



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Público

**LOS ACTOS DE GOBIERNO / POLÍTICOS Y SU CONTROL JURISDICCIONAL
EN EL DERECHO PÚBLICO CHILENO**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

MARIANA ANTONIA GARAY SIMS

BORIS ARQUIMIDES CASTRO FUENZALIDA

PROFESOR GUÍA: Sr. Cristián Román Cordero

Santiago, Chile

2018

Índice

CAPÍTULO I: LOS ACTOS DE GOBIERNO/POLITICOS	9
A. CONCEPTO DE ACTO DE GOBIERNO/ POLÍTICO	11
1. ¿Por qué es práctico distinguir ambos conceptos?	20
2. Criterio de razonabilidad - prudencia - discrecionalidad	20
3. Naturaleza jurídica del acto político.	27
4. Estructura y alcance del acto político.....	27
5. Intentando definir elementos para idear un concepto de acto político.....	28
B. ORIGEN Y EVOLUCIÓN COMPARADA.....	35
1. FRANCIA	35
2. ALEMANIA.	46
3. EL COMMON LAW	52
4. ESPAÑA	58
5. ARGENTINA.....	71
6. URUGUAY.....	76
7. PERÚ	79
8. COLOMBIA.....	83
9. MÉXICO.....	86
CAPÍTULO II: TEORÍA DEL ACTO DE GOBIERNO EN CHILE.....	90
A. HISTORIA.....	91
1. Influencia castellana	91
2. Absolutismo	93
3. Absolutismo ilustrado	96
4. Constitucionalismo.....	97
5. Segundo constitucionalismo	98
B. EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS ACTOS DE GOBIERNO	99
1. Constitución de 1833.....	99
2. Constitución de 1925.....	101
3. Constitución Política de la República de 1980	105
4. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.	108
5. Construcción de una Teoría del Acto de Gobierno en el Derecho Público Chileno.	109
C. CONTROL DEL ACTO DE GOBIERNO/POLÍTICO	115

1. EL CONTROL, SUS PRINCIPIOS.	118
2. EL CONTROL DE LOS ACTOS DE GOBIERNO/POLÍTICOS EN CHILE	126
CAPÍTULO III: LOS ACTOS POLÍTICOS/GOBIERNO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL.....	160
1. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, Caso respecto al Tribunal del Cobre.	165
2. Caso que versa sobre el Ex Ministro Hernán Cereceda Bravo.	169
3. Caso de Héctor Rodrigo Miranda Salazar contra Ministerio de Planificación Nacional y otros.	174
4. Caso de Roberto Jesús Peña Lobos y otros contra el Fisco de Chile	183
5. Caso de Particulares contra Ministro Secretario General de la Presidencia, Intendente de la X Región de Los Lagos, Douglas Tompkins, Corporación The Conservation Land Trust e Inmobiliaria Cuarenta Grados Sur S.A.	191
6. Caso de Federación de Trabajadores Portuarios de Arica contra Guillermo Díaz Silva.	203
7. Caso de Juan Luis Ulloa Guzmán y otros con Claudio Alvarado Andrade y otros. 210	
8. Caso de Control Preventivo de Constitucionalidad de un proyecto de ley que consagra consulta a pueblos indígenas.	214
9. Caso de Comité Nacional Pro Defensa de la Fauna y Flora contra Fisco de Chile. 218	
10. Caso de Particulares contra S. E. Presidente de la República Sebastián Piñera.	223
11. Se rechaza el recurso de casación en el fondo en contra de sentencia de 04 de marzo de 2013 mediante la cual el Primer Juzgado Civil de Concepción rechazó la demanda interpuesta por responsabilidad extracontractual en contra del Fisco de Chile. 238	
12. Caso de que versa sobre la sentencia y su consiguiente apelación al fallo de la misma, respecto a la Acción de Protección impetrada a favor de Leopoldo López y Daniel Ceballos.....	252
13. Caso del Recurso de protección contra la Cámara de Diputados.....	264
14. Recurso de protección interpuesto por los abogados Álvaro Troncoso Larronde y Gonzalo Troncoso Bazán a favor del ex Ministro de Educación Harald Beyer.	266
CONCLUSIONES	268
BIBLIOGRAFIA.....	275

RESUMEN

La Teoría del Acto de Gobierno ha sido poco desarrollada en las últimas décadas por los administrativistas, sin perjuicio de la importancia que reviste.

Con esta investigación buscamos profundizar en el estudio de esta teoría y ver cuál ha sido su importancia en el escenario político actual, y en específico analizar si procede un tipo de control sobre éstos.

A fin de cumplir con este objetivo, distinguimos en primer lugar el acto de gobierno del acto político. En efecto, el acto de gobierno es aquel que emana del Presidente de la República en el ejercicio de la función gubernativa que le reconoce la Constitución Política de la República en su artículo 24. Por otro lado, son actos políticos aquellos dictados por otros órganos, ajenos al Poder Ejecutivo, y que están dotados de contenido político. A todos esto los denominaremos **actos de gobierno/políticos**.

Son ejemplos de este tipo de actos la designación del gabinete, la declaración de un estado de excepción, la suscripción de un tratado internacional, el juicio político que efectúa el Parlamento, entre otros.

Estudiaremos a lo largo de esta memoria la situación actual de los actos de gobierno/políticos, su origen, tano en Chile como en distintos sistemas comparados (Francia, Alemania, Inglaterra, Estados Unidos, España, Argentina, Uruguay, Perú, Colombia y México).

Asimismo, analizaremos el desarrollo político-institucional que ha tenido esta teoría en nuestro país y finalmente ahondaremos en los distintos tipos de control a los que el acto de gobierno- político podría estar sometido.

INTRODUCCIÓN

La presente memoria es una investigación sobre los actos de gobierno- político y su control jurisdiccional en el Derecho Público chileno. En específico analizaremos dos tipos de actos, por un lado, aquellos actos administrativos emanados de un grupo de funcionarios de la Administración y que, en términos simples, por su relevancia y contenido se distinguen de los actos meramente administrativos, y que denominaremos **actos de gobierno**. Por el otro, aquellos actos que sin emanar del Poder Ejecutivo, se asimilan a los actos de gobierno por su contenido y relevancia, a estos los denominaremos **actos políticos**.

La relevancia que toma este tipo de actos es que tradicionalmente se ha entendido que se encontrarían al margen del control por parte de los Tribunales de Justicia, cuestión que, como analizaremos, pone en juego ciertos principios de nuestro sistema democrático. El tema de los actos de gobierno/políticos ha sido desarrollado durante siglos en el derecho comparado al igual que en el nuestro, sólo que en el último no tuvo mayor desarrollo, sino que a comienzos del Siglo XX. En efecto, es un tema interesante y central en el desarrollo del Derecho Administrativo, debido a que trata sobre el equilibrio que debe existir en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, de tal forma de generar límites a la actuación administrativa para que ésta no perjudique ni vulnere los derechos de los particulares, buscando la forma de a la vez permitir que la actuación administrativa se desarrolle y genere los efectos que correspondan. He ahí el interés de desarrollar este tema.

De la misma forma, y sin perjuicio de que para algunos éste pueda ser un tema superado hace años para el derecho público, a nosotros nos parece un tema más vigente y más relevante que nunca, ya que, en el devenir del día a día aparecen casos de distinta naturaleza en los que, por actos emanados de la Administración o el Congreso, se ven vulnerados derechos de ciudadanos.

Asimismo, podemos evidenciar como actualmente a nivel global se está desarrollando una crisis de la democracia, lo que se ve reflejado en la falta de participación ciudadana en elecciones a lo largo de todo el mundo, el aumento de la corrupción, en especial en América Latina, el financiamiento irregular de la política, la que se ha intentado solucionar a través de la judicialización de estos problemas.

En este contexto y observando el escenario de crisis política actual, se hace fundamental encontrar un equilibrio que nos permita judicializar estos conflictos, en determinados casos, dentro de un parámetro que no sea excesivo y no transforme este sistema en la pesadilla del denominado “*gobierno de los jueces*”. Esta judicialización no puede llevarse a dicho extremo, ya que en vez de ayudar podría agudizar la actual crisis democrática.

A continuación, ilustraremos brevemente algunos casos que se han dado en los últimos años a nivel global en los que este estudio podría llegar a ser relevante.

- **Salida del Reino Unido de la Unión Europea.**

Luego de que sometiera a votación popular la decisión del Reino Unido de salir de la Unión Europea, prevaleciendo la opción separatista, ciudadanos han concurrido a los Tribunales de Justicia británicos a solicitar que la actual Primera Ministra, Theresa May, de cumplimiento a los tratados internacionales vigentes y dicha decisión deba pasar previamente por la aprobación del Parlamento.

En este sentido, la justicia británica determinó que la Primera Ministra no puede pasar sobre los miembros del Parlamento a fin de hacer uso de la prerrogativa que le entrega el artículo 50 del Tratado de Lisboa y comenzar el proceso de dos años de negociaciones para salir de la Unión Europea, en orden a la interpretación de competencias establecidas a través de tratados internacionales y la legislación interna, en lo que no nos adentraremos, debido a que no consiste en el estudio de este tema.

A pesar de que la Corte decidió aceptar esta línea argumentativa, bien pudo haber señalado que correspondía a un acto de gobierno, toda vez que es a la

Administración a quien corresponde tratar este tipo de temas y quien se atribuye la representación internacional de dicho Estado.

- **Designación de Lula da Silva como Ministro y posterior destitución de Dilma Rousseff como Presidenta.**

Analizaremos en primer lugar el caso de Luiz Inácio Lula da Silva, ex Presidente de la República Federativa de Brasil, por verse involucrado en delitos de corrupción y lavado de dineros. Ante esto, y con rumores de la detención del ex presidente, la actual Jefa de Estado Dilma Rousseff designó al ex mandatario como Ministro de la Casa Civil, cargo asimilado a su Jefe de Gabinete.

Ante dicha situación se acudió a la justicia federal para impugnar dicha designación, el abogado representante de la causa habría señalado que éste era un caso clásico de desviación de finalidad, ya que lo que realmente se pretendía con dicha designación no era que Lula da Silva asumiera como ministro, sino que tuviera el fuero y pudiese escapar de las manos de la justicia. Dicho Tribunal suspendió el nombramiento del ex presidente.

Dicha decisión fue apelada por la Abogacía General de la Unión, ya que el juez federal Reis Friede señaló que su competencia no tenía los alcances necesarios para impedir que se llevaran a cabo decisiones emanadas del Ejecutivo.

A raíz de toda esta polémica entre el Ejecutivo y el Poder Judicial, entra el tercer poder del Estado en juego, y en virtud de las atribuciones otorgadas por la legislación brasileña, comienza un juicio político contra la Presidenta Rousseff, que desencadena su final destitución. El juicio político es el acto político emanado por el Congreso por excelencia.

- **Veto de Donald Trump a seis países donde hay mayoría musulmana.**

Por último, analizaremos el decreto del Presidente norteamericano Donald Trump que busca prohibir la entrada a Estados Unidos de refugiados e inmigrantes provenientes de países donde existe una mayoría musulmana. Ante esto, el primer en poner en alto dicha decisión fue un juez de Hawái cuyo argumento señalaba

que la decisión adoptada por el Jefe de Estado vulneraba el derecho constitucional a la libertad religiosa, lo que luego fue replicado por los Tribunales de otros estados.

Tomó conocimiento de esto la Corte Suprema de dicho país, que permitió la aplicación de la decisión del Presidente parcialmente hasta escuchar la apelación del Gobierno, estableciendo excepciones y permitiendo la entrada de aquellas personas provenientes de dichos países que tengan familia o intereses debidamente fundados en el país norteamericano.

Con todos estos casos a la vista, en los que no se alude explícitamente a los actos de gobierno o políticos, podemos ver como existen constantes pugnas entre la Administración y el Poder Judicial, siendo de gran interés desarrollar cuáles son los controles que pueden efectuarse sobre la dictación de actos por parte del Ejecutivo y determinar si existen límites para dicho control.

A modo de resumen señalaremos qué se ha de tratar en este trabajo:

En el primer capítulo, nos adentraremos principalmente en la Teoría del acto de gobierno/político, estableciendo como novedad la distinción de estos dos actos, viendo cuál ha sido el desarrollo de éste en el derecho comparado (Francia, Alemania, Reino Unido, Estados Unidos y Francia), en el derecho chileno y desarrollando criterios de distinción de estos con el acto administrativo propiamente tal.

En el segundo capítulo abordaremos el tema del control judicial de los actos de gobierno y políticos, identificando los principios que confluyen en esta discusión y como se ponen en pugna unos con otros, cómo ha sido desarrollado el tema por distintos exponentes de la doctrina chilena y cómo ha sido la evolución de ésta, para finalmente ver el estado actual de la cuestión, en especial el control judicial de actos de gobierno/políticos a través del recurso de protección.

En el tercer y último capítulo de esta investigación se hará un breve análisis jurisprudencial de cómo ha sido aplicada esta discusión por parte de los Tribunales de Justicia en nuestro país.

CAPÍTULO I: LOS ACTOS DE GOBIERNO/POLITICOS

En el presente capítulo, y previo a establecer si procede alguna especie de control o límite para los denominados actos de gobierno/políticos, es necesario establecer:

- i. Qué se ha entendido,
- ii. Qué entendemos nosotros por acto de gobierno/político,
- iii. Cuál ha sido su tratamiento en distintos sistemas comparados y, así mismo, analizar cuál ha sido la respuesta de la doctrina y la jurisprudencia frente a la Teoría de los Actos de Gobierno, que luego profundizaremos.

Es importante clarificar en este sentido, que la existencia de este tipo de actos es propia, y que se diferencian de los ya conocidos actos administrativos propiamente tales, por lo que en este capítulo, en particular, nos enfocaremos en hacer un análisis sobre todos aquellos aspectos que, a nuestro juicio, son importantes para los actos de gobierno/políticos, para posteriormente construir nuestra propia definición.

Adelantando lo que desarrollaremos en este capítulo, cabe señalar que tradicionalmente la doctrina clásica, ha construido un concepto restringido de acto de gobierno, en oposición a los actos administrativos. Dicha restricción se manifiesta en dos ámbitos, en primer lugar, con relación al órgano que emite el acto, es decir, serían actos de gobierno sólo aquellos que emanan del Presidente de la República y su Consejo de Ministros, por ende, sólo aquellos actos dictados por exclusivamente por el Poder Ejecutivo, dejando de lado actos que emanen de otras entidades de la organización estatal. En segundo lugar, se ha restringido el concepto en relación con la materia sobre la que versan los denominados actos de gobierno, entendiéndose que estos son aquellos que regulan las relaciones internacionales y diplomáticas de un Gobierno, con materias inclusive tales como la designación de determinadas autoridades, la declaración de guerra, la

declaración de un estado de excepción, entre otros de la misma naturaleza, siguiendo principalmente a la teoría del móvil político, desarrollada originalmente en Francia, que será analizada en este capítulo.

A raíz de la importancia que ha revestido este tema para el Derecho Administrativo, ya que se ha entendido que los actos de gobierno representan un límite al control judicial, y que éstos serían inmunes a todo control jurisdiccional, nos hemos propuesto intentar dar un **nuevo concepto de acto de gobierno/político**, un concepto amplio de acto político.

Dicha amplitud se manifestaría principalmente en que los actos de gobierno/políticos no serían solo aquellos que emanan exclusivamente del Poder Ejecutivo, sino que también de otros órganos del Estado, tales como el Congreso, el Poder Judicial y la Contraloría General de la República, por entregar algunos ejemplos. Asimismo, en virtud de que ampliamos la cantidad de órganos de los cuales pueden emanar estos actos, también existirá una amplia gama de materias que podrán ser consideradas como actos de gobierno- político, no sólo circunscrita a las clásicamente ejemplificadas, tales como el juicio político a un Ministro por parte del Congreso.

Es así como a lo largo de este primer capítulo intentaremos responder a la interrogante de:

- i. ¿Qué es al acto político?,
- ii. ¿Qué entendemos por acto de gobierno? y,
- iii. ¿Cuál ha sido su desarrollo?

Por lo mismo en primer lugar, analizaremos lo que se ha desarrollado hasta ahora y nos introduciremos en la Teoría del Acto de Gobierno, para posteriormente analizar la evolución que ha tenido ésta en distintos sistemas de derecho comparado.

Todo el análisis previamente señalado, será realizado con el objetivo de construir nuestro concepto amplio de acto de gobierno/político.

