

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURIDICAS 2010
PLAN DE ESTUDIO 1993



EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS POLITICOS

TRABAJO DE INVESTIGACION PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIADO(A) EN CIENCIAS JURIDICAS

PRESENTAN:

EGUIZABAL CERNA, PAULA EMILIA
OLIVARES AGUILAR, JOSE HUMBERTO
RAMOS MÁRQUEZ, RUBEN ADOLFO

DR. HENRY ALEXANDER MEJIA
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MAYO DE 2011.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO RUFINO ANTONIO QUEZADA SANCHEZ

RECTOR

ARQUITECTO MIGUEL ANGEL PEREZ RAMOS

VICE-RECTOR ACADEMICO

LICENCIADO ORCAR NOE NAVARRETE ROMERO

VICE-RECTOR ADMINISTRATIVO

LICENCIADO DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHAVEZ

SECRETARIO GENERAL

DOCTOR RENE MADECADEL PERLA JIMENEZ

FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JOSE HUMBERTO MORALES

DECANO

LICENCIADO OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS

VICE-DECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS

SECRETARIO

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO

DIRECTOR ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

DOCTOR HENRY ALEXANDER MEJIA

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

AGRADECIMIENTOS

A Dios por haberme guiado en todo momento, por haberme permitido llegar a esta etapa de mi vida y alcanzar este éxito.

A mis padres y hermana por el amor, cuidado y apoyo incondicional durante toda mi vida, por haber sido mi mayor ejemplo como padres y como personas y sin quienes no hubiera sido posible conseguir este logro.

A mis compañeros de tesis por compartir conmigo esta experiencia, por la paciencia a pesar de los momentos difíciles y con quienes me siento orgulloso de compartir este importante logro para nuestras vidas.

A nuestro director de seminario Doctor Henry Mejía, por guiarnos y acompañarnos durante el transcurso del presente trabajo, asimismo por haber compartido su tiempo y conocimiento haciendo posible un trabajo con alta calidad académica.

Dedico este éxito a Carlos y Elda, dos ángeles que cuidan de mi en todo momento y que a pesar de no encontrarse a mi lado seguirán siendo mis grandes ejemplos...

RUBÉN ADOLFO RAMOS MÁRQUEZ

AGRADECIMIENTOS

Agradezco infinitamente a Dios por permitirme obtener este logro, se que este solo es el inicio de muchos logros en mi vida, a mi familia mis papás y hermanos por su apoyo incondicional, por confiar en mí y seguir haciéndolo, son quienes me dan las ganas y las fuerzas de seguir adelante.

A mis compañeros de tesis muchas gracias porque a pesar de todos los obstáculos logramos esto juntos y nos apoyamos en todo momento.

A nuestro asesor el Dr. Henry Mejía, por tenernos tanta paciencia y por ayudarnos en todo momento, sin usted no hubiese sido posible, de mi parte la más profunda admiración y respeto para usted.

PAULA EMILIA EGUIZABAL CERNA

AGRADECIMIENTOS

A Dios por acompañarme y darme la fuerza necesaria cada día de mi vida, se que sin el nada es posible, a mis padres por el sacrificio que hicieron para que yo lograra culminar mi carrera y por hacerlo con tanto amor, a mi hermana por su apoyo incondicional. Por confiar en mí en todo momento, son quienes me motivan y dan la fuerza para seguir adelante.

A mis compañeros de tesis, muchas gracias porque siempre perseveraron a pesar de las adversidades, por ese carácter y deseo de superación del cual me contagiaron, sin ellos este logro no habría sido posible.

A nuestro asesor de tesis, Dr. Henry Alexander Mejía, a quien le guardo una profunda admiración. Por compartir con nosotros su conocimiento, siempre le estaré profundamente agradecido, sin usted no hubiese sido posible culminar con éxito nuestra carrera, de mi parte el más profundo aprecio y respeto.

JOSÉ HUMBERTO OLIVARES AGUILAR

INDICE

CAPITULO I

EVOLUCION HISTORICA DEL CONTROL DE LOS ACTOS POLITICOS

1.1	Antecedentes de los Actos Políticos	1-5
1.1.1	Asia Oriental	5-6
1.1.2	Actos de los Monarcas en Grecia	6-8
1.1.3	El Estado Absolutista Monárquico	8-9
1.1.3.1	Tomas de Aquino	9-10
1.1.3.2	Nicolás Maquiavelo	10-11
1.1.3.3	Jean Bodín	11-12
1.2	El Estado Liberal	12-13
1.2.1	John Locke	13-14
1.2.2	Charles-Louis de Secondat, Baron de Montesquieu	14-15
1.2.3	Jorge Guillermo Federico Hegel	15-16
1.3	El Estado Democrático	16-17
1.4	Antecedentes Modernos de los Actos Políticos	18
1.4.1	Francia	18-22
1.4.2	Estados Unidos	22-26

CAPITULO II

FUNDAMENTO TEORICO DEL ACTO POLITICO

2.1	Origen del Concepto	27-33
2.2	El acto político	33-35
2.2.1	Teorías explicativas sobre los actos políticos	35-36
2.2.2	Definiciones	37-39
2.3	Características de los Actos Políticos	39-40
2.4	Naturaleza Jurídica de los Actos Políticos	40-42
2.5	La función Política	42-44
2.5.1	Concepto	44-46
2.6	Clasificación	47
2.6.1	Criterio material u Objetivo	47-48
2.6.2	Criterio Formal	49
2.7	El Estado de Derecho	49
2.7.1	Interrelación entre el Estado y el Derecho	50-52
2.7.2	Teorías sobre la relación entre el Estado y el Derecho	52
2.7.2.1	Elemento para la institucionalización y legitimación del poder	52-54
2.7.2.2	Elemento para la Protección y Garantía	54-57

CAPITULO III

REGULACION DE LOS ACTOS POLITICOS EN EL DERECHO COMPARADO

3.1 Doctrina Norteamericana	59-60
3.2 América Latina	60-64
3.2.1 Argentina	64-67
3.2.2 Venezuela	68-70
3.2.3 Colombia	70-74
3.3 Europa	74
3.3.1 España	74-78
3.3.2 Francia	78-84
3.3.3 Alemania	84-85

CAPITULO IV

FORMAS DE CONTROL DE LOS ACTOS POLÍTICOS EN EL DERECHO SALVADOREÑO Y SU DESARROLLO JURISPRUDENCIAL.

4.1 Control Constitucional de los Actos Políticos	86
4.1.1 Proceso de Amparo	86
4.1.1.1 Definición	86-89
4.1.1.2 Naturaleza	89

4.1.1.3 Principios del Proceso de Amparo	90-91
4.1.1.4 Partes en el Proceso de Amparo	91-92
4.1.1.5 La pretensión Constitucional de Amparo	92-93
4.1.1.6 Control de los Actos Políticos por medio del proceso Constitucional de Amparo	93-116
4.1.2 Proceso de Inconstitucionalidad	117
4.1.2.1 Definición	117-119
4.1.2.2 Naturaleza del Proceso de Inconstitucionalidad	119
4.1.2.3 Principios del Proceso de Inconstitucionalidad	120-122
4.1.2.4 La pretensión del Proceso de Inconstitucionalidad	122
4.1.2.5 Partes en el proceso de Inconstitucionalidad	122-123
4.1.2.6 Control de los Actos Políticos en el Proceso de Inconstitucionalidad	123-135
4. 2 Control Contencioso Administrativo	135-137
4.2.1 Proceso Contencioso Administrativo	137
4.2.1.1 Conceptos Básicos	137-139
4.2.1.2 Características del Proceso Contencioso	

Administrativo	140-141
4.2.1.4 Principios del Proceso Contencioso Administrativo	141-142
4.2.1.5 Requisitos para impugnar por la vía Contencioso Administrativa	142-146
4.2.1.6 El Control de los Actos Políticos en el Proceso Contencioso Administrativo	146-149

CAPTITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones	150-152
5.2 Recomendaciones	152-154
BIBLIOGRAFIA	155-164

INTRODUCCION

El presente Trabajo de Graduación titulado “El Control Jurisdiccional de los Actos Políticos”, fue elaborado por estudiantes de la Universidad de El Salvador con el fin de dar cumplimiento a lo requerido por el proceso de graduación, para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales.

El tema de investigación que presentamos en este documento, a nuestra consideración es de mucha importancia en la actualidad debido a que desde el momento que somos parte de un Estado de Derecho, estamos expuestos al hecho de que, a través de un acto político nuestra esfera jurídica se vea afectada de una u otra manera.

Para comenzar con nuestra investigación tuvimos en primer lugar que definir la meta a alcanzar acorde a nuestro objetivo principal, el cual es presentar un análisis jurídico-doctrinario sobre la importancia del control jurisdiccional de los actos políticos como elemento necesario y fundamental en un Estado Constitucional de Derecho; complementándose de una serie de objetivos específicos, los cuales están enfocados a determinar el surgimiento de los actos políticos y su desarrollo a través de la historia hasta llegar a la actualidad; identificar la diferencia entre actos políticos y actos administrativos, desde la perspectiva doctrinaria; conocer la doctrina existente respecto a los actos políticos; señalar los mecanismos existentes para ejercer un control eficaz de los actos políticos; estudiar la regulación de los actos políticos en el Derecho Comparado; y determinar cual es la normativa legal existente en nuestro ordenamiento dirigido a ejercer el control de los actos políticos.

En el contexto jurídico de El Salvador, como en de la mayoría de países de Latinoamérica es necesario el estudio específico de situaciones en las que el Derecho no establece claramente como se debe actuar conforme a

Ley; una de esas situaciones son los Actos Políticos los cuales son una realidad en los Estados de Derecho, en los que, es la Constitución la encargada de regular este tipo de actuaciones, que, aunque son emanadas de la misma Administración Pública no se trata de actos administrativos ya que no son conferidos por leyes secundarias de carácter administrativo sino que provienen de una competencia expresa de la Constitución.

El debate sobre la judicialización de los actos políticos ha sido abordado históricamente desde diferentes perspectivas, esto es pues comprensible teniendo en cuenta lo complejo del problema, en primer lugar es preciso delimitar cuando estamos en presencia de un acto político y cuando se trata de un acto puramente administrativo, ambos constituyen categorías jurídicas muy similares que en algún momento llegaron a confundirse, debido a que no estaban diferenciados lo cual provoco que muchas conductas de algunos entes del gobierno estuviesen completamente fuera del alcance del control jurisdiccional y de esta manera se ponen en peligro las garantías fundamentales de las personas, pues la inexistencia de control frente a las decisiones de los órganos de gobierno deja expedita la posibilidad de cometer actos ilegales o arbitrarios.

En tiempos antiguos los actos políticos eran considerados todos aquellos provenientes o emanados por el Rey, de estos no existía control alguno. Con la constante evolución de las ciencias jurídicas ha sido necesario asumir nuevas posturas encaminadas a garantizar la seguridad de los ciudadanos controlando la legalidad de los actos provenientes del gobierno.

En la Constitución de la República se encuentra regulado lo relativo a la administración de justicia por medio del Órgano Judicial confiriéndole a este la facultad exclusiva de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; el art. 172 Cn. nos dice que dentro de la organización de la Corte Suprema de

Justicia se establece la existencia y funcionamiento de la Sala de lo Constitucional, la cual tiene competencia para conocer de los procesos de Amparo, Inconstitucionalidad, Habeas Corpus, etc. Es la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la encargada de ejercer un control sobre los actos políticos del Órgano Ejecutivo y el Órgano Legislativo, pues es necesario que exista respeto y apego de los preceptos constitucionales.

Los actos políticos se encuentran fuera del alcance de la jurisdicción contenciosa administrativa debido a que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de manera expresa los excluye de su conocimiento en el Artículo 4 literal 2 ;es por esto que los actos políticos trascienden la esfera de lo administrativo hacia lo constitucional. La existencia de una jurisdicción constitucional reviste gran importancia en la búsqueda de consolidar un Estado de Derecho, pues es un límite al poder público del Gobierno y una garantía para el respeto de los derechos de los ciudadanos.

Ahora bien, es un hecho la existencia de un ente jurisdiccional que puede controlar los actos políticos pero el primer paso para poder acceder a este es saber cuando estamos en presencia de un acto político y cuando se trata de un asunto puramente administrativo para luego poder accionar el Sistema Judicial.

El presente trabajo de graduación está conformado de cuatro capítulos, el primero de ellos hace referencia a los antecedentes y evolución histórica de los Actos Políticos.

El capítulo dos aborda el origen del concepto planteado por diferentes autores y tratadistas del Acto Político, las teorías explicativas sobre los Actos Políticos, sus definiciones, características y naturaleza jurídica de los Actos Políticos, la Función Política. El Estado de Derecho, la interrelación entre el Estado y el derecho y sus teorías, así como el

elemento para la institucionalización y legitimación del poder, y el elemento para su protección y garantía.

En cuanto al capítulo tres podemos mencionar que está compuesto por la regulación de los Actos Políticos en el derecho comparado, tomando como base La doctrina norteamericana, América Latina; Argentina; Venezuela; Colombia; Europa; España; Francia y Alemania.

El capítulo cuatro comprende las formas de control de los Actos Políticos en el derecho salvadoreño y su desarrollo jurisprudencial. Dicho control recaen específicamente en el Control Constitucional, el Amparo, la Inconstitucionalidad y el control Contencioso Administrativo, de cada uno de estos estudiaremos sus características, naturaleza, principios y aplicabilidad específicamente a los casos establecidos por nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, el capítulo cinco está compuesto por las conclusiones y recomendaciones, que resultaron de la investigación realizada.

Es así, que la aplicación de verdaderas formas de control jurisdiccional de los actos políticos es una necesidad en nuestra legislación, es desde la perspectiva constitucional como puede llevarse a cabo el referido control; la inconstitucionalidad y el amparo como garantías procesales vienen a llenar ese vacío, comprendiendo la importancia que reviste la materia objeto de estudio y que son facultad exclusiva de la Cámara de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sin embargo es necesaria la creación de nuevos y mejores mecanismos de control adaptados a la realidad jurídica actual, sin transgredir la independencia de poderes que existe entre los Órganos del Estado y su margen de actuación.

CAPITULO I

EVOLUCION HISTORICA DEL CONTROL DE LOS ACTOS POLITICOS

Sumario: 1.1 Antecedentes de los Actos Políticos. 1.1.1 Asia Oriental. 1.1.2 Actos de los Monarcas en Grecia. 1.1.3 El Estado Absolutista Monárquico. 1.1.3.1 Santo Tomas de Aquino. 1.1.3.2 Nicolás Maquiavelo. 1.1.3.3 Jean Bodín. 1.2 El Estado Liberal. 1.2.1 John Locke. 1.2.2 Charles Louis de Secondant, Barón de Montesquieu. 1.2.3 Jorge Guillermo Federico Hegel. 1.3 El Estado Democrático. 1.4 Antecedentes Modernos de los Actos Políticos. 1.4.1 Francia 1.4.2 Estados Unidos.

1.1 ANTECEDENTES DE LOS ACTOS POLITICOS

A partir de la necesidad de normar todas aquellas acciones que trasciendan e influyan dentro de la sociedad y a la vez crear las condiciones necesarias para garantizar una seguridad jurídica es necesario evolucionar y profundizar conceptos que hasta ahora venían siendo objeto de la atención exclusiva de los juristas y que han desbordado los confines de su círculo profesional para entrar de lleno en el debate político y social. Sin duda esto es bueno, porque, siendo la administración de la justicia y su correcto funcionamiento algo que a todos interesa, el lenguaje del derecho no puede seguir siendo patrimonio de unos pocos e incomprensible para la mayoría. Pero sucede con mucha frecuencia que algunos de esos conceptos -cuyo significado es cuando menos objeto de controversia jurídica- se están

manejando con tanta soltura como imprecisión. El sentido originario de los conceptos se pierde, porque han quedado convertidos en simples banderas de combate, en armas arrojadizas que se utilizan más que nada para descalificar sumariamente las opiniones del adversario o para halagar los oídos de los afines. Por eso es necesario explicar el contenido exacto de cada concepto, de manera que todo el mundo pueda formarse una opinión objetiva de los problemas a que hacen referencia. Esto es, al fin y al cabo, lo más importante para reforzar la salud de nuestra democracia.

Uno de estos conceptos últimamente popularizados es el de "actos políticos", que atañe a las relaciones entre el Gobierno y la Administración de justicia y, más en concreto, a un límite específico y muy singular del control que los tribunales ejercen sobre las actividades gubernativas.

Ese concepto apareció por primera vez en Francia durante el siglo pasado, en un periodo mucho más convulso que el presente, como un medio para que el órgano encargado de enjuiciar a la Administración pudiera evitarse la tarea de intervenir en conflictos de claras connotaciones políticas. Se distinguió de esta manera una actividad administrativa del Gobierno de una actividad propiamente política o motivada por razones políticas. Pero esta distinción resultaba altamente artificial -qué decisión del Gobierno no es en realidad política- y tenía como resultado restringir la garantía judicial de los derechos de los ciudadanos en asuntos políticamente sensibles.

Por eso, esa versión de los llamados actos de gobierno, fundada en la teoría del "móvil político", fue abandonada hace mucho tiempo, nada menos que desde 1875, cuando el Consejo de Estado, que es el órgano que en Francia juzga las decisiones de la Administración central, acordó entrar a conocer de un recurso formulado por el príncipe Jerónimo Napoleón contra su exclusión

de la lista de generales del Ejército de la naciente III República, pese a que el Gobierno republicano alegó la manifiesta finalidad política de su decisión.

En España, por el contrario, se mantuvo la exclusión del control judicial de ese tipo de actos e inclusive la legislación del régimen franquista aplicó expresamente el concepto de acto político a todas las decisiones del Gobierno que tuvieran que ver con un amplísimo concepto de seguridad del Estado, de tal manera que se impedía toda posibilidad de control judicial de acuerdos gubernativos que restringían libertades públicas esenciales como las de asociación, reunión y manifestación políticas.

Con la aprobación de la Constitución, esa legislación, aún no modificada formalmente hasta ahora, vino a quedar derogada, pues obviamente no se compadece con las exigencias del Estado de derecho, y así lo han entendido los tribunales de justicia, que no dudan en extender su control de legalidad a toda decisión del Gobierno que pueda conculcar los derechos e intereses legítimos de cualquier persona. Sobre este punto, *pas de question*, pues no se conoce a ningún jurista serio que proponga una vuelta atrás en la historia para restringir el control de legalidad de las decisiones del Gobierno, cualquiera que sea su trascendencia política.

Pero hay ciertas decisiones que, en virtud de la Constitución, corresponde adoptar al Gobierno que no están reguladas por leyes que establezcan condiciones para su ejercicio ni afectan, al menos directamente, a derechos de los ciudadanos, pues son decisiones de alcance general, mediante las que el Gobierno ejerce su genuina función constitucional de dirección política, bajo su exclusiva e intransferible responsabilidad. La mayoría de ellas se refieren a las relaciones del Gobierno con otros poderes del Estado o a las relaciones internacionales, aunque hay sin duda otras al margen de

esas dos materias típicas. Estas decisiones, muy pocas en realidad, se conocen igualmente en los Estados de nuestro entorno con distintas denominaciones –*Acto de Gobierno o Acto Político*- pero con la misma consecuencia. No son, por su propia naturaleza -que no por la finalidad con que se adoptan-, decisiones susceptibles de control por los tribunales ordinarios, ya que la función de estos últimos se limita a controlar la legalidad y a tutelar los derechos de los ciudadanos. Por el contrario, no estando en juego la observancia de ninguna ley ni la defensa de derechos individuales, la interferencia de los tribunales en este tipo de decisiones -aun apelando a principios jurídicos abstractos- podría alterar el equilibrio de poderes que la Constitución establece.

Conviene entonces no confundir, porque si por "actos políticos" se alude entre nosotros también a este último tipo de decisiones, es claro que deben estar exentas de control judicial, por imperativo constitucional, salvo en el improbable caso de que vulneren derechos fundamentales o infrinjan alguna disposición legal expresa. El problema, entonces, no está en si se admite o no el control judicial de los actos políticos del Gobierno, sino en qué se entiende por actos políticos.

En todo caso, qué tipo de decisiones pertenece a esta última categoría es algo que viene determinando caso por caso, como sucede en otros países, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. De hecho, ninguna ley puede evitar que quien lo considere oportuno formule una demanda contra el Gobierno ante el tribunal competente. Pero, cuando el recurso tenga por objeto aquel tipo de actos gubernativos, corresponde al órgano judicial no admitirlo a trámite, ahorrando a la sociedad incluso las incertidumbres y las presiones que pudieran derivarse de la pendency de un proceso.

De esta manera se concilia el principio de división de poderes con las exigencias del Estado de derecho y del control judicial del Gobierno. Pues, si es necesario que ningún derecho o interés legítimo quede sin posibilidad de defensa jurídica, también lo es impedir la instrumentalización de la justicia para satisfacer los intereses políticos particulares de algunos.

La historia pone en evidencia que en todas las sociedades que han existido en el transcurso de los tiempos, quienes ejercen el control, han ejecutado actos unilaterales y arbitrarios, vale decir, no sujetos a ningún control, cuyas formas y contenidos han obedecido al tipo de Estado y/o de gobierno.

1.1.1 ASIA ORIENTAL

En esta época resalta un hecho fundamental, para la sociedad de aquel tiempo, debido a que las sociedades eran gobernadas por un monarca, el gobierno de esta época es llamado: Dinastías Imperiales, porque eran perpetuadas hereditariamente, generando así durante varios siglos, la sucesión de las familias titulares del poder.

El carácter religioso formaba parte de este tipo de gobierno, la idea del emperador, se fundaba en una base religiosa sobre la cual estaba edificada la idea del papel político que incumbía al soberano. En otras palabras el gobernante o emperador era un representante del cielo y por ello señor absoluto de todos los hombres, que solo respondía ante Dios u otro ser superior, y además al pueblo por la concordancia de sus actos con la ley natural. En caso de que los actos del soberano o emperador estuvieran conforme a dicha ley, la sociedad seguía manteniéndose sumisa al

gobernador. Este sistema se desarrollo desde Egipto, al norte de África hasta Japón, pasando por toda Asia, el cual se destacaba por los abusos de los monarcas denominados Sátrapas¹, (en la antigua Persia, un Sátrapa era el gobernador de un provincia) mal llamados por la doctrina de tiranos, cuyos actos no eran controlados, sus medidas eran crueles e injustas, reclamaban impuestos cada tres o cuatro veces al año, como una especie de renta, como una especie de renta de la tierra.

Al cabo de este lapso, los pelotones militares se presentaban en las comunidades rurales agrarias y despojaban a las familias de campesinos de todo lo que habían almacenado en aquel corto periodo. Se llevaban grano, heno, frutos, animales, y solo les dejaban los instrumentos de trabajo y escasos medios de subsistencia, hasta que el sátrapa se constituía en el dueño de la soberanía territorial sin ningún control.

También es importante considerar que en esta clase de sociedades, los gobiernos, además de ser llamados despóticos, también reciben el calificativo de teocráticos. Entendiéndose una relación entre el soberano de la comunidad política y el soberano de la divina. En la soberanía política esta el monarca y en la divina una clase sacerdotal con determinados privilegios, derivados de una voluntad superior. (Dios).

1.1.2 ACTOS DE LOS MONARCAS EN GRECIA

¹ Sátrapas. Antiguamente en el capítulo 3 Versículos 2 y 3 del Libro de Daniel, en el Antiguo Testamento encontramos una referencia de estos, según esta cita bíblica los sátrapas eran funcionarios de alto rango, dentro del imperio, estudios teológicos dicen que eran los encargados de recolectar impuestos.

El desarrollo político en Grecia, se caracterizaba por su omnipotencia, entendiéndose su potestad absoluta en relación con el individuo, que por el contrario no tenía más validez en relación con la organización política, que su capacidad para participar en ella a través de la ley. El ciudadano se encontraba en una situación similar a la de los hombres en el socialismo, viviendo de manera tal, que no les dejaba esfera alguna de libertad; de esta manera los monarcas realizaban sus actos como les parecía adecuado, prescindiendo del individuo, pero basados en la ley.

También en este tipo de sociedades se constituyeron los grupos llamados demos (grupos formados por la evolución del grupo familiar vinculada a los religiosos), los demos impusieron su autoridad a los religiosos y surge la primitiva sociedad política monárquica.

Los actos realizados por este tipo de sociedades monárquicas fueron despóticos, esto dificultaba la relación de los nobles con la población, fue hasta que se nombró a Solón que se pudieron subsanar las dificultades.

A los hombres se les reconoció el carácter de hombres libres, ya que aun existían esclavos y extranjeros, que por lo general no tenían derechos políticos, salvo que tuvieran cierta capacidad económica.

Generalmente la organización política griega es el Estado Ciudad, la Polis. La aldea fue creciendo hasta convertirse en una ciudad y llegó a ser un núcleo de una pequeña demarcación territorial. Su característica principal consistía en la unión interior. En esta época no se conoció la monarquía. Su forma de gobierno era la soberanía popular en distintas manifestaciones.

Es importante referirnos a la evolución histórica de las formas de Estado y/o gobierno, para concebir como ha sido el desarrollo del acto político y la

importancia de un control jurisdiccional sobre determinados actos que en su momento han emitido los gobernantes.

Es así, que abordaremos en este apartado en una forma sencilla y breve el desarrollo histórico del Estado y su fundamento doctrinario, analizaremos tres clases importantes de Estados, el Monárquico, el Liberal y el Democrático, por ser estas clases la que nos interesa para el desarrollo del tema y su relación con los actos políticos.

1.1.3 EL ESTADO ABSOLUTISTA MONARQUICO

En este Estado recordemos una frase atribuida a Luís XIV, “el príncipe es el primer servidor del Estado”. Con esta frase se trato de darle fundamento a la supremacía del príncipe frente a la poliarquía medieval y el binomio Papa-Emperador. El absolutismo es 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.

El absolutismo como característica de Estado y como forma de Gobierno fue un sistema autocrático, en el que el detentador supremo del poder está en una sola persona, o en un grupo de personas, que lo ejercen sin ningún control y sin limitaciones legales fijadas en un estatuto. Así, se forma la sociedad estamental propia del feudalismo, donde la nobleza perdió sus privilegios y políticas arbitrarias. Los monarcas que llegaron a controlar los

Estados Nacionales que se formaron de las ruinas feudales (Francia, Inglaterra con Jacobo I, España, etc.) concentraron el poder total y asumieron que el poder real , era una manifestación del poder divino; los nobles que no quisieron perder sus privilegios, se sumaron al apartado burocrático y administrativo en calidad de oficiales del rey, quien es el máximo detentador del poder que controla el ejercito, el comercio, las finanzas, la moneda, etc., sin tener que informar de su gestión y sin controles legales.

Entre los pensadores que dieron fundamento doctrinario a esta clase de Estado, tenemos:

1.1.3.1 TOMAS DE AQUINO

Tomas de Aquino, un catedrático de ciencias humanas y clérigo del siglo XIII, este pensaba entre otras cosas que:

La ciencia política es la que capta la estructura natural y el sistema de la sociedad, edifica un estado o sociedad política completa, según las normas naturales que esa realidad dicta por el mero hecho de ser. Por eso el derecho positivo emana del derecho natural entendido como la naturaleza normativa de la sociedad.

El régimen o gobierno en el absolutismo debía basarse en el poder de un rey feudal, creador de la norma jurídica y sometido a ella. Frente a este imperio y a su posible base teocrática, Santo Tomas presenta el ideal de un régimen o gobierno político, es decir, social, democrático, formado por leyes emanadas

del derecho natural de la sociedad y limitadoras del monarca. Este ha de ser considerado como representante de la sociedad y debe su poder supremo a la elección, directa o inmediata de los ciudadanos.

Como observamos este gran filósofo del siglo XIII trata de dar su fundamento doctrinario basado en que el Estado debe ser gobernado por una persona (príncipe), que se sustenta en la norma jurídica que emana del derecho natural, para lograr el bienestar y desarrollo de la sociedad.

1.1.3.2 NICOLAS MAQUIAVELO

Nicolás Maquiavelo, un gran pensador de la política en la que destacaremos sus aportes más importantes:

Nicolás Maquiavelo ve el Estado como un orden absoluto y concreto, al mismo tiempo manifiesta que lo político no solo se refiere a los políticos sino que a la totalidad de la vida social (ideas, usos, costumbre, formas de ser, leyes, etc.) La finalidad de estabilizar la vida social es lograr la seguridad que los hombres necesitan para superar el miedo, que unos a otros se provocan con su tendencia natural a hacer daño, a buscar su propio interés.

La unidad es el principio de toda la construcción ideológica del Estado maquiavélico. Unidad Nacional en primer término, Maquiavelo cree que el motor creador de un Estado y, por tanto, de la unidad nacional es el Príncipe, o sea el monarca de un reino poderoso y grande o, teóricamente, el caudillo de una pequeña ciudad republicana con suficiente poder económico y militar

como para convertirse en el jefe, de una gran nación natural y ser el poder político supremo, es decir, el creador del Estado.

Como vemos, Maquiavelo fundamenta su doctrina en que debe existir una unión para formar una sociedad, y eso se logra a través del príncipe el cual debe tener el poder supremo para lograr alcanzar esa meta con el monopolio de la fuerza y del derecho.

1.1.3.3 JEAN BODIN

Jean Bodín, el fundamento doctrinario político para Jean Bodín se resume en: La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república y el poder supremo sobre los ciudadanos y súbditos, desligados de las leyes.

El poder absoluto implica que la soberanía no está limitada por ningún otro poder político, esta condición de absoluto y perpetuo hace que la soberanía sea un poder ilimitado, y por tanto irresistible. Estar desligado de las leyes quiere decir, que quienes son soberanos no están de ningún modo sometidos al imperio de otro, y pueden decretar leyes a los súbditos y anular o enmendar las leyes inútiles, esto no podía según Bodín ser hecho por quien esta sujeto a la ley o a otra persona. Por eso se consideraba que el príncipe estaba excluido de la obligatoriedad de las leyes. El propio termino latino *lex* (ley) implica el mandato de quien tiene la soberanía. El soberano tampoco está ligado a sus propias leyes, pues estas son actos de su voluntad.

En este Estado descansaba la omnipotencia del soberano real, sin frenos jurídicos relevantes, puesto que las limitaciones del derecho divino y natural, en esta clase de Estado, otorga toda autoridad y poder a la monarquía, sin ningún control, donde obviamente hubieron actos que no podían ser controlados bajo ningún argumento, los cuales eran ilegales y no se podía hacer valer alguna protección judicial sobre esos hechos, de lo que se desprende, la importancia de tener un control judicial sobre determinados actos de los órganos o funcionarios, que bajo el argumento de estar obligado a administrar las políticas estatales, violan derechos fundamentales.

