perjuicio de las personas, cuando se encontraban aún vigentes las formas de Estado absolutista³⁹, el cual provocó el descontento de la sociedad, que a su vez se derivó en una lucha por mantener íntegra la condición humana de todas las personas, lucha que obtuvo su más significativo resultado el 26 de agosto del año de 1789⁴⁰ cuando la Asamblea Nacional Constituyente de Francia aprobó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Los derechos fundamentales resultan ser importantes en el esquema de un Estado Liberal porque configuran el objeto de control de la legalidad de los actos emanados por los Órganos de Gobierno.

³⁷Ramón, *Soberanía nacional y Estado Constitucional*. 312.

³⁸Torres, *Los paradigmas del control del poder*.99.

³⁹Espejel, *Liberalismo y derechos humanos*. 159.

⁴⁰Ibíd. 162-163.

Por último, en cuanto a la Ley como mecanismo por antonomasia para definir la forma en que sería ejercido el control del poder del Estado, cabe mencionar que el Estado Liberal tuvo en la Ley una de sus bases fundamentales, al punto incluso de que autores como Juan Carlos Lancheros-Gómez⁴¹ consideran que hablar de un Estado Liberal, es igual a hablar de un “Estado Legislativo”, en el que Derecho y Ley eran lo mismo, esto porque la percepción generada en la población.⁴²

Bajo esta concepción se pretendía, legítimamente, que la igualdad en la aplicación de la ley, sumada al libre ejercicio de la autonomía privada, permitieran mejorar las condiciones materiales de vida, fundamentalmente porque se entendía que los valores básicos a los que debía servir el Estado Liberal a través de su orden jurídico eran los derechos individuales, y más específicamente, la libertad individual, la igualdad, la propiedad privada, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad Estatal.

1.3.3. Estado democrático

En esta clase de Estado surge un cambio bastante singular, ya que el fundamento doctrinario del Estado Democrático busca un equilibrio entre la libertad, el poder económico y los derechos individuales y sociales; entendiendo por Democracia toda forma de Gobierno en que la propia sociedad gobierna, orienta y dirige el poder del Estado.

Es a partir de este Estado que se puede establecer la importancia de un control jurisdiccional sobre diferentes actos emanados por las Instituciones

⁴¹ Juan Carlos Lancheros-Gómez, “Del Estado Liberal al Estado Constitucional. Implicaciones en la comprensión de la dignidad humana, *Revista Díkaon*”, actualidad jurídica, N° 18 Colombia, Universidad de la Sabana, (2009). 250.

⁴² Torres, *Los paradigmas del control del poder*. 92.

de la Administración Pública, que amerita hacerle un estudio y análisis jurídico si están conforme o apegadas a derecho, por eso este Estado marca la pauta para controlar ciertos órganos que tienen un poder político y que con base en ello emiten ciertos Actos Políticos que quedan al margen de un control judicial.

1.4. Antecedentes modernos de los actos políticos o de gobierno

1.4.1. Francia

El origen del Acto Político o de Gobierno obedece a la *actitud autodefensiva* asumida por el *Concejo del Estado de Francia*, que pasó de ser un Órgano de consulta a ejercer una verdadera *función jurisdiccional*, mediante una ley emitida el 24 de mayo de 1872, donde se establecía que aquél “*estatuía soberanamente sobre los recursos en materia contencioso administrativa*”, es decir, tenía facultad para conocer contiendas jurisdiccionales, luego se emitieron más leyes destinadas a reformar el sistema de lo Contencioso Administrativo, lo que significó su desarrollo.⁴³

1.4.2. Estados Unidos de América

En un primer momento el Poder Judicial de los Estados Unidos de América carecía de competencia para conocer del Acto Político o de Gobierno, de manera que exclusivamente lo dilucidaban los poderes Legislativo y Ejecutivo.

El juez John Marshall, en el emblemático caso *Marbury vs Madison*, distinguió dos categorías de Actos Gubernamentales, los que implican

⁴³ Manuel María Diez, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I (Buenos Aires, Plus Ultra, 1977). 299.

cuestiones políticas –Actos Políticos o de Gobierno- y los dirigidos *contra derechos de particulares*, así cuando el funcionario *ejerce poderes puramente políticos* es responsable solo en su carácter político, o bien, derechos de la Nación; en cambio cuando su acción tiene un efecto directo sobre los derechos privados. Pero *solamente eran judicializados los segundos*.

La Corte Suprema de Justicia Federal de Norteamérica, ha sido muy enfática en *reconocer los Actos Políticos o de Gobierno* y ha sostenido que le basta saber que los otros órganos *han actuado en función política*, para que el acto sea obligatorio, sin más, para las personas y para el gobierno mismo. Pero ha optado en estudiar cada caso en particular para identificarlo.⁴⁴

1.5. Teorías que explican la existencia del acto político o de gobierno

Existen varias teorías que explican la existencia del Acto Político o de Gobierno, y son las siguientes⁴⁵:

a) *Teoría del móvil político*: Si el acto era inspirado o impulsado por un *móvil político* era un Acto Político de o Gobierno, para su determinación operaba una gran arbitrariedad, lo que lo convertía en imposible de control; esa discrecionalidad exorbitante hizo que esta concepción se abandonara.

Para el autor, la teoría del móvil político, que ha sido elaborada por la doctrina francesa, califica de político un acto cuando su emanación sea referible a un *móvil de orden político*, en este sentido dicha caracterización *dimana de la voluntad misma del órgano emanante*, es decir, el Gobierno, y además lo sustrae del control del juez administrativo.⁴⁶

⁴⁴ Penagos, *Actos políticos en la posmodernidad*.13.

⁴⁵ Díez, *Manual de Derecho Administrativo*. 299.

⁴⁶ José Luis Carro y Fernández Valmayor, *La doctrina del acto político* (Italia: especial referencia al Derecho Italiano), 86

Como fácilmente se puede constatar, esta teoría presenta el peligro de graves abusos por parte del Ejecutivo, sobre todo en *regímenes autoritarios*, ya que la misión del juez se reduce en este caso a comprobar el motivo político alegado por el Gobierno y en consecuencia a declararse incompetente.

b) *Teoría de la naturaleza del acto o de la causa objetiva*: Se basa en que el Acto Político o de Gobierno tiene una particular naturaleza, por tanto, lo hace objetivamente distinto del acto administrativo, cuya discrepancia está en diferenciar la actividad política y actividad administrativa.

De igual manera, afirma que los Actos Políticos son, en razón de su propia naturaleza, objetivamente distintos de los actos administrativos, e intenta establecer una clara distinción entre actividad política y actividad administrativa.⁴⁷ Ese intento condujo a la distinción entre Gobierno y Administración, distinción que, no obstante, es a su vez política, pues debe empalmarse con una diferenciación entre *función Gubernamental* y *función Administrativa*, considerando entonces a *la primera como de mayor importancia política* que la segunda.⁴⁸

c) *Teoría que define los Actos Políticos como de ejecución directa e inmediata de una disposición formal de la Constitución*: Se critica porque muchas Constituciones contienen normas relativas a materias Administrativas, y *no siempre regulan aquéllas que se consideran políticas*.

d) *Teoría de la causa*: La *causa en el objeto* se considera el elemento característico y diferencial del Acto Político o de Gobierno, lo que se entiende

⁴⁷ Ibid. 88

⁴⁸ Agustín A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo, parte general, t.II*, (Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1975).420.

como una declaración unilateral de la voluntad del órgano ejecutivo para dictar de forma unitaria decisiones para interés del Estado.

Es importante señalar que estas teorías, sirvieron para conocer cómo surgió el concepto de Acto Político o de Gobierno, pero no han sido suficientemente desarrolladas, *debido a que se encuentran detalladas en limitadas fuentes*, principalmente por el doctrinario Argentino Manuel María Diez.

A manera de conclusión, el interés de este capítulo era trazar cómo se ha formado el concepto de Acto Político o de Gobierno, y era imprescindible comenzar por remontarse a las civilizaciones humanas más antiguas, que a pesar que no conocían de este término, sí, como sociedades políticas, poseían formas, instituciones, muy específicas de organizarse.

Así, en la Edad Antigua, la más larga en la que se divide la historia, se podía notar una absoluta falta de control de los Actos Políticos o de Gobierno primero y claramente, debido a que este concepto no existía tal como ha sido formulado mucho tiempo después. Es hasta la modernidad donde nace propiamente el concepto de Acto Político o de Gobierno, en la Francia surgida de la revolución, y fue creado como medio para que el Órgano encargado de enjuiciar la Administración, se abstuviera de conocer de conflictos que tuvieran contenidos estrictamente políticos.

Para lo que es necesario precisar su diferencia con la actividad Administrativa del Gobierno. Para delimitar cuáles eran los Actos Políticos o de Gobierno se crearon varias teorías, que fueron abandonadas porque más que resolver el problema traían consecuencias graves como la arbitrariedad, así como para decir qué era político y qué no. Puede verse que este concepto

ha tenido una larga y complicada gestación, donde es importante analizar los antecedentes históricos desde los más lejanos a los cercanos, para así comprender por qué se ha creado y para qué sirve en los tiempos actuales donde el Estado ha sufrido muchas mutaciones.

CAPÍTULO II

TEORÍA DEL ACTO POLÍTICO O DE GOBIERNO: CONCEPTO NECESARIO

El presente capítulo, tiene como propósito ilustrar al lector del concepto de acto político, siendo el tema central de la investigación; dicho capítulo desarrolla las diferentes posturas de doctrinarios del concepto de acto políticos, definiciones doctrinales, sus características, tentativa de clasificación, la diferencia entre función de gobierno y administrativa, siendo sub temas de interés para la presente investigación.

2.1. Acepciones y definiciones del concepto acto político o de gobierno

El Acto Político o de Gobierno ha transitado por una *incesante formulación conceptual* en el seno del Derecho Administrativo, es decir que es importante, se *intensifica por sus características*, donde directamente se problematiza cómo el Estado ejerce su poder.

Lo anterior puede verse en sus diferentes denominaciones: “acto de gobierno” como viene del francés; “acto de Estado” en la usanza inglesa; “*cuestiones políticas*” o “*actos no justiciables*” en el estilo de la jurisprudencia norteamericana y argentina; “*actos de autoridad*” o “*actos soberanos*,” como también se los llama en Alemania, además de “actos de gobierno;” “*actos institucionales*” y “*actos complementarios*,” como en el actual sistema brasileño.⁴⁹

⁴⁹ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas* (Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013). 416 - 417.

2.1.1. Conceptos preliminares

Para concretar el concepto de Acto Político o de Gobierno es preciso referirse a otros que lo delimitan.

Así, primeramente, el concepto de acto, que viene del latín *actus*, “*refiere acción en dos sentidos, uno como ejercicio de la posibilidad de hacer y otro como resultado del mismo.*”⁵⁰ Y este concepto adquiere importancia en el ámbito del Derecho, en la noción de *acto jurídico*⁵¹, que es la manifestación de voluntad que genera consecuencias en apego a aquél; o bien cuando no se respeta, lo que provoca un acto ilícito.

Los actos jurídicos tienen una *amplia clasificación*, y en el caso del Derecho Administrativo⁵², se pueden dividir en actuaciones externas e internas, a su vez éstas en generales-abstractos y concretos, y dentro de estos se encuentran los que son *bilaterales* -como los convenios administrativos y *unilaterales* principalmente los *actos administrativos*, que son el *género de los Actos Políticos o de Gobierno*⁵³.

Por otra parte, se encuentra el concepto “político”. El concepto de *lo político* es complejo. Afirma Sartori que la *política* “*es la política, pero ésta sufre una crisis de identidad, porque a pesar que el término aparece continuamente –siempre está en las conversaciones de todos- ya no se piensa la cosa.*”⁵⁴

⁵⁰ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua <http://dle.rae.es/?id=0cnCBhK>.

⁵¹ Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, Capítulo I punto 2.

⁵² Harmut Maurer, *Derecho Administrativo alemán* (México: UNAM, 2012). 184.

⁵³ En el apartado dos de este capítulo se explica la diferencia.

⁵⁴ Giovanni Sartori, *La política. Métodos en las Ciencias Sociales* (México, Fondo de Cultura Económica, 1984). 216-217.

Entonces, para mayor comprensión se va a definir política, como “*la ciencia del Gobierno de los Estados*”, o, también, “*el arte de Gobernar un Estado y de dirigir sus relaciones con los otros Estados.*” Además, en el *Diccionario* de la Academia francesa se relaciona “*Politique*: conocimiento de todo lo que se relaciona con el arte de gobernar un Estado y de dirigir sus relaciones exteriores.

Se dice también de los asuntos públicos, acontecimientos políticos, hablar de política, política interior. *Politique*: concerniente a los asuntos públicos, al Gobierno de un Estado, a las relaciones mutuas de diversos estados.”⁵⁵

De acuerdo con lo anterior, es difícil conocer los “comportamientos políticos” porque: “*En política* no se da un comportamiento que tenga características de uniformidad asimilables a los comportamientos morales y económicos”, por lo que aquéllos sólo indican un *ámbito* o *contexto*. Dicha crisis de identidad de la política, para Sartori, es *crisis de ubicación*, y pone de ejemplo que los políticos “saben bien dónde está y cuáles son sus dominios”⁵⁶.

La política es además un término *polisémico*⁵⁷, que en el inglés es posible distinguir:

a) *Politics*: Proceso político o articulación política.

b) *Policy*: Políticas públicas.

⁵⁵Penagos “*Los actos políticos en la posmodernidad*”, 154.

⁵⁶Ibid.221-222.

⁵⁷Fernando Harto de Vera, *Ciencia Política y Teoría Políticas: Una relación problemática*, 3 edición (Madrid, Trotta, 2005). 58.

c) *Polity*: Institucionalidad política.

Y a esto se suma la veleidad del objeto de estudio de la política, que ha pasado por el *Estado*, el *poder* y más recientemente el *sistema político* - junto a un retorno al estudio del Estado, pero no a nivel legal-formal, sino *comprendiendo su relación con las estructuras sociales*.⁵⁸

El sistema político se define según Gabriel Almond como “*un conjunto de interacciones sociales orientadas hacia la formulación y ejecución de los objetivos colectivos de una sociedad o dentro de ella, y éste ofrece una serie de ventajas como proporcionar autonomía a la ciencia política e importancia de las interacciones de los diversos sistemas*.”⁵⁹

En cuanto al concepto de Gobierno, éste hace referencia “*la organización que representa al Estado para el cumplimiento de sus objetivos y metas*.” Comprender el concepto de Gobierno implica conjugar factores conceptuales tendientes a argumentar cuestiones tan importantes como su integración, funcionamiento, su papel en la resolución de conflictos y en la toma de decisiones, y la evaluación social y política de su desempeño, entre otros aspectos.⁶⁰

En el sentido de condición de dominio organizado, el Gobierno es la expresión de la autoridad del Estado. Entre sus funciones formales se encuentran la redacción, aprobación y ejecución de las leyes, así como la interpretación y aplicación del Derecho. Estas funciones corresponden en líneas generales con las funciones legislativas, administrativas y jurídicas.⁶¹

⁵⁸ *Ibíd.* 71-72.

⁵⁹ *Ibíd.* 71.

⁶⁰ José Castelazo, *Administración Pública: Una visión de Estado* 2º edición (México, 2007). 26.

⁶¹ Vernon Bogdanor, *Enciclopedia de las Instituciones Políticas* (Madrid, Alianza, 1991). 337–341.

En El Salvador si se trata de Gobierno, se entiende que se refiere a los poderes o en este caso a los Órganos del Gobierno, no como en Europa que se toma solamente el poder Ejecutivo, este tipo de actos de poder están dotados de mucha autoridad y toman decisiones como representantes del pueblo que los eligió en una Democracia representativa, además estos actos son realizados en base a un programa de Gobierno con orientación política, pero dentro de la legalidad, tantos los realizados por el Órgano Ejecutivo y/o Legislativo.

2.1.2. Estudio de definiciones doctrinales del concepto de los actos políticos o de gobierno

Como en la acepciones, asimismo, puede hablarse de una evolución en su definición, por lo que resulta de vital importancia realizar un examen de diversas posiciones –diversos teóricos del Derecho Administrativo- a lo largo del tiempo, esto con el fin de identificar por una parte aquellos elementos de dicho constructo que, por formar parte de su esencia, se han encontrado invariables en el tiempo; y por otra parte, aquellos elementos que, producto del trabajo de los juristas, se han visto modificados superficial o sustancialmente para adaptarse a cada uno de sus contextos históricos.

El autor, refiere que “los Actos Políticos son realizados por el Poder Ejecutivo, como Poder Administrativo y representante del Estado, que aplica la ley en casos concretos, cuya esencia es la de ser actos de alta dirección y de impulso necesario para asegurar la existencia y mantenimiento del Estado y orientar su desarrollo de acuerdo con cierto programa que tienda a la consecución de una finalidad determinada ya sea en el orden político, económico o social”.⁶²

⁶²Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, (México D.F., Editorial Porrúa, 2000). 64 - 65.

También se logra define a los Actos Políticos o de Gobierno como “aquellos actos del Poder Ejecutivo dictados en ejecución directa de la Constitución y, por tanto, sometidas directamente a ella y con el mismo rango jurídico que la ley”⁶³; continua expresando que “estos Actos de Gobierno en la formación escalonada del orden jurídico, también se colocan en el mismo nivel que las leyes formales y solo están sujetos a lo establecidos en la Constitución, la cual determina su ámbito de legalidad”⁶⁴.

Otros autores establecen que los Actos de Gobierno “designan a ciertas actividades -y solamente a ellas- del Poder Ejecutivo, con referencia a un cierto tipo o conjuntos de actos realizados por el Poder Ejecutivo”.⁶⁵“El Acto Político o de Gobierno contemplado por el Derecho Administrativo y el Acto Administrativo como expresiones de voluntad proveniente del mismo Poder Ejecutivo, esa identidad orgánica en lo que respecta al origen del acto”.⁶⁶

Asimismo concibe que “los Actos Políticos o de Gobierno con el acto administrativo tiene en común y por lo tanto posee similares características ya que son emitidos ambos por el [Órgano Ejecutivo]; es decir que todo acto que emita el Poder Ejecutivo, concerniente al funcionamiento de la Administración y del Estado como lo son los Actos Políticos o de Gobierno son decisiones que emite el Poder Ejecutivo como el principal líder de la

⁶³ Allan Randolph Brewer-Carías, *Estado de Derecho y Control Judicial, Justicia Constitucional, Contencioso Administrativo y Derecho de Amparo*, (Caracas, Editorial Arte, 2000). 12.

⁶⁴ Allan Randolph Brewer-Carías, “El control de constitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y el principio de la formación del derecho en grados en Venezuela”, *Udabol*, Universidad de Aquino Bolivia, No. 1, (2012). 22.

⁶⁵ Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*.416.

⁶⁶ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo II* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975). 290.

Administración Pública, realizando decisiones con interés social y que trae consigo decisiones de trascendencia para el funcionamiento del Estado”.⁶⁷

Se puede concibe que el *“Acto Político o de Gobierno es una modalidad del acto administrativo, por cuanto presenta ciertas características que le dan fisionomía, las cuales derivan del ejercicio de facultades especiales que la Constitución otorga al titular del Poder Ejecutivo.”*⁶⁸

También se define al Acto Político o de Gobierno como aquella *“actividad de los Órganos del Estado Supremo, que en la esfera de sus competencias traduce el dictado de actos relativos a la organización de los poderes constituidos, a las situaciones de subsistencia ordenada, segura y pacífica de la comunidad, y al derecho de gentes concretado en Tratados Internacionales de límites, neutralidad y paz”*.⁶⁹

Por otra parte, ciertos estudiosos del derecho concibe al Acto Político o de Gobierno como *“las actuaciones del poder político que se enmarcan en una esfera estrictamente política y como tal meta jurídica, esto es que disfrutan de un contenido ajeno a la ciencia jurídica, y que constituyen la manifestación de poder que va incluso más allá de la discrecionalidad administrativa por tratarse de una discrecionalidad de naturaleza política, y por ende con un control judicial exclusivamente parcial”*.⁷⁰

Y se considera que *“los Actos Políticos, fueron en último término señalados por el Consejo de Estado Francés para excluirlo de total control,*

⁶⁷Ibíd. 292.

⁶⁸ Roberto Ríos Elizondo, *El acto de gobierno*, (México D.F., Porrúa 1975). 422.

⁶⁹ Juan Francisco Linares Quintana, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, (Buenos Aires, Astrea, 1975). 66.

⁷⁰ Eduardo Gamero Casado, “Monografía de Derecho Administrativo”, San Salvador, Unidad Técnica del Sector Justicia, (2001): 37-38.

sin otro fundamento más que el que puede otorgar la cual la considera como la Arbitrariedad, la doctrina contemporánea de Derecho Administrativo de acuerdo con este autor acepta que los Actos Políticos no son más que actos administrativos, e incluso legislativos, de contenido político".⁷¹ Ahora bien, puede apreciarse a través de todas las anteriores definiciones que la concepción de Acto Político o de Gobierno presenta elementos uniformes y distintivos, que en conjunto presentan una idea general y muy imprecisa del concepto.

Como se dijo en un primer momento, es significativo señalar los elementos del concepto que se mantienen arraigados pese al paso y evoluciones en el tiempo en contravención de aquellos que se han visto modificados o adheridos conforme a los avances y estudios actualizados.

Entre los elementos invariables del concepto de los Actos Políticos o de Gobierno, se puede observar que son actos que emanan de los altos mandos del Gobierno, se menciona en la mayoría de definiciones respecto del Órgano Ejecutivo, sin embargo, esto no es taxativo porque no es exclusivamente el Órgano Ejecutivo quien los emite, sino que al presente se hace la inclusión al Órgano Legislativo, por lo que el sujeto emisor no solo se conserva, sino que se amplía.

Asimismo, otro de los rasgos característicos de los Actos Políticos o de Gobierno a lo largo de la historia ha sido su trascendencia en relación al objeto de las mismas, en el sentido que la importancia respecto de las cuales los Actos Políticos o de Gobierno su manifestación es tal que superan en todo sentido a la de un acto meramente administrativo, pues suponen la toma de

⁷¹Pablo Pérez Tremps, *Los Derechos fundamentales* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2004). 207-209.

decisiones que engloban circunstancias que pueden definir o afectar de gran manera la institucionalidad jurídica y política de la Nación.

Ahora bien, existen elementos dentro del concepto de Acto Político o de Gobierno que inevitablemente se han visto modificados de su acepción original, entre estos se puede señalar su *ajusticiabilidad*, pues cabe destacar que cuando surgió la figura de los Actos Políticos o de Gobierno en el contexto del Estado Francés, se sostenía la postura de que los Actos Políticos o de Gobierno, en virtud de su esencia, no podían ser controlados bajo ninguna vía jurisdiccional.

Sin embargo, conforme a los avances del estudio de esta trama por parte de los juristas de diferentes épocas, se han abierto teorías que dictaminan que no pueden ni deben existir actos que estén exentos de ningún control, por lo que se sugiere que, en particular los Actos Políticos o de Gobierno si son susceptibles de vigilancia jurisdiccional, al menos, en sus elementos reglados.

Cabe mencionar que estos señalamientos se establecen de forma efímera, ya que el eje de este apartado consiste en el análisis y exposición de las definiciones que envuelven el concepto de Acto Político o de Gobierno. Siendo entonces, que el elemento no ajusticiable dentro de las definiciones que antiguamente formaban parte del concepto del Acto Político o de Gobierno, si ha sufrido palpables modificaciones a lo largo del tiempo.

Por otra parte, otro aspecto que no ha sido claramente determinado en las definiciones que ahondan sobre los Actos Políticos o de Gobierno, está referido a su vinculación o no respecto de los actos administrativos.

En relación a este punto existen vacilaciones en la identificación de los Actos Políticos o de Gobierno en el régimen jurídico, puesto que por una parte afirman que son una especie de acto administrativo, mientras que por otra parte se inclina a que son una categoría única y especial dentro de la clasificación de actos jurídicos.

Esto definitivamente señala imprecisión al momento de la elaboración de una definición uniforme de los Actos Políticos o de Gobierno, elemento que a menudo se ve variable en las definiciones elaboradas por los juristas.

2.1.3. Definiciones jurisprudenciales del concepto de acto político o de gobierno

A pesar de los esfuerzos de búsqueda de la definición de los Actos Políticos o de Gobierno, la jurisprudencia de nuestro país, no ha elaborado ninguna definición. Solamente la SC, de la CSJ, se ha pronunciado en una sentencia de inconstitucionalidad, sobre los Actos Políticos o de Gobierno de la siguiente manera:⁷²

“...Es en la Constitución donde se encuentra la primera gran estructura tripartita del poder, con las respectivas asignaciones de funciones. El Legislativo como el Ejecutivo, necesitan disponer de un margen de arbitrio para conducir al Estado; por lo que se debe concluir que el Órgano Judicial carece de competencia para avocarse al conocimiento de las cuestiones puramente políticas, cuya naturaleza es por completo ajena a la esencia de la función jurisdiccional.

⁷² Sala de lo Constitucional, Referencia 10-93, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 20 de Junio 1993).

Las cuestiones puramente políticas constituyen lo que se conoce como cuestiones no justiciables, pues éstas son ajenas, como principio, a la competencia del Órgano Judicial...”

Por su parte, la SCA de la Corte Suprema de Justicia, expresaba en algunas de las sentencias, porque la LJCA (1978) ahora derogada⁷³, la declaraba incompetente de conocer dichos actos, expresándose de la siguiente manera: “La LJCA(1978) excluye del control contencioso administrativo los Actos Políticos o de Gobierno (Art. 4 letra a) porque precisamente tales actos se pronuncian en ejercicio de atribuciones constitucionales, en las cuales es determinante el rasgo de discrecionalidad.”.

Los Actos Políticos o de Gobierno tienen su fuente en la alta dirección del Estado, por lo cual inciden directamente en las relaciones interorgánicas, así como en las relaciones con otros Estados y Organismos Internacionales”.⁷⁴

Visto lo anterior, es notable aceptar que las definiciones de los Actos Políticos elaboradas por los estudiosos del Derecho poseen similitudes y diferencias que no esclarecen la noción real y certera de lo que debe entenderse por Actos Políticos o de Gobierno, sin embargo, no es de extrañar ya que es una teoría que se encuentra en constante cambio y evolución, ante esto y bajo la recopilación de definiciones y análisis de las mismas.

⁷³ La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, (D.L. N° 760 de fecha 28 de agosto de dos mil diecisiete, publicado en el D.O. N° 209, tomo N° 417), de fecha nueve de noviembre de dos mil diecisiete, entró en vigencia el treinta y uno de enero de dos mil dieciocho.

⁷⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Inadmisibilidad, Referencia 195-2006, auto 328-2013, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 07 de agosto 2013).

De tal manera que se presenta una definición de Acto Político o de Gobierno que reúne los elementos anteriormente relacionados: los Actos Políticos o de Gobierno *son actos unilaterales emitidos por el Órgano Ejecutivo y Legislativo, que se encuentran contenidos en la Constitución, caracterizándose por ser altamente discrecionales, y tendientes a conservar el íntegro funcionamiento del Estado, siendo susceptibles de ser controlados judicialmente.*

Ahora bien, es necesario aclarar el porqué se afirma que los Órganos Ejecutivo y Legislativo emiten Actos Políticos o de Gobierno, y no así el Órgano Judicial, en ese sentido este último tiene única función juzgar y ejecutar los juzgados, es decir, dirimir conflictos de forma técnica e independiente y no tiene atribuciones de Dirección de Gobierno, no toma decisiones sobre cómo se debe conducir el Estado.

En ese mismo sentido “(...) es *propio* [es decir, que le es *inherente, de su autenticidad*] de los poderes políticos –Legislativo y Ejecutivo- realizar *Actos Políticos*, los cuales suponen una decisión política, que es adoptada a través de un proceso político, regulado por un criterio político de acuerdo con la prudencia política, conforme con la cual se discierne lo bueno y lo malo, (...)”, por tanto el Órgano Legislativo se circunscribe a “(...) realizar actos jurisdiccionales, a través de un proceso jurisdiccional en el que, con criterio jurídico, se busca y determina el derecho que resulta de la Constitución y las demás normas vigentes, para aplicarlo al caso juzgado, proceso que culmina con una decisión jurídica” ⁷⁵. (cursivas propias)

⁷⁵ Segundo Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, 2º edición, Tomo III, (Buenos Aires, Edit. Plus Ultra, 1978). 469.

A raíz de lo anterior, las figuras que podrían suscitar alguna controversia en cuanto a su posible cariz de Actos Políticos o de Gobierno, emitidas por el Órgano Judicial, son las que aparecen en la Cn. en el Art. 182 en los num. tercero, *causas de presas y extradición*, y el séptimo, *suspensión o pérdida de derechos de ciudadanía*.

La extradición *no puede* ser un Acto Político porque su función es la colaborar con la entrega de un sujeto que tiene la calidad de imputado o condenado por haber cometido un hecho ilícito, donde específicamente en el caso de su modalidad pasiva –cuando un Estado es requerido- deben cumplirse principios como el de legalidad, reciprocidad, doble incriminación, y no tiene qué ver con una modalidad de ejercer Gobierno⁷⁶.

Por parte, en el caso de El Salvador de la CSJ, su labor se limita a revisar la solicitud y verificar si cumple con los requisitos, y en esta decisión no puede verse como trascendental en cuanto al manejo del Estado.

De la misma manera, las figuras de la suspensión y la pérdida de los derechos de ciudadanía –que están señalados en los Art. 74 y 75 de la Cn.-, cuando las decreta la CSJ a un ciudadano, no pueden considerarse determinantes para el funcionamiento de Estado, y aunque puedan tomar un matiz político –como la pérdida de la ciudadanía por comprar o vender votos, o suscribir proclamas para la reelección de un Presidente-, es meramente formal y no trasciende, además no existe una discrecionalidad importante.

⁷⁶Víctor Prado Saldarriaga, “Sobre la extradición”, *Foro Jurídico. Revista de Derecho*, N° 6, (2006). 95. Podría definirse como el *procedimiento de cooperación judicial internacional en materia penal, donde participan al menos dos Estados, uno requirente y otro, requerido, donde el primero solicita al segundo, la entrega de una persona, el extraditible o extraditurus, que se encuentra sometida a un proceso o que ha sido condenada como autor o partícipe de un hecho punible*.

2.2. Naturaleza del acto político o de gobierno

2.2.1. El acto político o de gobierno como acto administrativo especial

Tal y como apunta el autor en su tratado de Derecho Administrativo⁷⁷; la naturaleza del acto administrativo es sencillamente la de ser un acto jurídico. Dicha afirmación, la cual de primera mano podría resultar obvia tomando en cuenta que el estudio que se lleva a cabo a través de la presente investigación es de índole jurídica.

Es que permite aclarar de una vez por todas que no toda manifestación de voluntad que emana de un sujeto que participa de forma activa en la política de una nación constituye lo que jurídicamente ha sido instituido como un “Acto Político”⁷⁸, sino en cambio, se trata de un instituto jurídico cuya estructura y efectos jurídicos se encuentran explícitamente determinados en la norma jurídica⁷⁹, y que a su vez se encuentra provisto de particularidades que permiten diferenciarlos de otros actos jurídicos, verbigracia por su alto margen de discrecionalidad⁸⁰, característica que resalta tomando en consideración que el Acto Político o de Gobierno se encuentra en relación género-especie respecto de los actos administrativos, de los cuales forma parte⁸¹.

⁷⁷ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*. 297.

⁷⁸ Esto sin perjuicio de que otras disciplinas o áreas del conocimiento ajenas a la del Derecho doten al concepto de “Acto Político” un significado distinto en función de su objeto de estudio.

⁷⁹ Específicamente, es la Constitución de la República la que dota de su estructura normativa a los Actos Políticos, sin perjuicio de que existan normas secundarias que desarrollen sus elementos normados.

⁸⁰ Francisco Zúñiga Urbina, *Control judicial de los actos políticos. Recurso de Protección ante las “Cuestiones Políticas”* (Chile, Universidad de Chile, 2008). 277.

⁸¹ Libardo Orlando Riascos Gómez, *Teoría General del Acto Administrativo: El Perfeccionamiento, la existencia, la validez y la eficacia del acto desde la perspectiva de la nulidad, la revocatoria y la suspensión de los efectos jurídicos*, (2008). 2.

Ahora bien, por obvia que resulte la anterior afirmación, es importante explicar las razones por las cuales la Ciencia del Derecho considera *que la naturaleza del Acto Político o de Gobierno es la de ser un Acto Jurídico*; y para ello hay que partir recordando que el objeto de estudio de las Ciencias Jurídicas se encuentra conformado por las conductas humanas en interferencia intersubjetiva⁸², o en otras palabras, por las manifestaciones de voluntad que provocan efectos o consecuencias jurídicas respecto de terceros.

Dicha premisa, se encuentra manifiesta en relación a los Actos Políticos o de Gobierno al considerar que éstos no son más que decisiones, o vale decir “manifestaciones de voluntad” que emanan del Órgano Ejecutivo o el Órgano Legislativo, los cuales se encuentran por supuesto representados por personas humanas a quienes, en virtud del procedimiento legal correspondiente a su nombramiento⁸³, les han sido conferidas en función de su cargo las atribuciones constitucionales de tomar dichas decisiones, las cuales a su vez producen efectos jurídicos de tan importante trascendencia, que muy comúnmente pueden llegar a afectar la situación jurídica de toda la población⁸⁴.

Ahora bien, de lo anterior se puede concluir que en relación a su naturaleza, la categoría elemental a la cual pertenecen los Actos Políticos o de Gobierno es a la de los Actos Jurídicos; sin embargo, tal y como lo apunta

⁸² Abelardo Torre, *Introducción al estudio del derecho*, 6º Ed. (Buenos Aires, Editorial Perrot, 1846). 24.

⁸³ De acuerdo al Art. 80 de nuestra Constitución de la República, el presidente y los Diputados de la Asamblea Legislativa son funcionarios de elección popular; y deben cumplir con los supuestos establecidos en los artículos 151 y 152 para el caso del presidente de la República; y los artículos 126 y 127 para el caso de los Diputados.

⁸⁴ Cabe mencionar que también existen en nuestra Constitución Actos Políticos que por sus efectos jurídicos en esencia afectan únicamente la esfera jurídica de personas particulares, como sucede respecto el caso del indulto.

el autor⁸⁵, la naturaleza de un instituto jurídico también puede determinarse especificando el género o categoría jurídica más próxima a la cual pertenecen, y para el caso de los Actos Políticos o de Gobierno, este género próximo correspondería al de los actos administrativos⁸⁶.

Los Actos Políticos o de Gobierno y los actos administrativos son tan parecidos, que autores⁸⁷ consideran que la diferencia *conceptual entre los mismos, mucho menos que ser jurídica, termina siendo de carácter teleológico*⁸⁸, es decir, que se diferencian por su *finalidad*. La cual se dilucida por la función Administrativa y función de Gobierno (en el siguiente apartado se detallan).

Ya que los Actos Políticos o de Gobierno tienen por objeto finalidades relacionadas al funcionamiento del Estado, las cuales resultan ser muy superiores o trascendentes en relación a los actos administrativos llámense “comunes”, motivo por el cual se considera que la diferencia entre los actos administrativos y los Actos Políticos o de Gobierno viene a ser una distinción de “grado”⁸⁹, y que por tanto estos últimos forman parte de una categoría especial de los primeros.

No obstante lo anterior, existen particularidades que podrían justificar el hecho de que históricamente haya existido una diferenciación entre los actos administrativos *per se* y Actos Políticos o de Gobierno⁹⁰; de entre las

⁸⁵ José Lois Estévez, “Sobre el concepto de” “Naturaleza Jurídica”, Anuario de Filosofía del Derecho, N.º 4(1956). 166-167.

⁸⁶ Riascos, *Teoría General del Acto Administrativo*. 2.

⁸⁷ Marienhoff, *Tratado de Derecho*.291.

⁸⁸ No debe confundirse dicho criterio de la finalidad con la arbitraria y superada teoría del “móvil político”.

⁸⁹ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*.21.

⁹⁰ *Ibíd.* 290-293.

cuales conviene primeramente destacar que, por antonomasia, los Actos Políticos o de Gobierno solo pueden surgir por voluntad del Gobernante, es decir, por parte del Presidente de la República; o por parte del pleno Legislativo en el ejercicio de una función Administrativa⁹¹; esto a diferencia de los actos administrativos que pueden ser dictados por cualquier funcionario público en el ejercicio de atribuciones administrativas.

Asimismo, se destaca en relación a los Actos Políticos o de Gobierno su *alto grado de discrecionalidad*⁹², la cual si bien es cierto también forma parte de la estructura del Acto Administrativo común, resulta importante advertir que por su trascendencia se consideraba que los Actos Políticos o de Gobierno en esencia eran actos discrecionales, incluso desprovistos de elementos normados, lo cual conllevó a que muchos juristas consideraran que los Actos Políticos o de Gobierno se encontraban excluidos de control judicial⁹³.

Situación que si bien es cierto con el tiempo se superó⁹⁴, innegable resulta *admitir que el grado de discrecionalidad de los Actos Políticos o de Gobierno los caracterizan y permiten diferenciarlos del resto de actos administrativos*, cuya discrecionalidad es en gran medida limitada.

En conclusión, puede afirmarse que la naturaleza jurídica de los Actos Políticos o de Gobierno es la de ser un acto jurídico, y que de manera más

⁹¹ Salvador Edmundo Chica Helena, "Extinción de los Actos Administrativos", (Tesis Doctoral, Universidad de El Salvador, 1981). 81.

⁹² Alejandro Sáiz Arnaiz, "Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de administración pública*, N.º 124, (1994). 235-236.

⁹³ Miguel Ángel Sendín García, "El control judicial de los actos políticos en España y Nicaragua", *Revista de Derecho*, N.º 10, (2005). 229-230.

⁹⁴ María Villoslada Gutiérrez, *El control de la discrecionalidad* (España, Universidad de la Rioja, 2012-2013). 5.

específica o próxima, *la naturaleza jurídica de los Actos Políticos o de Gobierno es la de ser un Acto Administrativo*, categoría jurídica de la cual forma parte, pero con características especiales que permiten diferenciarlos del resto de actos administrativos, como lo son su alto grado de discrecionalidad y su exclusiva emisión por parte del Presidente de la República, y del Pleno Legislativo en el ejercicio de funciones administrativas.⁹⁵

2.2.2. De la función administrativa y función de gobierno

La actividad del Estado se desdobra, básicamente en dos funciones, que la doctrina largamente ha estudiado: una *de Gobierno o Gubernativa*, realizada por el Gobierno, y otra, *administrativa*, realizada por la Administración, cada una con un contenido que permite a aquél su marcha correcta. Interesa desentrañar su diferencia porque permite marcar la naturaleza de los Actos Políticos o de Gobierno.

Se puede caracterizar al Gobierno como *dinámico y activo*, mientras que a la Administración como *permanente, ceñido a la legalidad para garantizar las actividades Estatales, "actúa para el presente"*⁹⁶ esto es así porque el primero es *enteramente político*, tanto en la composición como en la actividad, y por tanto debe permitirse cambiar de dirección, mientras que la segunda, realiza *servicios objetivos encaminados al interés común*.⁹⁷ Puede verse que el Gobierno *manipula* a la Administración, en el sentido que el

⁹⁵ Véase pág. 33 de la Referencia 10-93 de la Sala de lo Constitucional, el criterio utilizado, porque el Órgano Judicial no emite Actos Políticos o de Gobierno,

⁹⁶ Antonia Garrido de Cardenal. Norma Paz de Henríquez, "La responsabilidad de la administración en la legislación venezolana y el Derecho comparado", <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc18/18-2.pdf>

⁹⁷ Juan Gustavo Corvalán, *Estado constitucional y división de poderes*, (Buenos Aires, Astrea, 2016). 136-137.

primero instrumentaliza a la segunda para obrar, porque le da las órdenes de qué debe de hacerse, o mejor visualizado: Gobierno es *la cabeza*, la *Administración, el brazo*⁹⁸.

“En la actualidad el Gobierno de un país no está circunscrito a una de las diversas ramas que conforman la organización del Estado, sino que su actividad se encuentra simultáneamente involucrada en todas sus ramas. Por ello resulta impropio asimilar el Órgano Ejecutivo a Gobierno y por la misma razón ‘Administración’ a Gobierno”.⁹⁹

Por su distinción *eminente política*, la función del Gobierno se encarga de *concebir políticas globales y sectoriales*, de *determinación de prioridades relativas* y de *asignación de medios materiales* y recursos financieros para su consecución, por tanto, esta función tiene mayor jerarquía¹⁰⁰. Mientras que la función Administrativa es estrictamente *fáctica*, porque se encarga de *materializar las medidas del bien común ordenadas en la Constitución*.¹⁰¹

Las características de la función Administrativa¹⁰² son:

a) Puede ser ejercida *no sólo por el Estado* sino por particulares a través de la concesión, delegación o autorización de la autoridad.

b) Consiste *no solo en actos individuales* o particulares, sino también generales, por ejemplo, los *reglamentos*.

⁹⁸ Díez, *Derecho Administrativo*. 113.

⁹⁹ Garrido, Norma Paz de Henríquez, “*La responsabilidad de la administración*”. 9

¹⁰⁰ Hugo Caldera Delgado, “Función de gobierno y función administrativa”, *Revista de Derecho Público*, N°49, (1991). 205-206.

¹⁰¹ *Ibíd.* 207.

¹⁰² Christian Guzmán Napurí, “Un acercamiento al concepto de función administrativo en el Estado de Derecho”, *Revista Derecho y Sociedad*, N°31, (2008). 288-289.

c) Su ámbito de expresión son *las tareas más habituales* que impliquen el interés general.

d) Se encuentra especialmente sometida al ordenamiento jurídico, comenzando por la Constitución. Se encarna en el *principio de legalidad*, que explicita cuales deben ser las decisiones que puede emitir la autoridad Estatal, y sus fines, fuera de ese círculo, aquéllas pueden degenerar en arbitrarias.

