



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Zúñiga Urbina, Francisco

Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las "Cuestiones políticas"

Ius et Praxis, vol. 14, núm. 2, 2008, pp. 1-27

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19714207>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

**CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS POLÍTICOS.
RECURSO DE PROTECCIÓN ANTE LAS “CUESTIONES POLÍTICAS”*
JUDICIAL CONTROL OF THE POLITICS ACTS.
PROTECTION OF ACTION BEFORE THE "POLITICAL QUESTIONS".**

Francisco Zúñiga Urbina**

RESUMEN

El artículo analiza que la doctrina de los actos políticos y de las “cuestiones políticas”, concebidas hoy como un anacronismo inconcibale 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 éstos 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.

ABSTRACT

The article do analyse the doctrine of acts of State and the “political questions”, conceived today an anacronism anconciliate with the Rule of Law. That’s doctrine have today an position in constitutional democracy, that permit to establish an limit at judicial control of the acts of States, when result of government’s function the State, down the modality of power exclusive the organs supreme of State, or to concern the political questions remain in the space at deliberative public of citizenship.

PALABRAS CLAVES:

Actos políticos o actos de gobierno, cuestiones políticas, no justiciabilidad, control judicial.

KEY WORDS:

Acts of States, Acts of government, political questions, no justice, judicial control.

I.- Introducción.

Un viejo tema que nos ocupa de tiempo en tiempo es el de los límites del recurso de protección, la acción constitucional por excelencia del proceso de amparo ordinario de derechos fundamentales en Chile, y que dice relación primero con la naturaleza de este proceso amparo, y segundo con la posición del Poder Judicial en particular y de los tribunales de la nación en general en cuanto vía principal para activar un control judicial de los actos de poder político estatal frente al quehacer de los demás “poderes” del Estado y las “autonomías constitucionales” tales como el Banco Central, la Contraloría General de la República, Ministerio Público, y en una versión débil de tal “autonomía” las municipalidades, gobiernos regionales y Consejo Nacional de Televisión.

La naturaleza del proceso de amparo y de los procesos de cognición sumaria, especial y cautelar, nos permiten afirmar la inidoneidad del recurso de protección para resolver cuestiones de lato conocimiento, relaciones jurídicas de derecho privado como las contractuales,

* Trabajo recibido el 4 de junio de 2008; aprobada su publicación el 24 de septiembre de 2008. Fue presentado en las Jornadas Argentino Chileno Peruanas de Derecho Constitucional, en tema abierto “Estado actual de la doctrina de las cuestiones políticas no judiciables”, realizadas en la sede de la UCA, Buenos Aires, 16 a 18 de abril de 2008.

** Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile. Correo electrónico: zdc@zdcabogados.cl

“cuestiones técnicas” involucradas en la decisión o actos de autoridades administrativas, entre otras¹.

En este marco hoy más de diez años después revisitamos el tema de la justiciabilidad de los actos políticos, revisita que nos llevó, por caminos no explorados excediendo lo relativo a los límites del proceso de amparo de derechos fundamentales, a afirmarnos en nuestras erres. En efecto, nuestro planteamiento es que la posición del Poder Judicial y de los tribunales superiores de justicia en sede protección (lo que circunscribe el alcance mismo del control judicial desplegado en el proceso como una especie de control jurídico) importan la no justiciabilidad de las “cuestiones políticas”, claramente, cuando estas cristalizan en actos o decisiones fruto de potestades o atribuciones exclusivas y constitucionales de órganos supremos del Estado o de órganos que gozan de autonomía constitucional. Tal no justiciabilidad debe ser armonizadas con el estatuto constitucional del órgano estatal autor del acto político y el estatuto de derechos fundamentales.

Ello sin perjuicio de la creciente racionalización de “cuestiones políticas” en el Estado de Derecho, como ocurre en Chile con las “cuestiones electorales” desde 1925, las que son encomendadas a la competencia de los tribunales de Justicia Electoral, y también ocurre desde la “Gran Reforma Constitucional” de 1970 a la Constitución de 1925 con los conflictos de poder que dan origen al contencioso constitucional encomendado a la competencia del Tribunal Constitucional.

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 enviable buena salud de la mano de la máxima “salus publica suprema lex est” propia de la muy moderna razón de Estado, y que se erige 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. Ello adquiere especial importancia en la medida que el recurso de protección es el sucedáneo del contencioso administrativo en nuestro país; por lo que la no justiciabilidad de las “cuestiones políticas” en sede de protección tiene una proyección de amplio espectro en el control judicial.

Para esta ocasión hemos circunscrito el análisis jurisprudencial al proceso de amparo de derechos fundamentales vía acción o recurso de protección y a los límites de éste frente a actos políticos provenientes de las cámaras del Congreso Nacional, ya que la jurisprudencia referida a actos políticos del Gobierno ha sido analizada por la doctrina nacional².

También de un modo indirecto las “cuestiones políticas” son un camino para que el Tribunal Constitucional, llamado a enjuiciar constitucionalmente actos del poder político estatal; autolímite su propio poder o mejor dicho su “competencia” basada en la Constitución (artículo 93), recurriendo a una versión débil como es la “deferencia” o “deferencia razonada” (autonomía del legislador o del órgano titular de la potestad normativa), lo que va de la mano de principios hermenéuticos de carácter general como: la presunción de legitimidad constitucional de los actos justiciables y la “prudencia”. También la exclusión de las “cuestiones de mérito, conveniencia u oportunidad” imbricadas en el acto y el órgano autor de éste de la órbita de la justiciabilidad del Tribunal Constitucional ha sido recientemente reiterado en su jurisprudencia como un límite de su competencia (STC Rol N° 608, 609, 610, 611 y 612 acum., considerando 13º)³. Lo propio ocurre con la regla hermenéutica em-

¹ Zúñiga U., Francisco: “Recurso de Protección y sus Límites. A propósito de las “cuestiones técnicas”” en Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte-Coquimbo, Año 14 N° 2, 2007, pp.131-157.

² Consultar sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 25 de enero de 1991 y de la Corte Suprema de 16 de mayo de 1991, publicadas en Gaceta Jurídica N° 131, 1991, pp. 41-45. Tales sentencias son comentadas por José Luis Cea Egaña en “Fiscalización Política o Control Judicial del Acto de Gobierno”, publicado en Gaceta Jurídica N° 137, 1991, pp. 9-34.

³ Consultar sobre “deferencia razonada” a Patricio Zapata L. “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional” Biblioteca Americana UNAB, Santiago, 2002, pp. 69 y siguientes, y a Eugenio Valenzuela S. “Criterios de Hermenéutica Constitucional Aplicados por el Tribunal Constitucional”, Edita Tribunal Constitucional, Santiago, 2005, pp. 36-45, 72-77.

pleada por el propio Tribunal Constitucional en ordena ponderar los efectos reales de la decisión jurisdiccional en el sistema jurídico, funcionamiento del sistema político institucional y Estado de Derecho, todo con miras al interés público (STC Rol N° 558, considerandos 19^a y 23^a). Además esta Judicatura Constitucional entiende que la declaración de inconstitucionalidad es una herramienta de última ratio, por lo que aplica como criterio de interpretación constitucional la “interpretación conforme a la Constitución”, de suerte de buscar una interpretación de la norma impugnada que se ajuste a la Carta Política, y sólo en el caso de no ser posible un enunciado conforme, declarar la inconstitucionalidad (STC Rol N° 29, N° 38, N° 304, N° 368, N° 420, N° 460 y N° 681).

Incluso más tratándose de las “cuestiones electorales” el Tribunal Calificador de Elecciones en el caso “Elecciones internas del Partido Radical Socialdemócrata”(Rol N° 87-2000, de 18 de diciembre de 2000), de un modo indirecto aplicó la doctrina de las “cuestiones políticas”, revocando la sentencia del Tribunal Electoral Regional, señaló carecer de competencia (material y territorial) en procesos eleccionarios internos de un partido político, materia de competencia del Tribunal Supremo de la entidad, dado que su competencia es tasada en la ley, siendo sólo procedente conocer de las reclamaciones que tengan relación con la “generación defectuosa del Tribunal Supremo de un Partido Político” (artículo 57 Ley orgánica constitucional de Partidos Políticos).

El tema adquiere especial relevancia cuando se trata de la impugnación de actos de la Administración del Estado en que el recurso de protección opera como un sucedáneo del contencioso administrativo. Debemos tener presente que formal- orgánicamente no existe ninguna diferencia de “forma” o de “órgano autor” del acto, entre un acto político y un acto administrativo, más aún a la luz de la definición legal del artículo 3º de la Ley N° 19.880; por lo que la diferencia entre actos políticos y actos administrativos es de “naturaleza” material-funcional, estriba en la configuración de una atribución constitucional, exclusiva, de un órgano supremo del Estado de dirección política (no de móvil o finalidad).

En nuestro medio Gastón Gómez Bernales⁴ anota las características acerca de los recursos de protección sobre tutela de derechos fundamentales frente a actos de la autoridad administrativa: “Como se observa, la cantidad y variedad de materias que conoce el recurso es infinita. No cabe ninguna duda que los atropellos que se corrigen por medio del RP, deben tener una vía de expresión y de solución expedita y rápida a través de medio apropiados en el Derecho Común. Tal vez debieran mejorarse las medidas precautorias, crearse una especie de rÈférÈ francés o acciones tipo injunction del Derecho inglés. Sin embargo, la formulación en el recurso de cuestiones casi exclusivamente de legalidad de la actuación administrativa, y una decisión judicial que se pronuncia sobre estos aspectos y en la que los derechos fundamentales apenas se expresan, difícilmente configuran una genuina jurisdicción constitucional ni el fondo jurídico del asunto reclama una decisión constitucional de tutela o amparo de derechos, como es la que se espera se dicte en el RP. Si se crearan tribunales administrativos estas materias serán resueltas ahí y no se requeriría el funcionamiento de la jurisdicción constitucional. Además, se infiere de las materias que conoce el RP que existe superposición entre la jurisdicción ordinaria y el RP a propósito de estos asuntos, derivada del carácter competitivo que el recurso tiene con el resto de la jurisdicción de las debilidades institucionales que presenta esa jurisdicción (lentitud, formalidad, etc). Como se propone aquí, es necesario instaurar una nueva acción constitucional destinada a la tutela de derechos fundamentales, con integridad y unidad de la interpretación de la Carta. Lo que señalo acerca de la escasa vinculación constitucional de estos casos, se ve confirmado por el siguiente análisis”.

Antes de concluir este apartado preliminar se hace necesario abordar sumariamente la doctrina del acto político y de las “cuestiones políticas”. En la doctrina publicística norteamericana la no justiciabilidad de las cuestiones políticas (“political questions”) tiene un largo desarrollo. Las “cuestiones políticas” operan como un plástico o maleable límite a la decla-

⁴ Gómez Bernales, G.: “Derechos Fundamentales y Recurso de Protección”, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2005, pp. 57-58.

ración 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 casuística 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 épocas da cobertura al activismo judicial o al “self restraint” (autolimitación) como observa agudamente la crónica constitucional de Pinto⁵. Tempranamente las “cuestiones políticas” son recepcionadas por la jurisprudencia, siendo de estilo citar el caso “Luther vs. Borden” (1849), en que el Tribunal Supremo a través de su Chief Justice Taney señaló que en una república corresponde al Congreso decidir cual 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”.

También en Gran Bretaña los actos políticos tienen su expresión muy nítida en un comodín como es el acto de Estado (“acts of State”), ligado estrechamente al peso del dogma de la soberanía del Parlamento, noción comparable a las “cuestiones políticas” (Marshall), y que invita a los jueces a no entrar a un campo vedado: la “selva política” (caso “Colegrove vs. Green”), y que incluso se proyecta a la actividad administrativa en el control de la discrecionalidad (Wade)⁶.