1.2 EL 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, teniendo la nación como sustrato. 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 actividades individuales y menos en las de orden económico; el liberalismo es una concepción de Estado individualista.

Entre los pensadores que podemos destacar que dan fundamento doctrinario a esta clase de Estado podemos mencionar los siguientes:

1.2.1 JOHN LOCKE

John Locke, gran pensador político de esa época, destaca su obra acerca de los Tratados de Gobierno, sus aportes fueron:

El Derecho Fundamental que el Estado debe de respetar y proteger es el Derecho de la Propiedad. El Estado está al servicio de la economía, el poder político se haya a la orden del poder económico. Las leyes positivas han de ser expresión del derecho natural, ya sea este un conjunto de derechos naturales inalienables e inviolables o un conjunto de normas naturales que rigen la vida social de los hombres.

El poder legislativo es el gran custodio de los derechos y libertades individuales y por tanto, debe controlar las acciones de los ejecutores o gobernantes, para que no se aparten de la confianza otorgada por la sociedad; Pero ¿Quién controla el poder legislativo? Según Locke, en quien reside en última instancia el poder originario es en la Commonwealth, en la comunidad, y a quien le corresponde vigilar el cumplimiento de los parlamentarios, respecto a la confianza concedida y los poderes delegados.

Locke moderniza y actualiza la doctrina tradicional del derecho natural. Reconoce el poder originario de la comunidad política, los derechos y libertades personales como fundamento, justificación y fin del estado y la limitación del poder supremo para que tales derechos y libertades estén

asegurados, si el poder del Estado se extralimita y viola las leyes naturales de la sociedad o los derechos personales- especialmente los vinculados a la economía y la propiedad- entonces la comunidad política, es decir, la población, tiene derecho a resistir por la fuerza, lo que no es más, que un acto de fuerza, sin autoridad y sin consentimiento.

1.2.2 CHARLES-LOUIS DE SECONDANT, BARON DE MONTESQUIEU.

Montesquieu, fue un gran pensador francés que fundamenta esta clase de Estado y logra establecer un principio importante para toda sociedad política que quiera conformarse, el principio de separación de poderes, en la obra maestra de Montesquieu “El Espíritu de las leyes” 1748.

Montesquieu recoge la concepción naturalista de Aristóteles y Tomas de Aquino y basa su concepción del Estado Liberal en la idea de que “el gobierno más conforme con la naturaleza, es aquel cuya configuración se adecua mejor a la forma de ser de la población para la cual se ha establecido.”

La dialéctica Estado – Sociedad está ya definida en esta breve frase. El Estado debe adecuarse a la sociedad según las leyes naturales. La primera de ellas es que la libertad es un bien fundamental. A partir de ese Estado de libertad, Montesquieu relaciona indisolublemente, la soberanía del Estado, los diversos sistemas de gobierno y la defensa de la libertad.

Montesquieu nos lega la idea de una estructura equilibrada de poderes, la cual no deja de ser formal, pero, por eso mismo, útil para entender la

complejidad ideal del Estado. Lo importante no es que la soberanía este en una u otra mano, (aunque de preferencia Montesquieu se incline hacia la aristocracia, dada su situación personal), sino que se gobierne con formalidad, cumpliendo una regla fija, estable y previsoras.

Montesquieu interpreta el sistema de gobierno de Inglaterra del siglo XVIII, con el cumplimiento ideal del Estado, no despótico ósea, equilibrado mediante el derecho, según un sistema armónico de poderes sociales y políticos. Los poderes sociales serían tres: Monarca, Nobleza y Burguesía Ascendente, los poderes políticos supremos se reducirían a dos: Poder Legislativo (a su vez dividido en dos cámaras o “cuerpos” según el estamento: nobleza y “pueblo” o burguesía ascendente) y el Poder Ejecutivo en manos del monarca, la descentralización inglesa –típicamente medieval- supone en sí mismo, una enorme limitación del poder concentrado y una garantía para que el poder frene al poder, equilibre el sistema de poderes y se asegure el principio de la libertad frene a todo exceso o abuso de poder, ya que “Todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él hasta encontrar límites”.

El equilibrio de los poderes está al servicio de la libertad pero esta no puede ser otra que la establecida en las leyes. Un uso ilimitado de la libertad sería despótico.

1.2.3 JORGE GUILLERMO FEDERICO HEGEL

Federico Hegel, filósofo alemán, explica y justifica el Estado liberal de la siguiente manera:

Hegel enlaza el patriotismo de Maquiavelo, cuando afirma que todo pueblo debe constituirse en Estado si quiere existir, es decir, jugar un destino histórico frente a los demás pueblos. Así como el individuo accede a su liberación formando parte del Estado, los pueblos y naciones solo pueden ser libres construyendo su propio Estado Nacional.

Una vez tratando la dialéctica propia del Estado contemporáneo, matiza decisivamente las ideas clásicas de la “polis” porque pone al Estado de la liberación del hombre a partir de sus libertades concretas y corrige también al Leviatán de Hobbes. Pues el ciudadano no está obligado con el Estado a cambio de la seguridad o de cualquier otro bien, sino porque fuera del Estado (Extramuros de la Polis) no se es nada.

En esta clase de Estado se da un cambio radical, los argumentos doctrinarios ponen límite a la monarquía, exige un control hacia ellos, observamos que se da un cambio de poder, es decir, existe un traslado de poder hacia la burguesía, lo cual al final genera lo mismo, en el sentido que existieron ciertos actos emitidos por los nuevos órganos de gobierno que no están sujetos a control, so bajo pretexto de actuar según la Constitución amparándose en el principio de separación de poderes.

1.3 EL ESTADO DEMOCRATICO

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, con las características siguientes: a) Tiende a completar la democracia política con contenidos de democracia económica y social; b) Mantiene un régimen de libertad política; planifica funcional y racionalmente la economía; establece un régimen de derechos sociales; c) Aumenta el ámbito de intervención del poder político en las actividades sociales de orden patrimonial con miras a la plena realización de la personalidad humana; d) Tiende a suprimir las desigualdades económicas y sociales (al menos teóricamente); mantiene la separación funcional de poderes y el principio de dominación legal; e) Se orienta hacia el desarrollo concreto de la plena personalidad del individuo.

Es a partir de este Estado que podemos establecer la importancia de un control jurisdiccional sobre diferentes actos emanados por las instituciones 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.

Así brevemente hemos hablado acerca de la evolución del Estado, analizando la forma de gobierno y por tanto de tomar decisiones, ahora nos enfocaremos en el nacimiento y evolución de los actos políticos o de gobierno, los cuales abordaremos genéricamente, ya que por su novedad, no hay estudios sistematizados por la doctrina, no obstante existen ciertos datos históricos que ameritan destacarse ya que es la génesis, surgimiento y su desarrollo en diferentes países.

1.4 ANTECEDENTES MODERNOS DE LOS ACTOS POLITICOS.

1.4.1 Francia

El origen del acto político o de gobierno, obedece a la actitud autodefensiva asumida por el Concejo del Estado de Francia², que en un principio fue un órgano de consulta, llegó a realizar una verdadera función jurisdiccional en virtud de una ley emitida en mayo de 1872, que establecía que el Consejo de Estado “estatuía soberanamente sobre los recursos en materia contencioso administrativa”, lo cual se tradujo en la facultad de decidir los litigios administrativos.

Es así como el 24 de mayo de 1872 se considera la fecha decisiva para la evolución del sistema francés, ya que es entonces cuando nace la llamada “jurisdicción delegada”. A partir de esta fecha se emitieron numerosas leyes

² El Consejo de Estado de Francia (*Conseil d'État*, en francés) es el supremo órgano consultivo del gobierno, y funciona además como última instancia de la jurisdicción administrativa. Como órgano consultivo, el Consejo de Estado debe ser consultado por el gobierno antes de tomar determinadas decisiones, principalmente la adopción de proyectos de ley. En su función jurisdiccional, es la última instancia judicial en determinados ámbitos (básicamente, para la resolución de recursos dirigidos contra las decisiones de una autoridad pública). Su vicepresidente, que es de hecho la primera autoridad del Consejo, es también el primer funcionario del Estado: así presenta al presidente de la República sus respetos en nombre del conjunto de cuerpos constituidos, de la función pública, de la magistratura, de las empresas públicas, etc. El Consejo de Estado tiene su sede en el Palacio Real (*Palais-Royal*) de París. El Consejo de Estado está vinculado con el Instituto Francés de Ciencias Administrativas (creado en 1947 por René Cassin y tradicionalmente presidido por el vice-presidente del Consejo de Estado francés).

destinadas a la reforma del sistema contencioso administrativo, para mejorar su eficacia debido al aumento cada vez mayor de demandas administrativas. Durante el período actínico se otorgó al Consejo competencia para conocer de 5 misiones, colocando así a dicho organismo en la cima de la vida jurídica administrativa francesa; esta decisión se adoptó para poder continuar subsistiendo como institución, ya que corría el riesgo que el Ejecutivo, dispusiere su disolución a raíz de los choques o enfrentamientos con este.

La concepción del acto político o de gobierno aparece progresivamente en la jurisprudencia del Consejo del Estado Francés bajo la restauración y monarquía de Julio (el 8 junio de 1815 se produjo la restauración de Luís XVIII en el trono de Francia). Al respecto existe una serie de decisiones de las más celebres, es la conocida el 1º de mayo de 1822 que consistía que, con motivo del retorno de los borbones al poder, el Consejo de Estado, que había sido una creación Napoleónica fue vivamente atacada por los liberales y por los ultra realistas los cuales eran partidarios de los Borbones, porque se consolidó la situación de los adquirentes de bienes nacionales. A raíz de esto, sus atribuciones fueron cuestionadas. En consecuencia, el Consejo Estado espontáneamente limitó sus funciones: en primer lugar, disminuyendo considerablemente, a favor de los Estados Judiciales, el alcance del principio de separación de las actividades administrativas y judiciales; y en segundo lugar, creando la institución del acto político o de gobierno. El cual se traducía en una doble restricción a su competencia contenciosa, inspirada por la preocupación política de no llamar la atención mayormente, y de esta forma poder mantenerse.

Pero fue en el segundo imperio (1852-1870) cuando la teoría del acto político o de gobierno adquirió desarrollo. Esta ampliación consistió en la prudente

limitación dispuesta por el propio Consejo de Estado al recurso por exceso de poder que había adquirido gran extensión. En consecuencia, para no comprometer el éxito de tal desenvolvimiento, le reconoció al Ejecutivo una esfera de competencia en la que, por política jurisprudencial, considero que no debía de conocer. Dicha esfera a raíz de la teoría del móvil del acto, era susceptible de ampliaciones. Se considero que había actos administrativos que en ciertas circunstancias que podían transformarse en actos políticos o de gobierno merced a su móvil político. En esa forma todo acto del Ejecutivo, como consecuencia del móvil político que lo inspiraba, podía transformarse en acto de gobierno. La teoría era “política” porque no era otra cosa que una manifestación de la prudencia del Consejo de Estado Francés que para asegurar un mejor control jurisdiccional de la legalidad de la acción administrativa, tomo las medidas necesarias para no chocar con el ejecutivo y también lo político de la teoría se manifestaba en que para adoptar un criterio de acto de gobierno no recurrió al análisis jurídico, sino que a la noción extrajurídica de “razón de estado”.

Con el tiempo la teoría del móvil político fue rechazada ya que el fundamento de los actos políticos o de gobierno, residía en considerar que los actos administrativos dictadas con fines políticos, perdían ese carácter y por tanto no eran controlados en ese momento, esta teoría adolecía de dos problemas, el primero era que el órgano emisor del acto era el que determinaba si existía o no un móvil político en el acto y por tanto su naturaleza jurídica, y por otra parte actos administrativos puros se convertían en políticos simplemente por el criterio teleológico político, violentando la seguridad jurídica.

Superada la teoría del móvil o de la naturaleza del acto, surge la teoría empírica, esta trato de individualizar los actos políticos de los administrativos,

en otras palabras expresaba que un acto administrativo sería siempre administrativo y un acto político o de gobierno tendría siempre ese carácter, independientemente de la finalidad que persiguiese, ahora bien, el problema de esta se deriva de la incapacidad para determinar el elemento objetivo, optando por una simple enumeración a partir de la doctrina y de la jurisprudencia.

Surge luego la teoría de la causa objetiva, los italianos trataron de superar la anterior teoría basados en la causa objetiva, expresaban de que la característica propia residía en el interés general del Estado, en su unidad, entendía que los actos políticos solo podían provenir del Estado Central, excluyendo por tanto otros órganos de menor relevancia.

Aparece luego la teoría de la excepcionalidad, en esta los actos políticos estaban sujetos al principio de la legalidad, eran actos sometidos a la ley, y solo se permitían en situaciones de anormalidad, sin embargo limito extremadamente los actos políticos razón por la cual fue desechada.

Como podemos observar el origen del acto político sin duda alguna tiene su origen en Francia, fue ahí donde se creó y se desarrolló la teoría sobre esta clase de actos, es paradójico que este país, fue sin duda un impulsor para el mundo de la conformación de una sociedad justa y próspera. Pero fue en ella en donde nació el fundamento de no poder controlar determinados actos que emitieran los órganos del estado por parte del órgano judicial.

Nos corresponde ahora estudiar el desarrollo histórico de los Actos Políticos o de Gobierno en Estados Unidos de América, preliminarmente podemos advertir que no existe una definición de lo que debemos entender por acto político sino que ellos establecieron una solución simple, suprimir de su

competencia deferentes actos que consideraban como acto político para no contradecir la autoridad superior a ellos.

1.4.2 Estados Unidos

Al analizar la evolución de los actos políticos o de gobierno en los Estados Unidos de América es importante partir del estudio que hace sobre este tema el doctrinario Argentino Doctor Linares donde aborda la evolución desde el aspecto jurisprudencial que a continuación particularizaremos. Anteriormente en los Sistemas Constitucionales de los Estados Unidos, el poder judicial carecía de competencia para avocarse el conocimiento de las cuestiones políticas, cuya naturaleza es por completo ajena a la esencia de la función jurisdiccional, por lo que su dilucidación esta exclusivamente librada a los poderes políticos: Legislativo y Ejecutivo.

Tratase de una consecuencia lógica, de la aplicación del principio de la división de los poderes “columna vertebral del esquema institucional norteamericano como lo afirma el constitucionalista Westel Woodbury Willoughby, que distinguiendo del poder judicial, los departamentos legislativo y ejecutivo son denominados, departamentos políticos del gobierno porque en muchos casos su acción esta necesariamente dictada por consideraciones de prudencia pública o política. Claro está, que estas consideraciones de prudencia pública o política no pueden permitir a la legislatura violar cláusulas constitucionales, o al ejecutivo ejercer autoridad que no le ha conferido la constitución o la ley, sino que, dentro de esos límites, el sistema normativo jurídico permite a dichos departamentos,

separada o conjuntamente, reconocer que los hechos existen o que un status existe, y en estas determinaciones, junto con las consecuencias que traen las mismas resultan, que no pueden ser cuestionadas ante los tribunales”³.

En 1976, John Marshall, decano entonces del Colegio de Abogados de Virginia, se encargo de defender ante la Suprema Corte de los Estados Unidos una causa importante dice Bernard Schwartz. En el curso de su alegato sostuvo que la autoridad no puede tener ningún derecho a poner en tela de juicio la validez de una ley, a menos que esta jurisdicción se le otorgue expresamente por la Constitución. Si hubiera prevalecido esta decisión con respecto al poder judicial, el sistema norteamericano de Derecho Constitucional hubiera evolucionado siguiendo líneas totalmente diferentes del curso que históricamente ha seguido. Sin embargo, como es bien sabido, la pretensión del abogado Marshall sobre el particular fue rechazada por la Corte Suprema en 1803, cuando el magistrado y presidente del tribunal Marshall pronuncio su voto culminante en la causa Marbury vs Madison: hay que especificar que el mismo Marshall reconoció el poder de los tribunales, durante la convención de Virginia. Como acto de un estadista en el orden Judicial, el voto recaído en la causa Marbury se mantiene sin par en la historia constitucional de Estados Unidos. La lógica presentación hecha por Marshall de la autoridad de los tribunales para juzgar, la constitucionalidad estableció la revisión judicial como un principio básico del sistema americano.

John Marshall sentó el principio de la no justiciabilidad de las cuestiones políticas, en su famoso voto pronunciado en el clásico caso Marbury vs

³ LINARES QUINTANA, SEGUNDO V. Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado. Primera Edición, Buenos Aires 1977 – 1980, Tomo III, Editorial Plus Ultra. Pág. 433.

Madison en 1803 expresando la decisión de la suprema corte norteamericana, pero no determino con precisión cuál era el concepto definitivo de tales materias “su omisión en este punto dice Bernard Schwartz no ha sido subsanada en casos subsecuentes. En verdad el tribunal ha sido lo bastante candoroso para admitir que es más fácil exponer la doctrina, de que las cuestiones políticas no están dentro del dominio del poder judicial que definir la expresión cuestión política o determinar que asuntos quedan dentro de su alcance⁴.

En el caso Marbury vs Madison el juez- Marshall dijo: “por la Constitución de los Estados Unidos, el presidente está investido con algunos importantes poderes políticos, en el ejercicio de los cuales debe ocupar su propia discreción, y es responsable ante su país, solamente en su carácter político y ante su propia conciencia. Para ayudarse en el cumplimiento de estos deberes, está autorizado a nombrar determinados funcionarios, los cuales actúan por su autoridad y de conformidad con sus órdenes. En tales casos, los actos de ellos son sus actos, y cualquiera que sea la opinión que pueda merecer la manera en que es usada la discreción ejecutiva, a pesar de ella, no puede existir poder alguno de controlar aquella discreción. Los asuntos son políticos. Ellos conciernen a la nación, no a los Derechos individuales y estando confiados al ejecutivo, la decisión del ejecutivo es definitiva, la exactitud de esta observación puede ser percibida tomando en cuenta la ley del congreso, que establece el departamento de relaciones exteriores. De acuerdo con los deberes prescritos por aquella ley, este funcionario debe actuar de conformidad a la voluntad del presidente, es un simple órgano por

⁴ Citado por LINARES QUINTANA, SEGUNDO V. Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado. Primera Edición, Buenos Aires 1977 – 1980, Tomo III, Editorial Plus Ultra. Pág. 435.

el cual aquella voluntad es comunicada, los actos de tal funcionario en el ejercicio de sus funciones no pueden ser nunca examinados por los tribunales⁵.

Como señala Bernard Schwartz, el juez John Marshall en el citado caso *Marbury vs Madison*, hizo una distinción entre los actos gubernamentales que implican cuestiones políticas y los dirigidos contra los Derechos de los particulares⁶. Cuando el funcionario ejerce poderes puramente políticos, dijo Marshall que es responsable solo en su carácter político. En cambio cuando su acción tiene un efecto directo sobre los Derechos privados, la situación es distinta. Según las propias palabras de Marshall “ cuando los Derechos del individuo dependen de la ejecución de los actos del funcionario, es hasta ahí el dignatario y servidor de la ley; es responsable ante las leyes por su conducta, y no puede a su discreción hacer caso omiso de los Derechos de que están investidos los demás” “la distinción así trazada por el gran presidente de la corte –dice Bernard Schwartz- es de importancia básica para la debida aplicación de la doctrina sobre cuestiones políticas. Esa doctrina debe de hacer que un acto gubernamental sea inmune al escudriñamiento judicial, únicamente cuando se basa sobre una decisión política que no apunte directamente a las actividades individuales: cuando según la frase de Marshall las materias son políticas, se refieren a los Derechos de la nación, no a los Derechos individuales. Por el contrario, si un acto gubernamental pretende afectar y en realidad afecta directamente a la persona o a la propiedad de los particulares en este país, esos particulares que se consideren perjudicados deben tener el Derecho de recurrir a la ley para

⁵ Citado por LINARES QUINTANA, SEGUNDO V. Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado. Primera Edición, Buenos Aires 1977 – 1980, Tomo III, Editorial Plus Ultra. Pág. 435.

⁶ Op. Cit. Pág. 437.

obtener reparación. Los actos del gobierno que se dirigen contra los Derechos privados no deben ser inmunizados por la doctrina sobre cuestiones políticas⁷.

⁷ Citado por LINARES QUINTANA, SEGUNDO V. Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado. Primera Edición, Buenos Aires 1977 – 1980, Tomo III, Editorial Plus Ultra. Pág. 436.

CAPITULO II

FUNDAMENTO TEORICO DEL ACTO POLITICO

Sumario: 2.1 Origen del Concepto. 2.2 El Acto Político. 2.2.1 Teorías explicativas sobre los Actos Políticos. 2.2.2 Definiciones. 2.3 Características de los Actos Políticos. 2.4 Naturaleza Jurídica de los Actos Políticos. 2.5 La Función Política. 2.5.1 Concepto. 2.6 Clasificación. 2.6.1 Criterio Material u Objetivo. 2.6.2 Criterio Formal. 2.7 El Estado de Derecho 2.7.1 Interrelación entre el Estado y el Derecho. 2.7.2 Teorías sobre la relación entre el Estado y el Derecho. 2.7.2.1 El elemento para la institucionalización y legitimación del poder. 2.7.2.2 Elemento para la protección y garantía.

2.1 ORIGEN DEL CONCEPTO

El concepto de “acto de político o de gobierno” se ha hecho derivar de la distinción efectuada en la actividad general del Poder Ejecutivo, entre la función gubernativa o política y la función administrativa.

El Poder Ejecutivo, en efecto, tiene una doble misión que cumplir: debe gobernar y debe administrar.

Gobernar significa, como señala Teissier, velar por el funcionamiento de los poderes públicos en las condiciones previstas por la Constitución, y regular

las relaciones con las potencias extranjeras, entre otros actos de similar naturaleza.⁸

Administrar, en cambio, es asegurar la aplicación diaria de las leyes, vigilar las relaciones de los ciudadanos con el poder público y de las distintas organizaciones administrativas entre sí.

Esa doble función, así diferenciada, exige el cumplimiento de actos de distinta naturaleza, que producen consecuentemente diferentes efectos, llamándose a los que componen la actividad política o gubernativa “actos políticos o de gobierno”, y “actos administrativos” a los que son propios de la función administrativa.

Los actos de gobierno, como tales, pueden considerarse desde el punto de vista material y desde el punto de vista formal.

En sentido material, se consideran actos de gobierno todos aquellos que emanan del Poder Legislativo y que este cumple en el ejercicio de las atribuciones que le son propias, y los cumplidos por el Poder Ejecutivo, cuando actúa en defensa de la Constitución o de la integridad del Estado, sin subordinarse a los preceptos de la ley.

Este concepto material del acto de gobierno, si bien es cierto no es aceptable en su integridad, es importante destacarlo, porque viene a señalar la existencia, en tales actos, de un elemento fundamental: el ejercicio del poder discrecional.

⁸ Vedel, Georges, Derecho administrativo (Trad. De la 6° edición francesa por Juan Rincón Jurado) Madrid 1980.

En sentido formal, se consideran actos de gobierno los Producidos por el Poder Legislativo, por la propia naturaleza de este poder, y los cumplidos por el Ejecutivo en coparticipación con el Legislativo, como es el caso de la designación de ciertos funcionarios de alto rango.

El desarrollo histórico de la teoría de los actos políticos o de gobierno evidencia, sin lugar a dudas, que esta teoría no se deriva de una necesidad de sistematización jurídica, sino de una necesidad de carácter político.

Durante la revolución, y aun en la época del Primer Imperio, no se reconoció en Francia la teoría de los actos políticos, la cual fue apareciendo progresivamente, en la jurisprudencia del Consejo de Estado, durante la restauración.

El Consejo de Estado, en efecto, era atacado en ese tiempo por distintas facciones políticas, que le reprochaban su participación en la consolidación de la adquisición de los bienes nacionales. Por propia iniciativa, el propio Consejo trató de limitar su esfera de acción, y llegó así a esbozar la teoría de los actos políticos, excluidos de su conocimiento, teoría que aparece inicialmente en una serie de decisiones de las cuales la más celebre es la de 1 de Mayo de 1882, dictada en el caso Lafitte.

Esta actitud del Consejo de Estado dio lugar a que la misma autoridad gobernante aceptara y confirmara esa teoría como el medio más simple de reservarse cierto número de actos de trascendencia sobre los que no fuera

posible el control jurisdiccional, consolidándose así el concepto de “acto político o de gobierno”⁹

Berthélemy admite implícitamente ese propósito político de la teoría de los actos de gobierno, cuando afirma que si se llega a asignar a ciertos actos caracteres comunes que justifican su clasificación en un grupo aparte, ello dará lugar a que todas la veces en las que tales caracteres se presenten, se deduzca que el acto en cuestión escapa a los recursos contenciosos, de modo que el Poder Ejecutivo no será responsable sino ante el poder político.¹⁰

El criterio propuesto de manera inicial para la diferenciación entre Actos Administrativos y Actos Políticos, atendía al móvil de índole político que se afirmaba, inspiraba la producción de éste último acto. De esta manera, fuere cualquiera el objeto material del acto, siempre que los gobernantes lo dictasen en atención o en función de un fin político, el acto dejaba de ser administrativo y se convertía en político. .

La consecuencia práctica de esta consideración resultaba ser, que el acto se consideraba exento del control contencioso administrativo al plantearse que un fallo judicial con tal carácter, provocaría consecuencias políticas

⁹ Comentando el art. 47 de la ley francesa del 3 de Mayo de 1849 decía VIVIEN: “Hay derechos cuya violación no da lugar a un recurso contencioso. En un gobierno representativo hay circunstancias en que por necesidad pública los ministros se ven obligados a adoptar medidas que lesionan los derechos particulares. Ellos responden en este caso ante el poder político. Hacerles justiciables por el tribunal administrativo equivaldría a paralizar una acción que se ejerce en vista del interés común”. Citado. por GASTON JÉZE, Los Principios Generales del Derecho Administrativo, 1º Edición, Madrid 1928, Editorial Reus.

¹⁰ BERTHÉLEMY. Tratado Elemental de Derecho Administrativo. Editorial Claridad, Buenos Aires, 1926. Pag. 126

incalculables, al hallarse más bien en la esfera de lo político que lo jurídico. Tal teoría se remonta en su origen histórico a aquella práctica francesa surgida con el fin de excluir del estudio y control del contencioso, ciertas decisiones consideradas demasiado próximas a la política general del Estado.

En efecto, la decisión adoptada por el Consejo de Estado francés luego de la caída del Primer Imperio y Restauración Borbónica, consistente en limitar su competencia originaria, a fin de no enfrentarse con los monarcas borbónicos y consolidar así su permanencia, hizo aparecer la necesidad de su justificación en la búsqueda de un criterio que permitiera distinguir aquellos actos no susceptibles de control por el Tribunal Administrativo -denominados a partir de entonces "actos de gobierno"-, de aquellos denominados Actos Administrativos.

De esta manera, el Consejo de Estado Francés se negó sistemáticamente a conocer de aquellas reclamaciones que hacían relación a problemas políticos derivados de la extinción del régimen napoleónico, y más adelante, en relación con aquellos que se referían a los distintos cambios y pugnas políticas que se sucedieron.

Se llegó así a la "Teoría del Móvil Político", según la cual, fuese cual fuese el objeto material del acto, siempre que los gobernantes lo dictasen en función de un fin político, el acto dejaba de ser administrativo y se convertía en político, originándose su exención del control contencioso-administrativo.

El Consejo de Estado francés rechaza por primera vez en 1852, la teoría del móvil político en su Arrêt Prince Napoleón, para conocer de la reclamación del príncipe Jerónimo Napoleón contra su cese como General de División y que le fuere otorgado por el Emperador en virtud del artículo 6o. del Senado-

Consulta de 7 de noviembre de 1852, precisando que la decisión que confería el grado de General de División, se basaba en un régimen político desaparecido y que no se trataba de una medida de carácter político que escapara a su control jurisdiccional. El criterio se mantiene en el año 1880 a propósito de fallos relacionados con la expulsión de los jesuitas, así como el fallo "Príncipe de Orleans", mediante el cual se admite que el móvil político de un acto administrativo, no resultaba suficiente para excluir todo recurso contencioso contra el mismo. De esta manera se fue delineando el sistema de la Jurisdicción Delegada que reconoció al Consejo de Estado su independencia.

Desechada la teoría del móvil político del acto, para establecer la diferenciación entre acto administrativo y acto de gobierno y su consecuencia, cual es la imposibilidad de control jurisdiccional, se pretendió fundamentar su razón de ser, en la "Naturaleza del Acto o Causa Objetiva" planteando que los actos políticos lo son en razón de su naturaleza y de esta manera, resultan objetivamente distintos de los Actos Administrativos.

Así en el seno de la Constituyente del año III, se distinguió por primera vez entre Gobierno y Administración, configurándolos como dos funciones del Ejecutivo. En tal sentido, el Gobierno adoptaba las decisiones de trascendencia para toda la comunidad mediante una actividad que realiza el poder en su calidad de órgano gubernativo o político a través de actos de soberanía, que excluyen la idea de normas legales a las cuales haya de sujetarse y en consecuencia, la intervención de Tribunales que le controlen. Se opone así a otra actividad del Poder Ejecutivo como es la función

administrativa que se realiza siempre bajo un orden jurídico y por lo tanto, es susceptible de discutirse en la vía jurisdiccional. Bajo este criterio las decisiones correspondientes a actos administrativos afectaban los intereses de la comunidad pero no su misma subsistencia.

Estas ideas que pesan en las Constituciones revolucionarias de Francia, constituyen las primeras distinciones entre poder político y poder administrativo, y las dos clases de actos del Ejecutivo: de gobierno y administrativos.

Finalmente y al ser atacado el soporte de la teoría, por tratarse de actuaciones ejercidas por el Ejecutivo con un interés público, tanto en el ejercicio de la actividad de gobierno como en la actividad de la Administración, surgió la corriente doctrinal con ecos jurisprudenciales, que se limitó a la elaboración de un listado de actos estatales que por su carácter y trascendencia escaparían al control jurisdiccional y que por tanto, corresponderían a la categoría de los denominados Actos Políticos o de Gobierno. De esta manera, se abstuvieron los Tribunales contenciosos de proferir fallos respecto de asuntos atinentes a la seguridad del Estado y las relaciones internacionales.

2.2 EL ACTO POLITICO

Dentro del conjunto de actos propios y necesarios para el cumplimiento de la función ejecutiva, la doctrina y la jurisprudencia han distinguido, desde hace ya tiempo, dos categorías esenciales, que se ha

procurado diferenciar con éxito relativo: por un lado, los llamados “actos políticos o de gobierno”; y por otro, los “actos administrativos”

Esta división doctrinal tiene especial importancia para el objeto de nuestro estudio, pues se vincula, directamente, con la posible existencia de ciertos actos –los actos políticos o de gobierno- que estarían exentos de todo control jurisdiccional.