De esta manera puede verse que los Actos Políticos o de Gobierno tienen un *contenido político y que se refiere a la dirección del Estado*, sugieren líneas que, de no ser emitidas, no podría darse su actividad, es como el *contenido que llena el continente*, y de ahí mismo nace su discrecionalidad. Debe tomarse muy en cuenta para trazar la línea cuando es un acto administrativo simple o discrecional y cuando es un acto político o de gobierno.

2.3. Características del acto político o de gobierno

Siempre en construcción de la teoría de los Actos Políticos o de Gobierno, es preciso señalar las particularidades que permiten identificarlos del resto de los institutos jurídicos, que se exponen a continuación:

a) Son *actos de ejecución directa e inmediata de la norma constitucional*,¹⁰³ lo cual significa que solo existe bajo la condición y dentro de los límites de las facultades o atribuciones Constitucionales, es decir, que son determinados en forma explícita dentro de la Constitución, y no en normas secundarias.

¹⁰³Allan Randolph Brewer-Carías, "Introducción general al Derecho Administrativo Venezolano", *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, No.1, (2013). 41.

b) *Son dictados en el ejercicio de una actividad discrecional*¹⁰⁴ e *indelegable*, emanada de los Órganos Ejecutivo y/o Legislativo, sin límites jurídicos más que los dispuestos en la propia norma Constitucional que lo dispone; y que, en tal sentido, son discrecionales en tanto que la Constitución le otorga al Gobernante la libertad suficiente como para decidir valorando la conveniencia de la medida a tomarse.

c) *Deben ajustarse al bien común, la utilidad pública y el beneficio Nacional*¹⁰⁵, los Actos Políticos o de Gobierno son decisiones que realizan el poder Ejecutivo y el Legislativo, sus actos son de relevancia e interés social, como representantes de pueblo, debe de procurar el bien común en la sociedad, por lo tanto, cada decisión que realicen ambos Órganos debe de ir orientado al beneficio colectivo.

d) *Se vinculan a la propia organización y subsistencia del Estado* y se justifican por una finalidad política vital para la seguridad, defensa y orden del Estado. No se trata de asuntos atinentes a la simple marcha de la buena Administración¹⁰⁶

e) *Son unilaterales en su estructura* y de alcance o efecto general, por ejemplo, la elección y nombramiento del Fiscal General de la República o particular, por ejemplo: la amnistía a particulares.

A manera de conclusión, las características señaladas anteriormente hacen que los Actos Político o de Gobierno tengan sus particularidades,

¹⁰⁴Ibid. 67.

¹⁰⁵José Roberto Dromi, *Instituciones de Derecho Administrativo* 4 ° edición, (Buenos Aires, Astrea, 1983). 222.

¹⁰⁶Ricardo Mena Guerra, *Génesis del Derecho Administrativo en El Salvador*, 2° edición (San Salvador, 2005). 37.

primero que son emitidos por el Órgano Ejecutivo y Legislativo aplicando las atribuciones concedidas por la carta magna, además que las decisiones que tomen estos Órganos deben ser a beneficio de los intereses del ciudadano y no de un grupo de particulares, por lo que los actos políticos que posee características propias y se diferencia de los demás actos.

2.4. Estructura del acto político o de gobierno

Para desarrollar este punto, es necesario, primeramente, desarrollar la estructura del Acto Administrativo para luego formar la estructura del Acto Político o de Gobierno, logrando de esta manera entender y ver la diferencia entre ambos actos.

2.4.1. Estructura del acto administrativo

Como arriba se plasma, la estructura del Acto Administrativo como acto jurídico tiene su estructura fundada en la existencia de una serie de elementos, sin los cuales este no podría existir.¹⁰⁷

Los elementos del acto son: *sujeto, manifestación de la voluntad, objeto, forma, motivo y finalidad*. Desarrollado por diferentes tratadistas Administrativos.

a) *Sujeto*: se define como aquel que “Es el Órgano de la Administración Pública que, en ejercicio de la función Administrativa, externa de manera unilateral la voluntad Estatal produciendo consecuencias jurídicas subjetivas.”¹⁰⁸

¹⁰⁷ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*.277-279.

¹⁰⁸ Rafael I. Martínez, *Derecho Administrativo*, 2° ed (México, Editorial Harla, 1997). 220.

Este es en sí el Órgano Administrativo facultado, al que la ley le atribuye una función específica, es decir, la propia institución pública que al ser representadas por personas físicas, son éstas las que cumplen con la ejecución material del acto.

Y pueden ser de dos tipos de sujeto: activo y pasivo, entendiéndose por *activo* el Órgano competente del Estado que produce el acto mediante la emisión de la declaración unilateral de voluntad con efectos jurídicos subjetivos, mientras que el sujeto *pasivo* corresponde al particular a quien afecta el acto jurídicamente.

El sujeto administrativo es aquel Órgano de la Administración que lo realiza, y debe tener aptitud legal, ya que este debe tener capacidad especial para que estos sean realizados, además se sigue diciendo que, esta competencia requiere un texto expreso en la ley, para evitar de esta manera, la arbitrariedad, por la razón en la que esta puede afectar intereses particulares y debe estar limitado a las normas legales.¹⁰⁹

b) *Voluntad*: se expone que los actos administrativos, “son declaraciones con trascendencia tanto interna como externa dirigida a los ciudadanos y estas pueden ser de voluntad, deseo o juicio, destinadas a surtir efectos jurídicos”.¹¹⁰

La manifestación expresa o declaración de voluntad es la expresión de una decisión del Órgano Administrativo, pronunciada en cualquier sentido, que provoca consecuencias de derecho de tipo subjetivo.

¹⁰⁹ Fraga, *Derecho Administrativo*, 269-270.

¹¹⁰ Henry Mejía, *Manual de Derecho Administrativo*, (Editorial Cuscatleca San Salvador, 2014). 167-168.

Esta voluntad debe ser espontánea y libre, además, de comprendida dentro de las facultades del Órgano, sin vicios que puedan ser atribuibles al dolo, error, violencia o cualquier otra contraria a la ley; asimismo, la voluntad no puede ser tácita y debe declararse en forma expresa, a efecto de que el sujeto pasivo quede debidamente enterado y en condiciones de cumplir con las obligaciones que el acto le impone y de ejercer los derechos que le confiere.¹¹¹

c) *Objeto*: Es lo que persigue la Administración al emitir el acto; es decir, crear, reconocer, modificar o extinguir situaciones subjetivas de derecho, con miras a satisfacer el interés de la colectividad.¹¹²

Algunos autores expresan lo siguiente: “El objeto se identifica como la materia o contenido del acto el cual de acuerdo al derecho común deber ser cierto y jurídicamente posible, es decir, que la materia a la que se refiere el acto sea real y pueda ser objeto de la actuación de la Administración de acuerdo a la Ley.”¹¹³

Se establece que el objeto constituye un elemento fundamental, por lo tanto, debe ser determinado o determinable, posible y lícito, por lo tanto dicho acto no debe ser prohibido por la ley, sino que como ya se explicó en el elemento de la voluntad, debe estar autorizado por la ley, salvo cuando se le otorgue la facultad discrecional para elegir el objeto del acto, este autor menciona la licitud del objeto debe calificarse en tres categorías, que no contraríe ni perturbe el servicio público; que no infrinja la norma jurídica; que no sea incongruente con la función Administrativa.¹¹⁴

¹¹¹ Fraga, *Derecho Administrativo*, 270.

¹¹² Martínez, *Derecho Administrativo*, 220.

¹¹³ Adriana de los Santos Morales, *Derecho Administrativo*, 3° edición, (México, Editorial Red Tercer Milenio, 2012). 121

¹¹⁴ Fraga, *Derecho Administrativo*, 270.

Algunos autores consideran que el objeto puede ser directo inmediato e indirecto o mediato.

d) *Motivo*: Es el móvil que lleva a emitir el Acto Administrativo, las consideraciones de hecho y de derecho que tiene en cuenta el órgano emisor para tomar una decisión es el porqué del acto. Es el antecedente que provoca dicho acto, es decir la situación legal anunciada en la ley como supuesto necesario para esta actividad, siendo esta una garantía de seguridad personal y real.¹¹⁵

e) *Finalidad*: La doctrina señala que la finalidad debe ser de interés general o público y estar apegado a la ley, fijar dentro de la competencia del sujeto activo y tratar de alcanzarse mediante actos establecidos en la ley, evitándose con ello el desvío de poder. Dicho en otras palabras, tiene como finalidad última y fundamental, la satisfacción del interés público, tratándose de la finalidad específica del Acto Administrativo, es decir, de las particulares disimilitudes de ese interés público, en relación con el objeto o contenido del Acto Administrativo de que se trate.¹¹⁶

f) *Forma*: Es la exteriorización de la voluntad del sujeto activo.¹¹⁷ al respecto se comenta lo siguiente: “A diferencia de lo que ocurre en el Derecho Privado, la forma en el Derecho Administrativo tiene normalmente el carácter de una solemnidad necesaria no sólo para la prueba sino principalmente para la existencia del acto y es que en esta última rama del Derecho el elemento formal constituye una garantía automática de la regularidad de la actuación Administrativa”.¹¹⁸

¹¹⁵ Martínez, *Derecho Administrativo*. 221.

¹¹⁶ Fraga, *Derecho Administrativo*. 270.

¹¹⁷ Santos, *Derecho Administrativo*. 122.

¹¹⁸ Fraga, *Derecho Administrativo*. 271.

Ahora bien, la estructura del Acto Político o de Gobierno, debe señalarse que éste es fundamentalmente “unilateral”, según este criterio es lo esencial, ya que su formación, origen o nacimiento, depende únicamente de la voluntad del Órgano emisor, sin que tenga relevancia alguna la voluntad del administrado; peculiaridad cuya explicación se encuentra en la finalidad que se asigna a tales actos.

Aunque algunos Actos Políticos o de Gobierno se dicten a instancia o pedido del particular, como se puede ver en el caso de conmutación de pena, esa petición en nada hace variar el carácter unilateral del acto, por cuanto, inclusive puede ser dictado en sentido contrario al que contiene la petición; por ejemplo, cuando es denegada la solicitud de conmutación.¹¹⁹

Que el Art. 34 establece “Si el dictamen de la Corte suprema de Justicia, fueren desfavorables, el Órgano Ejecutivo no podrá conceder la gracia; y si fuere favorable, el Órgano Ejecutivo por medio del Ministro de Justicia, podrá denegar la conmutación, o concederla en los mismos o en diferentes términos de los señalados en el informe o concederla en los mismos o en diferentes términos de los señalados en el informe o dictamen, sin que se pueda rebajar más la pena del límite, cuando en dicho informe se determine”.

También, los Actos Políticos o de Gobierno, al igual que los actos administrativos, poseen una estructura. Puesto que dentro del Acto Político o de Gobierno se puede encontrar: sujeto, manifestación de la voluntad, objeto, forma, motivo y finalidad. El cual se encuentra desarrollado en el acápite 2.4.1., lo cual soporta la teoría que se desarrolla en torno a los Actos Políticos

¹¹⁹ Ley Especial de Ocurros de Gracia, El Salvador 1998, Art. 34,

o de Gobierno. Puesto que, así como su concepto y su esencia, se encuentran soportados a través de una estructura que ayuda a identificarlos y clasificarlos como tal.

2.4.2. Aplicación de la teoría del acto administrativo al acto político o de gobierno

El acto político o de gobierno, está conformado de los elementos siguientes.

a) *Sujeto*: Sujeto Activo en los Actos Políticos o de Gobierno es aquel ente que emite dicho acto y tiene el poder para ejecutarlo, aquel que la norma Constitucional le da la titularidad y potestad para dictarlo. (Los titulares en nuestra legislación son el Órgano Ejecutivo o Legislativo)¹²⁰; Sujeto pasivo en este caso se entendería que es el pueblo o colectividad a quien va dirigida, ya que los alcances o efectos del Acto Político o de Gobierno, tanto pueden ser de alcance “general”, y no va dirigido a un grupo pequeño de personas como en el caso de los actos administrativos.

b) *Manifestación de voluntades*: Es la exteriorización del acto de Gobierno cuando se atiendan las aspiraciones, necesidades o demandas de Estado, y esto obedece a expresiones de voluntad para que estos actos se dicten.¹²¹

c) *Objeto*: Es la actividad que desarrolla el Órgano Ejecutivo y Legislativo, como Gobernantes al orientar y dirigir el Estado. Buscando como

¹²⁰ Se mencionan tanto Órgano Legislativo y Ejecutivo, por ser la postura que se aborda en este trabajo, que ambos Órganos emiten Actos Políticos y no sólo el Ejecutivo.

¹²¹ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*. 685.

finalidad superior y trascendente el funcionamiento del Estado como objeto principal de dicho acto.¹²²

d) *Motivo*: Es el antecedente de hecho y de derecho que provoca el Acto Político o de Gobierno, significa que debe existir un porqué y una razón válida para que sea emitido uno de estos actos.

e) *Finalidad*: Como se dijo anteriormente en el objeto, la finalidad superior de los Actos Políticos o de Gobierno es el funcionamiento del Estado y esto consiste en atender necesidades sociales o colectivas, siendo estas de índole político, este busca dirigir e impulsar una buena política buscando el interés general.¹²³

f) *Forma*: Puede ser de forma verbal, escrita siguiendo las normas Constitucionales.

Como puede verse, los elementos que estructuran al Acto Administrativo son los mismos del Acto Político o de Gobierno, pero se debe de tomar en cuenta las características especiales del Acto Político o de Gobierno, como son la finalidad, que es de configurar las directrices del funcionamiento del Estado y su alto grado de discrecionalidad, como ya se ha planteado anteriormente.¹²⁴

2.5. Tentativa de clasificación del acto político o de gobierno

Ciertamente, la doctrina de los Actos Políticos o de Gobierno es muy escueta y dispersa, no es de extrañar puesto que actualmente no es una

¹²² Ibid. 692.

¹²³ Ibid 687.

¹²⁴ Ibid

doctrina abiertamente aceptada, es decir, se encuentra presente, pero en constantes evoluciones y en vías de desarrollo.

No obstante, lo anterior, no limita y exime de contemplar para el caso, una clasificación de los Actos Políticos o de Gobierno que deslumbré la variedad y forma en que estos puedan manifestarse, para el caso, en el marco de la normativa salvadoreña. Por lo que en aporte a la construcción de una teoría de los Actos Políticos o de Gobierno, una tentativa clasificación es la siguiente:

a) *Según el sujeto que los emite*: Está relacionado con el ente o sujeto creador del acto, en lo que respecta, la doctrina señala que este tipo de actos erigen por parte de los altos órganos del Gobierno, el cual desde el surgimiento del Estado de Derecho el factor poder se compone de forma tripartita, conocidos como Órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Sin embargo, se intercepta que de tal composición los Actos Políticos o de Gobierno derivan principalmente de los primeros dos, ya que al ente judicial le compete la función jurisdiccional, esto hace incompatible que dicho ente sea capaz de crear Actos de Gobierno en razón de la característica de discrecionalidad que compone a dichos actos, por lo que, en atención a ello, según el sujeto emisor, los Actos Políticos o de Gobierno pueden ser:

a.i) *Actos emitidos por el Órgano Legislativo*: Integrado por un cuerpo colegiado de ochenta y cuatro diputados, por mandato constitucional, se les atribuye como función principal la de *legislar*. Ejemplo: El Art. 131 Cn., en donde corresponde a la Asamblea Legislativa elegir por votación nominal y pública al Fiscal General de la República, Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, Presidente de la Corte de Cuentas, etc.

a.ii) *Actos emitidos por el Órgano Ejecutivo:* Abarca los actos dictados por los integrantes de dicho Órgano, el cual se encuentra compuesto por el Presidente, Vicepresidente, Ministros, Viceministros y sus funcionarios dependientes; Ejemplos: Art. 162 de la Cn.,: Corresponde al Presidente de la República nombrar, remover, aceptar renuncias y conceder licencias a los ministros y viceministros de Estado.

b) *Según su destinatario:* En esta categoría se sintetizan aquellas personas jurídicas a quienes se dirigen dichos actos, pudiendo ser:

b.i) *Actos generales:* Los cuales interesan a una pluralidad de sujetos de derecho, sea formado por un número indeterminado o determinado de personas. Ejemplo: El Ord. 27 del Art. 131 Cn., establece que le compete a la Asamblea Legislativa el suspender y restablecer garantías constitucionales de acuerdo al Art. 29 con al menos dos tercios de los votos, para el caso, la suspensión de las garantías constitucionales sería un acto que afectaría a la población en general, sus alcances serian aplicables a todos los salvadoreños sin distinción de ninguna clase.

b.ii) *Actos individuales:* Estos por su parte interesan a un solo sujeto de derecho, singularizado del resto. Ejemplo: El Ord. 26 del Art. 131 Cn., establece que le compete a la Asamblea Legislativa conceder Amnistía e indultos.

El caso más memorable que se tiene de ese extracto se remota a la amnistía concedida de manera generalizada a los partícipes de la Guerra Civil que aconteció en la década de los noventa, por supuesto, la amnistía e indulto es a la vez aplicable a una persona en particular, haciendo sus efectos, beneficiario únicamente a quien se le otorgue dicho acto.

c) *Según su alcance: estos pueden ser nacionales e internacionales:*

c.i). *Internos (nacionales):* Referido a que los efectos de los Actos Políticos o de Gobierno emanados se materializan en tierra salvadoreña. Ejemplo: El citado Ord. 27 del Art. 131 Cn., en relación a la suspensión y restablecimiento de las garantías Constitucionales, sus alcances no sobrepasan del territorio Salvadoreño, si bien existen salvadoreños que residen fuera del territorio, las repercusiones son asimiladas en el país.

c.ii) *Externos (internacional):* Referido a que los efectos de los Actos Políticos o de Gobierno emanados inciden y son percibidos fuera del contexto salvadoreño. Ejemplo: El Ord. 25 del Art. 131 Cn., establece que le corresponde a la Asamblea Legislativa declarar la guerra y ratificar la paz, por supuesto un acto de esta categoría incide enormemente en las políticas externas que poseen los países en relación al resto, por lo que los demás estados se pueden ver afectados o beneficiados de las decisiones políticas de guerra y paz, sea en su dimensión económica, política y social que apareja con ello dicho acto.

2.6. Diferencia entre acto político o de gobierno, acto institucional y acto constitucional

Es de mucha importancia entender la diferencia de esos tres conceptos, porque de la manera en que el concepto de Acto Político o de Gobierno ha tenido su evolución o etapas a través del tiempo, tal y como se puede ver con las diferentes teorías que se mencionan, estos términos tienden a confundirse o hasta creer que son sinónimos, porque se ha generado esta dificultad de precisar cada uno de estos conceptos, se debe en gran parte que hasta hoy el estudio de éste y del Acto Institucional ha sido efectuado en forma “imprecisa” incluyéndolos en una misma categoría.

Cuando en realidad se trata de dos especies sustancialmente distintas, es decir que la Función del Estado, puede clasificarse, en función Administrativa, Legislativa y Jurisdiccional.

Pero también se encuentra ante una función de Gobierno que es muy diferente a las otras funciones del Estado, porque está, más que todo se refiere a la actividad de Órganos superiores del Estado en la esfera de sus competencias, traducidos a actos relativos a la organización de los diferentes poderes ya constituidos, para razones de subsistencia, ordenada y segura de la comunidad de un país, que son llamados por muchos tratadistas como Actos Políticos o de Gobierno y bien para otros como actos institucionales.¹²⁵

Acto Institucional, es elaborado por la doctrina, siendo esta categoría especial, distinguiéndolo sustancialmente del Acto Político o de Gobierno este término, pero hay que saber distinguirlos.

Ya que según dicho autor, estableciendo que fue creado bajo un modelo distinto por los franceses, cuyo control era diferente, pero estaba basada en principios y normas Constitucionales así como son los Actos Políticos o de Gobierno, empezando aquí una confusión ya que estos Actos Institucionales de igual forma que los Actos Políticos o de Gobierno, están vinculados a la organización y subsistencia del Estado, pero estos no generaban relaciones con los administrados, como en los casos de relaciones internacionales, como se da de ejemplo este autor.¹²⁶

Entonces, se puede diferenciar el Acto Político o de Gobierno con el Acto Institucional, es que el primero responde a finales superiores y relativas

¹²⁵ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo, Tomo I* (AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2003). 90.

¹²⁶ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*.763.

al funcionamiento normal del Estado, llegando a considerar una unidad, también ayuda a desarrollar asuntos trascendentales dentro del funcionamiento ordinario y normal del Estado.

En cambio, el Acto Institucional, no solo se refiere al funcionamiento normal del Estado, la cual tiene mayor trascendencia como señalaba el autor porque este vinculaba a la propia organización y subsistencia del Estado y esta no tiene ninguna incidencia con los gobernados ni directa e inmediata como los poseen los Actos Políticos o de Gobierno.¹²⁷

Pero, de igual forma, si el actuar de esta función afectare a un administrado ocasionándole, daño en un derecho fundamental, este debe estar siempre sujeto a control. Aunque realmente la esfera exclusiva del Acto Institucional es de relaciones entre Órganos Estatales y poderes públicos, siendo estos sus particulares destinatarios y no los administrados, pero no puede excluirse que en un momento pueda dañarse un derecho fundamental, así que siempre debe ser susceptible de control jurisdiccional como garantía Constitucional.¹²⁸

Una semejanza que se puede tocar con relación al Acto Institucional y el Acto Político o de Gobierno es que ambos, en su estructura, son eminentemente unilateral, ambos dependen exclusivamente de la voluntad del Órgano emisor, tienen alcances generales, además ambos responden a facultades discrecionales, pues dependen absolutamente de la valoración que estos hagan de las situaciones que hagan generar el pronunciamiento de dicho acto.

¹²⁷ *Ibíd.*757.

¹²⁸ *Ibíd.*

Acto Constitucional, se define como “aquellos actos jurídicos-públicos singulares y concretos directamente incardinados en la Constitución y de eficacia en cierto modo Constitucional o al menos Legislativa, constituyen un complemento imprescindible para la plena efectividad de los preceptos constitucionales, bien porque son necesarios para la validez de la norma Jurídicas con rango de ley”.¹²⁹

Además, se sigue diciendo que estos actos tienen dos contenidos distintos, uno, que es un mandato concreto y determinado (declarar Estado de excepción), y dos, siendo consecuencia de la anterior, uso de habilitación constitucional para cuando se toma una decisión de esta naturaleza, se dictan condiciones concretas que se pondrán en práctica ante la decisión tomada.

Este autor señala la frontera entre el Acto Constitucional y el Acto Político o de Gobierno, separándolos en dos partes, una formal y otro material que distinguen a ambos actos.

Desde el punto de vista formal, los actos Constitucionales están normados directamente por la Constitución, se dice incluso cuando existen normas legales que sirven como parámetro de enjuiciamiento de la constitucionalidad de tales actos, en cambio los Actos Políticos o de Gobierno se incardinan siempre en una ley. (Pero en nuestra legislación esto es diferente, ya que los actos políticos o de Gobierno nacen de una norma Constitucional y este concepto de acto Constitucional no existe). Desde un punto material, la diferencia es que un Acto Constitucional tiene eficacia Legislativa o incluso Constitucional complementaria, mientras que el Acto Político o de Gobierno tiene eficacia Ejecutiva.¹³⁰

¹²⁹ Antonio M. García Cuadrado, “Aproximación a una teoría de los actos constitucionales”, *Revista de Derecho Político* n° 46 (1999). 50.

¹³⁰ *Ibid.* 54-55.

Es así que en el presente capítulo, se concluye que, los Actos Políticos o de Gobierno, según sus diferentes acepciones en el tiempo, son una categoría de actos que se encuentran presentes en la actualidad, un concepto que, pese al transcurso y evolución del derecho, no ha dejado de existir y que se encuentra firmemente afianzado en el Derecho salvadoreño.

Además, a manera de conclusión, se deja puntualizado que este capítulo pretende establecer una teoría sobre los Actos Políticos o de Gobierno. El movimiento lo sugiere la falta de un cuerpo doctrinario completo, que pueda sugerir qué es el Acto Político o de Gobierno, porque siempre ha sido estudiado de forma insuficiente.

Por eso se desarrolló desde el estudio de las definiciones de variados doctrinarios y las aportadas por la jurisprudencia, pasando por señalar la controversial naturaleza, las características y la estructura hasta ensayar una clasificación.

El nombre del capítulo sugiere que, a pesar de que cierta parte de la doctrina sugiere que el concepto ha desaparecido, es *necesario mantenerlo* porque registra una serie de manifestaciones muy específicas del Estado: actos cuya distinción es la discrecionalidad superlativa porque son de carácter político, es decir, se emiten para trazar la forma en que se dirige aquél. Por eso se hizo énfasis en la naturaleza: un Acto Administrativo especial.

Por eso se entiende el estudio que se hizo de la estructura del Acto Administrativo que además es variable definirla y aplicarla a la del Acto Político o de Gobierno con las particularidades.

Esta configuración era primordial para comprenderlo con exactitud: no sólo quién lo puede emitir se deja establecido que solamente los Órganos del Gobierno Ejecutivo y Legislativo están facultados, sino además que debe contar con el móvil, el objeto, la motivación, y así se encamina a la discusión sobre qué son los elementos reglados.

CAPÍTULO III

ACERCAMIENTO AL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS POLÍTICOS O DE GOBIERNO EN DIVERSOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

En el presente apartado se conocerá el desarrollo de dos países, como lo es España y Colombia, que regula el control judicial de los Actos Políticos o de Gobierno, como ha sido su evolución durante los años, y cuál es su actual control judicial, asimismo conocer quien en el ente competente en estos países para conocer de las controversias que susciten de los Actos Políticos o de Gobierno, además se conocerá si son ejemplo para nuestro país El Salvador, para que pueda reformar su legislación CA, y que sea la JCA la competente para resolver las controversias que surjan de estos actos.

3.1. Actos políticos o de gobierno en el derecho español

La doctrina de los Actos Políticos o de Gobierno, ha tenido su elaboración en el Tribunal Supremo de España, de ahora en adelante (TSE), como se observa en varias sentencias de fecha 18 de junio de 1959, 10 de noviembre de 1959, 24 de marzo de 1960, y 25 de abril de 1961, ejemplos traídos por el autor, ciertamente en forma valerosa, quien *sostiene que no existe ningún principio jurídico que pueda justificar el Acto Político inmune a todo control.*¹³¹

¹³¹García De Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, (Madrid, Cuadernos Civitas, 1974). 66 - 67.

La teoría de los llamados Actos Políticos nacida en Francia tuvo recibo en España, resume el tema de los Actos Políticos o de Gobierno, y critica la inutilidad de la doctrina, asimismo como la Ley Judicial de España de 1956 (LJE), hace una enumeración de los Actos Políticos¹³², en el cual en el Art. 2, establecía que los Actos Políticos no le correspondía a la JCA.

Por lo tanto, en ese momento la LJE de 1956, en su Art. 2, b) expresaba: *“No corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa. b) Las cuestiones que se susciten en relación con los Actos Políticos del Gobierno, como son los que afectan a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa”*.

Una parte de la doctrina española, negará la existencia de zonas de actuación inmunes por su naturaleza al enjuiciamiento jurisdiccional y por tanto entendería tácitamente derogado el polémico Art. 2 lit. b) de la LJE de 1956.

En el libro de Derecho Administrativo consigno que, *“la doctrina del Acto Político es hoy inútil: en su acepción histórica, está hoy superada y aún contradicha por la Constitución; en cuanto explicación de la injusticiabilidad de ciertos actos que no proceden de la Administración, como persona la doctrina resulta innecesaria”*¹³³

¹³² Eduardo García De Enterría, *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*, 4 ed, (Madrid, Civitas, 1980). 483.

¹³³ *Ibíd.* 536.

En ese sentido se considera que *“la realidad, el propio concepto de Acto Político se halla hoy en Francia retirada en el Derecho Público Europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido solo por el derecho constitucional, y exento del control de la jurisdicción contenciosa administrativa, ya sea estableciendo una lista de supuestos excluidos del control judicial, resultando inadmisibles en un Estado de Derecho.”*¹³⁴

La LRJCA de 1998 dio un giro en la configuración legislativa del enjuiciamiento de los Actos Políticos con respecto a lo que había sido su antecesora del año 1956, y a la influencia que tuvo en la entrada en vigor de la Constitución.

El actual enjuiciamiento de los Actos Políticos o del Gobierno en España, trajo consigo modificaciones legislativas que llegaron a configurar el nuevo control judicial de dichos actos, la nueva regulación omite cualquier referencia expresa a la exención del control de determinados actos por su contenido político (aunque no quiere decir que no deje ciertas zonas exentas de ese control).

Actualmente, la legislación española en su normativa regula un cambio en la JCA, restableciendo un nuevo control de los Actos Políticos o de Gobierno, con la ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de ahora en adelante LRJCA del año 1998, establece:

El Art. 2 determina que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que susciten en relación con¹³⁵:

¹³⁴Miguel Ángel Sendin García “El control judicial de los actos políticos en España y Nicaragua”, (España: publicación de Universidad de Salamanca 2005). 233

¹³⁵Ley 29/1998, de 12 de julio, Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo de España.

a) *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fuera procedentes, todo ellos en relación con los Actos de Gobierno o de los consejos de gobierno de las comunidades autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos.*

Al delimitarse la manera expresa los tres aspectos en lo que pueden ser fiscalizables los Actos Políticos o de Gobierno, y de los Consejos de Gobierno de las comunidades autónomas, ha provocado encontradas posiciones sobre su interpretación. La actual exposición de motivos de la LRJCA Española, es una muestra de los cambios jurídicos y políticos, en relación a la justiciabilidad de los Actos Políticos o de Gobierno, por lo tanto, provocó la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo Español.

Específicamente la sentencia del 4 de abril de 1997, y una parte de ella, específicamente en su parte doctrinal manifiesta: *“por el contrario, y por si alguna duda pudiera haber al respecto, la Ley señala en términos positivos-una serie de aspectos sobre lo que en todo caso siempre será posible el control judicial por amplia que sea la discrecionalidad de la resolución gubernamental: los derechos fundaméntales, los elementos reglados del acto y la determinación de las indemnizaciones procedente.”*¹³⁶

El Art. 2 LRJCA pone de manifiesto que la doctrina de los Actos Políticos o de Gobierno, ha entrado en una nueva era, pero sigue persistiendo, que se puede ciertamente afirmar que ya no rige la doctrina del Acto Político o de Gobierno como figura totalmente al margen del control judicial, que exija que los Tribunales de lo Contencioso se declaren

¹³⁶Benjamín Marcheco Acuña, *El control jurisdiccional de los actos políticos del Gobierno en el Derecho Español*, (España: Madrid, edt sampiño, 2015). 28.

incompetentes para su conocimiento. En principio, todo Acto de Gobierno, Político o Administrativo, queda bajo el control de la Jurisdicción Contencioso. Si bien en el caso de los Actos Políticos con un alcance más limitado.¹³⁷

Así lo ha ratificado el TSE, que ha destacado que la LRJCA "hace desaparecer legalmente la noción de Acto Político como causa de exclusión del control judicial de los Actos de Gobierno, en cuanto que toda la actividad de este, cualquiera que sea su naturaleza, se somete al control del orden JCA, en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales y al cumplimiento de los elementos reglados a que deba sujetarse aquella actividad, por lo que "ab initio" no cabe aceptar que porque el acto objeto de proceso sea de Gobierno y ofrezca el cariz de político, excluya, sin más, la posibilidad del examen jurisdiccional.

Esta postura había sido anunciada por la jurisprudencia con anterioridad. Así, el TSE había afirmado la posibilidad de controlar los elementos reglados de dichos actos, destacando que ellos implicaban "*que la doctrina del Acto Político no puede ser invocada como fundamento de la inadmisibilidad, ya que es obligado para el juzgador comprobar si existe en el acto elementos reglados, y comprobar también si en cuanto al fondo se da ese contenido político no controlable.*"¹³⁸

La vigente LRJCA, es incuestionable porque, no hay actividad del Gobierno, Política o Administrativa, que quede íntegramente exenta del control judicial, hay ciertamente, alguna doctrina que considera que continuaran existiendo Actos Políticos que no serán susceptibles de control judicial en su totalidad, en cuanto no afecten a derechos fundamentales ni

¹³⁷ Sendin, *El control judicial de los actos*. 238

¹³⁸ *Ibid.* 239

contengan elementos reglados.¹³⁹ No parece, sin embargo, improbable esa posibilidad, pues en todo acto siempre hay, aunque sea una mínima cuestión de procedimiento, algún elemento reglado.

Ahora bien, conviene aclarar que esta nueva regulación en su Art. 2 LRJCA, en realidad no produce más efectos que el de abrir mayores posibilidades al control judicial de dichos actos, que serán susceptibles de fiscalización en tres aspectos: 1) protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, 2) los elementos reglados y 3) la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes.

Pues el Acto Político o de Gobierno, sigue siendo una figura distinta del Acto Administrativo, sujeto a un régimen diferente que este último. Así el Acto Administrativo es susceptible de control judicial pleno, sin perjuicio de la posible existencia de un margen de discrecionalidad administrativa, mientras que el Acto Político solo lo será en los tres aspectos que regula la LRJCA en su Art. 2. Si bien considerarse en todo caso que esa posibilidad de exención de control judicial de los Actos Políticos debe sujetarse a interpretación restrictiva.¹⁴⁰

Al no hacer exclusiones a la competencia jurisdiccional de ningún tipo de Acto del Gobierno, permite que todos los actos, en tanto posean elementos reglados (y obviamente todos los poseen), o en tanto impliquen afectación de derechos fundamentales o causen algún daño que pueda generar responsabilidad patrimonial, puedan controlarse ante la JCA, sin que el pretendido carácter político pueda esgrimirse como causa de inadmisibilidad.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Ibid.

La Corte Española establece como principio el sometimiento de todos los poderes públicos al ordenamiento jurídico y encarga a los Tribunales el control de ese Principio de Legalidad. De la misma manera, en virtud del también el Principio Constitucional de División de Poderes, el ordenamiento jurídico le atribuye al Ejecutivo en varios ámbitos que entran en la esfera de su dominio, ya sea actuando como Gobierno, o ya sea como Administración, un poder de decisión propio y exclusivo que responde a criterios extrajurídicos.

Un poder que le posibilita en esos ámbitos actuar o no actuar, y si decide hacerlo, elegir cualquiera de las opciones posibles, pues todas ellas son igualmente legítimas en ninguno de estos supuestos la decisión puede ser sustituida por la jurisdicción, esto se trata del poder discrecional.

Los Actos Políticos o de Gobierno son una manifestación del mismo poder discrecional con que se manifiesta la Administración y por tanto susceptibles de control jurisdiccional mediante los mismos parámetros y las mismas técnicas con los que se controla los actos discrecionales administrativos.¹⁴¹

El marco constitucional y jurídico administrativo actual y la categoría del Acto de Gobierno es totalmente inútil¹⁴². En tanto que los actos administrativos y los políticos no tienen una diferencia de naturaleza que los haga someterse a distintos regímenes de control. La diferencia entre los Actos de Gobierno y los Administrativos es únicamente una cuestión de gradación de la discrecionalidad, se tiene en cuenta la distinta densidad normativa con que son regulados unos y otros.¹⁴³

¹⁴¹ Marcheco, *El control jurisdiccional de los actos políticos*. 45.

¹⁴² García de Enterría. *Curso de Derecho Administrativo*, 604.

¹⁴³ Marcheco, *El control jurisdiccional de los actos políticos*. 45

La vigencia de la Constitución de España, dio un giro inesperado, lo que provocó, que la LRJCA de 1956 en su Art. 2 lit. b, quedará derogado, lo que llevó a un nuevo y actual enjuiciamiento de los Actos Políticos o de Gobierno, por lo tanto, una nueva regulación respecto a tales actos en España, esto trajo consigo una nueva regulación, quedando establecido que en la nueva LRJCA del año 1998, específicamente en el Art. 2 de dicha ley, en la que será competente para conocer y enjuiciar los Actos Político o de Gobierno.

En dicha normativa se limita de manera expresa en los tres aspectos en lo que puede conocer la jurisdicción contenciosa, y en este caso es competente para 1) protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, 2) los elementos reglados y 3) la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes.

Los doctrinarios y la jurisprudencia, estiman que es incuestionable que exista actividad del Gobierno, Política o Administrativa, que se encuentra exenta del control judicial; a pesar que la nueva normativa limita en los tres aspectos en lo que será competente para el control de los Actos Políticos o de Gobierno, es un avance a la legislación española, y para los demás países.

Conforme lo anterior, se puede establecer que la categoría de Actos Políticos o de Gobierno, parece inútil y, que la diferencia entre los Actos Políticos o de Gobierno y los administrativos es la cuestión discrecional, es decir, la libertad con la que toman las decisiones los gobernantes en el caso de los Actos Políticos.

Por lo que, el actual enjuiciamiento de los Actos Políticos o de Gobierno en España, trajo consigo nuevas configuraciones al control judicial

de dichos actos, al modificarse la LRJCA del año 1998, estableciendo el nuevo control de los Actos Políticos o de Gobierno, estableciendo los tres casos que puede conocer la JCA, con esta nueva normativa dejaba claro que, no debe de existir actos exentos de total control.

3.2. Actos políticos o de gobierno en el derecho colombiano

La regulación de los Actos Políticos o de Gobierno en Colombia es de importancia, por lo que es necesario traer a colación, la doctrina de autores, quienes hacen un análisis en el sentido que es posible hacer la diferenciación conceptual entre Función Administrativa y Función Política o de Gobierno y consecuentemente de actos de diferente naturaleza, pero finalmente sujetos al control jurisdiccional. *"En Colombia, evidentemente el Art.189 de la Constitución Nacional, le señala al Presidente de la República "como suprema autoridad administrativa", funciones que conducen a Actos de Gobierno y otras que implican Actos de Administración.*

Sin embargo, el control jurisdiccional existe para todos, ya sea por inconstitucionalidad o por ilegalidad. Ante el juzgado, todos son actos administrativos, salvo los taxativamente señalados como actos administrativos no demandables ante el CA siendo estos (resoluciones de origen contractual, resoluciones en juicios de policía, correcciones disciplinarias de amonestación y multa)".¹⁴⁴

De la misma manera, en la obra "Código Contencioso Administrativo Comentado", se afirma: *"En consecuencia, la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para juzgar esta modalidad o especie de los*

¹⁴⁴Paula Emilia Eguizabal Cerna, Olivares Aguilar José Humberto, *"El control jurisdiccional de los actos políticos"*, (Tesis de la Universidad de El Salvador, El Salvador, 2011). 73.

*actos administrativos que, como muchas tantas otras nociones o instituciones jurídicas, han sido incorporadas o traídas a la doctrina, a la jurisprudencia y a la legislación nacional; sin beneficio alguno de inventario, por el afán de importar por importar, de otros países en donde inclusive posteriormente se ha renegado de ellas como aconteció con el denominado Acto Político, noción que ha sido tomada como uno de los pocos pecados de la jurisdicción administrativa Francesa.*¹⁴⁵

La doctrina de los Actos Políticos o de Gobierno en Colombia, ha sufrido una evolución muy importante, después de la sentencia de fecha 15 de noviembre de 1984, originaria en la CSJ que declaró parcialmente inexecutable¹⁴⁶ el antiguo Art. 82 del C.C.A., que decía que, los Actos Políticos o de Gobierno eran enjuiciables por vicios de forma y no de fondo.

La polémica quedó esclarecida con el actual Art. 82 del C.C.A. (artículo que más adelante se consigna), modificado por el Art. 12 del Decreto 2304 del año 1989, que le otorgo competencia a la jurisdicción contenciosa para conocer de los Actos Políticos o de Gobierno.¹⁴⁷

Por lo tanto, es preciso observar que el Art. 82 del C.C.A. contenido en el Decreto ley 01 de 1984, fue declarado inexecutable parcialmente por la CSJ mediante la sentencia de 15 de noviembre de 1984, que no permitía conocer de los Actos Políticos o de Gobierno por vicios de fondo.

¹⁴⁵Miguel González Rodríguez, *Derecho Contencioso Administrativo Colombiano 2° edición*, (Colombia: editorial Publicación de la sociedad colombiana de abogados Bogotá 1976). 390.

¹⁴⁶ Definición Inexecutable: Clase de sentencia emitida por la Corte Constitucional en la que se manifiesta que una Ley es contraria a la Constitución Nacional y por lo tanto debe desaparecer total o parcialmente del orden jurídico.

¹⁴⁷Gustavo Penados Vargas, "los actos políticos en la posmodernidad", Colombia publicada, 15 de febrero de (2005). 160.

Posteriormente, el Decreto 2304 de 1989, decreto en el cual se realizaron modificaciones de la ley, por medio del cual el Art. 12 del Decreto 2304 modificó el Art. 82 en forma más clara, dándole competencia a JCA, para conocer por vicios de forma y de fondo de todos los actos fueren o no políticos.¹⁴⁸

También, la Ley 446 de 1998, en el Art. 30 vino a modificar el antiguo Art. 82 del C.C.A, que reitera la norma anterior, y establece en el inc. 2º del mencionado Art. 82 del C.C.A.: Que *“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en Actos Políticos o de Gobierno”*.

Después de la sentencia de la Sala Plena de la antigua CSJ, el Consejo de Estado ha venido avocando el conocimiento de los actos no sólo administrativos sino de los originados en Actos Políticos o de Gobierno.

En el país de Colombia, en el Art. 82 inc. 2 del C.C.A, regula el objeto de control jurisdiccional, y entre estos los actos controlables, se encuentra los Actos Políticos. Quedando establecido de la siguiente manera el Art. 82 del C.C.A.