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, recepcionado 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 “legibus soluta”; actividad en que los actos quedan fuera del control

⁵ Loewenstein, 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 “Etats -Unis La fin du gouvernement des juges”, en Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L’Etranger Tomo LXVI N° 4, oct-dec., 1950, edita LGDJ, Paris, 1950, pp. 833- 957. También sobre la funcionalidad autolimitativa 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”, Edita 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 de A. Carrillo F. y apéndice de W. J. Brennan Jr.) FCE, 2^a edic. corregida y aumentada, México DF., 1971, pp 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 Constitutional Law” The Foundation Press Inc, 2 edit., Mineola, New York, 1988, pp 96-107. Finalmente debemos citar a C. Herman Pritchett “La Constitución Americana” Tpográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1965, en especial pp. 205-209.

⁶ Consultar a George Marshall: “Teoría Constitucional” (Traducción y prólogo de Ramón García Cotarelo) Espasa-Calpe, Madrid, 1982, pp. 147-151. Idem H. W.R. Wade: “Derecho Administrativo” (prólogo M. Pérez Olea y traducción M. Baena de Alcazar y Elena Bordón F.) IEP, Madrid, 1971, pp. 105-122.

judicial de los recursos administrativos; todo lo cual importa reivindicar el control político de tales actos⁷.

En Alemania la no justiciabilidad 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 antiformalista 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). Subyace a ambas direcciones el peso del principio monárquico, y un espacio de desvinculación a derecho en la actividad estatal, como lo observa críticamente Kelsen⁸. En Alemania el Tribunal Constitucional Federal no emplea la doctrina de las “cuestiones políticas”, sin embargo autolimita su competencia frente a actos encuadrados en relaciones internacionales o conducentes a la celebración y ejecución de éstos. Incluso más el Tribunal ha creado la “teoría de la aproximación” (Annäherungstheorie) 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 sin que con la conclusión del nuevo tratado, y que tiene su origen en la discusión acerca de la constitucionalidad del Estatuto del Sarre (Saar –Urteil, BVerfGE 4, 157 ss). En otros casos el Tribunal ha reconocido un amplio margen de apreciación al Gobierno federal: Grundlagenvertragsurteil (BVerfGE 36,1), Hess-Beschluss (BVerfGE 55,349) y Bodenreform I (BVerfGE 84.90). Además, el Tribunal Constitucional Federal ejerce una polémica competencia contenciosa sancionatoria protectiva de la norma iusfundamental de “democracia militante” que se encuadra en un campo distinto al de las “cuestiones políticas”, como es el campo de la “justicia política”.

En América Latina la doctrina del acto político ha tenido un importante desarrollo, como botón de muestra en Argentina el jurista Segundo Linares Quintana, con erudición notable en su desarrollo de la “cuestiones políticas” conexiona 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 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, acomodado o desacomodo-

⁷ En Francia cabe destacar al maestro de Estrasburgo Raymond Carré de Malberg: “Teoría General del Estado” (trad. J. León Depetre) FCE, 1^a 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 9^a 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 6^a edic. francesa) Edit. Aguilar, Madrid, 1980, pp 252- 256. También las obras clásicas de M. Hauriou: “Précis de Droit Administratif et de Droit Public”, 11 edic., Sirey, Paris, 1927, pp. 393- 401 y “Précis de Droit Constitutionnel” 2 edic., Sirey, Paris, 1929, p. 376-389 En solitario descubriendo la “obscuridad” y “confusión” de la doctrina del acto de gobierno, la opinión contraria de Leon Duguit: “Traité de Droit Constitutionnel”, Edit. E. De Boccard S., redicción facsimilar de 2^a y 3^a 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 Gaston Jèze “Principios Generales del Derecho Administrativo” (trad. de 3^a 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: “Traité de Contentieux Administratif” Edit. L.G.D.J., 3 vol., Paris, 1962, Vol I pp. 71-89, y como fuente de consulta jurisprudencial de M. Long, P. Weil y G. Braibant “Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative”, Sirey, 5 edi., Paris, 1969, en especial pp. 14- 21.

⁸ En Alemania la obra clásica de Georg Jellinek “Teoría General del Estado” (Estudio y trad. Fernando de los Ríos), Edit. Albatros, Buenos Aires, 1970, pp. 467-471. Idem J. Kaspar Blunstschli: “Derecho Público Universal” Edit. Góngora, 2 vol., Madrid, s.f., vol. I, pp. 201 y ss, y Ludwig Gumplowicz : “Derecho Político Filosófico” (proemio y traducción Pedro Dorado Montero), La España Moderna, Madrid, s.f., pp. 280-281. Una crítica demoledora a las direcciones formalista y antiformalista en Hans Kelsen: “Teoría General del Estado” (trad. Luis Legaz y Lacambra) Edit. Nacional, 14^a edic, México DF, 1979, pp.319-322. Para la jurisprudencia citada consultar a Michael Piazolo: “Verfassungsgerichtsbarkeit und politische Frage: die Political Question Doktrin im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht und dem Supreme Court der USA”, Verlag Ernst Vögel, Munich, 1994.

dado, 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 Unidos 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 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 en manera alguna 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 exentas del control judicial, cayendo dentro del campo de la responsabilidad política ante el electorado, en función del principio de la separación de los poderes”⁹.

A modo de colofón sobre la prudencia política como elemento basal 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, lo oportuno y lo inoportuno, 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”¹⁰.

Complementario a las cuestiones políticas no justiciables, 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 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 sólo 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, deferida por la Constitución a los tribunales también como facultad propia, peculiar, singular y exclusiva de éstos. 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”¹¹.

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 excedería su ámbito específico y constitucional si

⁹ “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado”, Edit. Plus Ultra, 2^a edic. revisada, 9 vol., Buenos Aires, 1978, Tomo 3, pp. 467-468.

¹⁰ Ob. cit. pp. 468-469.

¹¹ Ob. cit. p. 514.

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 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 habría 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”¹².

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.

No pretendemos en este trabajo, lo imposible, reelaborar la doctrina del acto político y de las “cuestiones políticas” sino sólo dar cuenta de ésta, tratándose de actos parlamentarios dispuestos en el ejercicio de potestades del Congreso Nacional y sus cámaras, y de los límites que tiene el proceso de amparo de derechos fundamentales, para hacer operativo un control judicial de este tipo de actos. Lo demás, que sostenemos en este trabajo es simplemente un esbozo preliminar-provisional acerca de la doctrina del acto político y de las “cuestiones políticas” como eje ordenador de la relación control judicial lato sensu y actos de los “poderes” del Estado.

Una última cuestión preliminar que sólo enunciamos es que desde posiciones judicialistas que afirman la plenitud del control judicial de todos los actos del poder político, no se está situado en el campo del Estado de Derecho sino del Estado Judicial, careciendo las Jedicaturas de la legitimidad como para sustituir el espacio que le corresponde al control social y al control político del poder, y a mayor abundamiento careciendo el proceso y el tribunal – siendo el control judicial una especie de control jurídico- de la idoneidad para someter a control los actos políticos.

II.- Control Judicial.

En este apartado es menester retornar al tema que sirve de base a este trabajo y hacer un breve excursus acerca del recurso o acción de protección como una garantía procesal que instaura un proceso de amparo de derechos ante la jurisdicción ordinaria y que opera a un sucedáneo anómalo del contencioso administrativo, y por tanto como un control judicial de la potestad reglamentaria del Presidente de la República y de la potestad administrativa.

En nuestro ordenamiento jurídico el control judicial es pleno, que peca de cierto activismo judicial, y que encuentra en el recurso de protección, y en menor medida en el recurso de amparo económico, los sucedáneos anómalos del contencioso administrativo. Todas las determinaciones que tome la Administración del Estado son revisables en sede judicial y en todos sus aspectos (control de la competencia, de la investidura regular, del cumplimiento de las formas procedimentales, fundamentos de los hechos invocados, su calificación y apreciación, la proporcionalidad y la razonabilidad de la medida, etc.), ya que la misma Constitución ha tenido que consagrar una única excepción muy limitada (art. 45 en virtud del cual durante los estados de excepción constitucional los tribunales no pueden entrar a calificar los motivos de hecho invocados por la autoridad para adoptar dichos estados de excepción).

¹² Ob. cit. p. 521.

En la actualidad hay un sistema de control judicial en que cabe distinguir tres situación: a) Asuntos en que los tribunales ordinarios son competentes por texto expreso. Ej.: la reclamación por el acto expropiatorio; b) Asuntos en que son competentes tribunales especiales por mandato expreso de ley. Ej.: el Tribunal de Cuentas; y c) Asuntos en que son competentes los tribunales ordinarios por mandato constitucional producto de la reforma de 1989 (artículos 38 inciso segundo y 76 de la C.P.R.), en que caben la acción reparatoria a que se refiere el art. 38 de la Constitución y la anulatoria que se configura por los arts. 7º y 19 N° 2, N° 3 y N° 24.

Este control judicial de la potestad reglamentaria, integra nuestro sistema de jurisdicción constitucional, específicamente como control jurisdiccional de eficacia de derechos fundamentales, sumado a los recursos o garantías procesales de amparo, libertad , amparo económico y el mencionado recurso de protección, lo que no excluye además, la existencia de otras acciones de rango constitucional que de manera directa o indirecta tutelan derechos frente al Estado Administrador, Estado Empresario, Estado Juez y Estado Legislador¹³. Esto nos permite incluir como remedios tutelares de derechos un conjunto de acciones especiales o extraordinarias de naturaleza cautelar en que se ejerce la potestad conservadora de tribunales ordinarios de justicia, a saber: acción de nulidad de Derecho Público, (art. 6º, 7º, 19 N° 3 y art. 38 inciso segundo de la Constitución Política de la República), contencioso administrativo de expropiación (art. 19 N° 24, incisos tercero y siguientes Constitución Política de la República y D.L. N° 2186, de 1978, que aprueba Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiación), recurso especial de reclamación en materia de nacionalidad (art. 12 Constitución Política de la República); recurso de amparo económico (art. 19 N° 21 y artículo único Ley N° 18.971); acción indemnizatoria por error judicial (art. 19 N° 7, letra i); y acción de inaplicabilidad (art. 93 N° 6 Constitución Política de la República).

En otro lugar ya hemos estudiado al control jurisdiccional de eficacia de derechos fundamentales bajo el imperio de las Constituciones del siglo XIX hasta 1925, y la importante existencia de un recurso de protección de tutela de derechos individuales (1823-1875) y también, se estudió el control jurisdiccional de la libertad personal y seguridad individual que se instrumenta mediante el recurso de amparo o habeas corpus. En consecuencia, la inserción de la acción constitucional de protección en este estudio monográfico reconocen una línea de continuidad garantista notable en nuestra historia que entronca con nuestra rica aunque formal tradición constitucional liberal.

En hilo de continuidad con el Acta Constitucional N° 3 (art. 2º, D.L. N° 1.552, de 1976) se consagró el recurso de protección, texto que pasa al artículo 20 de la Constitución Política de la República de 1980. Los anteproyectos fueron elaborados en la Universidad de Chile por una Comisión presidida por Jorge Guzmán D. y un anteproyecto de los profesores Jaime Navarrete B. y Eduardo Soto K., siendo éste último anteproyecto (Navarrete - Soto) el utilizado en la CENC y el Constituyente autoritario.

Contra el lugar común en orden a lo “original” o “novedoso” de este recurso, sostenemos que su existencia se remonta a la Carta Moralista 1823 y pervive como acción de tutela de derechos individuales hasta 1875.