Esa tendencia liberar al acto político del necesario control jurisdiccional ha sufrido, modernamente, serias limitaciones y restricciones, llegando se incluso, a negar la existencia de actos de tan especial naturaleza.

Pero, de cualquier modo, importa el estudio de la teoría de los actos políticos, no solo porque aun tiene algunas manifestaciones jurisprudenciales, sino porque conviene procurar afirmar un criterio cierto que establezca la posibilidad y la necesidad del control jurisdiccional de esos actos.

Hay que plantear la exclusión de determinadas actividades y resoluciones de la Administración que, por razón de sus contenidos, no son plenamente enjuiciables por los Tribunales del orden administrativo. Entre ellos están los actos del Gobierno que a pesar de emanar del Consejo de Ministros, no se consideran en determinados casos, conocidos a nuestros efectos como susceptibles de control judicial.

El concepto de "acto de gobierno" o "acto político" nace en el Derecho francés durante la etapa de la restauración Borbónica; a los gobernantes le permite excluir del recurso por exceso de poder los actos de la Administración y fundamentalmente del Gobierno, que aparecieran inspirados en un "móvil político", calificándolos como actos judicialmente

inatacables. A partir de 1875 el Consejo de Estado reducirá al máximo este concepto, ciñéndolo a los dictados en ejercicio de la función gubernamental como distinta de la función administrativa.

2.2.1 TEORIAS EXPLICATIVAS SOBRE LOS ACTOS POLÍTICOS

Varias teorías se han propuesto para justificar y explicar la existencia de los actos de políticos. Si el acto político no es otra cosa que una receta del arte político, un medio para el ejercicio incontrolado del poder de gobierno, es evidente que no puede explicarse su existencia de un modo racionalmente jurídico. La doctrina no ha hecho sino un vano intento para justificar jurídicamente una institución extrajurídica.

Una tendencia formalista ha hecho referencia, con este propósito, a la forma intrínseca y a la forma extrínseca propia de los actos que se consideran políticos o de gobierno.

También se ha echado mano del concepto de soberanía del Estado, tratando de explicar el acto de gobierno como consecuencia de esa soberanía, que escapa, como tal al control del juez.

La teoría de la fuerza mayor sostiene, en cambio, que los actos políticos no son sino el resultado de una fuerza mayor, imponiéndose necesariamente en ciertas circunstancias excepcionales en la vida del Estado.

Pero, sin duda, la más clásica de las teorías explicativas del acto político es la del móvil político.

Según esta teoría, lo que caracteriza al acto político es el móvil, el fin que se propone la autoridad que lo realiza, pudiendo señalarse en esta dirección doctrinal la opinión de Dufour¹¹

De este modo, se erige la “razón del Estado”, concepto vago, confuso, y sin contenido preciso, como un axioma jurídico de aceptación incontrovertible, y por esa vía, como bien lo señala Berthélemy,¹² cualquier abuso de poder puede ser justificado bajo el pretexto de constituir una decisión política, una “necesidad de Estado”.

Un sentido más serio, tiene a nuestro juicio, la teoría de la naturaleza especial del acto de gobierno, que ha querido caracterizarlo puntualizando sus elementos propios, que lo que lo distinguirían del acto administrativo. Partiendo de una cierta distinción entre la función política y la función administrativa, se llega a la diferenciación entre el acto político y el acto de administrativo.

La teoría de la naturaleza propia del acto de gobierno, como se comprende fácilmente, no responde tampoco a un criterio técnico-jurídico, sino que tiene un basamento político, un sentido subjetivo y que no es racionalmente necesario.

¹¹ DUFOUR, Tratado General de Derecho Administrativo Aplicado. Tercera Edición. Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina. Pág. 128.

¹² BERTHÉLEMY, Tratado Elemental de Derecho Administrativo, Paris, 1926, pág. 126. La razón de Estado, la necesidad política, se han esgrimido para intentar justificar no solo excesos sino graves desviaciones de poder en nuestro país. Frente a una muchas veces pretendida emergencia, se ha echado mano de cualquier medio o recurso, sin pensar en su validez legal y constitucional, queriéndose enmendar una ilegalidad o una inconstitucionalidad con otra mayor. Esto demuestra únicamente, la falta de una verdadera conciencia jurídica, cuyas inevitables consecuencias están a la vista.

2.2.2. DEFINICIONES

Las concepciones doctrinarias sobre los Actos Políticos, obedecen a diferentes posturas de tratadistas en su mayoría del derecho administrativo, sin embargo son de gran aporte y ayuda para el estudio y desarrollo a lo largo de la historia del tema que nos ocupa.

El Tribunal Supremo Español manifestó en la sentencia de fecha tres de Enero de mil novecientos setenta y nueve¹³, y homologado en la sentencia del veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y dos, precisando y señalado que los Actos Políticos son: “Aquellos mediante los cuales órganos superiores del Estado, tales como órganos constitucionales, y además lo relativo a la participación internacional del estado, mediante una actuación unitaria, ejercen la función política que les ha sido atribuida o confiada y que es perfectamente diferenciable de la función administrativa.”

Según Brewer Carias, los Actos Políticos son aquellos actos de poder ejecutivo dictados en ejecución directa de la Constitución y por tanto, sometidas directamente a ella y con el mismo rango jurídico que la ley¹⁴.

¹³ En este caso el Tribunal Supremo Español conocía sobre el Recurso contra el Decreto del 16 En este caso la Administración Pública, en particular la defensa nacional de España aludió al carácter político del acto, con base al artículo 2 literal b) de la Ley de la Jurisdicción de 1956 para sustentar la inadmisibilidad de tal recurso, el Tribunal en este caso definió lo que de enero de 1975 en el cual se delimitaba las zonas de seguridad de algunos polígonos militares. debía entenderse por Acto Político o de Gobierno y rechazó la alegación de la Administración Pública y por motivos ajenos al objeto de estudio de esta investigación declaró nulo el Decreto.

¹⁴ Brewer Carias, Allan Randolph, Estado de Derecho y Control Judicial, Justicia Constitucional, Contencioso Administrativo y Derecho de Amparo, Caracas 2000, editorial Arte. Pág. 12.

Es de destacar la definición del autor Francisco Linares “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 paz¹⁵.”

Este autor recalca que dichos actos corresponden a los Órganos del Estado Supremo, en relación a que históricamente surgieron previo a la división del Estado en tres poderes, y por tanto, los tres órganos podrían dictar este tipo de actos, pero principalmente el Órgano Ejecutivo y Legislativo.

Según el Diccionario Jurídico el Acto político¹⁶: es aquel que persigue obtener o conservar el poder. Puede ser emitido por particulares o por el Estado. Puede tener o no implica actuaciones jurídicas (asistir a una asamblea de algún partido político, sufragar en elecciones, hacer declaraciones a la prensa). La polémica citada a propósito del acto de gobierno se complica con la existencia de esta categoría de acto político. En efecto, no es lo mismo gobierno que política. Solo algunos autores diferencian entre acto de gobierno y acto político, la mayoría de ellos utiliza ambas frases como sinónimos.

De acuerdo al autor francés Maurice Hariou, el cual es influido por la corriente de su país de origen, puntualiza y define a los Actos Políticos como “Aquellos que figuran en un cierta enumeración realizada por la jurisprudencia administrativa, bajo la autoridad del Tribunal de conflictos.” O

¹⁵ Linares, Juan Francisco. Poder Discrecional Administrativo. Primera Edición, Buenos Aires 1958, editorial Abelado-Perrot. Pág. 66.

¹⁶ CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. Diccionario Jurídico Elemental. Segunda Edición, Buenos Aires 1982. Editorial Heliasta. Pág. 39

en otra de sus definiciones considera a los Actos Políticos “Aquellos que figuran en una lista, que jurisprudencialmente ha aceptado el Tribunal de conflictos¹⁷, apegándose con ello a la corriente enumerativa, dentro de esta lista de Actos Políticos encontramos los relativos a las relaciones del Parlamento con el gobierno, a las relaciones internacionales, a los hechos de guerra, a los decretos de gracia, y a las medidas de orden interior, entre otras.”

Guillermo Cabanellas concibe a los Actos Políticos como los que proceden del Poder Ejecutivo en cumplimiento de sus funciones. Los integran los de carácter político en el ámbito territorial y los que rigen las relaciones del Estado como persona de la colectividad internacional, no son susceptibles de recurso alguno en la vía judicial¹⁸.

2.3 CARACTERISTICAS DE LOS ACTOS POLITICOS

Si se pretende determinar las características propias del acto político, aquellas que concurren a diferenciarlo, se pueden señalar las siguientes:

1) Son dictados en virtud de una expresa legitimación Constitucional, es decir que son de realización inmediata de normas constitucionales, en otras palabras ejecutan directamente una norma constitucional, por lo tanto no están sujetos a normas secundarias.

¹⁷ HARIOU, MAURICE. Principios de Derecho Público y Constitucional. Primera Edición, Madrid 1927, Editorial Reus. Pág. 15.

¹⁸ DROMI, ROBERTO, Instituciones de Derecho Administrativo. Primera Edición, Buenos Aires 1973. Editorial Astrea. Pág. 43

- 2) Los actos políticos atienden a una idea de preeminencia de la soberanía, que se deriva del carácter político de estos actos y de su contenido, dirigido más a un móvil o dirección, que a un concepto de ejecución.¹⁹
- 3) El acto político supone poder relativamente autónomo, de carácter discrecional y ejercido sin sujeción a las disposiciones legales, limitado solamente por los principios consagrados en la Constitución.
- 4) Son unilaterales en su estructura y de alcance particular, (Ejemplo la designación del Fiscal General de la Republica) ò general (Ejemplo la amnistía a particulares). Implica por tanto adoptar directrices generales atinentes a materias exclusivamente políticas.

2.4. NATURALEZA JURIDICA DE LOS ACTOS POLITICOS

Al igual que su existencia y su posibilidad de control jurisdiccional, la naturaleza jurídica de los actos políticos aún sigue siendo discutida, esto porque los tratadistas no son uniformes sobre la autonomía de los actos políticos o clasificación especial, respecto de los actos administrativos. El Tribunal Supremo Español mantiene que cuando se habla de la naturaleza

¹⁹ Enseña BIELSA que los actos de gobierno, por su propio carácter, son políticos y no administrativos, aunque no se determinan por su móvil político, sino por la naturaleza del acto mismo. Cita al efecto la opinión de LAFERRIÈRE, quien señala con razón que el acta administrativa, realizado con un fin político, no pierde por ello su condición de acto administrativo (Bielsa, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1947, pág. 179 y180). Coincidiendo con el carácter político del acto de Gobierno, dice GASCÓN y MARÍN que “Para establecer la distinción, mejor aun que emplear la palabra Gobierno será utilizar la de político, pues más evidente resultará la distinción entre los actos que comúnmente se reputan como políticos y los que no ofrecen dudas son administrativos” (GASCÓN y MARÍN Tratado de Derecho administrativo, Madrid, 1928, pág. 200)

jurídicos, que derivan de la Constitución y por tanto caben dentro del derecho constitucional, perteneciente entonces a la rama del Derecho Público al cual además pertenece el Derecho Administrativo.

Nos adherimos entonces a la tesis que entiende el acto político como un acto jurídico sujeto a la ley y por tanto sujeto a control jurisdiccional; que en todo caso la finalidad política de un acto dependerá del momento coyuntural en que este sea emitido, pero no alcanzara a desnaturalizarlo como acto jurídico.

2.5 LA FUNCION POLITICA

Existe un amplio sector de la doctrina moderna que propugna por el reconocimiento de una novedosa función o ejercicio de la actividad estatal, aquella denominada "Función Gubernativa, Política o de Gobierno, así como del régimen de los actos que se producen en su ejercicio.

Este tema ha sido abordado por autores del Derecho Administrativo y no del Derecho Constitucional como pareciera ser, lo cual obedece a que preferentemente se ha concebido como una subespecie de la función ejecutiva o administrativa, así como sus actos, una subespecie de los actos administrativos.

Se plantea que no obstante considerarse una actividad atribuible al órgano ejecutivo, es diferenciable de la actividad propiamente administrativa, por cuanto cada una de ellas se desarrolla en esferas de actuación propias, respecto de las cuales resulta de mayor jerarquía la Función Política o de

Gobierno, al constituir la función administrativa su actividad de complemento y concreción.

Así, se atribuye el ejercicio de la denominada Función Política o de Gobierno a los niveles más altos del órgano ejecutivo, es decir, al gobierno en su función de iniciativa, de impulso y dirección del ente jurídico-político denominado Estado.

No obstante y bajo esta última concepción, se encuentran autores que llegan aún más lejos en su planteamiento al considerar que dado este peculiar contenido y naturaleza de la función política o de Gobierno debe entenderse que ella es una función anterior a la división tripartita del poder, es decir, anterior a la clasificación del poder estatal en tres funciones y órganos, para concluir que corresponde entonces su ejercicio a cualquiera de las tres ramas del poder público, fundamentalmente al Ejecutivo y Legislativo, quienes fijan las directrices generales de la política estatal. Este especial carácter, determina entonces su consideración como actividad estatal metajurídica, no susceptible de encuadramiento y limitación dentro del ordenamiento jurídico.

Finalmente constituyen la excepción, aquellos autores de Derecho administrativo que se apartan del reconocimiento y diferenciación conceptual de la función de gobierno, tanto en el enfoque de constituir una cuarta función del Estado, así como el de corresponder a un especial sector de actividad estatal diferente de la función administrativa ejercida por el poder ejecutivo. Afirman por el contrario, que existen las tres tradicionales funciones estatales a las cuales debe ser reconducida cualquier acto o manifestación estatal y que para el caso de la función gubernativa, política o de gobierno, se trata de función o actividad administrativa y su régimen y

efectos serían los propios de ésta. No puede considerarse una actividad metajurídica dado que lo jurídico agota la actividad del Estado y no hay lugar a otro tipo de consideraciones, menos políticas.

2.5.1 CONCEPTO

Atribuye el tratadista alemán Ernest Forsthoff al célebre profesor Lorenz Von Stein (cuya obra de Derecho Administrativo fue publicada en 1869), el haber planteado por vez primera, la función de Gobierno en la estructura de la Administración, otorgándole una entidad propia al caracterizarla como aquella instancia que permitió responder a una realidad necesaria: la tan radicalmente afirmada independencia de la Administración frente al Poder Legislativo. Al respecto expresa Forsthoff:

"A pesar de su formulación externa, condicionada históricamente, la exposición de Lorenz Von Stein es todavía hoy la exposición clásica de la función de Gobierno. Su caracterización del Gobierno reza así: "La esencia del Gobierno consiste en imponer el espíritu y voluntad del poder legislativo en la actividad ejecutiva del Estado. (...) El Gobierno no solo tiene siempre que ejecutar la ley, sino que además tiene que dotarla de contenido hasta un cierto grado. Justamente aquí se halla el campo en que el Gobierno ha de desarrollar su independencia interna. Esta independencia es lo que llamamos el espíritu del Gobierno y su carácter consiste en la actitud con

que capta este poder de dar contenido y, en parte, de sustituir la ley".

En esta forma, evidenciaba la gran importancia que había adquirido el órgano ejecutivo en cuanto que la dirección política superior del Estado también constituía su competencia y no solo del órgano legislativo, para colocar las dos ramas del poder público esta manera, el Gobierno como instancia suprema de la Administración, lograba un amplio campo de decisión y acción, en ocasiones dotando de contenido y aplicabilidad lo dispuesto por el Poder Legislativo y en otras, determinando las directrices políticas a seguir en la conducción del Estado y en este evento no subordinado políticamente a lo establecido por el Poder Legislativo en igual jerarquía.

Buscaba con esta concepción dotar al Gobierno, es decir a las altas esferas del Ejecutivo, de una mayor autonomía e independencia acorde con su importante función política de fijación de las directrices generales del Estado.

Contemporáneamente dada la trascendente injerencia del Gobierno en la conducción cotidiana e inmediata de los asuntos públicos, este enfoque o significación de la función política o de Gobierno, fuese acogida en su esencia por los diferentes doctrinantes que admiten su existencia, aportando a través de sus análisis nuevos elementos que precisan su contenido y ámbito de acción.

Tales elementos pueden ser encontrados de manera preliminar, en la definición que comparten autores de la talla de Brewer Carias, García

Trevijano-Fos, Zanobini, Serra Rojas, Canasi, Boquera Oliver, Forsthoff, Vidal Perdomo, Cassagne, y que podemos encontrar sintetizada en descripción dada por Juan Francisco Linares:

"como aquella actividad de los órganos del Estado Supremo, en la esfera de sus competencias que 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"²¹.

En sentido similar, expresa el autor argentino, Roberto Dromi:

"(...) la función gubernamental, se refiere a la actividad de los órganos ejecutivo y legislativo, que concierne al orden político-constitucional, materializada en actos políticos (actos de gobierno y actos institucionales de ejecución directa de una norma constitucional para la seguridad y el orden del Estado (desde el punto de vista sustancial)"²².

²¹LINARES, JUAN FRANCISCO. Fundamentos de Derecho Administrativo. Primera Edición, Buenos Aires 1968, Editorial Abelado-Perrot. Pag. 66

²²DROMI, ROBERTO. Instituciones de Derecho Administrativo. Primera Edición, Buenos Aires 1973, Editorial Astrea. Pág. 43

2.6 CLASIFICACION

El actuar coordinado y estable del poder estatal en orden a la consecución de los fines sociales, tradicionalmente ha sido clasificado tanto por la doctrina clásica como la legislación positiva, mediante una división tripartita del poder público, es decir, en tres esferas de actuar estatal que igualmente se han entendido connaturales o esenciales al Estado: una actividad o función legislativa, una actividad o función ejecutiva y una actividad o función jurisdiccional.

En los Estados Contemporáneos en los cuales el ejercicio del poder político ha logrado una mayor sofisticación y una amplia intervención en todos los órdenes de la actividad estatal, se ha considerado que en razón de la materia o contenido, el poder público tiene funciones diferenciables de las tres anteriormente mencionadas.

Acontece de esta manera con las actividades fiscalizadora y electoral, si bien materialmente distintas de la actividad administrativa, se califican como actividad ejecutiva o administrativa en atención al criterio orgánico de clasificación de las funciones del Estado y bajo el entendido o formulación general que la función estatal, es o puede ser más amplia, que el órgano a quien se asignó su ejercicio.

De esta manera, se diferencian las funciones del Estado mediante los siguientes criterios de caracterización y diferenciación:

2.6.1 CRITERIO MATERIAL U OBJETIVO.

Se basa en el contenido o naturaleza propia de la actividad desarrollada y no en el órgano que la produce.

Con esta óptica, se considera función legislativa aquella actividad estatal que tiene por objeto la creación de normas jurídicas de carácter general e imperativo.

Define bajo este criterio la función legislativa, Fernando Garrido Falla y comparten su óptica, los autores Cassagne, Zanobini y Sayagués Laso:

"Hay una función del Estado que consiste en establecer por vía general y obligatoria, las normas a que debe ajustarse la organización de esa comunidad. Esta es la función legislativa y a tales normas se da el nombre de leyes, señalándose, como sus caracteres fundamentales, la generalidad y la obligatoriedad".

Así mismo, afirman que la función ejecutiva consiste en la actividad práctica, concreta y permanente que el Estado desarrolla para satisfacer de modo inmediato, los intereses públicos, dentro de aquellos lineamientos generales previstos por el legislador, en cuanto que corresponde a éste último

"...establecer cómo determinados intereses deberán ser satisfechos, pero no los satisface directamente, crea entes a los cuales confía el cumplimiento de algunos fines".

De esta manera, caracteriza a la función ejecutiva el comportar una actividad de ejecución de la ley, es decir, actuación encaminada a la aplicación y cumplimiento de lo prescrito por aquella, mediante la expedición de actos de carácter particular y subjetivo.

2.6.2 CRITERIO FORMAL.

Desde este punto de vista, deben ser clasificadas las funciones estatales atendiendo la forma que reviste el acto a través del cual se manifiesta la voluntad estatal.

Así, la actividad manifestada conforme al procedimiento establecido para la creación, de las leyes, constituye función legislativa y todo acto que adopte la forma de una ley, cualquiera sea su contenido (general o particular), constituirá ejercicio de la función legislativa.

En similar sentido, la función ejecutiva o administrativa corresponde a aquella manifestada a través de los actos administrativos, es decir, aquellos denominados Decretos, Reglamentos, Resoluciones, Circulares.

Finalmente, constituye función jurisdiccional aquella actividad estatal que se manifiesta mediante actos procesales, especialmente el acto denominado sentencia.

Según lo expuesto y en el enfoque de este criterio, la actividad estatal sea legislativa, ejecutiva o jurisdiccional, se determinará por la forma externa que reviste el acto y resulta como consecuencia práctica de adoptar este criterio, que los actos emanados por un órgano, además de adoptar su forma típica, adquieran al mismo tiempo la eficacia propia otorgada por la normatividad a los actos formales emanados de dicho órgano.

2.7 EL ESTADO DE DERECHO

2.7.1 INTERRELACION ENTRE EL ESTADO Y EL DERECHO.

La antigua teoría de los actos políticos no sometidos al control jurisdiccional está completamente abandonada en el Estado moderno. Basta reflexionar en la exposición que hizo el juez Marshall en la corte suprema Federal Norteamericana al referirse a la capacidad de los jueces de aplicar la Constitución:

“...Y si ellos pueden interpretarla toda, ¿Cuál parte de ella no podrán leer u observar?

Por otra parte, ¿con que objeto se habría dispuesto que los jueces debían jurar que la defenderían?”... ¡cuán inmoral seria obligarlos a jurar si ellos mismos deberían ser los instrumentos conscientes de la violación de la Constitución que juraron defender!”

No existe ningún principio jurídico que pueda justificar los actos políticos no sometidos a ningún control, lo contrario sería dar una especie de armadura como observa el profesor Eduardo García de Enterría: “¿para que la administración en cuanto se trate de cuestiones de orden público pueda obrar sin límite alguno?”

Es importante considerar que autorizar al gobierno a proferir actos inmunes a control jurisdiccional , seria auspiciar la violación de los Derechos Fundamentales, pues las leyes deben garantizarlos no para crearlos, así, su validez se considera absoluta, Derechos tales como la vida, la libertad, la propiedad, etc. Pertenecen al hombre en todo momento y en todo lugar.

Oportunas son las palabras del profesor español Tomas R. Fernández al decir: "...la última palabra constitucionalmente hablando, no la tiene ni la administración ni la tiene el juez; la tiene el Derecho".

Al comportar el ejercicio del poder político soberano, la capacidad de dotar a la organización estatal de una estructura jurídica normativa que le otorga una específica y propia entidad política y jurídica, resulta lógico concluir que no pueda concebirse un Estado sin Derecho, ni Derecho sin Estado, por cuanto no existe poder estatal sin normatividad jurídica.

Tal proceso de mutua generación, formación y condicionamiento entre estos dos importantes elementos del fenómeno estatal, es advertido por Vladimiro Naranjo Mesa en los siguientes términos:

"Todo Estado supone una estructura jurídica que lo soporte, llámese o no Estado de Derecho. Es esa estructura lo que le da vida y sustenta sus funciones. No sería dable concebir un Estado sin Derecho. A la inversa el Derecho tiene su campo de aplicación natural en el Estado y deriva de este sus instrumentos de coerción que le son indispensables para garantizar el cumplimiento de su normatividad"

De igual manera, expresa sobre el tópico mencionado Luís Carlos SÁCHICA:

"El derecho sin el Estado está inerte; el Estado sin derecho, es pura coacción"

Esta recíproca influencia constituye la dinámica del Estado, en la cual su elemento dinamizador resulta ser el poder político soberano, puesto que a través del denominado "poder constituyente primario", se crea y define el derecho:"actividad normativa"; pero este mismo orden jurídico organiza y legitima el ejercicio del poder, reflejando según la doctrina "una situación normada-orden ordenado". Sin razón, se afirma que "la actividad política realiza el Derecho".

2.7.2 TEORIAS SOBRE LA RELACION ENTRE EL ESTADO Y EL DERECHO

Luís Carlos Sáchica sintetiza la interrelación existente entre estos dos elementos del fenómeno estatal de la siguiente manera:

"Estado es vida organizada; el Derecho, la forma de esa organización de la vida"

En consecuencia, el ordenamiento jurídico generado por el Estado en la dinámica propia que genera el fenómeno estatal, puede constituir:

2.7.2.1 ELEMENTO PARA LA INSTITUCIONALIZACIÓN Y LEGITIMACIÓN DEL PODER.

Con independencia de la forma de Estado o de la ideología política que lo informe, constituye el derecho para el Estado, sin lugar a dudas, un elemento de institucionalización del poder estatal y un elemento de legitimación para su ejercicio.

Lo anterior significa en principio, que el poder estatal en una manifestación inicial, es decir, como poder constituyente originario, es ilimitado, absoluto y soberano, por lo tanto, tiene la potencialidad de darse a sí mismo una estructuración jurídica y política, pues se identifica con "esa capacidad exclusiva y efectiva de estructurar la organización estatal".

Constituye pues, una cuestión de hecho, netamente política, la generación por el poder estatal de una normatividad no sujeta a formalidades jurídicas de fondo y forma, que permitan cuestionar su legitimidad y legalidad.

El ejercicio del poder estatal con tales especiales características puede acontecer en dos momentos: cuando se crea un Estado o cuando este se modifica de tal forma que implica una ruptura total en relación con el orden jurídico y político hasta ese entonces existente. En consecuencia, el poder estatal así expresado conlleva decisiones que fijan la fisonomía política y jurídica de cada Estado, al determinar la estructura de la organización social, sus órganos de expresión, sus funciones e interrelación así como sus competencias.

De esta manera, el Derecho resulta ser para el Estado, un "elemento de institucionalización del poder estatal", puesto que para cualquier ejercicio subsiguiente, deberá adecuarse a ese mínimo de reglas previstas por el constituyente en su actuación, tales como, órganos, funciones y competencias.

Y es precisamente -a través de esta adecuación de la actividad estatal a la normatividad jurídica-, que el derecho también se convierte en un elemento de legitimación en el ejercicio del poder estatal al establecer controles que aseguren la estricta observancia de la normatividad.

Por lo tanto y desde la óptica analizada, el poder estatal no decide por un acto de voluntad como se afirma en la teoría de la auto limitación, adecuarse o no al orden jurídico creado por el mismo, sino que por el contrario, aquel desde el momento mismo de su generación, lo limita y encauza en su ejercicio, con el fin de que se adecue a la identidad política y jurídica otorgada a la organización, posibilitando así su permanencia, estabilidad y desarrollo.

2.7.2.2 ELEMENTO PARA LA PROTECCIÓN Y GARANTÍA.

Este tipo de relación entre el Estado y el Derecho no se presenta en todas las formas de Estado, por cuanto sólo acontece en aquella denominada "Estado de Derecho".

En efecto, todo Estado tiene su Derecho pero no todo Estado puede calificarse como un Estado de Derecho, dado que esta última noción se reserva a una forma particular del Estado Moderno caracterizada por la necesaria sujeción de la actividad estatal al ordenamiento jurídico con un fin primordial: proteger y garantizar los derechos y libertades del individuo.

Representa esta forma de Estado, un alto grado de racionalización en el ejercicio del poder al exigir y controlar su necesaria adecuación al ordenamiento jurídico, mediante una serie de mecanismos jurídicos y políticos -el control constitucional, acciones y recursos ante una jurisdicción contenciosa especial-, que garantizan que su ejercicio se realice dentro de los límites constitucionales y legales.

Así las cosas, el ordenamiento jurídico se constituye en un elemento de garantía en el ejercicio del poder político, de acuerdo con el racional principio demo liberal: "todos los poderes han de someterse al imperio de la Ley".

Comporta este principio un dual análisis. De una parte en relación con los gobernantes, en cuanto sólo podrá hacer aquello para lo cual la ley expresamente les faculte y tendrán prohibido todo aquello que ella misma no les autorice. En consecuencia, cualquier actuación que extralimite sus funciones y competencias será calificada como un "abuso o desvío de poder". Constituye desarrollo de tal concepción, el principio y mecanismo de la división tripartita de los órganos del poder público, así como su especialización funcional para permitir un recíproco control.

De otra parte y en relación con los gobernados, el Estado de Derecho consagra y garantiza a través del ordenamiento jurídico, un mínimo de derechos y libertades fundamentales para el individuo que constituyen ámbitos "...vedados al intervencionismo del gobernante o del Estado, excepto para su protección o seguridad"

Precisamente bajo esta óptica y acorde con los planteamientos ya comentados de la "Teoría Racionalista del Derecho Natural", los gobernantes no sólo tendrían limitaciones de orden formal y procedimental en su actuación estatal. También en relación con ciertos valores meta jurídicos, tales como, la dignidad y el valor del ser humano, el derecho a la vida, la libertad y la seguridad, los cuales proporcionan un criterio y medida de valor para examinar la idoneidad y justicia del derecho vigente y de la actividad estatal desarrollada a la luz del mismo.

De otra parte, la adecuación formal de la actuación estatal al Derecho, tiene su expresión a través del denominado Principio de legalidad que estructura la

normatividad jurídica en un orden jerárquico presidido por la Carta Fundamental o Constitucional, de manera que, cualquier actuación de un órgano del poder público extralimitando su competencia y finalidad legal, puede ser objeto de anulación y responsabilidad para el funcionario que incurrió en la irregular actuación.

Con razón afirmó Eustorgio Sarria, el Principio de Legalidad determina que, "...todas las actividades estatales y desde luego, legislación y gobierno, se pueden reducir a un previo funcionamiento calculado, según normas fijadas de antemano. Todo se encuentra apresado en una red de competencias".

Contemporáneamente, con inspiración en doctrinas socialistas, la concepción liberalista del Estado de Derecho evoluciona a una forma más depurada de las relaciones entre el Estado, la sociedad y el individuo, para imponer al primero, funciones y finalidades de especial trascendencia y que protejan al individuo no sólo en sus derechos individuales inalienables, sino también en el logro de una mayor armonía social basada en las condiciones económicas y sociales de los diferentes componentes de la sociedad.

Por lo tanto, la original concepción de un "Estado Gendarme o Policía" -cuya función exclusiva radicaba en la defensa de la órbita individual y no social-, fue sustituida por un "Estado Social de Derecho o Bienestar", cuya razón de ser, se halla en el mejoramiento y dignificación del individuo en atención a sus condiciones materiales de vida y dentro de un marco de solidaridad y justicia social.

Lo anterior, sin perjuicio de la imperativa protección y garantía a la libertad y derechos individuales que ocurres cuando el poder político, se adecua en su ejercicio al orden jerárquico normativo.