Expresa el Art. 82 del C.C.A.: *“La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la constitución y la ley.*

¹⁴⁸ Ibid.161.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en Actos Políticos o de Gobierno.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley Las decisiones jurisdiccionales que son adoptadas por las salas jurisdiccionales disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los consejos seccionales de la judicatura, no tendrán control jurisdiccional.”

Anteriormente la Jurisprudencia, influenciada por la Jurisprudencia Francesa, interpretaba que los Actos Políticos o de Gobierno no estaban sujetos a ningún tipo de control judicial, porque el Gobierno gozaba para su expedición de total discrecionalidad, de manera que estos actos escapaban al principio de la legalidad.

Esta doctrina se desarrolló inicialmente en Francia y posteriormente fue acogida en Colombia como la "teoría del móvil político", según la cual el juez, desentrañaba del contenido del acto si la finalidad del mismo era puramente administrativa, o se trataba de un acto expedido con un móvil político.

En el Derecho Colombiano no existen actos que estén fuera del control judicial, ya sea si son actos unilaterales, este no podía escaparse del dicho control.

La posición de la CSJ al revisar la constitucionalidad del inc. 2° del Art. 82 del C.C.A., que restringía el juzgamiento de los Actos de Gobierno sólo por los vicios de forma, fue que, el Acto Político o de Gobierno como el Acto Administrativo discrecional, por ser estos actos jurídicos son actos juzgables,

en cuanto a su constitucionalidad o legalidad, y no solo por vicios de forma sino también por razones materiales.

En la actualidad, resulta aún más claro que los Actos Políticos o de Gobierno están sujetos al control jurisdiccional debido a la reforma del Art. 30 de la ley 446 de 1998, al Art. 82 del C.C.A. Con esta disposición no se sometía a más interpretaciones jurisprudenciales, pues es la misma ley, establece el control de legalidad sobre los Actos Políticos o de Gobierno.

A manera de conclusión, se determina que la doctrina de los Actos Político o de Gobierno en Colombia ha sufrido una nueva e importante evolución, siendo en el caso que en fecha 15 de noviembre de 1984 de la CSJ, declaro parcialmente inexecutable, el Art. 82 del C.C.A., esto quiere decir que dicha normativa es contraria a la Constitución de ese país, por lo tanto, dicha normativa debería desaparecer del plano jurídico. En derogado Art. 82 del C.C.A., establecía que los Actos Políticos o de Gobierno eran enjuiciable por vicios de forma y no de fondo.

Lo anterior trajo una nueva regulación, y por lo tanto quedo estableció en el Art. 82 del C.C.A. del año 1989, específicamente en el inciso 2, que la JCA, será competente para conocer de los Actos Políticos o de Gobierno¹⁴⁹.

Por lo tanto, queda establecido de la siguiente manera el Art. 82 del C.C.A del Inc. 2, la JCA podrá juzgar, inclusive las controversias que se originen en los Actos Político o de Gobierno. Asimismo, la nueva regulación de los Actos Político o de Gobierno en Colombia, es un ejemplo para los

¹⁴⁹ Artículo 82 inc. 2 del C.C.A establece: “esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno.”

demás países, que limita y exime del control judicial de los Actos Políticos, que necesita estos países como lo es en el caso de El Salvador, una nueva y actual normativa que regule el control de los estos actos, ya que estos actos no pueden estar exentos de dicho control.

CAPÍTULO IV

CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS POLÍTICOS O DE GOBIERNO EN EL SALVADOR

En el presente capítulo se desarrolla la absoluta no judicialización de los actos políticos o de gobierno por la SCA, porque excluía de su ley la competencia de la dicha sala del conocimiento de los actos políticos; luego se conocerá del conflicto que surge entre la SC y SCA.

Al admitir está última las demandas interpuesta por la elección de los magistrados de la CSJ; seguidamente se analizó los criterios y valoración que utilizó la SCA admitir y conocer la demanda interpuesta, al realizar una nueva valoración doctrinal y jurisprudencial, que sería competente para conocer de los actos políticos o de gobierno solamente en sus elementos reglados; y finalmente analizar si los nuevos criterios de la SCA son conforme a derecho.

4.1. De la absoluta no justiciabilidad, al control jurisdiccional constitucional de los actos políticos o de gobierno, exclusión de la competencia contenciosa administrativo

En El Salvador, en un primer momento –que abarca desde el siglo XIX hasta entrado el siglo XXI-, los Actos Políticos o de Gobierno, no se podían controlar jurisdiccionalmente. Era una *absoluta no justiciabilidad*, es decir, se emitían por los órganos correspondientes sin posibilidad de impugnarse.

La Sala de Constitucional¹⁵⁰ realizó un análisis al interponerse demanda, en el cual analizaron la figura de la *amnistía*, donde se determinó que en la Constitución se encuentra una estructura *tripartita del poder*, con las respectivas asignaciones de funciones de cada Órgano del Estado; y señala, “*el Órgano Judicial es el encargado de velar por la Constitucionalidad del país, pero existen límites a dicho control, tales límites se fundamenta en el ejercicio del poder que tiene cada Órgano, es decir que de los tres Órganos del Estado, cada uno posee competencias o atribuciones que son propias, que considera la misma SC, que son criterios estrictamente políticos, y por lo tanto no puede existir en su ámbito una revisión judicial.*”

Los Órganos Ejecutivo y Legislativo poseen un margen para conducir al Estado, y para la SC, “*el Órgano Judicial carece de competencia para avocarse al conocimiento de las cuestiones puramente políticas; y es que el Órgano Judicial no puede pronunciarse sobre las cuestiones que la misma Constitución no le ha conferido, pues de lo contrario perturbaría la separación de funciones.*”

Asimismo, refirió que “*las cuestiones puramente políticas son ajenas al conocimiento de los Tribunales, para la misma SC, las cuestiones puramente políticas son cuestiones no justiciables*”; reconoció que la Asamblea Legislativa puede conocer de la amnistía -la cual se encuentra regulado en el Art. 131, atribución²⁶ de la Cn., a una persona en particular, y por eso se está ejecutando una función puramente política.

En relación a lo anterior la SC, en su resolución, estableció que *el sistema judicial no podía conocer de los Actos Políticos o de cuestiones*

¹⁵⁰Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, bajo la referencia 10-93, en fecha veinte de mayo de mil novecientos noventa y tres.

políticas, y es porque dichos actos son precisamente de naturaleza política. Esto se encuentra relacionado con la exclusión que regulaba la LJCA (1978), en su Art.4 letra a.

4.1.1. Del conocimiento de la sala de lo constitucional de los actos políticos o de gobierno

Asimismo la SC¹⁵¹, en el Proceso Constitucional promovido por unos ciudadanos, en el cual solicitaba que se declara inconstitucional por vicio en su contenido, en la letra "e" y, por conexión, el resto de letras del Art. 4 LJCA (1978), dicha sala realizó el respectivo análisis, en el cual se aprecia que en el Art. 4 de la LJCA(1978), excluyó del conocimiento de ese Tribunal, una serie de materias, algunas que son cuestionables, por lo cual se enumeró taxativamente aquellas que no corresponde a la JCA.

En la resolución, señala la misma SC, *“se realizó un análisis por medio de la casuística y la interpretación conforme, la Sala de lo Contencioso Administrativo ha señalado –en la Interlocutoria 75-S97, de 16-I-1998– a partir del Art. 4 de la LJCA, la diferencia entre materias ajenas y materias excluidas.”*

Dicha Sala estableció, *“referente a las materias ajenas, que tales son actuaciones de la Administración Pública que no constituyen actos administrativos y cuyos actos no corresponden a la JCA. Estas se refieren a actuaciones de la Administración que no se configuran como actos administrativos, y respecto de los cuales, consecuentemente, no es ese el Tribunal competente para su impugnación.”*

¹⁵¹ Sala de lo Constitucional, Referencia 9-2003, en fecha veintidós de octubre de dos mil cuatro.

La misma Sala, señala como actos *ajenos a la competencia CA, los Actos Políticos o de Gobierno*, de conformidad al Art. 4 letra a, de la LJCA(1978), en dicha resolución la SCA estableció que los Actos Políticos o de Gobierno, *no son actos administrativos*, motivo por el cual se excluyó por ser materias ajenas.

Por eso es que la SC se arrogó la competencia del conocimiento de los Actos Políticos, y es así que esté conoció a través de la vía de Amparo, y del proceso de Inconstitucional, por lo que, la jurisdicción Constitucional ha conocido de los Actos Político o de Gobierno.¹⁵²

4.1.2. De la exclusión del control de los actos políticos o de gobierno por la vía contencioso administrativa

La manifestación prohibitiva del conocimiento de los Actos Políticos o de Gobierno se concretó primeramente en el Art. 4 letra a de la LJCA(1978):

“Art. 4.- No corresponderá a la jurisdicción contencioso administrativa:

a) los Actos Políticos o de Gobierno” (cursivas propias)

¹⁵²A manera de ejemplo las siguientes resoluciones de dicha SC, Sentencia de Inconstitucional Referencia 17-2001, *de fecha once de diciembre de dos mil tres*, y Sentencia de Amparo, Referencia 274-2000, de fecha 03 de julio de dos mil, únicamente de esta última resolución se detallara en que consistió y que resolvió la SC; Proceso de amparo 274-200, la parte demandante fue en ese entonces el Coronel David Munguía Payes contra el Presidente de la Republica de ese entonces y por consiguiente Comandante General de la Fuerza Armada Francisco Flores Pérez, en dicha demanda planteó la supuesta violación a su derecho de Ascenso por la omisión del presidente de otorgar el grado de General de Brigada. La SC resolvió que parece que se encuentra apegado a la antigua concepción de la no judicialización de los actos políticos, pues dejan a plena discrecionalidad el Presidente de la Republica la decisión de otorgar o no el ascenso, esto pues debido a que no se interesaron por conocer los motivos de hecho y de derecho por los que el funcionario tomo su decisión, la cual tiene apariencia de ser completamente arbitraria y por lo tanto atenta contra el derecho constitucional al ascenso que planteo en su pretensión el Coronel Munguía Payes.

Ante tal situación, es necesario conocer las razones que sostenía la SCA para no poder conocer de las controversias de los actos políticos o de gobernación y es así que se analizara la demanda interpuestas ante la SCA bajo la referencia 195-2006, la cual fue al posteriormente ampliada, contra la Asamblea Legislativa¹⁵³, impugnando como ilegal el Decreto número 1041, de fecha 30 de abril del 2006.

La sala analizó lo siguiente, *“la LJCA(1978) excluye del control de lo CA los Actos Políticos o de Gobierno (Art. 4 letra a) porque precisamente tales actos se pronuncian en ejercicio de atribuciones Constitucionales, en las cuales es determinante el rasgo de discrecionalidad. Los Actos Políticos o de Gobierno tienen su fuente en la alta dirección del Estado, por lo cual inciden directamente en las relaciones interorgánicas, así como en las relaciones con otros Estados y organismos Internacionales.”*

Asimismo, la SCA, refirió que *“estos actos por su naturaleza y objetivos, no son susceptibles de ser controlados en sede contencioso administrativo”*, y pues, la elección de primer grado y segundo grado, *“es una de las cuestiones tipificadas como puramente política”* y, por consiguiente, la SCA refiere que son ajenas al conocimiento de dicho Tribunal.

Y es que la elección de magistrados de la CSJ, se realiza mediante la votación de los diputados, quienes son los representantes del pueblo y son elegidos por los mismos ciudadanos, dicha elección se realiza a través de sus representantes es por ello que, al elegir a ciertos funcionarios, es una atribución y una potestad eminentemente privativa de la Asamblea

¹⁵³ Sala de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia, Referencia 195-2006.

Legislativa, que se realiza mediante un Acto Político, y para la SCA esto se califica como cuestión no justiciable.

De igual manera la SCA, estableció que, *“la elección de magistrados de la Corte Suprema de Justicia es, pues, una de las cuestiones tipificadas como puramente políticas y, por consiguiente, ajena al conocimiento de este Tribunal; Caso contrario, el control que de tal elección hiciera constituiría una afectación al principio de independencia de poderes, así como al equilibrio entre los mismos, tan ponderado en un Estado de Derecho.”*

De acuerdo a lo analizado por la misma SCA, los actos por naturaleza política, no pueden ser controlados en sede CA, ya que las considera como puramente política, y la misma sala las determina como ajenas al conocimiento de dicha SCA.

4.2. Fundamentos del control jurisdiccional contencioso administrativo de los actos políticos o de gobierno

4.2.1. Del conflicto entre la Sala de lo Constitucional y la Sala de lo Contencioso Administrativo

Ahora bien, bajo las referencias 77-2013/ 97-2013 se tramitaban en los Procesos de Inconstitucionalidad en la SC las demandas que se admitieron en fecha el 24 de julio de 2013, que pretendía *declarar inconstitucional los Art. 2,3 y 4 del D.L.Nº 101 de fecha 21 de agosto de 2012*, por medio del cual se eligió al abogado José Salomón Padilla como Magistrado Presidente de la SC, de la CJS y del Órgano Judicial, aduciendo en dicha demanda violaciones a los *Art. 85 inc. 1, y Art. 176 de Cn.*

La disputa entre la SC y la SCA, surgió debido a que, la SCA admitió tres demandas, en fecha 07 de agosto del 2013, cuyos procesos se sustanciaron con las referencias 328-2013, 344-2013 y 345-2013, en las que *se cuestionaba la legalidad y se señala la nulidad de pleno derecho del Decreto Legislativo, por medio del cual se eligieron los magistrados propietarios y suplentes de la SC*, que en ese momento ejercían funciones y sustanciaban el proceso de inconstitucionalidad arriba señalado. Los procesos de ambos Tribunales, como puede señalarse, se dieron simultáneamente.

Al admitirse las demandas anteriormente señaladas, la SC en fecha 13 de agosto de 2013, pronuncia una *resolución de inaplicabilidad de las resoluciones pronunciadas por la SCA con las referencias antes citadas*, por las razones siguientes:

a) *Falta de legitimidad para pedir la nulidad de pleno derecho*: Para la SC la calificación de un *interés difuso plurisubjetivo* de quienes se presentan como los demandantes por *ser ciudadanos de El Salvador* en los procesos de la SCA, *no es válida* porque requiere que se dé *una afectación por emanado de un vínculo legal o estatutario*, que en dichos casos *no se establece*, diciendo al respecto:

En la conformación de un interés difuso, ante el elemento objetivo de la presencia de una necesidad y la falta de medios para satisfacerla, surge el elemento subjetivo de la *desprotección o afectación común que impulsa a los sujetos a utilizar los instrumentos para ser protegidos en la conservación y defensa del referido interés* (cursivas propias). No es suficiente ostentar la calidad de ciudadanos, y circunscribe que *solamente* en los procesos de inconstitucionalidad existe dicha legitimación.

b) *Incumplimiento de la racionalidad al cambiar criterios jurisprudenciales en cuanto al plazo para pedir la nulidad de pleno derecho y presentar la demanda:*

El argumento de la SC, nace en el cambio que expone la SCA *para admitir las demandas por nulidad de pleno derecho*, al no tomar en cuenta los *sesenta días contados a partir de la notificación* del acto que dice la LJCA(1978) dentro de los cuales se pueden presentar aquéllas, e interpretando erróneamente los Art. 7 inc. 1 y 11 de dicho cuerpo normativo, por violar la *racionalidad* que, por no respetar sus criterios jurisprudenciales, *por no estar plenamente justificadas*, lo que lleva a calificar las resoluciones en *arbitrarias y ad-hoc*.

c) *Ampliación indebida de competencia:* Para la SC, la SCA se ha tomado competencia que no le corresponde, al *ejercer el control de actuaciones con efectos generales y obligatorios*, es decir, la primera entiende que, el otro tribunal al admitir las referidas demandas –cuyo objeto de impugnación es el D.L. N° 71, *está tramitando un proceso de inconstitucionalidad* que no le corresponde, porque se lo ha atribuido a ella, diciendo: “(...) la SCA disfraza un control de constitucionalidad con los procesos CA cuyos efectos serían la invalidación de ‘actos administrativos’ con efectos generales y obligatorios, porque infringen la Constitución (...)”, y lo interpreta como desconocimiento de su competencia.

La decisión de la SC, tenía como efectos negar de valor constitucional las resoluciones de la SCA, por vulnerar el *principio de independencia judicial*, así como atentar contra la estructura competencial de aquélla –como alterar su conformación subjetiva-, violentando los Art. 172, 174 y 183 Cn.

4.2.2. De los criterios de la Sala de lo Contencioso Administrativo para admitir demanda sobre el control de los actos políticos o de gobierno

Para analizar el *importante cambio de criterio jurisprudencial*, que supone un quiebre porque la SC, había estado ejerciendo el control sobre los Actos Políticos o de Gobierno, se toma el *auto de admisión de demanda* por parte de la SCA con referencia 328-2013¹⁵⁴, de fecha 07 de agosto del 2013.

En dicho proceso se pide *declarar ilegal y nulo de pleno derecho el D.L. N° 71*, de fecha 16 de julio de 2009, publicado en el D.O. número 133, tomo 384, de fecha 19 de julio de 2009 por medio del cual se eligieron los Magistrados de la CSJ propietarios: *Edward Sidney Blanco Reyes, Florentín Meléndez Padilla, María Luz Regalado Orellana, José Belarmino Jaime, Rodolfo Ernesto González Bonilla*, y los Magistrados suplentes: *Francisco Eliseo Ortiz Ruiz, Ovidio Bonilla Flores, Celina Escolán Suay, Ricardo Rodrigo Suárez Fischnalery Sonia Dinora Barillas de Segovia para el periodo comprendido entre dos mil nueve y dos mil dieciocho*. En este proceso ostentaban la calidad de *terceros beneficiarios*.

La SCA hace referencia al Art. 172 de la Cn., donde establece que el Órgano Judicial es quien *juzga y ejecuta lo juzgado, exclusivamente*, es decir, por el principio de división de poder, sólo este Órgano puede realizarlo, *en materias como lo CA*, y vincula esta competencia con un principio que lo hace pleno, el de *independencia judicial*, que establece que los jueces y magistrados deben ser ajenos a influencias externas porque están obligados a la Constitución y demás leyes.

¹⁵⁴Para este trabajo se estudiará únicamente el auto de admisión con ref. 328-2013, que se pronunció paralelamente a dos autos de admisión más, con referencias 344-2013 y 345-2013.

En principio, los funcionarios públicos solamente pueden hacer lo que la ley les ordena, tal como lo precisa el Art. 86 de la Cn., manifestación del *Principio de Legalidad*, muy reducida y que impide que existan arbitrariedades en el ejercicio de sus funciones; pero si se trasgrede este principio, el afectado en este caso.

La misma SCA reconoce la existencia de derecho de naturaleza plurisubjetiva, que afecta a la ciudadanía, un interés difuso para que se pueda acceder a la justicia, al respecto dice la Sala: “El mecanismo que garantiza la observancia del principio en mención [legalidad], deriva del mismo texto de la Constitución, que permite al ciudadano someter *al control jurisdiccional* las actividades de las autoridades que consideran que se han apartado de los cauces legales previamente determinados”. Y no puede ser de otra manera, porque no puede existir impunidad en las actuaciones ilegales, y no puede haber indefensión de quien las ha sufrido, haciendo que disminuya el Estado de Derecho.

De la misma manera expone la SCA que, es el Tribunal *competente* para conocer de las controversias que surjan sobre la legalidad de las actuaciones de la Administración Pública, porque así lo ha estipulado la Constitución en su Art. 172, y lo vincula como desarrollo de esa norma con el Art. 2 Lit. b de la LJCA(1978), precisando que la competencia CA es *especializada en razón de la materia*, y que su objeto no es el acto que se impugna, si no las pretensiones que se deducen, principalmente la *declaratoria de ilegalidad de los actos administrativos* pronunciados por la Administración.

Al admitir la demanda la SCA dijo: “(...) este Tribunal hace una nueva valoración respecto de tal posición, [admitir una demanda sobre el control de

los Actos Políticos o de Gobierno] atendiendo a lo señalado tanto doctrinal y jurisprudencialmente, pues en la actualidad ambas corrientes reconocen que, no hay campos totalmente exentos al control judicial. Tal postura obedece a la defensa de un derecho fundamental, el cual es, la tutela judicial efectiva por parte de los jueces y tribunales, evitando con ello que exista un margen de indefensión para el administrado que le denieguen el acceso a la justicia(..)”

Así, los Actos Políticos o de Gobierno como manifestaciones de la actividad pública, cuyo rasgo más característico es su *discrecionalidad*, *no pueden quedar sin control*, tal como lo dice la SCA: “(...) la labor que compete a los Jueces de juzgar la Administración es plena, en el sentido que no puede haber actos emitidos que escapen al control, aún los de naturaleza política (...)”.

Entonces, los agraviados por un Acto Político de Gobierno, pueden comparecer a señalar que aquél *no ha cumplido con los requisitos formales*, que es hasta donde dicha Sala cierra la posibilidad de control. Pero además ese control es importante para posibilitar que el Estado funcione correctamente para sí, y para la sociedad.

4.2.3. Análisis de los fundamentos utilizados por la Sala de lo Contencioso Administrativo al conocer los actos políticos o de gobierno

Corresponde ahora realizar una valoración de los criterios que la SCA ha utilizado en el citado auto de admisión 328-2013. Destaca que la SCA hace énfasis en la discrecionalidad de los Actos Políticos o de Gobierno, la cual va más allá de la discrecionalidad administrativa, ya que aquella posee una naturaleza política.

Esta discrecionalidad opera en el campo de la denominada cuestión política, es por ello que se encuentra dotada de un *alto grado de libertad para decidir*. Es usual que ésta opere en asuntos vinculados con la política exterior y las relaciones internacionales, la defensa nacional y el régimen interior, la concesión de indultos, la conmutación de penas, etc.¹⁵⁵

Hablar de la discrecionalidad es cuando se deja la libertad del Órgano que realiza un acto, sobre la oportunidad, la forma y/o el contenido del acto. La discrecionalidad no conduce a arbitrariedad, puesto que al menos da la competencia y la finalidad del acto, presumiéndose que éste no puede ser ilegal, porque los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, siendo la Cn., garantía, entre otros valores al principio de legalidad, la seguridad jurídica y la responsabilidad de los poderes públicos, existiendo de esta manera límites jurídicos que permiten controlar judicialmente el ejercicio de esta actividad.

Cabe mencionar lo que señala el autor *“que se vuelve anticuado pensar que el poder judicial no puede revisar tal o cual aspecto discrecional de los Actos Políticos o de Gobierno”*¹⁵⁶.

Para que un acto no contenga arbitrariedad es indispensable que se expresen concreta y detalladamente las razones o motivos en que se fundan o amparan las bases de la decisión obtenida por un órgano concreto. Por ende, los ordenamientos jurídicos deben imponer a las actuaciones administrativas que verifiquen, en ejercicio de una potestad discrecional, la mención suficiente de los motivos que avalan que la misma es fruto del uso

¹⁵⁵Martha Irene Calderón Tarrillo, “La necesidad de reglamentar la facultad discrecional de la administración tributaria en el procedimiento de fiscalización”, (Tesis Doctoral, Universidad Nacional de Trujillo, Perú, 2017), 49-50.

¹⁵⁶Gordillo, Teoría General del Derecho Administrativo, 433

razonable de una potestad discrecional y no del capricho de los funcionarios que la utilizan, o de cualquier otra motivación ilícita o contraria a Derecho.¹⁵⁷

Es importante señalar cuando existe desviación de poder en el acto discrecional, es decir que se haga uso de la facultad para un fin diverso del planteado en la norma jurídica respectiva, se da lugar al control judicial CA, haciéndose notar que el acto discrecional es reglado y no se puede sustraer judicialización

Aunque existe el criterio que los Actos Políticos por estar dotados de discrecionalidad no pueden ser sujetos de control judicial, cada día se persuade que no debe excluir estos tipos de actos que, aunque muchos lo han querido desvincular de la función administrativa, son parte de la Administración, aunque tiene ciertos caracteres especiales y con una finalidad política que buscan la organización y subsistencia del Estado.

Ahora bien, corresponde desarrollar el tema de la Tutela Judicial Efectiva. Al respecto la SC se ha pronunciado¹⁵⁸ sobre este derecho diciendo que: “El derecho a la protección jurisdiccional conlleva, entonces, la posibilidad de que un supuesto titular del derecho o interés legítimo pueda acceder a los órganos jurisdiccionales a plantear su pretensión, o a oponerse a la ya incoada y a la obtención de una respuesta fundada en derecho a sus pretensiones o su resistencia, a través de un proceso equitativo tramitado de conformidad con la Cn., y las leyes correspondientes”.

¹⁵⁷Sala de lo Contencioso Administrativo, Referencia130-2005, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 29 de mayo de 2018).

¹⁵⁸Sala de lo Constitucional, *Sentencia de inconstitucionalidad* referencia40-2009/41-2009 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia. San Salvador, 2010).

De la anterior noción se advierte que esta protección jurisdiccional se manifiesta a través de cuatro grandes rubros: a) El derecho de acceso; b) el derecho a la gratuidad de la justicia; c) el derecho a una sentencia sin dilaciones indebidas, oportuna, fundamentada en derecho y congruente; d) a la tutela cautelar y a la garantía de la ejecución de la sentencia.¹⁵⁹

4.2.4. Fundamentos doctrinarios que sustentan la competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de los actos políticos o de gobierno

A lo largo del desarrollo del presente trabajo de investigación, se ha hecho relación a la necesidad de someter a control jurisdiccional los Actos Políticos o de Gobierno; sin embargo, no basta dicha premisa para tener por agotada la problemática circunscrita a la tutela judicial de los Actos Políticos.

Puesto que, además es necesario si se pretende brindar una solución completa que aúne en la consecución de un verdadero Estado Constitucional de Derecho que se determine cuál es la competencia jurisdiccional que deba dirimir los conflictos que versen sobre dichas actuaciones estatales, siendo necesario para tal efecto auxiliarse de los principios constitucionales que permitan justificar la idoneidad y competencia del ente jurisdiccional que debe aplicar dicho control.

Para ello como punto de partida, es importante destacar que aún al momento de entrar en vigencia la nueva LJCA(2018)¹⁶⁰, se ha sostenido que

¹⁵⁹Enrique Ulate Chacón, "Derecho a la Tutela judicial efectiva: medidas cautelares en el ámbito constitucional, comunitario e internacional", (Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 2007). 141-142

¹⁶⁰La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, (D.L. N° 760 de fecha 28 de agosto de dos mil diecisiete, publicado en el D.O. N° 209, tomo N° 417), de fecha nueve de noviembre de dos mil diecisiete, entró en vigencia el treinta y uno de enero de dos mil dieciocho.

la entidad judicial competente para dirimir las pretensiones que se deriven de Actos Políticos o de Gobierno ha sido la SC, en tanto que así lo ha sostenido dicho Tribunal Constitucional a través de la jurisprudencia emanada de dicha SC.

Sin embargo, tal y como se ha hecho alusión en el presente trabajo de investigación, es importante traer a colación también que dicha postura no ha sido la única que fue manifiesta en el desarrollo jurisprudencial del cual ha sido espectador la realidad salvadoreña, en tanto que la SCA, también ha dictado resoluciones en las que se ha pronunciado como la competente para dirimir las pretensiones incoadas en contra de actuaciones administrativas con fines políticos.

En tal sentido, aunque por evidente supremacía de parte del máximo ente jurisdiccional se ha sostenido la competencia por parte de la SC, de conocer sobre los Actos Políticos o de Gobierno, conociendo a través de los procesos de Amparo e Inconstitucionalidad, es menester aprovechando la entrada en vigencia de la nueva Ley LJCA(2018) el verificar de acuerdo a argumentos estrictamente jurídicos, si en efecto dicha SCA debe conforme a los principios constitucionales, y a las corrientes modernas del Derecho Administrativo conocer de la tutela judicial de los Actos Políticos o de Gobierno, o si por el contrario se ajusta al control judicial de la JCA.

4.2.4.1. Presupuestos que sustentan la competencia de los actos políticos o de gobierno a la materia Contencioso Administrativo

Históricamente en el Marco Jurídico Salvadoreño, desde la emisión de la LJCA(1978), se excluyó de forma explícita e incuestionable de la materia CA, el control judicial de los Actos Políticos o de Gobierno, puesto que así se enunciaba en el Art. 4 de dicho cuerpo legal, que disponía que: “No

corresponderá a la jurisdicción contencioso administrativa: a) los Actos Políticos o de Gobierno (...).”.

Por lo que en respuesta a dicha prohibición expresa, tan discorda con el Estado Constitucional de Derecho, y en un consecuente intento por hacer prevalecer el Principio Constitucional de la Tutela Judicial Efectiva, y en aplicación específica del Art. 2 Cn., que consagra el derecho que tiene toda persona a ser protegida en la conservación y defensa de sus derechos.

Resultó necesario que la SC se pronunciara al respecto, siendo la solución brindada por dicho Tribunal Constitucional la de adjudicarse por medio de las acciones de amparo e inconstitucionalidad el conocimiento de las pretensiones derivadas de los Actos Políticos o de Gobierno, sencillamente porque de acuerdo a dicha Ley no era posible que la SCA, fuere competente.

No obstante lo anterior, es importante advertir que dicha solución aunque de forma aparente brindaba da respuesta a la inseguridad jurídica generada por la imposibilidad de tutelar judicialmente las actuaciones de la Administración Pública, dictadas en el ejercicio de su función política, no la resolvía de forma plena; concretamente porque al estar en presencia de una prohibición que de forma manifiesta resultaba ser contraria a los principios necesarios para la consecución de un Estado de Derecho, como el de la Tutela Judicial Efectiva.

Es necesario que la SC, mucho más que buscar una solución que armonizara con dicha disposición legal a todas luces contraria a la Cn., de la República, debió dejarla sin efecto, es decir, anularla o declararla inconstitucional; simplemente porque no existe razón jurídica alguna para que

la JCA, siendo la competente en razón de la materia para dirimir las competencias que se susciten en relación a todas las actuaciones de la Administración Pública, deba abstenerse de conocer de aquellas dictadas en función política.

En atención al precedente que aconteció en torno a las demandas interpuestas ante la SCA, bajo las referencias 328-2013, 344-2013 y 345-2013, se abre la interrogante en relación a la idoneidad de la materia CA para ejercitar la acción Judicial respecto de los Actos Políticos o de Gobierno. En ese sentido, se ponderarán aspectos que posibiliten la consideración a desviar la competencia del control jurisdiccional de los Actos Políticos o de Gobierno, hacia la SCA, desde diferentes ópticas.

4.2.4.2. Presupuestos constitucionales

Como primer punto, es pertinente verificar si dentro de los parámetros Constitucionales, se advierte alguna exención o limitación que justifique impedimento alguno de exceptuar de la materia CA, el conocimiento de los Actos Políticos o de Gobierno.

A efecto de sustentar lo anterior, es importante advertir de primera mano que El Salvador siendo un país que se rige por un sistema de leyes e instituciones sometidas a la Cn., pretende erigirse como un Estado de Derecho; el cual se define como: “el Estado sometido al Derecho”; es decir, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley. El Estado de Derecho consiste así fundamentalmente en el “imperio de la ley”: Derecho y ley entendidos en este contexto como expresión de la “voluntad general”¹⁶¹.

¹⁶¹ Diego García Ricci, “Estado de Derecho y Principio de Legalidad”, 2 edición, (México: Derechos Humanos ediciones, 2011): 21.

Para que un Estado sea considerado un auténtico Estado de Derecho se requiere cumplir con ciertos requisitos, siendo estos¹⁶²: 1) Imperio de la Ley, 2) Separación de poderes, 3) Legalidad de la Administración, y 4) Derechos y Libertades Fundamentales; todos los cuales deben concurrir de forma tal que no exista la prevalencia de uno respecto a otro, sino en cambio, debe existir un equilibrio entre los mismos.

En tal sentido, es importante relacionar que la consecución de dichos requisitos no es un supuesto ajeno a la temática que ahora se aborda, referida a la tutela judicial de los Actos Políticos o de Gobierno; precisamente, porque es la aproximación al cumplimiento de todos los requisitos antes referidos en relación a dicha temática la que permitiría sostener cuál es el mecanismo a través del cual deben tutelarse judicialmente los Actos Políticos, o al menos si se pretende que dicho control sea acorde al Estado Constitucional de Derecho que pretende cimentar nuestra Cn., por lo que serán dichos requisitos sobre los cuales se pretenderá dar respuesta a la problemática que aborda la presente investigación.

a. *Imperio de Ley*: Tal y como lo afirma varios autores, el imperio de la Ley “Es la nota primaria y fundamental del Estado de Derecho”, puesto que básicamente, distingue a dicha forma de organización del Estado de otras en las que predomina la voluntad de particulares; y en nuestra Cn., dicho imperio se consagra de forma explícita al disponer el Art. 85 de la Cn., que nuestro Gobierno es Republicano, es decir, que se encuentra sujeto no a la voluntad de particulares, sino en cambio a la voluntad de la colectividad en general la cual se expresa de forma representativa a través de la Ley.

¹⁶² Elías Díaz García, “*Teoría General del Estado de Derecho*”, *Revista de estudios Políticos*, número 131, (1963): 29.

De tal forma, es un hecho que, si se pretende aproximarse a la consecución de un verdadero Estado de Derecho, debe respetarse la Ley, y aún mucho más que eso, deben crearse mecanismos legales a través del cual pueda hacerse efectivo el cumplimiento de la misma, en caso de existir contravención a la misma.

No obstante, es importante advertir que el respeto por dicha Ley, al menos en sentido formal, no es absoluto; en tanto que aun siendo dictado un marco normativo conforme al proceso de formación de Ley formal dispuesto en la Cn., de la República, ha sido dispuesto en nuestro sistema legal un orden jerárquico normativo que opera de forma tal, que no pueda un cuerpo normativo inferior contradecir a una disposición legal dispuesta en otro cuerpo legal de mayor jerarquía; siendo precisamente la Constitución el cuerpo normativo de mayor jerarquía al cual deben ceñirse todos las demás Leyes.

Puesto que así lo dispone de forma explícita el Art. 246 de la Cn., al disponer que: “Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Cn., no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio. La Cn., prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos”.

Continúan posteriormente en dicha jerarquía normativa los Tratados Internacionales, tal y como lo dispone el Art. 144 de la Cn.; para luego continuar las Leyes que sean decretadas por el Órgano Legislativo conforme al proceso de formación de Ley dispuesto a partir del Art. 133 de Cn.; y por último los reglamentos.

En virtud de lo anterior, es posible afirmar que nuestro ordenamiento jurídico se encuentra conformado por una unidad armónica de preceptos legales que en caso de no respetar el orden jerárquico antes referido, es

sujeta también a control por parte del Órgano Judicial, por ser precisamente quien vela por el cumplimiento de la Ley; y el cual hace efectivo para el caso de la Ley Formal por medio del control de constitucionalidad, del cual es competente la SC, tal y como lo establece el Art. 174 de Cn.; así como también los Juzgados por medio del control difuso, y es a través de la inaplicabilidad que puede ser declarada por los Tribunales, tal y como lo dispone el Art. 185 de Cn.

Lo anterior es referido por un simple motivo, si un precepto legal resulta ser contrario a la Constitución de la República, el mismo atenta contra el imperio de la Ley que define nuestro Estado Constitucional de Derecho y, por tanto, debe ser expulsado del mismo.

Ahora bien, es importante relacionar respecto a la tutela judicial de los Actos Políticos o de Gobierno, que conforme a lo dispuesto en el Art. 172 de Cn., corresponde al Órgano Judicial exclusivamente la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado en materias Constitucionales, Civil, Penal, Mercantil, Laboral, Agraria y de lo Contencioso Administrativo, así como en las otras que determine la Ley.

Lo anterior, en armonía con el Principio de la Protección Jurisdiccional dispuesto en el Art. 2 de Cn., como una manifestación del Principio de la Seguridad Jurídica, en específico, de la seguridad jurídica que hace referencia al correcto funcionamiento de las instituciones del Estado, entre ellas, los Tribunales que conforman el Órgano Judicial.

De tal forma, es importante advertir que la JCA, se ha erigido constitucionalmente como una rama del derecho sujeta a control judicial, sin excepción; concretamente, porque toda actuación de la Administración

Pública debe, conforme al Principio de la Tutela Judicial Efectiva, ser sujeta a la tutela judicial a efecto de examinar su legalidad, puesto que el no hacerlo impide erigir de forma acorde al Estado Constitucional de Derecho el imperio de la Ley al cual se hace referencia en la Cn., de la República.

De ello, puede concluirse de forma inequívoca que la prohibición antes dispuesta en la anterior LJCA(1978), y su exclusión tácita en la nueva LJCA(2018), atenta contra los preceptos constitucionales antes relacionados, sencillamente porque no es posible concebir que una actuación de la administración pública, aún a pesar de haber nacido en el ejercicio de una función política, pueda ser excluida del control judicial; porque dicho supuesto contraría la Cn., atentando de dicha forma no solo contra dicho cuerpo normativo, sino mucho más, en contra de la consecución de un verdadero Estado Constitucional de Derecho.

b. Separación de Poderes: La existencia de un régimen de separación o distinción de poderes es una exigencia ineludible para un Estado de Derecho: sin separación de poderes no hay, en rigor, Estado de Derecho; y para cumplir con dicho principio resulta imprescindible: primero, la creación de las leyes (Función Legislativa) la cual corresponde al Órgano Legislativo.

Segundo, la aplicación de las leyes (Funciones Ejecutiva y Judicial) que corresponde al Órgano Ejecutivo y Judicial¹⁶³, por su puesto con la salvedad de que cada uno de dichos poderes aplica la Ley de forma distinta, por una parte, el Ejecutivo ejerciendo su función de administración y dirección de la Administración Pública, y el Judicial por otra parte haciendo cumplir la Ley en el ejercicio del poder coercitivo del Estado.

¹⁶³ *Ibíd.*, 30.

En relación al presente trabajo de investigación, se observa que la emisión de los Actos Políticos o de Gobierno, corresponden a la Administración Pública, por lo que por excelencia son dictados por el Presidente de la República quien dirige el Órgano Ejecutivo, y de forma excepcional por parte de la Asamblea Legislativa, cuando en el ejercicio de una facultad expresamente establecida en la Constitución dicta uno de dichos Actos Políticos o de Gobierno, es decir, en aplicación de la Ley, en este caso de rango Constitucional.

A su vez, el control de la legalidad de dichas actuaciones corresponden al Órgano Judicial,¹⁶⁴ tal y como se relacionó al momento de desarrollar el Presupuesto del Imperio de la Ley dispuesto y liderado por nuestra Constitución; no obstante, en relación al Principio de la Separación de Poderes, lo importante es advertir como presupuesto de todo Estado Constitucional de Derecho la necesidad de desconcentrar el poder; el cual en un primer momento se manifiesta en la necesidad de separar el poder estatal en tres Órganos con funciones diferentes, siendo estos precisamente los Órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Dicho principio a su vez, se desarrolla en cada uno de los referidos Órganos, dentro de los cuales se establece para el correcto desarrollo de sus funciones y sus dependencias, cada una con facultades propias pero relacionadas siempre a la función que desempeña el Órgano central del cual depende.

¹⁶⁴ En todo Estado de Derecho resulta indispensable la independencia del poder judicial, esto es, que no se encuentre sometido a ningún otro poder. Sobre ello, Elías Díaz señala que no existe el Estado de Derecho cuando no exista un sistema judicial que garantice adecuadamente seguridad jurídica para todos; cuando falten las garantías procesales; cuando no sean respetados los derechos de los detenidos y procesados; cuando el poder político se inmiscuya en la impartición de justicia; cuando exista impunidad, y cuando se haga uso excesivo de las jurisdicciones especiales en oposición a la ordinaria.

En relación al Órgano Judicial de El Salvador, es importante relacionar que éste se encuentra compuesto por la CSJ, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás Tribunales que establezcan las leyes secundarias, tal y como lo establece el Art. 172 de Cn., la CSJ, a su vez, está compuesta de Cuatro Salas especializadas, correspondientes a la Sala de lo Civil, La Sala de lo Penal, Sala de lo Contencioso Administrativo y Sala de lo Constitucional.

Cada una de ellas, siendo los Tribunales de más alto rango jerárquico en cada una de sus competencias materiales. Lo anterior mucho más que ser una forma de organización, supone una premisa importante en relación al principio que ahora se desarrolla, y que además se relaciona íntimamente con los principios más esenciales de la Administración de Justicia.

Como resulta ser el hecho de que la competencia en razón de la materia es indelegable, y por tanto, es un hecho que no puede la SC, conocer sobre cuestiones que por su naturaleza debe conocer la SCA, esto a su vez en armonía con el mismo Art. 172 de Cn., el cual establece a las materias Constitucional y CA como ramas del conocimiento del Derecho separadas, y *por tanto sometidas cada una al conocimiento de entidades jurisdiccionales con competencia en cada una de dichas materias.*

A partir de lo anterior es importante rescatar que la naturaleza de los Actos Políticos o de Gobierno es la de ser actos administrativos, los cuales si bien es cierto han sido dictados no en el ejercicio de una función administrativa, sino en cambio en función política; no determina dicha función la naturaleza del acto, la cual continúa siendo de carácter administrativa, sino únicamente la finalidad del mismo, más no es ello impedimento suficiente para razonar la posibilidad de someter al conocimiento de la SC, actuaciones

que no son propias de su materia, como resultan ser los Actos Políticos o de Gobierno.

c. *Legalidad de la Administración*: Este componente del Estado de Derecho, se reduce a la interpretación del Principio legalidad, el cual, en un sentido general y primario, implica la supremacía de la Constitución y de la ley como expresión de la voluntad general, frente a todos los poderes públicos; no obstante, es importante referir que este principio se centra más en la sujeción de la Administración Pública al Principio de Legalidad, que a su vez también sustenta el Estado Constitucional de Derecho.