En cuanto al recurso de protección, en nuestro medio el procesalista Hugo Pereira sostiene: “su naturaleza es análoga a la del Habeas Corpus, en cuanto es una demanda de protección de los derechos constitucionales que instaura un proceso autónomo de naturaleza pública, por forma y contenido; tiene carácter de urgencia para el pronto restablecimiento del orden

¹³ Tavolari O., Raúl: "Hacia la Tutela Eficaz de los Derechos Humanos por la Jurisdicción: Una Perspectiva desde el Derecho Chileno, referida al Habeas Corpus". En libro colectivo: "Garantías Jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica". Edit. UNAM, México, 1992, Pág. 375-408. Idem Lautaro Ríos A.: "Delimitación del Recurso de Protección frente a otras acciones constitucionales protectoras de derechos fundamentales", libro colectivo: "Acciones Constitucionales de Amparo y Protección: Realidad y Prospectiva en Chile y América Latina", U. Talca, 2000, pág. 119.146.

jurídico perturbado o amenazado; se dirige a impugnar actos u omisiones arbitrarios o ilegales que lesionen los derechos fundamentales expresamente previstos en la norma constitucional, sea que emanen de autoridades o de simples particulares, deja a salvo los demás derechos que el perjudicado pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales competentes; los tribunales llamados a conocer de esta acción deben adoptar las medidas conducentes para la protección del afectado, y el titular de ella pueden ser personas naturales o jurídicas o grupos de personas que carezcan de entidad jurídica, atendidos los vocablos "el que" con que se inicia el precepto transcrto (art. 20)¹⁴.

Un "factor de competencia" es la arbitrariedad o ilegalidad de una acción u omisión con agente indeterminado y un segundo factor es la urgencia de la tutela de derechos. Paillás, indica que los actos arbitrarios o ilegales se producen de dos maneras a) vías de hecho y b) desconocimiento de un derecho indubitado o no seriamente controvertido. En la vía de hecho, el restablecimiento del derecho corrige una situación fáctica que conculca o vulnera el derecho tutelado, mandando poner fin a una "medida de compulsión", una "orden de no hacer", sin pronunciarse sobre el fondo del derecho. En el desconocimiento de un derecho indubitado, lo que exige que el tribunal pondere la "prueba" rendida para calificar al derecho (apreciación en conciencia), es decir, por la fuerza de persuasión racional de los medios (art. 426 inciso segundo Constitución Política de la República y art. 1.700, 1.702, 1.709 y 1.713 Código Civil)¹⁵.

En cuanto a los presupuestos del recurso de protección, Verdugo y Pfeffer los sistematizan en: "1) acción u omisión ilegal o arbitraria; 2) que como consecuencia de ello se derive la privación, perturbación o amenaza del legítimo ejercicio de un derecho, y 3) que ese derecho se encuentre comprendido entre los que en su enumeración taxativa señala el artículo 20 de la Constitución"¹⁶.

Los conceptos de ilegalidad y arbitrariedad para la jurisprudencia son modalidades de antijuridicidad, que operan en el campo de las potestades - actos reglados y discrecionales respectivamente; pudiendo ser agente o sujeto activo de la acción u omisión cualquier persona u órgano del Estado, con exclusión de las sentencias de los tribunales de justicia, actos legislativos y actos políticos, exclusiones formuladas como regla general que admiten importantes excepciones en nuestra jurisprudencia¹⁷. Así ejemplarmente la Corte Suprema en sentencia de 05 de julio de 1996 señala "(...) Ilegalidad y antijuridicidad son nociones distintas, lo ilegal es contrario al texto, al precepto legal; antijurídico es lo contrario a derecho, al ordenamiento jurídico globalmente considerado. El recurso de protección está destinado a "re establecer el imperio del derecho y la seguridad del ofendido", dentro del ámbito señalado por la propia Constitución, esto es frente a actos u omisiones "arbitrarios o ilegales" que afecten a los precisos derechos constitucionales que taxativamente enumera y no a otros; ello ha de entenderse en el marco establecido por el artículo 7º de la Carta Fundamental, que impone la obligación tanto a los órganos del Estado como a las personas, de que desarrolle sus actuaciones "dentro de la competencia y en la forma que prescriba la ley" lo que debe extenderse también en la forma de proteger los derechos y reclamar su respeto. El recurso de protección controla sólo la legalidad no la juridicidad, ésta última...debe determinarse en el procedimiento pertinente..., toda vez que la acción inherente al recurso de protección es de naturaleza esencialmente cautelar, sumaria y no contradictoria" (Rol N° 34024).

Ciertamente, el presupuesto de privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de un derecho, son modalidades de grado diferenciado de conculcación o "menoscabo" de derechos fundamentales que son ejercidas en el marco del ordenamiento jurídico, puesto

¹⁴ Pereira A. H.: Ob. cit. pág. 355.

¹⁵ Paillás, Enrique: "El Recurso de Protección ante el Derecho Comparado". Edit. Jurídica de Chile, Stgo, 1990, pág. 74-88.

¹⁶ Verdugo, Mario y otros: Ob. cit., tomo I, p. 333.

¹⁷ Soto K., Eduardo: "El Recurso de Protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia". Edit. Jurídica, Stgo, 1982, pp. 12-18, 23-49.

que la ley puede establecer limitaciones a dichos derechos y la autoridad administrativa puede imponer restricción o suspensión de dichos derechos en estados de excepción constitucional.

El último presupuesto exige que los derechos fundamentales conculcados estén incluidos en el catálogo del art. 20 de la Constitución Política de la República, que excluye los "derechos sociales", pero que nuestra jurisprudencia ha interpretado en términos amplios; en especial por la vía en el pasado reciente de propietarizar derechos subjetivos conforme al art. 19, N° 24, de la Constitución, como ocurre señaladamente con la jurisprudencia relativa a contratos de salud previsional.

La titularidad de la acción (legitimación procesal) corresponde a cualquier persona natural o jurídica, e incluso grupo de personas ("el que...") que sufra un menoscabo en el legítimo ejercicio de un derecho tutelado; es decir, debe existir un interés directo, sin perjuicio de que recurra el afectado por sí o por cualquiera a su nombre, entendiéndose que debe tratarse de persona hábil para comparecer en juicio y contar con la aquiescencia del que sufre el agravio (S.C.S. R.D.J., t. 85, de 7 de junio de 1988, secc. 5^a, p. 225; S.C.S., R.D.J., t. 79., secc. 5^a, p. 224). El recurso de protección no es una acción popular, sino una acción de tutela de derechos específicos (S.C.S. R.D.J., t. 84, Secc. 5^a, p. 162; S.C.S., R.G.J, N° 110, p. 110; S.C.S., R.D.J., R.t. 86, Secc. 5^a, p. 121).

Acerca del tribunal competente y el procedimiento, cabe de manera sumaria señalar:

Conforme al artículo 20 de la Constitución Política de la República el tribunal competente es la Corte de Apelaciones respectiva. El Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema de 1977 dictado por éste Tribunal previa habilitación de Acta Constitucional N° 3 (art. 2º inciso final) estableció el mecanismo de doble instancia, que el Auto Acordado de 24 de junio de 1992 y sus modificaciones mantienen.

El Auto Acordado de 1992 modificado el 2007 establece un plazo fatal de 30 días para interponer el recurso de protección ante la Corte de Apelaciones respectiva, en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasiona el agravio, contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión, según la naturaleza de éstos, desde que se hayan tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos.

El recurso de protección se puede deducir por cualquier vía (escrito, papel simple, telex, telégrafo) por el afectado o por cualquiera a su nombre, capaz de comparecer en juicio, aún faltando mandato especial.

Del recurso acogido a trámite en cuenta por la Corte de Apelaciones, se ordenará informe al recurrido por la vía estimada más rápida y efectiva, fijándole un plazo breve y perentorio; sin perjuicio que el recurrido solicite una ampliación del plazo para informar. Con informe o en silencio del recurrido, la Corte ordena autos en relación, agregando extraordinariamente la causa en la tabla del día subsiguiente, previo sorteo, si hubiera más de una Sala. La Corte de Apelaciones podrá decretar orden de no innovar (ONI) y diligencias para un mejor acierto del fallo (medidas para mejor resolver). Las personas, funcionarios u órganos recurridos podrán hacerse parte en el recurso de protección.

La sentencia de la Corte de Apelaciones es sentencia definitiva, y en ella se apreciarán en conciencia los antecedentes y las probanzas producidas. La sentencia de la Corte de Apelaciones es apelable para ante la Corte Suprema dentro del plazo de 5 días hábiles, contados de la notificación personal o por el estado. No procede la casación. El recuso de apelación debe ser fundado y con peticiones concretas. Ingresado el recurso en la Corte Suprema, se le designa relator, se ordena la cuenta preferente en la Tercera Sala o Sala que corresponda del supremo tribunal, "la cual si lo estima conveniente, se le solicita con fundamento plausible y especialmente cuando se le pide de común acuerdo por recurrente, recurrido y quienes hayan sido considerados como partes en el procedimiento, podrá ordenar que sea re-

suelto previa vista de la causa, disponiendo traer los autos en relación, evento en el cual el recurso se agregará extraordinariamente a la tabla respectiva de la Sala que corresponda” (7º).

Hemos sostenido que la acción de protección tiene una naturaleza análoga al habeas corpus (Pereira) en cuanto es una demanda tutelar de derechos fundamentales que “instaura un proceso autónomo de naturaleza pública”, por forma y contenido, tiene carácter de urgencia para el pronto restablecimiento del orden jurídico perturbado o amenazado...”.

Sin embargo, se discute en la doctrina la naturaleza de la acción - procedimiento, y de aceptarse la tesis de la naturaleza cautelar, el alcance y efecto de la sentencia es limitado, no pudiendo incorporar derechos consolidados al “patrimonio”; dado que es “sin perjuicio de los demás derechos” que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. En cambio de aceptarse la tesis de la naturaleza principal-declarativa de la acción-procedimiento la sentencia tendrá un alcance y efectos permanentes.

También es fuente de debate doctrinal la autoridad de cosa juzgada formal de la sentencia en sede de protección, Paillás sostiene: “hay que precisar que la sentencia que se pronuncia sobre el fondo puede darse únicamente si se trata de la segunda forma de producirse el acto arbitrario, esto es, el desconocimiento de un derecho indudable o no seriamente controvertible, pues, tratándose de la primera forma o vía de hecho, simplemente se repone una actuación material, se restablece un status quo, pero nada se dice sobre el fondo”. Agrega Paillás: “No hay peligro que el recurso de protección sea una acción invasora, que menoscabe el derecho de las partes a una adecuada defensa (...). Y la dificultad para solicitar pruebas - sólo pueden aportarse antecedentes o documentos por el actor al presentar el recurso, o por la parte contraria al dar su informe - tampoco causa mengua al derecho de defensa, pues en el recurso de protección el derecho invocado no aparece claramente establecido o existe una controversia seria al respecto y es necesario probar hechos, debe irse a los juicios regulados en el Código procesal pertinente. Si bien en el caso del recurso de protección la cosa juzgada del fallo puede derivar es sólo formal y no material, de acuerdo con el precepto del artículo 20, no es posible entablar un nuevo recurso de protección para tratar de alterar lo resuelto en otro anterior. En tal emergencia, la decisión cobra un carácter inadmisible”¹⁸.

Dada la “elefantasis” del recurso de protección - con peligro a sustituir vías procesales ordinarias - en la práctica la naturaleza cautelar de la acción procedimiento, se ha perdido en cierta medida, constituyéndose en una vía inidónea para consolidar derechos.