A. CONCEPTO DE ACTO DE GOBIERNO/ POLÍTICO

Antes de definir o intentar dar un concepto de acto de gobierno/político, debemos entender a qué se entiende por gobernar. En un sentido amplio, la función política o de Gobierno constituye un momento de la actividad estatal anterior a la división o encasillamiento de la misma en poderes. En efecto, gobernar es, en sentido amplio, conducir a la comunidad política al logro de sus fines esenciales, satisfaciendo sus exigencias, y esto, se logra precisamente tanto dictando leyes como manteniendo servicios públicos, y haciendo justicia en casos concretos. Cualquiera de las tres clásicas funciones estatales son entonces instrumentos de gobierno¹.

Ahora bien, aun admitiendo la posibilidad de utilizar el concepto de lo político como categoría anterior a la división de poderes, donde ha cobrado la cuestión su verdadero carácter es en el ámbito y actuación del Poder Ejecutivo², sin perjuicio de que, para el desarrollo de este trabajo, también pondremos énfasis en aquellos actos emanados por otros Poderes del Estado y entidades de la Administración Pública, en especial en aquellos emanados del Congreso Nacional. Es decir, en primer lugar, y como primera distinción a lo que clásicamente se ha ido desarrollando en nuestra doctrina, **consideraremos como actos de gobierno/políticos aquellos actos emanados tanto del Poder Ejecutivo como del Legislativo, con sus distintas peculiaridades.**

Los actos políticos, actos de gobierno, actos de autoridad o *acts of states*, juegan, hoy en día, un rol crucial en el desarrollo de los diversos ordenamientos jurídicos, tanto europeos como americanos. Todo ello por cuanto éstos propenden al fortalecimiento de la ansiada estabilidad social, esto es, por medio de determinadas parcelas de inmunidad, en el ejercicio de determinados actos

¹ GARRIDO FALLA, FERNANDO. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I, Instituto de Estudios Públicos, Madrid, 1976, 58p.

²El valor nuclear del Poder ejecutivo debe ser subrayado con el mayor cuidado. Así se explican los fenómenos de concentración automática de poderes (legislativo e incluso, a veces, judicial) que en sus manos se realiza cuando por cualquier motivo se produce una crisis en el fundamento político en que se apoya la separación de los mismos.

ejecutados por distintos órganos, eximiéndolos a ellos de todo tipo de control jurisdiccional para lograr, en el ejercicio de potestades en determinadas actividades particularmente sensibles para la nación, el anhelado bien común.

Estas materias conocidas como de *“alta política”*³ se encuentran presentes en la gran mayoría de las democracias actuales, sin excepción, permitiéndose establecer, de esta forma, un límite al control judicial respecto de aquellos actos emanados de órganos estatales cuando éstos, a través de la adhesión irrestricta al Estado Constitucional del Derecho, ejerzan una función de gobierno, esto es, a través del ejercicio de poderes o facultades constitucionalmente exclusivas de estos órganos supremos, quienes gozarán de exención judicial en su ejercicio para el adecuado aseguramiento del orden interno o externo del país, teniendo estos la sensible misión de propender alcanzar la máxima del bien común⁴.

Esto a su vez, se plasma como consecuencia del análisis de cuestiones contingentes que atañen los grupos intermedios en prácticas sensibles para la comunidad, es decir, materias que dada su gran trascendencia deben permanecer en el espacio de deliberación pública de la ciudadanía⁵ por cuanto son aquellas, las vanguardistas o liberales, las que son susceptibles de provocar cambios sensibles en las estructuras sociales, estableciendo o variando paradigmas pretéritos haciendo que, de esta forma, el ordenamiento jurídico y los derechos socialmente consagrados se dinamicen constantemente, los que, precisamente, en virtud a los intereses superiores de los ciudadanos, como máxima de concreción al momento de su instauración, son reservadas para que ciertos órganos o grupos de poder, con el objeto de influir sobre el pensamiento corriente

³Se habla de alta política cuando se trata de expresar, en el nivel de las decisiones y los proyectos estratégicos, las más caras aspiraciones de los distintos sectores sociales.

⁴ Según la RAE, *“Bien común: es el bien de todos los individuos que componen el cuerpo social, y que son sujetos de derecho”*

⁵ZUÑIGA, FRANCISCO. 2008. Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las “cuestiones políticas”. Revista Ius Et Praxis. Vol. 14.271p.

y actual de la comunidad, materialicen su visión del problema en el momento histórico en particular.

Es crucial destacar que la importancia de los actos de gobierno/políticos, radica en que la posición del Poder Judicial y de los Tribunales Superiores de Justicia, en sede de protección, importan la no justiciabilidad de las cuestiones políticas, cuando éstas son ejercidas por los órganos superiores constitucionalmente autónomos e independientes a través de actos o decisiones que son fruto de potestades o atribuciones exclusivas otorgadas por el constituyente.

En este sentido, y previo a analizar la función de gobierno como fuente y criterio para distinguir el acto de gobierno/político, cabe señalar que existe otra función ejercida por la Administración del Estado, ésta es la función administrativa. Por lo tanto, el Poder Ejecutivo está compuesto por el Gobierno y la Administración, que el profesor Eduardo Cordero Q. grafica de la siguiente forma:

“Ahora bien, el *Gobierno* está compuesto fundamentalmente por el Presidente y los Ministros de Estado, que son los colaboradores directos e inmediatos del Presidente. A su vez, a nivel regional y provincial, se asignan funciones de gobierno a los Intendentes y Gobernadores, que son autoridades de la exclusiva confianza del Presidente de la República.

Por su parte, la Administración del Estado puede ser comprendida como un complejo orgánico que -por regla general- se encuentra bajo la dependencia o bajo la tutela o supervigilancia del Presidente de la República. Su conceptualización siempre ha sido compleja, pero tradicionalmente se ha utilizado un criterio negativo para dar cuenta de su alcance: se entiende que la Administración comprende a todos aquellos órganos que no forman parte del Poder Legislativo o del Poder Judicial”⁶

⁶CORDERO QUINZACARA, EDUARDO. 2012. La Administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía. Contraloría General de la República 85 años de vida institucional (1927-2012). 17p.

Esta distinción proviene de los orígenes de nuestra república, ya desde el constitucionalismo clásico del 1800⁷.

“Constituyó la fórmula de otorgar al Jefe de Estado un ámbito de libre decisión paralelo a su Poder Ejecutivo. Según ella, es una regla esencial de buen gobierno de un país, que el Jefe de Estado pueda solucionar eficazmente los problemas internos y externos de la nación mediante el dominio pleno de un campo propio de libre apreciación, de un ámbito discrecional, se decía, no sometido a la ley, sino sólo a las normas de la Constitución, que le permita afrontar con éxito las complejas contingencias de la conducción del Estado.

En efecto, gobierno y administración son dos irremplazables palabras- imagen e ideas- fuerza diseñadas para denotar dos aspectos diferentes del Poder Ejecutivo: el de iniciativa, por una parte, y el de sujeción, por la otra; el de actuación discrecional en pos de los superiores intereses del Estado, por un lado y el de ordinaria ejecución de la ley, por el otro; el de una actuación *praeter legem* en un caso, frente a la subordinada actuación *sub legem* que importaba su tarea normal y rutinaria, en el otro.”⁸

Dichas expresiones del Poder Ejecutivo se encuentran en las manos del Presidente de la República, y tiene una consagración constitucional, a la que nos referiremos de forma más extensa en el siguiente capítulo.

Para ello, ahondamos en el estudio de esta función de gobierno en particular, realizando un análisis general y descriptivo del tema, apreciando que la función gubernativa puede ser objeto de estudio desde numerosos francos, pero creemos que es práctico desarrollar su análisis tomando tres puntos de vista según lo expuesto por el catedrático argentino Roberto José Dromi el cual establece, en su tratado de derecho administrativo, que la función de gobierno tiene por puntos de vista:

⁷ PANTOJA BAUZÁ, ROLANDO. 1994. El derecho administrativo clasicismo y modernidad. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 151p.

⁸ *Ibid.* 152p.

- a. El Sustancial,
- b. El Orgánico,
- c. El Formal.

Desde el punto de vista sustancial, se entiende por función gubernativa “*aquella actividad del Estado de carácter discrecional, sin límites jurídicos*”⁹. Ésta es realizada en ejecución de una directa atribución constitucional por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, fundados en razones de seguridad, orden y defensa de la propia comunidad. Se trata, precisamente, de aquella función que tiende a fijar las grandes directrices que trascienden a la comunidad organizada para que, mediante la gestión de actos de naturaleza política (del órgano legal o constitucionalmente competente), se regulen todos aquellos objetivos que en su conjunto propenderían a alcanzar el bien común.

Es decir, por medio de estos actos que varían en su naturaleza, podemos alcanzar aquellas metas que conciernen a lo público o social, regulando materias que fluctúan desde, aquellas tendientes a lograr satisfacer los intereses socialmente deseables, por ser aquella clases de actos que tienden al pleno respecto de la seguridad interna así, como también, por aquellos que regulen las relaciones internacionales con los otros Estados, al igual por ser aquellos que velan por la correcta relación y coordinación inter orgánicas.

En particular, es muy importante destacar que dentro de la propia actividad de los órganos legislativos y ejecutivo, existen una serie de actos superiores, de dirección e iniciativa, que reflejan una especial y primordial esfera de intensidad del poder estatal.

Por un lado, la función administrativa, supone la existencia de actos que gozan de mediatez constitucional. En cambio, en lo que atañe al asunto en cuestión, la función gubernativa es ejercida a través de actos políticos que gozan de

⁹ DROMI, José Roberto. 1986. Introducción al Derecho Administrativo. Madrid. Editorial Grouz. 22p.

inmediatez constitucional, es decir, tiene un rango supremo de jerarquía normativa. Por lo tanto, no hay en principio sujeción a una legislación intermedia.

Ejemplo claro de aquel mandato constitucional directo para estos órganos podemos encontrarlos, precisamente, en la disposición que regula a la acusación constitucional que el constituyente le confiere expresamente a la Cámara de Diputados, según lo consagrado en el artículo 52º de la Constitución Política de la República, potestad que es otorgada de forma exclusiva al Poder Legislativo para que este, mediante un juicio político, conozca y resuelva como jurado sobre aquella actividad de las autoridades que, a juicio de ellos, vulneran los objetivos para los cuales han sido mandatados.

Desde el punto de vista orgánico podemos hablar del hecho que la función política no requiere, en sí, de un órgano en específico para su ejecución, pudiendo esta ser ejecutada, indistintamente, tanto por el ejecutivo como por el legislativo, siendo de competencia exclusiva de ellos o concurrente entre la voluntad de ambos órganos, según sean los casos¹⁰.

Conforme a ello podemos destacar brevemente el caso chileno, donde la Constitución, en su artículo 24º, le otorga al Presidente de la República en forma exclusiva, la dirección irrestricta del gobierno y de la Administración del Estado. Por ende el Presidente en su calidad de Jefe de Estado, es la máxima autoridad de la Administración, como de los órganos que no forman parte de esta pero que gozan de autonomía funcional, por mandato expreso de la Carta Fundamental. Por esto mismo, es conveniente hacer presente que se trata de una actividad tan particular que tiene la característica de ser indelegable, estando vedada en todos los supuestos al órgano jurisdiccional, es decir, la Constitución y, en consecuencia, el Estado de Derecho, resultarían gravemente vulnerados en el evento en que el Poder Judicial pretenda arrogarse competencias que, según ella, no le incumben exclusivamente a los órganos políticos en el ejercicio de atribuciones propias de carácter discrecional que se vinculen al mérito o a la oportunidad política.

¹⁰Ibíd. 24p.

Sin embargo, conviene establecer que la función política adquiere su verdadero carácter en el ámbito y actuación del órgano ejecutivo, el cual es órgano típicamente gubernativo. Es decir, el órgano ejecutivo no se va a limitar de forma exclusiva a la Administración del Estado, sino que además detenta la máxima responsabilidad en la dirección superior del Estado, debiendo propender en su actuar al desarrollo nacional, fijando los objetivos políticos y determinando sus estrategias para, de esta forma, conseguir dichos mandatos del constituyente que se traducen en alcanzar el bien común.

De esta forma, ejercerán también funciones políticas en conjunto con el Presidente y sus ministros de Estado, el Congreso Nacional a través de sus cámaras de Diputados y Senadores, la Contraloría General de la República, el Tribunal Constitucional, entre otras.

Desde una visión formal, la función gubernativa se manifiesta a través de una de las modalidades de los actos del poder: sean éstos políticos, de gobierno o institucionales¹¹. La característica común a ellos, se encuentra en el hecho de que sólo pueden existir en virtud de un mandato social imperante que expresa o razonablemente les hayan otorgados la Constitución a todos estos órganos del Estado que cumplan funciones de legislación y ejecución, los cuales gozan de plena eficacia en aras de alcanzar el bien común. Cualquiera de estos actos se encuentra revestido de una directiva de carácter superior vinculada a la propia organización y subsistencia del Estado. Generalmente esta clase de actos son traducidos a nuestro conocimiento a través de decretos, reglamentos u ordenanzas en donde, según el mérito de ellas, se encuadrará el ejercicio de la potestad conferida.

Según advierte el profesor Francisco Zúñiga, los actos políticos desarrollados tanto por el Congreso, como por el Poder Ejecutivo, dan lugar a las denominadas cuestiones políticas y, de esta forma, los llamados actos de gobierno son una especie dentro del género de los actos políticos.

¹¹ Estado, administración y derecho administrativo. 2010. [en línea] <<http://administrativo-uba.blogspot.cl/2010/08/estado-administracion-y-derecho.html>> [consulta: 12 marzo 2017]

A nuestro entender, la totalidad de cuestiones políticas serán denominadas actos de gobierno/políticos, y pueden provenir de cualquier órgano en el ejercicio de su función gubernativa. Así, dentro de esta categoría encontramos aquellos emanados del Presidente de la República, que denominaremos actos de gobierno y aquellos que provienen de otros órganos de la Administración del Estado, que denominaremos actos políticos. A lo largo de este trabajo nos enfocaremos principalmente en los actos de gobierno/políticos emanados del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.

Creemos que en nuestro régimen se llaman actos de gobierno, exclusivamente, a los actos políticos emanados del Presidente de la República y sus Ministros. Así, cuando es el Congreso quien declara, a modo de ejemplo, estado de sitio, emite un acto político, mientras que cuando quien lo declara es el Presidente de la República, se dice que emite un acto de gobierno. La expresión actos políticos se utiliza, tradicionalmente, para nombrar tres clases de actos que son: los actos parlamentarios, los escrutinios políticos y, por cierto, los actos de gobierno.

Los actos parlamentarios son todas las medidas que emanan de asambleas parlamentarias, que no tengan carácter legislativo, de ley, tales como resoluciones de asambleas, decisiones o comportamientos de sus comisiones, de su oficina, de su presidente, de su secretario general¹².

Los escrutinios políticos corresponden a las elecciones presidenciales y legislativas, elecciones del Parlamento europeo, votaciones de referéndum, todas con carácter de operaciones políticas¹³.

Los actos de gobierno son, en cambio, por una parte, los actos del Poder Ejecutivo concerniente a las relaciones con el Parlamento, y, por otra, los actos del gobierno

¹²MORALES ESPINOZA, BALTAZAR. El mérito, oportunidad y conveniencia en la Contraloría General de la República. Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012) 213p.

¹³ *Ibíd.*

referidas a sus relaciones con las organizaciones internacionales y los Estados extranjeros¹⁴.

El veto que tradicionalmente se ha dado al Poder Judicial, en cuanto al conocimiento de todas aquellas cuestiones con contenido de índole político, obedece a una consideración democrática, en la que la decisión tomada por la Administración debe tener un peso específico mucho mayor que la consideración que de dicha decisión tenga un juez o funcionario llamado a aplicar la ley y que no goza de la legitimidad de una elección popular, de la cual sí goza el Gobierno (dado que dicho órgano es representado orgánicamente por el Presidente de la República quien, según el artículo 26 de nuestra Constitución, es elegido en votación directa y por la mayoría absoluta de los sufragios válidamente emitidos).

Por consiguiente, estos actos pueden caracterizarse por su propia naturaleza y no por la finalidad o motivo con la cual se adoptan, siendo éstos no susceptibles de control por parte de los órganos jurisdiccionales, ya que la función de éstos debe limitarse a controlar la legalidad de los actos y tutelar de manera efectiva los derechos de los ciudadanos. De esta forma, no estando en juego la observancia de ninguna ley ni la defensa de derechos individuales, la interferencia de los tribunales en este tipo de decisiones -aun apelando a principios jurídicos abstractos- podría alterar el equilibrio de poderes que la Constitución establece¹⁵.