Actualmente se vuelve a entender el principio de legalidad en su sentido originario: todas las actuaciones de los poderes públicos deben estar legitimadas y previstas por la ley, de modo que la Administración sólo puede actuar allí donde la ley le concede potestades. Es decir, el Principio de Legalidad implica que la ley es el único mecanismo de atribución de potestades a la Administración.

De lo anterior se deriva el significado del Principio de Legalidad en materia administrativa, el cual consiste en que todas las actuaciones de las Administración pública deben estar sometidas a la Ley y al Derecho, el cual tiende a limitar el ejercicio del poder discrecional. Esa sumisión de la Administración a la ley, se manifiesta, sobre todo, a través de un sistema de control y responsabilidad de la Administración que asegure su comportamiento conforme a Derecho y que sirva de garantía a la seguridad jurídica de los particulares; se trata, pues, de un *control jurisdiccional contra las posibles infracciones legales llevadas a cabo por la Administración*¹⁶⁵.

¹⁶⁵Díaz, *Teoría General del Estado*, 33-34

Lo que caracteriza al Estado de Derecho es que la fiscalización jurisdiccional evita el absolutismo y la excesiva concentración de poder, poder ilimitado e incontrolado jurídicamente, en manos del Ejecutivo.

El control jurisdiccional de la Administración asegura su sumisión a la ley, su proceder conforme a Derecho y la garantía de los ciudadanos. En ese sentido se deduce que toda la actividad de la Administración debe sujetarse a un control jurisdiccional.

Ahora bien, los Actos Políticos o de Gobierno, constituyen actos propios de la Administración, claro es que a diferencia de los actos administrativos, los Actos Políticos de Gobierno poseen ciertos elementos que los elevan a una categoría especial, entre ellos, la discrecionalidad, que generó en su momento, fuertes polémicas respecto de su judicialización, situación que ha sido superada con las corrientes contemporáneas del Estado de Derecho; las cuales establecen la necesidad de tutelar toda actuación de la Administración Pública, independientemente de si fueron dictados en el ejercicio de una Función Administrativa o Política.

De acuerdo a lo enunciado en relación al Principio de Legalidad, desde la óptica del sometimiento de la administración a la ley, para dar cumplimiento con el mismo, deben existir mecanismos de fiscalización que controlen las actuaciones de la Administración Pública, siendo precisamente la JCA, la competente de conocer sobre las actuaciones de la Administración Pública, puesto que es sabido que la función jurisdiccional es única y exclusiva del Órgano Judicial, y que a su vez el ejercicio de dicha función se divide en función de la materia a la cual pertenezca la pretensión a tutelar judicialmente.

En relación a ésto, se ha referido anteriormente, que los Actos Políticos o de Gobierno, son actos especiales, pero están inmersos dentro de los actos administrativos, y siendo que los Actos Políticos o de Gobierno no constituyen una categoría distinta de los actos administrativos, ya que la esencia del Acto Político persiste, y consistente en ser básicamente un acto administrativo.

Asimismo, el Acto Político o de Gobierno, nace y se desenvuelve dentro de la rama del Derecho Administrativo, sin embargo, históricamente debido a la trascendencia sobre la cual versaba el contenido de dichos actos, puesto que se relacionan a la Función Política del Gobierno, se pretendían excluir de la jurisdicción estatal, no obstante, dicha concepción resultaba incompatible con el Estado de Derecho, puesto que siendo los Actos Políticos actuaciones de naturaleza administrativa, deben al igual que todas las actuaciones de los diferentes entes que conforman el aparato estatal, ser sometidos a una fiscalización efectiva por parte de los organismos judiciales.

En ese sentido, si los Actos Políticos o de Gobierno consagran actividades propias de la administración, aunado a la afinidad conceptual jurídica con los actos administrativos, es inminente no reconocer que los Actos Políticos o de Gobierno, deben estar sujetos al control de la actuación administrativa que propugna el Principio de Legalidad, el cual, se ejercita a través de la JCA.

En efecto, las herramientas legales que hacen posible la aplicación real y material de la justicia administrativa, se encuentran desarrolladas ahora en El Salvador a través de la LJCA(2018), la cual ha sido recientemente decretada el pasado 28 de agosto del 2017 y entrando en vigencia el 31 de enero del 2018.

Dicha Ley establece como el proceso judicial en el que se tutelan las acciones derivadas de las actuaciones de la Administración Pública, no obstante, aunque no se establece de forma explícita una prohibición en relación a la tutela de los Actos Políticos o de Gobierno, tal y como fue hecho en la anterior Ley, si es importante advertir que, aunque de forma tácita, se omitió reconocer la competencia sobre dichos actos administrativos.

Situación la cual atenta contra la premisa de la sujeción de la administración a la ley, puesto que, si dentro de su interpretación se verifica que en un auténtico Estado de Derecho no deben existir cuestiones exentas de poder, la exclusión jurisdiccional por la materia administrativa de la fiscalización de los Actos Políticos o de Gobierno, no cumple debidamente con la aplicación del Principio de Legalidad.

Por lo tanto, es pertinente y necesario que no se deje vacíos legales concernientes a la judicialización de los Actos Políticos o de Gobierno, la cual, provocan controles aplicados en torno a la practicidad y no la idoneidad, ya que verificado que ha sido que los componentes y ejes que conforman los Actos Políticos o de Gobierno pertenecen a la rama Contencioso Administrativo, los conflictos que surjan respecto de la emisión, aplicación, efectos o legalidad de dichos actos, deben dirimirse en la JCA.

d. *Derechos y Libertades Fundamentales:* De acuerdo a lo dispuesto en el Art. 1 de la Cn., la persona humana es reconocida como el origen y el fin de la actividad del Estado; de forma tal que es posible afirmar que de nada sirve el establecer principios como el de la Primacía de la Ley, Separación de Poderes y Legalidad de la Administración para constituir un Estado de Derecho, si dicho Estado no tiene como finalidad primordial lograr la satisfacción de la persona humana organizada colectivamente en dicho Estado, es decir, el interés público.

En armonía con lo anterior dispone precisamente el Art. 86 de la Cn., que el poder público emana del pueblo, y que los Órganos del Gobierno lo ejercerán independientemente dentro de las respectivas atribuciones y competencias que establecen la Carta Magna y las Leyes, es decir, que la función pública obedece al interés público y, por tanto, también obedece las actuaciones de los funcionarios públicos a dicho interés general.

Sobre lo anterior hace referencia Elías Díaz al referir que “Un Estado de Derecho se debe insistir en dos cuestiones: primero, los derechos humanos se deben concretar y hacer efectivamente vigentes a través de su protección formalizada e institucionalizada en el ordenamiento jurídico positivo, pues, de lo contrario solo serán “grandes palabras”; segundo, los mecanismos socioeconómicos se deben dirigir y planificar con vistas a lograr para todos los hombres la realización efectiva material de esos derechos”.¹⁶⁶

Lo anterior se encuentra íntimamente relacionado a su vez con lo dispuesto en el Art. 2 de la Cn., el cual consagra el Derecho a la Seguridad Jurídica al establecer que toda persona tiene el derecho a ser protegida en la conservación y defensa de sus Derechos.

Es decir, tiene derecho a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional; y a su vez, tiene derecho a que las instituciones que conforman el Estado, de entre ellos la Administración de Justicia, dirija sus actuaciones en atención a dicho fin, es decir, la protección de los derechos de la ciudadanía, siendo dicha expectativa del correcto funcionamiento de la Administración Pública una manifestación también del Derecho a la Seguridad Jurídica, concretamente en su dimensión objetiva.

¹⁶⁶ *Ibíd.* 33

Lo anterior es importante advertirlo en relación a la temática de los Actos Políticos porque, siendo dichas actuaciones estatales investidas de una trascendencia particular, en tanto que obedecen a decisiones que de forma innegable pueden encausar de forma directa al funcionamiento del Aparato Estatal hacia el fin último dispuesto en el Art. 1 de Cn. o, por el contrario, pueden alejarse de dicho fin si dichos Actos Políticos fueron dictados con propósitos ajenos al mismo.

Es claro que las mismas se encuentran por su naturaleza controversial vulnerables a ser sometidos a excepciones infundadas que no resultan ser acordes con la Constitución, situación la cual debe ser evitada, sencillamente porque provoca una incerteza a la población en relación al Derecho que tienen de poner en movimiento el Órgano Judicial, derivada del trato especial que puede inferirse de la exclusión de los Actos Políticos o de Gobierno de la JCA, aun a pesar de ser de acuerdo a su naturaleza actos administrativos.

Consecuentemente, la persona humana en su dimensión colectiva, al ser el fin último del Estado, tiene el Derecho a dirigir sus pretensiones en contra de los Actos Políticos o de Gobierno de forma similar a los mecanismos utilizados para tutelar las pretensiones que versen sobre otras actuaciones de la Administración Pública, en resguardo del Derecho a la Seguridad Jurídica; puesto que siendo los Actos Políticos o de Gobierno en esencia actos administrativos, y por tanto correspondientes a la rama del Derecho Administrativo.

No es la importancia o trascendencia de dichos actos un razonamiento jurídico válido para extraer de la JCA, una competencia propia de su materia, ni tampoco es un criterio jurídico válido para que en contra de los principios que sustentan el Estado Constitucional de Derecho se delegue competencia a

una diferente, como resulta serlo la competencia en materia Constitucional, puesto que afirmarlo supondría la emisión de resoluciones que no son propias de la competencia material de la SC.

Derecho Comparado: La forma y autoridad ante la cual se judicializan los Actos Políticos o de Gobierno en otros países, también sirve de parámetro para identificar y ponderar la materia idónea y competente del órgano jurisdiccional ante la cual deben dirimirse las cuestiones justiciables de dichos actos.

En ese sentido, el derecho comparado, sirve muchas veces de guía en el desarrollo de tópicos jurídicos cuando la escasa producción e investigación jurídica, frena y contiene el desarrollo de instituciones jurídicas de relevante importancia, para el caso, en la materia contencioso administrativo; por lo que habiéndose determinado que para la consecución de un verdadero Estado de Derecho corresponde a la JCA, conocer de las pretensiones que versen sobre los Actos Políticos o de Gobierno.

Resulta importante verificar si dicho criterio a su vez es congruente con el desarrollo y evolución en la rama del Derecho Administrativo que ha sido manifiesta en otros países, como lo es en el caso del país de España y Colombia, lo cual anteriormente, en el capítulo 3 se desarrolló, dicho control judicial en esos países.

Ha quedado claro que en la actualidad, el modelo de Estado de Derecho no permite actuaciones de la Administración que estén exentas de control, por lo que irremediablemente deben existir organismos y procedimientos judiciales que garanticen la defensa de los derechos de los administrados, sin embargo, no basta con reconocer la tutela judicial, El

Salvador debe de garantizar la Seguridad Jurídica, así como el Principio de Legalidad, permitir la atribución judicial de los Actos Políticos o de Gobierno, a la JCA.

Consecuentemente es posible sostener tanto en base a los Principios Constitucionales que sustentan al Estado Constitucional de Derecho, así como también sobre la base del Derecho Administrativo comparado, que permite hacer referencia al desarrollo normativo de los Actos Políticos o de Gobierno en otros países más desarrollados en el área del Derecho Administrativo; que los Actos Políticos o de Gobierno, por una parte, no pueden ser excluidos de la tutela jurisdiccional; y por otra, que siendo los Actos Políticos en esencia actuaciones de naturaleza administrativa, compete conocer de los mismos la JCA.

4.3. La nueva ley de la jurisdicción contencioso administrativo ljca, 2018 frente al control de los actos políticos o de gobierno

Con la vigencia de la nueva LJCA(2018), el control de los actos administrativos se vio completamente modificada, suponiendo inclusive un cambio en la estructura organizacional de la CSJ, mediante la inclusión de nuevos Tribunales, la consecuente inclusión de una nueva instancia, y como no, la regulación de nuevos procesos que por su importante distinción respecto a los regulados en la anterior LJCA(1978), permite afirmar que se encuentra en presencia de un nuevo PRCA.

Sobre el control ejercido por dicho nuevo proceso en los actos administrativos, y especialmente respecto a los Actos Políticos o de Gobierno versará el presente capítulo, matizado con las evidentes distinciones y particularidades que se contraponen al PRCA que se encontraba regulado en la Ley derogada.

Sobre la exclusión de los Actos Políticos o de Gobierno de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo

La anterior LJCA(1978), establecía en su Art. 4 letra a, que los Actos Políticos o de Gobierno no podían ser puestos al conocimiento de dicha Jurisdicción. En la LJCA(2018), el único artículo que establece exclusiones son las dispuestas en el Art. 11 de la referida Ley, de entre las cuales en *ninguna parte aparecen consignados de forma explícita los Actos Políticos o de Gobierno.*

Lo anterior podría hacer caer en la afirmación errónea de que por no encontrarse de forma explícita la restricción que había sido claramente determinada en la Ley derogada, nuestro Legislador optó por incluir de forma tácita dentro del catálogo de actuaciones tutelables dentro de la JCA aquellas referidas a los Actos Políticos o de Gobierno; no obstante, basta con hacer un análisis de ciertos preceptos legales de la LJCA(2018), para determinar *con certeza que los Actos Políticos o de Gobierno se encuentran excluidos de la JCA.*

Para ello conviene relacionar que, tal y como se ha desarrollado, los Actos Políticos o de Gobierno son actos emanados del Presidente de la República y por la Asamblea Legislativa; y por tanto, conforme a lo dispuesto en el Art. 14 de la LJCA(2018), es posible afirmar que en efecto, sus actuaciones pueden ser tuteladas ante dicha jurisdicción, concretamente, siendo competente para hacerlo la SCA.

El Art. 14 de laLJCA(2018) al disponer que: *“La SCA, de la CSJ conocerá: a) En única instancia, de las actuaciones del Presidente y del Vicepresidente de la República, tratándose del ejercicio de función*

administrativa; b) En única instancia, de las actuaciones del Presidente, la Junta Directiva, o el pleno de la Asamblea Legislativa, tratándose de función administrativa". (cursivas propias)

Sin embargo, es necesario hacer notar que dichos preceptos legales, además de establecer la posibilidad de tutelar ante la JCA, las actuaciones de la Presidencia de la República y la Asamblea Legislativa; supone además el establecimiento de exclusiones que no se encontraban dispuestas en las determinadas por el Art. 11 de la referida Ley; específicamente porque de acuerdo a dicho artículo las actuaciones del Presidente de la República y de la Asamblea Legislativa (así como también se disponen como tutelables las actuaciones del Presidente y los Magistrados de la CSJ), pueden ser objeto de la JCA, pero únicamente cuando dichas actuaciones se produzcan en el ejercicio de una función administrativa.

Ciertamente, es un hecho que los Actos Políticos o de Gobierno, de acuerdo a su naturaleza son actos administrativos; sin embargo es importante hacer notar que el legislador al hacer referencia a la "Función administrativa", no pretende referirse a la naturaleza de los actos, sino en cambio; a la finalidad del mismo; es decir, que la función administrativa conceptualmente pretende diferenciar a los actos administrativos que tienen por finalidad ejercer una función administrativa o de organización, de aquellos actos administrativos que tienen por finalidad ejercer una función política, siendo estos precisamente los Actos Políticos o de Gobierno.

En tal sentido, el legislador al referir expresamente que la SCA, puede conocer de las actuaciones del Presidente y del Vicepresidente de la República, y de las actuaciones del Presidente, la Junta Directiva y del Pleno de la Asamblea legislativa, tratándose de función administrativa, tiene por

explicación la intención evidente por parte del legislador de excluir del conocimiento de la SCA, los Actos Políticos o de Gobierno, es decir, todas aquellas actuaciones emitidas en función política.

Sobre lo anterior, es importante relacionar que lo anterior se encuentra de sobremanera evidenciado al advertir que en el Anteproyecto de la LJCA el Art. 14, que relaciona la competencia de la SCA, se regulaba de forma distinta a la dispuesta en la nueva Ley.

Tal y como puede advertirse de dicha disposición, en el anteproyecto de la LJCA, la SCA, era competente de conocer de la actuaciones del Presidente de la República, sin distinguir si estas actuaciones fueron emitidas en función administrativa o en función política, de forma tal que dicho Tribunal era competente para conocer de los Actos Políticos o de Gobierno.

No obstante, dicha disposición fue modificada en la nueva Ley, en la que se especificó que las actuaciones del Presidente de la República serían tutelables en la JCA, pero únicamente aquellas que sean emitidas en función administrativa, es decir, excluyendo de forma tácita los Actos Políticos o de Gobierno.

Consecuentemente, es posible concluir que, aunque en la LJCA(2018), no se excluya explícitamente los Actos Políticos o Gobierno de la competencia de la JCA, tal y como ocurría en la ley derogada; al determinar el legislador que únicamente compete a la SCA, conocer de las actuaciones que sean emitidas en función administrativa, se excluye de forma tácita la tutela judicial de los Actos Políticos o de Gobierno.

4.4. Validez de los elementos de la estructura del acto político o de gobierno controlado por medio del auto de admisión 328-2013 por la SCA

Se analiza los elementos del acto que se ha llevado a cabo, es necesario hacer su valoración, por la razón, que todo acto debe cumplirlos para que alcancen su validez, porque al carecer de ellos, no logran alcanzar la perfección y por tal motivo son inválidos.

Bien se sabe que en Derecho Administrativo se conoce cuatro elementos básicos, según lo desarrolla el doctrinario, el cual establece, el sujeto como elemento subjetivo, el objeto como elemento objetivo, el fin como elemento teleológico o causal y las formas o elemento formal. Estas serían las partes primordiales revisar en todo acto emitido para ser válido.¹⁶⁷ Y que según la estructura del Acto Político o de Gobierno que fue admitido por la SCA.

4.4.1 Elemento subjetivo

Primeramente se debe ver que el acto haya sido dictado por el Órgano competente para que cumpla el primer elemento de validez, y esto debe ser regulado por la norma Constitucional, y quien lo emite es el o los funcionarios públicos designado según dicha norma.¹⁶⁸ Este sujeto debe cumplir con el nombramiento legal y haber tomado su cargo, para desempeñar la competencia asignada en el Órgano competente, porque si no fuera así, se hablaría de un acto ilegal.

¹⁶⁷Gamero, *Derecho Administrativo*, 19

¹⁶⁸Ibíd.

a) Sujeto: Sujeto activo es quien emitió este acto, siendo la Asamblea Legislativa, la titularidad y potestad para dictarlo se la da el Art. 131 de la Cn., *“Elegir por votación nominal y pública a los siguientes funcionarios: Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo Electoral, Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República, Fiscal General de la República, Procurador General de la República, Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos y Miembros del Consejo Nacional de la Judicatura”*.

b) El sujeto pasivo: en este caso es el pueblo, puesto que sus efectos son de alcance general.

4.4.2 Manifestación de voluntades

Se exterioriza el Acto de Gobierno atendiendo necesidades del Estado, como lo es la elección de Magistrados.

4.4.3 Elemento Objetivo

Este elemento tiene relación con el contenido o fondo del asunto del acto, como lo señala el profesor Doctor Henry Mejía, *“es lo que la Administración declara, dispone certifica o juzga...suele expresarse en la parte dispositiva o resolutive del acto”*¹⁶⁹.

a) Objeto: Esta actividad la desarrolla el Órgano Legislativo, en sus facultades Constitucionales para el correcto funcionamiento del Estado como objeto principal de los Actos Políticos o de Gobierno en la elección de magistrados período dos mil nueve a dos mil dieciocho.

¹⁶⁹ Mejía, *Manual de Derecho Administrativo*, 181.

4.4.4 Elemento teleológico

Es la finalidad del acto, es el para qué del acto, Gamero Casado establece que la finalidad y la causa deben coincidir para que sea el acto válido, así mismo señala que la SCA ha acogido esta última idea, que la causa es el fin previsto en la norma y motiva la concreta razón por la que el funcionario dicta el acto.¹⁷⁰

En líneas del libro del Doctor Henry Mejía, define que el elemento teleológico es el resultado metajurídico y objetivo último que persigue el acto en relación a la causa buscando la satisfacción del interés público.¹⁷¹

a) Finalidad: En el caso planteado la finalidad del acto, como se dijo anteriormente en el objeto, la finalidad superior de los Actos Políticos o de Gobierno es el funcionamiento del Estado y esto consiste en atender necesidades sociales o colectivas, siendo estas de índole político, como establece el autor Marienhoff este busca dirigir e impulsar una buena política buscando el interés general.¹⁷²

4.4.5 Elemento Formal

Son aquellos requisitos para la elaboración del acto. Estos requisitos son según Gamero Casado, las formalidades, la forma en sentido estricto y la motivación como requisito de forma.¹⁷³

¹⁷⁰ Gamero, *Derecho Administrativo*, 23.

¹⁷¹ Mejía, *Manual de Derecho Administrativo*. 183-184.

¹⁷² Marienhoff, *Derecho Administrativo*, 687.

¹⁷³ Gamero, *Derecho Administrativo*, 24-25.

a) Forma: El acto emitido en estudio se realiza de forma escrita, tal como lo es el D.L.N° 71, de fecha dieciséis de julio del 2009, publicado en el D.O. N° 133, Tomo 384 del 17 de julio del 2009.

4.4.6 Motivo

Es un elemento esencial del acto, y debe contener los fundamentos de hecho como de derecho, se habla que tiene mucho que ver con el principio de razonabilidad,¹⁷⁴ alejando la arbitrariedad¹⁷⁵.

Esta suele consistir en declarar que se ha cumplido con los presupuestos hecho que dan lugar a la aplicación del Acto Político en este caso, así como el fundamento normativo del acto. Según el autor Martin-Retortillo la motivación tiene triple finalidad, primero, que opera como mecanismo de control, porque su motivación puede ser destruida por quien se oponga; segundo, logra precisar con mayor certeza y exactitud del contenido de la voluntad de quien la emite, siendo un elemento interpretativo; tercero, sirve como elemento justificativo para quien lo emite.¹⁷⁶

La necesidad de motivación que obliga a descubrir cualquier indicio de arbitrariedad, es decir, de falta de razonabilidad que pueda advertirse en la motivación, integrada no sólo por los fundamentos de que se acompaña la decisión, sino también de los informes previos, de tipo jurídico y fáctico, en que el Órgano Constitucional se apoya. Esto es también una referencia a la desviación de poder.¹⁷⁷

¹⁷⁴Bartolomé A. Fiorini, "Manual de Derecho Administrativo", Tomo I (Buenos Aires, 1968), 340.

¹⁷⁵ Marienhoff. *Derecho Administrativo*, 333 y 336.

¹⁷⁶ Gamero, *Derecho Administrativo*, 27.

¹⁷⁷ Alfredo Gallego Anabitarte, y Ángel Menéndez Rexach, *Comentarios a las Leyes Políticas*, tomo VIII, (España Madrid, 1985), 141.

La SCA se pronunció “En reiteradas ocasiones esta Sala ha manifestado que el acto administrativo está configurado por una serie de elementos objetivos, subjetivos y formales, que deben concurrir en debida forma para que el acto se constituya válido”. La doctrina establece que basta la concurrencia de vicios en uno de los elementos para que el acto como tal se torne ilegal.

La Ratio essendi¹⁷⁸ de la motivación permite ejercer un control de legalidad, constatando ciertas razones, éstas deben de estar fundadas en el Derecho, y debe de ajustarse a los fines que persigue la normativa aplicable.

La doctrina coincide en otorgar a la motivación como principal finalidad: desde el punto de vista interno, es asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración; desde el terreno externo, formal, constituye una garantía para el interesado que podrá así impugnar en su caso el acto, atacando las bases en que se funda. Con ello, la motivación también incide en el control jurisdiccional, en tanto posibilita el análisis del criterio de decisión.¹⁷⁹

Luego establece “el incumplimiento de la obligación de motivar adquiere connotación constitucional, por cuanto su inobservancia incide negativamente en la seguridad jurídica en un proceso, en el sentido que al no exponerse la argumentación que fundamente los proveídos de la autoridad, no pueden los gobernados observar el sometimiento de los funcionarios a la ley, ni permite el ejercicio de los medios de defensa, especialmente el control a posteriori por la vía del recurso”¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Razón de ser.

¹⁷⁹Sala de lo Contencioso Administrativo, Referencia 119-2005, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018).

¹⁸⁰Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo*, Referencia 988-2002, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2003).

4.5. Actos políticos o de gobierno señalados en la Constitución de la República, emitidos por el Órgano Ejecutivo y Legislativo

4.5.1. Actos políticos o de gobierno emitidos por el Órgano Ejecutivo

1) Dirigir las relaciones Diplomáticas exteriores (Art.168 ord. 5 Cn.) a) Designación de embajadores; b) Entablar o romper relaciones diplomáticas; 2) Nombramiento de altos cargos (Art. 162 Cn.); 3) Conmutación de penas (Art. 168 ord. 10 Cn.); 4) Régimen de excepción (Art. 29 y sig. Cn.) - *Lo dicta tanto el Órgano Legislativo como el Órgano Ejecutivo*; 5) Asilo político (Art. 28 Cn.); 6) Elaboración del plan general del Gobierno (Art. 167 ord. 2, Cn.); 7) Declaración de secretos de Estado (Art. 168ord.7 Cn.); 9) Nombramiento de Gobernadores (Art. 200 Cn.)

4.5.2 Actos políticos o de gobierno emitidos por el Órgano Legislativo

- a) Elección de Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo Electoral, Presidente y Magistrados de la Corte de cuentas, Fiscal General de la República, Procurador General de la República, Procurador para la defensa de los Derechos Humanos y miembros del Consejo Nacional de la Judicatura (Art. 131 ord. 19 Cn.); 2) Declarar la Guerra y ratificar la paz, según informe del Órgano Ejecutivo (Art. 131 ord. 25 Cn.).
- b) Conceder amnistía por delitos políticos o comunes conexos con éstos, o por delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte; y conceder indultos, previo informe favorable de la Corte Suprema de Justicia (Art. 131 ord. 26 Cn.);
- c) Permitir o negar el tránsito de tropas extranjeras por el territorio de la República, y el estacionamiento de naves o aeronaves de guerra de

otros países, por más tiempo del establecido en los tratados o prácticas internacionales (Art. 131 ord. 29 Cn.).

- d) Elegir, para todo el período presidencial respectivo, en votación nominal y pública, a dos personas que en carácter de Designados deban ejercer la Presidencia de la República, en los casos y en el orden determinado por esta Constitución (Art. 131 ord. 17 Cn.);
- e) Declarar, con no menos de los dos tercios de votos de los Diputados electos, la incapacidad física o mental del Presidente, del Vicepresidente de la República y de los funcionarios electos por la Asamblea, para el ejercicio de sus cargos, previo dictamen unánime de una Comisión de cinco médicos nombrados por la Asamblea (Art. 131 ord. 20 Cn.)

4.5.3. Breve comentario a la demanda interpuesta en la Sala de lo Contencioso Administrativo, por la no elección de Magistrados, en el año dos mil dieciocho

La Sala de lo Contencioso Administrativo, en fecha veintinueve de noviembre de dos mil dieciocho, bajo la referencia 2-18-PIA-SCA, emitió la resolución de la admisión de la demanda interpuesta por el licenciado Manuel Ernesto Escalante Saracais, en calidad de apoderado judicial de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, y Director del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (IDHUCA), actuando en tal calidad por la delegación realizada por el señor José María Tojeira Pelayo, cumpliendo con los requisitos legales previstos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo para su admisión.

Dicha demanda fue interpuesta en contra del pleno de la Asamblea Legislativa, por inactividad consistente en “*no ejecutar sus obligaciones de elegir, renovar y nombrar la tercera parte de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, correspondiente al periodo 2018-2027*”; y asimismo demanda por Responsabilidad Patrimonial en contra de los ochenta y cuatro diputados propietarios que forman parte de la Asamblea Legislativa. Corriéndose traslado a los diputados para que contesten la demanda interpuesta en su contra.

A pesar que se ha comparecido a las instalaciones respectivas para que proporcione la demanda interpuesta por la persona ante relacionada, solamente se proporcionó la admisión de dicha demanda, la cual consta de tres folios, y en síntesis, que el motivo que impulso a interponer la demanda fue que, el pleno de la Asamblea Legislativa no cumplía con sus obligaciones de elegir o nombrar a los Magistrados de la CSJ, para el periodo del año 2018-2027, asimismo se desconoce, si la Asamblea Legislativa contesto en el plazo determinado la demanda.

Los diputados eligieron en fecha 16 de noviembre del 2018, a cuatro magistrados que formarían parte de la Sala de lo Constitucional, y un Magistrado de la Sala de lo Civil, con sus respectivos suplentes, los cuatro Magistrados Constitucionales concluyendo su mandato en fecha quince de julio de dos mil dieciocho, eligiendo los diputados a los 121 días después que los puestos quedaran vacantes, causando una mora en más de 900 procesos constitucionales.

Como trabajo de investigación es de interés la demanda interpuesta, porque es de beneficio para nuestro tema, siendo que la inactividad de la no elección de los magistrados, es un claro ejemplo de los Acto Político o de

Gobierno, atribución que le consigna la Constitución, para que los Diputados puedan elegir a los Magistrados para que cumplan las funciones delegadas en el periodo consignado. Asimismo, la no elección de los magistrados genera indefensión para los ciudadanos, que interponen sus demandas, resolviéndose sus peticiones de forma tardía, afectando sus derechos a una respuesta pronta y cumplida justicia, además vulnerándose el derecho a la Inseguridad Jurídica

4.6. Comprobación de cumplimiento de las hipótesis, objetivos y planteamiento del problema

4.6.1. Hipótesis general

4.6.1.1. Los fundamentos utilizados por la Sala Contencioso Administrativa para adjudicarse el conocimiento de los actos políticos o de gobierno

La SCA admitió demandas interpuesta en dicho ente, en el cual se realizó el auto de admisión *bajo la referencia 328-2013, 344-2013 y 345-2013*. En el cual dicha SCA, realizó un análisis exhaustivo para su admisión, en ello, la SCA hace alusión al Art. 172 de la Cn., donde establece que el Órgano Judicial es quien juzga y ejecuta lo juzgado, es decir, relacionado con el Principio de División de Poder, que sólo este Órgano puede realizarlo, en materias como lo es CA, y además vincula esta competencia con un principio que lo hace pleno, el de independencia judicial, que establece que los jueces y magistrados deben ser ajenos a influencias externas porque están obligados por la Constitución y demás leyes.

Respecto al Derecho de Tutela Judicial Efectiva, es el derecho de toda persona *a acceder a los Órganos de administración de justicia para hacer*

valer sus derechos e intereses, y se encuentra integrado por: El derecho de acceso, el derecho a la gratuidad de la justicia, el derecho a una sentencia sin dilaciones indebidas, oportuna, fundamentada en derecho y congruente, a la tutela cautelar y a la garantía de la ejecución de la sentencia.

Así, los Actos Políticos o de Gobierno como manifestaciones de la actividad pública, cuyo rasgo más característico es su discrecionalidad, no pueden quedar sin control, tal como lo dice la SCA: “(...) la labor que compete a los Jueces de juzgar la Administración es plena, en el sentido que no puede haber actos emitidos que escapen al control, aún los de naturaleza política (...)”. La JCA conforme a la Cn., permite el acceso a la JCA para la defensa de todos los Derechos Constitucionales y, para dotarle de efectividad, y debe permitirse el acceso a la participación de todos los justiciables.

La SCA, al realizar una nueva valoración respecto de tal posición, al admitir una demanda sobre el control de los Actos Políticos o de Gobierno, atendiendo a lo señalado tanto doctrinal y jurisprudencialmente, pues actualmente ambas corrientes reconocen *que, no hay campos totalmente exentos al control judicial*. Tal postura obedece a *la defensa de un derecho fundamental, el cual es, la tutela judicial efectiva por parte de los jueces y tribunales*, evitando con ello exista un margen de indefensión para el administrado que le denieguen el acceso a la justicia.

4.6.2. Hipótesis específica

4.6.2.1. En la actualidad la doctrina del derecho administrativo afirma que los actos políticos o de gobierno deben ser controlados

Actualmente el tema de los Actos Políticos o de Gobierno, y su control jurisdiccional a través de la vía CA, ha sido uno de los problemas al que se

enfrente la doctrina Derecho Administrativo de todos los tiempos; los juristas del derecho han logrado abordar y desarrollar el tema en la actualidad, para brindar una respuesta a la presente hipótesis, es necesario remitirse a la bibliografía de diferentes autores, que han desarrollan el actual control de los Actos Políticos o de Gobierno, a través de la JCA.

Es así que, el propio concepto de Acto Político o de Gobierno se encuentra actualmente fuera del ámbito del Derecho Público Europeo¹⁸¹. El TSE, al emitir una resolución bajo la referencia 2000 – 289, determino que, se ha hecho desaparecer legalmente la noción de Acto Político como causa de exclusión del control judicial de los Actos Políticos o de Gobierno. Siendo así que, toda actividad del Órgano Ejecutivo y Legislativo, debe someter al control del orden JCA.

Los autores, coincidieron que, en el marco Constitucional y jurídico Administrativo actual, la categoría del Acto de Gobierno está fuera de contexto y no es necesaria en tanto que los actos administrativos y los Políticos no tiene una diferencia de naturaleza que *los haga someterse a distintos regímenes de control*, la diferencia entre los Actos de Gobierno y los Administrativos es únicamente por ser actos discrecionales, y que a pesar por su grado de discrecionalidad, no deben existir actos exentos de control judicial

Es necesario destacar que en la actualidad las corrientes de pensamientos del Derecho Administrativo conciben al Acto Político de la misma naturaleza de los actos administrativos y no tiene existe diferencia entre ambas, a raíz de este pensamiento se determinó que la vía idónea del control judicial de los Actos Políticos es la CA.

¹⁸¹García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*. 536

El autor considera que: “la forma limitada que tiene la jurisdicción contencioso administrativa de conocer de los Actos Políticos puede resultar inconveniente, ya que situaciones tales como el plan de Gobierno, la conducción de las relaciones internacionales, las decisiones relativas a la defensa del Estado y la seguridad interna son atribuciones que, a raíz de las ambigüedades legales puede resultar objeto de injerencias indebida al Principio de División de las funciones de los Órganos del Estado, puesto que, la dimensión de los elementos reglados de los Actos Políticos pudiera estar sujeto a diversas interpretaciones de acuerdo al operador del derecho que juzgue el acto”¹⁸²

Las magistradas salvadoreñas, ha manifestado que, es necesario la reforma al Ordenamiento Jurídico (Derecho Administrativo), específicamente en el Art. 4 letra a, de la LJCA derogado y que los Actos Políticos o de Gobierno es un concepto que en la actualidad ya no se encuentra presente en el Derecho Público Europeo, a raíz de esta superación de Acto Político, no debe existir ningún acto que esté exento de Control Judicial.¹⁸³

Se considera que los Actos Políticos, fueron en último término señalados por el Consejo de Estado Francés para excluirlo de total control, sin otro fundamento más que el que puede otorgar la cual la considera como la Arbitrariedad, la doctrina contemporánea de Derecho Administrativo de acuerdo con este autor acepta que los Actos Políticos no son más que actos administrativos, e incluso Legislativos, de contenido político”¹⁸⁴

¹⁸² Gamero, . *Derecho Administrativo Monografías*. 38

¹⁸³ Dafne Sanchez, “Necesidad de una Ley de Procedimientos Administrativos Uniforme”, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Congreso Internacional de Derecho Administrativo, 2011).11

¹⁸⁴ Pérez, *Los Derechos fundamentales*. 207-209.

Conforme lo anteriormente relacionado, se determinó que, en el presente trabajo de investigación, si se ha cumplido con la Hipótesis Especifica, en cuanto que la doctrina actual de Derecho Administrativo afirma que la competente para conocer de las controversias que susciten del control de los Actos Políticos o de Gobierno, es la JCA, como lo conciben los juristas y doctrinarios del derecho, que no debe existir áreas y actos exento de control judicial.

4.6.2.2. Es conforme con la Constitución de la República que los actos políticos o de gobierno, sean justiciable a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo

Para dar respuesta a la presente hipótesis, se debe remitir a principios constitucionales importantes, que sirven para fundamentar el control judicial de los Actos Políticos o de Gobierno a través de la vía CA.

Para ello, es importante relacionar respecto a la tutela judicial de los Actos Políticos o de Gobierno, que conforme a lo dispuesto en el Art. 172 de Cn., corresponde al Órgano Judicial exclusivamente la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado en materias Constitucionales, Civil, Penal, Mercantil, Laboral, Agraria y de lo Contencioso Administrativo, así como en las otras que determine la Ley; lo anterior, en armonía con el Principio de la Protección Jurisdiccional dispuesto en el Art. 2 de la Cn., este principio constituye el instrumento de que se vale el Estado para satisfacer las pretensiones de los particulares en cumplimiento de su función de administrar justicia.

Además, que esté principio es el que promueve la eliminación de ámbitos de inmunidad frente al control judicial, donde no puede existir determinadas actuaciones de los Órganos de Gobierno se quede sin una revisión judicial.

De igual manera como una manifestación del Principio de la Seguridad Jurídica, en específico, de la seguridad jurídica que hace referencia al correcto funcionamiento de las instituciones del Estado, entre ellas, los Tribunales que conforman el Órgano Judicial.

El Principio de Independencia entre los poderes de la República: promueve el libre ejercicio de las funciones que corresponde a cada uno de ellos, sin obstaculizarse entre sí, salvo cuando la Constitución así lo establezca.

Con lo anteriormente relacionado, puede concluirse que la prohibición del conocimiento de los Actos Políticos o de Gobierno a través de la SCA, sencillamente porque no es posible concebir que una actuación de la administración pública.

Aún a pesar de haber nacido en el ejercicio de una función política, pueda ser excluida del control judicial; porque dicho supuesto contraría la Constitución de la República, atentando de dicha forma no solo contra dicho cuerpo normativo, sino mucho más, en contra de la consecución de un verdadero Estado Constitucional de Derecho.

4.6.2.3. El artículo 4 de la ley de la jurisdicción contencioso administrativo, no impide que la Sala de lo Contencioso Administrativo conozca judicialmente de los actos políticos o de gobierno

La LJCA(1978), prohibía expresamente la judicialización de los Actos Políticos o de Gobierno, sin embargo la admisión de tres demandas –a relacionar: 328-2013, 344-2013 y 345-2013- por parte de la SCA, hizo variar el Art. 4 letra a, de aquella.

La Sala modificó sensiblemente el texto legal por medio de su jurisprudencia, lo que puede entenderse como una actualización de aquél, exigido por una visión completamente diferente del Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo, donde ya no se circunscribe a declarar la legalidad o no del acto administrativo, sino avanza a otros ámbitos, lo cual puede verse que ha sido lento, por ejemplo la nueva LJCA(2018), es la competente de conocer sobre los conflictos suscitados por contratos administrativos, que anteriormente eran competencia de Juzgados de lo Civil.

La jurisprudencia emitida por la SCA se basa en Principios de Separación de Poderes, Protección Jurisdiccional y no Jurisdiccional, Legalidad, Tutela Judicial que posibilitan que conozca de la legalidad o no de los Actos Políticos o de Gobierno, que deben entenderse como una especie de actos administrativos, cuyo rasgo más notorio es la discrecionalidad del poder que lo emite, lo que supera dos nociones anteriores: una, que dichos actos no podían ser judicializados por esa discrecionalidad, pero el control judicial es limitado a sus elementos reglados, y dos, que quien judicializa es una instancia procesal administrativa, como control de las actuaciones estrictamente del Gobierno del Estado.

Así, los criterios que usó la Sala para admitir han sido correctos, y encaminan una nueva justicia administrativa que pueda controlar excesos del poder público. Ahora bien, si éste fue el panorama que se suscitó con la admisión de las tres demandas arriba señaladas durante la vigencia de la LJCA(1978) en el 2013, con la entrada de la actual LJCA(2018) el problema no se resuelve porque esta ley deja en el vacío el control de los Actos Políticos o de Gobierno.

Es decir, no se pronuncia explícitamente si tiene competencia ni lo contrario, sólo lo hace de los actos administrativos en general, pero atribuidos

a Tribunales de Primera y Segunda Instancia, y sólo de actuaciones de los Órganos Ejecutivo y Legislativo cuando sea en función administrativa, no de Gobierno, por la SCA. A pesar de esto, los principios anteriormente invocados siguen siendo sólidos para sostener que la SCA radica la competencia para controlar los Actos Políticos o de Gobierno.

4.6.3. Objetivo general

4.6.3.1. Analizar los criterios que utilizó la Sala de lo Contencioso Administrativo para conocer los actos políticos o de gobierno

El objetivo general del presente trabajo de investigación se ha centrado en analizar cuáles fueron los criterios utilizados por la SCA para atribuirse la competencia para conocer de los Actos Políticos o de Gobierno, en contraposición directa a lo que fue determinado por la SC mediante resolución dictada a las quince horas y cuarenta minutos del 13 de agosto del 2013, en la que declaró *“inaplicables por inconstitucionales las resoluciones de admisión de 7-VIII-2013, pronunciadas por la SCA en los procesos 328-2013, 244-2013 y 345-2013, por vulnerar la independencia judicial -Art. 172 Cn.- mediante una avocación prohibida por el Art. 172, 174 y 183 de la Cn.”*

La SCA al admitir las demandas interpuestas con referencias ya señaladas en el presente trabajo de investigaciones, la SCA en su resolución hace una nueva valoración atendiendo a lo señalado doctrinal y jurisprudencialmente, pues en la actualidad ambas corrientes reconocen que No hay campos exentos al control judicial. Los criterios que la SCA ha utilizado en la nueva valoración, destaca que la SCA hace énfasis en la discrecionalidad de los Actos Políticos o de Gobierno, y habiendo jurisprudencia que señala que la discrecionalidad no constituye circulo de inmunidad, y en todo acto concurre elementos regales,

Compete a los juzgados determinar si la administración se apartó o no de sus facultades regladas, por lo tanto, compete a los jueces de juzgar a la administración es plena, en el sentido que no puede a ver actos emitidos que escapen a control, a un de naturaleza política.