Los gruesos temas planteados están pendientes es nuestra dogmática procesal y constitucional destacando en nuestro medio Tavolari, quien ha realizado un esfuerzo dogmático procesal por integrar la potestad cautelar en la jurisdicción, fundándola en el artículo 76 y artículo 19 Nº 3 de la Carta de 1980¹⁹. En suma no debe perderse de vista en esta materia una premisa teórica elemental: la tutela de derechos e intereses legítimos, agrega a los procesos declarativo y ejecutivo, el proceso cautelar, como tercer pilar de un derecho a la tutela efectiva. De este modo el Derecho Procesal Constitucional tiene un centro de gravedad en la garantía del derecho subjetivo público emanado de la Constitución estatal, dimensión garantista que ha permitido introducir la potestad cautelar: proceso - acción, como integrante de la Jurisdicción Constitucional.

En el contexto de la “elefantasis” del recurso de protección éste se transforma en una sucedáneo del contencioso administrativo, ya que en el proceso de amparo de derechos fundamentales se pueden impugnar actos ejecutivos (actos administrativos, decretos, reglamentos) que causen lesión a derechos amparados y que adolezcan de antijuridicidad; es decir, que en sus componentes reglados y discretionales infrinjan el bloque de legalidad. De este

¹⁸ Paillás, Enrique: Ob. cit. pág. 90-91.

¹⁹ Tavolari Oliveros, Raúl: “Protección Constitucional y Cautela Judicial (La orden no innovar en el recurso de protección)”. Gaceta Jurídica N° 148, 1992, pág. 7-29, en especial 8-16.

modo los actos que emanan de la potestad reglamentaria son sometidos a control judicial, precisamente por la vía del recurso de protección, lo que es reforzado por la ausencia de una justicia administrativa. Este sucedáneo es anómalo ya que el proceso de amparo permite heterocomponer conflictos de lato conocimiento entre administrados y Administración, sin que la vía procesal resulte idónea.

A pesar de la anotada “elefantiasis” del recurso de protección, como vía principal para ejercer un control judicial de los actos del poder, se han consolidado en la doctrina y jurisprudencia límites a la justiciabilidad de los actos del poder derivados de la naturaleza del proceso de cognición sumario y extraordinario de que es la acción de protección (proceso de amparo de derechos fundamentales) como ocurre con la no justiciabilidad de las cuestiones de lato conocimiento (derechos subjetivos privados, relaciones contractuales y relaciones jurídicas de derecho privado en general) y de las “cuestiones técnicas”; y además derivados de la naturaleza del control judicial y posición del Poder Judicial y sus tribunales se consolida un límite a la justiciabilidad de los actos del poder vía recurso de protección tratándose de los “actos políticos” y de las “cuestiones políticas”.

III.- Recurso de Protección y no justiciabilidad de las “cuestiones políticas”.

En Chile la doctrina del acto de gobierno ha dado cobertura a la no justiciabilidad de las cuestiones políticas siendo un desarrollo tradicional del tema el planteado por Cea Egaña para quién el acto de gobierno decide “cuestiones excepcionales que interesan a lo público, orientando al Estado, dirigiendo a la sociedad política, pronunciándose sobre los intereses nacionales, internos y externos o resolviendo con prontitud y ante circunstancias no previstas, en materias trascendentas de relevancia general para el país”²⁰. Inevitablemente en el enfoque de Cea Egaña el acto de gobierno o acto político emerge ligado a las atribuciones de naturaleza gubernativa o política del Presidente de la República consignadas en el artículo 32 de la Constitución y que plasman la prudencia y discrecionalidad de la actividad política. Este planteamiento no permite diferenciar formal y claramente esta categoría de acto político o acto de gobierno con la de acto administrativo, predominando un concepto orgánico formalista en la materia.

Lo expuesto hace necesario dar cuenta del acto político o acto de gobierno como categoría material funcional, en que la función gubernativa o política corresponde a la dirección política del Estado y a la fuente constitucional privativa del poder jurídico que cristaliza en este tipo de acto, no quedando reducida a los confines del Gobierno y su jerarca el Presidente de la República titular de atribuciones exclusivas de tipo político. En términos más precisos a pesar del régimen político presidencialista, la dirección política del Estado, con un grado apreciable de discrecionalidad, corresponde al Gobierno y al Congreso Nacional.

En este orden de ideas, la jurisprudencia en sede de protección o amparo de derechos fundamentales comentada en este trabajo nos permite abrir el concepto de acto político o acto de gobierno a las funciones de poder político de dirección política del Estado, en las que aún en un régimen presidencialista son compartidas por el Gobierno y el Congreso Nacio-

²⁰ Cea Egaña, José Luis: “Fiscalización política o control judicial del acto de gobierno”, Gaceta Jurídica N° 137, noviembre 1991, p. 15. Idem “Teoría del Gobierno” Ediciones Universidad Católica de Chile, PUC, Santiago, 2000, pp. 133-170, en especial pp. 167-170. El planteamiento de Cea Egaña se funda en la definición del jurista argentino Carlos S. Fayt para quien “Lo que caracteriza a la función política es su autonomía de iniciativa y su libertad de acción. Esa actividad formalmente libre, materialmente condicionada sólo por preceptos constitucionales, no sujeta en principio a contralor jurisdiccional sino al político, tiene en el Poder ejecutivo, por la continuidad en el ejercicio de su función, los medios e instrumentos de acción, y la acumulación de información, una expresión efectiva, en cuanto actividad discrecional” (...) “En efecto, lo que precisamente distingue al acto político es que se encuentra libre de condicionamiento previo de carácter legislativo, cumpliéndose en un marco de autonomía y libre acción del que carecen los demás actos, pero sujetos a prescripciones de orden constitucional, que determinan la esfera de competencia dentro de la cual esa autonomía y libre acción pueden y deben desenvolverse” (pp. 87 y 88). Consultar de Fayt “Derecho Político” Edit. De palma, 7^a edic., 2 vol., Buenos Aires, 1988, vol. II pp. 87-88. Otro desarrollo a destacar es el Jorge Precht P.: “Gobierno y Administración en la Constitución de 1980. Acepciones y Radicación Orgánica”, Gaceta Jurídica N° 67, 1986, pp. 13-27.

nal y que son fruto de atribuciones exclusivas de fuente constitucional, como las expedidas en el marco de iter legis en ejercicio de la potestad legislativa o las adoptadas en el despliegue de un “impeachment” en ejercicio de una potestad de justicia política.

Por ello discrepamos críticamente del criterio reductivo que observa en nuestro medio Cazor Aliste al enunciar las cuatro características del acto de gobierno y su control judicial:

- a) El acto de gobierno –a diferencia de España- es de atribución exclusiva del Presidente de la República, en su calidad de Jefe de Estado y supremo administrador (artículo 24). Desde este punto de vista, todo acto de gobierno es un acto del Gobierno (es decir, del Presidente de la República exclusivamente), pero no puede ni debe confundirse el acto de gobierno con los actos del gobierno (que pueden emanar, además del Presidente de la República, también de sus colaboradores directos, tales como los Ministros de Estado, los Subsecretarios, Intendentes, Gobernadores, etc.)
- b) La atribución constitucional de competencias del Jefe de Estado para dictar actos de gobierno de conformidad al artículo 24 de la Carta Fundamental, justifica el establecimiento de una “reserva de Gobierno” frente a los demás poderes, especialmente ante el Legislativo. Por esta razón, este tipo de actos, por su naturaleza, reflejan también en Chile el claro principio de separación de los poderes de su régimen presidencialista y, por tanto, defienden un ámbito reservado para el Gobierno, cuya atribución está inspirada en un telos específicamente político.
- c) El acto de gobierno en Chile lo es por su propia naturaleza intrínseca (es decir, es un acto de gobierno “por naturaleza”) y no por el móvil político que persiga. De ahí que se deberá examinar caso por caso la naturaleza del acto en concreto, apelando para ello a la sensibilidad jurídica casuística del órgano jurisdiccional, como asimismo a la medida de vinculación jurídica del acto que exista en el ordenamiento. Vinculación que -si no a la ley, sí al menos a la Constitución y al Derecho- existiría siempre, aunque sólo sea a través de los derechos fundamentales o de los principios constitucionales y principios generales del Derecho que rigen la actuación de todos los poderes públicos.
- d) Por último, y en relación con todo lo anterior, reafirmada la posición constitucional del Gobierno como poder, la labor de los jueces se debe necesariamente encaminar a respetar dicha autonomía o reserva constitucional, especialmente en su labor de verificación o control de los actos de gobierno. Por ello, en principio, si la potestad presidencial es de naturaleza gubernativa, se está en presencia de un acto de gobierno que, como tal, no es susceptible de revisión judicial, en cuanto atribución constitucionalmente reservada (de ahí que la jurisprudencia española hable en esta situación de una inmunidad radical de los actos de gobierno “de relación entre poderes constitucionales”)²¹.

La ligazón anotada por Cazor Aliste del acto de gobierno o acto político con el Gobierno y su cabeza el Presidente de la República sí tiene importancia, para sostener una suerte de inmunidad de poder del Jefe de Estado frente a la responsabilidad constitucional de éste frente al “impeachment” o acusación en juicio político conforme lo establecido en el literal a) del N° 2 del artículo 52 de la Constitución que circumscribe tal responsabilidad a los actos de administración. Tal inmunidad de poder repugna al la definición básica de or-

²¹ Cazor Aliste, Kamel: “Fundamentación y control del Acto de Gobierno de Chile”, Revista de Derecho N° 2, Vol. 12, Universidad Austral de Valdivia, diciembre 2001, pp. 93-114.

den republicano y democrático, como hemos tenido oportunidad de observar en otro lugar²².

En el contexto que abordamos es muy relevante citar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 26 de marzo de 1993, recaída en recursos de protección interpuestos en contra de la decisión actuando como jurado del Senado del Congreso Nacional que declara culpable en juicio político a un ex ministro de la Corte Suprema Hernán Cereceda Bravo²³. Paradójicamente la Corte de Apelaciones de Valparaíso en la sentencia primero afirma la admisibilidad del recurso de protección en contra del acto político:

8º Que, para desvirtuar los argumentos expuestos en los dos motivos que preceden, de los que se deja constancia, para el solo efecto de contrastarlos con el parecer del Tribunal, que estima por las razones y fundamentos que se expondrán a continuación, absolutamente procedentes en la forma los recursos de protección de que conoce, en cuanto por ellos se señala al Honorable Senado de la República, como autor de un acto que ha podido causar privación o perturbación en alguno de los derechos humanos esenciales o fundamentales que la Constitución Política de la República de Chile y que la norma del artículo 20, de dicho Cuerpo Legal Fundamental incluye entre los que hacen procedente el recurso de protección, que corresponden a la persona en cuyo favor se recurre, por ser aquel acto del Honorable Senado de la República en concepto de los recurrentes arbitrario o ilegal;

A) El recurso de protección, constitucionalmente así denominado, y que la doctrina procesal da en llamar acción de protección, o cautelar, es un remedio que establece la Constitución Política de la República en su artículo 20, inmediatamente después de consagrar las garantías constitucionales en su artículo 19 con el que inicia el Capítulo III relativo a los derechos y deberes constitucionales, y según expresa la norma que nos ocupa "El que por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 -y los enumera- podrá ocurrir por si o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos pueda.". De manera que el recurso de protección es un remedio de rango constitucional en favor del afectado en algunos de los derechos fundamentales que lo hacen procedente, que lo habilitan a pedir amparo o protección al que la norma designa, Tribunal que está obligado por imperativo constitucional a brindarle, de ser efectivo que se ha conculado ilegal o arbitrariamente un derecho fundamental de esta persona, la protección debida, dispensándole los remedios adecuados para restablecerlo en su derecho conculado, para lo cual la norma aludida otorga al Tribunal la más amplia libertad, pues razonablemente podrá tomar las providencias que juzgue necesarias, "para", como lo dice la disposición "restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado" misión en la cual el Tribunal actúa dotado de todo el imperio que la Constitución otorga a los Tribunales en el cumplimiento de sus resoluciones.