Desde otra perspectiva podemos detenernos a analizar que los actos políticos o "*cuestiones políticas no justiciables*"¹⁶, ponen en juego la fibra moral del Poder Judicial, por cuanto, si aceptan la doctrina y resuelven aplicarla a un caso concreto, han de enfrentarse a la ciudadanía, a la opinión pública y a los gobernantes políticos de turno, o a todos a la vez. Es por lo mismo que podríamos

¹⁴ Ibíd. 214p.

¹⁵ SESIN, DOMINGO. Intensidad del control judicial de los actos políticos. El núcleo político discrecional excluido. RDA 2003, 769p.

¹⁶ Ibíd. 764p.

concluir que se entiende por acto político a aquella clase de actos en que el objeto mismo de ellos sea la obtención o conservación del poder.

1. ¿Por qué es práctico distinguir ambos conceptos?

Tanto en la doctrina nacional como en las comparadas, los juristas han hecho referencia a que tanto los actos de gobierno, como los políticos, tienen características que le son inherentes a ellas puesto que, son actuaciones expedidas por autoridades válidamente investidas, emanadas de potestades o facultades que son constitucionalmente autónomas y excluyentes para dichos órganos, llegando incluso a establecerse que entre los actos políticos y los actos de gobierno existe una relación género-especie.

Ahora bien, para diferenciar a ambos conceptos atenderemos a factores como:

- a. El órgano que ejerce tal potestad,
- b. El contexto de su aplicación,
- c. Sus fundamentos normativos y
- d. Los criterios de razonabilidad y prudencia.

El análisis del órgano facultado para ejercer dicha potestad, su contexto de aplicación al caso en particular, así como el de sus fundamentos normativos serán analizados en el capítulo final de este estudio a través del análisis de diversos fallos jurisprudenciales de las altas magistraturas, los cuales nos ejemplificarán la importancia que esta teoría tiene, hoy en día, un lugar trascendental en nuestro ordenamiento jurídico.

2. Criterio de razonabilidad - prudencia - discrecionalidad

En este apartado analizaremos un punto esencial en relación con el desarrollo del acto político en sí, el cual es, el elemento subjetivo del órgano que emite tal potestad.

Así las cosas, la razonabilidad denominada técnica¹⁷ se traduce en la necesaria adecuación existente entre los fines que son consagrados por el marco de juridicidad institucional y aquellos medios a través de los cuales son ejercidas dichas atribuciones por medio de reglamentos, ordenanzas o decretos supremos destinados al efecto. La razonabilidad, que tanto nos importa, se ha de sustentar siempre en el bien común, por ende, la finalidad que ha de tener el órgano que ejerce tal potestad normativa, como lo dispone nuestra Constitución Política de la República, ha de ser la promoción y pleno respeto que nuestro ordenamiento le otorga a los derechos fundamentales inherentes a cada humano, entregándoles a los ciudadanos y, a los órganos intermedios, una amplia libertad en su actuar, particularmente respecto de órganos que son competentes para ejercitarlos, pero respetando siempre los límites en su actuación, como lo son, los principios rectores de nuestro ordenamiento juridicidad y legalidad.

Por prudencia se ha entendido a aquella disposición de la acción que va acompañada de una deliberación respecto a lo que puede ser benéfico o nocivo para el hombre¹⁸. Se basa en el principio racional el cual reflexiona y elige lo que es mejor para posteriormente manifestarlo en la práctica. De esta forma, alguien prudente es quien, siguiendo su evaluación racional, acierta con la mejor elección entre diversas alternativas igualmente válidas, siendo relativamente coincidente al ideal que todo humano debe tener, es decir, al ideal que se colige en el actuar que ha de tener un buen padre de familia quien, según lo establecido por los eruditos, es el mínimo indispensable y necesario exigido a los ciudadanos para lograr desarrollarse válidamente en sociedad. En otras palabras, es prudente no aquel

¹⁷ MARANIELLO, PATRICIO. El principio de razonabilidad y su regulación en los tratados internacionales con jerarquía constitucional. A una década de la reforma constitucional. Editorial Ediar. Buenos Aires. 2005. 4p.

¹⁸ BAUTISTA, DIEGO. Ética y política: valores para un buen gobierno. E-prints Complutense. Madrid. 11p.

que tan solo posee la norma recta de conducta, sino que también obra asesorado por un principio racional, por lo que considera ser lo mejor¹⁹.

Si bien ambas características son propias e inherentes a cualquier acto desarrollado por la Administración, como por los órganos que no forman parte de ella, lo que distingue a esta especial categoría de actos, los políticos, es que son ejecutados con cierta libertad y, fundamentalmente, que son esencialmente discrecionales. Es importante destacar que éstos, en caso alguno, pueden ser caprichosos o arbitrarios puesto que han de ceñirse siempre, con total y absoluta sumisión, a los principios rectores del Estado de derecho. En este sentido la prudencia y la discrecionalidad se ven estrechamente relacionados, ya que *“discreción nos conduce en una primera aproximación, a pensar en mesura, tacto, reserva, finura.”*²⁰

Asimismo, “la primera reducción de este dogma de la discrecionalidad se opera observando que en todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación total de control sobre los mismos. Estos elementos reglados son, por de pronto, la misma existencia de la potestad, de cuyo ejercicio dimana el acto, la extensión concreta de esta potestad, que es imposible que sea totalmente indeterminada, y, en fin, la competencia para ejercitarla. Estos son siempre elementos necesariamente reglados.”²¹

Segundo Linares Quintana, reconocido administrativista argentino, estipula que la prudencia política²² es el gran factor que ha de emplearse para discernir lo que es una cuestión política no justiciable de la que no lo es, pero, como criterio político

¹⁹ ARISTOTELES, Gran Ética, Editorial Aguilar. 159p.

²⁰ SOTO KLOSS, EDUARDO. Derecho Administrativo Temas Fundamentales. Editorial Thomson Reuters. 438p.

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. 1962. La lucha contra las inmunidades del poder. Revista de Administración Pública(38): 167p.

²² LINARES QUINTANA, SEGUNDO. Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado. Editorial Plus Ultra, Buenos Aires. 467p.

que es, no permite establecer una frontera clara, precisa e indiscutible entre el ámbito político y el jurisdiccional. De todos modos, tratándose de una excepción a la competencia jurisdiccional para conocer de todos los asuntos que se susciten dentro del territorio de la República, la interpretación debe tener un carácter restrictivo, limitado a la calificación de *políticas*, únicamente, a las cuestiones eminentemente políticas, o sea, libradas con absoluta discreción²³. Por lo tanto, la característica inherente a esta especie de acto sería su carácter discrecional.

Ahora bien, para que una potestad jurídica de carácter discrecional tenga validez, es necesario que esta se encuentre consagrada en un texto legal previo al ejercicio de dicha atribución y, por consiguiente, fundada dentro de los principios de legalidad y juridicidad; esto es, que debe haber sido expresamente conferida por una norma legal al órgano competente destinado a detentarla y ejecutarla. De esta forma no es, ni sería posible, invocar potestades o atribuciones distintas a las especialmente conferidas por la ley²⁴ por cuanto, es ella, su fuente y medida. Más aún, Carré de Malberg en su obra "Teoría general del Estado" establece que "cualesquiera que fueren la gravedad y la urgencia de las situaciones que pueden surgir en la práctica, la autoridad que gobierna sólo puede hacerles frente por medios tomados del derecho establecido por los textos vigentes, y en ningún caso puede arrogarse a sí misma poderes que sobrepasan aquellos que para ella derivan del orden jurídico legal existente en el Estado²⁵". Ello implicaría un obrar meta jurídico, es decir una actuación de éste que se hallaría más allá de los límites del derecho, por lo que el ejercicio de tal atribución no sería jurídico.

Por lo anterior, y dada la complejidad de las materias que han de ser ejercidas por los órganos constitucionalmente competentes, no siempre las normas jurídicas

²³ ZUÑIGA, FRANCISCO. Óp. cit. 278p.

²⁴El poder ejecutivo no puede emitir actos políticos extraños al ordenamiento jurídico positivo vigente. Este orden jurídico ha de hallarse representado, en primer término, por disposiciones de la Constitución, y en segundo término por disposiciones en la ley.

²⁵CARRÉ DE MALBERG. Teoría general del Estado, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1948, 487p.

determinarán de manera completa, específica y exacta el cómo deberá actuar el órgano a un caso en particular, sino que muy por el contrario, en determinados casos se le otorgará al órgano de una amplia gama de posibilidades de acción entre alternativas distintas e igualmente válidas, siendo el ejercicio mismo de la potestad, la alternativa más correcta al caso en particular. De este modo, la discrecionalidad se identifica con la “facultad del órgano de incluir en el proceso de decisión sobre la aplicación de una norma determinada, una estimación subjetiva respecto de la misma en tanto el legislador así se lo haya permitido”²⁶.

Lo anterior se puede sustentar en la existencia de ciertas lagunas o vacíos en las normas que están precisamente destinadas a satisfacer las necesidades sociales creadas por algún hecho o circunstancia determinada, lo que no debe entenderse como aquella posibilidad del órgano dotado de dicha discrecionalidad de actuar de la forma que le parezca más adecuada sin regirse por la ley, sino que, la discrecionalidad solamente se refiere a ciertos elementos, los que deberán apreciarse para cada caso concreto en particular de acuerdo a las circunstancias singulares que se presenten.

Así el destacado jurista español Eduardo García de Enterría afirma que “la esencia de la discrecionalidad radica en la existencia de una pluralidad de soluciones entre las cuales la Administración puede elegir con libertad, supuesto que para la norma habilitante de todas ellas son igualmente aceptables, en principio²⁷”. De esta forma, las potestades no son discrecionales, sino que su ejercicio sí lo es.

Dicho ejercicio puede verse compuesto por elementos discrecionales los cuales se relacionan con el órgano llamado a actuar en cada caso, órgano que ha sido revestido de una competencia específica con eventuales y diversas posibilidades de acción ante un evento concreto y determinado.

²⁶ SCHNEIDER, Antonia. Saqueos y responsabilidad del Estado. Análisis particular sobre el proceder del gobierno de Chile en el Terremoto de 27 de Febrero de 2010. 96p.

²⁷ GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO. Óp. Cit. 288p.

De esta forma, en concordancia a ello, Antonia Schneider sostiene que la discrecionalidad no se identifica con la totalidad de los elementos que integran las potestades, sino que, al considerar que éstas son esencialmente regladas, la discrecionalidad solamente se identifica con él “*que*”, recayendo así ella en la elección de aquellos medios que son idóneos para el fin que se persigue con la acción, es decir, con su ejercicio o con su aplicación con aras de obtener la satisfacción de una necesidad pública²⁸.

Ahora bien, ella entiende que los elementos de la potestad²⁹ que se encuentran *necesariamente reglados* son:

- a. El quién (órgano a quien se le atribuye la potestad),
- b. El cómo (procedimiento aplicable en tal caso),
- c. El por qué (motivo o fundamento/hecho: necesidad pública que se ha de satisfacer),
- d. El para qué (bien común específico, en concordancia con el bien común de la sociedad política) y,
- e. El cuándo (momento u oportunidad³⁰ en el cual el órgano estatal debe actuar cuando aparece la necesidad pública de satisfacción, de oficio o cuando dicho órgano es requerido para actuar a petición de parte)³¹”.

²⁸ Por bien público, Antonio Rosmini en su libro de Filosofía del Diritto, vol. II, Milán, 1836, p. 536, lo ha entendido como “el bien del cuerpo social considerado en su totalidad, o bien considerado, según la manera de ver algunos, en su organización”

²⁹SCHNEIDER, Antonia. Óp. Cit. 98p.

³⁰ Del latín *opportunitas*. Hace referencia a lo conveniente de un contexto y a la confluencia de un espacio y un periodo temporal apropiado para obtener provecho o cumplir un objetivo. Las oportunidades, por lo tanto, son los instantes o plazos que resultan propicios para realizar una acción.

³¹ SOTO, E. en ALARCÓN, P. Discrecionalidad Administrativa, un estudio de la Jurisprudencia Chilena. Editorial Cono sur. Santiago. 2000. 7p.

De esta forma, siendo necesariamente reglados los elementos que han de configurar la discrecionalidad en el ejercicio de dicha potestad es que se hace necesario diferenciar el “*porqué*” de dicha atribución.

Su respuesta se vincula necesariamente, al régimen político que goza de mayor aceptación y representación en los órganos supremos de dirección, al momento de ejercitarse dicha potestad, es decir, que el motivo o fin mediato de la atribución, como característica primaria, se va a caracterizar por ser la traducción de los valores o del pensamiento social reproducido en el sistema político imperante en dicho momento. De esta forma, dicho ordenamiento habrá de reproducir, en cierta medida, los fines o postulados que se consideran como esenciales para el adecuado desarrollo de la comunidad, por lo que, el bien común que ha de perseguirse será siempre evolutivo y dinámico en atención al momento histórico en que se desarrolle, pero estableciéndose siempre que el norte político de tal atribución es siempre el desarrollo inexcusable del bien común y, por ende, de la sociedad política en su conjunto.

Ahora bien, existen determinados órganos que ejercen funciones eminentemente políticas mientras que existen otros que, no siendo órganos estrictamente políticos, igualmente desarrollan actividades que han de poder configurarse dentro de esta especial categoría. Ejemplo claro de lo anterior es lo que surge a partir del juicio político o de la acusación constitucional o *impeachment* tan en boga en los últimos tiempos. Dicho instrumento ha sido el comodín normativo que ha tenido el Parlamento -como órgano- para entrabar r ciertas decisiones políticas –valóricas- del gobierno que no van con su ideal de representación por medio de un proceso en su contra, ya sea, del Presidente, de sus ministros o de más altas autoridades de la nación, en donde aquella mayoría/minoría política representada en la oposición (que puede tener o no la mayoría de representación en el Congreso) frena o limita las posibilidades de actuación del Gobierno, con el solo objeto de imponer coercitivamente sus directrices que, siendo importantes o no, son un contrapeso a aquellas facultades exclusivas que tienen determinados órganos para la consecución del bien común.

3. Naturaleza jurídica del acto político.

El acto político o de gobierno es un acto “*jurídico*”³². Ello es así:

- a. Porque tiene por objeto esencial y directo producir efectos de derecho respecto de terceros. Tales efectos trascienden de la esfera interna de la Administración Pública, ubicándose en lo externo de tal esfera.
- b. Porque, en todos sus aspectos, debe circunscribirse al ordenamiento jurídico general del Estado. De ahí que el acto de gobierno o político no implique una actividad enteramente libre del órgano; de ahí también que la emisión de tal acto, en modo alguno, pueda basarse en el mero o libre arbitrio de quien lo emita.

Al mismo tiempo es, también un acto administrativo, toda vez que de acuerdo con lo consagrado por la Ley N°19.880 lo son aquellas decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.

4. Estructura y alcance del acto político.

En su estructura el acto de gobierno o político es exclusivamente unilateral, es decir, su formación o nacimiento sólo depende de la voluntad del constituyente, esto se explica dadas las finalidades que se le asignan a este tipo de actos. No hay pues, actos de gobierno o políticos “*bilaterales*”.

“Si bien dichos actos generalmente se dictan de ‘oficio’, es decir por iniciativa del propio Poder Ejecutivo, verbigracia expulsión de un extranjero indeseable, el acto puede ser emitido a instancia o a pedido de un administrado, por ejemplo ‘el indulto’, sin que esto último altere el carácter unilateral de la decisión³³”.

³² Se entiende por acto jurídico una “manifestación de voluntad hecha con el propósito de crear, modificar o extinguir derechos, y que produce los efectos queridos por su autor o por las partes, porque el derecho sanciona dicha manifestación de voluntad” en Víctor Vial del Río.

³³MARIENHOFF, MIGUEL. Tratado de derecho Administrativo. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, 706p.

En cuanto a sus alcances, el acto político o de gobierno puede ser:

- a. '*Individual o particular*', por ejemplo, el indulto, que favorece a una o varias personas determinadas
- b. Puede, asimismo, ser '*general o abstracto*', es decir que el alcance en sus efectos a todas las personas, indeterminadamente, que se hallen en la misma situación; por ejemplo, medidas especiales de policía adoptadas en el curso de una guerra nacional contra los respectivos grupos extranjeros³⁴, a quienes puede exigírseles que ajusten su conducta al cumplimiento de determinados requisitos o modalidades³⁵. Es este un acto de gobierno o político, y no un acto institucional, pues él no afecta a los órganos del Estado: son los referidos extranjeros quienes reciben directamente, y cada uno de ellos, en sus respectivas personas y bienes, los efectos del acto³⁶.