Para tal importante fin, se permite una intervención moderada del Estado inspirado en la primacía del interés social o público sobre el particular, y en aras de generar y distribuir bienestar para la colectividad.

CAPITULO III

REGULACION DE LOS ACTOS POLITICOS EN EL DERECHO COMPARADO

Sumario: 3.1 Doctrina Norteamericana. 3.2 América Latina. 3.2.1 Argentina. 3.2.2 Venezuela. 3.2.3 Colombia. 3.3 Europa. 3.3.1 España 3.3.2 Francia. 3.3.3 Alemania.

El estudio de la doctrina de los actos políticos y de las Cuestiones Políticas, son concebidas en la actualidad como un anacronismo inconciliable con el Estado de Derecho. Estas doctrinas tienen hoy un lugar en la democracia constitucional, permitiendo establecer un límite al control judicial de los actos del poder estatal, cuando estos sean fruto de una función gubernativa o de dirección suprema del Estado, bajo la modalidad de atribuciones exclusivas de órganos supremos del mismo Estado, o bien se trate de cuestiones políticas que deben permanecer en el espacio de deliberación pública de la ciudadanía.

La no justiciabilidad de las cuestiones políticas nos sitúa directamente ante la vieja doctrina de los actos políticos o de gobierno, que aparece como un anacronismo malsano en un Estado de Derecho, pero goza de una envidiable buena salud de la mano de la máxima “salus publica suprema lexest”, propia de la muy moderna razón de Estado, y que se establece en un límite a la justiciabilidad de los actos de poder político estatal en sede de protección, es decir, como un límite del control judicial.

Para poder comprender el tema en cuestión, se hace necesario abordar sumariamente la doctrina del acto político y de las cuestiones políticas.

3.1 DOCTRINA NORTEAMERICANA.

En la doctrina publicista norteamericana la no justiciabilidad de las cuestiones políticas (political questions) tiene un largo desarrollo. Las cuestiones políticas operan como un plástico o manejable límite a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y de los actos de las autoridades políticas, que exceden el ámbito de la jurisdicción y del proceso judicial, que en una enumeración particular comprende: poderes militares, estados de excepción, validez de tratados internacionales, jurisdicción de los Estados Unidos sobre las islas en alta mar, cuestiones electorales, cuestiones entregadas al cuerpo electoral, entre otras, un verdadero comodín; que en resumen da cobertura al activismo judicial o al “selfrestraint” (autolimitación) como observa agudamente la crónica constitucional de Pinto²³. Tempranamente las cuestiones políticas son acogidas por la

²³LOEWENSTEIN, KARL: “La Función Política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, en Revista de Estudios Políticos, Madrid, IEP, 1964. Un agudo comentario de JORGE R. A. VANOSSI en el trabajo “El Fallo “Baker v. Carr” y la Justiciabilidad de las “Cuestiones Políticas”” en “Teoría Constitucional” Edit. Depalma, 2 Vol., Buenos Aires, 1976, Vol. II, pp. 363-413. También de KARL LOEWENSTEIN en su obra “Teoría de la Constitución”, (trad. A. Gallego Anabitarte) Edit. Ariel, Barcelona, 1970, pp. 313 y 322. También ROGER PINTO “Estados Unidos, El Fin del Gobierno de los Jueces”, en Revista de Derecho Público y de la Ciencia Política en Francia y tiene el Extranjero, Tomo LXVI N° 4, oct-dic., 1950, edita LGDJ, Paris, 1950, pp. 833- 957. También sobre la funcionalidad auto-limitativa de la Judicatura de las “cuestiones políticas” consultar a CARL E. SCHWARZ: “La Constitución de los Estados Unidos de América y su Defensa (Examen General y Análisis Crítico), en libro colectivo “La Constitución y su defensa”, Edit. UNAM, México D.F. 1984, pp. 375-431. resulta útil consultar la obra Clásica de CHARLES EVANS HUGHES “La Suprema Corte de los Estados Unidos” (trad. R. MOLINA y V. HERRERO, prólogo

jurisprudencia, siendo pertinente citar el caso Luther vs. Borden (1849), en que el Tribunal Supremo a través de su “ChiefJusticeTaney” señaló que en una república corresponde al Congreso decidir cuál sea el Gobierno establecido en un Estado, ya que si el Poder Judicial se extendiera tan lejos en la garantía de la Constitución sería una garantía de anarquía, no de orden. El presidente Hughes sin intentar una definición sostuvo que la clase de cuestiones consideradas como políticas y no de justicia, tienen dos consideraciones dominantes: el principio en nuestro sistema de gobierno, de atribuir carácter definitivo a la acción de los departamentos políticos, y también la falta de criterios satisfactorios para una determinación judicial.

3.2 AMERICA LATINA

En América Latina la doctrina del acto político ha tenido un importante desarrollo, como una pequeña muestra de ello, en Argentina, el jurista Segundo Linares Quintana²⁴, con estudios notables en su desarrollo de las “cuestiones políticas” conecta el acto político a la prudencia política como criterio rector: “La prudencia política Inherente a la discreción de los poderes políticos- consiste en discernir y distinguir, con miras al interés común, para

de A. CARRILLO F. y apéndice de W. J. BRENNAN Jr.) FCE, 2ª edic. corregida y aumentada, México DF., 1971, pág. 56-58 y la obra contemporánea que contiene un repaso de la doctrina de las “Cuestiones Políticas”, sus confusiones y funcionalidad como límite del control judicial de LAURENCE TRIBE “American Derecho Constitucional “La prensa de Fundación S.A. 2ª edit., Mineola, New York, 1988, pp. 96-107. Finalmente debemos citar a C. HERMAN PRITCHETT “La Constitución Americana” Topográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1965, en especial pp. 205-209.

²⁴ LINARES QUINTANA, SEGUNDO V. Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional. Vol. I. Buenos Aires. Editorial Alfa, 1953. Pág. 298.

seguir lo primero y huir de lo segundo, lo que es bueno o malo, útil o inútil, necesario o innecesario, eficaz o ineficaz, adecuado o inadecuado, acertado o desacertado, y en general conveniente o inconveniente, para seguir lo primero y huir de lo segundo. El criterio de la prudencia política es el que debe emplearse para discernir lo que es una cuestión política no justiciable, pero como criterio político que es, no permite establecer una frontera clara, precisa e indiscutible entre el ámbito político y el jurisdiccional, ya que entre uno y otro se encuentra una zona gris dentro de la cual puede encontrarse dificultad para la discriminación. Por otra parte, el criterio de la prudencia política puede variar con el transcurso del tiempo y la modificación de las circunstancias, como lo demuestra la evolución del concepto a través de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos²⁵ y también de nuestro más alto tribunal. De todos modos, tratándose de una excepción a la regla general de la competencia del poder judicial para conocer de los casos constitucionales, la interpretación debe ser de carácter restrictivo, limitando

²⁵ La Corte Suprema de los Estados Unidos de América, también denominado Tribunal Supremo, es el [tribunal más alto](#) existente en los [Estados Unidos de América](#). Como tal, la Corte es la cabeza del [Poder Judicial](#) de los [Estados Unidos](#). La Corte se compone de un [Juez Presidente](#) y ocho [Jueces Asociados](#), que son nominados por el [Presidente de los Estados Unidos](#) y confirmados con el "*consejo y consentimiento*" del [Senado de los Estados Unidos](#). Una vez en el tribunal, los jueces sirven de por vida y sólo pueden ser destituidos por el [Congreso](#) mediante un proceso de [impeachment](#), sin embargo, los jueces pueden renunciar cuando lo deseen. Ningún juez ha sido removido de su cargo, aunque muchos se han retirado o renunciado. La Corte Suprema es la única corte establecida por la [Constitución de los Estados Unidos](#); todas las otras han sido creadas por el Congreso. La Corte posee la facultad de revisión judicial y la facultad de declarar inconstitucionales leyes federales o estatales y actos de los [poderes ejecutivos](#) federales y estatales. Sus decisiones no pueden ser [apeladas](#).

la calificación de políticas, únicamente a las cuestiones puramente políticas, o sea, libradas absolutamente a la discreción de la prudencia política, claro está; que dentro de los cauces constitucionales.

Porque el ejercicio de la prudencia política de ninguna manera permite al Congreso ni al Presidente actuar fuera de las atribuciones que les ha determinado la Constitución, ni violar los Derechos Constitucionales de los habitantes. Simplemente se trata de que las decisiones políticas que la Constitución ha atribuido exclusivamente a los poderes políticos del gobierno, están libres del control judicial, cayendo dentro del campo de la responsabilidad política ante el electorado, en función del principio de la separación de los poderes”.²⁶

De manera que, sobre la prudencia política como elemento base de los actos políticos agrega el jurista argentino Segundo Linares Quintana: “Vale decir, que es propio de los poderes políticos -Legislativo y ejecutivo- realizar actos políticos, los cuales suponen un 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, lo conveniente y lo inconveniente, etc. En cambio, el poder jurídico que es el poder judicial, realiza 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”²⁷.

Complementario a las cuestiones políticas no judicializables, emerge un campo de actividad estatal que limita las posibilidades del control judicial de los actos de poder: cuando se trata de actos que emanan del ejercicio de

²⁶“Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado”. Editorial Plus Ultra, 2ª Edición revisada, Buenos Aires, 1978, Tomo 3, pág. 467-468.

²⁷Ob. cit. Pág. 468-469

atribuciones privativas de otros poderes del Estado. Sobre este particular el mismo Linares Quintana anota: “Cuando se habla de facultades privativas de los poderes políticos no se alude, indistintamente, a todas las que les han sido atribuidas por la Constitución, sino solo a las específicamente privativas de ello; o sea, aquellas facultades que les son propias, peculiares, singulares y exclusivas y que, por consiguiente, por su naturaleza están excluidas del control del poder judicial en cuanto su ejercicio no afecte los Derechos Constitucionales de los habitantes; de la misma manera que los poderes políticos -legislativo y ejecutivo- no pueden interferir en el ejercicio de la función jurídica de administrar justicia en los casos particulares, aceptada por la Constitución a los tribunales también como facultad propia, peculiar, singular y exclusiva de estos. Del mismo modo que en las cuestiones políticas, en el caso que nos ocupa los poderes políticos actúan con un amplio margen funcional, dentro de las respectivas competencias fijadas por la Constitución, y bajo su responsabilidad política, que se hace efectiva ante el electorado en los comicios, pero con la limitación resultante de los Derechos Constitucionales de los habitantes”²⁸.

Por último, también en relación a las “cuestiones políticas” emerge como un límite del control judicial de los actos de poder: la calificación o juzgamiento de los motivos del legislador en ejercicio de la potestad legislativa. Nuevamente el jurista Linares Quintana nos ilustra: “Evidentemente, el poder judicial excederá su ámbito específico y constitucional si entrara a juzgar los propósitos o motivos que pudieran haber inspirado al legislador en la aprobación de las leyes, materia que está comprendida en el campo de la política legislativa. Como hemos visto, los tribunales en manera alguna

²⁸Ob. cit. pág. 514.

pueden formular valoraciones acerca de la bondad o inconveniencia, la justicia o la injusticia, la oportunidad o inoportunidad de los actos legislativos, y por más que posean la firme convicción de que la ley es inconveniente o injusta o inoportuna, están obligados a aplicarla. Así lo exige el principio fundamental de la división de los poderes de gobierno. Si los jueces penetraran en el terreno vedado de la prudencia política, no habrá razón para que, análogamente, el poder legislativo, por su parte, no pudiera incursionar en la órbita jurisdiccional, con la consiguiente desaparición de la limitación de los departamentos gubernativos y, como consecuencia, de la libertad”.

Con la aproximación, tomada a modo ejemplar, a los actos políticos y Cuestiones políticas de Linares Quintana, obtenemos una amplitud que parece excesiva del acto político que permite para dar cuenta del móvil o fin y la naturaleza del acto mismo, así como de eje ordenador de la relación Poder judicial y demás poderes del Estado en el arreglo político- institucional, pero me temo hemos transformado al acto político en una hidra de mil cabezas, de cuyo muñón cercenado nacen varias cabezas ubicándolo como parámetro de todo actuar, tanto ejecutivo, legislativo y judicial, lo cual atenta contra los Derechos y garantías Fundamentales de las personas.

3.2.1 ARGENTINA

En este país llama la atención, que quienes aceptan y defienden la existencia de los llamados Actos de gobierno tienen una teoría bastante elaborada al respecto.

Nos referimos a autores de la talla de Ripell, Marienhoff, Rafael Bielsa, Roberto Dromi. Por el contrario, no admiten conceptualmente ni en la práctica tal entidad de actos administrativos como Juan Carlos Cassagne, Manuel María Diez.

Los autores que aceptan su existencia, reconocen entonces una función gubernamental que se materializa en actos institucionales y actos de gobierno (genéricamente actos políticos). Los actos institucionales no tienen control jurisdiccional por su particular trascendencia jurídico-política al vincularse a la propia organización y subsistencia del Estado, por lo tanto, no tienen virtualidad para afectar derechos subjetivos de los administrados y por lo tanto, no pueden dar lugar a impugnación jurisdiccional.

Es un acto que se vincula o relaciona con los propios órganos o poderes estatales, contemplando principalmente relaciones entre poderes públicos.

En esta orientación se pronunció el Anteproyecto de Código de lo Contencioso Administrativo, artículo 2°:

"no serán de competencia de la Cámara, las causas siguientes: a) las relativas a actos institucionales tales como la declaración de guerra, celebración de tratados internacionales de paz, alianza, neutralidad, límites, concordatos, intervención federal a las provincias, declaración de estado de sitio, nombramiento de jueces de la Corte Suprema de Justicia y demás Jueces de la Nación, los actos en que se concreten las relaciones del Poder Ejecutivo con el Congreso o Cámara"²⁹.

²⁹ DROMI, ROBERTO. Instituciones del Derecho Administrativo. Primera Edición, Buenos Aires 1973. Editorial Astrea. Pág. 116.

La anterior enumeración determinó su tradicional clasificación en:

a) actos relativos a las relaciones internacionales. b) actos relativos a la seguridad interna. c) relativos a las relaciones entre los tres poderes del Estado.

En concepto de los citados autores que admiten su existencia, serían los siguientes casos de actos institucionales previstos en el Derecho Constitucional Argentino, así:

1. La declaración de Estado de Sitio (arts. 23, 53, 67, incisos 26 y 86, inciso 19 CP.)
2. Intervención Federal (art. 6o.)
3. Tratados Internacionales de paz, alianza, neutralidad, límites, los concordatos, etc. (arts. 67 incisos 14 y 19; art. 86 inciso 14 CP).
4. Nombramiento y remoción de ciertos funcionarios (art. 86, incisos 10, 15 y 16 CP).
5. Relaciones entre los órganos ejecutivo y legislativo, prórroga de las sesiones aduaneras, convocación a sesiones extraordinarias, promulgación, veto, etc.

El Supremo Tribunal de Justicia Nacional, se ha pronunciado reiteradamente en este sentido, inhibiéndose de conocer de actos tales como, conflictos relativos a la organización de cuerpos legislativos (fallos de 1924 y 1925), resolver sobre las circunstancias que autorizaban al Congreso a establecer el estado de sitio, revisar sobre la legitimidad con que fue sancionada una constitución provincial, examinar el procedimiento adoptado para la formación y sanción de las leyes.

En ese mismo sentido, ha decidido ser competente para conocer de actos políticos que producen efectos jurídicos directos en la esfera de los particulares o administrados, como es el caso de: a) expulsión de extranjeros, b) prohibición de entrada de extranjeros, c) indulto.

En el primer caso, es decir, en materia de expulsión de extranjeros precisa Juan Carlos Cassagne que la Corte ha reconocido una facultad amplia en el órgano judicial para revisar actos administrativos que intimaban al accionante a hacer abandono del país, habiendo expresado, en uno de los casos sometidos a su juzgamiento al resolver favorablemente un recurso extraordinario interpuesto, que:

"El ejercicio de la atribución administrativa de permitir la radicación definitiva de extranjeros y discrecional, al punto de que pueda lesionar derechos amparados en misión de los jueces acorde a esos derechos de tutela requerida por el interesado"³⁰.

Para aquellos autores que no admiten la existencia de actos políticos o de gobierno no controlables judicialmente, fundamentan su posición en que la Constitución ni la Ley consagran tal exclusión por lo menos a nivel nacional.

Por el contrario que existen dos artículos en la Constitución Argentina que llevan a otra conclusión.

En efecto, según el artículo 100 de la Constitución corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y el artículo 18 afirma la inviolabilidad de la defensa en juicio.

³⁰CASSAGNE, JUAN CARLOS. El Acto Administrativo. Primera Edición, Buenos Aires 1981, Editorial Abelado – Perrot. Pág. 116.

3.2.2 VENEZUELA

El tratamiento dado en Venezuela a este tema, es especial, por lo cual conviene su mención. Se considera que los actos de gobierno no son actos administrativos y tienen una categoría similar a los actos legislativos sometidos al control jurisdiccional de su constitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia, al comportar ejecución directa de la Constitución.

En efecto, se afirma en el sistema constitucional venezolano que el acto de gobierno no es acto administrativo. Entre ellos hay una radical diferencia estructural en cuanto a la norma a la cual deben directamente conformarse: el acto de gobierno debe estar conforme a la Constitución, pues es ejecución directa de ésta; los actos administrativos deben estar conformes a la legalidad, pues son ejecución directa de la ley e indirecta de la Constitución. Por ello, los actos administrativos están sometidos al principio de la legalidad. Los actos de Gobierno, en cambio, no lo están, no porque sean una excepción, sino porque tienen el mismo rango estructural que la legalidad con relación a la Constitución. Así el artículo 215, ordinal 6° de la Constitución, señala que es de la competencia de la Corte Suprema de Justicia en Corte Plena declarar la nulidad de los "reglamentos y demás actos del Ejecutivo Nacional cuando sean violatorios de la Constitución", entre los cuales se incluyen los actos de gobierno.

Sobre los antecedentes de esta posición legislativa en Venezuela, comenta en su obra Brewer Carías: "En el proyecto LPA 1963 hemos visto acogido este criterio cuando no considera a los actos de gobierno como actos administrativos. En efecto, en el artículo 113 letra b, señala que:

"no corresponderán a la jurisdicción contenciosa administrativa: b. Las cuestiones relativas a los actos de gobierno, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa".

Según este artículo del Proyecto, no corresponde a la jurisdicción contenciosa - administrativa las cuestiones sobre actos de gobierno, donde se incluye su declaratoria de inconstitucionalidad, porque esta jurisdicción especial está reservada a las cuestiones sobre actos administrativos. Ahora bien, siguiendo un criterio lógico, la segunda parte de esta disposición es un contrasentido en lo que se refiere a indemnizaciones que puedan provenir de la responsabilidad del Estado y no de la Administración-, por sus actos de gobierno, ya que, según la enumeración taxativa del artículo 206 de la Constitución, sobre las indemnizaciones originadas en la responsabilidad Administrativa corresponden a esa jurisdicción. Sin embargo, ello no impide que pueda atribuirse por ley esa atribución a la Corte Suprema de Justicia como Tribunal polivalente que es, y no como órgano específicamente de la jurisdicción contencioso-administrativa y ello, por otra parte, porque el artículo 47 de la misma Constitución reconoce la Responsabilidad del Estado por cualquiera de sus actos, sin excepción, sean legislativos, jurisdiccionales, de gobierno o administrativos³¹.

El tratamiento dado por el legislador, la doctrina y la jurisprudencia colombiana a la denominada teoría de los actos políticos o de gobierno, así

³¹ Brewer Carías, Allan Randolph, Estado de derecho y control judicial, justicia constitucional, contencioso administrativo y derecho de Amparo, Caracas 2000, editorial Arte.

como aquellas situaciones de la dinámica política colombiana que han determinado su actualización como tema sujeto a análisis y discusión tanto desde su tópico político como jurídico, será nuestra materia a desarrollar a continuación:

3.2.3 COLOMBIA

Son poco los autores que abordan este tema y quienes así lo hacen, realmente no efectúan un análisis global desde su concepción como una especie del acto administrativo o ejercicio de una especial función desarrollada por el órgano ejecutivo hasta su factible reconocimiento legal y jurisprudencial.

Algunos autores del Derecho Administrativo al estudiar el Acto Administrativo, aluden a una teoría de origen francés que califica ciertos administrativos como Actos Políticos o de Gobierno al estar exentos de control jurisdiccional, para concluir que en el sistema político-jurídico tal teoría no tendría recibo. Aceptan sí, esa elaboración doctrinaria, producto del tema, cual es la distinción entre la actividad administrativa y la actividad gubernativa, política o de gobierno, ambas atribuidas y desarrolladas por un mismo órgano o rama del poder público: el Ejecutivo, pero sin que esta distinción, afirman, conlleve un distinto tratamiento en cuanto a su control en la órbita jurisdiccional.

Es esta la posición de Jaime Vidal Perdomo³², expresada a propósito de la Constitución Nacional de 1886, pero con vigencia también en la nueva carta,

³² **Jaime Vidal Perdomo** Abogado egresado de la [Universidad Nacional de Colombia](#), especialista en derecho constitucional de la Universidad de Paris I -

cuando afirma: "Creemos que más propio que hablar de una función ejecutiva o administrativa... es reunir toda la tarea que la Constitución asigna al Presidente de la República bajo el nombre de función gubernamental, derivada del término Gobierno. Este vocablo en su acepción original y tradicional, significa dirección, orientación, realización y se acomoda bien a los deberes impuestos al Presidente de la República por la Carta Fundamental, además lo emplea la Constitución..., cuando expresa que el presidente de la República y los miembros del despacho y los jefes de departamentos administrativos y, en cada negocio particular, el presidente y el ministro o jefe de departamento administrativo correspondiente, constituyen en el Gobierno. Desde otro punto de vista, se produciría la identidad de designación entre el órgano y la función, puesto que la función gubernamental sería producida por el Gobierno. Desde otro punto de vista, se produciría la identidad de designación entre el órgano y la función, puesto que la función gubernamental será producida por el Gobierno".

Continúa su análisis precisando:

"De todos modos, la noción de función ejecutiva es estrecha para señalar la tarea del Jefe del Estado Colombiano, pues siempre se ha asimilado a ejecutar o desarrollar la ley; tampoco era real la noción de función administrativa, tomada del artículo 120, pues si bien es cierto que buena parte de las facultades del presidente allí contempladas revisten carácter, otras son de naturaleza diferente, por ejemplo, si en estricto rigor pudieran calificarse de actividades administrativas las de dirección de relaciones

Panthéon Sorbonne y en Derecho administrativo de la misma universidad. Ha ocupado diferentes cargos, entre ellos [embajador](#) de [Colombia](#) en [Canadá](#), secretario jurídico de la presidencia de la República, profesor de la [Universidad Externado de Colombia](#), decano de la facultad de derecho de la [Universidad de los Andes](#) y senador de la República. Actualmente se desempeña como profesor de planta de la Facultad de Jurisprudencia (Derecho) en la [Universidad del Rosario](#).

diplomáticas y comerciales, las relativas a la guerra o a la seguridad exterior (art. 120, ords. 9, 10, 11 y 20). En verdad se trata de actos del Gobierno, en su sentido prístino de actividades que no encajan dentro de la idea de administrar, por mayor amplitud que quiera dársele a esta expresión. Por fortuna, la reforma constitucional de 1968 corrigió esta irregularidad jurídica colocándola bajo el atributo del Jefe del Estado que tiene el Presidente de la República, título que agregó al de suprema autoridad administrativa que ya tenía. Fuera de este, por más que se quieran ampliar en su sentido las nociones de función ejecutiva, o administrativa, no alcanzan a abarcar las funciones del Presidente de la República en relación con el Congreso (convocación a sesiones extraordinarias, fijación del temario, Presentación de proyectos de ley, etc.), ni las que adquiere al declarar turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional o parte de él, período dentro del cual dicta decretos que puedan suspender las leyes (art. 121), ni las que corresponden cuando es investido de facultades extraordinarias por el Congreso (art. 76, ords. 11 y 12) ni las que posee en los eventos de emergencia económica y social (art. 122)”.

Como se puede apreciar, Vidal Perdomo es partidario, al igual que muchos doctrinantes europeos y latinoamericanos, de la diferenciación conceptual de una actividad administrativa y una actividad política o de gobierno realizada por el órgano ejecutivo y que finalmente viene a ser materia de incumbencia del Derecho Constitucional y no Administrativo, salvo el estudio de los decretos del Presidente de la República.

Con respecto al control jurisdiccional de esos actos dictados en ejercicio de la precisada función gubernamental, concluye el autor Vidal Perdomo, que son actos de carácter discrecional como actividad especial atribuida por la Constitución al Ejecutivo, al decir:

"(...) y teniendo en cuenta que tanto los artículos 214 y 216 de la Constitución, como el 62 del Código Contencioso Administrativo no dejan por fuera la posibilidad de someter al control judicial actos del órgano ejecutivo, se tiene que no existe en derecho colombiano un tipo de acto simular a los de Gobierno del derecho francés. Lo que existe por el contrario, son actos de los cuales, aunque pueden ser anulados por otros motivos, la decisión sobre la oportunidad o conveniencia es del resorte exclusivo del Gobierno".

Comparte esta óptica Gustavo Humberto Rodríguez, 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.

Precisa el citado autor, haciendo referencia a la derogada Constitución, pero vigente el principio:

"En Colombia, evidentemente el artículo 120 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, por inconstitucionalidad o por ilegalidad. Ante el juzgado, todos son actos administrativos, salvo los taxativamente señalados como actos administrativos no demandables ante el contencioso administrativo (resoluciones de origen contractual, resoluciones en juicios de policía, correcciones disciplinarias de amonestación y multa)".

En el análisis que del tema hace Miguel González Rodríguez en su obra "Código Contencioso Administrativo Comentado", afirma:

"En consecuencia, la jurisdicción de lo contencioso-administrativo es competente para juzgar esta modalidad o especie de los 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 tenida como uno de los pocos pecados de la jurisdicción administrativa Francesa"³³.

3.3 EUROPA

3.3.1 ESPAÑA

Hasta la Reforma Constitucional de 1952, la legislación española de manera tradicional reconoció la existencia del acto político o de gobierno, en ocasiones como una modalidad del acto discrecional y de naturaleza especial (artículo 4o. de la Ley de 1894) o como una de las cuestiones que por pertenecer al orden político o de gobierno resultaban excluidas del recurso contencioso administrativo (Ley 18 de 1944), o bien como un acto que al originarse en una actividad que tiene al mismo tiempo funciones de administración y gobierno, es expedido por la necesidades de gobierno (artículo 309 Constitución de 1952).

³³González Rodríguez, Miguel, Derecho contencioso administrativo colombiano 2° edición, Bogotá 1976, editorial Publicación de la sociedad colombiana de abogados. Pág. 390.

Se citaban como actos en los cuales predominaba la función de gobierno, los de convocatoria del Parlamento, de promulgación de leyes, los relativos a las relaciones diplomáticas.

La Ley de la Jurisprudencia Contenciosa Administrativa de 27 de Diciembre de 1956, conservó el planteamiento en cuanto que los Actos políticos o de gobierno eran diferenciables de los actos administrativos por su diversa naturaleza, pero no los trató como una subespecie de los actos discrecionales. Así al relacionar en el artículo 2o., las cuestiones que no eran objeto de aquella jurisdicción, señalaba en el literal 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 contenciosa-administrativa".

Así mismo, precisaba que el concepto de los actos "políticos o de gobierno" además de comportar un elemento objetivo -su naturaleza política-, también señalaba un elemento subjetivo, en cuanto al órgano del ejecutivo que lo producía, el Gobierno o Consejo de Ministros. Por tanto sólo los actos de este órgano resultaban excluidos de control judicial.

Se contemplaba además que la imposibilidad de enjuiciar el acto (imposibilidad, por tanto de anularlo), no impedía la reclamación de responsabilidades por los daños que las medidas del Gobierno hubiesen causado a los particulares. Es decir, no obstante la entidad de su materia, si afectaba derechos subjetivos resultaba demandable ante las autoridades. Claro que no resultaba claro cómo producir el resarcimiento sin declaratoria de ilegalidad del acto.

En relación con este original reconocimiento y consagración en la legislación española de la teoría de los actos políticos o de gobierno, comenta Álvarez Gendín:³⁴

Por su parte y en consecuencia, la jurisprudencia española a través de diferentes pronunciamientos señaló que la expresión del preámbulo de la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa al distinguir la función política y la función administrativa, cada una expresada en tipos de actos diferentes, es utilizada para indicar que solo pueden ser manifestación de la función política, las grandes decisiones que afecten al Estado como un todo, medidas de conjunto relativas a la seguridad interior del Estado o a la organización militar en general, pero no simples actos administrativos típicos que afecten a una o varias personas. Así, en sentencias de 21 de Mayo de 1958, 7 de Abril de 1960, 5 de Octubre de 1961, 2 de Octubre, 21 de Diciembre de 1964 y de 7 de Abril de 1960 declara que los actos políticos, hacen referencia a medidas políticas de defensa nacional o mando militar, es decir, a asuntos trascendentes dentro del ámbito general, no precisamente para ventilar cuestiones individuales.

Así mismo en sentencia de Febrero 18 de 1963, declaró que para que ocurrieren las cuestiones que el artículo 2o. literal b) de la Ley de la

³⁴ ÁLVAREZ GENDÍN, SABINO. Tratado General de Derecho Administrativo, Tomo IV, pág. 192 "... no pueden ser considerados actos políticos los que en materia de orden público dicten otros órganos que no sean del Gobierno. Es evidente la exclusión de actos de órganos inferiores al Gobierno, aunque tenga un móvil político. En cuanto a los demás actos de carácter político emanados de los órganos administrativos jerárquicamente inferiores al Gobierno, no existe base en la L. J. para considerarlos excluidos de revisión jurisdiccional. Sus actos no tendrán la entidad suficiente para ser calificados primordialmente de políticos; serán actos administrativos, aunque estén influidos por la orientación política que el Gobierno imprime a las directrices que deben seguir para el mejor logro de su programa. De calificarlos de políticos y considerarlos excluidos de la revisión jurisdiccional, se dará una extensión desmesurada a su concepto, desbordando no solo los límites que la doctrina les marca, sino incluso los que de la lectura del artículo 2o., b) de la L. J. se deducen.

Jurisdicción contencioso administrativa excluye de la revisión jurisdiccional, es preciso que concurren dos circunstancias, una de carácter objetivo -la índole política de la cuestión-, y otra de carácter subjetivo "referente al Organismo emisor, que lo ha de ser el Gobierno, concebido como unidad de conjunto". Así mismo, en sentencia de Septiembre 30 de 1963, agregó que el carácter de acto político del Gobierno, la tienen aquellos actos que emanen del Consejo de Ministros³⁵.