²² Consultar Francisco Zúñiga U.: "Responsabilidad Constitucional del Gobierno", Revista Ius et Praxis N° 2, año 12, U. Talca, 2006, pp. 473-74. Idem de Francisco Eguiguren P.: "La Responsabilidad del Presidente. Razones para una reforma constitucional" Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007.

²³ Consultar de Fernando Atria Lemaitre: "Comentario a la sentencia recaída sobre el caso Cereceda", Revista de Derecho y Humanidades, U. de Chile, 1993, Vol. 2, N° 3 y 4, pp. 229-238. También de Francisco Zúñiga U.: "Recurso de Protección y Sistema Político", Revista de Derecho N° 199, Universidad de Concepción, año LXIV, 1996, pp. 105-120.

B) Que, para determinar si es posible que el causante del acto arbitrario o ilegal, que conculta un derecho o garantía constitucional de los que caen bajo el resguardo del recurso de protección sea el Honorable Senado de la República cuando ejecuta un acto de aquellos que la Carta Fundamental ha señalado como atribución exclusiva de dicho Organismo, como es el caso de autos, en que de conformidad con lo preceptuado por el artículo 49 N° 1 de la Constitución decidió encontrar culpable de notable abandono de sus deberes de Ministro de la Excmo. Corte Suprema a don Hernán Cereceda Bravo, en cuyo favor se ha recurrido de protección, acogiendo así la acusación constitucional que también en uso de facultades constitucionales exclusivas, aprobara la Cámara de Diputados y sometiera al conocimiento del Honorable Senado, debe precisarse la amplitud que la disposición constitucional tiene en este sentido.

C) Del escueto análisis literal de la disposición en comento, resulta obvio que en ella no se señala al posible sujeto causante del agravio, por lo que desde el punto de vista de hermenéutica legal, en materia de derecho constitucional, parece evidente que no existe límite alguno, y por ende, cualquiera, en el sentido más amplio de la expresión puede ser autor del acto u omisión arbitraria o ilegal, ya sea persona o personas, naturales o jurídicas, particulares o autoridades, y éstas de cualquier rango que sean, pues la Constitución no hace distingos.

D) Que, como se ha visto, la disposición en comento, literalmente no ha puesto límite alguno ni ha determinado quiénes pueden ser autores del acto u omisión arbitraria o ilegal, como asimismo no señaló a persona o autoridad alguna que pudiera estar exenta de verse recurrida de protección, y ello es lógico, pues si se piensa, como sin duda lo hizo el constituyente, no existe persona alguna que pueda decir yo estoy exenta de cometer un acto arbitrario o ilegal o incurrir en omisión del mismo tipo, que conculque un derecho esencial garantizado por el recurso de protección, pues ello sería desconocer la propia naturaleza humana capaz de grandes virtudes como también de atroces bajezas, y lo que se dice de las personas puede sostenerse de los órganos constituidos en autoridad soberana, pues, quiérase o no, están al fin y al cabo conformados por seres humanos.

E) Que, no obstante la claridad de la disposición en estudio, ello pudiera no ser suficiente para su acertada inteligencia, para mayor seguridad ahondaremos en su historia fidedigna, la que por cierto no es de larga data. En efecto, el precedente de tal disposición es el proyecto que presentaran a la H. Cámara de Diputados el miércoles 20 de diciembre de 1972, en la sesión N° 20 de esa Corporación, los señores Sergio Diez Urzúa y Mario Arnello Romo, y en tal proyecto la disposición sobre el particular decía "Quien por procedimientos, actos u omisiones arbitrarias o ilegales de las autoridades políticas o administrativas o quienquiera sea". Como puede apreciarse si bien se mencionaba a las autoridades políticas y administrativas sin distinción ni exclusión, se agregaba la expresión "quierquiera", lo que le daba una amplitud sin límite.

F) Que, si bien es cierto, como se mencionó en el motivo séptimo de este fallo, el comisionado señor Alejandro Silva Bascuñán fue de parecer de limitar el sujeto autor de la ilegalidad o arbitrariedad, o excluir a algunas autoridades como el Congreso Nacional y los Tribunales de Justicia, la verdad es que del estudio desinteresado de la sesión N° 214 de la Comisión Constituyente, se llega a la conclusión que no fue aprobada la tesis restrictiva del señor Silva Bascuñán, sino muy por el contrario, se impuso

la opinión del señor Presidente de la Comisión don Enrique Ortúzar Escobar, partidario de otorgar la más amplia y efectiva protección a los derechos humanos y esenciales, emane de quien emane el acto u omisión que los vulnere, así en la referida sesión, refutando la posición del señor Silva Bascuñán, el señor Ortúzar, Presidente, dijo "En seguida me parece conveniente que la disposición sea amplia y no sólo comprenda los actos u omisiones arbitrarios de la autoridad política o administrativa, sino de quien quiera, como expresa el proyecto y al decir de quien quiera, entiende que comprende no sólo a los particulares sino que incluso podría comprender el día de mañana al Congreso, a una rama del Parlamento que, actuando fuera de la esfera de los mecanismos de generación de la ley, para cuyo efecto hay otros procedimientos, atentara contra ciertos derechos básicos de las personas." y agrega "Del mismo modo, el juez que sin que se haya incoado un proceso, donde naturalmente pueden tener lugar los recursos que la ley establece, lisa y llanamente atenta contra el derecho de propiedad dictando una resolución abusiva, violando el domicilio de un ciudadano cualquiera. ¿Por qué no va a poder ejercerse este recurso? No cabría ejercer otro porque no hay ni siquiera un procedimiento incoado. De manera que en principio, le parece bien que este recurso sea amplio. No le hace fuerza el argumento de que esto signifique o pueda significar destruir el ordenamiento jurídico y los procedimientos que actualmente establecen la Constitución o las leyes, porque expresamente el proyecto dice que el recurso es sin perjuicio de las acciones que procedan ante los Tribunales correspondientes.

Estamos ciertos que en el seno de la Comisión se impuso el parecer del señor Ortúzar al del señor Silva, pues en la misma sesión intervienen aprobando la posición del Presidente señor Ortúzar, el señor Enrique Evans de la Cuadra, que en definitiva bautiza la norma con el nombre de "recurso de protección", y el señor Gustavo Lorca Rojas, quien expuso "como primera observación destaca que su posición es contraria a la del señor Silva Bascuñán, porque cree que todo el trabajo que sea hecho con relación a las garantías constitucionales va a ser visto precisamente en razón de la protección que el constituyente les va a dar a estas garantías". Más adelante agrega: "como se ha dado a las garantías constitucionales una proyección tan extraordinariamente importante, por el trabajo que se ha hecho acá, es absolutamente necesario que se otorgue la verdadera garantía que precisa este cúmulo de derechos y de libertades que se otorgan a los ciudadanos. Si no se entrega un instrumento útil, práctico y ágil, en el fondo no se está dando más que una ilusión, una teoría, y esa fue la idea que tuvieron presente los redactores de la disposición que se ha citado como antecedente de este precepto.".

Como ha quedado expuesto, la historia fidedigna del recurso de protección establecido por el artículo 20 de nuestra Carta Fundamental, avala la interpretación amplia, coincidente con su interpretación literal, en cuanto a que el sujeto causante del agravio constitucional por acto u omisión arbitrario o ilegal puede ser cualquiera en el más amplio sentido del término.

G) Que, pudiera bastar para determinar la exacta amplitud de la disposición en estudio, atenerse a la interpretación literal apoyada por la historia de la misma; sin embargo, por si aún permaneciere una duda de que parece inconcebible que por medio de un recurso de protección pueda una Corte de Apelaciones intervenir para determinar si se ha vulnerado o no un derecho humano, o esencial, como consecuencia de un acto u omisión arbitrario o ilegal de un órgano como el Honorable Senado de la República, actuando dentro de sus facultades exclusivas, cabe confirmar tal posibilidad,

analizando el alcance de la norma constitucional que lo establece a través de un estudio sistemático de la misma, en relación a las demás normas de la Carta Fundamental, y al efecto se tiene presente:

1) La norma de las normas en esta materia la constituye el inciso segundo primera parte del artículo 5 de la Carta Fundamental que establece "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", precepto este en plena armonía con lo que previene el inciso cuarto del artículo 1º del mismo Ordenamiento Supremo, cuando dice: "El Estado está al servicio de la persona humana."

Ahora bien, el artículo 5 ya referido comienza expresando "La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo y también por las autoridades que esta Constitución establece".

Por su parte en perfecta congruencia el artículo 6 de la Carta ordena "los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella".

Completa el cuadro de la juridicidad a que obliga a toda autoridad del Estado de Chile el artículo 7 de la Constitución Política cuando expresa: "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derecho que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes".

2) Que, del análisis sereno de las disposiciones constitucionales citadas precedentemente, que conforman las bases de la institucionalidad chilena, se desprende con toda nitidez el principio de juridicidad a que están sujetas todas las autoridades chilenas, cualquiera sea su rango o función, lo que no hace sino confirmar ante la comunidad nacional e internacional que Chile ha constituido un Estado de Derecho, pues no existe autoridad alguna que pueda escapar al imperio del derecho.

3) Pero es más, las normas recién analizadas, entendidas a cabalidad, ordenan algo más. En efecto, ninguna autoridad, aun en ejercicio de la soberanía que le corresponde constitucionalmente y actuando dentro de sus facultades exclusivas y excluyentes, podría en el ejercicio de las mismas, apartarse de la Constitución y la ley y conculcar un derecho esencial de aquellos que emanan de la naturaleza humana si ese derecho corresponde a una persona, pues de ocurrir ello, la Constitución previó el remedio, y ese no es otro que el recurso de protección de las garantías constitucionales que consagra el tantas veces mencionado artículo 20 de la Constitución Política de la República. De no entenderse con este alcance lo preceptuado por tal disposición en materia de garantías constitucionales de los derechos esenciales de la persona, la Constitución no habría dado más que una ilusión, una teoría, como lo expresaba el comisionado señor Lorca Rojas, pero ello como se ha visto, no es así, y por orden superior de la Carta Fundamental, en materia de resguardo de los derechos esenciales que ella misma indica, ha colocado por encima de toda otra autoridad, en esta materia específica, a las Cortes de Apelaciones, único Tribunal competente por así disponerlo la Constitución, para que el afectado a quien se le ha privado de su derecho esencial garantizado, proceda a recurrir de protección, de modo que en definitiva son los Tribunales Superiores de Justicia

los custodios de los derechos esenciales que la Constitución Política de la República ha reconocido a las personas, y, para efectivo resguardo y respeto de los mismos, en forma específica, creó este recurso de protección, supeditándose a ello toda otra autoridad de la República.