5. Intentando definir elementos para idear un concepto de acto político.

Para llegar a una definición del tema que nos concierne, de acto político (tema objeto de estudio sobre el cual la doctrina aún hoy en día no encuentra una definición que satisfaga su evolución), es necesario aproximarse y sustentarla sobre una serie de supuestos que nos conduzcan con total claridad a ella.

De esta forma, se hace necesario que nos aproximemos a ella por medio de ideas que van ligadas de por sí a los diversos ámbitos o esferas de acción que se desarrollan dentro de cualquier Estado de Derecho. Así las cosas, se hace imperioso llegar a traducir dichos postulados desarrollándolos desde la idea o perspectiva de que en cualquier Estado de Derecho se han de diferenciar las ideas de funciones, órganos y poder³⁷.

³⁴MARIENHOFF, MIGUEL. Óp. Cit. 706p.

³⁵MARIENHOFF, MIGUEL. Óp. Cit. 707p.

³⁶MARIENHOFF, MIGUEL. Óp. Cit. 708p.

³⁷ Karl Loewenstein, en su destacada obra Teoría de la Constitución, estableció que “Los tres incentivos fundamentales que dominan la vida del hombre en la sociedad y rigen la totalidad de las

Podemos partir por establecer que ya en la Antigüedad clásica, se empezó a desarrollar una postura crítica respecto de las funciones que eran desarrolladas por las autoridades en la práctica diaria gubernamental (o del órgano encargado de regir al pueblo).

De esta forma podemos apreciar que, en un primer comienzo, fue Aristóteles quién en su obra La Política diferenció los ámbitos de actuación propios de la práctica gubernamental, estableciendo que éstos no se encuadraban a un sólo campo de actuación. De esta forma postuló que, entre las distintas prácticas de gobierno ejercitadas, existían tres claras funciones que gozaban de características muy propias y marcadas. Es así que estableció que, por un lado, existía:

- a. Una función de justicia, reservada para un grupo reducido de personas probas y dignas que ejercían dicha competencia en atención a sus características morales; por otro existía
- b. Una función deliberante, encargada de establecer el marco normativo que ha de imperar y respetarse en dicha sociedad y, por último, se destacaba una,
- c. Función de mando, encargada a los regentes quienes debían ejercer su autoridad mirando siempre a fines políticamente deseables.

Dicho de otra forma, estableció que toda comunidad socialmente organizada necesitaba de estas tres funciones para su adecuado y eficiente desarrollo; es decir, que cualquier grupo organizado, no sólo uno político (como el Estado) sino que, cualquier grupo, necesita de la interacción sistemática y coordinada de aquellas actividades socialmente relevantes para, de esta forma, lograr satisfacer aquellos objetivos trascendentes a toda la sociedad. Ahora bien, es importante

relaciones humanas, son: el amor, la fe y el **poder**; de una manera misteriosa, están unidos y entrelazados. Sabemos que el poder de la fe mueve montañas, y que el poder del amor es el vencedor en todas las batallas; pero no es menos propio del hombre el amor al poder y la fe en el poder.”

destacar que estas tres funciones han venido subsistiendo siempre a través de la historia, porque estas son congénitas a cualquier grupo³⁸.

Esto se explica porque durante muchos siglos estas tres funciones estuvieron concentradas en un sólo órgano y, por ende, los conceptos de funciones, de órganos y de poder estuvieron íntimamente relacionados y confundidos los unos de los otros. Esto ocurrió durante los siglos XVI y XVII, siglos que fueron testigos del auge, desarrollo y consolidación de las monarquías absolutas en occidente, las cuales detentaron en un sólo órgano, el del monarca, todas esas funciones, sin perjuicio de que contaba con una amplia red de funcionarios quienes ejecutaban dichas actividades a nombre suyo, y por cuenta suya (es la misma práctica que se desarrolla, actualmente, entre las actividades ejercidas, en un régimen presidencialista de gobierno, por el Presidente de la República y las actividades desarrolladas en su nombre por sus Ministros, en materias que son de competencia propias de él, en donde los Ministros de Estado, que son personas obedientes y de la entera confianza Presidente, ejercitan dicha actividad por medio de resoluciones administrativas).

Ahora bien para analizar este aspecto en cuanto a su actuación, es necesario hacer alusión a la doctrina francesa de la división de los poderes del Estado, doctrina que postula como una de sus máximas que existan tres órganos diferentes, independientes entre sí, que sean los encargados de desarrollar esas tres funciones coordinadamente, siendo necesaria una estrecha relación entre ellos, siempre y cuando se respete, cabalmente, su autonomía orgánica y funcional.

De allí se colige esta premisa fundamental, que la división de funciones ha existido siempre, pero la de poderes existe solamente cuando estas tres funciones se las

³⁸ GARCÍA-TREVIJANO FOS, JOSÉ. Tratado de Derecho Administrativo Tomo I, 3^o edición, Editorial Revista de derecho privado, Madrid, 1974, 35p.

dotado de organizaciones independientes con un adecuado equilibrio entre ellas. Esto no se consigue más que a partir del siglo XVIII³⁹.

Por lo anteriormente expuesto, se ha logrado entender que la división de funciones propuesta por Aristóteles tiene un sentido puramente funcional apolítico, mientras que con Montesquieu la división de poderes del Estado pasa a tener una naturaleza eminentemente política.

Independientemente del análisis de los conceptos ya desarrollados, lógicamente no existe nada más que el poder. Sea cual sea la característica del mando, el poder es uno por esencia. Este es el otorgado por la nación a sus gobernantes (consagración misma del principio de la soberanía popular) quienes, hoy en día, a través de un proceso de elecciones o sufragios populares, son investidos como los máximos representantes del pueblo socialmente organizado para la consecución de sus ideales sociales, representados todos ellos en la idea del bien común. De esta forma, un buen político es, por consiguiente, alguien “hábil para expresar las orientaciones normativas básicas de grandes grupos de votantes, y esta habilidad es un recurso crucial en cualquier democracia que funcione. Pero con cada virtud humana vienen asociados vicios humanos⁴⁰”. Lo anterior se refleja, sin lugar a duda, en el hecho de que los políticos, sencillamente, carecen del tiempo necesario para poder seleccionar los hechos que son pertinentes, por lo que, hasta donde estén interesados en los méritos de un asunto, son muchos más propensos a considerar como aparecen los hechos ante el público en general, que la forma como se ven después de una investigación disciplinada y sostenida⁴¹.

Ahora bien, tradicionalmente se ha entendido que existen tres poderes del Estado; el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Judicial. La lógica del racionalismo del siglo XVIII quiso hacer coincidir cada función, a las que nos hemos referido, con los poderes, de tal forma, que la función deliberante o normativa estuviese

³⁹Ibíd. 36p.

⁴⁰ ACKERMAN, BRUCE. La nueva división de poderes, Editorial Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, México, 2007, 76p.

⁴¹Ibíd. 80p.

encuadrada en el Poder Legislativo, la función de mando y ejecutiva en el Poder Ejecutivo, y la función judicial, de resolver controversias y satisfacer pretensiones jurídicamente trascendentes, en el judicial.

Pues bien, aquél marco teórico en la práctica no fue, ni será así, puesto que ni en un sólo momento hubo un Estado en donde no hubiese entrecruzamientos. De allí que, para hablar, hoy en día, de separación de poderes es preciso hacer siempre la advertencia de que se trata de una separación *sui generis*, es decir, una separación que la utilizamos por necesidades teóricas y prácticas, pero que no significa independencia absoluta⁴².

De ello se sigue que únicamente había un concepto que quedaba encuadrado perfectamente en la teoría de Montesquieu, y es que el Poder Judicial no tiene función normativa. Tal es la claridad de lo anteriormente expuesto que incluso en nuestro ordenamiento se recoge tal idea, precisamente, en nuestra Constitución Política de la República la que en su artículo 76º establece que: “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”. En su inciso segundo reafirma lo anterior estableciendo que “Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de las resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.

Es decir, es de competencia exclusiva y excluyente para el Poder Judicial, en nuestro ordenamiento jurídico, la competencia de todas aquellas materias concernientes a la función judicial que hayan de ventilarse en suelo nacional, mas no podrá éste ejercer, en momento alguno, funciones políticas puesto que éstas se encuentran en el ámbito de competencia de aquellos órganos que son eminentemente políticos, es decir, el Ejecutivo y el Legislativo.

⁴²GARCÍA- TREVIJANO. Óp. cit. 38p.

Ejemplos de materias políticas que son de competencia exclusiva del Parlamento son los juicios o acusaciones políticas de destitución de las más altas autoridades de la nación; como también lo es la dirección de las relaciones internacionales con los demás Estados por parte del Presidente de la República, ambas materias eminentemente políticas de órganos estrictamente políticos.

Siguiendo con el análisis de esta teoría podemos destacar que la democracia actual no sólo está compuesta por la consagración de la separación de poderes como pilar originario de un Estado Social, también es pertinente tener presente el auge y desarrollo de la teoría de las *“diferentes formas de autonomías funcionales”* que existen dentro del Estado, obra de Georg Jellinek, la cual juega un rol crucial para entender a la sociedad política actual.

Esta teoría postula que entre los roles o actividades que encuadran a la función gubernativa, propiamente tal, se destacan dos grupos. Por un lado, existen:

- a) Las funciones del Estado propiamente tales, las cuales tienen por objeto la satisfacción de los objetivos más elevados de la sociedad civil mientras que, por otro lado, existen las denominadas
- b) Funciones del poder, como medio para alcanzar los objetivos de aquellas funciones estatales.

De esta forma, las funciones del estado son un fin en sí mismo mientras que, las funciones del poder son el medio para alcanzar dicho fin. Por ello creemos que esas funciones del poder, como medio para lograr lo socialmente deseado, son el fundamento por medio del cual cobra existencia la teoría del acto político como medio para la consecución de un fin en sí mismo.

Las funciones estatales, se diferencian de las funciones de poder, por ser aquellas que *“conforman una categoría única de prestaciones y actividades públicas para alcanzar el fin de la comunidad política: el bien común”*⁴³. De esta forma, aquellas actividades que tengan por objeto traducir aquella imperativa necesidad de

⁴³ DROMI, JOSÉ. Óp. Cit. 22p.

ejecutar funciones mediante las cuales la sociedad busque materializar los fines inherentes a ella, entre las cuales podemos destacar la de asegurar la paz, el orden social, fomentar la prosperidad, fortalecer la seguridad, socializar las oportunidades y proteger a la justicia, son funciones estatales o actividades inherentes al Estado.

En consecuencia, todos los objetivos que trascienden a la práctica estatal han de ser fruto de una serie de mecanismos, medios o actos los cuales han de tener la particularidad de ser una especial técnica para la concreción de dichas aspiraciones. Hablamos en particular de las funciones del poder, las cuales podemos identificarlas por ser *“aquellas clases de medios los cuales goza la comunidad para alcanzar sus fines socialmente deseables”*⁴⁴. Es por ello por lo que las funciones *del poder* se identifican con todos aquellos instrumentos que detenta la actividad estatal, traduciendo aquella actuación de poder (como mandato supremo de la comunidad al soberano) de carácter jurídico-formal -como las vías de actuación, ya sean, gubernativa, legislativa, judicial o administrativa-, a hechos materiales, por cuyo conducto los representantes logran los fines estatales que se le asignan por el hecho de detentar el cargo. Creemos que dentro de esta especial categoría se encuentran los actos de gobierno o actos políticos, diferenciándose éstos últimos por ser ejercidos por órganos distintos al Poder Ejecutivo.

Es así como en los Estados o democracias occidentales, a modo de ejemplo, son las elecciones populares de sus representantes una clase de herramienta por medio de las cuales la nación le entrega a estos individuos ya electos, el imperativo satisfacer todas aquellas necesidades públicas tendientes a la consecución del bien común.

En lo que nos atañe, nos limitamos al estudio de la función gubernativa, la cual sí es apreciada desde la práctica diaria podemos apreciar que se manifiesta a través de una innumerable serie de actos, dentro de los cuales se encuentran los actos

⁴⁴ *Ibíd.* 23p.

políticos que tanto nos preocupan (aunque su materialización sea por medio de los decretos supremos al igual que los actos administrativos, o por medio de instrucciones, circulares u ordenanzas propias de cada órgano).

Cabe destacar, que esta teoría se encuentra íntimamente ligada a aquella área del derecho que se conoce como lo contencioso-administrativo, tema que en nuestro país es reconocido positivamente, más no consagrado orgánica ni funcionalmente.

Para finalizar, y de acuerdo con todo lo señalado previamente, intentaremos conceptualizar qué entendemos nosotros por acto de gobierno/político, a través de la siguiente definición: aquellos actos que tienen como particularidad el hecho de que son ejercidos por el Presidente de la República y sus Ministros, así como también , por el Parlamento a través de su función gubernativa propiamente tal, en el ejercicio de una facultad discrecional otorgada expresamente por la Ley o la Constitución Política de la República.

B. ORIGEN Y EVOLUCIÓN COMPARADA

Debido a que nuestro Derecho Administrativo tiene entre sus fuentes al Derecho Francés y, por ende, siempre se ha encontrado bajo la influencia de éste, es que comenzaremos con el análisis de la experiencia que le precede en dicho ordenamiento jurídico para intentar aproximarnos a aquella teoría y abordar la existencia de esta clase de actos, y ver de qué forma se asemeja a lo desarrollado en nuestro país, si es que existe dicha semejanza⁴⁵.

1. FRANCIA

Para entender cómo surge la teoría del acto de gobierno o de los *actes de gouvernement* en la doctrina francesa, se hace necesario contextualizar, brevemente, el momento socio histórico- político en el que se vio inmersa Francia para explicar el posterior auge y desarrollo de esta teoría.

⁴⁵ Tomando siempre en consideración las diferencias fundamentales que existen con nuestro país, principalmente la existencia en Francia de un Consejo de Estado como Tribunal Contencioso Administrativo, institución que actualmente no existe en Chile.

Es así como, en Francia, durante el transcurso del Siglo XIX, nace el Consejo de Estado o *Conseil d'Etat*, creado por Napoleón Bonaparte mediante el artículo 52 de la Constitución del 22 de frimario del año VIII (15 diciembre 1799), la cual sustituyó así al antiguo Consejo del Rey y al sistema creado por las constituciones de los años 1791 y 1795, que reservaba el control de la legalidad de la actuación administrativa a la propia administración activa. El precepto establecía: <<*sous la direction des Consuls, un Conseil d'Etat est chargé de rediger les projets de lois et les règlements d' administration publique et résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative*>>. Es decir, que el Consejo de Estado serviría como órgano de consulta del Ejecutivo, además se encargaría de preparar los proyectos de decisiones que debía tomar el Jefe de Estado, y conocería además de los asuntos contencioso-administrativos, aunque la decisión última de aquella materia correspondería al Jefe del Ejecutivo.

Este sistema de justicia retenida permanecería hasta el año 1872, año en que se le reconoció al Consejo de Estado su pleno carácter jurisdiccional⁴⁶. Dada su importancia este órgano fue blanco de grandes ataques por parte de los liberales debido al proceso de restauración monárquica de los Borbones al trono de Francia, ya que, podría transformarse en un órgano que impugnara o cuestionara los actos provenientes de la Administración del Rey, por lo que temiendo “una posible supresión de su jurisdicción contenciosa decidió prudentemente disminuir sus atribuciones, a fin de sobrevivir.”⁴⁷, es decir, entregó la competencia de ciertos asuntos a otros tribunales, excluyó ciertos actos dentro del ámbito de su conocimiento, y excluyó de su competencia a determinados actos quedando estos últimos al margen de todo tipo de control judicial, es decir, fuera de toda instancia de revisión. Esta última clase de actos son los llamados **actos de gobierno**.

⁴⁶ MARCHECO, BENJAMÍN, 2015. “El control jurisdiccional de los actos políticos del Gobierno en el derecho español”. Revista Internacionales de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje (2): 5p.

⁴⁷ GORDILLO, AGUSTÍN. 2013. “Tratado de Derecho Administrativo”. 2ª edición Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo. Tomo 8, Teoría General del Derecho Administrativo. 419p.