Muerto Franco y restablecida la democracia con la Constitución de 1978, se suprimió esta expresa contemplación legal de exención de los actos políticos o de gobierno, para declarar el sometimiento pleno de la actuación administrativa a la Constitución.

En efecto, el artículo 9o. de la Carta Política vigente contempla la sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Señala en su numeral 3o. que la Carta Fundamental además de garantizar entre otros principios, los de legalidad y la jerarquía normativa, tutela el principio de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Esta novedosa previsión legal, constituyó el punto de partida de la nueva dogmática española, al postular la distinción entre arbitrariedad y discrecionalidad, entre lo que es fruto de la mera voluntad o el puro capricho de los gobernantes o administradores y lo que, por el contrario, cuenta con el respaldo de una fundamentación formal y material normativa.

De esta manera jurisprudencialmente se ha sostenido que la discrecionalidad no es arbitrariedad, sino conceptos antagónicos, y que en diversas

³⁵ SAYAGUES LASO, ENRIQUE. Tratado de Derecho Administrativo, Cuarta Edición, Montevideo 1974. Pág. 192 y 193.

sentencias proferidas en el período comprendido entre 1984 y 1987 se reitera la trascendencia de la debida motivación para los actos discrecionales, en el entendido “que a mayor libertad, más precisa y cuidadosa debe ser la fundamentación de la decisión”.

No obstante las previsiones de carácter constitucional, en lo que toca al acto político o de gobierno, su tratamiento jurisprudencial y aún doctrinal ha determinado que se mantenga la distinción entre acto administrativo discrecional y el acto de gobierno.

Así en sentencia de 29 de noviembre de 1985, el Tribunal Constitucional expresó:

“no hay actos absolutamente discrecionales, si se entiende tal potestad como la facultad absoluta de tomar una decisión libre -exceptuados los actos políticos o de gobierno”.

Y ha entendido por tales, los actos que se refieren a la pura definición de prioridades políticas gubernativas, que constituye un tipo de actividad no administrativa y, por tanto, exento de control jurisdiccional contencioso-administrativo, según expresó en sentencia STC 45 de 15 de marzo de 1990, exento de control jurisdiccional contencioso-administrativo, según expresó en sentencia STC 45 de 15 de marzo de 1990.

3.3.2 FRANCIA.

En Europa continental, tanto en Francia como en Alemania, la cuestión es abordada a partir de la vieja doctrina del acto político. En Francia inicialmente el acto político (actes de gouvernement) es asociado a la razón de Estado y al principio de separación de poderes, y por ende, en la

jurisprudencia del Consejo de Estado corresponde al móvil o carácter de este acto como se le define desde el affaire “Laffitte” de 1822 y más tarde se produce un giro con Ducrocq y Carré de Malberg en la III República, acogido en la jurisprudencia del Consejo de Estado en la decisión “Prince Napoleón” (1875) y del Tribunal de Conflictos en la decisión Marquigny (1880), objetivizándose el acto de gobierno arrancando directamente de la atribución constitucional de la función gubernativa; lo que redundó en una lista de actos políticos. Así, Carré de Malberg caracteriza la función administrativa por su subordinación a la ley, pero advierte que el Estado no se obliga de manera “absoluta y sin reserva” haciendo depender integralmente de las leyes su actividad, subsistiendo un campo de potestad de “libre actividad” pero con soporte constitucional, nunca fuera de la vinculación a derecho, nunca “legibussoluta”, actividad en que los actos quedan fuera del control judicial de los recursos administrativos; todo lo cual importa para reivindicar el control político de tales actos.³⁶

³⁶En Francia cabe destacar al maestro de Estrasburgo RAYMON CARRÉ. DE MALBERG: “Teoría General del Estado” (trad. J. Len Depetre) FCE, 1ª edic., México D.F., 1948, pp. 480- 502. Una descripción completa de la doctrina y evolución del acto de gobierno en la obra de JEAN RIVERO “Derecho Administrativo” (trad. de la 9ª edic.) Edita Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, pp. 174-177, y de GEORGES VEDEL “Derecho Administrativo” (trad. J. Rincón Jurado de la 6ª edic. francesa) Edit. Aguilar, Madrid, 1980, pág. 252- 256. También las obras clásicas de M. HAURIOU: “Compendio de Derecho Administrativo y Derecho Público”, 11 edic., Sirey, Paris, 1927, pág. 393- 401 y Compendio de Derecho Político” 2 edic., Sirey, Paris, 1929, pág. 376-389 En solitario descubriendo la “obscuridad” y “confusión” de la doctrina del acto de gobierno, la opinión contraria de LEON DUGUIT: “Tratado de derecho Constitucional”, Edit. E. De Boccard S., redición facsimilar de 2ª y 3ª edición, 5 Vol., Paris, 1928, Tome II (Teoría General del Estado), pp. 306-344. También muy crítico acerca de una “naturaleza jurídica” especial de los actos de gobierno que los sustraiga del control judicial se muestra GASTÓN JÉZE “Principios Generales del Derecho Administrativo” (trad. de 3ª edic. francesa de J.N. Millán Almagro) Edit. Depalma, 7 Vol., Buenos Aires, 1948-1950, Vol. I pp. 412- 434. Un estado de la cuestión en la jurisprudencia en la obra maciza de J.M. AUBY y R. DRAGO: “Tratado Contencioso Administrativo” Edith. L.G.D.J., 3 Vol., Paris, 1962.

Tal como se comentó con anterioridad, la existencia de un tipo de actos que escaparan a todo control jurisdiccional en Francia, tuvo su origen histórico por el año 1872, en el momento que la Justicia Delegada reemplazó la llamada Justicia Retenida -el Consejo de Estado hasta ese entonces simplemente era el órgano consultivo máximo del Ejecutivo y no tenía poder de decisión propia, sólo de propuesta. La Ley de 24 de mayo de 1872, le reconoció y trasladó esos poderes de decisión-, cuando el legislador confirmó la existencia de un dominio de actos administrativos prohibidos o vetados al conocimiento del juez y que la Doctrina posteriormente denominó". Actos de gobierno".

Los fundamentos de esta teoría fueron diversos para la jurisprudencia francesa. En primer lugar, se habló del móvil político hasta el año 1875, considerándose que un acto administrativo era un acto de gobierno y escapaba del control jurisdiccional del Consejo de Estado, cuando su expedición estaba inspirada por un móvil político.

Este fundamento fue abandonado desde los inicios de la III República, por la decisión del Consejo de Estado -Príncipe Napoleón de 19 de Febrero de 1875-, mediante la cual se dio inicio a ese fundamento de la misma, basado en la distinción entre Administración y Gobierno.

Esta argumentación se modificó en el primer cuarto de este siglo, cuando el Consejo de Estado comprendió que no era posible aplicar un criterio único para la calificación de esos actos de gobierno que la doctrina francesa consideraba actos administrativos y que escapaban al control de la jurisdicción contenciosa-administrativa.

De esta manera, el Consejo de Estado francés se limitó a elaborar una lista de aquellos pronunciamientos que correspondían a los llamados actos de gobierno.

Así mismo, con carácter didáctico y general, solamente se permite hoy la doctrina mencionar una posible diferencia entre "gobierno" y administración; nadie pretende obtener de allí conclusiones dogmáticas, ni sostener con base en ella alguna presión de la actividad del Poder Ejecutivo al debido control de la justicia, cuyo fundamento, si es que lo tiene, no es jurídico³⁷.

En definitiva el Acto de Gobierno es indefinible en Francia. Así lo expresa Bonnard:

"Actualmente, la categoría de los actos de gobierno se ha mantenido. Pero no se ensaya más dar una definición general. Se explica la inadmisibilidad del recurso por la necesidad, basada en razones de hecho, de sustraer ciertos actos a toda discusión jurisdiccional, puesto que la experiencia ha revelado que habría inconveniente en dejar desarrollarse la cuestión" () Por su parte, autor francés Paul Dug habla de "la concepción empírica del acto de gobierno" y que consiste pura y simplemente en la exposición o detalle de los mismos³⁸.

Maurice Hariou precisa el acto de gobierno como "aquél que figura en una cierta enumeración de actos políticos hecha por la jurisprudencia

³⁷ Linares, Juan Francisco. Poder Discrecional Administrativo. Primera Edición, Buenos Aires 1958, editorial Abelado-Perrot. Pag. 49.

³⁸ GORDILLO, AGUSTÍN. Tratado de Derecho Administrativo. Parte General. Tomos I y II. Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1974. Pág. 134.

administrativa bajo la autoridad del Tribunal de Conflictos³⁹ y por su parte Diez adopta lo que él denomina “la concepción empírica del acto de gobierno” que consiste pura y simplemente en la exposición o detalle de los mismos.⁴⁰

El resultado es un compromiso tácito entre el Consejo de Estado y el gobierno, por el cual se otorgará a éste absoluta libertad de acción en la zona limitada del acto de gobierno. Son de esta misma opinión Rivet, Laubadere.

En su jurisprudencia más reciente, el Consejo de Estado ha admitido recursos contenciosos y por tanto, descartado la teoría de los Actos de Gobierno en lo que se refiere a aquellos actos en los que la ausencia de recurso contencioso era inexplicable según las reglas normales del contencioso: proclamación del Estado de sitio cuando lo hace una autoridad administrativa o en casos de aplicación de los tratados cuando estos no afectan a las relaciones internacionales.

Es esta la opinión de la doctrina moderna francesa, caso del importante autor Georges Vedel, para quien los actos de Gobierno como teoría autónoma y fundamentada no existe, excepto aquellos actos que agrupaban bajo esta clase no pueden dar lugar a ningún recurso jurisdiccional en virtud de razones deducidas del normal juego de las reglas del contencioso administrativo.

Por considerar especialmente ilustrativa su exposición, se expondrá en detalle su análisis.

³⁹ Hariou, Maurice. Principios del Derecho Público y Constitucional. Primera Edición, Madrid 1927, editorial Reus. Pág. 67.

⁴⁰ GORDILLO, AGUSTÍN. Tratado de Derecho Administrativo. Parte General. Tomos I y II. Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1974. Pág. 12 – 14.

En primer lugar, precisa este autor, que la mayoría de actos de Gobierno no dan lugar a ningún contencioso, debido a que conciernen a las relaciones entre los poderes públicos. Así ocurre con los actos que interesan a las relaciones de Gobierno con el Parlamento, proyectos de ley, decretos de cláusula y disolución, decretos electorales, etc.

Otro tanto ocurre con los actos relativos a la conclusión, la interpretación o la aplicación de tratados, cuando esta aplicación plantea cuestiones de Derecho Internacional, pues la jurisprudencia ha sido unánime en que tales actividades internacionales del Estado no comprometen su responsabilidad.

De igual manera la denegación de todo recurso contra los decretos de gracia o las decisiones que rechazan un recurso de gracia se justifica según la jurisprudencia más reciente, por la idea de que estos actos del Jefe de Estado se hallan vinculados al ejercicio del poder judicial.

También se ha afirmado la denegación de todo recurso contra los actos o hechos de guerra, cuando estos han perjudicado a los nacionales franceses, explicable en concepto de Vedel por cuanto el legislador ha intervenido para asegurar la reparación de los daños materiales y personales resultantes de la guerra; en todos los casos en que una de estas legislaciones especiales no es aplicable, debe entenderse que el legislador ha decidido negar todo derecho o reparación. Así la inexistencia de todo recurso se explicaría, no por la teoría de los actos de Gobierno, sino por la voluntad tácita del legislador.

Concluye finalmente el citado autor que, existe un fondo de verdad en la teoría de los actos de Gobierno:

“El Consejo de Estado interpreta la regla que le impide conocer de las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno y de las relaciones

internacionales, de forma más prudente que las demás reglas relativas a las fronteras del contencioso administrativo. La razón de esta diferencia de actitud es que el Consejo de Estado, si entra en conflicto con el Parlamento o si se inmiscuye demasiado en las relaciones internacionales, correrá el peligro de ver convertidas sus sentencias en letra muerta, mientras que tal riesgo no existe en la frontera que separa el juez administrativo del poder judicial.(...) El juez administrativo debe cortar todo incidente fronterizo con el jefe del Estado, el Parlamento y las autoridades encargadas de la política internacional. Pero este fondo de verdad no basta para justificar el mantenimiento de la categoría de los actos de gobierno, como categoría autónoma en el derecho administrativo"⁴¹.

3.3.3 ALEMANIA.

En Alemania la no judicialización de las cuestiones políticas está presente en dos direcciones teóricas: en una dirección formalista el acto político, el cual es determinado por el interés común y caracterizado por su discrecionalidad en comparación con el acto administrativo (actividad reglada) encontrándose la actividad libre presente en todas las funciones materiales (legislación, política exterior, relaciones Gobierno-Parlamento), y en una dirección anti-formalista los actos políticos son fruto del dominio de la política, es decir aquel campo en que el Estado determina e impone su esencia misma, en cambio la Administración pone a disposición los medios o instrumentos necesarios para realizar sus funciones políticas (Smend).

⁴¹ VEDEL GEORGES. Derecho Administrativo. Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar 1980. Pág. 254-255.

Subyace a ambas direcciones el peso del principio monárquico, y un espacio de desvinculación a derecho en la actividad estatal, como lo observa críticamente Kelsen.⁴²

En Alemania el Tribunal Constitucional Federal no emplea la doctrina de las “cuestiones políticas”, sin embargo auto limita su competencia frente a actos encuadrados en relaciones internacionales o conducentes a la a celebración y ejecución de estos. Incluso, el Tribunal ha creado la “teoría de la aproximación” (Ann.herungstheorie) en virtud de la cual el Gobierno federal puede negociar y concluir un tratado, incluso si sus previsiones no son compatibles con la Constitución, si según criterios constitucionales la situación es peor que con la conclusión del nuevo tratado, y que tiene su origen en la discusión acerca de la constitucionalidad del Estatuto del Sarre. En otros casos el Tribunal ha reconocido un amplio margen de apreciación al Gobierno federal: el Tribunal Constitucional Federal ejerce una polémica competencia contenciosa sancionatoria protectora de la norma ius fundamental de “democracia militante” que se encuadra en un campo distinto al de las “cuestiones políticas”, como es el campo de la “justicia política”.⁴³

⁴²En Alemania la obra clásica de GEORGE JELLINEK “Teoría General del Estado” (Estudio y trad. FERNANDO DE LOS RÍOS), Edit. Albatros, Buenos Aires, 1970, Pág. 467-471. Idem J. KASPAR BIUNTSCHLI: “Derecho Público Universal” Edith. Góngora, 2 Vol., Madrid, s.f., Vol. I, pp. 201 y ss, Y LUDWIG GUMPLOWICZ: “Derecho Político Filos.- Fico” (premio y traducción Pedro Dorado Montero), La España Moderna, Madrid, s.f., pp. 280-281. Una crítica demoledora a las direcciones formalista y anti formalista en HANS KELSEN: “Teoría General del Estado” (trad. LUIS LEGAZ Y LACAMBRA) Edith. Nacional, 14ª edic, México DF, 1979, pp.319-322. Para la jurisprudencia citada consultar a MICHAEL PIAZOLO: “Jurisdicción Constitucional y Cuestiones Políticas: las Cuestiones Políticas Doctrina en el procedimiento previo al Tribunal Federal Constitucional y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norte América, Editorial Ernst Vgel, Munich, 1994.

⁴³ Jellinek, Georges, Teoría general del Estado (trad. de la 2ª Edición Alemana por Fernando de los Ríos) Buenos Aires 1973. Editorial Albatros. Pág. 189.

CAPITULO IV

FORMAS DE CONTROL DE LOS ACTOS POLÍTICOS EN EL DERECHO SALVADOREÑO Y SU DESARROLLO JURISPRUDENCIAL.

Sumario: 4.1 Control Constitucional de los Actos Políticos. 4.1.1 Proceso de Amparo. 4.1.1.1 Definición. 4.1.1.2 Naturaleza. 4.1.1.3 Principios del Proceso de Amparo. 4.1.1.4 Partes en el Proceso de Amparo. 4.1.1.5 Pretensión Constitucional de Amparo. 4.1.1.6 Control de los Actos Políticos o de Gobierno por medio del Proceso Constitucional de Amparo. 4.1.2 Proceso de Inconstitucionalidad. 4.1.2.1 Definición. 4.1.2.2 Naturaleza del Proceso de Inconstitucionalidad. 4.1.2.3 Principios de Proceso de Inconstitucionalidad. 4.1.2.4 La pretensión en el proceso de Inconstitucionalidad. 4.1.2.5 Partes en el Proceso de Inconstitucionalidad. 4.1.2.6 El control de los Actos Políticos en el Proceso de Inconstitucionalidad. 4.2 Control Contencioso Administrativo. 4.2.1 Proceso Contencioso Administrativo. 4.2.1.1 Conceptos básicos 4.2.1.2 Características del Proceso Contencioso Administrativo. 4.2.1.3 Principios del Proceso Contencioso Administrativo. 4.2.1.4 Requisitos para impugnar por la vía Contencioso Administrativa. 4.2.1.5 El Control de los Actos Políticos en el Proceso Contencioso Administrativo.

4.1 CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS ACTOS POLITICOS

4.1.1 PROCESO DE AMPARO

4.1.1.1 DEFINICION.

El Amparo es una Garantía Constitucional de carácter procesal que tutela los derechos de las personas, consagrados constitucionalmente, con exclusión del derecho a la libertad, frente a la posible obstaculización de su ejercicio así como por violación de los mismos, ya sea por parte de la autoridad estatal como por particulares.

En términos simples podemos decir que el amparo es el proceso constitucional – entiéndase garantía – que tutela o protege los derechos – concretos o difusos, implícitos o explícitos, individuales o sociales, humanos o fundamentales – y principios consagrados constitucionalmente, con exclusión del derecho a la libertad, ante la obstaculización de su ejercicio o ante violaciones actuales o inminentes de los mismos.⁴⁴

Según la jurisprudencia constitucional, el amparo es un instrumento de protección en la conservación y defensa de los derechos; así, ha sostenido que "el proceso constitucional de amparo es un instrumento procesal que brinda una protección reforzada a los derechos constitucionales de las personas cuando éstas no han obtenido (en palabras del art. 2 Cn.) "Protección en la conservación y defensa" de los mismos en los procesos o procedimientos ordinarios. En efecto, en un primer momento, en los procesos y procedimientos ordinarios que se ventilan ante los demás juzgadores o autoridades administrativas, por la misma estructura normativa de nuestro ordenamiento y por el sometimiento de todo funcionario a la fuerza normativa de la Constitución, tanto los juzgadores como las autoridades administrativas están llamadas a proteger los derechos constitucionales materiales o procesales de los justiciables. Y es precisamente frente a una violación de

⁴⁴ Aspectos Generales sobre el Proceso de Amparo en El Salvador, Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, Marzo 2001.

algún derecho constitucional en dichos grados de conocimiento que los ciudadanos pueden optar, como último camino, a la protección reforzada que brinda el proceso de amparo. En el supuesto anotado previamente, la pretensión constitucional de amparo tendrá como sustrato fáctico lo acontecido en el proceso o procedimiento de que se trate y como fundamento jurídico el contenido esencial del derecho constitucional vulnerado.

El Amparo es una institución jurídico procesal, extraordinaria en su materia, establecida para proteger al gobernado de los actos de autoridad que violen los derechos y garantías constitucionales.⁴⁵ Para que el tribunal Constitucional pueda conocer la pretensión de amparo dice nuestra jurisprudencia debe tener fundamento en la normativa contenida en la constitución, pues solo así se habilita plenamente su competencia.⁴⁶

El objeto del Amparo radica en la protección de la pretensión del demandante, y consiste en que se le imparta la protección jurisdiccional contra cualquier acción u omisión de autoridad o de particular que viole los derechos consagrados en la constitución. Para que se realice el objeto del Amparo y se dirima la cuestión fundamental planteada, es requisito impredecible que el asunto sea propio del ámbito constitucional, pues de lo contrario se estaría frente a la imposibilidad legal que el tribunal encargado del control de constitucionalidad conozca el caso planteado.

Sobre la adecuada configuración de la pretensión de amparo y su papel en la determinación de la competencia de la Sala de lo Constitucional: "La

⁴⁵ Sentencia de Amparo (33-C-96). Resolución dictada a las quince horas del día veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y seis.

⁴⁶ Sentencia de Amparo (4-E-96). Resolución dictada el veintiséis de julio de mil novecientos noventa y seis.

pretensión de amparo tiene su asidero en el artículo 247 inc. 1° de la Constitución (...); en consecuencia, la pretensión de amparo debe necesariamente fundamentarse en la normativa Constitucional. Cuando se cumple tal exigencia, la pretensión no sólo es viable sino que habilita plenamente la competencia de esta Sala para conocer y resolver la cuestión. Por el contrario, cuando la pretensión carece manifiestamente de todo fundamento en las disposiciones de la Constitución, la misma es infructuosa y fallida, y amerita desestimarse ‘in limine litis’ para evitar un proceso inútil. Y es que, decidir al respecto de lo planteado en la demanda, cuando es evidente la falta de fundamento constitucional, significaría invadir la esfera de la legalidad, lo cual no corresponde al conocimiento por parte de este Tribunal”⁴⁷

4.1.1.2 NATURALEZA.

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, entiende que el Amparo por naturaleza es “un proceso constitucional, constituye un instrumento de satisfacción de pretensiones que una persona deduce frente a una autoridad determinada; en consecuencia, todo proceso de Amparo supone una pretensión que en su objeto, esto es, la materia en la cual recae el complejo de elementos que el proceso constituye” y “el proceso de Amparo posee características propias que lo hacen un proceso especial y extraordinario en su materia, establecido para proteger de forma efectiva al gobernado frente a las acciones u omisiones de cualquier autoridad que violen, obstaculicen o restrinjan sus derechos constitucionales”⁴⁸

⁴⁷ Sentencia de 2-VII-98, Amp. 164-98

⁴⁸ Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional. Pág. 117-118. 2000

4.1.1.3 PRINCIPIOS DEL PROCESO DE AMPARO

✓ Principio de Iniciativa o de Instancia de Parte.

Este principio consiste en que para que inicie válidamente el proceso de Amparo, debe ser la persona agraviada o esta, por medio de su representante quien presente la demanda de Amparo.

✓ Principio de Definitividad o Subsidiariedad.

Para que el Amparo proceda, el acto reclamado debe ser definitivo, es decir, como ha entendido la Sala de lo Constitucional “que se hayan agotado previamente los recursos por la vía administrativa o en su caso que no exista otra vía para atacar el acto reclamado. Se entiende que para conocer la pretensión de Amparo no basta la configuración de la misma, sino que es necesario que el impetrante, previamente haya agotado los recursos ordinarios establecidos en las leyes aplicables a cada caso o que la vía constitucional del Amparo sea la única aplicable.⁴⁹

✓ Principio de Estricto Derecho y Facultad de Suplir la Queja Deficiente.

Este principio exige que la sentencia este de acuerdo con las pretensiones deducidas por las partes del proceso, de manera que se resuelva exclusivamente sobre lo que las partes plantearon en sus intervenciones en el proceso, no pudiendo decidir sobre cuestiones diferentes como tampoco dejar de resolver alguna de las cuestiones controvertidas.

Así, en materia de Amparo rige el principio de *estricto derecho*, en virtud del cual, el juzgador, en el proceso de Amparo, está limitado a conocer y resolver en el juicio respectivo, dentro de los límites de lo reclamado en la demanda, lo que equivale a la imposibilidad de que el juzgador supla deficiencias de la

⁴⁹ Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional. Pág. 6 año 2000

demanda, las omisiones en que haya incurrido el quejoso en la parte impugnativa de los actos reclamados, o que sustituyan la estimación jurídica de dichos actos desde el punto de vista constitucional. Nuestra ley de procedimientos constitucionales en el art. 80 solo faculta a la Sala de lo Constitucional, para suplir las omisiones de derecho en que incurrieren las partes, no estando facultada dicha sala para suplir la queja deficiente. La referida ley en su art. 33 establece que: en la sentencia se relacionaran los hechos y cuestiones jurídicas que se controviertan, exponiendo las razones y fundamento legal que se estime procedente y citando leyes y dictámenes que se consideran aplicables, es decir, sobre lo solicitado por el demandante y lo opuesto por el demandado.

4.1.1.4 PARTES EN EL PROCESO DE AMPARO

A) Legitimación procesal activa (parte demandante)

La Constitución en el art. 247 establece que “toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que otorga la presente Constitución”

Conforme a lo que establece el art. 14 inc. 1° de la Ley de Procedimientos Constitucionales, la demanda de Amparo solo puede interponerla la persona agraviada por sí mismo o por medio de su representante o apoderado, es decir, que dicha legitimación procesal activa corresponde con exclusividad a la persona agraviada por la acción u omisión de la autoridad o particular demandado.

B) Legitimación procesal pasiva (parte demandada)

Como se ha establecido anteriormente que el Amparo procede contra acciones u omisiones emanados de alguna autoridad o particular, que obstaculice, restrinja o violente derechos constitucionalmente tutelables, es preciso entender que cuando se habla de autoridad, debe entenderse a todo órgano de gobierno que desempeña una función específica, investido con facultades de decisión y/o ejecución, cuyo desempeño, conjunto o separado, produce la creación, modificación o la extinción de situaciones generales o especiales, jurídicas o fácticas, dadas dentro del Estado, o su alteración o afectación, todo ello de forma imperativa.⁵⁰ También se reconoce la legitimación procesal pasiva a los particulares cuando existe una relación de poder de este sobre el agraviado y que no existan mecanismos judiciales o administrativos de protección frente a actos de esta naturaleza, o en su caso, que aun existiendo, estos sean insuficientes para la efectiva tutela de los derechos constitucionales del afectado.

4.1.1.5 LA PRETENSIÓN CONSTITUCIONAL DE AMPARO.

Esto es, la declaración de voluntad fundada en la violación, obstaculización o restricción de algún derecho constitucionalmente establecido, la cual puede ser realizada por alguna autoridad estatal o particular, por tal motivo se reclama ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia el restablecimiento del derecho violentado.

El objeto del proceso de Amparo es la pretensión, la cual busca que se imparta a la persona del justiciable la protección jurisdiccional contra

⁵⁰ BERTRAND GALINDO, FRANCISCO y otros. Manual de Derecho Constitucional Tomo I, Segunda Edición, Centro de Información Jurídica del Centro de Justicia, San Salvador, 1996. Pág. 412

cualquier acción u omisión que violente el ejercicio de sus derechos constitucionalmente reconocidos.

Conforme a nuestra jurisprudencia “para que el tribunal pueda conocer la pretensión de Amparo, esta debe tener fundamento en la normativa contenida en la constitución, pues solo así se habilita plenamente su competencia”⁵¹

4.1.1.6 CONTROL DE ACTOS POLÍTICOS O DE GOBIERNO POR MEDIO DEL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO

a) Actos políticos emanados de la Función Ejecutiva.

Para poder analizar los actos políticos o de gobierno controlables por la vía del Amparo, es necesario tener en cuenta lo que se apuntaba anteriormente sobre el Amparo, al establecer que este procede contra acciones u omisiones de agentes de autoridad o de particulares cuando violen derechos constitucionalmente establecidos; así también, el control jurisdiccional de los actos políticos o de gobierno, procede cuando algún sujeto facultado para dictar los mismos (Presidente de la Republica, Concejo de Ministros, Asamblea Legislativa) , en el ejercicio de sus facultades discrecionales establecidas en la constitución, con alguna acción u omisión atente contra los derechos consagrados en la constitución, surgiendo la necesidad por parte del justiciable, de recurrir a la jurisdicción constitucional para el restablecimiento de su derecho violentado.

Para conocer qué tipo de acciones u omisiones pueden considerarse actos políticos y dar lugar a la violación de derechos y garantías constitucionales,

⁵¹ Sentencia de 26-VII-1996 Amp. 4-E-96

es necesario entrar en el estudio de la normativa constitucional que les da origen.

Constitución art. 168. Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la Republica:

1º.- Cumplir y hacer cumplir la Constitución, los tratados, las leyes y demás disposiciones legales;

2º.- Mantener ilesa la soberanía de la República y la integridad del territorio;

3º.- Procurar la armonía social, y conservar la paz y tranquilidad interiores y la seguridad de la persona humana como miembro de la sociedad;

4º.- Celebrar tratados y convenciones internacionales, someterlos a la ratificación de la Asamblea Legislativa, y vigilar su cumplimiento;

5º.- Dirigir las relaciones exteriores;

6º.- Presentar por conducto de los Ministros, a la Asamblea Legislativa, dentro de los dos meses siguientes a la terminación de cada año, el informe de labores de la Administración Pública en el año transcurrido. El Ministro de Hacienda presentará además, dentro de los tres meses siguientes a la terminación de cada período fiscal, la cuenta general del último presupuesto y el estado demostrativo de la situación del Tesoro Público y del Patrimonio Fiscal.

Si dentro de esos términos no se cumplieren con estas obligaciones, quedará por el mismo hecho depuesto el Ministro que no lo verifique, lo cual será notificado al Presidente de la República inmediatamente, para que nombre el sustituto. Este presentará dentro de los treinta días siguientes el informe correspondiente. Si aún en este caso no se cumplieren con lo preceptuado, quedará depuesto el nuevo Ministro;

7º.- Dar a la Asamblea Legislativa los informes que ésta le pida, excepto cuando se trate de planes militares secretos. En cuanto a negociaciones

políticas que fuere necesario mantener en reserva, el Presidente de la República deberá advertirlo, para que se conozca de ellas en sesión secreta;

8º.- Sancionar, promulgar y publicar las leyes y hacerlas ejecutar;

9º.- Proporcionar a los funcionarios del orden judicial, los auxilios que necesiten para hacer efectivas sus providencias;

10º.- Conmutar penas, previo informe y dictamen favorable de la Corte Suprema de Justicia;

11º.- Organizar, conducir y mantener la Fuerza Armada, conferir los Grados Militares y ordenar el destino, cargo, o la baja de los Oficiales de la misma, de conformidad con la Ley; (2)

12º.- Disponer de la Fuerza Armada para la Defensa de la Soberanía del Estado, de la Integridad de su Territorio. Excepcionalmente, si se han agotado los medios ordinarios para el mantenimiento de la paz interna, la tranquilidad y la seguridad pública, el Presidente de la República podrá disponer de la Fuerza Armada para ese fin. La actuación de la Fuerza Armada se limitará al tiempo y a la medida de lo estrictamente necesario para el restablecimiento del orden y cesará tan pronto se haya alcanzado ese cometido. El Presidente de la República mantendrá informada sobre tales actuaciones a la Asamblea Legislativa, la cual podrá, en cualquier momento, disponer el cese de tales medidas excepcionales. En todo caso, dentro de los quince días siguientes a la terminación de éstas, el Presidente de la República presentará a la Asamblea Legislativa, un informe circunstanciado sobre la actuación de la Fuerza Armada; (2)

13º.- Dirigir la guerra y hacer la paz, y someter inmediatamente el tratado que celebre con este último fin a la ratificación de la Asamblea Legislativa;

14º.- Decretar los reglamentos que fueren necesarios para facilitar y asegurar la aplicación de las leyes cuya ejecución le corresponde;

15º.- Velar por la eficaz gestión y realización de los negocios públicos;

16º.- Proponer las ternas de personas de entre las cuales deberá la Asamblea Legislativa elegir a los dos Designados a la Presidencia de la República;

17º.- Organizar, conducir y mantener la Policía Nacional Civil para el resguardo de la paz, la tranquilidad, el orden y la seguridad pública, tanto en el ámbito urbano como en el rural, con estricto apego al respeto a los Derechos Humanos y bajo la dirección de autoridades civiles; (2)

18º.- Organizar, conducir y mantener el Organismo de Inteligencia del Estado; (2)

19º.- Fijar anualmente un número razonable de efectivos de la Fuerza Armada y de la Policía Nacional Civil. (2)

20º.- Ejercer las demás atribuciones que le confieren las Leyes. (2)

De la anterior disposición constitucional, pueden desprenderse una serie de actos políticos o de gobierno emanados ya sea del Presidente de la República como también de los miembros del Consejo de Ministros, por ejemplo, se puede mencionar dentro de este art. el numeral 4º que establece la facultad de: “Celebrar tratados y convenciones internacionales, someterlos a la ratificación de la Asamblea Legislativa, y vigilar su cumplimiento”

Haciendo un breve análisis de la disposición, se puede evidenciar que concurren las características necesarias para configurar la realización de un acto político o de gobierno, capaz de violentar derechos constitucionalmente establecidos, tales características son:

1) La celebración de tratados y convenciones internacionales implica una atribución emanada directamente de la constitución

2) La decisión del presidente, de celebrar o no un determinado tratado o convención, goza de un margen de discrecionalidad reglada, la cual es susceptible de poder ser traspasada.