H) Que, lo expuesto precedentemente parece bastante para demostrar la amplitud ilimitada del recurso de protección en cuanto al agente causante del acto u omisión arbitrario o ilegal, y la facultad de las Cortes de Apelaciones para proteger a quien sufra la privación o perturbación o amenaza en alguno de sus derechos esenciales; en efecto, si se tiene presente como se lleva dicho la norma del artículo 20, ni examinada literalmente, ni en concordancia con las normas sobre bases de la institucionalidad, ni en su historia fidedigna contiene limitación alguna que impida la interposición del recurso de protección cuando se afecte un derecho fundamental en razón del autor de tal acto u omisión, pero aun cabe agregar más, en efecto la Constitución Política de la República al establecer las diferentes facultades exclusivas y excluyentes con que dotó a las distintas autoridades que componen el Estado, no las eximió expresamente del recurso de protección, pues no las pudo autorizar para sobrepasar los derechos esenciales, y ello es natural y lógico pues les ordena lo contrario, es decir, que respeten y más aun, promuevan el respeto por tales derechos, de modo tal que no existe autoridad que no se encuentre sometida al control que respecto a los derechos humanos esenciales que garantiza el recurso de protección corresponde a las Cortes de Apelaciones, y de este control y custodia no escapan ni los mismos Tribunales, porque como muy bien lo preveía el constituyente señor Ortúzar y lo ejemplifica según hemos dejado antes constancia, cabe perfectamente discurrir que un Tribunal viole los derechos humanos esenciales y por tanto, resultar procedente el recurso de protección, pues como quedó establecido sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer el afectado, puede intentar el recurso de protección por ser en el caso concreto un remedio rápido, expedito y eficaz, es más aún, cabe concebir un recurso de protección si el acto emana de la propia Corte Suprema de Justicia, así por ejemplo, supongamos que una Sala del Tribunal Supremo dicta pena de muerte en contra de un criminal por delitos que la ameriten, pero tal sentencia sólo había sido dictada por tres miembros de la Sala, es decir, sin el número legal de Ministros, tal sentencia no será una sentencia y por los medios legales tal vista de la causa quedaría, sin duda, sin efecto, pero en el intantanto el criminal condenado a muerte pudiere verse expuesto a ser ejecutado en virtud de aquel engendro de sentencia, no se divisa razón alguna para que su abogado pudiera estar impedido de recurrir de protección ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago, solicitando se ponga remedio a la situación, se restablezca el imperio del derecho, y lo que es más, dicte de inmediato orden de no innovar, y se impida la inminente ejecución del pseudo fallo y el consiguiente fusilamiento del procesado, todo ello sin perjuicio de los demás recursos que puedan hacer valer ante la propia Corte Suprema, la que en definitiva tendrá que dictar un fallo conforme a derecho y condenará si ello es procedente, cumpliendo así su función propia, mas, el recurso de protección por su parte habrá prestado el amparo debido a quien pudo ser privado de su vida ilegalmente.

I) Que también hace fuerza, por último, para que este Tribunal formalmente pueda conocer de los presentes recursos de protección, la norma constitucional de inexcusabilidad que pesa sobre los Tribunales como lo es el artículo 73 inciso 2º de la Carta que expresa: "Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia -nadie negará que el recurso de protección es de competencia exclusiva de las Cortes de Apelaciones-

no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión".

En esta admisión del recurso de protección por la Corte de Apelaciones de Valparaíso como vía impugnativa de todo tipo de actos, independiente de su órgano de origen y entidad, amplitud no exenta de contradicciones con la propia doctrina jurisprudencial de protección, observamos una respuesta implícita a la negativa del Senado a través de su presidente de informar y hacerse parte del proceso de amparo fundado en la doctrina del acto político, posición que en la época tuvo como sostenedor al administrativista Jorge Precht Pizarro.

Más adelante la misma sentencia extractada de la misma Corte de Apelaciones de Valparaíso contradictoriamente con la estructura argumentativa de una admisión tout court, desestima el recurso de protección fundado en la doctrina del acto de gobierno:

27º Que, para el análisis de la causal de ilegalidad y arbitrariedad alegada por los recurrentes, referida en el motivo que precede, cabe dividirla, en efecto, el primer fundamento enunciado, esto es, que el retraso en la dictación del fallo, no es de tal gravedad para considerarlo notable abandono de deberes, debe este Tribunal rechazarlo de plano, por no corresponderle emitir juicio alguno en esta materia, pues el juzgamiento de tal hecho de la acusación constitucional cae bajo el imperio de las facultades exclusivas y excluyentes del Honorable Senado de la República, sin que pueda autoridad alguna y bajo ningún pretexto invadir atribuciones propias de un órgano del Estado independiente en sus funciones propias, como lo es el Senado en esta materia, de modo que como ya se dijo por este capítulo debe rechazarse el recurso de protección.

28º Que, en cuanto a la arbitrariedad con que habría procedido el H. Senado, estableciendo una diferencia que iría contra la norma constitucional del artículo 19 N° 2 inciso segundo, al estimar por un hecho, culpable al señor Cereceda e inocentes por el mismo hecho a otros tres acusados, debe tenerse presente que no obstante ser absolutamente efectivo que el Senado de la República hizo al resolver la acusación constitucional de que venimos tratando, una diferencia arbitraria, que lleva a un resultado injusto, no cabe acoger el presente recurso de protección por los siguientes fundamentos de derecho: Como ha quedado dicho y así por lo demás lo ordena la Constitución, el Senado al resolver lo hace como jurado, de lo cual derivan diversas consecuencias, actúa como jurado porque las acusaciones constitucionales de que conoce, llamadas juicio político no en sentido vulgar sino constitucional, se dirigen en contra de las más relevantes autoridades del país, esto es, en contra del Presidente de la República, Ministros de Estado, Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, Contralor General de la República, Generales o Almirantes de las Fuerzas de la Defensa Nacional, de Intendentes y Gobernadores, habiendo señalado para cada tipo de autoridad causales específicas de acusación, pero en todas ellas se advierte que debe tratarse de hechos significativamente graves, y a la vez, simples de apreciar, solo excepcionalmente y también debidamente señalados, cabe por algunos delitos y sólo respecto de las autoridades que específicamente la norma constitucional determina. En el caso de los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia y Contralor General de la República la causal de acusación constitucional es una sola, "notable abandono de sus deberes" y ello por lo que toca a estos últimos, tiene su razón de ser en que como tal están sujetos a una triple responsabilidad, política, penal y civil, y sólo la primera le corresponde hacer efectiva al H. Senado de la República por el mecanismo de la acusación constitucional que pone en marcha la Cámara de Diputados, de acuerdo al mandato constitucional que le confiere tal atribución exclusiva, como exclusivo también

es el Senado actuando como Tribunal, esto es así desde los albores de la República, y en esta función jurisdiccional extraordinaria actúa el Senado como jurado...

De lo precedentemente expuesto no cabe sino deducir la razón exacta por qué la Constitución autoriza al Senado de la República para que resuelva como jurado en la dictación de la sentencia que ha de resolver la acusación constitucional, es decir, como tal jurado, a este Tribunal no se le exige, porque ello técnicamente no es posible exigirlo, ni siquiera que decida en conciencia, como en determinados casos la ley autoriza a los jueces para resolver, pues en tales casos, la conciencia exigida por la ley al juez es una conciencia jurídica, propia de un letrado profesional de la justicia, y jamás podrá este juez resolver a su libre arbitrio, en cambio al Senado de la República, la Constitución no ha querido ni ha podido exigirle que resuelva en conciencia entendida esta jurídicamente, sino que lo autoriza para que resuelva a su arbitrio, ello aparece avalado jurídicamente si se tiene presente que no existe norma legal vigente que determine cómo ha de resolver un jurado la cuestión sometida a su conocimiento.

De todo lo anterior es fuerza deducir que el Senado de la República actuando como jurado según lo obliga la propia normativa constitucional, sólo debe hacer declaración de inocencia o culpabilidad del acusado, ello porque como ya se dijo en palabras del Sr. Santa María, no es jurídicamente posible atendidos los requisitos legales de su composición, exigirle una capacidad intelectual particular, o profesional o técnica para motivar sentencias, pues se trata de simples ciudadanos, elegidos por el pueblo que les supone atributos para el cargo desde un punto de vista político. Por ello el Tribunal concluye que la Constitución Política de la República, al establecer que el Senado resuelva como jurado la acusación constitucional, ha autorizado a tal Órgano del Estado para resolver a su libre arbitrio, contrariando así lo dispuesto por el artículo 19 N° 2 inciso 2, de modo que no puede jurídicamente estimarse que se haya cometido arbitrariedad al dividir la acusación y por un mismo hecho absolver a tres acusados y condenar al recurrente, pues la Constitución lo autoriza a tal arbitrio, motivos por los cuales se rechazarán también por este capítulo los recursos de protección interpuestos en favor del señor Hernán Cereceda Bravo”.

Contemporáneamente observamos una vuelta en la jurisprudencia de protección al tema de la no justiciabilidad de las cuestiones políticas también a propósito de un acto parlamentario dispuesto por la Cámara Baja en el marco del iter legis. En este lugar es menester comentar una importante sentencia de amparo de derechos fundamentales de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 6 de julio de 2007 recaída en una “cuestión política”, en que la naturaleza del acto impugnado (acto parlamentario desplegado en el iter legis) y del órgano interviniendo (la Cámara de Diputados) no fue óbice para el tribunal admitiere a tramitación el recurso, por lo que su improcedencia o rechazo operó ex post litis, modalidad de inadmisibilidad prevista para el recurso de protección después de la reforma de 1998 al Auto Acordado (Nº5) que lo regula de 1992.

Para un breve examen de la ratio decidendi de la sentencia dictada en sede de protección resulta necesaria la reproducción fragmentaria de algunos de sus fundamentos jurídicos:

Primero: Que la acción de protección constitucional que establece el artículo 20 de la Carta Fundamental tiene por finalidad proteger a la ciudadanía contra actos u omisiones anormales por ilegalidad o arbitrariedad, que de manera evidente vulneren una garantía constitucional de las señaladas en dicha disposición, pero no está destinado a resolver conflictos de intereses o dificultades de interpretación o aplicación de normas legales, reglamentarias o contractuales.

Segundo: Que la presente acción de protección intentada por don Juan Luis Ulloa Guzmán y otros ya individualizados en contra de los parlamentarios que individualiza, de la H. Cámara de Diputados que en la sesión ordinaria N° 20 celebrada el miércoles 16 de mayo pasado votaron, en contra o se abstuvieron de votar favorablemente, en general la indicación sustitutiva formulada por S.E. la Presidenta de la República al proyecto de ley que modifica la ley N° 18.700 Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios que pretendía hacer efectivo el derecho constitucional a sufragio que asiste a los comparecientes y demás ciudadanos chilenos residentes en el extranjero.

Tercero: Que resulta del todo evidente que los parlamentarios son absolutamente libres en el ejercicio de la función legislativa que la Constitución les encomienda y por ende de las motivaciones que les impulsan en tal ejercicio sólo responden frente al escrutinio ciudadano y en consecuencia la presente acción de protección deberá rechazarse por falta de fundamento.

La estructura argumentativa de la sentencia de primer grado, breve o sumaria, sólo permite concluir, que la sentencia desestimatoria se funda en uno de los supuestos de inadmisión in limine litis: falta de fundamento de la acción intentada, lo que explica que uno de los ministros previnientes estuvo por la inadmisibilidad ex post litis del recurso. Para esta Corte el rechazo del recurso de protección arranca de la naturaleza del acto parlamentario impugnado: libertad de decisión propia de los integrantes de órganos políticos que ejercen la función legislativa, y del tipo de control idóneo del acto político o decisión que se impugna: el escrutinio ciudadano, una suerte de control social del poder.

Asimismo la Corte Suprema, confirmando el decisum de la sentencia del grado, sustituye los considerandos o fundamentos jurídicos, sosteniendo:

1º) Que el recurso de protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que prive o amenace ese atributo;

3º) Que el acto reprochado de ilegal y arbitrario por esta vía, que denuncian los recurrentes, lo constituye la decisión adoptada por los señores diputados recurridos en la sesión ordinaria N° 20 de fecha 16 de mayo de 2007 sea porque votaron en contra o, se abstuvieron de hacerlo favorablemente- en general-, la indicación sustitutiva formulada por la Sra. Presidenta de la República al proyecto de ley que modifica la ley N° 18.700 Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios que pretendía hacer efectivo el derecho constitucional al sufragio que asiste a los comparecientes de estos autos y demás ciudadanos chilenos residentes en el extranjero;

5º) Que, de lo anterior resulta que las medidas que los recurrentes pretenden que se adopten por esta Corte Suprema implican necesariamente desarrollar un proceso legislativo que culmine con la dictación de leyes, labor que, por su propia naturaleza, está entregada a otro poder del Estado, de donde se sigue que, por no existir medida alguna que deba disponer este Tribunal en el presente caso, la acción constitucional no puede prosperar.