Dicha decisión del Consejo de Estado francés da origen a esta categorización de que ciertos actos habrían de ser excluidos del control judicial, decisión que, dado el transcurso del tiempo, no ha sido compartida por toda la doctrina y ha sido incluso criticada, ya que la decisión del Consejo de Estado de “espontáneamente limitar su ámbito competencia, disminuyéndose esta considerablemente, por un lado, en beneficio de los tribunales ordinarios, las consecuencias del principio de separación entre autoridades administrativas y judiciales y, por otro, haciendo aparecer la categoría de acto de gobierno, implica una doble restricción a su competencia, inspirada por su única preocupación política de parecer modesto para permanecer y durar”⁴⁸

De esta forma, el Consejo de Estado francés ha recurrido a distintas teorías, con el fin de determinar cuáles actos emanados de la Administración conforman esta especial categoría de actos que escapan del control jurisdiccional, así como también el por qué y cuál es su naturaleza. Las teorías que buscan explicar la naturaleza del acto de gobierno son principalmente dos, las que se diferencian de acuerdo con el énfasis que le da una al contenido del acto de gobierno, estableciéndose una teoría subjetiva, y otra de carácter objetiva enfocada en el órgano del que emana un determinado acto.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, para algunos autores la distinción entre los actos administrativos y de gobierno carece de importancia y sustento, debido a que se ha abandonado el “fundamento de una posible diferenciación en cuanto a régimen jurídico de los actos de órganos administrativos, pues es bien evidente, entre otras cosas, que la distinción es tan incierta y vaga que en la práctica no distingue nada.”⁴⁹, negando así la existencia de aquellos actos que, por ser de una determinada naturaleza, se encontrarían fuera del control judicial.

En esta misma línea, parte de la doctrina ha sostenido también que la Teoría del Acto de Gobierno sólo se sustenta en la no justiciabilidad de dichos actos, y que al

⁴⁸ MARCHECO, BENJAMÍN. Óp. Cit. 5p.

⁴⁹ GORDILLO, AGUSTÍN. Óp. Cit. 422p.

intentar determinar qué diferencia a un acto de gobierno de un acto administrativo se señala que lo que lo caracteriza es su falta de control judicial, cayendo así en un círculo argumentativo tautológico, reafirmando la inexistencia de un elemento que otorgue contenido distintivo o que diferencie a los actos de gobiernos de cualquier otro acto administrativo, fundamentando su trato diferencial.

Así André de Laubadère, definió acto de gobierno como “ciertos actos, realizado por autoridades administrativas, no susceptibles de ningún recurso ante los tribunales. Si un acto de esta naturaleza viola la ley o causa un daño a un administrado, este no puede como particular intentar el recurso por exceso de poder en busca de la anulación ni el recurso de plena jurisdicción con miras a obtener reparación por el daño sufrido. Tales recursos son inadmisibles, es decir, que el juez ante el cual se presentan, los descarta sin examinarlos siquiera a fondo”⁵⁰. Tal como señalamos antes creemos que esta clase de definición no nos da las características del acto de gobierno, ni se refiere a su contenido, sólo se define a raíz de los efectos del acto, que en este caso es la inmunidad jurisdiccional de éstos.

A pesar de no compartir la opinión anterior en el sentido de que sí es posible dotar de un contenido diferenciador a los actos de gobierno, ésta no ha sido tarea fácil, y exponemos las dos teorías que recogió el Consejo de Estado francés para explicarlo a continuación:

a. Teoría subjetiva o del móvil político

Inicialmente el Consejo de Estado francés distinguía al acto de gobierno de otros tipos de actos provenientes del Poder Ejecutivo por el contenido de éste, más aún, por su objetivo; principalmente entendían que los actos de gobierno eran dictados por un fin o móvil político, y que por lo mismo se trataba de “actos que escapan a

⁵⁰ DE LAUBADÈRE, ANDRÉ. 1984. Manual de Derecho Administrativo. Bogotá. Editorial TEMIS Librería. 84p.

todo control contencioso”⁵¹. Tal como se indicó previamente, es el mismo Consejo de Estado el que decidió disminuir su competencia para asegurar su supervivencia, en el sentido de que “se resigna a sacrificar algo para salvar el resto; al Gobierno, le concede todo un dominio en el cual, por política jurisprudencial, entiende no penetrar”⁵².

Para ejemplificar como el Consejo de Estado francés acogió este criterio tomaremos el que caso que reconoció por primera vez la teoría del móvil político o de la causa subjetiva⁵³, el *arret Laffite* que se desarrolla “cuando un concesionario de la empresa Borghese reclamó el pago supletorio de una renta en dotación conferida por Napoleón a la princesa”⁵⁴, frente a lo que el Consejo de Estado se declaró incompetente de conocerlo aludiendo a que “los actos llamados ‘de alta política’ son actos de gobierno, que no son susceptibles de ser discutidos vía contenciosa. Esta es la teoría del móvil político.”⁵⁵

Es de esta forma que “el arret Laffite constituyó el inicio de una construcción jurisprudencial por la que el Consejo de Estado declinaba el conocimiento de los asuntos ligados a los problemas políticos surgidos a partir de la caída de la dinastía napoleónica; jurisprudencia que luego consolidará en ulteriores decisiones sobre otros asuntos de índole política, que sirvieron de fundamento a las primeras interpretaciones dogmáticas sobre el acto de gobierno”⁵⁶

¿A qué se referían los autores franceses al hablar de móvil político? ¿Nos permitiría este criterio establecer una distinción entre estos actos que emanan de

⁵¹ BRAIBANT. GUY. 2000. “GRANDES fallos de la jurisprudencia administrativa francesa” “et al”. Bogotá. Ediciones Librería Profesional. 11p.

⁵² GORDILLO, AGUSTÍN. Óp. Cit. 420p.

⁵³ MARCHECO, BENJAMÍN. Óp. Cit. 5p.

⁵⁴ TROPEA, GIUSEPPE. El acto político como un problema todavía abierto a la luz del derecho comparado y de la jurisprudencia italiana. *IusPublicum Network Review*: 13p.

⁵⁵ MARCHECO, BENJAMÍN. Óp. Cit. 6p.

⁵⁶ MARCHECO, BENJAMÍN. Óp. Cit. 6p.

un mismo órgano? ¿No tendrían todos los actos emanados del Poder Ejecutivo un móvil político?

Esta teoría, y tal como lo ha demostrado la evolución de su doctrina y posterior desaparición, más allá de entregar claridad y solucionar interrogantes relativas a la naturaleza del acto de gobierno, demuestra alta vaguedad en su concepto original; ¿Cómo definimos qué es político? y, más aún, ¿Cómo determinamos el objetivo o la finalidad de un acto emanado del Poder Ejecutivo?, ¿podría existir un acto administrativo propiamente tal como lo entendemos y aun así tener un móvil político oculto? En síntesis, “todo acto administrativo podía en principio transformarse en acto de gobierno, con el solo requisito de que tuviera un fin político; evidentemente, se trataba de una noción vaga y peligrosa, por prestarse notablemente a la arbitrariedad⁵⁷”.

Remitirse al contenido del acto, que tal como señalamos no es siempre obvio o evidente, da pie a que sea el mismo Gobierno el que le dé el carácter de acto de gobierno a aquellas actuaciones emanadas de la autoridad, sólo con la finalidad de que el acto escape de control de la jurisdicción, abriendo así un amplio ámbito a la arbitrariedad de la Administración, dejando a la deriva al Administrado y sus derechos fundamentales, olvidando también uno de los objetivos más importantes del Derecho Administrativo, sino el más, cuál es velar por el resguardo del ciudadano de la gran y potente fuerza del aparato estatal. En efecto, la utilización de esta teoría da pie a que Gobiernos ilegítimos o dictatoriales, como el régimen franquista en España o las dictaduras latinoamericanas, resguarden bajo esta excusa actuaciones represivas, cuya ejecución ocasionó graves violaciones a la población.

b. Teoría objetiva

Con el auge de las posiciones liberales en el Parlamento francés, la caída de la restauración monárquica borbónica y con el comienzo de lo que se denominó la Segunda República Francesa, el paradigma político-constitucional francés cambió,

⁵⁷GORDILLO, AGUSTÍN. Óp. Cit. 420p.

las decisiones provenientes del Jefe de Estado dejaron de ser incuestionables, por lo que, por regla general, pasaron a estar siempre sometidas al conocimiento de los tribunales de justicia. Es a raíz de este pensamiento que surge la teoría objetiva del acto de gobierno, opuesta a la del móvil o fin político (teoría subjetiva), es decir, que “sólo era necesario suprimir ese criterio del fin o móvil político en cuanto medio de determinar qué actos escapaban al control jurisdiccional, y sustituirlo por otro más objetivo que restringiera el acto de gobierno a límites precisos y concediera de tal modo seguridad de protección tribunalicia a los demás casos”⁵⁸, intentando así corregir aquellas falencias que identificamos en la teoría subjetiva del fin político.

Básicamente, “las nuevas instituciones y el régimen liberal definitivamente implantado, el desarrollo del espíritu de legalidad, la disminución de la fuerza gubernamental a la caída del régimen imperial, la aparición del sistema de la justicia delegada, fueron factores que provocaron el cambio de orientación hacia el abandono en sede jurisprudencial y doctrinal de la teoría del móvil y la afirmación de una nueva: la llamada teoría de la naturaleza del acto”⁵⁹.

En Francia, la jurisprudencia del Consejo de Estado, dio un cambio sustancial, abandonando la teoría del móvil político en el caso ocurrido en el mes de febrero de 1875, caso conocido como el *arret Prince Napoleón*. En el caso en particular, “el Príncipe Napoleón- Joseph Bonaparte fue nombrado, mediante decreto, en el grado de general del ejército francés por su primo el emperador Napoleón III. Tras la caída del II Imperio, el gobierno republicano eliminó al príncipe aludido de la lista oficial de generales. El ministro de Guerra justificó la decisión tomada alegando que el nombramiento ‘se relaciona con las condiciones específicas de un régimen político desaparecido y que necesariamente pasa por la caducidad’. Es por lo mismo que el Príncipe requiere al Consejo de Estado que anule la decisión, porque habría violado los derechos que se derivan de la decisión del Emperador

⁵⁸ GORDILLO, AGUSTÍN. Óp. Cit. 420p.

⁵⁹ MARCHECO, BENJAMÍN. Óp. Cit. 6p.

por la que lo nombró general. El Consejo de Estado es competente para pronunciarse sobre la legalidad del acto por el cual el gobierno habría retirado al príncipe Napoleón el rango general. Sin embargo, desestimó la petición del príncipe basado en el artículo 6 del Senadoconsulto de 7 de noviembre de 1852, que establecía que gratificaciones otorgadas por el Emperador a distintos miembros de su familia eran revocables”⁶⁰

En el caso expuesto, el Consejo de Estado pudo haberse declarado incompetente de conocer el asunto, de haber seguido vigente la teoría del móvil político, ya que la decisión de quitarle el rango de General al Príncipe tenía que ver con el cambio de régimen sociopolítico que estaba viviendo Francia, es decir con una finalidad eminentemente política.

Posterior a esto, el Tribunal contencioso administrativo francés consideró a la hora de definir el acto político a la “teoría de la diferenciación de fondo entre la función de gobernar y administrar: Gobernar era garantizar, mediante actos de principio, la marcha de los servicios públicos y la seguridad interior y exterior. Administrar era asegurar la aplicación diaria de las leyes y el funcionamiento ordinario de los servicios públicos”⁶¹.

El aporte de esta teoría, radica en una distinción entre Gobierno y Administración, lo que nos lleva a intentar determinar de manera precisa qué entendemos por cada uno de estos conceptos.

Para el jurista Edouard Laferriere “administrar, es asegurar la aplicación diaria de las leyes, cuidar las relaciones de los ciudadanos con la administración central o local y de las diversas administraciones entre ellas. Gobernar, es proveer a las necesidades de la sociedad política toda entera, velar por la observación de su Constitución, el funcionamiento de los grandes poderes públicos, las relaciones

⁶⁰ MARCHECO, BENJAMÍN. Óp. Cit. 7p.

⁶¹ MARCHECO, BENJAMÍN. Óp. Cit. 7p.

del Estado con las potencias extranjeras, la seguridad interior y exterior”⁶². Asimismo, para Maurice Hauriou “gobernar es solucionar los asuntos excepcionales y velar por los grandes intereses nacionales; administrar, es hacer los asuntos corrientes del público”⁶³.

Para Vedel y Devolvé el gobierno es la separación de poderes entre sus miembros, y que competen al poder reglamentario.⁶⁴

Es así como de la mano del “desarrollo del Estado de Derecho la justificación de los actos políticos se hace más objetiva, donde dichos actos se asocian a la función de gobierno y, por el contrario, los actos administrativos a la función administrativa. De esta forma, para esta concepción, hay función de gobierno cuando deriva directamente de la Constitución, y función administrativa cuando deriva de la ejecución de la legislación”⁶⁵

Es de esta forma, que se hace evidente la necesidad de determinar el contenido de las actividades de Gobernar y Administrar, esto con el objetivo de poder diferenciar claramente al acto de gobierno de cualquier otro acto administrativo y así delimitar la naturaleza de aquellos actos que quedarían exentos de una revisión por parte de los Tribunales de Justicia.

Para determinar que entendemos por cada una de estas actividades acudiremos a los siguientes criterios:

- i) Habitualidad: Se ha sostenido que los actos administrativos podrían tener una mayor frecuencia, en el sentido de que se trata de actos dictados por la

⁶² GORDILLO, AGUSTÍN. Óp. Cit. 421p.

⁶³ GORDILLO, AGUSTÍN. Óp. Cit. 421p.

⁶⁴ VEDEL, G., DEVOLVÉ, P. 1958. Droit administratif. 8°ed. París. Presses Universitaires de France. 893p.

“La composition du Gouvernement et la répartition des pouvoirs entre ses membres son de la compétence du pouvoir réglementaire.”

⁶⁵ CAZOR ALISTE, KAMEL. “Fundamentación y Control del acto de Gobierno en Chile”, en Revista de Derecho N° 2, Vol. 12, Universidad Austral de Valdivia, diciembre 2001. 96p.

Autoridad que se presentan en el día a día, que están asociados a trámites que son llevados a diario por la Administración del Estado, como por ejemplo: un decreto que otorgue un nuevo plazo para la suscripción de una escritura pública entre el Estado y un particular, o una resolución que resuelva un recurso jerárquico en alguna Secretaría de Estado o Servicio en particular, la derogación de un decreto, entre otros.

Por otro lado, los actos de gobierno no contarían con dicha habitualidad, ya que se dictarían en ciertos escenarios y supondrían una excepcionalidad en la Administración. Por ejemplo, la decisión del Gobierno de declarar un estado de excepción constitucional.

- ii) Origen de la potestad (normativo o constitucional): Tal como se señaló previamente también se ha determinado como criterio diferenciador a aquella norma originaria que le otorgaría al órgano la facultad de decidir sobre un determinado asunto o de dictar un determinado acto. En este sentido serían actos administrativos aquellos que provienen de una facultad delegada por la Ley, mientras que los actos de gobierno provendrían de aquella potestad entregada a la Administración desde la Constitución Política.

A nuestro parecer, dicha categorización no es excluyente, toda vez que existen actos que provienen de facultades otorgadas por la Constitución que son administrativos y así también de la forma inversa, por lo que hay que tener cierta precaución a la hora de utilizar este criterio.

- iii) Jerarquía del órgano del que emana el acto: No basta con que el acto carezca de habitualidad, tenga un contenido que podamos denominar político y que provenga de una potestad otorgada a la Administración por la Constitución Política, sino que además requiere que provenga de un acto que cuente con cierta jerarquía. De esta forma un acto emanado de un Secretario Regional Ministerial, y que cuente con todos los criterios antes expuestos, no va a ser un acto de gobierno, dado que no cuenta con la jerarquía suficiente.

Para concluir, vale señalar que estamos tratando de determinar cuáles los actos de gobierno, por lo que deberíamos atender a cuál es la acepción de gobierno para determinar la jerarquía del órgano que ha de dictar estos actos. En Francia, por ejemplo, el art. 20 de la Constitución de la V República (1958), siguiendo la ya vieja tradición francesa al respecto, llama 'Gobierno' al gabinete ministerial. Idéntico concepto encontramos en la Constitución alemana de 1949, y en la Constitución austriaca. En este concepto el gobierno es el conjunto de los más altos órganos ejecutivos del Estado.

Debido a que los criterios señalados previamente no nos permiten, cada uno por sí sólo, determinar si un acto es de gobierno o no, consideramos pertinente utilizarlos todos en conjunto para lograr identificar la naturaleza del acto, y así no dejar al criterio de un sólo concepto la categorización de un acto como de gobierno.