Además, que la nueva postura de la SCA obedece a la defensa de un derecho fundamental, la Tutela Judicial Efectiva, por parte de los jueces y tribunales, evitando con ello que exista un margen de indefensión para el administrado que se le deniegue el acceso a la justicia, por el Principio de Tutela Judicial Efectiva todo juez o magistrado esta obligados a integrar en forma racional y razonable de sus decisiones.

La resolución judicial que la SCA fundamentó mediante la exposición de nuevos criterios la legalidad de tutelar judicialmente los Actos Políticos o de Gobierno por medio de la vía CA, criterios los cuales en cumplimiento del objetivo general de la presente investigación han sido analizados a la luz de la doctrina moderna del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia misma.

Además, que la SCA en fecha 26 de agosto de 2013, en la referencia 328-2013 en su resolución resolvió declarar *“sin lugar por improcedente la inaplicabilidad resuelta por la Sala de lo Constitucional”*; lo anterior es un importante cambio para el Derecho Administrativo salvadoreño, en tanto que no fue producto de dicha resolución que carece de argumentos, pues la SCA fundamento doctrinal, jurisprudencialmente y de conformidad a los Principios Constitucionales su resolución.

Y es que la figura de inaplicabilidad señalada por la SC, se consideró una forma de concentrar el poder absoluto de todos los juzgados y tribunales, dicha SCA también pronuncio que la SC, constituye una intromisión

desproporcionada e injustificada en la labor de la competencia asignada a la SCA, vulnerando el Principio de Independencia Judicial, ya que la SCA y SC son instancias distintas de competencias propias.

Por lo tanto, se puede concluir que el objetivo general planteado fue positivamente abordado, y que a partir del cumplimiento del desarrollo del mismo, pudieron obtenerse todos los elementos necesarios para lograr el cumplimiento de todos los objetivos específicos que habían sido planteados

4.6.4. Objetivos específicos

4.6.4.1. Investigar si existen suficientes fundamentos doctrinarios para que el derecho administrativo moderno controle judicialmente los actos políticos o de gobierno en El Salvador

Para dar una respuesta al presente objetivo, es necesario remitirse a las diferentes posturas de doctrinarios, quienes coinciden que los Actos Políticos o de Gobierno deben ser judicializados, por tanto, que no debe de existir actos que estén exentos de control.

El autor considera que los Actos Políticos o de Gobierno fueron en ultimo termino señalados por el Consejo de Estado Francés para excluirlos de un total control, sin otro fundamento más que el que se le puede otorgar la cual se considera como arbitrariedad, la doctrina contemporánea del Derecho Administrativo de acuerdo con este autor acepta que los Actos Políticos no son más que actos administrativos, con contenido político.

Así también la categoría de Actos de Gobierno está fuera de contexto y no es necesaria en tanto que los actos administrativo y lo políticos no tiene

una diferencia de naturaleza que los haga someterse a distintos regímenes de control, la diferencia entre los Actos de Gobierno y los administrativos es únicamente por ser actos discrecionales, y que a pesar por su grado de discrecionalidad no deben de existir actos exentos de control judicial.

Asimismo, la SCA al admitir las demandas cuyas referencias ya han sido relacionada, señala el Derecho de Tutela Judicial Efectiva, y el tratadista Gordillo, señala que este Derecho significa inexistencia de sectores inmunes al control judicial y a la justicia pronta y eficaz. Por lo anteriormente relacionado, se concluyó que si se cumplió con el primer objetivo específico, ya que se encuentra suficientes fundamentos doctrinarios para que la SCA controle judicialmente de los Actos Políticos o de Gobierno en su elementos reglados.

4.6.4.2. Analizar los criterios utilizados por la Sala de lo Contencioso Administrativo para controlar los actos políticos o de gobierno en El Salvador

La SCA, mediante auto de referencia 350-2011, de fecha 09 de noviembre de 2011, reconoció el hecho de que existen algunos actos que por su naturaleza caen dentro del ámbito de la JCA, pero por determinados motivos el legislador los ha apartado y excluido expresamente del conocimiento de dicha sala, lo cual sin lugar a dudas constituye un recorte sistemático a su ámbito normal de competencia, sin que las materias excluidas pertenezcan por su propia naturaleza de ámbito jurisdiccional.

Respecto a la discrecionalidad, siendo una característica de los Actos Políticos o de Gobierno y la diferencia de los actos administrativo, la SCA ha reiterado jurisprudencialmente, bajo la referencia 29-H-95, y ha expresado

que la discrecionalidad no constituye un círculo de inmunidad, sino el ejercicio de una potestas previa atribuida por el ordenamiento jurídico.

En la nueva valoración realizada por la SCA, el control de los Actos Políticos está referida en aspectos meramente reglados, ya que es la norma jurídica la que establece una relación entre ciertos hechos que en ella se contemplan y el acto que ordena o prevé deber dictarse, consecuentemente, compete al juzgador determinar si la Administración se apartó o no de sus facultades regladas, para lo cual debe inevitablemente comprobar si se dieron o no los hechos previsto por la otra.

Además, que les compete a los jueces de juzgar a la Administración es plena, en el sentido que no puede haber actos emitidos por esta que escapen de control, aun los de naturaleza política, de lo contrario se tiene una inclinación de la balanza de poderes a favor de los Órganos Ejecutivo y Legislativo.

Es así que, la misma SCA lo señalo en su jurisprudencia que al conocer de las controversias que susciten de los Actos Políticos debe decidir sobre el caso, en atención al Principio Constitucional que inspira la Tutela Judicial Efectiva, y que implica la instrucción del debido proceso, la competencia que viene dada por la Constitución y por el Art. 2 de la LJCA(1978) que desemboca en la facultad de analizar la legalizada de los elementos reglamos que contiene los Actos Políticos.

Por lo anterior, el objetivo planteado si se cumplió, ya que es posible afirmar que confirme la Constitución resulta ser imprescindible reconocer a la SCA como la competente para conocer de las pretensiones incoadas en contra dos de los Actos Políticos o de Gobierno, pero solamente en sus

elementos reglados además por el Principio de Independencia Judicial que se la señala la competente de conocer de los Actos Políticos

4.6.4.3. Analizar los principios constitucionales que fundamenta el control judicial de los actos políticos o de gobierno en El Salvador

En torno a dicho objetivo, este tuvo su desarrollo en el apartado 4.2.4.2 en el que se identificaron y analizaron cada uno de los principios que fundamentan tanto la tutela judicial efectiva de los Actos Políticos de Gobierno, como la competencia de la JCA para conocer de dicha tutela cuando se pretenda ejercer en contra de un Acto Político o de Gobierno por omisión de requisitos en cuanto a sus elementos reglados.

De tal forma, en dicho apartado, pudo determinarse la existencia de varios presupuestos doctrinarios que justifican el conocimiento por parte de la SCA de los Actos Políticos o de Gobierno, cuyo sustento descansa principalmente en tópicos de orden constitucional y los cuales se detallan a continuación.

Como primer punto, se evidenció que por ser El Salvador un país que pretende erigirse como un Estado Constitucional de Derecho, es decir y de acuerdo al profesor español Elías Días, un Estado sometido al Derecho; debían tomarse en consideración los requisitos básicos del mismo, siendo estos: el imperio de la Ley, la separación de poderes, la legalidad de la administración, y los derechos y libertades fundamentales.

Respecto al imperio de la Ley, el cual se encuentra consagrado en el Art. 85 Cn., se evidenció que por existir en nuestro sistema legal un orden jerárquico normativo que impide que una Ley secundaria pueda contradecir

una disposición legal dispuesto en la Constitución, por así disponerlo el Art. 246 de la Cn., la doctrina salvadoreña concluyó que si bien es cierto en la LJCA(1978) expresamente se disponía la prohibición de tutelar judicialmente los Actos Políticos o de Gobierno, se advertía de ello una contravención directa con el Art. 172 Cn., que establece la función al Órgano Judicial de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y en diversas materias de entre la cual se dispone la CA.

Ello en armonía con lo dispuesto en el Art. 2 Cn., que dispone el Derecho a la Seguridad Jurídica, en virtud del cual se erige el Principio a la Tutela Judicial efectiva que impide dejar exento de tutela judicial actuación alguna de la Administración Pública, y que por su puesto, al ser la JCA una materia independiente del resto por tener un objeto distinto al resto, inclusive respecto de la materia Constitucional, el Principio de Legalidad y en atención a la naturaleza de los Actos Políticos o de Gobierno, se determinó que el principio procesal de la indelegabilidad de la competencia, por ser de naturaleza administrativa los Actos Políticos o de Gobierno, estos deben ser tutelados judicialmente, en atención a sus elementos reglados, en la JCA.

En cuanto a la separación de poderes como supuesto esencial de todo Estado Constitucional de Derecho, se advirtió que el mismo tiene como presupuesto la desconcentración de poder, y no solo se limita a la división del poder en los tres órganos del Estado, sino también, se extiende a la distribución del poder incluso dentro de cada uno de los órganos, del cual el Órgano Judicial no es la excepción, la cual se manifiesta a través de la determinación de las reglas de la competencia, y en relación al tema desarrollado, la competencia en razón de la materia.

En tal sentido, habiendo determinado la naturaleza especial de los Actos Políticos o de Gobierno, por una parte entendidos como el ejercicio

directo de una facultad constitucional, y por otra como un verdadero acto administrativo, se refirió en relación a ello que existiendo una jurisdicción especializada para conocer de las pretensiones en materia constitucional, y otra especializada para conocer de las pretensiones contencioso administrativos, si se pretende lograr la consecución del Estado de Derecho debe respetarse el Principio de Separación o desconcentración del poder mediante el respeto de las reglas de competencia, que para el caso de los Actos Políticos se encontraría determinada por el fundamento de la pretensión.

Es decir, que la JCA resulta ser la competente para tutelar judicialmente los Actos Políticos o de Gobierno cuando el fondo de la pretensión se corresponda con el Derecho Administrativo, es decir, en lo relativo a sus elementos reglados.

Como presupuesto doctrinario también se hizo alusión al Principio de la Legalidad de la Administración, que en su sentido originario implica que todas las actuaciones de los poderes públicos deben encontrarse legitimados y previstos por la Ley, es decir, imperando una sumisión a la Ley por parte de la Administración Pública que se manifiesta a través de un sistema de control y responsabilidad de la Administración que resulta ser de carácter jurisdiccional, y de los cuales resulta competente la JCA.

Y, por tanto, si bien es cierto los Actos Políticos poseen ciertos elementos que los elevan a una categoría especial, entre ellos, la discrecionalidad; se advierte de las corrientes contemporáneas del Estado de Derecho que impera la necesidad de tutelar toda actuación de la Administración Pública, independientemente si han sido dictados en el ejercicio de una función administrativa o política, por lo que no deben excluirse del control de la JCA.

Por último, se hizo alusión a los Derechos y Libertades las cuales son Fundamentales como presupuesto básico de todo Estado de Derecho, en cuanto a que toda la actividad del Estado obedece a un interés público, y consecuentemente, debe garantizarse la protección formalizada e institucionalizada de los derechos de las personas en el ordenamiento jurídico positivo, ello en íntima relación al Derecho a la Seguridad Jurídica dispuesto en el Art. 2 de la Cn., del cual se desprende el Derecho a la Protección Jurisdiccional, que debe abarcar incluso los Actos Políticos o de Gobierno como actuaciones estatales investidas de una trascendencia particular, en tanto que los mismos aun siendo realizados en el ejercicio directo de una facultad constitucional.

Debe entenderse que aún a pesar de ello toda actuación se debe a la persona como fin del Estado, y por tanto, debe garantizarse la tutela judicial efectiva de la misma, sin que ello implique un trato diferenciado o especial, por lo que si un Acto Político manifiesta defecto alguno en sus elementos reglados, no por su particular naturaleza debe entenderse excluidos de la tutela judicial de la JCA, sencillamente porque la persona humana, en su dimensión colectiva, tiene el derecho a dirigir pretensiones en contra de dichos actos.

Y al corresponder dichos reclamos a pretensiones propias del Derecho Administrativo en lo relativo a sus elementos reglados, deben ser tutelados por medio de la JCA, puesto que, si se alude a la competencia exclusiva de la SC, se estaría excluyendo de la tutela judicial el examen del cumplimiento de los elementos reglados del Acto Político, siendo esto un supuesto que impide la consecución de un verdadero estado de Derecho.

De lo anteriormente relacionado, es posible advertir que sí existen suficientes fundamentos y Principios Constitucionales que confirman la

necesidad de que el Derecho Administrativo moderno controle judicialmente los Actos Políticos o de Gobierno en El Salvador, por lo que es posible acotar el cumplimiento del objeto específico ahora indicado.

4.6.5. Planteamiento del problema

La presente investigación se basa en responder la siguiente interrogante: *¿Son jurídicamente válidos los fundamentos utilizados por la Sala de lo Contencioso Administrativo al conocer de los Actos Políticos o de Gobierno?*

Para dar respuesta al problema es ineludible estudiar los criterios que usó la SCA para admitir la demanda con referencia 328-2013:

a. *Principio de Independencia Judicial:* Asegura que la *pureza de los criterios técnicos*, así como la *ausencia de subordinación* del Juez o Magistrado a otro poder jurídico o social diferente a la Constitución y leyes citando como referencia sentencia de inconstitucionalidad 19-2006 de la SC del ocho de diciembre de dos mil seis, entendiéndose como una característica inherente al ejercicio de la función jurisdiccional.

b. *Exclusividad de potestad jurisdiccional:* Alega que ha sido el legislador quien le otorgó la función de controlar la legalidad de las actuaciones de la Administración pública, potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado en materia CA; se vincula con el *Principio de Legalidad*, porque el Art. 2 de la LJCA (1978), le otorga a la JCA el conocimiento de las controversias que se susciten en relación a la legalidad de los actos de la Administración Pública.

c. *Tutela judicial efectiva:* La SCA hace una nueva valoración, que según la doctrina y la jurisprudencia actualmente reconocen que no existen

campos totalmente exentos de control, en base a la tutela judicial efectiva por parte de los jueces y tribunales para que no se niegue el acceso a la justicia del administrado. En este punto, se discute la naturaleza discrecional de los Actos Políticos o de Gobierno, que no representa un círculo de impunidad sino una potestad previamente atribuida por el ordenamiento jurídico.

Además, reconoce que en todo acto discrecional concurren elementos reglados que por ende deben ser controlados como: la existencia de la potestad, la extensión de la misma, la competencia para ejercitarla y el fin que debe responder, el juez de lo CA, no puede hablar más que en nombre del Derecho, y no pueden sustituir sus atribuciones a los órganos políticos en ocasión de su control, que el juez debe mantener la observancia de la ley y del derecho en las actuaciones de estos .

Aunque el término de Acto Político o de Gobierno pareciera no sujeto al control del Derecho Administrativo sino al Derecho Constitucional, la admisión de las demandas por parte de la SCA marcó diferencia. Por tal razón no debe existir el supuesto de inaplicabilidad al presentarse una demanda ante la SCA, porque esto solamente se excluiría las decisiones de contenido político, respecto de las cuales no es posible fiscalizar dicho contenido, sino que restringe a los elementos reglados.

Por todo lo anterior abordado se concluye que son jurídicamente válidos los criterios que utilizó la SCA, porque se fundamentan en la Constitución y en la doctrina, fundamentando su validez en que se encuentra, en el hecho de que las normas que han utilizado son efectivas y están siendo aplicadas adecuadamente por motivo del ejercicio de la función jurisdiccional que por mandato Constitucional les ha sido encomendada.

Pero para que realmente sean válidos los criterios utilizados no basta con el solo reconocimiento y obediencia de la norma, sino que es necesaria la aplicación que hacen los Jueces y los Tribunales de Justicia mediante las resoluciones y los fallos. Además, se encaminan a la modernidad dejando de lado los criterios desfasados y buscando encaminarse a las nuevas tendencias, para que las actuaciones de la Administración, aunque estas sean de naturaleza política, concuerden con los principios y reglas para lograr una pronta y cumplida justicia.

Se cumple de esta manera, el objetivo de no negar la tutela judicial efectiva, cuando alguna persona legitimada la solicite, alegando una actuación ilegal al emitir un Acto Político o de Gobierno, siendo necesario que la SCA asuma el control cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos precisos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política.

Por tal razón, en el tema que compete en estas líneas con los llamados Actos Políticos o de Gobierno, aunque la decisión política tiene que ser respetada, el control judicial vía CA debe ser admisible para la determinación y control de los elementos reglados, de acuerdo con las nuevas tendencias del Derecho Administrativo.

CONCLUSIONES

La jurisprudencia emitida por la SCA, bajo las referencias 328-2013, 344-2013, 345-2013, al realizar una nueva valoración de conformidad a la doctrina moderna y la jurisprudencia del control de los Actos Políticos o de Gobierno, los criterios enunciados por la sala, se basan en Principio como el de Separación de Poderes, Legalidad, Protección Jurisdicción Efectiva, Tutela Judicial Efectiva, que posibilitan que la SCA conozca de la legalidad de los actos emitidos por del Órgano Ejecutivo y Legislativo, únicamente en sus elementos reglados.

Que los criterios utilizados por la SCA, en su jurisprudencia con referencias 328-2013, 344-2013, 345-2013, han sido los correctos, los cuales se encuentran relacionados con las tendencias modernas del Derecho Administrativo, los cuales considera que no debe de existir campos que estén exentos de control judicial, y además evita los abusos de los Órganos Ejecutivo y Legislativo al momento de emitir Actos Políticos o de Gobierno, los criterios que utilizo la SCA están debidamente fundamentadas y justificados, pues la misma Constitución le otorga atribución jurisdiccional y competencia a la SCA, para ejercer el efectivo control de los Actos Políticos o de Gobierno.

Los Actos Políticos o de Gobierno, se caracterizan y se diferencia de los actos administrativos por ser altamente discrecionales, pero la misma SCA en su jurisprudencia emitida señala que la discrecionalidad debe ser controlable, y que contiene elementos reglados; por tanto, aunque los actos políticos sean emitidos por el Órgano Ejecutivo y Legislativo, estos deben ser controlados judicialmente.

RECOMENDACIONES

Que, la SC siga conociendo de las controversias que susciten en relación con los Actos Políticos o de Gobierno, a través de la vía de Amparo y del Proceso de Inconstitucional, para que conozca de las vulneraciones de los derechos fundamentales, y si una disposición contradice a una norma constitucional.

Que el Órgano Ejecutivo y Legislativo en su función de Administración Pública, en cumplimiento de sus atribuciones Constitucionales, emitan Actos Políticos o de Gobierno, de conformidad a los Principio de Legalidad, Separación de Poderes, y de Seguridad Efectiva.

La SCA conozca de la judicialización de los Actos Políticos o de Gobierno, en sus elementos reglados, para que el juzgador verifique la legalidad de las actuaciones de los Órganos Ejecutivo y Legislativo; y que la SC siga conociendo de los Actos Políticos o de Gobierno a través de dos mecanismos, siendo la vía de Amparo y del Proceso de Inconstitucional, esto cuando el ciudadano se considere afectado en sus derechos fundamentales, o que una norma contrarié una disposición constitucional.

A los estudiantes de Derecho para que se interesen por el estudio de las corrientes modernas del Derecho Administrativo, y sobre todo de los Actos Políticos o de Gobierno, para que las nuevas y futuras generaciones conozcan que no deben de existir campos exentos de control judicial, y que todas las actuaciones de la Administración Pública sean controlados judicialmente, todo ello para alcanzar un verdadero Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Barraza, Javier Indalecio *Manual de Derecho Político*. Buenos Aires, La Ley, 2004.

Bottéro, Jean *La religión más antigua: Mesopotamia*. Madrid, Editorial Trotta, 1998.

Bravo Gala, Bodin Jean, Pedro. *Los seis libros de la República*, sel., trad., y est. Madrid, Tecnos, 2010.

Brewer Carias, Alian Randolph, *Estado de Derecho y Control Judicial, Justicia Constitucional, Contencioso Administrativo y Derecho de Amparo*. Caracas, Editorial Arte, 2000.

Cassagne, Juan Carlos *Derecho Administrativo, Tomo I*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.

Crossman, Richard., *Biografía del Estado Moderno*. México, Fondo de Cultura Económica, 1977.

Diez, Manuel María, *Manual de Derecho Administrativo*. Tomo I, Buenos Aires, Plus Ultra, 1977.

Dromi, José Roberto, *Instituciones de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Astrea, 1983.

Duarte, Marta Morineaul y Román Iglesias González. *Derecho romano*. 4^a ed., México, Oxford, 2005.

Fiorini, Bartolomé A. *Manual de Derecho Administrativo*. Tomo I, Buenos Aires, 1968.

Fraga, Gabino *Derecho Administrativo*. México D.F, Editorial Porrúa, 2000.

García De Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*. Cuadernos Civitas, Madrid, 1974.

García De Enterría. Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I. Madrid, 1980.

Gordillo, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo, parte general, t II*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1975.

Harmut, Maurer *Derecho Administrativo alemán*. México, UNAM, 2012.

Harto de Vera, Fernando *Ciencia Política y Teoría Políticas, Una relación problemática*. Madrid, Trotta, 2005.

Krebs W Ricardo *La monarquía absoluta en Europa*. Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1979.

Lancheros-Gámez, Juan Carlos *Del Estado liberal al estado constitucional. Implicaciones en la comprensión de la dignidad humana, Díkaon*, actualidad jurídica, N° 18 Colombia, Universidad de la Sabana, 2009.

Lascano, David *Jurisdicción y competencia*. Editorial G, Kraft Ltda, Buenos Aires 1941.

Linares Quintana, Juan Francisco *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Astrea, 1975.

Marienhoff, Miguel *Tratado de Derecho Administrativo Tomo II*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975.

Martínez, Rafael I. *Derecho Administrativo*. Editorial Haría, México, 1997.

Mejía, Henry. *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Cuscatleca, San Salvador, 2014.

Mena Guerra, Ricardo *Génesis del Derecho Administrativo en El Salvador*. San Salvador, 2005.

Mena Guerra, Ricardo. *Valor y función de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo*. Primera Edición, USAID/EL SALVADOR. 2011.

Passerind' Entreves, Alessandro *La nación del Estado*. Madrid, Centro de Estudios Universitarios, 1970.

Penados Vargas, Gustavo *los actos políticos en la posmodernidad*. Colombia publicada, 15 de febrero de 2005.

Pérez Tremps, Pablo *Los Derechos fundamentales*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2004.

Perry, Anderson *El Estado absolutista*. México D.F., Siglo XXI, Editores, 1998.

Ríaseos Gómez, Libardo Orlando *Teoría General del Acto Administrativo: El Perfeccionamiento, la existencia, la validez y la eficacia del acto desde la perspectiva de la nulidad, la revocatoria y la suspensión de los efectos jurídicos.* 2008.

Ríos Elizondo, Roberto *El Acto de Gobierno.* México D.F, Porrúa ,1975.

Rodríguez, Miguel González *Derecho Contencioso Administrativo Colombiano 2º edición.* Editorial Publicación de la sociedad Colombiana de abogados, Bogotá 1976.

Santos Morales, Adriana *los Derecho Administrativo,* Editorial Red Tercer Milenio, México, 2012.

Sartorí, Giovanni *La política, Métodos en las Ciencias Sociales.* México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

Seignobos, Ch. *Historia de la civilización antigua.* México, 1891.

Sweezy, Paul et al., *La transición del Feudalismo al Capitalismo.* Madrid, Ayuso, 1975.

Torre, Abelardo *Introducción al estudio del derecho.* 6º Ed., Buenos Aires, Editorial Perrot, 1846.

Torres Ávila Jheison. *Los paradigmas del control de poder y el principio de división de poderes, Justicia Juris, Vol. 10, N°1, enero-junio 2014.*

Zúñiga Urbina Francisco. *Control judicial de los Actos Políticos. Recurso de Protección ante las "Cuestiones Políticas.* Chile, Universidad de Chile, 2008.

TESIS

Calderón Tarrido, Marina Irene. "La necesidad de reglamentar la facultad discrecional de la administración tributaria en el procedimiento de fiscalización". (Tesis Doctoral, Universidad Nacional de Trujillo, Perú, 2017)

Chica Helena, Salvador Edmundo. "Extinción de los Actos Administrativo". (Tesis Doctoral, Universidad de El Salvador, 1981).

Eguizabal Cerna, Paula Emilia, Olivares Aguilar, José Humberto. "El control jurisdiccional de los actos políticos", (Tesis de la Universidad de El Salvador, El Salvador, 2011).

Valenzuela Guzmán, Maribel Alejandrina. "La Revolución Francesa", (Tesis para obtener el grado de Master en Docencia Universitaria con Especialidad en Evaluación Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala: 2008).

LEYES

Ley 29/1998, de 12 de julio, Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo de España.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, (D.L. N° 760 de fecha 28 de agosto de dos mil diecisiete, publicado en el D.O. N° 209, tomo N° 417), de fecha nueve de noviembre de dos mil diecisiete, entró en vigencia el treinta y uno de enero de dos mil dieciocho.

JURISPRUDENCIA

Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad*, Referencia, 10-93, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 20 de mayo de 1993). Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad*, Referencia 9-2003, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 22 de octubre de 2004).

Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad*, Referencia 40-2009/41-2009, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 12 de noviembre de 2010).

Sala de lo Contencioso Administrativo, *Inadmisibilidad*, Referencia 195-2006, auto 328-2013, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 07 de agosto de 2013).

Sala de lo Contencioso Administrativo, *Resolución*, Referencia 328-2013, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 07 de Agosto de 2013).

Sala de lo Contencioso Administrativo, *Inadmisibilidad*, Referencia 130-2005, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 29 de mayo de 2018).

REVISTAS

Brewer Carias, Alian Randolph "El control de constitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y el principio de la formación del derecho en grados en Venezuela". Udabol, Universidad de Aquino Bolivia, No. 1. (2012).

Brewer Carias, Alian Randolph "Introducción general al Derecho Administrativo Venezolano" Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano, No.1. (2013).

Díaz García, Elías "Teoría general del Estado de Derecho". Revista de estudios políticos, N° 131. España, (1963).

Franco, Gabriel "Las leyes de Hammurab". Volumen VI, número 3 septiembre, (1962).

Gamero Casado, Eduardo "Derecho Administrativo" La Jurisdicción Contencioso Administrativa, El Acto Administrativo". Monografías. Primera Edición, San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial (2001).

García Cuadrado, Antonio M. "Aproximación a una teoría de los actos constitucionales". Revista de Derecho Político n° 46. (1999).

García Ricci, Diego "Estado de Derecho y Principio de Legalidad". Primera edición, (2011).

Lois Estévez, José "Sobre el concepto de" "Naturaleza Jurídica". Anuario de Filosofía del Derecho, N° 4. (1956).

Marchall Barberán, Pablo "La soberanía popular como fundamento del orden estatal y como principio constitucional". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Valparaíso XXXV Valparaíso, (2010).

Marcheco Acuña, Benjamín "El control jurisdiccional de los actos políticos del Gobierno en el Derecho Español", septiembre de (2015).

Peralta Martínez, Ramón "Soberanía Nacional y Estado constitucional". Revista de Estudios Políticos, N° 105 España. (1999).

Sáiz Arnaiz, Alejandro, "Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo". (Revista de administración pública, N. ° 124. (1994).

Sendín García, Miguel Ángel "El control judicial de los actos políticos en España y Nicaragua". Revista de Derecho, N° 10. (2005).

Várela Suanzes, Joaquín "Constitución y Ley en los orígenes del Estado". Revista Española de Derecho Constitucional, Año 15, Núm. 45 España. (1995).

SITIOS WEB

Antonia Garrido de Cardenal. Norma Paz de Henríquez, "La responsabilidad de la administración en la legislación venezolana y el Derecho comparado", <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc18/18-2.pdf>

Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua <http://dle.rae.es/?id=OcnCBhK>.

ANEXOS

**(ANEXO 1) ADMISIÓN DE DEMANDA, POR LA SALA DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Referencia: 328-2013.**

328-2013

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las catorce horas y dos minutos del siete de agosto de dos mil trece.

I. Tiénesese por agregados los documentos siguientes:

El escrito de la Secretaria de la Sala de lo Constitucional de esta Corte, mediante el cual comunica la resolución emitida a las diez horas del veinticinco de julio del corriente año, en los procesos de inconstitucionalidad referencias 77-2013/ 97-2013.

El oficio SG RZ 97-13 y la certificación de la resolución emitida por Corte Plena el treinta de julio de este año, mediante el cual declara que no es procedente acceder a la abstención solicitada por las Magistradas y el Magistrado propietarios de esta Sala, remitidos por la Secretaría General de esta Corte.

II. Sobre la medida cautelar dictada por la Sala de lo Constitucional.

Mediante resolución pronunciada por la Sala de lo Constitucional de esta Corte, a las diez horas del veinticinco de julio de dos mil trece, se ordenó a este Tribunal abstenerse de inmediato de continuar tramitando el proceso promovido por el señor Juan Martínez Hernández, así como adoptar cualquier decisión encaminada a cesar, separar o inhabilitar a cualquier título, provisional o definitivo, a los integrantes de dicha Sala — propietarios y suplentes-, para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, mientras dicho Tribunal decide con carácter definitivo sobre las pretensiones de inconstitucionalidad planteadas en los procesos acumulados 77-2013 y 97-2013.

Con la finalidad de sustentar el anterior requerimiento, la Sala de lo Constitucional señala:

Que por resoluciones emitidas el veinticuatro de julio de los corrientes se admitieron las demandas de inconstitucionalidad marcadas bajo las referencias 77-2013 y 97-2013, interpuestas por los ciudadanos José Roberto Rugamas Morán y Oscar Oswaldo Campos Molina , cuyo objeto es enjuiciar la constitucionalidad de los artículos 2, 3 y 4 del Decreto' Legislativo N^o 101, del veintiuno de agosto de dos mil doce, por el que se eligió al abogado José Salomón Padilla como Magistrado Presidente de la Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Órgano Judicial, por la supuesta contravención a los artículos 85 inciso 1^o y 176 de la Constitución de la República, derivada de la filiación política partidaria de dicho funcionario.

Que con fecha veinticuatro de julio del año en curso, recibieron como parte de la documentación anexa a la agenda de sesiones de Corte Plena prevista para el pasado veinticinco del mismo mes y año, copia de la demanda presentada ante esta Sala por el señor Juan Martínez Hernández, mediante la cual solicita que en sentencia definitiva se declare la ilegalidad y nulidad de pleno derecho del Decreto Legislativo N^o 71, del dieciséis de julio de dos mil nueve, que contiene la elección de magistrados propietarios y suplentes de la corte Suprema de Justicia, "comprendiendo a cuatro magistrados de la Sala de lo Constitucional, una magistrada que conforma Corte Plena, sus respectivos suplentes y Presidente del Órgano Judicial y de la Corte Suprema de Justicia". Así como la copia simple del escrito mediante el cual, los Magistrados propietarios de esta Sala expresan su interés de abstenerse de conocer de la referida demanda, y solicitan al Pleno de la Corte Suprema de Justicia que reconozca la causal de abstención.

Que en el contenido de la demanda presentada ante esta Sala, el peticionario, además de cuestionar el procedimiento de elección de los Magistrados realizado el dieciséis de julio de dos mil nueve, expresa sus inconformidades respecto de las actuaciones de la Sala de lo Constitucional. Y, finalmente, enfatizan en lo expresado por el demandante, a fin de justificar la procedencia de la medida cautelar en esta sede, quien aduce que entre los objetivos de los Magistrados de la Sala de lo Constitucional está "(...)el de destituir al actual Presidente de la Corte Suprema de Justicia provocando una acefalía en el Órgano Judicial, lo cual por el bien general y el interés público no debe suceder". Por lo que, el demandante indica que, en caso de

no otorgarse la medida cautelar pueden ejecutarse acciones o emitir resoluciones atentatorias al Estado de Derecho, que serían de imposible reparación por la sentencia definitiva.

Finalmente, sostienen que resulta evidente que la pretensión del demandante Martínez Hernández de que se declare la ilegalidad y nulidad de pleno derecho del nombramiento de los Magistrados propietarios y suplente que han conocido las demandas presentadas ante la Sala de lo Constitucional, en contra de la elección del Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia José Salomón Padilla, es precisamente separar inmediatamente a los jueces constitucionales e impedir que se continúe conociendo de los procesos de inconstitucionalidad 77-2013 y 97-2013. De ahí que concluyen que la promoción de un proceso paralelo en esta Sala orientado a impedir el enjuiciamiento en sede constitucional de la elección del Magistrado Presidente Padilla, mediante la separación de quienes han admitido la demanda, constituiría una intromisión indebida por parte de esta Sala, siendo necesario y procedente emitir una medida cautelar consistente en ordenar a este Tribunal que se abstenga de inmediato de continuar tramitando el proceso promovido por el señor Juan Martínez Hernández, así como de adoptar cualquier decisión encaminada a cesar, separar o inhabilitar a cualquier título, provisional o definitivo, a los integrantes de esa Sala — propietarios y suplentes-, para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, mientras esa Sala resuelve con carácter definitivo sobre las pretensiones de inconstitucionalidad ya referidas.

Al respecto, esta Sala realiza las consideraciones siguientes:

El artículo 172 inciso 3^o de la Constitución de la República establece que "Los Magistrados y Jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes." Dicha disposición consagra el principio de independencia judicial, el cual persigue asegurar la pureza de los criterios técnicos, especialmente el sometimiento al Derecho. Esta independencia debe entenderse como ausencia de subordinación del Juez o Magistrado a otro poder jurídico o social distinto a la ley. La independencia adquiere

ciertas manifestaciones frente al mismo Órgano Judicial, frente a los otros órganos estatales, frente a los poderes sociales y frente a las propias partes.

En ese mismo sentido, la Sala de lo Constitucional de esta Corte ha sostenido, en la sentencia de inconstitucionalidad referencia 19-2006 del ocho de diciembre de dos mil seis, que "Así, cuando la Constitución proclama la independencia del juez, es obligado a entender que tal consagración implica el establecimiento de los mecanismos que garanticen la ausencia de sumisión jurídica a otros Órganos estatales; a la sociedad, y a las partes en un proceso. (...) En conclusión, la jurisdicción es un concepto constitucional vinculado a jueces independientes, inamovibles y sometidos únicamente al derecho positivo. Así, puede afirmarse que consiste en la aplicación irrevocable del derecho, en lo relativo a la protección de los derechos subjetivos, imposición de sanciones y control de legalidad y constitucionalidad, mediante parámetros objetivamente sustentables y jurídicamente argumentados, realizada por jueces independientes e imparciales, características que son garantizadas por la Ley Suprema solamente al Órgano Judicial."

Tal como se advierte, la independencia judicial es una característica inherente al ejercicio de la función jurisdiccional, establecida por mandato constitucional, en cuya virtud los Magistrados y Jueces se someten exclusivamente a la Constitución y a las leyes.

Por otra parte, en el artículo 172 de la Constitución de la República también se establece que "la Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo así como en las otras que determine la ley" (el subrayado es nuestro). De este artículo, se deriva la exclusividad de la potestad jurisdiccional del Órgano judicial —así reconocido por la Sala de lo Constitucional—, al que, por dicho mandato, se le confiere la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Para el caso que nos ocupa, nos interesa destacar que el legislador constituyente le confirió al Órgano en referencia la función de controlar la legalidad de las actuaciones de la Administración Pública, otorgándole la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia contencioso administrativa.

El artículo 86 inciso final de la Constitución de la República establece que "los funcionarios del gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley", lo que constituye el principio de legalidad como pilar fundamental de todo Estado de Derecho. El mecanismo que garantiza la observancia del principio en mención, deriva del texto mismo de la Constitución, que permite al ciudadano someter al control jurisdiccional las actividades de las autoridades que consideran se han apartado de los cauces legales previamente determinados.

Lo anterior constituye un importante y trascendental avance para el ordenamiento jurídico salvadoreño, ya que supera formalmente los dogmas tradicionales en que la Administración Pública per se no podía hacer daño, por lo que, tanto los administrados como la Administración —sin excepciones— debían estar sometidos a la Ley. Dicho control se materializa por medio de la jurisdicción contencioso administrativa a través del único Tribunal competente para tal control en todo el país. El artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece que corresponderá a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública, lo cual también está previsto en el artículo 56 de la Ley Orgánica Judicial.

La Administración Pública en El Salvador, a diferencia de otros ordenamientos, no posee personalidad jurídica única, sino que se constituye como una pluralidad de órganos, algunos con personalidad jurídica y otros sin ella, que realizan función administrativa. Como claramente se aprecia, nos encontramos ante una pluralidad de órganos de carácter público, que en tanto realizan función administrativa forman parte de la denominada "Administración Pública salvadoreña". Como tales, cada uno de ellos —Y sus

funcionarios en su caso— son susceptibles de ser demandados en un proceso contencioso administrativo.

Finalmente, procede mencionar que la jurisdicción contencioso administrativa es una jurisdicción especializada en razón de la materia. Su competencia se contrae —como expresa el artículo 2 antes detallado—, al conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública. Técnicamente el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa no es en sí el acto que se impugna, sino las pretensiones que ante ella se deducen: la declaratoria de ilegalidad del acto en cuestión; y excepcionalmente, de conformidad con lo previsto en el artículo 7 inciso final de la referida ley, la declaratoria de nulidad de pleno derecho de los mismos.

Aplicando las anteriores consideraciones al presente caso, esta Sala, como el resto de los Tribunales que integran el Órgano Judicial, goza del principio de independencia judicial, encontrándose única y exclusivamente sometido a la Constitución y a las leyes, sin que ningún otro ente —sea este administrativo, judicial o de cualquier otro tipo-, tenga interferencia directa o indirecta en la función jurisdiccional que le compete.

Interesa destacar, además que la pretensión deducida en sede constitucional no vincula ni se relaciona con el objeto de conocimiento que esta Sala está llamada a realizar. Por el contrario, son dos instancias con competencias propias para cada una de ellas, y, por ende distintas, pues la labor ejercida por la Sala de lo Constitucional, en el concreto caso que juzgan, no debe incidir en el control de legalidad de los procesos que se desarrollan en esta instancia. De ahí que no se trata de un proceso paralelo, tal como lo afirma la Sala de lo Constitucional, ni mucho menos una intromisión indebida de esta Sala a la competencia que -no se discute-, es propia de ella.

Se evidencia de la resolución emitida por la Sala de lo Constitucional el veinticinco de julio del corriente año, que su fundamento se origina a partir de las consideraciones realizadas en la demanda por el señor Juan Martínez Hernández, específicamente, en el apartado de la medida cautelar; con ello,

prejuzga el criterio a adoptar por esta Sala sin que ésta haya efectuado un adecuado juicio tanto de admisibilidad de la demanda como de procedencia de la suspensión cautelar.

Por otro lado, debemos traer a colación que, en virtud del principio de legalidad, ya se encuentran delimitadas las competencias atribuidas a cada Tribunal, en razón de su especialización. Así, tal como se dijo en párrafos precedentes, a esta Sala le corresponde la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia contencioso administrativa, que conlleva el examen de legalidad y, eventualmente, de nulidad de pleno derecho de los actos de la Administración Pública. De ahí que esta Sala no puede sustraerse del examen de legalidad que los justiciables le soliciten, lo cual tampoco implica que las peticiones de estos sean resueltas favorablemente, sino que serán analizadas a la luz del ordenamiento jurídico, que corresponda, en virtud de la independencia, imparcialidad y el tecnicismo inherente al ejercicio de la función jurisdiccional.

En conclusión, esta Sala no admite ningún tipo de injerencia en el ejercicio de su función jurisdiccional, aunque disfrazadamente se dé bajo el matiz de una medida cautelar. En realidad, la orden emitida por la Sala de lo Constitucional no es más que una intromisión desproporcionada e injustificada en el desarrollo de la labor competencial asignada a este Tribunal. Por ende, tal medida no tiene ningún efecto ni puede impedir el trámite normal de este proceso.

III. Sobre la actuación impugnada por el peticionario.

El demandante es claro en manifestar, que el acto que pretende impugnar es el Decreto Legislativo número setenta y uno, de fecha dieciséis de julio de dos mil nueve, publicado en el Diario Oficial número ciento treinta y tres, Tomo trescientos ochenta y cuatro, de fecha diecinueve de julio de dos mil nueve, mediante el cual se nombraron a los Magistrados propietarios y suplentes de esta institución, para el período dos mil nueve-dos mil dieciocho. Alega que su pretensión está encaminada a impugnar la legalidad de los actos reglados que llevaron a la Asamblea Legislativa emitir el acto controvertido, más sin embargo no está orientada al control del acto político mismo. Respecto de lo anterior, procede manifestar:

Tal y como se indicó en el apartado anterior, de conformidad a lo preceptuado en el art. 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, corresponde a esta instancia judicial el conocer las "controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública".

Ahora bien, el literal b) de la relacionada disposición estipula que se entenderá por Administración Pública "los Poderes Legislativo y Judicial y los organismos independientes, en cuanto realizan excepcionalmente actos administrativos".

El anterior canon de excepcionalidad, tiene su razón de ser en el hecho que tanto el Órgano Legislativo como el Órgano Judicial son órganos independientes que forman parte de los que se califica como "órganos constitucionales", puesto que tienen su origen en la Constitución misma; y en base a la denominada separación de los poderes del Estado, cada uno de éstos órganos desempeñan funciones que les han sido específicamente atribuidas por la norma fundamental, las cuales darán lugar a actos formalmente diferentes y con un tipo de eficacia jurídica igualmente distinta, y consecuentemente su regulación no corresponde al Derecho Administrativo.