La sentencia desestimatoria del recurso de protección de la Corte Suprema, también breve o sumaria en su ratio decidendi, primero define la acción de protección como un proceso de amparo de derechos fundamentales correctivo de actos antijurídicos lesivos de tales derechos, segundo define el acto impugnado: la decisión adoptada por diputados en sesión ca-

maral ordinaria en orden a rechazar o abstenerse de votar favorablemente indicación sustitutiva presentada por la Presidente de la República a proyecto de ley que modifica ley electoral , y finalmente concluye que las medidas de restablecimiento del imperio del derecho importan ingerir o “desarrollar un proceso legislativo” conducente a la producción de leyes función encomendada por la Constitución a otro poder del Estado; no resultando idóneo el recurso de protección para adoptar medidas de naturaleza legislativa.

Finalmente, la prevención del ministro de la Corte Suprema Pedro Pierry Arrau es particularmente útil, ya que hace un desarrollo de doctrina jurisprudencial consistente reconociendo la no justiciabilidad de los actos de gobierno y afirmando las “cuestiones políticas” como un límite a la justiciabilidad en sede de protección:

Primero: Que el recurso de protección no procede en contra de las actuaciones denunciadas, que constituyen el ejercicio de funciones legislativas de los señores diputados recurridos.

Segundo: Que no obstante los amplios términos en que la Constitución Política consagra el recurso de protección en su artículo 20, existen actuaciones que no son susceptibles de ser revisadas por esta vía. Así, por ejemplo, no procede el recurso de protección en contra de leyes, decretos con fuerza de ley, actos de gobierno, estos últimos propios de la actividad política de la función ejecutiva. Lo mismo cabe señalar de los actos que son propios de la función legislativa y de las actuaciones que la integran, como la presentación de proyectos de ley, o la votación en las comisiones y en la Sala; casos en que, por lo demás, resulta imposible que pueda existir la necesidad de restablecer el “imperio del derecho”.

Tercero: Que aceptar que nada puede quedar excluido del ámbito del recurso de protección, implica necesariamente aceptar también, que éste sería procedente contra resoluciones judiciales, lo que la jurisprudencia ha rechazado, o incluso que lo sea, en contra de las actuaciones jurisdiccionales de la propia Corte Suprema, lo que carece de lógica.

Cuarto: Que la amplitud de la norma sobre el recurso de protección sólo tiene el sentido de no excluir ni exceptuar a ningún órgano del Estado, por el sólo hecho de ser tal, de la posibilidad de que sus acciones u omisiones puedan ser, objeto del recurso; pero, de lo que no se sigue necesariamente que siempre sean admisibles los recursos de protección que se interpongan contra cualquier acción u omisión de ellas atendido, que, como se ha señalado, por el Tribunal Constitucional, la Constitución, es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal, que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia algún precepto de ella, lo que significa, en relación al recurso de protección, que mediante esta acción, no se pueden impugnar actos que son el ejercicio de atribuciones que el propio constituyente les ha otorgado a otros órganos del Estado, como ha ocurrido en este caso, en que se pretende revisar la manera de votar o de no votar por parte de parlamentarios de la República, un proyecto de ley sometido a su decisión, ateniéndose contra la congruencia y unidad que debe tener la Carta Fundamental. (Consultar Gaceta Jurídica N° 328, 2007, pp. 91-95)

En suma, la doctrina jurisprudencial contenida en la prevención transcrita incorpora al campo de las “cuestiones políticas” no justiciables los actos parlamentarios expedidos por órganos del Estado en ejercicio de sus funciones y atribuciones constitucionales.

Con todo subsiste a esta doctrina jurisprudencial una brecha abierta: el acto político o las “cuestiones políticas” no sólo deben ser analizadas a la luz del estatuto constitucional del órgano que ejerce poder político estatal, sino que también debe ser analizado, más aún cuando excede las relaciones puramente institucionales o los actos interna corporis acta, a

la luz del estatuto de los derechos fundamentales. En este ámbito de eventual lesión de derechos fundamentales, la jurisprudencia comentada, probablemente por concernir a la admisibilidad *ex post litis*, omite una referencia a los derechos fundamentales eventualmente amagados.

IV.- Conclusiones.

Una buena forma de llegar a las conclusiones de esta ponencia, es demostrando la actualidad y pasión que genera la vieja categoría de los actos políticos o de gobierno y las “cuestiones políticas”. Así el debate producido en España a propósito del libro de Nuria Garrido Cuenca, a veces excesivo o duro en los términos de García de Enterría que, desde un acendrado judicialismo, ataca los “agravios” al Estado de Derecho achacados al prologuista de la tesis, el administrativita español Luis Ortega, “agravios” provenientes de la afirmación teórico-práctica de los “actos de dirección política” anclados en el artículo 97 de la Constitución española, actos que serían fruto de una lectura trasnochada de los clásicos franceses del Derecho Público y de una interpretación jacobina de la democracia²⁴. Por otra parte a pesar de la rotundidad con que se sostiene la crisis del acto político como categoría del Derecho Público y su anacronismo, todavía despliega sus efectos limitativos del control judicial, e incluso han surgido intentos de superación teórica afirmando las funciones de Gobierno y de Administración en su legitimidad democrática y sometimiento a la Constitución y al ordenamiento jurídico como en España hacen Otto Pardo y López Guerra, o bien afirmando como nuevo concepto dinamizador del orden de funciones y potestades del Estado: el de “acción del Gobierno” (García Fernández)²⁵.

En la tensión dialéctica autoridad-libertad, y la utopía del Estado de Derecho de juridificar la totalidad de las funciones y actividades del Estado, resulta hoy difícil defender la noción de acto político o de gobierno como una categoría específica de actos no justiciables. Como lo expresa, para el caso español subsistiendo la noción de acto político, Parejo Alfonso: “El problema del deslinde entre acto administrativo y acto político o de gobierno, a los efectos de la exclusión o no de este último de la fiscalización judicial, puede y debe considerarse histórico y superado, en tanto que la Constitución de 1978 ha alterado radicalmente sus mismos presupuestos y obliga a abordarlo desde la doble perspectiva del estatuto del poder ejecutivo y del estatuto del ciudadano”²⁶.

Un campo del acto político o de gobierno que reclama para sí excepcionalidad o razón de Estado, en que se verifica claramente la confluencia del estatuto del Poder Ejecutivo o Gobierno y del estatuto de las personas es el relativo al Derecho de Excepción y la “suspensión” o “restricción” de derechos fundamentales bajo estados de excepción constitucional. Como lo hemos sostenido en otro lugar incluso en este campo el acto político se ha reducido al mínimo después de la reforma constitucional de 2005 en Chile (artículo 45 y 39 C.P.R.), aunque subsisten los problemas del alcance del control jurisdiccional²⁷.

²⁴ Garrido Cuenca, Nuria: “El Acto de Gobierno”, Edit. CEDECS, Barcelona, 1998. Para la crítica de Eduardo García de Enterría C. “Democracia, Jueces y Control de la Administración” Edit. Civitas, 4^a edición ampliada, Madrid, 1998, pp. 11- 19.

²⁵ Consultar el malogrado Ignacio de Otto Pardo: “La posición constitucional del Gobierno” en Documentación Administrativa N° 188, Madrid, 1980, y de Luis López Guerra: “Funciones del Gobierno y dirección política” en Documentación Administrativa N° 215, Madrid, 1988, pp. 15-4. También de Javier García Fernández: “El Gobierno en Acción”, Edit. CEC-BOE, Madrid, 1995, pp.132-174.

²⁶ Luciano Parejo Alfonso, A Jiménez Blanco y L. Ortega Alvarez: “Manual de Derecho Administrativo” Edit. Ariel, 2 vol., Barcelona, 5^a edic. corregida, aumentada y puesta al día, 1998, Vol. I, pág. 708.

²⁷ Un botón de muestra acerca de las lecturas del control judicial en Colombia, una asilada en la noción de “poder neutro” del Jefe de Estado como guardián de la Constitución y la otra afirmando el control jurisdiccional de la Corte en trabajo de Eduardo Cifuentes Muñoz: “Los estados de excepción en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: el control del abuso de la discrecionalidad”, en libro colectivo coordinado por Ricardo Combellás: “El Nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano” CIEDLA-IV Congreso Venezolano de Derecho Constitucional, Edit. Panapo, 2 vol., Caracas, 1996, Vol. II, pp. 975-1000.

A pesar de la reducción del acto político, es difícil encerrar en una prisión a esta hidra de mil cabezas que es el acto político o acto de gobierno, resultando posible tal reducción, por la vía de perfeccionar la vinculación a la Constitución y al ordenamiento jurídico de todos los poderes públicos, encomendando la custodia del reparto de poderes a un Tribunal Constitucional y la garantía de los derechos fundamentales a los tribunales de justicia que integran el Poder Judicial como ocurre en Chile; sigue subsistiendo la necesidad de identificar un campo en la actividad decisional del poder político estatal no justiciable, aunque no incontrolado e irresponsable por supervivir siempre los controles sociales y políticos, actividad decisional que denominamos actos políticos que opera como correctivo al activismo judicial de jueces constitucionales o de jueces que integran el Poder judicial, una invitación al “self restraint” o deferencia con los poderes públicos revestidos de legitimidad democrática, y al espacio público y debate ciudadano de las “cuestiones políticas”.

El referido campo de “cuestiones políticas” no justiciables se compone de actos de gobierno (concerniente a relaciones institucionales con otros poderes del Estado, el derecho de gracia, derecho de excepción constitucional y económica, y relaciones internacionales) y actos parlamentarios de naturaleza legislativa, cuasi judicial, presupuestaria y de control, en que la falta de control judicial, que supone el funcionamiento de controles políticos y sociales, responde a la lógica de la separación de poderes en que los tribunales no tienen competencia para hacer efectivo el control. Lo expuesto en orden a compendiar un catálogo de actos o poderes incluidos en el campo de las “cuestiones políticas” no alcanza a ocultar la dificultad que entraña definir tales cuestiones políticas, que para algunos autores (Pegoraro, Landa) es “...imposible, por que la razón que la sustenta es circular: las cuestiones políticas son asuntos sin solución en el proceso judicial, los asuntos sin solución en el proceso judicial son cuestiones políticas”²⁸. El “fondo de verdad” (Vedel) de las “cuestiones políticas” guarda estrecha relación con la ineptitud del control judicial y del proceso judicial frente a los actos políticos, que amenaza a los tribunales con convertir sus sentencias “...en letra muerta...”²⁹.

De lo contrario, aceptar el judicialismo o panjudicialismo se traduce en encomendar la defensa de la democracia constitucional y del Estado de Derecho, es decir de la Constitución en su derecho objetivo (estatuto del poder y reparto de poder) y en su derecho subjetivo (derechos fundamentales) sólo a sus “custodios” togados constituidos como instituciones contramayoritarias; y con ello caemos en el sueño dogmático en orden a que el derecho (y el control judicial) puede englobar la totalidad de la actividad de poder político estatal; quebrando así definitivamente el principio de separación de poderes y la lógica del “checks and balance” en la limitación y equilibrio de poder.