Actualmente el Consejo de Estado francés ha desechado ambas teorías, ya que ambas, una más que la otra a nuestro juicio, descansan sobre conceptos jurídicos indeterminados, y nos atreveríamos a decir también que reposan sobre conceptos meta jurídicos, por lo que más que intentar definir exhaustivamente lo que es un acto de gobierno, ha decidido "optar por una concepción empírica, evaluando caso por caso, quedando en manos del Consejo de Estado decidir, sobre la base de razones de oportunidad y según el objeto a que estaba destinado, cuando se estaba en presencia de un acto de gobierno⁶⁶", motivando declarar inadmisibles ciertos recursos "por la necesidad, basada en razones de hecho, de sustraer ciertos actos a toda discusión jurisdiccional, puesto que la experiencia ha revelado que habría inconveniente en dejar desarrollarse la cuestión."⁶⁷

Dicha práctica tampoco nos parece adecuada, ya que deja a criterio del Tribunal, sin mayores definiciones que lo limiten, el determinar cuándo nos encontramos frente a un acto de gobierno exento de la revisión judicial, lo que nos coloca aún en un escenario de baja seguridad jurídica.

⁶⁶MARCHECO, BENJAMÍN. Óp. Cit. 7p.

⁶⁷ GORDILLO, AGUSTÍN. Óp. Cit. 422p.

En la búsqueda por darle mayor certeza jurídica a los Administrados, la jurisprudencia francesa ha caído en la mala práctica de limitar aquellos casos que constituyen actos de gobierno, a aquellos que provienen de las relaciones que se dan entre el Poder Ejecutivo y Legislativo⁶⁸ y a los relativos a las relaciones internacionales.

2. ALEMANIA.

Actos de autoridad o actos soberanos⁶⁹, es así como se les ha denominado históricamente en Alemania a lo que nosotros, producto de la influencia de la teoría francesa, conocemos como actos de gobierno, y frente a este tipo de acto se han originado dos grandes teorías que buscan explicar su naturaleza. Dichas teorías se resumen básicamente a dos posturas, existiendo por un lado la teoría formalista y, por otro, aquellas que nacen a raíz de esta teoría denominada anti formalista, para determinar finalmente el estado actual de la situación para los germanos.

a. Teoría Formalista.

Esta corriente es formalista debido a que distingue el acto de gobierno del acto administrativo propiamente tal desde la perspectiva de si su facultad proviene de una actividad que se encuentre previamente reglada o no. Es decir, para los formalistas el acto de gobierno se caracteriza de tal forma que “es determinado por el interés común y caracterizado por su discrecionalidad en comparación del acto administrativo”⁷⁰, que constituye una actividad reglada. Para comprender esta teoría debemos saber que “las facultades de un órgano están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada

⁶⁸ Corresponde precisar, que para los autores de este proyecto aquellas actuaciones provenientes del Poder Legislativo no se enmarcan en los actos de gobierno desarrollados en este capítulo, que tal como señalamos en su comienzo se refieren a aquellos emanados del Poder Ejecutivo. Los actos emanados del Poder Legislativo deben denominarse a nuestro juicio actos políticos, y tendrán un tratamiento exhaustivo en la segunda parte de este capítulo.

⁶⁹ GORDILLO, AGUSTÍN. Óp. Cit. 416p.

⁷⁰ ZUÑIGA, FRANCISCO. Óp. Cit. 7p.

que el particular debe seguir, es decir, cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto. Las facultades de un órgano serán en cambio discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción para hacer una u otra cosa, o hacer de una u otra manera”⁷¹

Para esta teoría se encontrarían libres de todo control judicial, todos aquellos actos en los que se manifiestan las funciones materiales de la Administración del Estado, tales como la legislación, el manejo de la política exterior, las relaciones entre el Poder Ejecutivo (Gobierno) y el Parlamento, entre otros⁷², casos en los que la Administración tiene un margen discrecional para decidir.

b. Teoría Antiformalista.

Desarrollada como una reacción a la teoría formalista, nace la corriente anti formalista, doctrina que ya no utiliza como criterio diferenciador el origen de la facultad que permite al órgano dictar un determinado acto, sino que “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”⁷³, estando los actos administrativos a la merced del cumplimiento de los fines políticos del Gobierno. De esta forma, contextualizando esta teoría dentro de un concepto de Teoría de Estado es que “los actos de gobierno, como actos políticos, son aquellos que tienden a realizar una integración de la unidad del Estado, por lo que los actos políticos se caracterizan por estar directamente vinculados a la Constitución”⁷⁴.

Actualmente, el Tribunal Constitucional Federal alemán o *Bundesverfassungsgericht* no adscribe expresamente a la teoría de los actos de

⁷¹ GORDILLO, AGUSTÍN. Óp. Cit. 12p.

⁷² ZUÑIGA, FRANCISCO. Óp. Cit. 7p.

⁷³ ZUÑIGA, FRANCISCO. Óp. Cit. 7p.

⁷⁴ CAZOR, KAMEL. Óp. Cit. 96p.

gobierno, excluyéndolos del ámbito de su competencia, sin embargo, en la práctica jurisprudencial de este Tribunal se ha evidenciado que “auto limita su competencia frente a actos encuadrados en relaciones internacionales o conducentes a la celebración y ejecución de éstos.”⁷⁵

Por otra parte, y a diferencia del desarrollo que tuvo el modelo francés, los germanos se preocuparon de la protección de los derechos subjetivos de los ciudadanos de los actos de la Administración, entendiendo que “la autonomía o independencia de la Administración se debe corresponder con un sistema de controles administrativos adecuado a aquélla.”⁷⁶

En este sentido ha tenido un importante desarrollo en su doctrina, y jurisprudencia, la cuestión del control de los actos dictados por la Administración dentro de sus facultades discrecionales.

Ello en atención a que su Carta Fundamental consagra la facultad de los ciudadanos para accionar contra la Administración en casos en que sea vulnerado un derecho subjetivo. En su artículo 19.4 señala: “Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios.” En virtud de esto podemos decir que se consagra el contencioso- administrativo alemán, haciendo aplicación del principio de tutela judicial efectiva.

En comparación con otros sistemas comparados “el sistema de justicia administrativa alemán diverge del que rige en otros países en la medida en que, no obstante servir a una función más reducida (la tutela de los derechos subjetivos, no sin más el control objetivo de la Administración), persigue garantizar

⁷⁵ ZUÑIGA, FRANCISCO. Óp. Cit. 7p.

⁷⁶ SCHMIDT- ASSMANN, EBERHARD. 2003. La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. 225p.

un grado de efectividad de la tutela político- subjetiva superior al habitual en otros sistemas.”⁷⁷

En efecto, ya podemos vislumbrar que la piedra angular del sistema de justicia administrativa alemán es el derecho subjetivo vulnerado por un acto de la Administración. Esta importancia se reflejada en dos ámbitos: por un lado es un requisito para activar el proceso contencioso- administrativo, y por el otro nos va a permitir determinar el alcance del control judicial.

Como adelantábamos, el derecho subjetivo afectado por la actuación administrativa será un requisito para que se pueda entablar una acción contra la Administración. Sin embargo, este derecho subjetivo debe haber sido vulnerado respecto de una persona en particular, no pudiéndose tratar de meros intereses o acciones colectivas en defensa de intereses difusos.

Por lo tanto, “allí donde la actividad administrativa no afecta a derechos subjetivos o donde, aun afectándose éstos, el titular de los mismos no desea entablar una controversia judicial con la Administración, ésta queda exenta de control judicial.”⁷⁸

Asimismo, el derecho subjetivo cobra importancia, ya que no bastara únicamente que la dictación de un acto administrativo vaya en contradicción con alguna norma jurídica, sino que también se requiere una conexión de antijuridicidad entre la infracción y el derecho subjetivo protegido, es decir la contravención normativa significa también una lesión en los intereses del recurrente.

En otro ámbito, es posible identificar dos formas de conocer de la justicia administrativa; contencioso de plena jurisdicción y un contencioso de jurisdicción restringida, siendo este último de mayor aplicación en el ordenamiento alemán.

La jurisdicción plena constituye la regla general y supone que “la justicia examina toda la cuestión que se le somete, desde el punto de vista del hecho y desde el

⁷⁷ SCHMIDT- ASSMANN. EBERHARD. Óp. Cit. 227p.

⁷⁸ SCHMIDT- HASSMANN, EBERHARD. Óp. Cit. 228p.

punto de vista del derecho; ella decide después lo que, en esa relación debe ser de derecho entre las partes.”⁷⁹

“En teoría, tal fiscalización debe mantenerse dentro de los límites de un control en derecho, es decir, se debe limitar a fiscalizar una decisión ya previamente adoptada sobre la base de los parámetros que ofrezca el Derecho. Sin embargo, el control de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados y el de la proporcionalidad, si se los lleva a cabo de forma intensa, pueden llevar fácilmente a que los tribunales, desbordando los límites de un control en derecho, extiendan el mismo a cuestiones de oportunidad y decidan éstas de acuerdo con sus propias ideas.”⁸⁰

Por su parte, el contencioso de jurisdicción restringida se aplica en aquellos casos en que la justicia administrativa estará facultada para conocer determinados aspectos de una controversia. Al ser ésta una excepción a la regla general de conocimiento pleno, la limitación al control debe encontrarse definida por ley de tal manera que “siempre que no sea posible acreditar la existencia- siquiera tácita- de una tal habilitación normativa que justifique una limitación de la intensidad del control judicial, se deberá proceder de acuerdo con el modelo básico de un control plenario.”⁸¹

Tal como lo señalamos en su oportunidad, esta jurisdicción restringida se aplica en los casos de control de actos dictados con facultades discrecionales, y nos gustaría identificar los siguientes casos:

- i) Recurso por incompetencia o exceso de poder: Teniendo su origen en la doctrina francesa, influenciando de alguna forma al derecho alemán, nace este recurso, en virtud del cual puede reclamarse a la justicia administrativa por la vulneración de un derecho subjetivo cuando la Administración ha actuado fuera

⁷⁹ MAYER, OTTO. 1982. Derecho Administrativo Alemán. 2da ed. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 252p.

⁸⁰ SCHMIDT- ASSMANN, EBERHARD. Óp. Cit. 231p.

⁸¹ SCHMIDT- ASSMAN, EBERHARD. Op. Cit. 234p.

de las competencias que le ha otorgado la ley, es decir “la autoridad excede sus potestades al realizar actos que de ningún modo están comprendidos en ellos, o cuando no se llenan las formas que son sus condiciones.”⁸²

- ii) Recurso por desviación de poder: En este caso la Administración también actúa fuera de la competencia que le ha entregado la ley, ya que actúa con una finalidad distinta a la que contempla la ley, en suma “la autoridad administrativa excede igualmente sus poderes si se sirve de su libre apreciación para un fin distinto de aquel para el cual se le ha confiado la potestad legal”⁸³.
- iii) Demanda de nulidad por violación de la ley: Siendo un caso de jurisdicción restringida, es distinta a las que vimos anteriormente, ya que en este caso “la demanda supone también, por una parte, al individuo lesionado en sus derechos; pero, por otro lado, supone que la autoridad causó esta lesión al aplicar indebidamente o al no aplicar la ley, es decir, la regla de derecho. Así, ese recurso termina en el control de la legalidad del acto en general y no solamente de los límites exteriores de los poderes de la autoridad: tiene en cuenta también la aplicación indebida de la ley, que podría hacerse dentro de esos límites”.⁸⁴

Luego de este modesto análisis del aporte de la doctrina alemana respecto del control de los actos administrativos, en especial de aquellos dictados en virtud de una facultad discrecional, recogemos su herencia, ya que entiende perfectamente la importancia de la protección de los derechos de los administrados frente a la actividad administrativa, en especial donde se pueden cometer más abusos, como son el ejercicio de las facultades discrecionales. Sin embargo, al mismo entiende la naturaleza de estas facultades, por lo que en su caso rompe la regla general y establece un control restringido, controlando las reglas previas para el ejercicio de su discrecionalidad, elementos puntuales que no desvirtúan el ejercicio de la potestad.

⁸² MAYER, OTTO. Óp. Cit. 256p.

⁸³ MAYER, OTTO. Óp. Cit. 257p.

⁸⁴ MAYER, OTTO. Óp. Cit. 257p.

3. EL COMMON LAW

A continuación, nos referiremos brevemente y de manera escueta al desarrollo que ha presentado la Teoría del Acto de Gobierno en las dos legislaciones más ejemplificadoras del common law, en consecuencia, ilustraremos cómo se ha desarrollado el asunto tanto en Gran Bretaña como en los Estados Unidos de América.

a. Estados Unidos de América.

Los actos de gobierno, denominados *political questions* en la doctrina norteamericana, se entienden relacionados con el concepto de justiciabilidad, dado que las Cortes Federales se han inclinado por no conocer ciertos asuntos que tienen este particular carácter. Asimismo, los actos de gobierno operan como un “maleable límite a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y de los actos de las autoridades políticas, que exceden el ámbito de la jurisdicción y del proceso judicial, que en una enumeración casuística comprende: poderes militares, estados 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”⁸⁵, generándose de esta manera, al igual como hemos observado en otras legislaciones comparadas, una autolimitación de competencia o *selfrestraint*, como lo denominaría originalmente la doctrina americana.

Para ilustrar cómo se ha manifestado esta doctrina en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norte América, hemos tomado a modo ejemplificador el caso *Luther v. Borden*⁸⁶ de 1849, en el cual básicamente se discutió qué órgano es el encargado de decidir el tipo de Gobierno establecido en un Estado, en este caso el de Rhode Island. En este sentido el Sr. Chief Justice Taney señaló, emitiendo la opinión de la Suprema Corte, que es la misma Constitución la que autoriza al Gobierno a interferir en los asuntos domésticos de

⁸⁵ ZUÑIGA, FRANCISCO. Óp. Cit. 5p.

⁸⁶LUTHER V. BORDEN. <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/48/1/case.html>> [consulta: 04 de septiembre 2016]

cada Estado, considerando el asunto como uno de naturaleza política y poniéndolo en manos de dicho Departamento⁸⁷. Estando esta decisión en manos del Gobierno, no puede ser cuestionada en sede judicial, y es acertado señalar que la disputa en este caso duró de tal forma de llevar el asunto a ese nivel de conocimiento (de los tribunales de justicia); y como no existieron senadores o representantes electos bajo el 'gobierno' liderado por el Sr. Dorr, el Congreso no fue llamado para decidir sobre el asunto. Sin perjuicio de que la competencia para decidir se encuentra radicada en dicho órgano y no en los Tribunales⁸⁸⁹.

A diferencia de lo que sucede en nuestro sistema de derecho, en los sistemas donde rige el common law se le da más importancia a la interpretación de las decisiones que hace la jurisprudencia, que la realizada por la misma ley, lo que puede llegar a ser un problema respecto del control de los actos de la Administración, ya que es más proclive a caer en el denominado gobierno de los jueces.

En este sentido, "el problema adquiere su más alto nivel de concentración- nivel, en verdad, dramático, aunque alejado de lo puramente administrativo- cuando el juez es no solamente el 'fiscalizador infiscalizado' del poder ejecutivo, sino el intérprete indiscutido de las mismas normas básicas de la comunidad, como

⁸⁷ *The Constitution of the United States, as far as it has provided for an emergency of this kind, and authorized the general government to interfere in the domestic concerns of a State, has treated the subject as political in its nature, and placed the power in the hands of that department.*

⁸⁸ *And its decisión is binding on every other department of the government, and could not be questions in a judicial tribunal. It is true that the contest in this case did not has long enough to bring the matter to this issue; and as no senator or representatives were elected under the authority of the government of which Mr. Dorr was the head, Congress was not called upon to decide the controversy. Yet the right to decide is placed there, and not in the courts.*

⁸⁹ Es interesante esta parte del fallo de la Suprema Corte, ya que deja ver por primera vez un tema fundamental para este trabajo, y que ha de ser desarrollado arduamente en el tercer capítulo del presente, y que está relacionado con la idea de que frente a los actos de gobierno no procedería el control judicial, sin perjuicio de que proceda algún otro tipo de control, afín con la propia naturaleza del acto de gobierno.

ocurre en los Estados Unidos donde, en expresión de Hugues⁹⁰, 'la Constitución es lo que los jueces dicen que es'."

b. Reino Unido

A diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos, en la doctrina iuspublicista de Gran Bretaña se les ha denominado *acts of State*⁹¹ a los actos de gobierno, encontrándose ligado, principalmente, al papel fundamental que desarrolla en esto el Parlamento británico, "y que invita a los jueces a no entrar a un campo vedado: la 'selva política', y que incluso se proyecta a la actividad administrativa en el control de la discrecionalidad"⁹².