3) El presidente al tomar la decisión de adoptar un tratado, puede cometer un acto que atente contra los derechos que la constitución establece, quedando expedita la posibilidad de su control por medio del Amparo.

En este punto, en relación a los tratados, es preciso revisar el art. 144 de la constitución el cual reza: “Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.

La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.”

Esta disposición pone a los tratados internacionales vigentes en el país en categoría de ley de la república, por lo tanto son de imperativo cumplimiento, de manera que la celebración de tratados que atenten contra derechos constitucionales implica una violación a los mismos, ahora bien, lo que puede discutirse válidamente, es si la forma de atacar ese acto debe hacerse por la vía del amparo contra el acto político que le da origen o por la vía de la inconstitucionalidad que estudiaremos más adelante.

También es pertinente analizar el numeral 10 del art. 164 de la constitución, que establece: 10º Conmutar penas, previo informe y dictamen favorable de la Corte Suprema de Justicia;

Esta atribución de Presidente de la Republica también puede crear un acto político, susceptible de control jurisdiccional bajo los parámetros de los elementos reglados que contiene el acto, entendidos esos elementos como: “los requisitos formales establecidos por la constitución y las leyes secundarias para dictar ese acto.”⁵²

Para conocer sobre la aplicación de esta disposición es necesario analizar una ley secundaria, precisamente la Ley Especial de Ocurso de Gracia. Según el art. 28 de la referida ley, la conmutación consiste en sustituir una pena principal impuesta en sentencia ejecutoriada por otra menos gravosa; para esto, primero se pide un informe que tiene a la base la conducta del condenado, sus antecedentes, su peligrosidad, y todo lo que de su expediente sea relevante, este se emite conforme a las reglas de los art. 25 y 31 de la ley en mención, luego se pide informe la Corte Suprema de Justicia para que dé su opinión acerca de la procedencia o no de la gracia, posterior a este finalmente se resuelve si procede o no, conforme al art. 34 que establece: “Si el dictamen e informe de la Corte Suprema de Justicia, fueren desfavorables, el Órgano Ejecutivo no podrá conceder la gracia y si fueren favorables, el Órgano Ejecutivo por medio del Ministro de Justicia, podrá denegar la conmutación, o concederla o 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, en dicho informe se determine”.

De la lectura e interpretación del anterior artículo pueden surgir diferentes situaciones jurídicas capaces de configurar un acto político controlable por medio de la jurisdicción constitucional. 1º) situación: el informe de la Corte Suprema de Justicia es desfavorable pero el Presidente de la Republica

⁵² GAMERO CASADO, EDUARDO, Derecho Administrativo Monografías. Publicación Consejo Nacional de la Judicatura y Escuela de Capacitación Judicial, 2001. Pág. 37

concede la conmutación de la pena, esta sería una conducta ilegal por parte del Presidente de la República, debido a que la ley, expresamente le prohíbe otorgar la gracia si el informe de la Corte Suprema de Justicia no es favorable, de esta manera, las personas que se consideren agraviadas con dicho acto político, pueden interponer la acción de Amparo para controlar por la vía judicial esa decisión por ser ilegal, exponiendo los motivos por los cuales deben considerarse agraviados por violación de alguno de sus derechos constitucionales. 2°) situación: el dictamen de la Corte Suprema de Justicia es favorable al condenado, pero el Presidente de la República decide no conmutar la pena, en este caso hay que prestar más atención, debido a que no es precisamente un acto ilegal por cuanto el art. 34 de la Ley de Ocurros de Gracia faculta al Presidente de la República para decidir, en caso de Informe favorable emitido por la Corte Suprema de justicia, si otorga o no el beneficio al condenado, en ese sentido lo que debe ser analizado son los motivos y fundamentos de hecho y de derecho por los cuales se toma la decisión de no otorgar la conmutación ya que los mismos podrían implicar un acto arbitrario, si el acto resulta arbitrario, existe la posibilidad de que se atente contra un derecho constitucional, lo que habilita a la persona agraviada a interponer la acción de Amparo para poder restablecer su derecho violentado. 3°) situación: El informe de la Corte Suprema de Justicia es favorable al condenado y el Presidente de la República otorga la conmutación de la pena, pero excede el límite mínimo permitido, es decir, la conmutación de la pena transgrede la esfera de lo establecido en el informe de la Corte de manera que se violenta lo establecido en el inc. final del art. 34 de la ley de ocurros de gracia, en ese caso existiría un acto político ilegal, de manera que puede acudirse a la vía jurisdiccional para poder controlar dicho acto.

Continuando con el análisis del art. 164 de la constitución, dentro de las atribuciones y obligaciones del Presidente de la Republica, el numeral 11 establece: Organizar, conducir y mantener la Fuerza Armada, conferir los Grados Militares y ordenar el destino, cargo, o la baja de los Oficiales de la misma, de conformidad con la Ley.

Para lograr hacer un análisis adecuado y coherente de esta disposición hay que recurrir al estudio del art. 214 de la Constitución que literalmente dice: “La carrera militar es profesional y en ella sólo se reconocen los grados obtenidos por escala rigurosa y conforme a la ley.

Los militares no podrán ser privados de sus grados, honores y prestaciones, salvo en los casos determinados por la ley”.

Esta disposición es desarrollada por medio de la Ley de la Carrera Militar y su respectivo Reglamento.

En lo referente a conferir los grados militares, puede suceder que el Presidente actúe de manera ilegal o bien arbitraria, otorgando ascensos a sujetos que no cumplan los requisitos para tal situación, o por el contrario, denegando ascensos a sujetos que cumplan con todos los requisitos establecidos en la Constitución y las leyes aplicables. De esta última posibilidad, existe un ejemplo concreto que merece ser objeto de estudio, pues sirve como antecedente para conocer el criterio de la Sala de lo Constitucional, el caso práctico en mención fue el proceso de Amparo 274-2000, en el cual la parte demandante fue el entonces 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.

El Coronel Munguía Payes planteo en su pretensión en la supuesta violación a su derecho de ascenso por la omisión del Presidente Francisco Flores Pérez de otorgarle el grado de General de brigada.

El fundamento de Munguía Payes fue el siguiente: para poder ascender al grado de General de Brigada debía cumplir los requisitos de los arts. 62 y 63 del Reglamento de la Ley de la Carrera Militar.

Art.62. Para el ascenso al grado de General de Brigada o sus equivalentes, Categoría de las Armas, deberán cumplirse los requisitos siguientes:

1º Tener como mínimo cuatro años de servicio con el grado de Coronel o Capitán de Navío.

2º Estar en Situación Activa, desempeñándose o haberse desempeñado como Jefe del Estado Mayor General de alguna de las Ramas, Comandante de alguna de las Unidades de Apoyo Institucional, Comandante de una Unidad Operativa, o como Jefe de algún Organismo Consultivo o Auxiliar.

3º Poseer estudios en los niveles de especialización y postgrado militar.

4º Ser recomendado por el Tribunal de Selección.

Art.63. Para el ascenso al grado de General de Brigada o su equivalente, Categoría de los Servicios, deberán cumplirse los requisitos siguientes:

1º Tener como mínimo cuatro años de servicio con el grado de Coronel o Capitán de Navío.

2º Estar en Situación Activa, desempeñándose como Comandante del Comando de Apoyo Logístico de la Fuerza Armada o como Jefe de algún Organismo Auxiliar.

3º Poseer el grado académico de Maestría o Doctorado.

4º Ser recomendado por el Tribunal de Selección.

El Coronel Munguía Payes, habiendo cumplido con los requisitos de estos arts. estaba dentro de la nómina que fue remitida al Ministerio de la Defensa Nacional según los parámetros que establece el art. 13 del reglamento en comento para efecto de ser evaluado por el tribunal de elección y de resultar aprobado por este se le recomendara para ascender al grado de General de Brigada; dicho tribunal, realizó el estudio pertinente y por decisión unánime de los miembros se resolvió que el Coronel Munguía Payes reunía todos los requisitos necesarios para obtener el ascenso de grado militar, de manera que recomendaron al Comandante General de la Fuerza Armada que otorgara el ascenso; no obstante, el Funcionario no otorgo el grado militar por medio del respectivo Decreto Ejecutivo.

Por los motivos expuestos considera el Coronel Munguía Payes que al cumplir con todos los requisitos establecidos en la Ley de la Carrera Militar y su respectivo reglamento, según lo resuelto por el tribunal de elección al recomendarlo para el ascenso, por mandato constitucional el Presidente de la Republica se encontraba en la obligación de otorgarle el grado militar de General de Brigada, no pudiendo a su discreción o arbitrio decidir si asciende o no a un profesional que se ha ganado un derecho por cumplir todos los requisitos que se establecen para el otorgamiento del mismo.

La parte demanda presento los siguientes argumentos:

“El Coronel Munguía Payes estima que se le ha atentado contra su derecho de ascenso en tanto que una vez el Tribunal de Selección recomendó su ascenso, éste adquirió con dicha recomendación su derecho, y a él como Comandante General no le era permitido dejar de ascenderlo, puesto que según la interpretación del mismo, la sola recomendación del referido Tribunal equivale al reconocimiento de su derecho a ser ascendido al grado

de General. Respecto de ello sostiene que dicho derecho en efecto tiene su base en la Constitución, pero el mismo no opera de pleno derecho por la simple razón de haber cumplido cierto tiempo de servicio en la institución militar, pues se necesita un conjunto de requisitos para que pueda llegar a concretarse. Los ascensos debe entenderse que se producen dentro de un sistema de clasificación profesional, conforme lo que establece la ley de la materia que los regula; y en todo caso, éstos se producen teniendo en cuenta la formación, méritos, antigüedad, etc. Sin embargo, existe un requisito adicional para que tal derecho adquiera su plena vigencia, goce y ejercicio, el cual consiste en el pronunciamiento por parte del Comandante General que tiene como finalidad determinar si un miembro de la Fuerza Armada se ha hecho merecedor de determinado ascenso o grado militar, que concreta a través del Decreto Ejecutivo respectivo, lo que no significa que sea arbitrario o antojadizo, sino que esa atribución le ha sido conferida por mandato constitucional. En consecuencia, el derecho al ascenso no puede ser entendido tal como erróneamente ha interpretado el demandante, que cobra validez eficacia con la sola evaluación y resultado favorable que haga el Tribunal de Selección respectivo, pues la misma Constitución establece que la atribución o facultad para conferir dichos grados única y exclusivamente corresponde al Presidente de la República, por lo que sin el pronunciamiento de éste en los términos apuntados, se está en presencia de una expectativa de derecho que comprende y significa el derecho de ser postulado para entrar en la nómina o lista de candidatos para ascender de grado. Si el militar no resulta ascendido, ello no debe entenderse como privación de tal derecho pues éste se cumplió y se respetó desde el momento que entró a la nómina. Además señaló que el demandante de una manera incorrecta ha entendido que la recomendación que emita el Tribunal de Selección, constituye el nacimiento de su derecho, obviando que la misma Ley de la Carrera Militar

en concordancia y desarrollo de la Constitución, ha delimitado las facultades de dicho Tribunal a una recomendación. El pronunciamiento que el Tribunal efectúa en la evaluación no tiene más alcance que una recomendación, la cual significa una proposición para que el Presidente que es el constitucionalmente facultado adopte o no la misma, luego de una valoración propia que éste haga. En razón de ello colige que, las recomendaciones del mencionado Tribunal no adquieren el carácter de obligaciones que someten al Presidente de la República en la adopción de otorgar grados militares; pues cualquier interpretación que vaya encaminada en ese sentido, desnaturalizaría la esencia de la Institución Armada y además atentaría de forma directa y expresa contra la Constitución misma”.⁵³

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolvió la cuestión con base al siguiente argumento:

“Con relación al régimen legal de ascensos de militares, el análisis indiscutiblemente ha de partir de lo que establece el artículo 214 de la Constitución, que es el precepto considerado como infringido por el actor. Tal disposición establece: "La carrera militar es profesional y en ella sólo se reconocen los grados obtenidos por escala rigurosa y conforme a la ley. Los militares no podrán ser privados de sus grados, honores, y prestaciones, salvo en los casos determinados por la ley".

La carrera militar al igual que otro tipo de carreras, tiene como finalidad la eficiente realización de funciones estatales por el elemento humano que presta servicios al Estado en un régimen de supra-subordinación, cuya normativa secundaria regula los componentes esenciales de la estructura militar, entre los que se encuentran, sistema de educación, régimen

⁵³ Sentencia de 03-VII-2000 Amp. 274-00

disciplinario, derechos, prestaciones, deberes, traslados, requisitos para los ascensos de grado, y causales de terminación de la carrera castrense.

De tal manera que, en el régimen militar, los honores, grados, y prestaciones son derechos que la Constitución consagra a favor de los miembros de la Fuerza Armada previa observación de la ley. Y por ello el derecho de ascenso a un grado específico puede otorgarse, si se han cumplido todos los requisitos desarrollados por la normativa militar.

De conformidad a la normativa legal vigente -Ley de la Carrera Militar- el ascenso ha sido definido -art. 8 n° 2- como "la promoción conforme a la presente Ley de un miembro de la Fuerza Armada al grado inmediato superior", por su parte el artículo 42 del mismo cuerpo legal citado lo ha consagrado como un derecho de todo militar salvadoreño, que se adquiere por el desempeño profesional, ético, perfeccionamiento técnico, y por la observancia de otros requisitos que desarrolla el texto de la misma ley y su reglamento.

El referido Tribunal es uno de los organismos consultivos que asesora al Alto Mando en cuanto al ejercicio de la carrera militar, siendo el único que posee la facultad de realizar la referida evaluación, y recomendar al funcionario competente los militares que merecen ser ascendidos al grado en referencia. En efecto una vez que el Tribunal ha emitido la resolución correspondiente, es sometida a consideración del Comandante General de la Fuerza Armada, para efecto de determinar si procede o no el reconocimiento del grado, ya que conforme a la Constitución y a los artículos 45 de la Ley de la Carrera Militar y 12 del reglamento de ésta, dicho funcionario es el único competente para conferir los grados desde el de Subteniente hasta el de General de

División inclusive, mediante Acuerdo Ejecutivo en el Ramo de la Defensa Nacional.

Por tanto, el derecho de ascenso que otorga la referida ley, necesita como requisito *sine qua non*, en primer orden, la recomendación favorable que exige el artículo 44 de la ley relacionada por parte del mencionado Tribunal y en definitiva, para su perfeccionamiento la autorización o aceptación por parte del Presidente de la República como Comandante General de la institución militar. Y es que, las resoluciones que proporcione el referido ente, son sólo recomendaciones dirigidas al Comandante de tal institución, y por tanto no revisten carácter vinculatorio para la decisión final que emita éste en relación al otorgamiento de los grados militares.

La evaluación es un proceso sistemático necesario para calificar el desempeño del militar en los diferentes cargos y empleos, para lo que se toma en cuenta factores indicativos de la capacidad profesional, conducta pública y privada, y proyección del oficial en la institución militar. Tales requerimientos, son de especial trascendencia para el ascenso al grado de General de Brigada, pues tal grado ha sido definido en la ley como honra para la institución, y una distinción honorífica para el oficial. En efecto, la normativa militar aludida establece que deberá examinarse los méritos obtenidos durante el ejercicio de toda una carrera militar para ascender al candidato, lo cual podrá ser realizado en las oportunidades que prescribe el artículo 41 de la ley en referencia, de cuyo resultado conocerá el Comandante General de la Fuerza Armada.

En consecuencia, cuando la normativa militar dispone como requisito para el ascenso, haber obtenido una recomendación favorable del Tribunal de Selección, debe entenderse como la última etapa del proceso de evaluación, la cual culmina con la decisión del Presidente de la República de otorgar el

ascenso, independientemente de si dicha recomendación se dio en la primera o segunda evaluación.

Del análisis normativo anterior, puede colegirse que el militar evaluado por el Tribunal de Selección Para el Ascenso a General de Brigada, se encuentra frente a una expectativa de ser ascendido al grado que corresponde y no frente a un derecho per se, mientras el Comandante General no haya emitido el pronunciamiento correspondiente en los términos apuntados en los párrafos precedentes. De ello se desprende que, para que los militares puedan hacer exigible el reconocimiento del ascenso al grado de General de Brigada, además de la resolución favorable del referido Tribunal, es imprescindible que se haya materializado un pronunciamiento de aceptación del mencionado funcionario, en ejercicio de la facultad constitucional conferida en el art. 168 N° 11.

III. En el presente caso, conforme a la prueba agregada al proceso y las razones aducidas por la autoridad demandada, el actor fue introducido al proceso de evaluación diseñado en la Ley de la Carrera Militar, por haber considerado que había cumplido con el tiempo de servicio, estudios de especialización, y por encontrarse en situación activa en la institución castrense, habiendo sido evaluado por el Tribunal de Selección, el cual luego del estudio respectivo, mediante Acta N° 37 de fecha siete de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, efectivamente lo propuso como merecedor del ascenso en el grado inmediato superior, por haberse determinado que poseía los méritos suficientes requeridos por la ley. No obstante ello, el Presidente de la República en su calidad de Comandante General de la Fuerza Armada, analizó la situación y por no haber estado conforme con la

resolución del Tribunal, por algunas de las razones que aparecen a fs. 236 de este expediente judicial, no se pronunció en tal sentido.

Siendo así, quedó abierto el proceso de postulación, y al año siguiente el demandante tal como lo ha previsto la legislación militar, volvió a ser evaluado por el Tribunal de Selección el cual emitió resultado mediante Acta N° 40 de fecha trece de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, en la que para efectos de ascenso fueron propuestos otros militares. De tal manera que, el actor en ambas oportunidades se encontró frente a una expectativa de ser ascendido, pues como antes se manifestara, para que el derecho de ascenso adquiriera su plena vigencia, goce y ejercicio, el Presidente de la República debe materializarlo a través del Acuerdo Ejecutivo respectivo, pues el pronunciamiento de éste en tal sentido, tiene como finalidad determinar si un miembro de la Fuerza Armada merece ser ascendido de grado, lo que no significa que su conducta sea arbitraria, pues la naturaleza de las resoluciones que emita el Tribunal de Selección no son vinculantes en el sentido de obligar a tal funcionario conceder el grado correspondiente a los militares propuestos.

Desde este punto de vista, la potestad del Comandante General de la Fuerza Armada consignada en el art. 168 N° 11 de la Constitución, permite, considerar otros aspectos relativos a los parámetros de selección perfilados en la normativa militar, para así determinar si se adhiere a la recomendación del Tribunal de Selección o simplemente apartarse del tenor de la misma, y someter al militar a una segunda evaluación.

En este sentido, se insiste en que el demandante no puede afirmar que ya adquirió el derecho de ser ascendido al grado de General de Brigada, por el simple hecho de haber sido evaluado favorablemente por el Tribunal de

Selección en la primera oportunidad, pues tal derecho requiere para su perfeccionamiento de la determinación positiva o favorable del Presidente de la República en su carácter de Comandante General de la institución castrense. En consecuencia, esta Sala comparte los argumentos aducidos por la autoridad demandada, ya que el demandante ha interpretado de forma incorrecta la normativa militar, al entender que con la resolución favorable del referido Tribunal se encontraba frente a un derecho cuyo cumplimiento podía pretender hacer exigible de parte de la referida autoridad.

Como producto de las anteriores consideraciones, es conveniente concluir que, la omisión de la autoridad demandada de otorgar el grado de General de Brigada al peticionario, no ha vulnerado el derecho de ascenso, pues éste no era titular de tal derecho sino simple y sencillamente tenía una expectativa de ser ascendido a dicho grado.

Además, es oportuno aclarar que respecto a la sanción de postergación sin procedimiento previo que aduce el actor en su demanda, por entender éste que la falta de pronunciamiento del Comandante General respecto de la primera evaluación que realizara el Tribunal de Selección equivale a la misma, no consta en autos prueba que evidencie la adopción de la mencionada sanción en los términos señalados, por lo que, siendo así, corresponde sobreseer el proceso respecto de tal argumento.

POR TANTO: A nombre de la República, y en aplicación de los artículos 32 al 35 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, esta Sala **FALLA:** (a) declarase que no ha lugar el amparo solicitado por los abogados Roberto Girón Flores y Miguel Arturo Girón Flores, en su calidad de apoderados judiciales del Coronel David Victoriano Munguía Payés, contra omisión del Presidente de la República como Comandante General de la Fuerza Armada,

por no existir violación a su derecho de ascenso al grado de General de Brigada de su poderdante”...⁵⁴

La forma en la cual resolvió la Sala de lo Constitucional este caso, 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.

En la referida sentencia 274-2000 hay que destacar el voto disidente del Magistrado Dr. Mario Antonio Solano Ramírez quien en resumen planteo: “El Presidente de la Republica en un Estado Constitucional Contemporáneo ejerce su poder en el marco de la Constitución y dentro del límite de las competencias que en esta se le atribuyen, no mas y no menos: significa que el es un instrumento de la función soberana pero no es el soberano. De manera que no es posible atribuir al Presidente de la Republica Poderes absolutos que descansan o confirman únicamente en su origen de funcionario de elección popular, esto es también aplicable a la Asamblea Legislativa; esto quiere decir que el poder que detentan se define y limita por la Constitución del Estado, en el caso salvadoreño el art. 86 de la Constitución establece el principio de legalidad de la administración pública el cual es aplicable a los tres poderes del Estado por lo que no puede atribuirse más funciones que las establecidas en la Constitución y las leyes.

La Sala de lo Constitucional toma como base el art. 214 de la Constitución que consagra la Carrera Militar cuyo fundamento básico es la ley, es decir,

⁵⁴ Sentencia de 03-VII-2000 Amp. 274-00

que la ley se desarrolla los derechos y obligaciones complementándose con el art. 168 N° 11 Cn. que establece que corresponde al Presidente de la Republica conferir los grados militares, pero interpreta que la resolución del Tribunal de Selección es una mera recomendación que el presidente podrá aceptarla si quiere. Si el comité de ascenso ha cumplido con lo q la ley manda, sus decisiones en cuanto a los candidatos no son meras opiniones o recomendaciones, sino que constituyen el sustrato factico que da sustento a la decisión del Presidente, el cual debe culminar con el procedimiento y su alternativa no es otra que aceptar la recomendación del Tribunal de Selección cuando este responda satisfactoriamente a las exigencias del la Constitución y la ley.

Para el Magistrado Solano Ramírez existe una confusión del iter lógico en el proceso de ascenso que obliga a todos los sujetos mismos, siempre que todas las actuaciones se encuentren el marco de la ley.

Considera que se cometió un error de interpretación del art. 214 Cn. como del 168 N°11 Cn. los cuales exigen una conducta de los funcionarios, en el marco de la ley, tanto el presidente como los funcionarios responsables de la Carrera Militar deben ajustar sus decisiones y procedimientos a lo que manda la ley e interpretarla de manera coherente. Esto provoco consecuencias negativas que el fallo ha ignorado. En primer lugar hay que establecer que el Presidente confiere los ascensos de conformidad a la ley, de manera que debe apegarse a aquellos que fueron recomendados por los sujetos encargados del cumplimiento de la Carrera Militar, en tal sentido no puede rechazar, omitir, guardar silencio, aumentar candidatos, disminuirlos, ni hacer nada que no esté permitido y establecido en las respectivas leyes, pues en ese caso estaría violentando el margen de actuación que se le ha

conferido y sería un acto arbitrario y consecuentemente negación a la Carrera Militar”.⁵⁵

b) Actos políticos emanados de la Función Legislativa.

Nuestra Constitución en el art. 131 Corresponde a la Asamblea Legislativa: 19 “Elegir por votación nominal y publica los siguientes funcionarios: Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo Electoral, Presidente y Magistrado de la Corte de Cuentas de la Republica, Fiscal General de la Republica, Procurados General de la Republica, Procurados para la defensa de los Derechos humanos y miembros de Consejo Nacional de la Judicatura”.

En el ejercicio de esta atribución de la Asamblea Legislativa se crean actos políticos, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia así lo manifestó en el proceso de inconstitucionalidad Ref. 11-1994 donde se impugnaba el Decreto Legislativo 102 que contiene la elección de Magistrado Propietario y suplente del Tribunal Supremo Electoral, considera: “Este es un acto del Órgano Legislativo de naturaleza eminentemente política; es decir, un acto político, un acto de soberanía, una elección de segundo grado, que se realizo de conformidad con la atribución conferida en el numeral 19 del art. 131 de la Constitución “⁵⁶. Por lo tanto son actos políticos la elección de estos funcionarios y deben estar sujetos a control judicial, pues contienen elementos reglados. En el desarrollo de la organización de las instituciones que conforman el Estado según la Constitución, se establecen elementos reglados que deben ser respetados por la Asamblea Legislativa para tomar una decisión acerca de la persona que será elegida para ocupar el cargo de funcionario de segundo grado, tal

⁵⁵ Sentencia de 03-VII-2000 Amp. 274-00

⁵⁶ Sentencia de 24-02-1995 Inconstitucionalidad. 11-94

es el caso del Ministerio Público; El Art. 192 de la Constitución establece los requisitos indispensables entre los que aparecen una cantidad determinada de votos mínimos para elegir a los funcionarios que formaran parte del Ministerio Público, esta cantidad es de 57 votos, es decir, la mayoría calificada de los dos tercios de los Diputados electos. Este requisito puede ser controlado por la vía jurisdiccional ya que en caso de incumplimiento estaríamos en presencia de un acto político ilegal.

El caso de la elección de los Magistrados del Tribunal Supremo Electoral puede servir también de ejemplo, para ello hay que remitirnos al Art. 208 Cn. Que literalmente dice: “Habrá un Tribunal Supremo Electoral que estará formado por cinco Magistrados, quienes durarán cinco años en sus funciones y serán elegidos por la Asamblea Legislativa. Tres de ellos de cada una de las ternas propuestas por los tres partidos políticos o coaliciones legales que hayan obtenido mayor número de votos en la última elección presidencial. Los dos Magistrados restantes serán elegidos con el voto favorable de por lo menos los dos tercios de los Diputados electos, de dos ternas propuestas por la Corte Suprema de Justicia, quienes deberán reunir los requisitos para ser Magistrados de las Cámaras de Segunda Instancia, y no tener ninguna afiliación partidista”.

El Art. antecedente establece los parámetros que debe respetar la Asamblea Legislativa, pues de no hacerlo existe la posibilidad de que se impugne la elección de Magistrados, el proceso de inconstitucionalidad de referencia 11-94 que ya ha sido mencionado es un ejemplo práctico de impugnación de elección de Magistrados. El argumento de la demanda interpuesta por el Lic. Julio Alfredo Samayoa fue el siguiente: “El era miembro del Partido de Demócrata Cristiano, su partido participo en las elecciones presidenciales para el periodo del año 1994- 1999 obteniendo en esa elección el tercer lugar

y por lo tanto el derecho de tener un Magistrado titular en el Tribunal Supremo Electoral, el partido celebró su convención nacional donde se elige la terna propuesta que sería enviada a la Asamblea Legislativa, en dicha terna no aparecía el nombre de el Dr. Eduardo Benjamín Colindres, sin embargo en la sesión de la Asamblea Legislativa donde se elegirían a los Magistrados para dicho Tribunal, no se optó por la terna que había propuesto su partido, sino que se dejó en suspenso hasta la próxima sesión, pero si se eligió a los Magistrados de los restantes partidos políticos y los de la terna de la Corte Suprema de Justicia. En la sesión nueva se introdujo una pieza de correspondencia por parte de los Diputados del Partido Demócrata Cristiano donde proponían al Dr. Benjamín Colindres para magistrado titular del Tribunal Supremo Electoral bajo el supuesto que no existía una terna propuesta para el partido con base al Art. 208 inciso 2° de la Constitución lo cual no era cierto porque si se encontraba una terna que el partido había propuesto en tiempo y forma, pero existía un acuerdo entre todos los diputados de las diferentes fracciones para elegir Magistrado titular y suplente a los propuestos por esos diputados” . Por lo antes expuesto es que se impugnó el Decreto Legislativo 102, ya que violó el Art. 208 inciso 1° y 2° de la Constitución.

La Sala de lo Constitucional resolvió: “Los actos sujetos a impugnación a través de la pretensión de inconstitucionalidad han de ser necesariamente, pues, leyes en sentido material; aclarando que el adjetivo se utiliza como designación de la estructura necesaria de aquélla, generalidad y abstracción; con lo que se suscita - sólo para las disposiciones constitucionales específicamente citadas - una identificación de ley y norma general.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que en nuestro sistema constitucional existe un procedimiento de formación de ley, que le da el contenido formal al

concepto, en el cual intervienen tanto el Órgano Legislativo como el Órgano Ejecutivo, con el propósito que en las normas secundarias intervengan las entidades estatales que gozan de legitimación popular. Dicho iter legislativo se compone de varios pasos, a saber; iniciativa, discusión, aprobación, promulgación, sanción y publicación.