En concordancia con lo anterior, el art. 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, estipula en el literal a), que no son susceptibles del conocimiento de este Tribunal "los actos políticos o de gobierno", entendidos estos como aquellos realizados en ejercicio de funciones constitucionales, en los que es apreciable el rasgo de máxima discrecionalidad por parte del Órgano que los emite. Los actos políticos o de gobierno se encuentran encaminados a la dirección del Estado, por lo que inciden directamente en la relación del órgano emisor con los otros órganos que conforman al Estado, así como en las relaciones existentes con otros Estados u organismos internacionales.

De ahí que este Tribunal mediante sentencia interlocutoria 195-2006, indicó, "por su objeto y naturaleza éstos actos no son susceptibles de ser revisados por este Tribunal, lo que se traduce en una patente manifestación de la

limitación al control jurisdiccional de aquellas actuaciones privativas de los órganos fundamentales del Estado, las cuales son realizadas en ejercicio de potestades que les han sido concretamente atribuidas por la misma Constitución. Esto con el afán de evitar que un Estado de Derecho se transforme en un gobierno de jueces."

No obstante dicho fallo, este Tribunal hace una nueva valoración respecto de tal posición, atendiendo a lo señalado tanto doctrinal Y jurisprudencialmente, pues en la actualidad ambas corrientes reconocen que no hay campos totalmente exentos al control judicial. Tal postura obedece a la defensa de un derecho fundamental, la tutela judicial efectiva por parte de los jueces y tribunales, evitando con ello que exista un margen de indefensión para el administrado que le deniegue el acceso a la justicia.

Señala en tal sentido el tratadista Gordillo que, el derecho a la "tutela judicial efectiva, " significa inexistencia de sectores inmunes al control judicial y a la justicia pronta y eficaz". (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2, La Defensa del Usuario y del Administrado, cuarta edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Argentina, 2000, pags. XII -I).

Y es que por el principio de tutela judicial efectiva, todo juez está obligado a integrar en forma racional y razonable sus decisiones con el auxilio de los principios generales del derecho y los provenientes de la justicia material, mientras que la Administración está paralelamente sometida a un control pleno.

Tales aseveraciones han sido ya vertidas y razonadas por este Tribunal, mediante auto de sustanciación referencia 350-2011, de las doce horas y cincuenta y cinco minutos del nueve de noviembre de dos mil once, en el que se reconoció el hecho que existen algunos actos que por su naturaleza caen dentro del ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, pero por determinados motivos el legislador los ha apartado y excluido expresamente del conocimiento de la Sala, lo cual sin lugar a dudas constituye un recorte asistemático a su ámbito normal de competencia, sin que las materias excluidas pertenezcan por su propia naturaleza a un ámbito jurisdiccional

diferente. De ahí que "Las exclusiones de esta índole, dejan fuera de la revisión jurisdiccional creada especialmente para la revisión de actos administrativos, materias eminentemente administrativas, con lo cual convierten la revisión de la legalidad de tales actuaciones en un ámbito exento para el conocimiento de esta sala, situación que contraría tutela judicial efectiva reconocida potencialmente por la Constitución. Así, se ha sostenido reiteradamente, que en un Estado de Derecho, no existen espacios para crear ámbitos de impunidad que impidan a los gobernados defender jurisdiccionalmente sus derechos e intereses legítimos ante el juez especializado, contra actuaciones alejadas de la Ley."

En el mismo sentido la Sala de lo Constitucional ha señalado, en sentencia de inconstitucionalidad 9-2003, emitida a las catorce horas del día veintidós de octubre de dos mil cuatro, en la que se valoró la constitucionalidad de la letra "e" y por conexión la letra "d" del art. 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que se reconoce que compete exclusivamente al Órgano Judicial -a través de este Tribunal-, la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia contencioso administrativa, y continúa indicando que "Se insiste y reitera: En un Estado de Derecho no existe espacio para crear ámbitos de impunidad que impidan a los gobernados defender ante el Órgano Judicial sus derechos e intereses legítimos contra actuaciones alegadas de la Ley".

4. Ahora bien, es necesario reconocer cual es el alcance de conocimiento de este Tribunal respecto de este tipo de actos.

Los actos políticos o de gobierno se caracterizan por el elemento discrecional que les ha sido reconocido en la Constitución, sin embargo, los mismos poseen elementos reglados que son contemplados en normativa de carácter secundario, los cuales resultan de obligatorio cumplimiento, lo anterior implica que su emisión y contenido debe encuadrarse en el marco de la juricidad en el que han de dictarse todos los actos de los poderes públicos.

En relación a la potestad discrecional de la Administración esta Sala en reiterada jurisprudencia ha expresado: "La discrecionalidad no constituye un círculo de z inmunidad, sino el ejercicio de una potestad previa atribuida por el ordenamiento jurídico, es decir, sólo hay potestad discrecional cuando la

norma la constituye de esta manera, no es una potestad extralegal. (...) En atribución de potestades discrecionales el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad se ve complementado por una operación apreciativa de la Administración, operación que puede desembocar en diversas decisiones igualmente justas (...) se reconoce que en todo acto discrecional concurren elementos reglados, y por ende controlables- tales como: la existencia de la potestad, la extensión de la misma, la competencia para ejercitarla y el fin a que debe responder- que hacen el acto susceptible de impugnación, no obstante que la Sala no entre a conocer sobre el núcleo de la discrecionalidad. (Sentencia del día diecisiete de enero de mil novecientos noventa y siete, Ref. 29-II-95; Sentencia del día veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y siete, Ref. 76-A-95; Sentencia del día veintinueve de agosto de dos mil cinco, Ref. 177-S-2003)

En correspondencia con lo anterior, los tratadistas Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández han señalado ""El juez de lo contencioso administrativo no puede hablar más que en nombre del derecho y, por consiguiente, no puede pretender, en modo alguno, sustituir en todas sus atribuciones a los órganos políticos con ocasión de su control. Si tal hiciese excedería notoriamente sus atribuciones constitucionales y usurparía atribuciones legítimas de las instancias políticas (...) Lo que el juez puede y debe hacer es mantener la observancia de la ley y del derecho en la actuación de esas instancias políticas. Estas tienen todas sus atribuciones para ser ejercidas "con sometimiento pleno a la ley y el derecho " y ese ejercicio no puede, justificar por tanto, en ningún caso, una infracción del ordenamiento. Según el sistema constitucional no hay "razón de Estado" capaz de justificar un quebrantamiento del derecho." (García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás, Curso de Derecho Administrativo, Tomo 11, Editorial Temis S.A., Bogotá-Lima, 2008, pag. 575).

De ahí que el control de los actos políticos o de gobierno en esta jurisdicción, está referido a aspectos meramente reglados, ya que es la norma jurídica la que establece una relación entre ciertos hechos que en ella se contemplan y el acto que ordena o prevé debe dictarse. Consecuentemente, compete al juzgador determinar si la Administración se apartó o no de sus facultades regladas, para lo cual debe inevitablemente comprobar si se dieron o no los hechos previstos por la norma.

En base a lo apuntado anteriormente debe valorarse el hecho, que la labor que compete a los jueces de juzgar a la Administración es plena, en el sentido que no puede haber actos emitidos por esta que escapen a control, aún los de naturaleza política. De lo contrario, tendríamos una inclinación de la balanza de poderes a favor del Ejecutivo y el Legislativo, al ejercer una porción del poder de forma absoluta, exenta de control judicial, aceptar una tesis así provocaría que no exista obstáculo alguno para dictar actos arbitrarios en detrimento de la libertad y demás derechos de los ciudadanos.

En consecuencia, esta Sala considera necesario conocer y decidir sobre el presente caso, en atención a: (i) el principio constitucional que inspira la tutela judicial efectiva y que implica la instrucción del debido proceso, entendidos éstos como el conjunto de garantías mínimas aplicables en resguardo de la seguridad jurídica, la legalidad y la defensa de las partes, así como la facultad de intervención de los sujetos legitimados para proteger sus intereses, incluyendo el derecho a ser oído, a la valoración de los alegatos y las pruebas que presenten, y el derecho a obtener una decisión justa emanada del órgano jurisdiccional competente; (ii) la competencia que viene dada por la Constitución y por el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y que desemboca en la facultad de analizar la legalidad de los elementos reglados que contienen los actos políticos o de gobierno.

IV. Sobre la legitimación activa en el proceso contencioso administrativo.

Argumenta el demandante que 'CEI artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa hace alusión al término interés legítimo y directo que el demandante pueda sostentar, entendido como un interés cualificado o específico, que tienen aquellas personas que por razón de la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter meramente personal, o por ser precisamente los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto de cualquier ciudadano. Sin embargo, en el presente caso, más allá de la perspectiva individual o personalizada deben ser analizados no solo los derechos e intereses individualizados que erigen a sus portadores en sujetos con aptitud para pedir su tutela, sino que también los que se encuentran identificados bajo la

concepción de lo que se conoce como Interés Difuso ". (...) "Por tanto, resulta evidente que, Yo en mi calidad de Ciudadano sometido a la Constitución, leyes y a la Administración de Justicia de la República de El Salvador, me encuentro legitimado de forma razonable y suficiente para que en mi calidad de Ciubus Iustitiare para presentar mi pretensión de ilegalidad respecto del Decreto Legislativo que da origen a éstos Iuras Illegitimum por ser su nombramiento contrario a derecho y al principio de legalidad'.

Un sujeto procesal está legitimado para ser parte, cuando le acude una vinculación, atribuida volitivamente, con el bien o derecho que pretende se tutele jurisdiccionalmente. De ahí que esa vinculación (interés jurídicamente protegido), se presenta de una forma simple cuando, hasta objetivamente, se establece una relación directa entre el sujeto y el objeto, o derecho, susceptible de tutela jurisdiccional; o de forma más compleja cuando el interés no se corresponde, por lo menos directamente, con el objeto, o derecho, que se pretende tutelar.

De tal forma que el interés por la tutela de los derechos individuales es plena y objetivamente identificable con el sujeto pretensor y, de ahí, se reconoce de forma simple; empero, cuando existen, de por medio, derechos que no guardan una identificación de propiedad —sino de goce o disfrute- con un sujeto pretensor no es viable exigirle la legitimación regulada en el referido artículo 9 que requiere un interés directo, o subyacente (interés legítimo), con el bien o derecho sujeto a tutela jurisdiccional.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa regula, conforme a la clásica dicotomía liberal, la tutela de los dos intereses contrapuestos — público y privado en los artículos 8, 9 y 18. También la Constitución de la República -artículo 246 inciso 2 establece esa clásica clasificación y, hasta, resuelve en grado de prevalencia el conflicto entre ellos.

Prima facie, ni en la Constitución ni en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa aparecen, *expressis verbis*, regulados aquellos intereses que se promulgan diferentes a los de carácter privado o público: intereses supraindividuales. Pero, también, es innegable que, en particular, la Sala de

lo Contencioso Administrativo es un Tribunal que tutela (artículos 172 inciso 3 y 235 de la Constitución de la República) los derechos —no sólo los de connotación liberal sino, entre otros, los sociales, económicos- contenidos en la Constitución que producen, ante su vulneración, intereses en los ciudadanos considerados individual o colectivamente- por el cumplimiento de esos derechos.

De ahí que la tutela de los intereses supraindividuales, no contemplados expresamente en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, devienen, irrefutablemente, de la defensa de la Constitución. —

En tal sentido, el artículo 9 de la Ley de Ja Jurisdicción Contencioso Administrativa debe entenderse -conforme a la Constitución- que, también, permite el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa para la defensa de todos los derechos constitucionales. De ahí que esta jurisdicción se erige no sólo garantizadora de los derechos individuales sino defensora de todos los derechos contemplados en la Constitución y, para tal efecto, debe, necesariamente, permitir el libre y fácil acceso a la jurisdicción contencioso administrativa tanto de los intereses subjetivos privados artículo 9 Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa - y subjetivos públicos artículo 8 Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa como de los — supraindividuales (colectivos y difusos). —

Esta Sala ya se ha pronunciado en los procesos contencioso administrativos clasificados bajo las referencias 301-2006, 73-2007 y 458-2007, sobre los intereses difusos, esencialmente en la factibilidad de incoarse una demanda contencioso administrativa bajo el rubro de los intereses plurisubjetivos, dentro de los cuales se encuentran los intereses difusos y colectivos, ampliando de esta manera lo predefinido en el artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En los precedentes señalados se menciona que tal disposición hace referencia al interés legítimo y directo, entendido como un interés cualificado o específico, que tienen aquellas personas que por razón de la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter meramente

personal, o por ser precisamente los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto de cualquier ciudadano; con lo cual no es posible la impugnación de aquellos actos que afecten intereses meramente generales, bajo la figura del interés simple, o de la acción popular.

Se advirtió entonces que el alcance otorgado a dicho interés, en lugar de abrir o ampliar el campo de la legitimación procesal, constituye una especie de válvula que cierra el acceso a la jurisdicción, pues en aquellos casos en los cuales no se configure una afectación directa y personal a la esfera jurídica de los administrados, simplemente no tienen la oportunidad procesal para poder formular sus pretensiones. Desde esta perspectiva, puede decirse que entre los obstáculos al ejercicio efectivo de tal derecho, para este tipo de situaciones, se encuentra en todo caso, la exigencia de legitimación.

Dada la situación anteriormente planteada, esta Sala consideró conveniente potenciar el acceso a la jurisdicción a todas aquellos que ostenten de manera suficiente y razonable intereses que escapen de las premisas relacionadas, en esta sede judicial, interpretando de forma amplia o extensiva el sentido de lo que el legislador ha previsto como "interés legítimo y directo", en la normativa antes mencionada, es decir, más allá de la perspectiva individual o personalizada, tomando en cuenta la situación de la persona natural o jurídica como miembro de la comunidad.

En consecuencia, se considera como parte de la esencia del interés legítimo, una vertiente de naturaleza social o colectiva, a partir de la cual pueden suscitarse una multiplicidad de controversias de horizonte diferente, con cierto grado de igualdad u homogeneidad, que también deben ser conocidas por esta Sala; ya que hoy en día no sólo los derechos e intereses individualizados erigen a sus portadores en sujetos con aptitud para pedir su tutela, sino que también, a los que se encuentran identificados bajo la concepción de lo que se conoce como intereses plurisubjetivos, dentro de los cuales se encuentran los intereses difusos y colectivos.

El interés difuso es un derecho subjetivo de goce diluido entre los miembros de un conjunto social. De manera que, en el titular del denominado "interés difuso" se debe ver al titular de un derecho subjetivo, que tiene de difuso sólo

lo relativo a la titularidad que ha sido extendida o proyectada hacia otros sujetos que se encuentran en igual o semejante situación jurídica.

Resulta imprescindible hacer referencia a lo que la doctrina ha sostenido en relación a la legitimación activa. Eduardo Couture, por ejemplo, señala que la misma constituye la condición jurídica en la que se encuentra una persona con relación al derecho que invoca en el juicio, sea en razón de su titularidad o de otras situaciones que justifican su pretensión.

El clásico proceso contencioso administrativo de "pocas" partes y con un esquema rigurosamente acotado, impone la necesidad de rearmar técnicas instrumentales adecuadas que envuelvan a las nuevas legitimaciones. Y es que, la nueva comprensión de bienes de mayor trascendencia jurídica impone la necesidad de acentuar la apertura legitimatoria en otra clase de figuras que van más allá de la incidencia individual y directa, para efecto de obtener la tutela de los derechos que se consideren amenazados o conculcados de igual manera.

Desde esta perspectiva, dichos intereses los ejercen tanto los afectados como las asociaciones que ostentan un plus de reconocimiento social en la protección de ciertos intereses o situaciones. De manera que, el concepto de afectado debe ser vinculado a la persona natural o jurídica que acredite un interés "razonable y suficiente" en defensa de aquellos intereses que por ello mismo son supraindividuales.

En el presente caso, al señor Juan Martínez Hernández, le asiste no un interés subjetivo individual de carácter privado sino el difuso, por ser parte de los ciudadanos de El Salvador.

V. Sobre la nulidad de pleno derecho.

El demandante alega dentro de sus pretensiones, la Nulidad de Pleno Derecho en la actuación impugnada. Conforme a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el acceso a la jurisdicción es un derecho de configuración legal, por lo cual su ejercicio se sujeta a la existencia de los

supuestos y requisitos establecidos en esa ley. No obstante, los requisitos de procesabilidad de la referida ley se exoneran cuando la pretensión tiene su fundamento en la tutela de los intereses supra individuales, por vicios de nulidad de pleno derecho.

De acuerdo con los términos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, son presupuestos básicos para acceder a esta jurisdicción: la existencia de un acto administrativo que genere perjuicios al administrado o existan intereses supra individuales y se establezca, por ello, el nexo con el objeto del litigio; que éste sea impugnado dentro del plazo señalado en la ley; y, que no encaje en ninguno de los supuestos mencionados en el art. 7 letras a) y b) en el caso de la protección de los intereses individuales de carácter privado.

Esta última disposición excluye la acción contencioso administrativa respecto de: a) los actos consentidos expresamente; b) los actos de los que no se ha agotado la vía administrativa; c) los actos que sean reproducción de otros anteriores ya definitivos o firmes; y, d) los actos confirmatorios de acuerdos consentidos por haber obtenido estado de firmeza.

Lo anterior, implica en principio que un acto que se encuentre en alguna de dichas categorías no es susceptible de impugnación. Sin embargo, en el inciso final añade: "No obstante, se admitirá la Impugnación contra los actos que se refiere este artículo, cuando fueren nulos de pleno derecho y estén surtiendo efecto (...)"

La misma ley configura una excepción de admisibilidad de los actos que encajen en dichas categorías y, en consecuencia, habilita el conocimiento extraordinario de actos administrativos que de otra manera serían excluidos de esta jurisdicción.

Esta Sala tiene competencia para declarar una nulidad de pleno derecho siempre cuando este inmersa dentro de un acto o actuación administrativa, en este sentido se ha pronunciado ya la Sala de lo Constitucional, de esta

Corte en el amparo N^o 384-97, de fecha nueve de febrero de mil novecientos noventa y nueve, en el cual sostuvo que: "La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa faculta a la respectiva Sala, para revisar la legalidad de los actos de la Administración Pública, con el objeto de garantizar la imparcialidad del órgano que ha de dilucidar la posible ilegalidad de los mismos. En ese sentido, pese a que la referida ley no establece las causas por las cuales un acto administrativo se reputará nulo de pleno derecho, la Sala de lo Contencioso Administrativo no puede inhibirse de conocer y pronunciarse sobre la supuesta nulidad de un acto administrativo que se impugne por tal motivo".

La línea jurisprudencial establecida con la sentencia de la Sala de lo Constitucional -como se ha expresado- ha sido clara al exponer que pese a que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no establece las causas por las cuales un acto se reputará nulo de pleno derecho, esta Sala no puede inhibirse de conocer y pronunciarse sobre la supuesta nulidad.

En otros términos, si la Ley reconoce a la Sala la facultad y el deber de admitir y pronunciarse sobre actos viciados con nulidades de pleno derecho, la falta de un ordenamiento que regule de forma expresa tal categoría, no la exime de analizarla y calificarla. Naturalmente, dicha calificación debe realizarse de forma rigurosa, con razonamientos objetivos y congruentes propios de la institución de la nulidad, y sustentada en el ordenamiento jurídico interno.

Debe partirse del hecho que la nulidad de pleno derecho es una categoría de invalidez del acto, pero caracterizada por una especialidad que la distingue del resto de ilegalidades o vicios que invalidan el acto administrativo. Debe buscarse en el ordenamiento jurídico la forma de completar esta categoría que, como se ha expuesto, se convierte en un imperativo para el juzgador. En ejercicio de dicha labor de integración, el juzgador debe recurrir a las normas de rango jerárquico superior: la Constitución, primera y máxima de las normas del ordenamiento que inspira y enmarcar todo el resto del ordenamiento jurídico.

En este sentido, el artículo 235 de la Constitución establece que "todo funcionario civil o militar, antes de tomar posesión de su cargo, protestará

bajo su palabra de honor ser fiel a la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución, atendiéndose a su texto cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen (...)" Por su parte, el artículo 246 de la Constitución señala claramente que la Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos.

En el examen del ordenamiento constitucional hay una disposición que resulta inevitable valorar debido a su referencia a la categoría de la nulidad: el artículo 164, éste literalmente reza: "Todos los decretos, acuerdos, órdenes y resoluciones que los funcionarios del Órgano Ejecutivo emitan, excediendo las facultades que esta Constitución establece, serán nulos y no deberán ser obedecidos, aunque se den a reserva de someterlos a la aprobación de la Asamblea Legislativa".

A la letra de esta disposición constitucional se regula la nulidad de ciertas actuaciones de uno de los órganos fundamentales del gobierno, por lo que constituye una obligada referencia en la interpretación de la categoría contenida en el artículo 7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Por otra parte, la Sala de lo Constitucional, en la sentencia ya citada, hizo alusión a este artículo de la Constitución. Si bien no definió el alcance de dicha disposición, su inclusión en la decisión del Tribunal constitucional parece sugerir a esta Sala un parámetro que deberá considerar para la concreción jurisprudencial de la categoría de las nulidades de pleno derecho.

El primer aspecto a dilucidar sobre los alcances de dicha norma, es establecer el sujeto que resulta vinculado, cuáles son las actuaciones comprendidas, cuáles son las facultades constitucionales, que se debe entender por excesos de esas facultades, la comprensión de actos nulos y la competencia de esta Sala en relación a esas nulidades.

La Constitución debe interpretarse de una forma sistemática, lo que exige revisar la finalidad que sustenta esta disposición y la posible extensión a

otros entes del poder público. El constituyente ha establecido en ella un mecanismo de defensa de los ciudadanos frente a actos con un vicio excepcional, definiendo a priori la consecuencia aplicable. Este resulta ser un importante instrumento en la defensa de los ciudadanos frente a actos del Órgano Ejecutivo que vulneren el ordenamiento jurídico, pero estas mismas consecuencias pueden ser trasladadas al resto de la Administración Pública, de la cual, tal como ha establecido esta Sala y la Sala de lo Constitucional en reiteradas sentencias, el Órgano Ejecutivo es sólo una parte.

Debe considerarse que la estructura normativa de la Constitución exige que la concreción de los enunciados genéricos se realice de tal manera que ninguna de sus disposiciones pueda considerarse de forma aislada, es decir, que toda prescripción constitucional debe evaluarse en forma coordinada con el resto del texto.

En este sentido no deben hacerse interpretaciones cerradas, basadas en la estructura formal de la Constitución, en cuanto a que una disposición por estar situada bajo el acápite de un órgano determinado no podría aplicarse a otro.

Bajo esta perspectiva, la ubicación del artículo 164 de la Constitución, en el capítulo relativo al Órgano Ejecutivo, no es impedimento para extender su aplicación hacia actuaciones de otros entes del poder público. Esta interpretación es acorde a la teleología de la norma, cual es, como se ha indicado, erigir un mecanismo de defensa de los ciudadanos frente a actuaciones del poder público afectadas con un vicio excepcional y un consecuente control del ejercicio del poder en el Estado constitucional de Derecho.

La regulación sobre la nulidad contenida en el artículo 164 de la Constitución, para los actos de los funcionarios del Órgano Ejecutivo, puede aplicarse de forma extensiva a los actos del resto de la Administración Pública que adolezcan de dicho vicio. Por otra parte, cuando el constituyente en el artículo 164 se refiere a "decretos, acuerdos, órdenes y resoluciones", en dicha enunciación pretende ilustrar respecto al tipo de actuaciones que provienen de dicho sujeto y que podrían resultar nulas, y no agotarlas. Puesto que la aplicación de dicha disposición no está limitada al Órgano

Ejecutivo, sino a toda la Administración Pública, por lo que debe interpretarse que dicha fórmula enunciativa no es restrictiva, sino por el contrario, se refiere, a todas las posibles actuaciones administrativas que excedan las facultades que la Constitución establece, cualesquiera sea la forma que adopten.

Por tanto, esta Sala debe establecer los parámetros esenciales para determinar si un acto administrativo encaja o no en la categoría de nulidades de pleno derecho obviando para ello la contabilización del plazo establecido en el artículo 11 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; es decir, no será requisito de admisión iniciar la acción contencioso administrativa dentro de los sesenta días contados desde la notificación del acto impugnado, debe partirse del hecho que la nulidad de pleno derecho es una categoría de invalidez del acto, pero caracterizada por una especialidad que la distingue del resto de ilegalidades o vicios que invalidan el acto o actuación administrativa.

El actor invoca, con base en el artículo 7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, un vicio de nulidad de pleno derecho como fundamento de su pretensión y además pide la tutela de intereses difusos. En tal sentido, esta Sala deberá conocer de los vicios alegados.

VI. Sobre la medida cautelar solicitada por el demandante.

Antes de emitir pronunciamiento sobre la medida cautelar solicitada por el señor Martínez Hernández, esta Sala hace las siguientes consideraciones: La función de la tutela cautelar consiste en evitar que posibles daños y perjuicios, derivados de la duración del proceso, puedan convertirse en realidad, de modo que hagan perder la efectividad de la sentencia definitiva.

El otorgamiento de la suspensión de la ejecución de los efectos del acto impugnado no constituye en el proceso contencioso administrativo salvadoreño una medida cautelar automática, pues hace falta que concurren los requisitos o presupuestos que determina la ley. Cabe añadir que tales requisitos deben concurrir no sólo al momento en que debe ser resulta la suspensión, sino también durante el tiempo que ésta debe mantenerse vigente.

Así, según el artículo 16 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la suspensión "sólo procede respecto de actos administrativos que produzcan, o puedan producir, efectos positivos". Estos son los que mediante sus efectos son capaces de crear, modificar o dejar sin efecto una situación preexistente antes de su emisión. Precisamente, es la consolidación de esa nueva situación, que altera un status quo determinado, lo que se pretende evitar mediante la suspensión de los efectos del acto prevista por la ley

El artículo 17 de la misma ley impone, como criterio fundamental, que será procedente ordenar la suspensión "cuando su ejecución pueda producir un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva". Sobre este requisito debe destacarse que su acreditación, es decir, el peligro de que la ejecución del acto pueda producir daños y perjuicios de imposible o de difícil reparación por la sentencia (artículo 17 de la L.J. C.A.), es una carga que corresponde al peticionario de la medida y que no será suficiente la mera invocación o previsibilidad de unos daños y perjuicios que pudieran producirse como consecuencia de la ejecución del acto, sino que será indispensable que éstos sean de tal entidad que, razonablemente, permitan estimar que su reparación por la sentencia definitiva sería imposible o cuando menos muy difícil.

Corresponde entonces, a quien solicita la suspensión proporcionar los elementos objetivos con los cuales acredite, cuando menos de forma indiciaria, las razones por las que considera que los posibles daños y perjuicios que pudieran derivarse de la inmediata ejecución del acto impugnado no serían reparados efectivamente por la sentencia. Por último, a pesar de que concurrieren tales requisitos, según el artículo 18 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la suspensión no será otorgada "si al concederse se siguiere perjuicio a un evidente interés social u ocasionare o pudiere ocasionar un peligro de trastornó grave del orden público".

En cuanto a este último presupuesto, su alegación y comprobación se encuentra a cargo de la Administración, quien deberá aportar los elementos que permitan considerar que la suspensión causa un perjuicio o un peligro

superior al derecho del administrado que se pretende garantizar con la adopción de la medida. De acuerdo a las consideraciones expuestas, se advierte que la parte actora ha omitido acreditar los posibles daños irreparables o de difícil reparación por la sentencia definitiva, por lo que es procedente declarar sin lugar la medida cautelar solicitada.

Sin embargo, resulta oportuno señalar que de conformidad al artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la resolución que se pronuncie sobre la suspensión provisional de la ejecución de los efectos de los actos administrativos impugnados no causa estado, por lo que es susceptible de modificación en la medida que las circunstancias o argumentos planteados por las partes sean diferentes a los que este Tribunal valoró en una primera oportunidad.

VII. Por todo lo anterior, esta sala RESUELVE:

l) No ha lugar lo dispuesto por la Sala de lo Constitucional de esta Corte, en la resolución dictada a las diez horas del veinticinco de julio de dos mil trece.

Admítase la demanda interpuesta por el señor Juan Martínez Hernández contra la Asamblea Legislativa, por la supuesta ilegalidad y nulidad de pleno derecho del Decreto Legislativo N^o 71 del dieciséis de julio de dos mil nueve, publicado en el Diario Oficial N^o 133, Tomo 384, de fecha diecisiete de julio de dos mil nueve, que contiene la elección de Magistrados propietarios EDWARD SIDNEY BLANCO REYES, FLORENTÍN MELÉNDEZ PADILLA, MARÍA LUZ REGALADO ORELLANA, JOSÉ BELARMINO JAIME, RODOLFO ERNESTO GONZÁLEZ BONILLA, y a los Magistrados suplentes FRANCISCO ELISEO ORTIZ RUIZ, OVIDIO BONILLA FLORES, CELINA ESCOLÁN SUAY, RICARDO RODRÍGO SUÁREZ FISCHNALER Y SONIA DINORA BARILLAS DE SEGOVIA, nombrados para el período 2009-2018.

Tiéndose por parte al señor Juan Martínez Hernández en su carácter personal. Por agregada la documentación adjunta al escrito de demanda, en la forma detallada en la razón de presentación suscrita por el Secretario de esta Sala.

Rinda informe dentro del término de cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación respectiva, la Asamblea Legislativa, sobre la existencia del

acto que se le atribuye. Dicho informe podrá ser remitido vía telegráfica o por cualquier medio de comunicación análogo. Para tal efecto, remítasele las copias respectivas (artículo 20 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).

Requírese de la autoridad demandada que dentro del plazo de cinco días hábiles contados a partir del día siguiente al de la notificación respectiva, remitan a esta Sala el o los expedientes administrativos relacionados con el presente caso (artículo 48 inciso 2^o de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).

A fin de garantizar los derechos de audiencia y defensa, notifíquese la existencia de este proceso a los abogados EDWARD SIDNEY BLANCO REYES, FLORENTÍN MELÉNDEZ PADILLA, MARÍA LUZ REGALADO ORELLANA, JOSÉ BELARMINO JAIME, RODOLFO ERNESTO GONZÁLEZ BONILLA, terceros beneficiarios con la actuación impugnada en sus respectivos despachos.

Requírese de la Secretaría General de esta Corte, que dentro del plazo de cinco días hábiles contados a partir del día siguiente al de la notificación respectiva, proporcione a esta Sala la dirección donde puedan ser notificados de la existencia de este proceso los Magistrados suplentes FRANCISCO ELISEO ORTIZ RUIZ, OVIDIO BONILLA FLORES, CELINA ESCOLÁN SUAY, RICARDO RODRÍGO SUÁREZ FISCHNALER Y SONIA DINORA BARILLAS DE SEGOVIA, terceros beneficiarios con la actuación controvertida.

Sin lugar la medida cautelar solicitada, por las razones apuntadas (artículos 17 y 18 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).

Tómase nota del lugar señalado para recibir notificaciones.

NOTIFÍQUESE.

(ANEXO 2) 328-2013

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las quince horas con treinta y siete minutos del diecinueve julio de dos mil dieciocho.

I. La Sala de lo Constitucional, el uno de marzo de dos mil trece, emitió sentencia en el proceso de inconstitucionalidad referencia 78-2011, en el cual se alegaron: «(...) vicios de contenido, del art. 14 inc. 2° de la Ley Orgánica Judicial (...)»; dicha disposición hace referencia al carácter deliberativo del proceso decisorio y la regla de votación para la emisión de sentencias, incluyendo la de esta Sala., Esencialmente en la referida sentencia se estableció: «(...) se concluye que la regla de votación impugnada por los demandantes debe ser declarada inconstitucional, pues carece de justificación suficiente en relación con el alcance de los arts. 2 y 186 inc. 3° Cn.

En vista de que la regla de mayoría corresponde a la votación mínima necesaria para formar decisiones de un órgano colegiado, de que ella está reconocida legalmente como estándar de votación de diversos tribunales colectivos (arts. 14 inc. 1° y 50 inc. 1° LOJ) -lo que sirve como referente analógico para evitar un vacío normativo- y por razones de seguridad jurídica, el efecto de esta sentencia será que para tomar las decisiones interlocutorias y definitivas de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia bastarán los votos de la mayoría de los Magistrados que la integran, incluso en los procesos iniciados con anterioridad a esta sentencia».

Esta Sala entiende que, en virtud del anterior razonamiento, le corresponde al pleno de la misma, en principio, el conocimiento y decisión de las resoluciones interlocutorias y definitivas que se adopten, pero en los casos en que se alcance el consenso de la mayoría y no de todos, es decir tres a uno, se habilita el mecanismo en cuya virtud el respectivo magistrado o magistrada debe dejar constancia de las razones de su posición discrepante mediante el correspondiente voto y se toma la decisión por mayoría de votos.

Conforme a la relacionada sentencia de inconstitucionalidad, para la emisión de esta resolución se adopta la decisión con el voto de las magistradas Dafne Yanira Sánchez de Muñoz y Paula Patricia Velásquez Centeno y el

magistrado Sergio Luis Rivera Márquez. La magistrada Elsy Dueñas Lovos hará constar su voto disidente a continuación de este auto.

II. El señor Alfredo Valle Alvarenga presentó el veintinueve de julio de dos mil trece una demanda contra la Asamblea Legislativa, impugnando la supuesta ilegalidad y nulidad I de pleno derecho del Decreto Legislativo N° 71, del dieciséis de julio de dos mil nueve, - publicado en el Diario Oficial N° 133, tomo 384, de fecha diecisiete de julio de dos mil nueve, que contiene la elección de los magistrados propietarios EDWARD SIDNEY BLANCO REYES, FLORENTÍN MELÉNDEZ PADILLA, MARÍA LUZ REGALADO ORELLANA, JOSÉ BELARMINO JAIME, RODOLFO ERNESTO GONZÁLEZ BONILLA, y los magistrados suplentes FRANCISCO ELISEO ORTÍZ RUIZ, OVIDIO BONILLA FLORES, CELINA ESCOLÁN SUAY, RICARDO RODRIGO SUÁREZ FISCHNALER y SONIA DINORA BARILLAS DE SEGOVIA nombrados para el período 2009 -2018 (folios 1 al 20).

En el auto de las catorce horas y cuatro minutos del siete de agosto de dos mil trece (folios 23 al 29), se resolvió, entre otros, admitir la demanda interpuesta por el señor Alfredo Valle Alvarenga contra la Asamblea Legislativa por la emisión del Decreto Legislativo anteriormente relacionado.

La Asamblea Legislativa presentó dos escritos, el primero, el doce de agosto de dos mil trece (folios 39 al 43), junto con el documento descrito en la razón de presentación del Secretario de esta Sala; el segundo, el quince de agosto de dos mil trece (folios 76 y 77), junto con la fotocopia del expediente administrativo relacionado con el presente caso (folios 78 al 924).

La secretaría de la Sala de lo Constitucional remitió un escrito (folio 56), junto con una copia simple de la resolución de las quince horas y cuarenta minutos del trece de agosto de dos mil trece, emitida en el proceso con referencia 77-2013/97-2013 acumulado, que resolvió, entre otros, lo siguiente:

1. Decláranse inaplicables por inconstitucionales las resoluciones de admisión de 7- VIII-2013, pronunciadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo en los procesos 328-2013, 344-2013 y 345-2013, por vulnerar la independencia judicial -art. 172 Cn.- mediante una avocación prohibida por el art. 17 Cn., así como por atentar contra la estructuración competencial de esta Sala, determinada por los arts. 172, 174y 183 Cn.

En consecuencia, y como efecto de la presente resolución de inaplicación, todas las actuaciones procesales que se emitan en los procesos contencioso administrativos 328-2013, 344-2013 y 345-2013, a partir de la inaplicabilidad

de los autos de admisión, carecerán de valor jurídico constitucional y no tendrán ninguna incidencia en el regular funcionamiento de la jurisdicción constitucional, específicamente en la tramitación de los presentes procesos de inconstitucionalidad.

2. Notifíquese a las partes y a la Sala de lo Contencioso Administrativo, para su conocimiento» (folios 57 al 68). El señor Alfredo Valle Alvarenga presentó un escrito el catorce de agosto de dos mil trece (folios 69 al 72), mediante el cual pidió, entre otras cosas, que se ordenara la suspensión provisional de los efectos del acto impugnado y que se recusara la intervención del Fiscal General de la República.

Los ciudadanos Eduardo Salvador Escobar Castillo, René Landaverde Hernández y Félix Augusto Antonio Ulloa, conocido por Félix Ulloa hijo, presentaron un escrito el cinco de septiembre de dos mil trece (folios 925 al 931) con el que pretendieron intervenir como *amicus curiae*, por considerar que dicha figura permite la participación ciudadana en los procesos judiciales, especialmente en los de carácter público, sin tener la calidad de parte o de tercero. A folio 933 consta un informe del magistrado José Roberto Argueta Manzano, en el cual se abstuvo de conocer en el presente proceso.

En el auto de las once horas cuarenta y nueve minutos del veinticuatro de marzo de dos mil catorce (folio 934), en vista de la abstención del magistrado José Roberto Argueta Manzano, se pasaron los autos al conocimiento del Pleno de la Corte Suprema de Justicia; además, se manifestó que sobre las peticiones del demandante y de los señores que pretendieron intervenir como *amicus curiae*, oportunamente se resolvería.

A folio 943 consta un oficio remitido por la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia, se agregó una certificación de la resolución de Corte Plena de las nueve horas y cinco minutos del tres de abril de dos mil catorce (folios 944 y 945), que admitió la solicitud de abstención del magistrado José Roberto Argueta Manzano, y se llamó para sustituirlo al magistrado suplente Ricardo Alberto Zamora Pérez.

En el auto de las doce horas del treinta de abril de dos mil catorce (folios 977 al 992) se resolvió, entre otros, prevenir a la Asamblea Legislativa que compareciera en debida forma y ratificara el escrito presentado el doce de agosto de dos mil trece. Se tuvo por recibida la fotocopia del expediente administrativo relacionado con el presente caso. Se declaró sin lugar, por improcedente, la inaplicabilidad resuelta por la Sala de lo Constitucional. Se

declaró sin lugar la medida cautelar y la petición de recusar al Fiscal General de la República, solicitada por el señor Alfredo Valle Alvarenga. Se previno a los ciudadanos Eduardo Salvador Escobar Castillo, René Landaverde Hernández y Félix Augusto Ulloa, conocido por Félix Ulloa hijo, que presentaran un nuevo escrito con firma y sello de abogado director y que ratificaran las peticiones planteadas en el escrito presentado el cinco de septiembre de dos mil trece.

Se solicitó un nuevo informe a la Asamblea Legislativa, dentro del plazo de quince días hábiles, con las justificaciones de la legalidad del acto que se le atribuye, de conformidad con el artículo 24 de la LJCA. Los ciudadanos Eduardo Salvador Escobar Castillo, René Landaverde Hernández y Félix Augusto Antonio Ulloa, conocido por Félix Ulloa hijo, presentaron un escrito el diez de julio de dos mil catorce (folio 1009) mediante el cual cumplen la prevención efectuada por esta Sala. La Asamblea Legislativa presentó un escrito el once de julio de dos mil catorce (folios 1011 al 1018) en el que rindió el informe justificativo de legalidad del acto impugnado.

El licenciado Juan Carlos Fuentes Real presentó un escrito el diecisiete de julio de dos mil catorce (folio 1019), junto con la credencial que acreditó su personería como agente auxiliar del Fiscal General de la República. En la resolución de las once horas cuarenta y seis minutos del uno de septiembre de dos mil catorce (folio 1021) se tuvo por cumplida la prevención efectuada a los ciudadanos Eduardo Salvador Escobar Castillo, René Landaverde Hernández y Félix Augusto Antonio Ulloa, conocido por Félix Ulloa hijo, y sobre las peticiones efectuadas por ellos, se resolvió que oportunamente se proveería.

Se tuvo por cumplida la prevención formulada a la Asamblea Legislativa y se le concedió intervención como autoridad demandada. Se tuvieron por rendidos los informes de cuarenta y ocho horas y justificativo de legalidad requeridos de la autoridad demandada. Se dio intervención al licenciado Juan Carlos Fuentes Real, como agente auxiliar del Fiscal General de la República. Se abrió a prueba el proceso por el término de ley.

La Asamblea Legislativa presentó un escrito el veintisiete de noviembre de dos mil catorce (folios 1036 al 1045) mediante el cual ratificó los argumentos brindados en el informe justificativo de legalidad. En el auto de las once horas treinta y seis minutos del dieciséis de enero de dos mil quince (folio 1047) se corrió traslado a la parte actora, sin que haya hecho uso de su derecho.

En la resolución de las once horas cuarenta y nueve minutos del veintisiete de mayo de dos mil quince (folio 1062) se corrió traslado a la autoridad demandada. La Asamblea Legislativa presentó un escrito el treinta de junio de dos mil quince (folios 1076 al 1087) con el que cumplió el traslado conferido. En el auto de las once horas treinta y un minutos del diecinueve de agosto de dos mil quince (folio 1091) se tuvo por cumplido el traslado conferido a la autoridad demandada. Se corrió traslado a los abogados Edward Sidney Blanco Reyes, Florentín Meléndez Padilla, María Luz Regalado Orellana, José Belarmino Jaime, Rodolfo Ernesto González Bonilla, Francisco Eliseo Ortiz Ruiz, Ovidio Bonilla Flores, Ricardo Rodrigo Suárez Fischner, Sonia Dinora Barillas de Segovia y Celina Escolán Suay, terceros beneficiarios con el acto impugnado, para que presentaran su respectivo alegato dentro del plazo de ley.