Luego de haber sido desechada, la teoría de los actos de Estado esta ha vuelto a ser recogida por la Suprema Corte Inglesa, y ni más ni menos que en un caso de junio de 2016, entre el Comisionado de Pakistán en el Reino Unido y el Banco Nacional de Westminster, donde esta ha señalado que la teoría de los actos de Estado no puede ser desechada⁹³⁹⁴.

Este caso surge a raíz de reclamos por parte de India, Pakistán y descendientes de un Príncipe indio en relación a un depósito hecho en una cuenta bancaria en el año 1948, iniciándose de parte del Comisionado pakistaní en el Reino Unido un

⁹⁰ WADE, H.W.E. 1971. Derecho Administrativo. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. 24p.

⁹¹ Hay que tener precaución con la traducción literal del término a "actos de Estado", de tal forma de no entender que son actos asociadas a la idea de Estado en contraposición del Gobierno.

⁹² ZUÑIGA, FRANCISCO. Óp. Cit. 6p.

⁹³ CANNON, ANDREW y REEVEZ, ELIZABETH. High Court rules that the principle of non-justiciability, unlike state immunity, cannot be waived. [en línea] <<http://hsfnotes.com/publicinternationallaw/2016/07/13/high-court-rules-that-the-principle-of-non-justiciability-unlike-state-immunity-cannot-be-waived/>> [consulta: 04 de septiembre 2016].

⁹⁴ *In a recent judgment of 21 June 2016 on a number of summary judgment applications in the case of High Commissioner for Pakistan in the United Kingdom ("Pakistan") v National Westminster Bank (the "Bank"), the English High Court considered the doctrines of act of state and non-justiciability, concluding that these doctrines, unlike state immunity, cannot be waived. The High Court dismissed the summary judgment application brought by India against Pakistan's arguments that the act of state and/or non-justiciability doctrines applied, and clarified their practical application.*

procedimiento en contra del Banco inglés. Ante la interposición de la acción contra el Banco, la Corte Suprema de Inglaterra no conoció del caso, amparándose en la Teoría del Acto de Gobierno y no en la inmunidad de soberanía de la República de Pakistán, ya que entiende que esta última habría renunciado a dicha inmunidad durante la duración del procedimiento.

En relación con la teoría del acto de gobierno podemos destacar las siguientes conclusiones, que nos parecen interesantes:

- i) Contextualiza la teoría del acto de gobierno, señalando que ésta tiene su origen y fundamento en los principios de igualdad de soberanía y cooperación internacional, reafirmando una idea que se repite en la mayoría de legislaciones que han sido objeto de análisis en este trabajo; que los actos que versan sobre relaciones internacionales o diplomáticas se enmarcan dentro de la categoría de actos de gobierno y se encuentran exentos de pronunciamiento por parte de los Tribunales de Justicia.
- ii) En el caso en particular procedería la aplicación de la teoría de los actos de gobierno, toda vez que el depósito bancario realizado y todas las otras transacciones financieras relacionadas, constituirían transacciones de naturaleza gubernamental, ya que existían dos Estados involucrados (Hyderabad y Pakistán), dando origen a la aplicación de este concepto.
- iii) La Corte aclaró que la aplicación de la Teoría de los Actos de Gobierno no tiene su origen en el hecho de que se haya abierto una cuenta fuera del territorio de los estados a quienes competía el asunto, sino que la verdadera consideración fue que las transacciones fueron realizadas a un nivel gubernamental, lo que importa es la naturaleza y calidad de las transacciones en cuestión, no donde tomaron parte⁹⁵.

⁹⁵ *What matters is the nature and quality of the transactions in question, not where they took place.*

- iv) En el mismo sentido, y aceptando la aplicación de la Teoría del Acto de Gobierno como una forma de determinar la competencia de la Corte⁹⁶, decide reforzar la distinción entre ésta y la inmunidad de soberanía.
- v) Finalmente, la Corte reconoce expresamente la aplicación de la teoría de actos de gobierno, señalando que es un área que aún se encuentra en un curso de desarrollo en el más alto nivel del sistema de justicia inglés.

Al igual que en el derecho norteamericano, el sistema británico tiene una base importante en la jurisprudencia de sus tribunales y ha tendido, generalmente, a disminuir las facultades de la administración, por lo que el desarrollo de su derecho administrativo no ha sido tan extenso, comparándolo con otros sistemas europeos, tales como España o Francia. En este sentido, se ha reconocido “que la realidad administrativa de los países anglosajones es una triste exhibición de prerrogativas sin controles efectivos”⁹⁷

De esta forma, la doctrina del Reino Unido se ha preocupado de forma importante en regular y restringir las atribuciones del Poder Ejecutivo, de manera de establecer controles que sí sean efectivos, pero sin caer excesivamente en un gobierno de los jueces. En este sentido Sir Henry William Rawson Wade, haciendo referencia a lo señalado por sir Ivor Jennings, señala que “la meta confesada del gobierno por la sola ley, de Dicey, está muy próxima a querer decir gobierno por los solos jueces’. Esto es, ante temas como el de la discrecionalidad, por ejemplo, en donde la ley es precisamente el supuesto definidor de esa esfera indeterminada de actuación, la solución del *rule of law* es suspender sobre la

⁹⁶ En ciertas partes del blog se hace referencia a las palabras “competence” y “jurisdiction” sin dejar en claro si existe, como sucede en nuestro ordenamiento, una diferencia entre competencia y jurisdicción.

⁹⁷ WADE, H.W.R. Óp. Cit. 20p.

autoridad administrativa primariamente encargada de su ejercicio la espada de Damocles de la decisión final del juez.”⁹⁸

A diferencia de lo que sucede en nuestro sistema, aquí subyace una preocupación respecto del poder originalmente ilimitado que podrían tener los jueces (no como nosotros que nos preocupamos del exceso de poder de la Administración). Por lo que preocupa que “el Poder Judicial adquiere así el poder, poder de gobernar y poder exento, en buena medida, de todo control externo”⁹⁹, lo que “conduce a encontrarse frente a una ‘oligarquía judicial, tan incompatible con las ideas democráticas como una dictadura o un triunvirato.’”¹⁰⁰

Así, vienen a analizar cómo se genera el control de las potestades o poderes discrecionales, señalando que los Tribunales de Justicia deben atender a criterios tales como la legalidad del acto, su razonabilidad y el hecho de que dicten de acuerdo a la finalidad señalada en la ley. En este ámbito el lord Walsbury señala “discrecionalidad significa, cuando se emplea respecto a la discrecionalidad de las autoridades, que algo va a hacerse según los postulados de razón y justicia y no según la opinión particular...; según el derecho, no según el capricho; es decir, que el acto no será arbitrario, vago y caprichoso, sino legal y regular.

No obstante, el propio lord Halsbury también dijo:

‘Cuando el legislativo confía el poder a un cuerpo determinado otorgándole discrecionalidad respecto a cómo tiene que emplearlo, discutir aquella discrecionalidad es algo que se encuentra fuera de la competencia de cualquier tribunal.’”¹⁰¹

Actualmente, la doctrina y jurisprudencia británica puede ambicionar con un gran desarrollo de la Teoría del Acto de Gobierno en su ordenamiento, en especial a

⁹⁸ WADE, H.W.R. Óp. Cit. 22p.

⁹⁹ WADE, H.W.R. Óp. Cit. 23p.

¹⁰⁰ WADE, H.W.R. Óp. Cit. 24p.

¹⁰¹ WADE, H.W.R. Óp. Cit. 110p.

raíz del denominado “Brexit”¹⁰², ya que muchos ciudadanos han interpuesto demandas ante los Tribunales de Justicia a efecto de que la Primera Ministra, Theresa May, entregue la decisión de abandonar la Unión Europea al Parlamento¹⁰³ ¿Someterán los Tribunales de Justicia británicos a su conocimiento estas demandas? ¿Se declararán incompetentes de conocer aludiendo a la Teoría de los “Acts of States”? Todo lo anterior es algo que no podremos dilucidar a lo largo del desarrollo de esta investigación, dado que aún se encuentra actualmente dicha discusión en desarrollo.

4. ESPAÑA

A su vez, y previo a referirnos a cómo se ha desarrollado la Teoría del Acto de Gobierno en el Derecho Público chileno, vamos a intentar mostrar el escenario actual de la cuestión en España, y ver cuál ha sido su desarrollo en los últimos años, ya que como veremos a continuación ha influido sustancialmente en la discusión que se ha dado en nuestro país. En este sentido, haremos un breve análisis de su legislación, desde el año 1888 hasta la actualidad:

a. Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa de 1888

Es en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1888 o conocida también como Ley Santamaría de Paredes¹⁰⁴, donde por primera vez se hace referencia a la idea de que determinados actos se encuentran exentos de revisión por parte de los Tribunales contencioso- administrativos¹⁰⁵, señalando en su artículo 4.1 que se excluían de su conocimiento los siguientes actos:

¹⁰²Término utilizado para referirse a la opción que apoyaba la salida del Reino Unido de la Unión Europea.

¹⁰³Corte Suprema decidirá demandas contra Brexit [en línea] Diario Financiero en Internet 20 de Julio 2016 https://www.df.cl/noticias/internacional/actualidad-internacional/corte-suprema-decidira-demandas-contrabrexit/2016-07-19/204702.html?utm_source=email&utm_medium=email&utm_campaign=Titulares_20072016&utm_content=Link_Nota [consulta: 04 de septiembre 2016]

¹⁰⁴ En homenaje a Vicente Santamaría de Paredes, abogado y ministro de la época.

¹⁰⁵ MARCHECO, BENJAMÍN. Óp. Cit. 8p.

Artículo 4.1: “las cuestiones que por naturaleza de los actos de los cuales procedan, o de la materia sobre que versen, se refieran a la potestad discrecional”

Sin embargo, va a ser su Reglamento, en el artículo 4.4, el que va a reconocer expresamente y por primera vez la Teoría del Acto de Gobierno, señalando que corresponden a la potestad discrecional los siguientes actos¹⁰⁶:

Artículo 4.4: “Las cuestiones que por la naturaleza de los actos que nazcan o de la materia sobre la que versen, pertenezcan al orden político o de gobierno”

Nos parece importante que se incluya este acto de manera explícita, y además que se entienda éste como un tipo de acto discrecional, ya que en el desarrollo de la teoría del acto de gobierno no siempre se ha entendido de esta forma.

b. Ley de lo Contencioso Administrativo de 1952

La creación de esta ley no viene a ofrecer mayores cambios en la legislación administrativa de España respecto de este tema, sino que se creó principalmente para hacer una compilación de todas las leyes existentes de dicha materia y de esta forma refundirla en un solo texto legal.¹⁰⁷

Al momento de la dictación de la Ley de lo Contencioso Administrativo de 1952 existían ya actividades administrativas inmunes a la fiscalización de los Tribunales de Justicia, éstos eran los actos discrecionales, actos políticos y los actos normativos.¹⁰⁸

“Hay que decir, en todo caso, que esta reducción de inmunidades no puede ser la obra de puras y abstractas declaraciones legales, sino que ha de ser el resultado de todo un vasto movimiento de lucha por el Derecho, en el que, naturalmente, no solo es responsable, y ni siquiera quizá primariamente, el legislador. Aquí se inserta, sobre todo, la obra de la jurisprudencia, que ha comenzado ya con arrojo,

¹⁰⁶ MARCHECO, BENJAMÍN. Óp. Cit. 8p.

¹⁰⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. Evolución de la legislación contencioso- administrativa. Revista de Administración Pública. 209p.

¹⁰⁸ GARCIA DE ENTERRIA. EDUARDO. Óp. Cit. 166p.

debemos decir, aunque en ocasiones también con timidez y con recelo, a sacar todas las consecuencias de esa espléndida Ley.”¹⁰⁹

c. Ley de Jurisdicción Contenciosa de 1956

Aunque la Ley de Jurisdicción Contenciosa de 1952 y la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1888 compartían el hecho de encontrarse influenciadas en su origen por la teoría francesa del móvil político, entendiendo que lo que caracterizaba el acto de gobierno era su finalidad¹¹⁰, la nueva legislación de 1956 va dar un cambio radical al respecto, ya que estableció una distinción entre aquellos actos provenientes de la función administrativa y aquellos provenientes de la función política ejercida por el Gobierno.

Es así como en su Artículo 2 letra b) señaló:

Artículo 2 letra b: “No corresponderán a la jurisdicción contencioso- administrativa:

Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes, cuya determinación si corresponde a la Jurisdicción contencioso- administrativa”

Por lo anterior es que podemos señalar que la legislación española evolucionó con este cambio de perspectiva desde la teoría del móvil político a la teoría objetiva francesa en donde se distingue entre la administración y el gobierno, como en sus funciones propiamente tales. Es así que en su Exposición de Motivos se señala: “Con este criterio (el de sometimiento al Derecho Administrativo) se definen, por exclusión, las cuestiones ajenas a esta Jurisdicción. Entre ellas se incluyen las relativas a los actos políticos, que no constituyen una especie del género de los

¹⁰⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA. EDUARDO. Óp. Cit. 166p.

¹¹⁰CASSAGNE, Juan Carlos. La judicialización de las cuestiones políticas [en línea] <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_judicializacion_de_las_cuestiones_politicas.pdf> [consulta: 04 de septiembre 2016]

actos administrativos discrecionales, caracterizada por un grado máximo de discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos, por ser una la función administrativa y otra la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales”¹¹¹

Esta nueva interpretación acerca de la naturaleza del acto de gobierno va a servir de fundamento y justificación para la falta de control judicial de dichos actos, ya que para esta nueva legislación “los actos políticos del Gobierno son esencialmente distintos de los administrativos, por ello no están sujetos al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa que juzga sólo los de esta clase. Para determinar cuáles son los actos políticos no se sigue un criterio finalista, sino de naturaleza. Es decir, los actos políticos lo son no porque con ellos se persiga un fin político, sino porque tienen una naturaleza política distinta de la administrativa.”¹¹²

Asimismo, hay un cambio en el sentido de que, tal como se señaló previamente, los actos de gobierno serían una categoría diferente a los actos administrativos, por lo que ya no se entiende al acto político como una especie de acto administrativo discrecional, sino como uno independiente.

“Estas afirmaciones tan categóricas, puestas al lado de sus consecuencias en la parte perceptiva de la Ley y en la jurisprudencia, no las comparte hoy, podemos decir, ningún otro sistema y quizá ningún jurista autorizado. Desde el punto de vista material, desde luego, es obvia la diferencia entre las grandes decisiones políticas que comprometen la suerte entera de la comunidad, y el diario y ordinario quehacer del último funcionario de la Organización. La distinción entre políticos y funcionarios, como agentes que respectivamente encarnan esas dos distintas responsabilidades, es obvia y se apoya en una base real evidente. Pero es también un lugar común que el Derecho Administrativo no puede ser edificado sobre una idea material de la función administrativa. Jurídicamente, que es lo que

¹¹¹MARCHECO, BENJAMÍN. Óp. Cit. 11p

¹¹² MARCHECO, BENJAMÍN. Óp. Cit. 11p

más importa, puesto que estamos hablando de derecho administrativo, no hay ninguna diferencia entre el acto más importante del Consejo de Ministros, con las salvedades que haré a continuación, y el acto más nimio del último funcionario de la escala, y no la hay por una razón jurídica elemental, porque todos son órganos de la misma persona, del mismo sujeto, y, por consiguiente, con el mismo título el Consejo de Ministros, como el último liquidador de contribuciones de partido, vienen a imputar del mismo modo al mismo sujeto su propia decisión.”¹¹³

De lo previamente expuesto nos parece necesario destacar como, ya en esta instancia, la legislación española deja afecto al control todas aquellas indemnizaciones que se produzcan a raíz de la dictación de actos de gobierno, procediendo la revisión judicial respecto de éstas.

Eduardo García de Enterría, realizó una crítica a esta Ley, no por su contenido, sino porque viene a dar solución a un problema que debió haber sido resuelto por los mismos Tribunales de Justicia, señalando que esta Ley “por primera vez ha introducido, en efecto la técnica de control de las potestades discrecionales por la desviación de poder, que de esta manera ha tenido que penetrar curiosamente en nuestro Derecho por vía legal y no jurisprudencial”¹¹⁴.