Tratándose del caso planteado por el ciudadano Salgado Mina, es evidente que el acto que se impugna no goza de tales características, ya que el mismo, al constituir una decisión singular se agota en su pronunciamiento; es decir, el nombramiento de funcionarios públicos por parte de la Asamblea Legislativa, si bien formalmente constituye un acto fruto de la entidad legislativa, no puede considerarse norma legislativa, aunque se la calce con el vocablo "Decreto".

Ahora bien, si no es ley, ni decreto ni reglamento, es un acto del Órgano Legislativo de naturaleza eminentemente política; es decir, un acto político, un acto de soberanía, una elección de segundo grado que se realizó de conformidad con la atribución conferida en el numeral 19 del artículo 131 de la Constitución.⁵⁷

Dentro de este caso existe un voto razonado del Dr. José Enrique Argumedo quien explica lo siguiente: "El doctor Julio Alfredo Samayoa presenta una demanda, en la que pide que previos los requisitos de la ley, se declare inconstitucionalidad del decreto Legislativo N° 102 de 29 de agosto de 1994. Dicho Decreto legislativo, carece de las características de la ley y de la del Reglamento, por lo que no es procedente la demanda, basada en inconstitucionalidad de esos cuerpos normativos. El Dr. Argumedo explica que si bien el decreto impugnado no puede ser conocido por la Sala de lo Constitucional por medio del proceso de Inconstitucionalidad; si puede

⁵⁷ Sentencia de 24-02-1995 Inconstitucionalidad. 11-94

conocerse por una vía distinta a la utilizada en este caso y que fue declarada improcedente. De manera que haciendo un análisis de esa afirmación, puede concluirse que la vía idónea que debió utilizar el ciudadano Samayoa para atacar el decreto impugnado era el Amparo.

La resolución anterior es una atribución que tiene la Asamblea Legislativa, La Sala de lo Constitucional considera que es un acto político; lo que nos interesa es el voto disidente del Dr. Argumedo pues su consideración de que la vía de la inconstitucionalidad no fue la idónea para atacar el decreto nos da la pauta para hacer un análisis sobre la idoneidad del recurso de Amparo para atacar el decreto.

En este caso concreto, debió ser el Partido Demócrata Cristiano, por medio de su representante legal quien interpusiera el recurso de Amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia con el argumento de que se les violento su derecho constitucional de proponer su Magistrado titular y suplente para en el Tribunal Supremo Electoral, esto amparado en la facultad conferida en el art. 208 Cn. tal violación la realizó la Asamblea Legislativa, de esta manera es muy probable que no se declarara improcedente la acción de Amparo y que por el contrario la Sala de lo Constitucional conociera el fondo del asunto debiendo resolver sobre la ilegalidad del acto político planteado.

4.1.2 PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

4.1.2.1 DEFINICION.

El Proceso de Inconstitucionalidad es la reclamación extraordinaria que se otorga ante la Sala de lo Constitucional⁵⁸ de la Corte Suprema de Justicia⁵⁹, quien es el ente competente cuando una ley, decreto o reglamento ha atacado algunos derechos o garantías establecidas en la Constitución asegurándose en esta forma la ejecución absoluta de las disposiciones en la Ley Fundamental. El proceso de inconstitucionalidad salvadoreño, es un control abstracto de constitucionalidad frente al tribunal competente como lo es la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por medio de un proceso de las normas consiste en la confrontación de la normativa impugnada con el texto constitucional a fin de invalidar la disposición que se estime incompatible con la Constitución, donde se establece y se regulan situaciones generales con carácter unilateral, coercitivo y obligatorio en nuestro país.

⁵⁸ Sala de lo Constitucional, integrada por cinco magistrados, que conforme al artículo 174 de la Constitución de la Republica, es el único tribunal competente para conocer los demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, los procesos de amparo y habeas corpus, y las controversias entre los Órganos Legislativo y Ejecutivo.

⁵⁹ La Corte Suprema de Justicia es el organismo rector del Órgano Judicial de El Salvador. Está compuesta por quince magistrados propietarios e igual número de suplentes. Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia son electos por la Asamblea Legislativa para un período de nueve años, renovándose por tercios cada tres años. Para la elección es necesario el voto favorable de por lo menos los dos terceras partes de los diputados electos.

Ramírez Gronda, expresa que la inconstitucionalidad es la acción que se da ante la existencia de un asunto pendiente de resolver – sea ante los tribunales de justicia o en el procedimiento para agotar la vía administrativa – en donde se considere que una norma a ser aplicada lesiona un derecho es ahí cuando la acción constituye un medio razonable para amparar el derecho considerado lesionado en el asunto principal, de forma que lo resuelto por el Tribunal Constitucional repercuta positiva o negativamente en dicho proceso pendiente de resolver, por cuanto se manifiesta sobre la constitucionalidad de las normas que deberán ser aplicadas en dicho asunto. Es la contradicción, entre una ley, decreto o resolución o acto administrativo, y una disposición constitucional.⁶⁰

La declaración de inconstitucionalidad de un acto o precepto legal se obtiene por regla general planteándola ante los tribunales de justicia.⁶¹

Los sistemas jurisdiccionales de control de constitucionalidad se subdividen en:

- a) Difuso, cuando a cualquier órgano jurisdiccional y todos ellos pueden ejercer dicho control, es decir, permite el control judicial a diferentes órganos; y b) Concentrado, en el cual el control lo ejerce de manera exclusiva un solo tribunal.

En el Ordenamiento Jurídico Salvadoreño, el control de legitimidad constitucional de las leyes y demás normas de carácter general es muy peculiar, como se menciona que en términos generales podríamos decir que

⁶⁰ Ramírez Gronda, Juan D. DICCIONARIO JURIDICO. Quinta Edición, Editorial Claridad, Buenos Aires, Argentina, 1961. Pág. 169.

⁶¹ Osorio, Manuel. DICCIONARIO DE CIENCIAS JURIDICAS POLITICAS Y SOCIALES. Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina. Pág. 374.

es predominantemente difuso, pero la verdad es que no encaja plenamente en ninguno de los sistemas típicos – difuso, o concentrado.⁶²

4.1.2.2 NATURALEZA DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante jurisprudencia sostiene que el Proceso de Inconstitucionalidad por naturaleza es un proceso constitucional, el cual tiene como finalidad verificar la confrontación normativa entre las disposiciones impugnadas y las disposiciones constitucionales propuestas como parámetro de control y emitir un pronunciamiento de carácter general y obligatorio con efectos *erga omnes*, en caso de que las primeras efectivamente vulneran derechos, principios o garantías consignados en las segundas.⁶³

El efecto *erga omnes* es el que se da a una sentencia de un tribunal, en que su opinión es aplicable a las controversias que se refieran a conflictos similares.⁶⁴

⁶² BERTRAND GALINDO, FRANCISCO y otros. Manual de Derecho Constitucional. Tomo I, Segunda Edición, Centro de Información Judicial del Centro de Justicia, San Salvador, 1996. Pág.471.

⁶⁰ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Inconstitucionalidad, Ref. 82-2010, de fecha veintiséis de enero de dos mil once.

⁶¹ MARTÍNEZ MORALES, RAFAEL. Diccionario Jurídico General. Tomo II. Iure Editores, Pág. 535

⁶² Ob. cit. Pág. 480.

4.1.2.3 PRINCIPIOS DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Los principios que regulan este proceso, han sido desarrollados por criterios de la Sala de lo Constitucional, en la Sentencia de Inconstitucionalidad, de la Ley del Impuesto para la Defensa de la Soberanía Nacional⁶⁵, tales principios son:

✓ Principio de Evidencia.

El recurso de inconstitucionalidad es de naturaleza jurídica tan especial, de trascendencia general, es necesario para que proceda una declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, que esta quebrante o viole las normas constitucionales de una manera clara, manifiesta, indudable, que la violación surja o emerja de una manera precisa e indiscutible, ajena a toda duda razonable.

✓ Principio de Estricto Derecho.

La Sala tiene circunscrita su jurisdicción a conocer y resolver dentro de los límites de lo pedido en la demanda y al análisis de los motivos, razones y fundamentos de la inconstitucionalidad alegada por el peticionario, no pudiendo por consiguiente, suplir las omisiones o sustituir las razones o violaciones alegadas. Esta facultad desde luego debe de ejercer la Sala razonablemente pues no le limita al grado de no poder hacer consideraciones o análisis de suposiciones constitucionales que se complemente necesario de los formulados por el quejoso, o van implícitas dentro de los mismos, toda vez que la norma constitucional no puede ni debe ser interpretada aisladamente, sino en armonía con el resto de disposiciones de la Carta Magna.

En los procesos de Inconstitucionalidad no pueden suplirse de oficio las anomalías de la petición del ciudadano, sino únicamente en los procesos de

Amparo y Habeas Corpus. Cabría apuntar que tal, como se ha visto , por la naturaleza de los procesos constitucionales donde está comprometido siempre el orden público y donde la finalidad primaria es la defensa de la Constitución, uno de los principios reconocidos por la mejor doctrina es dotar de amplias facultades del juzgador, incluyendo la de suplir los errores y deficiencias del demandante.

Esto, puede tener mayor sentido entre nosotros en relación a la garantía que se examina, ya que se ha otorgado acción popular para incoarla, sin exigirse asistencia letrada. Sin embargo, el enfoque de la Sala es adecuado en el sentido que tal suplencia no se puede desnaturalizar, para convertirla en promoción oficiosa del proceso por parte de la Sala. Pero tampoco debe extremarse el principio para convertirlo en un valladar formalista infranqueable. Al igual que en el proceso de Amparo, tal y como lo sostiene Enrique Vescovi, la suplencia es admisible en la etapa inicial de trámite y no al pronunciarse en la sentencia, pues entonces se violarían los fundamentos del debido proceso, un sistema flexible de prevenciones al inicio del trámite, la aplicación “iura novit curia” y la erradicación de un formalismo exagerado colocaran la cuestión en sus justos términos.

✓ Principio de Pertenencia.

Consiste “en que la Sala no está obligada a valorar todos y cada uno de los argumentos, razones o conceptos de violación alegados por el peticionario en su demanda, ni por consiguiente los que manifieste el Fiscal General de la Republica al contestar el traslado, pudiendo limitarse al estudio y resolución de lo más trascendental y pertinente al problema planteado”.

✓ Principio de Presunción de Constitucionalidad.

Toda la Ley se presume constitucional mientras el Tribunal competente no falle lo contrario de conformidad con lo demostrado en el proceso correspondiente.

✓ Otros Principios como el de Competencia, de Legalidad, Exclusividad de la Jurisdicción.

4.1.2.4 LA PRETENSIÓN EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Esta consiste en los motivos alegados por el demandante que constituyen el aspecto factico o material que constituye la causa.⁶⁶

Se exige como fundamento de la pretensión la existencia de hechos concretos que afecten la esfera jurídica del pretensor, por lo que la causa o titulo de la pretensión en esta clase de procesos radica en los motivos de inconstitucionalidad que alega el demandante.⁶⁷

4.1.2.5 PARTES EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

a) Legitimación Activa (Parte demandante)

De acuerdo a lo establecido por la Ley de Procedimientos Constitucionales⁶⁸, en su artículo 2⁶⁹ cualquier persona puede pedir la reclamación cuando una

⁶⁶ Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional. Pág. 151, 200.

⁶⁷ Ob. cit.

⁶⁸ Fue creada mediante Decreto Legislativo numero 2996, y tiene como fin garantizar la pureza de la Constitucionalidad y para mejorar la protección de los

a) Actos políticos emanados de la Función Ejecutiva.

Art. 167 Cn: Corresponde al Consejo de Ministros: 6° “Suspender y restablecer las garantías constitucionales a que se refiere el Art. 29 de esta Constitución, si la Asamblea Legislativa no estuviera reunida. En el primer caso, dará cuenta inmediatamente a la Junta Directiva de la Asamblea Legislativa, de las causas que motivaron tal medida y de los Actos que haya ejecutado en relación con esta⁷⁰”.

En el ejercicio de esta atribución del Consejo de Ministros mencionamos que puede emitirse un Acto Político, y consideramos que puede controlarse jurisprudencialmente, pero este control lo desarrollaremos con la atribución que tiene la Asamblea Legislativa, conforme al Artículo 131 Ordinal 27 de la Constitución, por que se relaciona el control judicial de ambas atribuciones. De las cuales se tiene como antecedentes los procesos de Inconstitucionalidad de Referencia 4-1960, en los cuales se impugnan los Decretos Legislativos números 3124 y 3143, por parte del Fiscal General de la Republica; asimismo los procesos de Inconstitucionalidad de referencias 4-1986 y 13-1987, en los cuales se impugnan los decretos Legislativos números 50 y 168 que contenían la Ley de Procedimientos Penales aplicables al suspenderse las garantías Constitucionales. Al igual que el proceso de Inconstitucionalidad en contra del Decreto Ejecutivo de fecha 12 de Noviembre de 1989, en el cual se suspenden las garantías fundamentales durante el mandato presidencial del Licenciado Félix Alfredo Cristiani⁷¹, para la ofensiva militar del veintinueve de Noviembre de 1989.

⁷⁰ Constitución con Jurisprudencia, Cuarta Edición, FUNDACION DE ESTUDIOS PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO (FESPAD), EDICIONES, 1997.

⁷¹ Alfredo Félix Cristiani Burkard, popularmente conocido como Alfredo Cristiani (nacido el 22 de noviembre de 1947), fue Presidente de El Salvador desde 1989 a 1994.

Artículo 168 Cn: Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la Republica: “12° Disponer de la Fuerza Armada para la Defensa de la soberanía del Estado, de la integridad de su territorio. Excepcionalmente si se han agotado los medios ordinarios para el mantenimiento de la paz interna, la tranquilidad y la seguridad pública, el Presidente de la Republica podrá disponer de la Fuerza Armada para ese fin. La actuación de la Fuerza Armada se limitara al tiempo y a la medida de lo estrictamente necesario para el restablecimiento del orden y cesara tan pronto se haya alcanzado ese cometido. El Presidente de la Republica mantendrá informado sobre tales actuaciones a la Asamblea Legislativa, la cual podrá en cualquier momento, disponer el cese de tales medidas excepcionales. En todo caso, dentro de los quince días siguientes a la terminación de estas, el Presidente de la Republica presentara a la Asamblea Legislativa, un informe circunstanciado sobre la actuación de la Fuerza Armada⁷².”

Esta atribución produjo la emisión de un Acto Político, que era el envío de miembros de la Fuerza Armada de nuestro país, pero en la emisión de este Acto participa también la Asamblea Legislativa conforme al Artículo 131 Ordinal 5 de la Constitución, porque bien es cierto que la decisión de enviar dichas tropas al exterior es tomada por el Presidente, pero se manifiesta dicha posición por medio de un Decreto Legislativo (Ley) del Órgano mencionado, por Asamblea Legislativa por lo tanto aquí se tratara de controlar este Acto Político en que participan los dos Órganos del Gobierno.

El Decreto que faculta al Presidente de la Republica el envío de contingentes al exterior, especialmente los considerandos que sirven de fundamento para la creación de la Ley Especial Transitoria para la Aplicación de la Resolución 1483 (2003) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Relativa a

⁷² Constitución con Jurisprudencia, Cuarta Edición, FUNDACION DE ESTUDIOS PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO (FESPAD), EDICIONES, 1997.

las Tareas Especiales de Paz para La Reconstrucción y Asistencia Humanitaria En Irak⁷³, que está formada por diez artículos, sin embargo de los artículos de dicha ley el uno y el dos son los que nos interesan en la investigación para hacer el análisis, si reúne los requisitos para poder impugnarse esta ley por ser contraria a diferentes disposiciones constitucionales, consideramos tomar como base la pronunciación hecha por la Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD), acerca de este decreto:

✓ El principio de Legalidad de las atribuciones de los funcionarios públicos consagrado en el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución, señala “Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades” que las que expresamente les da la Ley”. Ni el Presidente de la Republica tiene atribuciones para proponer el envío de tropas salvadoreñas a una misión en territorio extranjero, ni la Asamblea Legislativa tiene facultades para autorizar. Si leemos detenidamente dicha atribución escrita al principio de este ejemplo, observaremos que solo se refiere para la defensa de la soberanía del Estado y de la integridad del territorio, excepcionalmente para funciones de seguridad pública, por lo tanto no se encuentra facultado por la Ley Suprema, además si vemos los Artículos referentes a la Fuerza Armada desarrollados en la Constitución especialmente en los artículos 211 y 212, el primero que dicha institución permanece al servicio de la nación, por lo tanto no al servicio de intereses o funciones de las naciones extranjeras y el segundo que la misión de la Fuerza Armada es la defensa de la soberanía del Estado y de la integridad del territorio; también la Asamblea Legislativa no tiene atribución

⁷³ Fue decretada por la Asamblea Legislativa el quince de Julio de 2004 y entró en vigencia una vez publicado en el Diario Oficial, tal Publicación se realizo el dieciséis de Julio del mismo año.

constitucional Asamblea Legislativa Asamblea Legislativa para autorizar el envío de tropas salvadoreñas a cumplir misiones en el extranjero, porque el artículo 131 en su ordinal 5 que trata “Decretar, interpretar automáticamente, reformar y derogar las leyes secundarias⁷⁴”. No se puede aceptar que por medio de dicha atribución se le permita el envío, por lo que ante expuesto es que esta Fundación considera ilegal e inconstitucional esta ley⁷⁵.

En los criterios aportados, existen violaciones constitucionales por este decreto, no existe ningún fundamento de hecho ni jurídico que sirva de base al Presidente de la República ni a la Asamblea Legislativa, para que se envíe contingentes militares a un territorio extranjero, como lo establece dicha Fundación en el marco legal de la Constitución, se interpuso ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia un recurso de Inconstitucionalidad contra este decreto por parte de FESPAD, los argumentos jurídicos son los que plantea en su pronunciamiento.

b) Actos políticos emanados de la Función Legislativa.

Art 131. Corresponde a la Asamblea Legislativa, 26° “Conceder amnistía por delitos políticos o comunes conexos con estos, o por delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte”.

En el ejercicio de esta atribución puede darse la creación de un Acto Político por parte de la Asamblea Legislativa, puede darse un ejemplo en el caso de la ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz (LAGCP), donde

⁷⁴ Constitución de la República de El Salvador.

⁷⁵ Pronunciamiento de la Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD), sobre la Inconstitucionalidad e ilegalidad que consideraron existe sobre la Ley Especial para la Aplicación de la resolución 1489 (2003) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas Relativa a las Tareas Especiales de Paz para la Reconstrucción y Asistencia Humanitaria en Irak.

la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en los procesos 14-1987 y 11-1993⁷⁶, Como lo señala la jurisprudencia la Sala considera la Amnistía como un acto eminentemente político y que se encuentra inhibida de conocer de esta atribución de la Asamblea Legislativa.

Pero la Sala de lo Constitucional en los procesos de Inconstitucionalidad 24-1997 acumulado 21-1998, resuelto el 26 de Septiembre de dos mil, cambia su jurisprudencia con respecto al Control Judicial de la Amnistía y manifiesta
"Esta Sala estima necesario apartarse de la Jurisprudencia dictada en los procesos de Inconstitucionalidad 14-1987 y 11-1993, ya que de lo contrario estaría excluyendo de su competencia el control de Constitucionalidad de ciertas disposiciones o cuerpos normativos, por lo que se encuentra habilitada para el conocimiento de la pretensión planteada en los presentes procesos acumulados"

Lo cual deja por sentado, que como en este caso que la Sala puede cambiar su jurisprudencia con respecto a determinados Actos Políticos que ya ha conocido y por lo tanto puede cambiar su postura judicial si lo cree conveniente conforme al estado de Derecho.

Tomando en cuenta lo anterior, puede existir en Control Judicial de este Acto Político, que puede emitir la Asamblea Legislativa conforme a su atribución Constitucional, como por ejemplo tienen que concederse por: delitos

⁷⁶ Estos casos se resolvieron en Sobreseimiento e Improcedencia respectivamente y la Sala considero que la "amnistía constituía una forma de gracia y una derogatoria con efectos retroactivos de una norma penal; además se señaló que la potestad de conceder gracia o clemencia es una manifestación de la soberanía; y en consecuencia se trataba de un acto eminentemente político, siendo que el Tribunal encargado (la sala) del control Constitucional, no podía conocer de las cuestiones puramente políticas ya que tal situación excedería la órbita de competencia que le esta delimitada por la Constitución e invadiría el campo propio de los otros Órganos del Estado".

políticos, delitos comunes conexos con delitos políticos y delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte, según lo señalado en el Art.131 ordinal 26 Cn y Art.3 de la Ley de Ocurros de Gracias, este sería un parámetro legal para establecer si se cumplen los elementos reglados de este Acto Político, si se concediere dicha Amnistía fuera de esa competencia, se estaría en lo ilegal y por supuesto que se puede impugnar a través del Proceso de Inconstitucionalidad dicha Amnistía.

Artículo 131 Ordinal 27 de la Constitución; Corresponde a la Asamblea Legislativa “Suspender y restablecer las garantías Constitucionales de acuerdo al Artículo 29 de esta Constitución, en votación nominal y publica, con los dos tercios de votos, por lo menos de los diputados electos”

Para analizar esta atribución que puede crear un Acto Político, es necesario tomar como base el Artículo 29 de la Constitución, y para controlar este Acto Político debemos hacerlo por medio de los elementos reglados de dicho acto, porque puede darse varias situaciones, que serán:

Los votos para poder suspender determinadas garantías Constitucionales para el inciso 1° del mencionado Artículo 29 de la Constitución. Con los dos tercios de los diputados electos y suspender las del inciso 2 de dicho artículo, las tres cuartas partes de votos, por esta forma se podría controlar este decreto.

El órgano que puede suspenderla en un primer momento le compete a la Asamblea Legislativa, pero puede también el Consejo de Ministros decretar dicha suspensión conforme al Artículo 167 Ordinal 6 de la Constitución, pero bajo un supuesto legal que la Asamblea mencionada no estuviere reunida puede hacerlo, entonces el control judicial se basaría en el órgano que lo emite; y el fundamento en que se base el decreto, es decir, si de verdad existe esa situación o en caso que es guerra, invasión del territorio, sedición,

servirá de parámetro para controlar judicialmente la emisión de este Acto Político.

El recurso de Inconstitucionalidad es el pertinente para comparar si dicho Decreto Legislativo o Ejecutivo en su caso es conforme a los supuestos regulados y está conforme al parámetro constitucional que regula la suspensión de garantías constitucionales.

Artículo 131 Ordinal 32° Cn.; Corresponde a la Asamblea Legislativa: “Nombrar comisiones especiales para la investigación de asunto de interés nacional y adoptar los acuerdos o recomendaciones que estime necesarios, con base en el informe de dichas comisiones”

En el ejercicio de esta atribución puede darse un Acto Político, y podemos mencionar un ejemplo en nuestra realidad que muestra el aspecto arbitrario como se manejan los intereses políticos en la Asamblea Legislativa, es el tema en que se maneja en relación al Relleno Sanitario que utilizan los municipios de San Salvador, donde se creó una Comisión Especial en el Acuerdo N° 199, se declare su Inconstitucionalidad por violar el Art.131 ordinal 32 de la Constitución, bajo referencia 17-2001, con fecha once de diciembre de dos mil tres.

Lo atractivo en lo concerniente al proceso de Inconstitucionalidad que tomaremos como ejemplo del control de este Acto Político, es que se mantiene la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, en el sentido que puede existir un control judicial sobre los acuerdos legislativos de la Asamblea Legislativa, como se estableció en el proceso 16-1998⁷⁷, el

⁷⁷ Proceso resuelto el uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, el cual que toma como base la jurisprudencia que adoptó la Sala en el proceso 4- 1969, este fue resuelto el dieciocho de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, donde se resolvió sobre el control judicial sobre los acuerdos legislativos.

Legislativo mediante la confrontación de Comisiones Especiales, es imprescindible determinar los alcances y límites de esta actividad inquisitiva, tomando en cuenta el principio de separación e independencia de los Órganos y de la organización territorial del Estado, por lo tanto el objeto de la investigación de las Comisiones Especiales parlamentarias tiene que estar limitado por las competencias reservadas a otros órganos del Estado o a entes Públicos autónomos, vulnera tal principio angular de todo Estado Constitucional de Derecho. Es por ello que, las Comisiones Especiales, no pueden arrogarse funciones diversas de aquellas que corresponden al Órgano Legislativo”

La posición de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense, en su sentencia 1953-1997 expresa: no puede concebirse que el poder de investigación de las comisiones (...) carezca de límites (...); no podría entenderse que estas Comisiones estén por encima de otros poderes del Estado, en el sentido de que puedan avocar competencias propias de estos, ya que, precisamente uno de los límites Constitucionales del ejercicio de la potestad de investigación lo constituye el principio de división de poderes (...) de allí que tampoco la Asamblea sea un contador de los Actos realizados por los otros poderes del Estado, en el ejercicio de su exclusiva competencia Constitucional.

En el caso salvadoreño consideran en el Artículo 132 Ordinal 32, que no existe una definición Constitucional de lo que se entiende por interés nacional, por lo tanto dicho interés sirve de parámetro de legitimidad de la actuación de las Comisiones Legislativas Especiales, de tal suerte que si estas llegasen a actuar fuera de su ámbito material, estarán accionando inconstitucionalmente. Entonces, se hace necesario dar algunos lineamientos jurisdiccionales al respecto por la imprecisión Constitucional.

El concepto de interés nacional dentro de nuestra Ley Suprema puede adquirir varios significados, sin embargo para este tribunal, por interés nacional habrá que entender el interés de todos, es decir, lo que afecta al común de los ciudadanos que componen la totalidad de la comunidad, son intereses pues, de la nación en su conjunto, como ejemplo la defensa de la soberanía.

En relación puede sostenerse que el interés nacional, en sustancia es aquel conjunto de intereses de la colectividad que el poder público ha asumido como propios en fase constituyente o como poder constituido, prestándoles sus medios públicos de gestión, conservación y defensa, por ello, el interés nacional puede ser considerado como equivalente a los intereses que debe hacer valer el Gobierno Central.

La sentencia consiste en que el Acuerdo Legislativo N° 1999 de fecha veintidós de diciembre de dos mil, tiene por objeto “conformar una Comisión Especial que investigue y aporte soluciones al relleno sanitario que utilizan los municipios de San Salvador, por lo que corresponde determinar si dice asuntos es o no competencia de las Comisiones Legislativas Especiales, de modo inverso, habrá que estimar la pretensión del demandante por exceso en su cobertura material, es decir, violación a la Autonomía Municipal.”

El artículo 203 de la Constitución, señala que los municipios serán autónomos y que se regirán por un Código Municipal el cual establece los principios generales para su organización, funcionamiento y ejercicio de sus facultades autónomas, además en el artículo 204 Ordinal 3° de la misma Constitución, establece que la autonomía municipal comprende la gestión libre “en las materias de su competencia”; dichas materias están recogidas en el cuerpo normativo secundario contemplado en el art. 203 Cn.

En efecto, el artículo 4 del Código Municipal regula la competencia de los Municipios, señalando en su número 19 que estos son los responsables de la “prestación del servicio de aseo, barrido de calles, recolección y disposición final de basuras”, en sus respectivas localidades,

A partir de esta competencia, los Municipios del gran San Salvador acordaron la creación de un relleno sanitario para mitigar los efectos de la acumulación de basura en sus respectivos municipios. Siendo el relleno sanitario un sitio de disposición final de basura en el cual, bajo técnicas de ingeniería sanitaria, se depositan, esparcen, acomodan y compactan los residuos sólidos de un municipio, es claro que la creación, desarrollo y manejo de un relleno sanitario, es un asunto que se encuentra dentro de las competencias materiales de los municipios establecidas en el Código Municipal. Además, abstracción hecha de la concreción legal, el tratamiento final de la basura en cada sector de la población es un asunto que afecta de distintas formas y tienen diversas consecuencias para cada municipio, dependiendo entre otras cosas de la cantidad de habitantes, del espacio territorial y de los recursos económicos, por ello, en el ordenamiento jurídico salvadoreño, el manejo de esta circunstancia es un asunto que está dentro de las competencias locales.

La Sala de lo Constitucional declara la Inconstitucionalidad del contenido del Acuerdo Legislativo número 1999 que contraviene el artículo 132 Ord. 32 Cn, al crear una Comisión Especial para investigar un asunto que está fuera de la cobertura material de la citada disposición constitucional.

Como observamos, existe un control judicial sobre esta atribución de la Asamblea Legislativa, donde puede emitirse un Acto Político, pero tomando como base elementos reglados constitucionales en lo referente, lo que debemos entender por interés nacional e incluso existe jurisprudencia a partir

de esta sentencia lo que se deberá entender por el interés antes mencionado, compartimos el criterio en que se basó la Sala, para controlar jurisdiccionalmente este acto, el caso traído como ejemplo, podemos mencionar otra sentencia en que la Sala de lo Constitucional, demuestra un control judicial sobre la creación de Comisiones Especiales que es el proceso de Inconstitucionalidad de referencia 16-1998⁷⁸.

Las aludidas sentencias son un ejemplo para controlar los Actos Políticos o de Gobierno emitidos por los Órganos de Gobierno, el proceso de Inconstitucionalidad es viable como control de la Constitucionalidad de los Actos Políticos que crean esos órganos, es decir, desde el punto de vista del proceso de Inconstitucionalidad, pueden ser controlados y enjuiciarse tomando como base la Ley primaria, esta clase de actos especiales y por lo tanto se puede hacer respetar el Estado de Derecho de nuestro país, por medio de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, utilizando esta vía judicial.

4.2 CONTROL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Cuando hablamos de este tipo de control no referimos al proceso Contencioso Administrativo en la medida que constituye el instrumento de control jurisdiccional de los actos dictados por la Administración Pública con sujeción al Derecho Administrativo, salvedad hecha de los procesos constitucionales.

⁷⁸ Proceso de fecha de uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, referente a esta atribución de la Asamblea Legislativa de crear Comisiones Especiales.

Este tema adquiere el interés específico que representa el determinar cómo se juzgan las actuaciones emprendidas por un poder público, y en ello se contiene una tensión que subyace en todo el Derecho Administrativo:

Por una parte el sujeto que está siendo juzgado es la Administración, cuya actividad se encuentra justificada por la persecución del interés general. Tal como lo establece el Art. 1 de la Constitución de El Salvador, “el Estado está organizado para la consecución del bien común...”.