III. En los párrafos precedentes se ha realizado una sinopsis de los pasajes más relevantes del presente proceso.

Tal como se ha dejado constancia, en la resolución de las quince horas y cuarenta minutos del trece de agosto de dos mil trece (folios 57 al 68), la Sala de lo Constitucional declaró inaplicables por inconstitucional, entre otros, la resolución que admitió la demanda del presente proceso. Como efecto de la anterior resolución, esa Sala indicó que todas las actuaciones procesales que se emitan en este proceso, a partir de la inaplicabilidad del auto de admisión, carecerá de valor jurídico constitucional y no tendrán ninguna incidencia en el regular funcionamiento de la jurisdicción constitucional.

La inaplicabilidad emitida por la Sala de lo Constitucional fue declarada improcedente por los magistrados que integran este Tribunal (folios 977 al 992).

Ahora, de conformidad con el Decreto Legislativo número 128, del veinticuatro de septiembre de dos mil quince, publicado en el Diario Oficial número 180, tomo 409, el dos de octubre de dos mil quince, fueron electos magistrados propietarios de la Corte Suprema de Justicia los abogados Sergio Luis Rivera Márquez, Dafne Yanira Sánchez de Muñoz, Paula Patricia Velásquez Centeno, Leonardo Ramírez Murcia y Óscar Alberto López Jerez.

Posteriormente, en acta de Corte Plena del tres de enero de dos mil dieciocho, esta Sala quedó integrada con los magistrados Dafne Yanira Sánchez de Muñoz (presidenta), Elsy Dueñas Lovos (primer vocal), Paula

Patricia Velásquez Centeno (segunda vocal) y Sergio Luis Rivera Márquez (tercer vocal).

Los anteriores magistrados, incluyendo a la magistrada Elsy Dueñas Lovos, declararon improcedente la inaplicabilidad porque -según su criterio- la Sala de lo Constitucional pretendía interferir en la labor de este Tribunal, afectando, con ello, la independencia judicial. Debido a la conformación subjetiva de esta Sala, efectuada a partir del tres de enero de dos mil dieciocho, es necesario analizar la figura de la inaplicabilidad de la admisión de la demanda y sus efectos en los actos procesales posteriores.

La Ley de Procedimientos Constitucionales confiere la atribución a un juez o tribunal de enjuiciar la constitucionalidad de una ley o disposición, pudiendo declarar su inaplicabilidad al dictar sentencia interlocutoria o definitiva.

Asimismo, se encuentran facultados para declarar inaplicables los actos jurídicos subjetivos, tanto públicos como privados (artículo 77-A).

De la lectura de la norma relacionada, el juez puede ejercer el control difuso de la Constitución cuando declara inaplicable una norma o un acto jurídico subjetivo, de ahí que está obligado a remitir certificación de la Sentencia a la Sala de lo Constitucional a fin de que esta emita el pronunciamiento correspondiente (artículo 77 E).

La Sala de lo Constitucional estimó que la admisión de la demanda es un acto jurídico-- subjetivo público que está sujeto al control difuso de la Constitución.

En el auto que declaró inaplicable la admisión de la demanda también consideró que las actuaciones posteriores a la misma carecen de valor jurídico constitucional.

IV. Es necesario referirse al efecto que causa la inaplicación de la resolución de esta Sala que admite la demanda interpuesta por el señor Alfredo Valle Alvarenga.

El artículo 185 de la constitución regula la figura de la inaplicación en los siguientes términos: “Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Órganos, contraria a los preceptos constitucionales.” Asimismo, en los incisos 1 y 2 del artículo 77-A de la Ley de Procedimientos Constitucionales se dispuso que: “Todo juez o tribunal, a instancia de parte o de oficio, debe

enjuiciar previamente la constitucionalidad de cualquier ley o disposición de cuya validez dependa la tramitación de cualquier proceso o el fundamento de las resoluciones que se pronuncien en el mismo, y si alguno de ellos contradice la constitución, la declarará inaplicable al dictar sentencia interlocutoria o definitiva. También podrá declarar la inaplicabilidad de los actos jurídicos subjetivos, tanto públicos como privados, que violen la normativa constitucional.”

En ese sentido, atendiendo a la intención del constituyente, es posible, tal cual lo ha reseñado la Sala de lo Constitucional, considerar que una decisión jurisdiccional constituye un acto jurídico subjetivo público sujeto al control difuso de la Constitución. Como consecuencia de su inaplicabilidad, se entiende que en este caso, el acto que admitió la demanda no genera efectos y, por consiguiente, vuelven las cosas al estado antecedente al acto inaplicado.

La titularidad de control constitucional y la obligatoriedad de su cumplimiento de forma general y obligatoria se reserva únicamente para la inconstitucionalidad formalmente declarada, en el correspondiente proceso, en cambio, los efectos adicionales sobre un proceso judicial en concreto solamente puede derivarse del proceso formal de amparo. La Sala de lo Constitucional ha acotado que la inaplicabilidad, en el caso concreto, puede ser controlada en el sistema ordinario de recursos (desarrollado ampliamente en la sentencia de inconstitucionalidad 25-2006 Ac pronunciada a las nueve horas del nueve de abril de dos mil ocho) y solo surte efecto interpartes. Lo anterior supone que la inaplicación que realizó la sala de la resolución judicial que admitió la demanda no surte más efecto que suprimir de la existencia ese pronunciamiento y de aquellos que son directa consecuencia del mismo, pero no tiene la capacidad de interrumpir en su totalidad el devenir del proceso en el cual se está inaplicando la resolución concreta, en virtud de ausencia de fundamento normativo que se lo permita.

Así, el señalamiento posterior contenido en la resolución de la Sala de lo Constitucional diciendo que “todas las actuaciones procesales que se emitan en este proceso, a partir de la inaplicabilidad del auto de admisión, carecerán de valor jurídico constitucional y no tendrán ninguna incidencia en el regular funcionamiento de la jurisdicción constitucional” tendría como efecto tangible que se estime que era inconstitucional la resolución que admitió la demanda y que ésta deja de surtir efecto, por consiguiente todas las que se dictaron con posterioridad bajo el supuesto de que la demanda estaba admitida

también serían inexistentes, en virtud de que la resolución que las sustentaba perdió eficacia jurídica.

Empero, no puede surtir el efecto de considerar imposible que esta Sala emita algún pronunciamiento en el proceso contencioso administrativo iniciado ante ella misma por cuanto supondría dejar en indeterminación una pretensión interpuesta por un justiciable.

De resultas, en el caso concreto, subsiste una pretensión que ha sido planteada ante este Tribunal y una expectativa de respuesta fundada en el derecho de tutela jurisdiccional -que no tiene porqué equipararse con el derecho a una resolución favorable- que posee el impetrante de la demanda. Por lo anterior, ante la inaplicación de la decisión que admite la demanda, debe emitirse algún pronunciamiento que sustituya a aquél que ha sido suprimido de la existencia jurídica y se procede a ello en los siguientes términos.

V. Antes de comprobar el cumplimiento de los requisitos del artículo 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa -ya derogada- (en adelante LJCA), emitida el veinticuatro de noviembre de mil novecientos setenta y ocho, publicada en el Diario Oficial número doscientos treinta y seis, tomo número doscientos sesenta y uno, de fecha diecinueve de diciembre de mil novecientos setenta y ocho, ordenamiento de aplicación al presente caso en virtud del artículo 124 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa vigente; es necesario examinar los demás presupuestos procesales que exige la ley, para determinar la viabilidad de la pretensión del demandante. La LJCA exige presupuestos adicionales a los requisitos señalados en el artículo 10, la parte actora debe cumplir el artículo 9 que requiere, para iniciar la acción contencioso administrativa, ser titular de un derecho infringido o tener un interés legítimo y directo.

La legitimación es la aptitud de ser parte en un proceso concreto, presupone que no, toda persona con capacidad procesal puede ser parte, sino únicamente las que se encuentran en determinada relación con la pretensión; por tanto, se puede concluir que si las partes carecen de legitimación, el desarrollo de todo el proceso no servirá para solucionar la controversia.

La legitimación activa, en el proceso contencioso, se origina en la relación previa entre un sujeto y determinado acto administrativo, que hará legítima la presencia del primero en el proceso concreto en que se impugne dicho acto. Por consiguiente, el presupuesto esencial y común es que el administrado,

que busca impugnar un acto, sea titular del derecho que se ve lesionado, afectado o debe tener un interés legítimo.

De esa manera está interesado en obtener su invalidación. Corresponde a esta Sala, al momento que se presenta una demanda, examinar la legitimación y la capacidad de las partes, cuya finalidad será garantizar que la decisión final resulte eficaz y así evitar que el trámite del proceso se vuelva inoficioso, por no existir una relación directa entre el sujeto activo y el acto impugnado, que se presume le ha producido un daño o una lesión en su esfera jurídica. Por otra parte, la Sala de lo Constitucional en el auto de inaplicabilidad identificado con la referencia 77-2013/97-2013, de las quince horas cuarenta minutos del trece de agosto de dos mil trece, respecto de la legitimación en el proceso contencioso administrativo, estableció lo siguiente: «(...) De lo expuesto, se concluye que la autoatribución de un “interés difuso” que no sea un interés legítimo como título habilitante para plantear una demanda contencioso administrativa y, especialmente, para solicitar una la declaración de una nulidad de pleno derecho, no es procedente, según la propia jurisprudencia contencioso administrativa (...) Es tan manifiesta la falta de legitimación en los demandantes ante la Sala CA, que el mismo tribunal reconoce la omisión de los actores en acreditar los posibles daños irreparables o de difícil reparación por la sentencia definitiva en los respectivos procesos contencioso administrativos (entiéndase daños en su esfera particular o en una colectividad); precisamente, porque no es deducible ningún tipo de derecho subjetivo o interés legítimo con afectaciones personales por parte del acto impugnado ante la Sala CA (...) Dicho tribunal, forzando la interpretación de las normas y desconociendo precedentes, afirma que cualquier ciudadano está legitimado para demandar contra actos administrativos, aunque no tenga interés directo ni legítimo, y que el plazo para presentar la demanda en esa sede, ha dejado de ser un presupuesto de admisibilidad para tales casos; por último, que los asuntos cuya competencia le corresponde, no se limita a lo expresamente determinado en la ley, sino a “todos los derechos constitucionales”.

En definitiva, si para la Sala CA se puede presentar una demanda en la que cualquier ciudadano solicite una nulidad de pleno derecho de cualquier acto administrativo, y fuera del plazo de los sesenta días hábiles a que se refiere el art. 11 LJCA, no puede más que concluirse que la Sala CA lo que pretende es asumir la competencia de controlar una actuación con efectos generales y obligatorios (es decir, una inconstitucionalidad, que sólo le compete resolver a este tribunal) (...)» La Sala de lo Constitucional ha establecido que en el proceso contencioso administrativo, aún cuando se impugna un acto por vicio

de nulidad de pleno derecho, debe cumplirse el presupuesto del artículo 9 de la LJCA. Al examinar el acto impugnado, no existe una afectación directa que le haya causado al señor Alfredo Valle Alvarenga, tampoco se vislumbra un interés legítimo y directo en la declaratoria de ilegalidad. De ahí que el demandante carece de legitimación para iniciar la presente acción.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 277 del Código Procesal Civil y Mercantil (en adelante CPCM), de aplicación supletoria según el artículo 53 de la LJCA, se examinará la figura de la improponibilidad de la demanda. El referido artículo 277 CPCM establece: «Si, presentada la demanda, el Juez advierte algún defecto en la pretensión (...) o atinente al objeto procesal (...) evidencie falta de presupuestos materiales o esenciales y otros semejantes, se rechazará la demanda sin necesidad de prevención por ser improponible, debiendo explicar los fundamentos de la decisión (...)» El CPCM no regula los casos para determinar la falta de presupuestos materiales o esenciales que hacen improponible la demanda; sin embargo, la Sala de lo Civil ha establecido lo siguiente: «Conforme al art. 277 C.P.C.M, como supuestos para declarar la improponibilidad, se pueden desglosar así: 1) Defecto en la pretensión (objeto ilícito, imposible, absurdo; el cual se advierte en la fundamentación); 2) Carencia de competencia (competencia objetiva, grado); 3) Atinente al objeto procesal (litispendencia, cosa juzgada, compromiso pendiente); 4) Evidente falta de presupuestos materiales o esenciales (falta de legitimación activa o pasiva de las partes); y, 5) Otros semejantes (...)

En ese sentido, la improponibilidad sobrevenida de la demanda regulada en el art. 127 CPCM, debe referirse a los supuestos arriba mencionados, a manera de ejemplo podrá declararse como tal, cuando al momento de contestarse la demanda se alegue y tenga lugar la litispendencia, cosa juzgada, compromiso pendiente o vía procesal errónea» (negritas suprimidas) (sentencia de las once horas quince minutos del once de junio de dos mil catorce, en el proceso identificado con la referencia 288-CAC-2012).

La Sala de lo Civil ha señalado que uno de los presupuestos materiales o esenciales es la falta de legitimación activa o pasiva de las partes. En este caso, el señor Alfredo Valle Alvarenga no tiene legitimación para impugnar el Decreto Legislativo que se ha relacionado; en consecuencia, es procedente declarar improponible la demanda.

VI. Con base en lo expuesto, de conformidad con los artículos 183 de la Constitución de la República, 9, 10 y 53 de la Ley de la Jurisdicción

Contencioso Administrativa -ya derogada-, emitida el veinticuatro de noviembre de mil novecientos setenta y ocho, publicada en el Diario Oficial número doscientos treinta y seis, tomo número doscientos sesenta y uno, de fecha diecinueve de diciembre de mil novecientos setenta y ocho, ordenamiento de aplicación al presente caso en virtud del artículo 124 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa vigente, y 277 del Código Procesal Civil y Mercantil, esta Sala RESUELVE:

Declarar improponible la demanda interpuesta por el señor Alfredo Valle Alvarenga contra la Asamblea Legislativa, por la supuesta ilegalidad y nulidad de pleno derecho del Decreto Legislativo N° 71, del dieciséis de julio de dos mil nueve, publicado en el Diario Oficial N° 133, tomo 384, de fecha diecisiete de julio de dos mil nueve, que contiene la elección de los magistrados propietarios EDWARD SIDNEY BLANCO REYES, FLORENTÍN MELÉNDEZ PADILLA, MARÍA LUZ REGALADO ORELLANA, JOSÉ BELARMINO JAIME, RODOLFO ERNESTO GONZÁLEZ BONILLA, y los magistrados suplentes FRANCISCO ELISEO ORTÍZ RUIZ, OVIDIO BONILLA FLORES, CELINA ESCOLÁN SUAY, RICARDO RODRIGO SUÁREZ FISCHNALER y SONIA DINORA BARILLAS DE SEGOVIA nombrados para el período 2009 -2018.

Notifíquese.

DAFNE S. ----- DUEÑAS----- P. VELASQUEZ C.-----S. L. RIV. MARQUEZ---
---- PRONUNCIADO POR MAYORÍA POR LAS SEÑORAS MAGISTRADAS
Y EL SEÑOR MAGISTRADO QUE LO SUSCRIBEN.-----M. A.V.----- SRIA.-
-----RUBRICADAS.

VOTO DISIDENTE DE LA MAGISTRADA ELSY DUEÑAS LOVOS.

Difiero de la anterior resolución pronunciada por mis colegas Magistrados en el proceso 344-2013, promovido por el señor Alfredo Valle Alvarenga, en su carácter personal, en contra de la Asamblea Legislativa, en lo referente a la declaratoria de improponibilidad de la demanda por falta de legitimación activa del demandante.

Las razones las expongo a continuación: La decisión se fundamenta en que el actor no posee la titularidad del derecho que considera infringido, ni tiene un interés legítimo y directo en la declaratoria de El acto administrativo que se impugna es el nombramiento de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, abogados: Edward Sidney Blanco Reyes, Florentín Meléndez Padilla, María Luz Regalado Orellana, José Belarmino Jaime, Rodolfo

Ernesto González Bonilla, y suplentes: Francisco Eliseo Ortiz Ruiz, Ovidio Bonilla Flores, Celina Escolán Suay, Ricardo Rodrigo Suárez Fischner y Sonia Dinora Barillas de Segovia. Ahora bien, el procedimiento de elección tiene su fuente en la Constitución de la República, en adelante “Cn”. Conforme al artículo 131 ordinal 19 Cn, la elección de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia por la Asamblea Legislativa, es un acto público, sometido a la observancia y juzgamiento de la población. Precisamente, el nombramiento de un Magistrado de la Corte Suprema de Justicia tiene incidencia nacional, por cuanto al ser considerado “funcionario público”, cuyos emolumentos son cubiertos directamente por la misma población, también ejercen la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todos los procesos que la misma población lleva ante sus instancias.

Entonces, el nombramiento de un magistrado es un acto que beneficia o repercute directamente en la esfera jurídica de cualquier ciudadano, pues al no llevarse a cabo un procedimiento de elección acorde a los términos de la misma constitución, implicaría el nombramiento ilegítimo de un Magistrado que no tiene las aptitudes para ejercer correctamente su función y que soslaya o sortea la voluntad general concretada en la Constitución.

El artículo 185 Cn establece: “Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Organos, contraria a los preceptos constitucionales”. Del artículo anterior, la misma Sala de lo Constitucional ha dicho que, conforme al control difuso de la Constitución, todos los jueces están autorizados y obligados a resolver cuestiones de inconstitucionalidad; en otras palabras, a valorar cualquier disposición contraria a las disposiciones de nuestra Carta Magna. Entonces, la Sala de lo Contencioso Administrativo, que conoce de las controversias relativas a la Administración Pública en cuanto ésta dicta actos administrativos, tiene a su vez la potestad de llevar a cabo el control difuso de la Constitución, contrario a la jurisprudencia citada en la resolución que difiere que desconoce ese mecanismo y limita su conocimiento a la Sala de lo Constitucional.

El señor Alfredo Valle Alvarenga, como ciudadano, está legitimado para impugnar por la vía contencioso administrativo el procedimiento de elección que culminó con la elección de ciertos Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en tanto que, como ya se dijo, afecta a toda la colectividad el no contar con funcionarios públicos idóneos en su cargo mismo elegidos mediante un procedimiento viciado. Lo anterior se conoce como interés o

derecho difuso, reconocido ampliamente en la jurisprudencia nacional, como en la sentencia de amparo referencia 934-2007, que desarrolla dicho derecho.

Negarle a un ciudadano la posibilidad de impugnar ante esta sede un acto administrativo sometido a cumplir todos los requisitos de validez (en sus elementos reglados), estaría limitando la protección jurisdiccional de la que todos gozamos en casos de interés nacional y de orden público. Mayor atropello causa la resolución que difiero aseverando vía jurisprudencial, que la vía idónea para controlar la constitucionalidad del acto impugnado es la Sala de lo Constitucional, misma Sala que la integraron los Magistrados electos -propietarios y suplentes por la Asamblea Legislativa y que se controvierte.

En conclusión, la decisión de esta Sala afecta derechos fundamentales del señor Alfredo Valle Alvarenga, quien sí tiene legitimación activa en el presente proceso; de manera que, la demanda no debió ser declarada improponible y contrario a ello, tuvo que admitirse y resolverse sobre el fondo de la pretensión.

San Salvador, a los diecinueve días del mes de julio de dos mil dieciocho.

DUEÑAS----- PRONUNCIADO POR LA SEÑORA MAGISTRADA QUE LO
SUSCRIBE.----- M. A.V.----- SRIA.-----RUBRICADAS.

**(ANEXO 3) RESOLUCION DE LA SALA DE LO CONTECIOSO
ADMINISTRATIVO.**

328-2013

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las diez horas dos minutos del veintiséis de agosto de dos mil trece.

I. Por agregados los siguientes documentos, con sus anexos correspondientes:

- a) El escrito de la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia.
- b) Los escritos del Octavo Secretario de la Asamblea Legislativa.
- c) La inaplicabilidad emitida por la Sala de lo Constitucional, a las quince horas y cuarenta minutos del trece de agosto de dos mil trece.
- d) El escrito del señor Juan Martínez Hernández, mediante el cual amplía la demanda y pide la medida cautelar.

II. Sobre la inaplicabilidad.

Mediante resolución de las quince horas y cuarenta minutos del trece de agosto de dos mil trece, la Sala de lo Constitucional declaró "inaplicables por inconstitucionales las resoluciones de admisión de 7-VIII-2013, pronunciadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo en los procesos 328-2013, 344-2013 y 345-2013, por vulnerar la independencia judicial -art. 172 Cn.- mediante una avocación prohibida por el art. 17 Cn., así como por atentar contra la estructuración competencia) de esta Sala, determinada por los arts. 172, 174 y 183 Cn.".

Respecto de la referida resolución, se hacen las siguientes consideraciones:

- i. La Sala de lo Constitucional insiste, como una especie de paranoia judicial, que el ulterior objetivo del presente proceso es alterar su conformación subjetiva, que trasciende específicamente a interrumpir el normal desempeño de sus funciones jurisdiccionales para el control de constitucionalidad de la

elección del actual presidente de la Corte Suprema de Justicia, y otras decisiones.

Alega la Sala de lo Constitucional que "La supresión a cualquier título, provisional o definitivo, de la condición de magistrados o jueces, dispuesta contra quienes en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales están conociendo de un asunto o proceso, sería una patente infracción a la prohibición de avocación de causas pendientes (art. 17 Cn.) y al principio de independencia de los magistrados y jueces (art. 172 inc. 3° Cn.)" No hay duda, a partir de lo expresado por la referida Sala, que el trasfondo de la orden de inaplicabilidad es el temor de, supuestamente, interferir en la integración subjetiva del tribunal.

Se defienden alegando violación al principio de independencia judicial e infracción a la prohibición de avocación de causas pendientes. Con tal justificación, pretenden invalidar las actuaciones procesales de este Tribunal. De ahí que se trata de una nueva interferencia a la función jurisdiccional que compete a esta Sala y de un craso irrespeto al principio de independencia judicial (art. 172 inciso 3° de la Constitución).

Tal como se afirmó en la resolución que hoy objeta la Sala de lo Constitucional, la pretensión de inconstitucionalidad ejercida en contra del nombramiento del actual presidente de la Corte Suprema de Justicia no vincula ni se relaciona con el objeto de conocimiento que este Tribunal está llamado a realizar. En realidad, se trata de dos instancias distintas con competencias propias.

La intromisión que dicha Sala ejerce contra este Tribunal es evidentemente desproporcionada que, incluso, llega a aseverar que "De todo lo expuesto se concluye que la tramitación de las demandas ante la Sala [de lo Contencioso Administrativo] se ha realizado alterando las reglas del propio proceso contencioso administrativo en cuanto a la legitimación activa, plazos y límites de la propia competencia de dicha Sala [de lo Contencioso Administrativo], desconociendo, incluso, su propia jurisprudencia contencioso administrativa; por lo que las resoluciones emitidas en los tres procesos aludidos deberán ser declarados inaplicables y no producirán efecto jurídico constitucional alguno".

Es decir, tan grave es la afectación a la independencia judicial, que, ahora, la Sala de Constitucional, consciente de los ámbitos de competencia que a cada quien corresponde, interfiere arbitrariamente en este proceso, imponiendo criterios en un asunto cuya decisión no le compete, ya que este

Tribunal, en virtud de los presupuestos procesales y requisitos de la demanda, hizo el respectivo juicio de admisibilidad. Adicionalmente, este Tribunal no es autoridad demandada en algún proceso de amparo cuya impugnación se centre en el juzgamiento de los criterios que la referida Sala ha hecho.

El mecanismo utilizado por la Sala de lo Constitucional para interferir en la labor de este Tribunal, hoy bajo el disfraz de la inaplicabilidad, es otra forma de injerencia a la función que el legislador ha encomendado a este Tribunal. Nuevamente se trata, según se ha reiterado en la resolución que admite la demanda, de una intromisión desproporcionada e injustificada en el desarrollo de la labor competencial asignada a esta Sala. Por consiguiente, la decisión adoptada a las quince horas y cuarenta minutos del trece de agosto de dos mil trece, carece de efecto alguno y no puede paralizar la tramitación normal de este proceso.

Anteriormente, la Corte Suprema de Justicia, en la resolución de las dieciocho horas y seis minutos del seis de mayo de dos mil diez, razonó que el hecho de permitir que un juzgado o tribunal pueda declarar la inaplicabilidad de las resoluciones de los demás juzgados y tribunales - como en este caso pretende la Sala de lo Constitucional- conduciría a la destrucción del sistema de control judicial y -con el grave efecto- de concentrar -en el caso de dicha Sala- el poder absoluto de las decisiones de todos los juzgados y tribunales de la República, aniquilando la independencia judicial interna, la seguridad jurídica y, consecuentemente, la institucionalidad del país.

ii. Sobre la legitimación.

El señor Juan Martínez Hernández está legitimado para demandar, ante esta jurisdicción, a la Asamblea Legislativa y le asiste el interés difuso, en tanto que forma parte de los ciudadanos de El Salvador, para pretender la tutela de la legítima Administración de Justicia debido a los supuestos vicios cometidos en el procedimiento de elección que, por medio del Decreto Legislativo No. 71 del dieciséis de julio de dos mil nueve, cometió la referida autoridad.

No obstante que, de sobra y congruentemente se ha explicado en la admisión de la demanda la legitimación activa, es necesario ahondar al respecto, debido a la injerencia inconstitucional hecha por la Sala de lo Constitucional en el presente proceso, y explicar a la ciudadanía (representada difusamente por el ciudadano Juan Martínez Hernández), (a)

primero, el derecho de participación ciudadana en la protección de los derechos constitucionales; (b) segundo, la necesaria tutela de los intereses plurisubjetivos y su positivización; y, (c) por último, el cumplimiento de los elementos necesarios para la legitimación, de forma difusa, del ciudadano Juan Martínez Hernández.

(a) Es inexorable que en la concepción del Estado Constitucional de Derecho no sólo se garantiza la tutela de los derechos y libertades fundamentales, sino que, también, se garantiza la seguridad material de las personas y la consecuente justicia social. Este planteamiento demanda que los derechos fundamentales no sólo se conciban como un límite negativo frente al poder estatal sino como garantía de participación, como derecho de participación a cargo del Estado frente a los ciudadanos.

Esa participación presupone el aseguramiento del acceso irrestricto a los bienes en general como, para el particular, a la justicia y su vulneración exige del Estado un deber de aseguramiento positivo traducido en acciones encaminadas a proveer la concreción del pleno goce de los derechos.

Es el Estado el obligado a remover los obstáculos para el pleno goce, pero es innegable que también las personas (en su sentido individual o aglutinadas en colectividades plenamente, o no, identificables) participen activamente para garantizar el pleno ejercicio de los derechos como, se insiste, el de justicia.

El problema de no efectivizar los derechos de los ciudadanos de tal manera que no puedan participar en la protección de todos los derechos constitucionales, y no como meras postulaciones sino como verdaderas realidades sobre todo en la labor jurisdiccional, convierte al pueblo en objeto de asistencia social: "todo para el pueblo, nada a través del pueblo" (HABERMAS, JÜRGEN, *Capital Monopolista y Sociedad Autoritaria*, Barcelona, 1973, pp. 53).

La participación en la defensa de los derechos de los ciudadanos debe preverse para todos, los justiciables -sin excepción- pues, de lo contrario, provocaría una discriminación injustificada y, para el particular, una crasa vulneración al derecho constitucional de acción. Particularmente, el derecho de acción tiene una doble proyección: 1) como obligación ineludible en la determinación de mecanismos procesales de los propios justiciables a la tutela efectiva de sus derechos e intereses; y, 2) como derecho constitucional y su estrecha vinculación con el derecho de acceso a la justicia en tanto

como derecho humano ya que encuentra su fundamento en la dignidad de la persona.

De ahí que no es pensable el derecho de acción sino se presenta tanto de una forma real como eficaz. Por supuesto que el ejercicio del derecho de acción, en su segunda proyección, presupone que los ciudadanos presenten algún grado de inclinación volitiva a la satisfacción de una necesidad, respecto de la obtención de un bien o de la realización de una acción protectora de dicho bien.

Esa inclinación volitiva a una necesidad se presenta, jurídicamente, como un interés que legitima a los sujetos procesales a accionar. Ese interés debe comprender, entonces, un sujeto portador (sea físico o ficto), una necesidad por alguna carencia o necesidad insatisfecha de forma directa o subyacente y, por último, un vínculo entre el portador de la necesidad y el bien que se considere idóneo para la satisfacción de dicha necesidad. (b) Un sujeto procesal está legitimado para ser parte procesal, cuando le acude, ante una necesidad, una vinculación atribuida volitivamente con el bien o derecho que pretende se tutele jurisdiccionalmente.

De ahí que, esa vinculación (interés jurídicamente protegido), se presenta de una forma simple cuando, hasta objetivamente, se establece una relación directa entre el sujeto y el objeto, o derecho, susceptible de tutela jurisdiccional; o de forma más compleja cuando el interés no se corresponde, por lo menos directamente, con el objeto, o derecho, que se pretende tutelar.

De tal forma que el interés por la tutela de los derechos individuales es plena y objetivamente identificable con el sujeto pretensor y, de ahí, se reconoce de forma simple; empero, cuando existen, de por medio, derechos que no guardan una identificación de propiedad - sino de goce o disfrute- con un sujeto pretensor no es viable exigirle la legitimación regulada en el artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante LJCA) que requiere un interés directo, o subyacente (interés legítimo), con el bien o derecho sujeto a tutela jurisdiccional. La LJCA regula, conforme a la clásica dicotomía liberal, la tutela de los dos intereses contrapuestos -público y privado- en los artículos 8, el referenciado artículo 9 y el 18. También la Constitución -artículo 246 inciso 22- establece esa clásica clasificación y, hasta, resuelve en grado de prevalencia el conflicto entre ellos.

Prima facie, ni en la Constitución ni en la LJCA aparecen, *expressis verbis*, regulados aquellos intereses que se promulgan diferentes a los de carácter privado o público: intereses supraindividuales. Pero, también, es innegable

que, en particular, la Sala de lo Contencioso Administrativo es un Tribunal que tutela (artículos 172 inciso 32 y 235 de la Constitución) los derechos -no sólo los de connotación liberal sino, entre otros, los sociales, culturales, económicos- contenidos en la Constitución que producen, ante su vulneración, intereses en los ciudadanos -considerados individual o colectivamente- por el cumplimiento de esos derechos y exige, conforme el artículo 2 inciso 12 de la Constitución, la defensa del derecho a la protección en la conservación y defensa de los derechos.

De ahí que la tutela de los intereses supraindividuales, no contemplados expresamente en la LJCA, devienen, irrefutablemente, de la defensa de la Constitución y, desde luego, debe preverse la participación de los justiciables, sin ningún obstáculo, para efectivizar la protección en la conservación y defensa de los derechos. En tal sentido, la LJCA debe entenderse -conforme a la Constitución- que, también, permite el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa para la defensa de todos los derechos constitucionales y, para dotarle de efectividad, debe permitirse el acceso a la participación de todos los justiciables.

De ahí que esta jurisdicción se erige, no sólo garantizadora de los derechos individuales, como defensora de todos los derechos contemplados en el ordenamiento jurídico y, para tal efecto, debe, necesariamente, permitir el libre y fácil acceso a la jurisdicción contencioso administrativa tanto de los intereses subjetivos privados -artículo 9 LJCA- y subjetivos públicos -artículo 8 LJCA como de los supraindividuales (colectivos y difusos).

(c) La dificultad de identificación del interés legitimador del señor Juan Martínez Hernández radica -debido a la concepción clásica liberal de los derechos subjetivos individuales en el grado de correspondencia que guarda el objeto del litigio (legítimo ejercicio de la Administración de Justicia) y la esfera jurídica particular del impetrante. Desde luego que no guarda, por lo menos de forma objetiva y directa, ningún grado de correspondencia lo que, tradicionalmente, provocaría un rechazo liminar de la demanda por la falta de agravio (inexistencia de interés subjetivo individual).

No obstante, es menester considerar -como se ha enunciado- que al impetrante le asiste, no un interés subjetivo individual de carácter privado, sino el difuso por ser parte de los ciudadanos de El Salvador.

En la categorización de los intereses legitimadores, en particular, de la jurisdicción contencioso administrativa debe considerarse, primero, aquellos intereses que devienen por la identificación de pertenencia -que, por lo

general, el derecho objetivo establece- del sujeto pretensor con el objeto o bien del litigio con manifestaciones de fenómenos como el litis consorcio o de la intervención de terceros y algunas vertientes materiales, como la pluralidad de sujetos en determinadas/ obligaciones o la comunidad proindiviso pero que, en definitiva, en todos los casos interés acontece por la titularidad del bien u objeto del litigio.

Segundo, aquellos intereses de un grupo, más o menos, amplio de personas que les une a todos ellos entre si un vínculo jurídico sin llegar a situarse en el propio contenido de la relación plurisubjetiva -que no deviene del objeto del litigio-. Tercero, y último, un interés donde no existe una relación base - como en el segundo de los intereses que existe una relación jurídica de base pero que, a diferencia del primero de los intereses, no deviene directamente del objeto del litigio- o, si existe, es extremadamente genérico -v. gr.: el vínculo de pertenencia a una misma comunidad política-.

En la tercera categoría expuesta, por lo general, se pretende que el interés que se requiere tutelar no lo es en función del interés mismo sino en relación a situaciones de hecho y mutables. De ahí que, como una de las características de los difusos, el interés deviene de situaciones naturales y anteriores al objeto o bien del litigio.

Como en el caso de autos, que el interés del impetrante es connatural, y anterior, a la supuesta ilegitimidad del ejercicio en la Administración de Justicia (por supuesto desde la perspectiva de la legalidad de los actos reglados que dieron origen al acto político contenido en el Decreto Legislativo No. 71 del dieciséis de julio de dos mil nueve): la pertenencia política que, como ciudadanos de El Salvador, legitima para demandar el restablecimiento de la legitimidad de los referidos aspectos reglados del acto político.

Se concluye que al señor Juan Martínez Hernández le asiste, como ciudadano, el interés difuso de demandar a la Asamblea Legislativa por la supuesta ilegitimidad del referido Decreto, porque considera que existen vicios de inseguridad jurídica e ilegalidad en los actos reglados anteriores al acto político contenido en ese Decreto Legislativo y, en consecuencia, considera que se ha violado la legitimidad de la Administración de Justicia. iii. Sobre la Nulidad de Pleno Derecho. En la resolución emitida por la Sala de lo Constitucional referencia 77-2013/972013, de las quince horas y cuarenta minutos del trece de agosto de dos mil trece, se analiza la interpretación realizada por esta Sala respecto del tratamiento que esta última hace de las nulidades de pleno derecho en relación a la aplicación de la LJCA.

Los puntos concretos que la Sala de lo Constitucional refuta son los siguientes:

a) Que las interpretaciones de los jueces son legítimas o aceptables cuando pueden ser consideradas racionales, esto es, que contengan consistencia argumentativa, la cual hace referencia a la ausencia de contradicción en las proposiciones que componen los argumentos explicitados, así como a la coherencia que debe mediar entre los diferentes precedentes de un mismo tribunal. Por ello -aducen-, no cabe limitarse a la indicación de una específica forma de entender una disposición jurídica, sin explicitar los fundamentos del cambio de jurisprudencia.

b) Que la interpretación del artículo 7 de la LJCA no guarda relación con el artículo 11 del mismo cuerpo normativo, que establece que el plazo de interposición de una demanda contenciosa es de sesenta días. Concluyendo así, que la admisión de las demandas 328-2013, 344-2013 y 345-2013 después de sesenta días hábiles a la notificación de los actos que les dan origen, fueron realizadas en contravención a los presupuestos procesales señalados en la LJCA y a la jurisprudencia, que -aducen-, ha sido sustentada por los actuales Magistrados propietarios de este Tribunal.

c) Que según la jurisprudencia dictada por esta Sala en los procesos referencia 51-D-98 del catorce de mayo de dos mil dos, 63-D-99 del cinco de mayo de dos mil y 64-D-99 del veinticuatro de mayo de dos mil, esta Sala tenía otra línea de interpretación de los artículos 7 y 11 de la LJCA, según la cual el plazo para la interposición de la demanda en los casos de nulidad de pleno derecho seguía siendo el de sesenta días contenido en el artículo 11 ya mencionado. Respecto de las anteriores afirmaciones realizadas por la Sala de lo Constitucional, este Tribunal considera indispensable emitir las consideraciones que a continuación se detallarán, a fin de ilustrar y aclarar al referido Tribunal sobre las interpretaciones y jurisprudencia que esta Sala realiza dentro del marco de las funciones que le son constitucional y legalmente atribuidas, por ser el único y máximo Tribunal en este país con potestades para pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de los actos que se controvertan.

De ahí que, se desarrollarán los siguientes puntos: 1) los presupuestos procesales para acceder a esta instancia judicial; 2) el caso de la nulidad de pleno derecho como excepción a los anteriores presupuestos procesales; y, 3) el cambio de criterio realizado por esta Sala en el tratamiento de las nulidades de pleno derecho. 1. Sobre los presupuestos procesales para

acceder a esta instancia judicial. De conformidad con la LJCA, para interponer una demanda ante esta jurisdicción, es necesario que la misma cumpla con los presupuestos procesales tasados en dicha Ley.

En razón de lo anterior, en cada caso se debe revisar que se haya cumplido con dos presupuestos básicos: (a) el correcto agotamiento de la vía administrativa, y, (b) la interposición de la demanda dentro del plazo establecido por la normativa en comento. 1.a) Sobre el agotamiento de la vía administrativa.

En materia contencioso-administrativa, los recursos administrativos desempeñan un rol trascendental, ya que nuestro ordenamiento jurídico exige para la admisibilidad de la demanda en sede judicial, el agotamiento previo de la denominada vía administrativa, el cual, de conformidad con el artículo 7 letra a) de la LJCA, se entiende producido cuando se ha hecho uso en tiempo y forma de los recursos pertinentes o cuando la ley lo disponga expresamente.

Esta Sala ha distinguido que son tres las formas por las que se puede entender satisfecho dicho requisito: (a) cuando la Ley de la materia dispone expresamente que determinado acto o resolución agota la vía administrativa previa; (b) cuando el agotamiento tiene lugar por haberse utilizado todos los recursos administrativos, en donde es necesario que el tribunal examine, tanto los elementos fácticos ofrecidos por la parte actora, como la normativa aplicable al caso concreto; y, (c) cuando el ordenamiento jurídico, en una materia específica, no hubiere previsto ningún tipo de recurso. En aquellos casos en los cuales el ordenamiento jurídico no establezca ningún recurso respecto de determinados actos, éstos causan estado en sede administrativa de manera inmediata y, por lo tanto, son impugnables directamente ante este Tribunal dentro del plazo legal.

El requisito del agotamiento previo de los recursos administrativos, tiene particular importancia con relación al plazo para interponer la demanda contencioso administrativa, ya que el mismo se cuenta a partir de la fecha en que se hizo saber al administrado el acto con el cual se agotó la vía administrativa previa.

Esto se debe a que, aun cuando los recursos administrativos han sido instituidos en beneficio del administrado y, por consiguiente, las reglas que regulan su funcionamiento han de ser interpretadas en forma tal que faciliten su aplicación, éstos no pueden ser tenidos como una herramienta procesal a disposición del libre arbitrio de las partes.

Fundamentalmente, es el principio de seguridad jurídica el que exige que los recursos sean utilizados con plena observancia de la normativa que los regula. En ese sentido, el agotamiento de los recursos administrativos constituye un presupuesto de carácter procesal, que habilita el ejercicio de la acción en esta sede.

De este modo, si se trata de un procedimiento administrativo en el que únicamente haya lugar a un acto definitivo, entonces será éste el acto impugnabile. Cuando se trata de un procedimiento en el que se hayan dictado varios actos definitivos, una vez cumplido el requisito de agotamiento, la acción contenciosa procede no sólo contra el acto que agotó la vía administrativa, sino también contra todos aquellos actos definitivos anteriores a éste, dictados en las distintas instancias del procedimiento.

1.b) Sobre el plazo para interponer la demanda ante esta sede judicial.

Al respecto, el artículo 11 de la LJCA, establece que: "el plazo para interponer la demanda será de sesenta días, que se contarán: a) desde el día siguiente al de la notificación (...)" Acorde al artículo mencionado y con relación al artículo 47 de la misma normativa, el plazo para ejercer la acción contenciosa administrativa será de sesenta días hábiles que se contarán desde el día siguiente al de la notificación del acto que agote la vía administrativa de conformidad a los parámetros establecidos.

De ahí que la notificación del acto que agota la vía administrativa, es decir el acto que causa estado, es la que determina el plazo para acceder a esta jurisdicción; transcurridos los sesenta días que señala dicho artículo, el acto adquiere estado de firmeza, lo que hace imposible el ejercicio de la acción contenciosa administrativa.

El análisis anterior permite concluir que la petición formulada por el administrado con posterioridad al acto que causa estado en sede administrativa, no tiene posibilidad de reabrir ni crear nuevos plazos para acceder a esta jurisdicción, pues ello significaría evadir los plazos que contempla la ley de la materia, vulnerándose así la seguridad jurídica adquirida por la firmeza del acto.

2. El caso de la nulidad de pleno derecho como excepción a los anteriores presupuestos procesales. Para acceder a esta instancia judicial se deben de cumplir los presupuestos procesales en la forma que se detalló con anterioridad. Sin embargo, es la misma LJCA la que en el inciso final del artículo 7, señala que "no obstante se admitirá la impugnación contra los

actos a que se refiere este artículo cuando fueren nulos de pleno derecho y estén surtiendo efecto; pero ello, únicamente para el solo efecto de declarar su ilegalidad sin afectar los derechos adquiridos". (Negrilla y subrayado suplido).