Particularmente esclarecedor es Linares Quintana al defender un ámbito de no justiciabilidad para las cuestiones políticas, sosteniendo: “La no justiciabilidad de las cuestiones políticas, reducida a sus adecuados y exactos límites, y sin que impida el conocimiento por los tribunales de las proyecciones de aquellas sobre los derechos constitucionales de los individuos, resulta una consecuencia necesaria del principio de la separación de los poderes, justificadamente reputado como nota esencial del Estado democrático constitucional y como insustituible baluarte de la libertad humana. En efecto, dentro de este sistema institucional, el proceso político y su coronamiento, la decisión política –que comporta un juicio de valor orientado por la prudencia política- han sido lógicamente atribuidos, en forma exclusiva, a los poderes políticos –el legislativo y el ejecutivo-; mientras que la aplicación de las normas jurídicas a los casos particulares, administrando justicia, y, sobre todo, el control de la constitucionalidad –funciones específicamente jurídicas- han sido también lógicamente asignados al poder jurídico: el poder judicial. La intervención del poder judicial en las cuestiones políticas, aparte de desnaturalizar la función jurídica del mismo, destruiría el equilibrio en-

²⁸ Landa, Cesar: “Justicia Constitucional y political questions” en Pensamiento Constitucional N° 7, año VII, 2000, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pp. 111-140. También John F. Roche: “Judicial self-restraint”, en American Political Science Review, 49, 1955, pp. 762-772.

²⁹ Consultar a Jean Rivero Ob. cit y a René Chapus: “Droit Administratif General” Edit. Montechrestien, 2 vol, 12 edit., París, 1998, Vol. I, pp. 871-890.

tre los poderes, sometiendo, en último resorte, la decisión política –propia de los poderes políticos y representativos del pueblo- al poder jurídico que es el poder judicial, cuyo tribunal supremo está compuesto de un reducido número de personas, no efectivas e inamovibles, quienes, de esta manera impropia, formularían, en definitiva, y en último resorte, la decisión política. Aparte de ello, una consecuencia ineludible sería la politización de la justicia que, paradójicamente, de esa manera se pretendería juridizar. Tales inconvenientes se agravarían en nuestro país, cuya experiencia institucional revela un proceso de paulatino debilitamiento del poder judicial frente al Presidente y al Congreso. Claro está que las cuestiones políticas en cuanto no justiciables deben limitarse a los asuntos verdadera y específicamente políticos y no servir de instrumento para que malos jueces eviten asumir la alta responsabilidad institucional que les corresponde, de controlar las demás constitucionales de los poderes políticos. En este sentido, para determinar cuáles son las cuestiones políticas no justiciables debe aplicarse un criterio restrictivo, como que se trata de excepciones al principio general de la justiciabilidad”. Agrega Linares Quintana: “Las cuestiones políticas no son justiciables simplemente porque comporten el ejercicio de facultades privativas de los poderes políticos, sino, fundamentalmente, porque implican un juicio de valor en función de la prudencia política, propio y exclusivo de los poderes políticos e impropio del poder jurídico que es el judicial. Es al Congreso y al Presidente a quienes corresponde evaluar la conveniencia o inconveniencia, la oportunidad o inoportunidad y en general todo lo concerniente al bien común de los habitantes”³⁰.

Resume Linares Quintana: “Quienes propugnan la justiciabilidad de las cuestiones políticas, deben encarar el problema con la perspectiva de todo el esquema del gobierno democrático constitucional –ya que lo que en el fondo están cuestionando no es sino la separación de los poderes gubernamentales- y, por consiguiente, replantear las bases mismas de la teoría de la división de los poderes. La no justiciabilidad de las cuestiones políticas no constituye sino un problema relativo a una de las numerosas piezas que componen el complejo y delicado mecanismo de checks and balances, frenos y contrapesos, que es la separación –que también es equilibrio e interdependencia- de los poderes. Los problemas que suscita la dinámica de cada una de esas incontables piezas no pueden ser contemplados en forma aislada, sino relacionándolos con los otros múltiples aspectos del sistema”³¹.

A nuestro juicio para abordar las “cuestiones políticas” se requiere abrir un emprendimiento teórico práctico enderezado a reelaborar la doctrina de los actos políticos y del control judicial, empresas de suyo ambiciosas. Reelaborar la doctrina de los actos políticos, para impedir que la hidra de mil cabezas salga de su prisión, pero permanezca en el Estado, para dar cuenta del ejercicio de atribuciones constitucionales de órganos supremos del Estado, atribuciones exclusivas o privativas y que importan un alto grado de politicidad en cuanto decisiones. Reelaborar el control judicial para armonizarlo con un completo sistema de controles del poder y responsabilidades, piezas esenciales de un Estado de Derecho, pero en que las “cuestiones políticas” sean un comodín virtuoso, que no signifique un espacio inmunidades de jurisdicción de actos del poder mayor al que una democracia constitucional se puede permitir y que al mismo tiempo impida el activismo judicial o el “gobierno de los jueces”, en una suerte de nuevo paradigma del Estado de Derecho: el Estado Judicial, es decir, en manos de una o más instituciones contramayoritarias.

En otros contextos, como en España el abandono del acto de gobierno es sustituido por los “actos de dirección política”, en que la función de dirección (equivalente a la noción germana de “Staateitung” o la noción italiana de “indirizzo político”) guarda directa relación con la legitimidad democrática del Gobierno y su posición constitucional, implicando tal función “...una capacidad de impulso originario” (López Guerra) y que es política en cuanto “...innovadora y creadora, y no meramente ejecutora de mandatos de otros”; abriendo camino a una “reserva de acción de Gobierno”³². En Argentina la distinción entre actos polí-

³⁰ Ob. cit. pp. 508-509 y p. 510.

³¹ Ob. cit. p. 511.

³² Consultar de Luis López Guerra: “Funciones del Gobierno y dirección política” en Documentación Administrativa N° 215, INAP, Madrid, 1998, pp. 15-40.

ticos y actos institucionales, busca salvar la no justiciabilidad de ciertos actos políticos por la vía de circunscribir a los actos institucionales el ámbito de los actos del poder sin control judicial (M.S. Marienhoff)³³.

Por otra parte la negación de los actos políticos provenientes de las mejores plumas del Derecho Público de nuestra lengua, desde el escoramiento judicialista o la desconfianza en el poder, como ocurre con García de Enterría en España o con Gordillo y Bidart Campos en Argentina, termina siendo una negación garantista pero ciega ante la realidad, ante la que es inútil “cerrar los ojos” (Santamaría Pastor)³⁴. El anotado escoramiento judicialista o la desconfianza en el poder va aparejado de una configuración ideológica del juez o del juez constitucional enfrentado a “cuestiones políticas”, resistiendo presiones políticas o ciudadanas, revestido de una reciedumbre hercúlea como defensor de la Constitución (en especial de los derechos fundamentales) y del ethos constitucional fundados en valores “objetivos” o en una “filosofía perenne” como el Derecho Natural.

En último término al judicialismo o desconfianza en el poder, subyace una desconfianza en la política, fruto del desencanto, acompañado de un visible deterioro de la “calidad de la política” (cuando no banalización) y de la “brecha de confianza” entre ciudadanos y sus representantes, lo que guarda relación con la corrupción de la política (Sartori), actividad – la política- nunca o inmaculada o peor desenvuelta desde los infiernos (Weber), y que en los tiempos de hoy se expresa en un deterioro y corrupción sin precedentes que ha llegado al punto de corromper a la “política democrática” misma. En consecuencia, resulta atractivo o fácil confiar en los jueces o aristocracia togada, olvidando que los jueces, no son políticos, quedando ante la política inermes y consumidos por la lógica de ésta o abriéndose el camino para el “gobierno de los jueces” y la “tiranía de los valores” que estos encarnan, y que no están sometidos a la relativización que la política importa respecto de éstos. Luego no podemos olvidar lo elemental en este campo: la política es el campo del compromiso, de la composición de intereses, de la fuerza y del diálogo, del conflicto y la integración; frente a lo cual la aristocracia togada o perece o se politiza³⁵.

Para conjurar los peligros del judicialismo o desconfianza en el poder político-estatal animados por una “política de la antipolítica”, debemos recuperar la “política democrática” para los “políticos” o “clase política” y en especial para los ciudadanos, abriendo espacios públicos a la deliberación (reales y virtuales) que superen la “brecha de confianza”, y hagan posible una mejor política. Sólo de este modo la doctrina de los actos políticos y las “cuestiones políticas” no justiciables, tendrán un efecto virtuoso al admitir una “política democrática”, y una autolimitación de las Judicaturas, para hacer posible un “checks and balances” de los “poderes” del Estado, de suerte que la “aristocracia togada” sólo ejerza, como

³³ Consultar a Alberto B. Bianchi: “El enigma de las cuestiones políticas”, en libro colectivo “Defensa de la Constitución. Garantismo y Controles. Libro en reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos” Ediar-UNAM, Buenos Aires, 2003, pp. 1089-1115. De Miguel S. Marienhoff “Tratado de Derecho Administrativo” Edit. Abeledo Perrot, 7 vol., 3^a edic. actualizada, Buenos Aires, 1981, tomo II, pp. 683-778.

³⁴ Consultar la obra citada de García de Enterría y en colaboración con T.R. Fernández su “Curso de Derecho Administrativo” Edit Civitas, 2 vol., Madrid, 1994. También en la perspectiva panjudicialista se anotan a Agustín Gordillo “Tratado de Derecho Administrativo” Fundación de Derecho Administrativo, 4^a edic., 4 vol., Buenos Aires, 2000, vol. II, pp. VIII-1 a VIII- 34, y al desaparecido maestro Germán J. Bidart Campos: “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ediar, 6 vol., Buenos Aires, Vol. II, cap. XL. También Juan Alfonso Santamaría Pastor “Gobierno y Administración: Una reflexión preliminar”, en Documentación Administrativa N° 215, INAP, 1988, pag 77.

³⁵ Sartori, Giovanni: “Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados” (trad. R. Reyes M.) FCE, 1^a edic. 1994, 1^a reimpresión Chile, Santiago, 1996 pp. 159-167. Nos recuerda Max Weber en su conferencia en la Universidad de Munich (1918) “La política como vocación”, que el político reúne tres cualidades prominentes: pasión (entendida como devoción apasionada a una “causa”, dios o demonio que la domina), sentido de las proporciones (entendida como la percepción de la realidad con calma y concentración, con “distanciamiento” de las cosas y las personas) y responsabilidad (entendida como una ética pública de los fines últimos); y en cuanto a la actividad política nos recuerda : “La política es una penetración poderosa y lenta de un material duro. Requiere pasión y perspectiva” (p.77), en “Ensayos de Sociología Contemporánea” (trad. M. Bofill) Edit. Planeta Agostini- Promotora de ediciones SA., 2 vol., Barcelona, 1985, Vol. I pp. 9-78.

notablemente lo afirma el barón de Montesquieu, un pouvoir d`empêcher dejando librado el pouvoir d établir a los servidores de instituciones dotadas de un mínimo de legitimidad democrática.

El control judicial de los actos del poder estatal en general y el control de constitucionalidad en particular surgen como instituciones contramayoritarias, para salvar a la democracia constitucional de la “tiranía de las mayorías”, abriendo con fuerza el peligro de una “tiranía de las minorías”, como lo evidencia históricamente la pugna entre federalistas y antifederalistas en los albores de la democracia norteamericana. Cuando la “tiranía de las minorías” es ejercida por una aristocracia togada como ocurre con tribunales supremos y tribunales constitucionales desde posiciones valóricas o ideológicas, su poder es “insopportable” e inconciliable con las exigencias pluralistas de una democracia constitucional. Es en este escenario en el que la doctrina de las “cuestiones políticas” o de los actos políticos no justificables puede cumplir un rol virtuoso, un comodín para la autolimitación judicial, no a favor de las inmunidades del poder sino a favor de la política democrática practicada por políticos y ciudadanos, en un horizonte republicano democrático de autogobierno del pueblo.