Como es propio de todos los Estados Constitucionales; no en vano el Art. 12 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 proclama: “La protección de los derechos del hombre y el ciudadano requiere una fuerza pública; esta fuerza se instituye, por tanto, para el provecho de todos y no para la propia utilidad de aquellos a quienes se les confía”. La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia respalda esta cualidad finalista del Estado como justificación misma de su existencia en su Sentencia de 19-VII-96, que afirma: “de modo figurado la Constitución habla de los fines del Estado... ya que estos fines estatales solo pueden tener como último objetivo la realización de los fines éticos de la persona humana; por tanto los órganos estatales no deben de perder de vista que su actividad siempre debe orientarse a la realización de la persona humana, tanto en su dimensión individual como social, sin anteponer a este objetivo supremo, supuestos fines de la colectividad como conjunto orgánico, o del Estado como ente superior a aquella, pues en este caso su actuación devendría en inconstitucional por vulnerar el artículo 1 de la misma.

Como podemos observar el control Contencioso Administrativo surge tácitamente de la norma suprema, ya que si bien es cierto no se establece claramente como operara el mismo pero si se plasma la necesidad de

proteger el bien común y como principal prioridad delega al Estado, que su organización este encaminada para la consecución del mismo.

4.2.1 PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En esta lógica abordaremos el tema de los Actos políticos y comenzaremos por decir que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo (LJCA) en su artículo 4 literal a) establece que no corresponde a la Jurisdicción contencioso administrativa conocer de los Actos políticos de gobierno. Sin embargo esta restricción a los poderes de la Jurisdicción contencioso administrativa, formulada en esos radicales términos, resulta contrario a los postulados básicos de un Estado de Derecho en la medida que pretende consagrar inmunidades de poder, y por consiguiente contraviene el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra la Constitución de El Salvador de 1983, debiendo determinarse pormenorizadamente como debe interpretarse este precepto a la luz de la regulación constitucional.

4.2.1.1 CONCEPTOS BASICOS

Sin embargo considerando los elementos generales del proceso contencioso administrativo; trataremos de establecer si mediante este

proceso es posible ejercer control sobre los actos políticos. Para ello conviene seguir un razonamiento provisto de los siguientes elementos:

a) Concepto de Proceso Contencioso Administrativo

Una definición muy certera acerca del proceso contencioso administrativo es la que realiza José María Diez, en su libro *El Proceso Administrativo*, y lo define diciendo: “Que es el medio instaurado para dar satisfacción judicial, con intervención de un órgano judicial y por aplicación en alguna medida de normas y principios de derecho administrativo y financiero, a las pretensiones de los particulares afectados en sus derechos subjetivos o intereses legítimos por la actividad administrativa del Estado”. Con esta definición podemos partir diciendo que es necesario que haya una insatisfacción, ya que con ella la que constituye el objeto del proceso.

b) Concepto de Acto Político

Existen ámbitos de la actuación del poder público 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. Constituyen manifestaciones de un poder que va incluso más allá de la discrecionalidad administrativa, al tratarse de una discrecionalidad de naturaleza política.

Pueden citarse Actos políticos externos e internos. Los externos son los relativos a las relaciones exteriores de la República (Art. 168.5 Cn.): la designación de embajadores, el entablamiento o la ruptura de relaciones diplomáticas, etc. Los internos son los que versan sobre relaciones políticas entre el Gobierno y los diferentes órganos del Estado, como el nombramiento de altos cargos (Art. 162 Cn.), la elaboración del plan general de Gobierno (Art. 167.2 Cn.), la conmutación de penas (Art. 168 Cn.), etc. también se considera Acto Político la declaración de los Secretos de Estado.

c) Concepto de Gobierno

En el Derecho español el conjunto de atribuciones citadas corresponden al Consejo de Ministros. Sin embargo, la Constitución Salvadoreña distribuye estas facultades entre el propio Consejo de Ministros, el Presidente de la República y la Asamblea Legislativa.

Por ejemplo el Presidente de la República es quien dirige las relaciones exteriores según el Art. 168 numeral 5 Cn. Y la Asamblea Legislativa designa a componentes de altos órganos de la República en ejercicio de poderes políticos (Art. 131 numeral 19 y 26 Cn.).

Debemos plantearnos si, en función a su naturaleza, los actos que dictan estos órganos deben de considerarse como Actos políticos de Gobierno. Debe notarse que el problema de fondo reside en la necesidad de instaurar mecanismos de control sobre determinados actos que no pueden quedar exentos de revisión judicial en un Estado de Derecho.

A fin de dar respuesta a esta pregunta conviene recordar el Art. 86.2 Cn.: “Los órganos fundamentales del Gobierno son el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial”. Por otra parte, la denominación que se ha conferido en la Constitución Salvadoreña al Título VI, que regula los poderes del Estado es la siguiente: “Órganos del Gobierno, atribuciones y competencias”. La Constitución califica por tanto como Gobierno al Órgano Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

4.2.1.2 CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Cuando hablamos de este tipo proceso no encontramos con características propios de esta disciplina jurídica, las cuales son:

- ✓ La jurisdicción Contencioso Administración constituye un sistema judicial de control de la administración, es decir, es un proceso judicial con plenitud de garantías, en el que las partes pueden discutir tanto sobre los hechos como sobre el derecho.

- ✓ Los tribunales contencioso administrativos salvadoreños se encuentran especializados en la materia, es decir, los profesionales que están asignados a estos tribunales son especialista en la rama del derecho administrativo.

- ✓ El proceso que se sustancia ante el orden contencioso administrativo goza de las mismas garantías constitucionales que cualquier otro proceso judicial.

- ✓ La necesidad de la elaboración de una ley especial que regulara esta jurisdicción.

La jurisdicción contenciosa administrativa no constituye una segunda instancia ni una vía de casación respecto de lo que previamente se hubiera actuado con ocasión del procedimiento administrativo; es un proceso judicial

con plenitud de garantías, en que las partes pueden discutir tanto sobre los hechos como del derecho⁷⁹

Lo característico de la LJCA es que la misma no regula de forma exhaustiva la totalidad de presupuestos procesales sino que se remite, a estos efectos, a las leyes procesales comunes⁸⁰

4.2.1.3 PRINCIPIOS DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Los principios que regulan este tipo de proceso son los siguientes:

- ✓ El Principio Contradictorio.

Consiste en que cada una de las partes dispondrá de los instrumentos procesales oportunos para hacer valer su pretensión de manera efectiva, y corresponde a cada parte la carga de probar los hechos cuya producción alega en su propio beneficio.

- ✓ Principio de Audiencia.

Exige la participación en el litigio de todos cuantos derechos e intereses legítimos pudieren verse afectados por la resolución judicial que recayere.

- ✓ Principio Pro Actone

⁷⁹ GAMERO CASADO, EDUARDO, Derecho Administrativo, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2001. Pág. 1-7.

⁸⁰ AYALA, JOSE MARIA., Manuel de Justicia Administrativa, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2003. Pág. 132-133.

Este principio toma con ovase en el derecho de protección jurisdiccional, consiste en que, los preceptos normativos deben de interpretarse en el sentido más favorable para la obtención de una tutela de fondo sobre las pretensiones de las partes. En su virtud deben eliminarse las trabas puramente formales que impiden o dificultan el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa.

✓ Principio de oficialidad.

Este principio, trata con esa denominación al conjunto de facultades que corresponden al juez o tribunal en orden de impulso y tramitación del proceso. Es decir, permite que determinadas acciones se pueda impulsar de oficio por parte del juez en el proceso, ejemplo admitida la demanda en el proceso de lo contencioso administrativo se impulsara de oficio.

✓ Principio Dispositivo.

Consistente, en que el Juez, una vez iniciado el proceso por las partes en lo contencioso administrativo, se inhibe de poder formular nuevas pretensiones, que las manifestadas por las partes y por lo tanto no puede aportar prueba a favor de algunas de las partes.

4.2.1.4 REQUISITOS PARA IMPUGNAR POR LA VÍA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

El proceso contencioso administrativo, se dirige contra los actos administrativos, actos ejecutados en base a reglamentos, contratos y hechos administrativos. Y para dar lugar a este proceso es necesario que se encuentren los siguientes elementos:

a) Acto definitivo.

Cuando hablamos de un acto definitivo, nos referimos a aquellos que resuelve completamente la cuestión planteada. Pero esto no quiere decir que se excluye que se interpongan los recursos de ley. En cuanto a la interposición de la acción en el proceso administrativo se requiere que el acto o contrato en merito del cual se inicia el proceso implique una decisión final del órgano administrativo. Un elemento importante es que la decisión final o el acto definitivo deben ser denegatorios de la pretensión del particular que recurre a la administración porque han sido lesionados sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

En consecuencia, podemos decir que el derecho debe ser de carácter subjetivo, publico y debe corresponder a los particulares fundamentados en la ley, entonces si la decisión es final y denegatoria que abierta la vía judicial.

b) El acto administrativo debe causar estado.

El acto administrativo causa estado cuando el acto ha recorrido toda la vía administrativa, es decir, se ha utilizado el medio de control o impugnación en sede administrativa conforme a las disposiciones que lo regula y por lo tanto se puede accionar la vía judicial. Es en consecuencia, una decisión final contra la cual nada puede argüirse en sede administrativa, por ejemplo en el caso de un decreto emanado por el órgano ejecutivo, contra el que solamente cabria un recurso de revisión. Es de destacar que en micos casos la acción judicial del particular solamente se produce después del previo reclamo administrativo, considerando un previo requisito. La ventaja del previo reclamo, es poner de manifiesto la oposición ente las pretensiones del

reclamante y de la administración, quedando así planteados los términos de la contienda que ha de llevarse a conocimiento y fallo de los tribunales. También el acto o contrato, para ser atacado por el particular debe haber causado estado, es decir, que contra la decisión denegatoria se ha interpuesto en sede administrativa todos los recursos que permite el ordenamiento jurídico vigente.

Hay que destacar que debe distinguirse las dos condiciones que hemos señalado de que la resolución implica una decisión final y que causa estado, porque mientras la resolución que causa estado se opone a la resolución susceptible de recurso en vía administrativa, la resolución final se opone al acto que por ser de trámite, no resuelve el expediente o lo hace de manera provisional. En resumidas cuentas, causan estado aquellos actos que han agotado la vía administrativa, sean definitivos, es decir finales, sean de trámite siempre que estos últimos decidan, directa o indirecta el fondo del asunto, de tal modo que pongan fin al trámite administrativo o hagan imposible su continuación.

c) El acto no debe ser firme.

Nuestra ley señala en el artículo 11, de la Ley de la Jurisdicción de lo contencioso administrativo (LJCA), los términos para que el particular pueda acudir al control judicial, pero estos términos son perentorios y una vez recurridos hacen que el acto quede firme. Es evidente que los actos administrativos no pueden quedar sujetos a revisión, predominando el principio de seguridad jurídica sobre el principio de recurribilidad.

La firmeza del acto administrativo, en consecuencia, es su irrecurribilidad por haber vencido los términos previstos por el ordenamiento jurídico para accionar. Es por eso que se dice que los actos firmes son los actos contenciosos por el sujeto afectado, sea por haber dejado vencer el término

legal o reglamentario para recurrir a la justicia, sea termino legal o reglamentario para recurrir a la justicia sea porque el sujeto afectado lo haya consentido en otra forma. Vencidos los términos, ha caducado el derecho para accionar y el acto queda firme y contra el acto firme no hay acción judicial.

d) Que el acto haya sido dictado en ejercicio de la actividad reglada o discrecional.

En términos doctrinarios existe una inclinación a sostener que el acto debe haber sido dictado en ejercicio de la actividad reglada. Se dice a este precepto que la necesidad de tal requisito es evidente porque en otro caso falta la norma, pauta o contexto que permita apreciar la ilegalidad de la resolución administrativa.

En la opinión del autor Manuel María Díez considera que: “El acto atacado en vía judicial puede emanar de la actividad reglada o de la actividad discrecional. No hay ningún problema en cuanto a los actos emanados de la actividad reglada. Vamos a considerar, entonces los que emanan de la actividad discrecional”. Considerando lo anterior, decimos que el acto, sea emanado de la actividad reglada o de la actividad discrecional, una vez dictado produce sus efectos y puede ocasionar un daño a un particular, daño que la administración debe reparar. Por tal razón si un acto discrecional afecta a un particular en el derecho subjetivo que le pertenece, entendemos que este puede ejercer contra ese acto la acción de plan jurisdiccional, a los efectos de obtener la indemnización que le corresponda. Se dice esto porque el representante judicial puede considerar el daño ocasionado por el acto sin tener que estudiar la oportunidad o la conveniencia que tuvo la administración para dictar el acto. El contenido del acto puede ser discrecional pero el juez no llegara a analizar ese contenido ya que le basta

con comprobar que el acto en si ha producido un daño, afectando un derecho subjetivo del particular de la acción, que merece indemnización.

e) Que afecte derechos subjetivos o intereses legítimos del accionante.

Es obvio que el particular no pueda accionar en vía judicial si el acto de la administración no le afecta su derecho subjetivo o interés legítimo. No habrá lesión al derecho si le falta este requisito, es decir, si no está completo y perfeccionado y es solo una simple expectativa; además el derecho subjetivo tiene que reunir las siguientes condiciones:

- ✓ Que sea propio del recurrente y no ajeno.
- ✓ Que sea de índole administrativa y no civil o penal. En materia administrativa es característico que el elemento económico sea el objeto de reclamo amparado jurídicamente.

4.2.1.5 EL CONTROL DE LOS ACTOS POLÍTICOS EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

El concepto de actos políticos y las consecuencias jurídicas que se extraen de él, choca, precisamente con esa garantía universal de la tutela judicial y constituye una excepción a la misma que cuenta con un sólido y taxativo fundamento dogmático; las resoluciones procedentes de las más alta instancia gubernativa del Estado emitidas en el ámbito de sus competencias de naturaleza política no pueden ser objeto de control alguno por los tribunales de justicia.

En todo caso esta causa de exención ha de interpretarse de forma limitada, pues existen una serie de puntos o apartados de dicha actividad política sobre los que puede recaer la actividad de control judicial: derechos fundamentales, elementos reglados, indemnizaciones económicas, entre otras⁸¹.

Ahora nos corresponde señalar el alcance del control que la jurisdicción contenciosa administrativa puede ejercer sobre los actos políticos. Dos principios contrapuestos se dan cita en este lugar: por una parte, el de protección jurisdiccional, que promueve la eliminación de ámbitos de inmunidad frente al control judicial; por otro, el principio de independencia entre los poderes del Estado, en lo relativo al ejercicio de las funciones que corresponde a cada uno de ellos, que no deben verse perturbadas por interferencias recíprocas de los diferentes poderes entre sí, salvo en aquellos aspectos que la propia Constitución establezca. Ambos principios encuentran su equilibrio reconociendo un control exclusivamente parcial de los actos políticos del gobierno. Este control alcanza a los elementos reglados que contiene todo acto político, pero no puede inmiscuirse en el núcleo de oportunidad política propio de estos actos.

En cuanto al concepto de “elementos reglados”, son aquellos requisitos formales establecidos por la Constitución y las reglas secundarias para dictar el acto político. En particular:

✓ La competencia para dictarlo (si corresponde al Consejo de Ministros no puede dictarlo el Presidente; si corresponde al Presidente no puede dictarlo la Asamblea Legislativa...).

⁸¹ AYALA, JOSE MARIA., ob.cit., pág. 151-152

✓ El resto de requisitos formales que contengan la Constitución y las leyes. Por ejemplo, en el caso de designación de personas, el hecho de que tales personas deban reunir determinadas condiciones; en el caso de declaración de los secretos de Estado, que los documentos declarados secretos puedan afectar a la seguridad o a la defensa nacional; etc.⁸²

Así, retomando los ejemplos anteriores, las designaciones de altos funcionarios que se otorgan a la competencia de los Órganos fundamentales del Gobierno exigen que las personas designadas cumplan determinados requisitos; la jurisdicción contenciosa administrativa puede controlar si la persona designada satisface efectivamente esos requisitos, pero el control judicial se detiene ahí, y no puede llegar más allá; por ejemplo no puede valorar si otra persona distinta reunía mejores actitudes para alcanzar el cargo.

En análogo sentido, el Gobierno puede declarar secretos los documentos que afecten a la seguridad del Estado, y por tanto, los tribunales podrán verificar que los documentos en cuestión afectan efectivamente a la seguridad del Estado, pues en caso contrario, sería ilegal declararlos como secretos, y los tribunales podrían anular la clasificación, al objeto de que puedan hacerse públicos y servir como instrumentos de prueba en juicio; pero si los documentos merecen la calificación de secretos, los tribunales no podrán desclasificarlos. Otro ejemplo: la conmutación de penas por el Presidente de la República exige informe favorable de la Corte Suprema de Justicia, según el Art. 168 inciso 10 Cn.; una conmutación que incumpla este requisito podría ser anulada por la jurisdicción contenciosa administrativa. Lo

⁸² GAMERO CASADO EDUARDO. Derecho Administrativo. La Jurisdicción Contenciosa Administrativa. El Acto Administrativo. Monografías. Primera Edición, San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2001. Páginas 36- 39.

propio cabe decir respecto a la designación de los Magistrados de la Corte Suprema por la Asamblea Legislativa.

Es de señalar que en el proyecto de reformas a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa se regula en cierta manera, debido a que se sustituye el art. 4 por el siguiente:

Art. 4.- No corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa:

a. Los actos políticos de la Asamblea Legislativa, del Presidente de la República, de la Corte Suprema de Justicia, el Vicepresidente, el Consejo de los Ministros (.....), salvo en lo que se refiere a sus elementos reglados y a las indemnizaciones que resultaren procedentes.

Como observamos la reforma, que se quiere hacer al art. 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, abre una oportunidad de ejercer cierto control, a diferencia de la actualidad que no puede impugnarse a través del proceso contencioso administrativo un acto político, se espera que con la reforma propuesta en la Asamblea, en el futuro la Sala de lo Contencioso Administrativo pueda controlar judicialmente los actos políticos.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Sumario: 5.1 Conclusiones 5.2 Recomendaciones

5.1 CONCLUSIONES

Al finalizar la presente investigación, se llega a las conclusiones siguientes:

- 1) En el contexto jurídico de El Salvador es necesario en muchas ocasiones el estudio específico de situaciones en las que el Derecho no establece claramente como se debe actuar conforme a Ley; una de esas situaciones son los Actos Políticos los cuales son una característica de los Estados de Derecho en los que es la Constitución la encargada de regular este tipo de actuaciones, que, aunque son ejecutadas por la misma Administración Pública no se trata de actos administrativos ya que no son conferidos por leyes secundarias de carácter administrativo sino que provienen de una competencia expresa de la Constitución.
- 2) El debate sobre la judicialización de los actos políticos ha sido abordado históricamente desde diferentes perspectivas, en tiempos remotos los actos políticos eran considerados todos aquellos provenientes o emanados por el Rey, de estos no existía control alguno, esto era comprensible teniendo en cuenta lo complejo del problema.

- 3) La concepción sobre el control de los actos políticos ha evolucionado en el transcurso del tiempo y las nuevas tendencias enseñan que el control jurisdiccional de los actos políticos es una garantía que tutela los derechos constitucionales de las personas.
- 4) Tanto en Europa como en Latinoamérica la antigua concepción de los actos políticos no sujetos a control judicial ha sido abandonada, actualmente se reconoce que estos actos deben ser controlados jurisdiccionalmente.
- 5) La Doctrina y la jurisprudencia internacional coinciden en que los llamados actos políticos emanan únicamente del órgano Ejecutivo y del Legislativo.
- 6) En El Salvador existe un criterio uniforme de parte de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en cuanto al control de los actos políticos, aun así es muy ambigua su interpretación y atenta contra los derechos conferidos constitucionalmente pues no existe la seguridad de una efectiva tutela judicial.
- 7) Para hacer efectivo el derecho constitucional de la tutela judicial efectiva es necesario realizar un verdadero control jurisdiccional de los actos políticos, pues los mismos pueden violentar en situaciones concretas algunos derechos fundamentales de la persona.
- 8) La Sala de lo Constitucional ha venido avanzando a través de la historia con respecto al control de actos políticos, pero aun así se mantiene una situación de vulnerabilidad y desventaja a los ciudadanos frente a los actos ilegales o arbitrarios tanto del Órgano Ejecutivo como del Legislativo.

- 9) Los ciudadanos en general desconocen debido a la falta de conocimiento de las normas jurídicas los mecanismos de control de los actos políticos y por lo tanto no hacen uso de los mismos aun y cuando son vulnerados en sus derechos constitucionales con acciones y omisiones de los Órganos Ejecutivo y Legislativo.
- 10) No existen de manera concreta en la norma, formas de control jurisdiccional de los Actos políticos, aunque es de reconocer que la Constitución ofrece una opción a través de los procesos constitucionales de Amparo e Inconstitucionalidad, estos pretenden el restablecimiento de los derechos vulnerados por medio de actos políticos.
- 11) Es necesaria una legislación a través de la cual se pueda determinar y aclarar conceptos relacionados a este tipo de actos y a la vez que determine de manera concisa cuales serán los procedimientos a seguir en caso de que atenten en contra de cualquier persona.

5.2 RECOMENDACIONES

Luego de manifestar las conclusiones, se exponen a continuación algunas recomendaciones que a nuestro criterio pueden ser posibles soluciones a la problemática que enfrenta el tema investigado.

- 1) Es necesario adaptarse a las nuevas tendencias de los doctrinarios del derecho que ponen de manifiesto la necesidad de controlar los actos políticos por la vía jurisdiccional para garantizar el ejercicio de los derechos constitucionales.

- 2) La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional debe adoptar un no solo un criterio uniforme en cuanto al control jurisdiccional de los actos políticos sino también necesita adaptarse a las nuevas tendencias de la doctrina tanto nacional como internacional.
- 3) Es necesario facilitar el acceso a los mecanismos de control jurisdiccional de los actos políticos para que los ciudadanos que sean agraviados con la realización de los mismos puedan hacer efectivo su derecho a la tutela judicial efectiva, logrando el restablecimiento de sus derechos violentados.
- 4) Es un hecho la necesidad de un ente jurisdiccional que puede controlar los actos políticos; pero cuando las personas se vean afectadas por la emisión de tal acto; como primer paso debe saber cuando está en presencia de un acto político y cuando se trata de un asunto puramente administrativo para luego poder accionar el Sistema Judicial.
- 5) La Asamblea Legislativa debe declarar inconstitucional el literal a del art. 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa pues constituye un obstáculo para el restablecimiento de derechos constitucionales violentados tanto por tanto del Órgano Ejecutivo como del Órgano Legislativo y atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 2 de la Constitución de la Republica.
- 6) Es necesario que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia asuma una postura más responsable y garantista de los derechos constitucionales de las personas para poder coadyuvar a la construcción de un verdadero Estado Constitucional de Derecho.

- 7) Los abogados de la república deben conocer y saber acceder a los procesos constitucionales de Amparo e Inconstitucionalidad para representar efectivamente a los ciudadanos que acudan a ellos cuando se sienten agraviados por una acción u omisión que constituya un acto político.
- 8) Es necesaria la creación de una ley especial para el control estricto de los actos políticos, donde se determine y establezca cuáles son esos actos y que hacer en caso de que atenten contra la esfera jurídica de las personas.
- 9) Se debe de determinar que instancia será la encargada de juzgar aquellas situaciones que se establezcan como actos políticos, partiendo del hecho de que se cuenta con la ley que determina el actuar frente a estos actos.

BIBLIOGRAFIA

LINARES QUINTANA, SEGUNDO V. Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, Tomo III, Editorial Plus Ultra.

BREWER CARIAS, ALLAN RADOLPH. Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana.

JORGE R. A. VANOSSI. "El Fallo "Baker v. Carr" y la Justiciabilidad de las "Cuestiones Políticas"" en "Teoría Constitucional" Edit. Depalma, 2 Vol., Buenos Aires, 1976, Vol. II.

KARL LOEWESTEIN. "Teoría de la Constitución", (trad. A. Gallego Anabitarte) Edit. Ariel, Barcelona, 1970.

ROGER PINTO. Revista de Derecho Público y de la Ciencia Política en Francia y tiene el Extranjero, Tomo LXVI N° 4, oct-dic., 1950, edita LGDJ, Paris, 1950.

CARL E. SCHWARZ. La Constitución y su defensa, Edit. UNAM, México D.F. 1984.

CHARLES EVANS HUGHES. La Suprema Corte de los Estados Unidos (trad. R. MOLINA y V. HERRERO, prólogo de A. CARRILLO F. y

apéndice de W. J. BRENNAN Jr.) FCE, 2» edic. corregida y aumentada, México DF., 1971.

LAURENCE TRIBE. American Derecho Constitucional “La prensa de Fundación S.A. 2 edit., Mineola, New York, 1988.

C. HERMAN PRITCHETT. La Constitución Americana, Topográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1965.

Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado”, Edith. Plus Ultra, 2» edición revisada, Buenos Aires, 1978, Tomo 3.

SAYAGUES LASO, ENRIQUE. Tratado de Derecho Administrativo, Cuarta edición, Montevideo 1974.

RAYMON CARRÉ. DE MALBERG. “Teoría General del Estado” (trad. J. Len Depetre) FCE, 1» edic., México D.F.1948.

JEAN RIVERO. “Derecho Administrativo” (trad. de la 9» edic.) Edita Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984.

GEORGES VEDEL. “Derecho Administrativo” (trad. J. Rincón Jurado de la 6» edic. francesa) Edit. Aguilar, Madrid, 1980.

M. HAURIOU. Compendio de Derecho Administrativo y Derecho Público, 11 edic., Sirey, Paris, 1927.

Hariou, Mauricio. Compendio de Derecho Político” 2 edic., Sirey, Paris, 1929.

LEON DUGUIT. Tratado de derecho Constitucional, Edit. E. De Boccard S., redición facsimilar de 2» y 3» edición, 5 Vol., Paris, 1928, Tome II (Teoría General del Estado).

GASTÓN JÉZE. “Principios Generales del Derecho Administrativo” (trad. de 3» edic. francesa de J.N. Millán Almagro) Edit. Depalma, 7 Vol., Buenos Aires, 1948-1950, Vol. I.

J.M. AUBY y R. DRAGO. “Tratado Contencioso Administrativo” Edit. L.G.D.J., 3 Vol., Paris, 1962.

GORDILLO, AGUSTÍN. Tratado de Derecho Administrativo. Parte General. Tomos I y II. Buenos Aires. Ediciones Macchi, 1974.

VEDEL GEORGES. Derecho Administrativo. Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar 1980.

GEORGE JELLINEK. “Teoría General del Estado” (Estudio y trad. FERNANDO DE LOS RIOS), Edit. Albatros, Buenos Aires, 1970.

J. KASPAR BIUNSTSCHLI. "Derecho Público Universal" Edith. Góngora, 2 Vol., Madrid, s.f., Vol. I.

LUDWIG GUMPLOWICZ. "Derecho Político Filos.- Fico" (premio y traducción Pedro Dorado Montero), La España Moderna, Madrid, s.f.

HANS KELSEN. "Teoría General del Estado" (trad. LUIS LEGAZ Y LACAMBRA) Edith. Nacional, 14ª edic, México DF, 1979.

MICHAEL PIAZOLO. Jurisdicción Constitucional y Cuestiones Políticas: las Cuestiones Políticas Doctrina en el procedimiento previo al Tribunal Federal Constitucional y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norte América, Editorial Ernst Vgel, Munich, 1994.

Constitución con Jurisprudencia, Cuarta Edición, FUNDACION DE ESTUDIOS PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO (FESPAD), EDICIONES, 1997.

GAMERO CASADO, EDUARDO, Derecho Administrativo, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2001.

AYALA, JOSE MARIA. Manual de Justicia Administrativa, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2003.

GAMERO CASADO EDUARDO. Derecho Administrativo: La Jurisdicción Contencioso Administrativa. El Acto Administrativo, Monografías, 1º Edición, San Salvador El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2001.

Linares, Juan Francisco. Poder Discrecional Administrativo. 1º edición, Buenos Aires 1958, Editorial Abelado-Perrot.

Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental 2º Edición, Buenos Aires 1982, Editorial Heliasta.

Hariou, Maurice, Principios del Derecho Público y Constitucional. 1º Edición, Madrid 1927, Editorial Reus.

Álvarez Gendin y Blanco Sabino, Tratado General de Derecho Administrativo. 1º edición, Barcelona 1958-1977, Editorial Bosh.

Dromi, Roberto. Instituciones del derecho administrativo 1º edición, Buenos Aires 1973, Editorial Astrea.

González Rodríguez, Miguel. Derecho contencioso administrativo colombiano 2º Edición, Bogotá 1976, Editorial Publicación de la sociedad colombiana de abogados.

Carré de Malberg. Teoría general del Estado (versión española José León Depetre). 1º edición, Editorial Fondo de cultura española 1948.

Duguit, León. Manual de Derecho Constitucional (trad. José G. Acuña) 2º edición, Madrid 1926, Editorial Francisco Beltrán. Librería española y extranjera principal.

Gastón Jeze. Los principios generales del derecho administrativo 1º edición, Madrid 1928, Editorial Reus.

Bertrand Galindo y otros. Manual de Derecho Constitucional, San Salvador 1992, Editorial Centro de investigación y capacitación Judicial.

Gamero Casado, Eduardo. Derecho administrativo 1º edición, San Salvador 2001, Editorial Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de capacitación judicial.

Linares Quintana, Segundo. Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado. 1º edición, Buenos Aires 1977-1980. Editorial Plus Ultra.

Vedel, Georges. Derecho Administrativo (Trad. De la 6º edición francesa por Juan Rincón Jurado). Madrid 1980.

Cassagne, Juan Carlos. El acto Administrativo 1º edición, Buenos Aires 1981, Editorial Abelado-Perrot.

Brewer Carias, Allan Randolph. Estado de derecho y control judicial, justicia constitucional, contencioso administrativo y derecho de Amparo. Caracas 2000. Editorial Arte.

Jellinek, Georges. Teoría general del Estado (trad. de la 2° edición alemana por Fernando de los Ríos). Buenos Aires 1973, Editorial Albatros.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia del 30 de Julio de 1897.
- Sentencia de 2-VII-98, Amp. 164-98
- Sentencia de 26-VII-1996 Amp. 4-E-96
- Sentencia de 03-VII-2000 Amp. 274-00.
- Sentencia de 24-02-1995 Inconstitucionalidad. 11-94.
- Sentencia de Inconstitucionalidad, Ref. 82-2010, de fecha veintiséis de enero de dos mil once.
- Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la sala de lo Contencioso administrativo. Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. Años 2000 y 2009.
- Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional. 2000.
- Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional. 2001.

- Quince años de la Jurisdicción Contenciosa Administrativo, publicación de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1994.

LEGISLACIÓN BÁSICA

- Constitución de la República de El Salvador.
- Ley de Procedimientos Constitucionales.
- Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- Ley Especial para la Aplicación de la resolución 1489 (2003) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas Relativa a las Tareas Especiales de Paz para la Reconstrucción y Asistencia Humanitaria en Irak.