Con lo anterior, la LJCA configura una excepción de admisibilidad de los actos que se encuentren dentro de dichas categorías y, por consiguiente, habilita el conocimiento de carácter extraordinario de actos administrativos que de otra manera serían excluido de esta jurisdicción. La nulidad de pleno derecho es una categoría contemplada en la LJCA, por lo que es esta Sala la llamada a aplicarla.

Dicha nulidad constituye el grado máximo de invalidez, esto es, un vicio especialmente grave y de tal magnitud, que no debe producir efecto alguno, y, si lo estuviere produciendo, es susceptible de ser anulado en cualquier momento sin que a esta invalidez, cuando es judicialmente tratada, pueda oponerse la subsanación del defecto por el transcurso del tiempo.

El anterior criterio, ha sido sostenido reiteradamente por la jurisprudencia emitida por esta Sala, tal como ha establecido en las sentencias definitivas pronunciadas en los juicios marcados bajo las referencias 87-V-2002 y 88-V-2002 ambas del veinte de junio de dos mil cinco; 269-2006 del veinticuatro de septiembre de dos mil nueve, 96-H-2002 del nueve de abril de dos mil diez; 213-2005 del veintiséis de mayo de dos mil diez; 02-2006 del dieciocho de febrero de dos mil once; 155-2007 del siete de noviembre de dos mil once y 145-2006 del diecinueve de octubre de dos mil doce, por mencionar algunos casos. En plena concordancia con la postura adoptada por esta Sala, es que se pronuncia la doctrina más autorizada del Derecho Administrativo. De ahí, que es oportuno traer a colación lo que algunos de los expositores de dicha materia sostienen respecto de las nulidades de pleno derecho.

Así, Luciano Parejo Alfonso expresa que la "nulidad absoluta o de pleno Derecho es la derivada de una infracción esencial del ordenamiento, aludiendo así al grado de invalidez máximo y determinante, por ello, de la inidoneidad del acto o negocio para llegar a producir efectos jurídicos algunos.

Su consecuencia es, pues, una invalidez total desde el mismo nacimiento del acto o negocio, de carácter insubsanable, oponible erga omnes y permanentemente invocable, es decir, imprescriptible, por lo que puede ser apreciada en cualquier tiempo, sin limitación alguna." (PAREJO ALFONSO,

L., Lecciones de Derecho Administrativo, 4º ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 443). En similar sentido, los tratadistas Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, sostienen que un acto o negocio está viciado de "nulidad absoluta o de pleno derecho, cuando su ineficacia es intrínseca y por ello carece ab initio de efectos jurídicos sin necesidad de una previa impugnación. Este supuesto máximo de invalidez o ineficacia comporta una serie de características: ineficacia inmediata, ipso iure, del acto, de carácter general o erga omnes de la nulidad e imposibilidad de sanarlo por confirmación o prescripción.

El efecto inmediato de la nulidad supone que el acto es ineficaz por sí mismo, sin necesidad de intervención del juez, a quien, en todo caso puede pedirse una declaración de nulidad en el supuesto que sea necesario para destruir la apariencia creada o para vencer la eventual resistencia de un tercero.

El carácter general o erga omnes de la nulidad absoluta significa que es susceptible de oponerse o tenerse en cuenta en contra y a favor de cualquiera. Cualquier persona puede instar la nulidad y, aun sin que medie petición de parte, el juez puede y debe apreciarla ex officio por su propia iniciativa, y ello, además, en cualquier momento, porque, dada su naturaleza, la acción no se extingue ni por caducidad, ni por prescripción (negrillas suplidas). La nulidad absoluta, en fin, no puede sanarse por confirmación, puesto que no está en el comercio de los hombres, ni en la esfera de la autonomía de la voluntad (...) (...) La nulidad de pleno derecho resulta ser entonces de orden público, lo cual explica que puede ser declarada de oficio por la propia administración, e incluso, por los tribunales, aun en el supuesto que nadie haya solicitado esa declaración.

Este carácter de orden público de la nulidad de pleno derecho, explícitamente consagrado de antiguo por la jurisprudencia (...) y que recupera una doctrina jurisprudencial mantenida durante más de un siglo, (...), supone, además, que su pronunciamiento habrá de hacerse en todo caso de forma preferente, y aun excluyente, con respecto a cualquier otro, incluidos los relativos a la admisibilidad misma del recurso. Nada importa, por tanto, que el recurso jurisdiccional haya sido interpuesto fuera del plazo o por persona no legitimada, que el acto nulo objeto del mismo sea simple reproducción o confirmación de otro anterior no impugnado o que concurren otras causas de inadmisibilidad.

El tribunal está facultado, y obligado, a declarar de oficio, por propia iniciativa, la nulidad del acto en todo caso, en interés del orden general, del orden público, del ordenamiento mismo que exige que se depuren en cualquier momento los vicios cuya gravedad determina la nulidad de pleno derecho del acto al que afectan (...)" (GARCIA DE ENTERRIA, E. - FERNÁNDEZ, Tomás - Ramón, Curso de Derecho Administrativo, 12ª ed., Bogotá, ed. Temis, 2008, pp. 592-593, 599). Por su parte, Raúl Bocanegra Sierra, asevera que "La nulidad de pleno derecho es, por tanto, el grado máximo de invalidez y supone que el acto o negocio es intrínsecamente ineficaz, y, por ello, carece de efectos, por lo que comporta, a su vez, una serie de consecuencias, fundamentalmente de tres tipos; la ineficacia del negocio nulo se produce ipso iure, es decir, se provoca de manera inmediata; se trata, por otro lado, de una ineficacia erga omnes, frente a todos y respecto de todos, al tiempo que, finalmente, la nulidad absoluta no es sanable por confirmación ni prescripción.

La ineficacia ipso jure del negocio nulo equivale a decir que se origina por sí misma, sin intervención judicial, aun cuando esta intervención sea inevitable, en ocasiones, para vencer la resistencia de los que se opongan, y cuando sea necesario borrar la apariencia de validez, siendo su manifestación más llamativa la posibilidad de enjuiciamiento de oficio por el juez (...) Por otra parte, la nulidad de pleno derecho produce efectos generales o erga omnes, en cuya virtud cabe oponerla o tenerla en cuenta en contra, y también a favor, de cualquiera (...), y cuya trascendencia general se explica por la indignidad o inadecuación del acto nulo para la protección jurídica.

Según ello, no sólo será posible que cualquiera pueda pedir la nulidad, sino también la obligatoriedad de la eliminación de tales actos, indignos de toda protección jurídica. Finalmente, los actos nulos de pleno derecho no son sanables por prescripción ni por confirmación, puesto que la nulidad absoluta es indisponible para las partes, al estar fuera de la autonomía de la voluntad (...)" (BOCANEGRA SIERRA, R., Lecciones sobre el acto administrativo, 4ª ed., Pamplona, Ed. Arazandi, SA, 2012, pp. 181-182). Siguiendo las posturas anteriores, Fernando Garrido Falla sostiene que "la nulidad absoluta se caracteriza en que (...), los actos así viciados no pueden nunca producir efectos jurídicos, cualquiera que sea el momento en que efectivamente se haga uso de la acción de nulidad ante los Tribunales. Por su parte, éstos se limitan a "declararla", pues el acto es nulo no por consecuencia de la sentencia que se ha dictado, sino porque su propio origen está viciado de nulidad". De ahí que, el referido autor le atribuya como consecuencia -entre otras-, que "(...) pueda alegarse en cualquier tiempo. Así, por el particular,

aunque el acto administrativo viciado haya adquirido la apariencia de formalmente firme, por haber transcurrido los plazos para recurrir contra el mismo sin que ningún recurso haya sido utilizado (...)" (GARRIDO FALLA, F., Tratado de Derecho Administrativo, v. I, 14° ed., Madrid, Tecnos, 2005, pp. 588, 590-591).

Todo lo anteriormente reseñado, indudablemente, nos lleva a colegir que la consideración especial y extraordinaria atribuida a la nulidad de pleno derecho inevitablemente permite obviar los requisitos de procesabilidad prescritos en la LJCA, como lo son: la impugnación de actos consentidos expresamente, los actos en los que no se ha agotado la vía administrativa pertinente, los actos que sean reproducción de otros anteriores, ya definitivos o firmes, así como el plazo de, sesenta días hábiles establecidos para la interposición de la demanda. A pesar que la anterior conclusión es lógica, en este particular caso cobra especial relevancia detallar los razonamientos que efectuó este Tribunal para colegir que en los casos en que se alegara una nulidad de pleno derecho, debía obviarse también el plazo de interposición de la demanda comprendido en el artículo 11 de la LJCA.

En ese sentido, interesa traer a colación la categoría de los actos firmes y explicar su especial vinculación con aquellos actos en que no se ha agotado la vía administrativa pertinente. Se dice que los actos firmes son aquellos que ya no pueden ser controvertidos en sede administrativa ni en sede judicial.

Es decir, un acto firme es equivalente a aquel acto que no es susceptible de ser impugnado en sede administrativa ni en sede judicial, ya que el mismo no fue impugnado en tiempo y forma. Así lo define Raúl Bocanegra Sierra, al expresar que "Actos firmes son aquellos que, con independencia de que hayan o no causado estado, no son susceptibles de ninguna clase de recurso, ni administrativo ni jurisdiccional (...), bien por haber transcurrido los plazos legalmente establecidos para interponer los correspondientes recursos, administrativos o jurisdiccionales, bien porque su contenido haya sido confirmado por una resolución judicial, a su vez, firme." (BOCANEGRA SIERRA, R., op.cit., pp. 65).

De lo anteriormente reseñado debe destacarse entonces, que una de las razones que motivan que un acto devenga en firme, es precisamente la falta de utilización de los recursos tanto administrativos o jurisdiccionales establecidos al efecto, y que no fueron interpuestos oportunamente. Esto es, dejando pasar el plazo de interposición en sede administrativa, o el

establecido para su ejercicio en sede jurisdiccional. De ahí que, no es posible obviar que el factor temporal sea un elemento determinante en la categoría de los actos firmes.

A su vez, el acto firme necesariamente se encuentra en una estrecha vinculación con los actos en los que no se ha agotado oportunamente la vía administrativa establecida al efecto. Y es que, la razón principal para denegar la impugnación de los actos que no han agotado la vía administrativa respectiva, viene dada por la firmeza que los actos han adquirido en razón de su falta de impugnación oportuna. De lo anterior, se colige que el artículo 7 letra a) de la LJCA, al hacer referencia a aquellos actos en que no se ha agotado la vía administrativa, ineludiblemente ha incluido a la categoría de los actos firmes.

Como consecuencia de esta última calidad, deben de entenderse aquellos actos en los que ya ha transcurrido el plazo que franquea la Ley para ser impugnados judicialmente, como es el caso de los sesenta días hábiles que señala el artículo 11 de la LJCA. Y es que, exigir el plazo de interposición de la demanda contemplado en el artículo 11 ya mencionado, implicaría hacer nugatorio el acceso a la jurisdicción cuando el justiciable pretenda impugnar la nulidad de pleno derecho de un acto que adquirió firmeza por el inoportuno agotamiento de la vía administrativa correspondiente.

Por ello, no es posible realizar una interpretación distinta en la que se exija el cumplimiento de la presentación de la demanda dentro del plazo contemplado en el artículo 11, la que en definitiva sería una interpretación aislada de la disposición, además de ser evidentemente restrictiva, cerrando con ello el acceso a la tutela judicial efectiva de los administrados.

En conclusión, esta Sala entiende que dentro del ya citado artículo 7 y, de manera más específica en lo referente a la categoría de los actos firmes -que están inmersos dentro de los actos que no han agotado la vía administrativa correspondiente-, se encuentra comprendido el requisito temporal del artículo 11 de la LJCA, es decir, el plazo de sesenta días hábiles contados a partir del día siguiente al de la notificación respectiva. Lo anterior, conforme a la especialidad de la categoría de la nulidad de pleno derecho y a la característica básica de la imprescriptibilidad. Es decir, que el presupuesto procesal de los sesenta días hábiles, también se ve flexibilizado y cede frente a la alegación de una nulidad de pleno derecho.

En consecuencia, la normativa en comento da la posibilidad que a pesar que dicho acto ya no puede ser impugnado de forma ordinaria, su impugnación

se puede realizar en la fundamentación de una nulidad de pleno derecho, que por la gravedad y trascendencia del vicio alegado, permite a esta Sala conocer del mismo.

Por tanto, ante una pretensión que cumpla los presupuestos de una nulidad de pleno derecho, no cabe afirmar que la misma fue interpuesta de "forma extemporánea" y admitida obviando el requisito del aludido artículo 11, tal como señala la Sala de lo Constitucional.

De lo anterior, se concluyen tres aspectos fundamentales: (a) que para acceder a esta instancia judicial se tienen que cumplir con los presupuestos procesales básicos detallados en el número 1.a de este apartado; (b) que dentro de la letra a) del artículo 7 de la LJCA, que alude a los actos que no han agotado la vía administrativa correspondiente y por ende los actos firmes, ineludiblemente se entiende comprendido el plazo de interposición de demanda contencioso administrativa (artículo 11); y, (c) que dichos presupuestos procesales ceden ante una pretensión fundada en una nulidad de pleno derecho.

En conclusión, aunque la parte actora haya interpuesto su demanda incumpliendo los presupuestos procesales contenidos en los artículos 7 letras a) y b) y 11 de la LICA, lo que conduciría de forma ordinaria a rechazar la demanda interpuesta, la invocación de un vicio de nulidad de pleno derecho como fundamento de su pretensión, permite que esta Sala, de una forma excepcional y de conformidad a lo regulado en el inciso final del mencionado artículo 7, pueda conocer de los vicios alegados por el demandante. 3. Sobre el cambio de criterio realizado por esta Sala en el tratamiento de las nulidades de pleno derecho. Asevera la Sala de lo Constitucional, que este Tribunal admitió las demandas con referencias 328-2013, 344-2014 y 345-2013 en contravención a su propia jurisprudencia, pues obvió el presupuesto procesal previsto en el artículo 11 de la LJCA, que alude a los sesenta días hábiles para impugnar -en esta sede- un acto administrativo.

Ante la afirmación anterior, es necesario revisar la jurisprudencia dictada por esta Sala, a fin de dilucidar si efectivamente se modificó -en este caso particular- el criterio adoptado por la misma, referente al tratamiento de las nulidades de pleno derecho. Mediante resolución dictada por esta Sala en el proceso referencia 127-M-97, de fecha veintiuno de marzo de mil novecientos noventa y siete, se declaró la inadmisibilidad de dicha demanda, por no haberse agotado la vía administrativa correspondiente, a pesar que la

demandante alegó como fundamento de su pretensión la existencia de una nulidad de pleno derecho conforme al artículo 7 inciso final de la LJCA. Como consecuencia de la anterior inadmisibilidad, la actora presentó su correspondiente demanda de amparo ante la Sala de lo Constitucional, quien admitió y tramitó dicho caso mediante la referencia 384-97.

Así las cosas, el nueve de febrero de mil novecientos noventa y nueve, la Sala de lo Constitucional de esta Corte pronunció sentencia definitiva en el proceso 384-97, en la que estimó la pretensión de la demandante, y determinó que esta Sala no podía inhibirse de conocer y pronunciarse sobre la supuesta nulidad de pleno derecho de un acto administrativo alegando que la falta de regulación al respecto -provocada por la inexistencia de una Ley de Procedimientos Administrativos que tipificara las causales de nulidad de pleno derecho-, implicaba desarrollar atribuciones propias del Órgano Legislativo.

Por el contrario, instó a este Tribunal a realizar un esfuerzo jurisprudencial por llenar los vacíos establecidos en la LJCA, evitando realizar interpretaciones restrictivas de la misma, para lo cual podía hacer uso tanto del resto del ordenamiento jurídico interno como de lo expuesto por los autores del Derecho Administrativo, a fin de llegar a una concreción [jurisprudencia] que, en modo alguno implicaba una invasión de funciones al Órgano Legislativo.

En este punto es necesario destacar que, ante una inadmisibilidad pronunciada por este Tribunal fundada en un mal agotamiento de la vía administrativa a pesar de la alegación de nulidad de pleno derecho, es la misma Sala de lo Constitucional quien constriñe a este Tribunal a realizar interpretaciones de su propia ley que no sean restrictivas, para lo cual podía utilizar el resto del ordenamiento jurídico interno así como la doctrina de los autores del Derecho Administrativo. A partir de la anterior interpretación, esta Sala adoptó la postura de sistematizar la categoría de nulidades de pleno derecho mediante las correspondientes construcciones jurisprudenciales, apoyándose para ello en los autores del Derecho Administrativo y en el restante ordenamiento jurídico interno.

Lo que implicó, a su vez, que se admitieran demandas en las que no se exigía el cumplimiento de los requisitos de procesabilidad establecidos en los artículos 7 y 11 de la Ley de la materia. Así las cosas, el veinte de junio de dos mil cinco este Tribunal pronunció las sentencias definitivas marcadas bajo las referencias 87-V-2002 y 88-V-2002, en las que modificó su

jurisprudencia pues se realizó una labor de integración y sistematización del ordenamiento jurídico interno así como de la doctrina, que culminaron con el establecimiento de los parámetros aplicables para la categorización de las nulidades de pleno derecho, y que fueron detalladas en el número 2 de este apartado.

Concretamente, en base al carácter de imprescriptible que indudablemente caracteriza a esta categoría especial de vicio, así como al hecho que el mismo artículo 7 de la Ley permite la impugnación de actos que no hayan agotado la vía administrativa correspondiente, es que se han venido admitiendo las demandas cuyo fundamento es una nulidad de pleno derecho, a pesar de incumplir el requisito contemplado en el artículo 11 de la Ley de la materia.

En este sentido es oportuno indicar, a vía de ejemplo, algunos casos en que las demandas interpuestas fueron admitidas a pesar de incumplir los requisitos de procesabilidad aludidos - artículos 7 y 11 de la LJCA-. Al respecto, se pueden mencionar los autos de admisibilidad dictados en los procesos referencias: 8-2008 del veintisiete de febrero de dos mil ocho; 157-2008 del once de marzo de dos mil nueve; 372-2008 del cinco de febrero de dos mil nueve; 25-2012 del veinte de abril de dos mil doce; 44-2012 del veinticuatro de febrero de dos mil doce; 68-2012 del catorce de marzo de dos mil doce; y 111 -2012 del dieciséis de abril de dos mil doce. Como se ve, es criterio reiterado de esta Sala admitir las demandas en las que se alega nulidad de pleno derecho, excepcionando el cumplimiento de los requisitos de procesabilidad contemplados en los artículos 7 y 11 de la LJCA. Por lo que, no es dable afirmar que esta Sala ha cambiado arbitrariamente su criterio en cuanto a la admisión de demandas en las que se alega la existencia de una nulidad de pleno derecho.

Finalmente, es muy importante resaltar que la jurisprudencia que cita la Sala de lo Constitucional correspondiente a los autos dictados en los procesos referencias 51-D-98, 63-D-99 y 64-D-99 de fechas catorce de mayo de dos mil dos, cinco de mayo de dos mil y veinticuatro de mayo del años dos mil, respectivamente, a todas luces es una jurisprudencia obsoleta y por ende desfasada, pues a simple vista se advierte que tales autos fueron dictados con bastante anterioridad al cambio de criterio adoptado por esta Sala -que ocurrió en el año dos mil cinco-, que es el vigente y el que predomina hasta esta fecha.

En conclusión, las argumentaciones que sobre la nulidad de pleno derecho ha realizado la Sala de lo Constitucional, además de ser insostenibles y denotar un intento desesperado por impedir la realización normal de este proceso, resultan contradictorias al contenido de la ya citada sentencia de amparo referencia 384-97, emitida el nueve de febrero de mil novecientos noventa y nueve, en la que se constriñó a esta Sala a evitar hacer interpretaciones restrictivas de la LJCA, a fin de sistematizar mediante las respectivas construcciones jurisprudenciales las causales que configuran las nulidades de pleno derecho, auxiliándonos para ello del resto del ordenamiento jurídico interno y de la doctrina de los autores del Derecho Administrativo.

iv. Sobre los mecanismos de control de la Sala de lo Constitucional. La Sala de lo Constitucional expresa que "de conformidad con la Constitución -art. 172 Cn- se concede a los Jueces y Magistrados la potestad jurisdiccional que se ejerce al aplicar el derecho a los casos concretos de modo irrevocable y ejecutando, asimismo, lo decidido (Sentencia 12-XI-2010, pronunciada en la Inc. 40-2009)", por lo que resultaría absurdo considerar que la adopción de medidas cautelares de conformidad a la L. Pr. Cn., -Ley de Procedimientos Constitucionales- implica una "injerencia a la función jurisdiccional" de los jueces o tribunales a quienes se dirige la medida.

En ese sentido, destacan que "Ya en catorce anteriores ocasiones, desde 1998, la Sala de lo Constitucional ha controlado -e invalidado- sentencias emitidas por la Sala CA. Ello se ha realizado en los siguientes procesos de Amparo 5-Z-96 (sentencia de 17-VII-1998); 78-2003 (sentencia de de 30-I-2004); 162-2000 (sentencia de 22-V-2001); 199-2005 (sentencia de 9-III2007); 218-2007 (sentencia de 26-IX-2008); 309-2002 (sentencia de 16-XII-2002); 418-97 (sentencia de 9-XI-1998); 434-2002 (sentencia de 11-VII-2003); 439-97 (sentencia de 9-XI1998); 455-99 (sentencia de 28-VIII-2000); 509-2004 (sentencia de 2-XII-2005); 540-2005 (sentencia de 9-III-2007); 618-2009 (sentencia de 5-X-2012); y 1117-2008 (sentencia de 1-IV2011)", sin que ninguno de tales pronunciamientos se haya considerado nunca como "injerencia" de ese Tribunal sobre esta Sala. Señalan, además, que ese Tribunal ya ha emitido resoluciones en las que ordena al resto de Salas de la CSJ el cumplimiento de la medida cautelar adoptada en un proceso constitucional, las cuales han sido acatadas, citando como ejemplo: el auto del 4-VII-2012 emitido en el Amp. 206-2012 en el que se admitió la demanda presentada por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia contra este Tribunal.

En dicho auto, se ordenó la adopción de la medida cautelar en el sentido que debían suspenderse los efectos de la sentencia emitida por esta Sala, mientras se mantuviera la verosimilitud de las circunstancias fácticas y jurídicas apreciadas liminarmente para la adopción de tal medida. Agregaron, que en similar sentido se pronunciaron en el auto del 10-II-2012, emitido en el Amp. 244-2011, en el que se admitió la demanda contra la sentencia del 30-III-2011, pronunciada por la Sala de lo Civil en recurso de casación, ordenando -como medida cautelar- la suspensión de los efectos del acto reclamado.

Respecto de las anteriores argumentaciones, se considera que la Sala de lo Constitucional, nuevamente, y bajo el matiz de una inaplicabilidad, está pretendiendo prejuzgar el criterio a adoptar, tornándose en una clara y evidente intromisión en la labor de la Sala de lo Contencioso Administrativo, señalando que, en otras ocasiones, ya ha dictado medidas cautelares tanto a ésta como a otras Salas de la Corte Suprema de Justicia, en un proceso constitucional de amparo. Ante tales argumentaciones se hace necesario aclarar, que los ejemplos de medidas cautelares que la Sala de lo Constitucional ha mencionado, se han dado dentro de procesos de amparo en los que han sido impugnadas sentencias definitivas emitidas por este Tribunal y no de autos simples -como la admisión de este proceso-.

Además, se refieren a procesos donde las respectivas Salas de esta Corte Suprema de Justicia -Contencioso Administrativo y Civil- han actuado como parte, en calidad de autoridades demandadas dentro de procesos constitucionales de amparo. Es decir, han estado legitimadas dentro de un proceso constitucional como parte pasiva. De ahí que, dichos antecedentes no tienen ninguna relación con la situación que ahora se plantea.

Por lo tanto no se pueden aplicar ni equiparar con este caso en concreto, ya que la Sala de lo Contencioso Administrativo, no interviene en los procesos de inconstitucionalidad acumulados 77-2013 y 97-2013.

El actuar de la Sala de lo Constitucional se ha vuelto un comportamiento reiterado al intervenir en la labor jurisdiccional de esta Sala, que también integra el Órgano Judicial, siendo la Sala de lo Contencioso Administrativo, el único Tribunal a nivel nacional que tiene competencia para dirimir los conflictos de legalidad, y que, además, goza del principio de independencia judicial, encontrándose única y exclusivamente sometida a la Constitución y a las leyes, sin que ningún otro ente -sea este administrativo, judicial o de cualquier otro tipo- interfiera directa o indirectamente en la función

jurisdiccional que le compete. En ese sentido, el actuar de la Sala de lo Constitucional es un claro ejemplo de autoprotección -autoblindaje-, en beneficio propio.

Dicha Sala está efectuando un juicio propio de la admisibilidad de la demanda, procedencia de la eventual suspensión cautelar, así como de una posible sentencia estimatoria, volviéndose paralelamente en otra Sala de lo Contencioso Administrativo. De ahí que la injerencia del referido Tribunal en el ejercicio de la función jurisdiccional de esta Sala, aunque disfrazadamente se dé bajo el matiz de una inaplicabilidad -antes lo fue en una medida cautelar-, no es más que una nueva intromisión desproporcionada e injustificada en el desarrollo de la labor competencial asignada a este Tribunal, por lo cual no tiene ninguna validez ni puede surtir efectos para el presente caso. III. Sobre el informe regulado en el art. 20 de la LJCA requerido a la Asamblea Legislativa.

El señor Reynaldo Antonio López Cardoza, Octavo Secretario de la Asamblea Legislativa, pretende rendir el informe de cuarenta y ocho horas requerido de la autoridad demandada - Asamblea Legislativa-. El artículo 13, tanto en el inciso primero como en el número 2) del Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa, establece lo siguiente: "Atribuciones de la Presidencia. El Presidente o la Presidente de la Asamblea es su representante legal, preside la Asamblea, la Junta Directiva y la Comisión Política. Son atribuciones de la Presidencia: (...) 2) Ejercer la representación judicial y extrajudicial de la Asamblea; podrá otorgar poderes, previo acuerdo de la Junta Directiva. No obstante, cuando se trate de notificaciones a la Asamblea, provenientes de la Corte Suprema de Justicia o de algunas de sus salas, éstas tendrán que ser recibidas por la Asamblea en pleno (...)" La normativa relacionada no prevé la representación legal de la Asamblea Legislativa por medio de uno de los Secretarios de la Junta Directiva; por lo tanto, el señor Reynaldo Antonio López Cardoza no tiene la representación de la referida autoridad.

En vista de lo anterior, la Asamblea Legislativa debe comparecer conforme a derecho corresponda y ratificar el escrito del señor López Cardoza, en concordancia con lo prescrito en el artículo 13 inciso primero y el número 2) del reglamento ya citado; caso contrario, se tendrá por no cumplido el informe requerido.

IV. Sobre la Medida Cautelar. Esta Sala en resolución del siete de agosto de dos mil trece, declaró sin lugar la medida cautelar solicitada por la parte

actora. Sin embargo, en el mismo auto se estableció que de conformidad al artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la resolución que se pronuncie sobre la suspensión provisional de la ejecución de los efectos de los actos administrativos impugnados no causa estado, por lo que es susceptible de modificación en la medida que las circunstancias o argumentos planteados por las partes sean diferentes a los que este Tribunal valoró en una primera oportunidad. La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establece requisitos que deben valorarse en cada caso concreto para resolver si procede o no la suspensión provisional de la ejecución de los actos administrativos impugnados, de modo que no constituye en el proceso una medida cautelar automática.

Los requisitos que deben concurrir al momento de ser resuelta la suspensión y durante el tiempo en que ésta se mantenga vigente son: a) que sea un acto capaz de producir efectos positivos (artículo 16); b) que exista un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva (artículo 17); y c) que la suspensión no produzca un perjuicio a un evidente interés social (o de los terceros) o pudiera ocasionar un peligro al orden público (artículo 18). En el contencioso administrativo, por la naturaleza de la tutela cautelar, la petición y examen de la misma procede en la demanda y en cualquier estado del proceso antes de la sentencia.

Este aserto deriva tanto de la finalidad constitucional de protección jurisdiccional que persigue la medida cautelar, como de la interpretación del principio procesal que asienta el carácter provisional y revocable de la órdenes cautelares, según se regula en el artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; principio conocido como *rebus sic stantibus*. De acuerdo a las consideraciones expuestas y de la lectura del escrito, se advierte que la parte actora ha omitido en su nueva petición fundamentar las razones que sustenten la adopción de la medida cautelar, por lo que es procedente declararla sin lugar.

V. Sobre la ampliación de la demanda. El señor Juan Martínez Hernández, presentó escrito el veinte de agosto del corriente año, en el cual manifiesta que amplía su demanda, en los términos expuestos en el mismo. Según el artículo 280 inciso 2° del Código Procesal Civil y Mercantil, de aplicación supletoria en el proceso contencioso administrativo de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LJCA, "Antes de la contestación podrá ampliarse la demanda para acumular nuevas pretensiones o para dirigir las ya ejercitadas contra otros demandados". Siguiendo ese orden de ideas, el artículo 94 del Código Procesal Civil y Mercantil prescribe que "El objeto del

proceso quedará establecido conforme a las partes, la petición y la causa dé pedir que figuren en la demanda. La contestación a la demanda servirá para fijar los términos del debate en relación con el objeto procesal propuesto por el demandante (...). Fijado el objeto procesal, las partes no podrán alterarlo, cambiarlo ni modificarlo posteriormente (...)" Ahora bien, a pesar que la LJCA no hace referencia al término "contestación de la demanda", se ha entendido jurisprudencialmente que ésta se tiene por contestada, cuando la autoridad demandada rinde su informe justificativo de legalidad del acto que se le imputa. Dado que el escrito de ampliación en comento fue presentado antes de que la autoridad demandada rinda el informe justificativo de legalidad regulado en el artículo 24 de la LJCA, es procedente tener por ampliada la demanda y remitirle las copias respectivas para que incorpore los nuevos argumentos alegados por la parte actora en el informe correspondiente.

VI. Con fundamento en las anteriores consideraciones y en los artículos 2 inciso 12, 172 inciso 32, 235, y 246 inciso 22 de la Constitución, 7, 8, 9, 11, 13, 14, 16, 17, 18, 24, 47 y 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 94 y 280 del Código Procesal Civil y Mercantil, y el 13 del Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa, esta Sala RESUELVE:

a) Declárase sin lugar por improcedente la inaplicabilidad resuelta por la Sala de lo Constitucional, por las razones expuestas en el Romano II.

b) Previénese a la Asamblea Legislativa que comparezca en debida forma y ratifique lo actuado en el plazo judicial de cinco días hábiles contados a partir del día siguiente al de la notificación de este auto. c) Por recibido el expediente administrativo remitido por el Octavo Secretario de la Asamblea Legislativa, en los términos relacionados en la razón de presentación suscrita por el Secretario de esta Sala. Acúcese el recibo correspondiente del expediente administrativo.

d) Sin lugar la devolución del expediente original solicitada por el Octavo Secretario de la Asamblea Legislativa. Para efectos de devolvérselo, deberá de presentar las copias respectivas.

e) Por cumplido el requerimiento realizado a la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia.

f) Sin lugar la medida cautelar solicitada, por las razones apuntadas, en el Romano IV.

g) Tiénese por ampliada la demanda del señor Juan Martínez Hernández, en los términos expuestos en el escrito presentado el veinte de agosto del corriente año.

h) Rinda informe la Asamblea Legislativa, dentro del término de quince días hábiles, contados a partir del día siguiente al de la notificación de esta resolución, con las justificaciones de la legalidad del acto que se le atribuye, de conformidad con el artículo 24 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Remítasele copia del escrito al que se ha hecho referencia en el literal que antecede. i) Notifíquese esta resolución al Fiscal General de la República, para los efectos legales prescritos en el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

j) A fin de garantizar los derechos de audiencia y defensa, notifíquese la existencia de este proceso a los abogados FRANCISCO ELISEO ORTIZ RUIZ, OVIDIO BONILLA FLORES, CELINA ESCOLÁN SUAY, RICARDO RODRIGO SUÁREZ FISCHNALER y SONIA DINORA BARILLAS DE SEGOVIA, terceros beneficiarios con la actuación controvertida, en el lugar señalado por la Secretaría General de esta Corte en el Oficio No. Ac. 27/13, agregado a folio 96.

Notifíquese.

R. NUÑEZ.----- AYALA G.-----DUE.-----ARGUETA.-----
PRONUNCIADO POR LAS SEÑORAS MAGISTRADAS Y SEÑORES
MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN.----- ----ILEGIBLE.-----SRIO.-----
RUBRICADAS.-

**(ANEXO 4) ADMISION DE DEMANDA POR LA SALA DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (IDHUCA).**

2-18-PTA-SCA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador a las catorce horas con un minuto del veintinueve de noviembre de dos mil dieciocho.

El doce de noviembre de dos mil dieciocho (folios 34-36), se recibió escrito suscrito por el Licenciado Manuel Ernesto Escalante Saracais, con documentación adjunta (folios 38-48), por medio del cual subsana la prevención realizada por este Tribunal a través del auto de las ocho horas con cinco minutos del ocho de noviembre dieciocho (folios s 26-28).

Comprobado el cumplimiento de los presupuestos procesales y los requisitos legales para su admisibilidad, regulados en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa—LJCA-, es procedente admitir la demanda presentada por el Licenciado Manuel Ernesto Escalante Saracais, en la calidad de apoderado judicial de la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas" (UCA, quien actúa en tal calidad en virtud de la delegación realizada por el señor José María Tojeita Pelayo, a través del acta de las quince horas de nueve de noviembre del corriente año, ante los oficios del notario José Elí Callejas Madrid, como apoderado de la citada universidad y Director del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas" (IDHUCA).

Con base en lo anterior y de conformidad con los artículos 23, 34, 88, 89 y 18 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), esta Sala RESUELVE:

Tener por agregado el escrito de folios 34-36, así como la documentación adjunta (folios 38-48), en los términos descritos por la Secretaría de esta Sala (folio 37).

Tener por cumplida la prevención efectuada al licenciado Manuel Ernesto Escalante Saracais, por medio de la resolución de las ocho horas cinco minutos del ocho de noviembre, de dos mil dieciocho (fotos 26-28).

Admitir la demanda interpuesta por el licenciado Manuel Ernesto Escalante Saracais, en la calidad de apoderado general judicial de la UCA, y director del IDIUCA virtud de la delegación realizada por el señor José María Tojeira Pelayo, por medio de acta de las quince horas del nueve de noviembre de dos mil dieciocho, como apoderado de dicha universidad y Director del IDIUCA; contra el pleno de la Asamblea Legislativa, por:

c.1) La inactividad consistente en "(...)no ejecutar la sus obligaciones normativas de elegir, renovar y nombrar la tercera parte de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, correspondiente al período 2018-2021'.

c.2.) Responsabilidad patrimonial, en contra de los ochenta y cuatro diputados de la Asamblea Legislativa, que conforman el pleno de la misma, electos para el periodo 2018-2021, señores: Alberto Armando Romero Rodríguez, Ana Lucia Baires Martínez, Arturo Simeón Magaña Azmitia Audelia Guadalupe López de Kleutgens, Bonner Francisco Jiménez Belloso, Carlos Alberto García Ruiz, Carlos Armando Reyes Ramos, Carmen Milena :Mayorga Valera, Catalino Antonio Castillo Argueta, Damián Alegría, Daniel Alcides Reyes Rubio, David Ernesto Reyes Molina, Dina Yamileth Argueta Avelar, Donato Eugenio Vaquerano Rivas, Eeileen Auxiliadora Romero Valle, Felissa Guadalupe Cristales Miranda, Francisco José Zablach Safie, Guadalupe Antonio Vásquez Martínez, Guillermo Antonio Gallegos Navarrete, Hortensia Margarita López Quintanilla, Jaine Orlando Sandoval Leiva, Javier Antonio Valdez Castillo, Jorge Adalberto Josué Godoy Cardoza, Jorge Luis Rosales Ríos, Jorge Shafik Handal Vega Silva, Jorge Uriel Mazariego Mazariego, José Andrés Hernández Ventura, José Antonio Almendariz Rivas, José Edgar Escolán Batarsé, José Francisco Merino López, José Javier Palomo Nieto, José Luis Urías, José Serafín Orantes Rodríguez, Juan Carlos Mendoza Portillo, Juan José Martel, Juan Manuel de Jesús Flores Cornejo, Julio César Fabián Pérez, Karina Ivette Sosa de Rodas, Karla Elena Hernández Molina, Lorenzo Rivas Echeverría, Lucía del Carmen Ayala de León, Luis Roberto Ángulo Samayoa, Manuel Orlando Cabrera Candray, Manuel Rigoberto Soto Lazo, Marcela Guadalupe Villatoro Alvarado, Margarita Escobar, María Elizabeth Gómez Perla, Mariano Dagoberto Blanco Rodríguez, Mario Marroquin Mejía, Mario Alberto Tenorio Guerrero, Mario Andrés Martínez Gómez Mario Antonio Ponce López, Marta Evelyn Batres Araujo, Mauricio Ernesto Vargas Valdez, Mauricio Roberto

Linares Ramírez, Mayteé Gabriela Iraheta Escalante, Milton Ricardo Ramírez Garay, Nidia Díaz, Norma Cristina Cornejo Amaya, Norma Guísela Herrera de Portillo, Norman Noel Quijano González, Numan Pompilio Salgado García Osiris Luna Meza, Patricia Elena Valdivieso de Gallardo, Raúl Beltrán, Reinaldo Alcides Carballo Carballo, René Alfredo Portillo Cuadra, René Gustavo Escalante Zelaya, Reynaldo Antonio López Cardoza, Ricardo Andrés Velásquez Parker, Ricardo Ernesto Godoy Peñate, Rina Idalia Araujo de Martínez, Roberto Leonardo Bonilla Aguilar, Rodolfo Antonio Parker Soto, Rodolfo Antonio Martínez, Rodrigo Ávila Avilés, Rosa Lima Cruz Marinero, Rosa María Romero, Santos Adelmo Rivas Rivas, Silvia Alejandrina Castro Figueroa, Silvia Estela Ostorga de Escobar, Tomas Emilio Corea Fuentes, Yanci Guadalupe Urbina González: y Yolanda Anabel Belloso Salazar

d) Tener; por parte al licenciado Manuel Ernesto Escalante Saracais, en la calidad de apoderado judicial de la UCA, quien actúa por delegación de poder realizada por el señor José María Tojeira Pelayo, como apoderado de dicha universidad y como Director de IDHUCA.

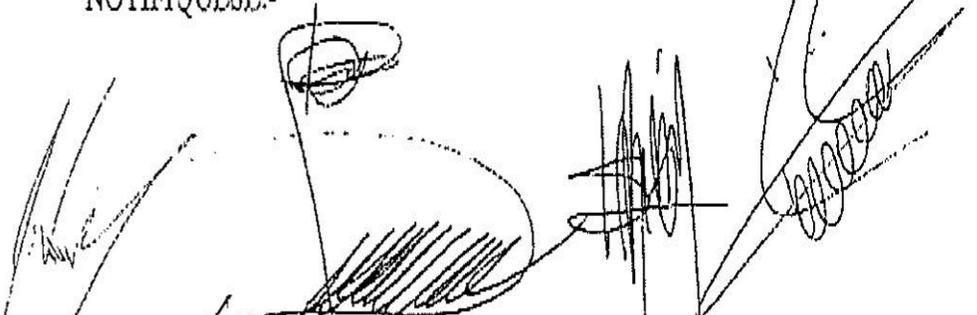
e) Emplazar a los ochenta y cuatro diputados de la Asamblea Legislativa, que conforman el pleno de la misma, electos para el período 2018-2021, para que dentro del plazo de cinco días hábiles contados a partir del día siguiente de la notificación respectiva contesten la demanda presentada.

f) Requerir a la Junta Directiva de la Asamblea Legislativa, que en el plazo de cinco días hábiles contados a partir del día siguiente de la notificación de esta providencia, remita a esta Sala expediente administrativo relacionado con la demanda que a través de este auto se admite e identifique a los terceros beneficiarios o perjudicados la inactividad impugnada, en caso de existir, por lo que deberá proporcionar dichos datos para su debida notificación.

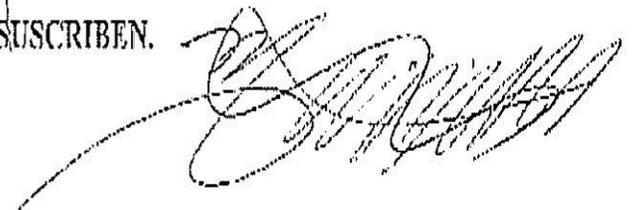
g) Hacer saber al Fiscal General de la República, la existencia del presente proceso para los efectos prescritos en la LICA.

h) Prevenir a todos los sujetos procesales intervinientes en el proceso, que informen a esta Sala sobre cualquier cambio en el lugar y medio técnico señalados para recibir notificaciones, de lo contrario se les notificará por tablero judicial.

NOTIFIQUESE.-



PRONUNCIADO POR LAS SEÑORAS MAGISTRADAS Y LOS SEÑORES
MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN.



VOTO DISIDENTE DE LAS MAGISTRADAS PAULA PATRICIA
VFJLÁSQUIEZ CENTENO Y ELSY DUEÑAS LOVOS.

Respetamos las decisiones de la Magistrada Dafne Yanira Sánchez de Muñoz y los Magistrado Sergio Luis Rivera Márquez y Óscar Mauricio Vega, adoptadas con la resolución de las catorce horas con un minuto del veintinueve de noviembre de dos mil dieciocho.