Al referirse a la desviación de poder, nuevamente se hace mención de las potestades discrecionales de la Administración, y en este sentido se entiende que las potestades discrecionales tienen aspecto reglados por el legislador, entre los que se encuentra su finalidad, que obedecerá a un interés general, por lo que entendemos que “en cuanto a este gran tema de la reducción de las potestades discrecionales, es precisamente este del control de los elementos formalmente reglados, con la especificación de que uno de ellos es el fin, fiscalizable a través de la técnica de la desviación de poder. Pero, evidentemente las técnicas de reducción de la potestad discrecional no pueden quedar aquí. Sería un error interpretar la Ley de la Jurisdicción contenciosa de 1956 en el sentido de que el

¹¹³ GARCIA DE ENTERRÍA, EDUARDO. Óp. Cit. 182p.

¹¹⁴GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. Óp. Cit. 169p.

único vicio estimable por los Tribunales en los actos discrecionales es el vicio de desviación de poder”¹¹⁵

Asimismo, llama la atención la expansión que podría tener el concepto de acto político, toda vez que la ley es bien clara al decir qué se entiende por ellos. En este sentido, en “este esfuerzo por reducir este viejo dogma, la Ley de lo Contencioso ha incurrido, a mi juicio, en un grave motivo de censura, que es el intento de ofrecer una justificación teórica de este fenómeno de la inmunidad jurisdiccional de los llamados actos políticos. Toda justificación abstracta, toda teoría, está dotada de una inmediata fuerza expansiva, y es un hecho fácilmente comprobable que la misma está siendo utilizada por los Tribunales, no sólo para decidir estas cuestiones con buena conciencia, sino también para extender el concepto de acto de gobierno bastante más allá de lo que cualquier interpretación estricta podría admitir”¹¹⁶

A raíz de esta ley, se entendían como actos políticos todos aquellos actos que tenían que ver con las relaciones internacionales de un Estado y las relaciones que tenía la Administración con el Parlamento, actos que estarían exentos de una eventual revisión judicial. “Tan no es inmunidad jurisdiccional la exclusión de esas dos especies de actos que justamente, y esta me parece que es la prueba definitiva, resulta que los mismos son residenciables ante otras jurisdicciones con plena normalidad: los actos de relación internacional, ante los órganos jurisdiccionales internacionales; los actos constitucionales de relación con el Parlamento o con las Cortes ante los órganos de la jurisdicción constitucional, allí donde exista.

¡Cuán distintos, sin embargo, los demás pretendidos actos de gobierno! Los demás pretendidos actos de gobierno, todos los demás, creo que, sin excepción, son actos administrativos puros y simples, sólo que dotados de una especial importancia política (ordinariamente en el sentido de la lucha política), pero esta

¹¹⁵ GARCIA DE ENTERRÍA. EDUARDO. Óp. Cit. 169p.

¹¹⁶ GARCIA DE ENTERRIA. EDUARDO. Óp. Cit. 181p.

misma importancia lo que justificaría en rigor sería, precisamente, un análisis más cuidadoso de los mismos por la jurisdicción contencioso- administrativa, pero no proclamar su exención radical ante ésta”.

A partir de lo que ha reflejado la legislación española a este punto, no deja de llamarnos la atención de que siempre se defina y se entienda el acto de gobierno ligado eternamente a la idea de falta de control jurisdiccional. En otras palabras, creemos que ésta es una concepción errada, ya que debe separarse la idea de acto de gobierno siempre unida a la falta de control judicial, es posible definir los actos políticos a través de sus características y no de sus consecuencias, de tal manera que, pudiendo existir el acto de gobierno en una determinada legislación, no signifique su irrecurribilidad per se.

d. Constitución española de 1978

Con la dictación de la Constitución española de 1978 vuelve a cambiar el paradigma, en específico de acuerdo con lo estipulado en su artículo 9, que establece lo siguiente:

Artículo 9: “1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

Es así como específicamente en el número 1 del citado artículo, se provoca un conflicto, ya que establece claramente “la exigencia constitucional de entera

sumisión al Derecho de todos los poderes públicos”¹¹⁷, sin tener, a primera vista, una excepción.

Es a raíz de la normativa constitucional que la doctrina española se ha dividido y ha construido las siguientes posiciones relativas al tema:

- i) Por un lado, ciertos autores se han inclinado por sostener que la totalidad de los actos dictados por la Administración serían posibles objetos de control por parte de los tribunales de justicia¹¹⁸, cuyo gran defensor, Eduardo García de Enterría, señala:
- “La Constitución reconoce el derecho a una justicia independiente y de libre acceso a los Tribunales, derecho expresamente extendido a lo contencioso-administrativo y referible, por lo tanto, a todos los actos y acuerdos de la Administración;
 - El art. 106.1¹¹⁹ de la Constitución atribuye a los Tribunales el control ‘de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa’;
 - El art. 24.1 de la Constitución consagra el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales, ‘sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión’, es decir, sin que exista margen alguno para la denegación de justicia;
 - El art. 103.1 de la Constitución declara el ‘sometimiento pleno a la Ley y al Derecho’ de la administración, lo que excluye cualquier espacio para la razón de Estado. En general señala que se vulneraría un principio esencial del Estado de Derecho, cual es el control judicial sobre cualquier actuación de la administración;

¹¹⁷ CAZOR, KAMEL. Óp.Cit. 98p.

¹¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo.2011. Tomo I. Editorial Termis S.A. 554 y 555 p.

¹¹⁹Artículo 106. 1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican

- El art. 2.b) debe considerarse derogado a partir de la entrada en vigor de nuevo texto constitucional y ser eliminado, en la próxima revisión de la misma.”

Principalmente se ha entendido que debido a cómo se conforma el Poder Ejecutivo, a través de partidos políticos, y personas que podrían ser perfectamente corruptibles, todas las actuaciones provenientes de éste deberían ser posibles de revisar judicialmente, esto debido principalmente a que “la intermediación de los partidos ha venido a hacer precisamente más acuciante la exigencia de un gobierno sometido a reglas objetivas, no dejado al arbitrio de los elegidos, y no hay otras reglas objetivas formales exigibles en la sociedad que las que son Ley y Derecho, como es evidente, Ley y Derecho a los que, con absoluta precisión, el art. 103.1¹²⁰ de la Constitución, impone que todo el poder administrativo esté en situación de ‘sometimiento pleno’”¹²¹

- ii) Por el otro lado, un sector de la doctrina española ha tomado la postura “que diferencia de la actuación administrativa, una acción gubernativa ‘no administrativa’ y consecuente asignación de su control al Tribunal Constitucional, en el entendido de que dicha acción gubernamental no se encuentra en el supuesto del artículo 106.1 de la Constitución española, que sujeta a control judicial sólo las actuaciones administrativas”¹²², por lo que serían actuaciones constitucionales, y por ende sometidos al Derecho constitucional y controlado sólo por éste.¹²³

¹²⁰ Artículo 103. 1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

¹²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.2000. Democracia, jueces y control de la Administración. Madrid. Civitas. 113p.

¹²² CAZOR, KAMEL. Óp. Cit. 98p.

¹²³ Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa de 1998. 2002. Por Francisco García Gómez de Mercado “et al”. 2da ed. Navarra. Editorial Aranzadi.

En este sentido, el sometimiento de los actos administrativos, entendidos en su término general, al conocimiento y control del Poder Judicial no sería absoluto, ya que aquellos actos administrativos que corresponden a una función gubernativa estarían exentos de este tipo de control. Nos parece importante destacar que esta parte de la doctrina española no entiende que los actos de gobierno se encuentren exentos de todo tipo de control, sino que se someten a derecho bajo el conocimiento del Tribunal Constitucional en este caso.

Asimismo, el Título IV de la Constitución española, cuyo título es “Del Gobierno y de la Administración” establece una definición de Gobierno en sus artículos 97 y 98:

Artículo 97. “El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.

Artículo 98. 1. El Gobierno se compone del Presidente, de los Vicepresidentes en su caso, de los Ministros y de los demás miembros que establezca la ley.

2. El Presidente dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del mismo, sin perjuicio de la competencia y responsabilidad directa de éstos en su gestión.

3. Los miembros del Gobierno no podrán ejercer otras funciones representativas que las propias del mandato parlamentario, ni cualquier otra función pública que no derive de su cargo, ni actividad profesional o mercantil alguna.

4. La ley regulará el estatuto e incompatibilidades de los miembros del Gobierno.”

A raíz de esta consagración expresa del concepto de Gobierno, y de nombre del título IV de la Constitución, es que esta teoría permite consagrar un argumento de texto constitucional para demostrar la existencia de una función política- de gobierno y una función propiamente administrativa.

La distinción entre estos dos conceptos radica principalmente en que “el Gobierno es la pieza político- directiva (situada en el contexto de los órganos

constitucionales generales o nacionales integrantes de la organización directiva del Estado) y la Administración a él subordinada es la pieza burocrático- dirigida (situada en el contexto de la vida social para la realización práctica de los intereses colectivos en relación directa, constante y ordinaria con los ciudadanos) del Poder Ejecutivo”¹²⁴

De esta forma podríamos distinguir los siguientes actos que corresponden a una función política y que se encuentran desarrollados a lo largo de la Constitución española¹²⁵:

i. Artículo 87, sobre la iniciativa legislativa:

“1. La iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras.

2. Las Asambleas de las Comunidades Autónomas podrán solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de ley o remitir a la Mesa del Congreso una proposición de ley, delegando ante dicha Cámara un máximo de tres miembros de la Asamblea encargados de su defensa.

3. Una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley. En todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniciativa en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia.”

ii. Artículo 92, sobre la propuesta de convocatoria a referéndum:

“1. Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos.

2. El referéndum será convocado por el Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de los Diputados.

¹²⁴ MARCHECO, Benjamín. Óp. Cit. 14p.

¹²⁵ MARCHECO, Benjamín. Óp. Cit. 15p.

3. Una ley orgánica regulará las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución.”

iii. Artículo 100, relativo a las propuestas de nombramiento y separación de los miembros del Gobierno:

“Los demás miembros del Gobierno serán nombrados y separados por el Rey, a propuesta de su Presidente.”

iv. Artículo 134, sobre iniciativa presupuestaria:

“1. Corresponde al Gobierno la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado y a las Cortes Generales su examen, enmienda y aprobación.

2. Los Presupuestos Generales del Estado tendrán carácter anual, incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado.

3. El Gobierno deberá presentar ante el Congreso de los Diputados los Presupuestos Generales del Estado al menos tres meses antes de la expiración de los del año anterior.

4. Si la Ley de Presupuestos no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, se considerarán automáticamente prorrogados los Presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los nuevos.

5. Aprobados los Presupuestos Generales del Estado, el Gobierno podrá presentar proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos correspondientes al mismo ejercicio presupuestario.

6. Toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación.

7. La Ley de Presupuestos no puede crear tributos. Podrá modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea.”

La existencia de todos estos actos, consagrados por la Constitución española, nos demuestra la intención del constituyente de dejar ciertos actos en manos del Poder Ejecutivo, desde la perspectiva de su función gubernamental, actos que van

a tener una naturaleza que lo diferencie de los puramente administrativos, y que pasan a tener un tratamiento diferente.

e. Ley reguladora 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa

Se ha entendido por parte de la doctrina, que en el periodo entre la dictación de la Constitución española de 1978 y la Ley reguladora 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, “no existía una posición definida, tanto es los aspectos orgánicos como en los materiales para conceptualizar los actos de gobierno”, siendo esta última legislación la que regularía explícitamente el tema relativo a los actos de gobierno, solucionando temas interpretativos suscitados previo a su dictación. En este sentido su artículo 2 señala lo siguiente:

Artículo 2: “El orden jurisdiccional contencioso- administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos de Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos (...)”.

Es de esta forma que se produce un cambio en la interpretación acerca del alcance del control de este tipo de actos, existiendo para quienes éste sería “amplio, por cuanto el contenido dispositivo de la ley, incluiría la totalidad de los actos del Gobierno y de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas en el ámbito del control ejercido por el orden jurisdiccional contencioso- administrativo; en cambio para otros, el ámbito es prefijado en cuanto a elementos concretos, es decir, exclusivamente a los elementos reglados de los actos gubernativos (excluyéndose, por ende, los elementos discrecionales de éstos) y, además, sobre los restantes elementos siempre que afecten a derechos fundamentales”¹²⁶.

Asimismo, y para despejar dudas interpretativas, señala en su expresión de motivos que “la Ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes

¹²⁶ CAZOR, KAMEL. Óp. Cit. 103p.

públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad- llámense actos políticos, de Gobierno, o de dirección política- excluida 'per se' del control"¹²⁷

Luego de haber analizado sistemáticamente los sistemas comparados más importantes de occidente, a continuación, procederemos a analizar cuál ha sido el desarrollo de esta teoría en nuestra región.

5. ARGENTINA

Para referirnos a la situación de la aplicación de la Teoría del Acto de Gobierno en el país trasandino, cabe hacer una prevención de acuerdo con su sistema, en este sentido haremos referencia a lo señalado en el artículo 1° de la Constitución de la Nación Argentina:

Artículo 1°. "La nación argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según establece la presente Constitución."

Ante esto, el hecho de que Argentina sea una república federal se va a traducir en el hecho de que existen más gobiernos locales, pero no por eso dejan de presentar los mismos problemas que se han dado en toda la doctrina europea, a pesar de su estructura diferente.

Es importante señalar que, al igual que en los demás sistemas, el tratamiento de esta teoría tiene que ver con los poderes y el equilibrio de éstos. En la actualidad "las funciones y competencias públicas del Estado han crecido notoriamente, tanto en el ámbito funcional (formal) como en el finalista (material). Se impone como necesario para un equilibrio razonable y prudente de estas polaridades entre autoridad (libertad de los que mandan) y libertad (autoridad de los que obedecen), un sistema eficaz de control público."¹²⁸

¹²⁷ CAZOR, KAMEL. Óp. Cit. 106 p.

¹²⁸ DROMI, JOSÉ ROBERTO. Óp. Cit. 95p.

Siguiendo este mismo razonamiento es posible concluir que “no hay ‘poder sin control’, o al menos no debe haberlo, y es un predicado republicano su instauración y regulación, más aún en tiempos de un Estado providencial, planificador y burocrático”¹²⁹. Lo anterior es patente dado a que se trata de una república que se ha visto envuelta en diversos casos de corrupción, en todos sus niveles, desde el policía con menos atribuciones hasta la figura del Presidente de la República y, por sobre todo, queriendo los legisladores subsanar todos estos problemas presentados en los últimos años, para de esta forma instaurar un verdadero Estado de Derecho.

Previo a analizar la institución del acto de gobierno en Argentina, cabe señalar que en el desarrollo de su doctrina es posible evidenciar una distinción entre la función administrativa y la de gobierno, “diferencia que implica un reflejo de los conceptos ‘gobierno’ y ‘administración’: el primero es dirección, impulso; la segunda es ‘acción complementaria’, ‘acción subordinada’. Gobierno es, entonces, la alta dirección, la impulsión que parte del centro para activar los negocios en el sentido de una buena política y del interés general. La acción complementaria de ‘gobierno’, subordinada al mismo, es ‘administración’.”¹³⁰, de acuerdo con lo señalado por el profesor Miguel Santiago Marienhoff en su Tratado de Derecho Administrativo.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, “el llamado ‘acto de gobierno’ o ‘acto político’ no constituye una figura jurídica específica, sino simplemente una noción conceptual de cierta actividad del órgano Ejecutivo del Estado. Jurídicamente, el acto de ‘gobierno’ y el acto ‘administrativo’ quedan asimilados. La Constitución Nacional, sea en el artículo 86, o en algún otro lugar de la misma, no habla de ‘actos de gobierno’ o de ‘actos políticos’ como opuestos a actos administrativos: en el orden de ideas de que aquí se trata, todos ellos expresan una actividad ejercida por el Poder Ejecutivo. Conceptualmente dichos actos se distinguen por

¹²⁹ DROMI, JOSÉ ROBERTO. Óp. Cit. 95p.

¹³⁰ MARIENHOFF, MIGUEL. Óp. Cit. 291p.

su finalidad, por el alcance de los pretendidos efectos del acto: trátase de una cuestión de 'grado', cuya determinación constituye, a su vez, una cuestión de 'hecho', de sensibilidad jurídica, en suma."¹³¹

El acto de gobierno en Argentina.

Para Rafael Bielsa sí existe el acto de gobierno en Argentina, y a su juicio "deben ser considerados actos de gobierno los actos 'ejecutados en cumplimiento de disposiciones constitucionales expresas y que, en principio, tienen por fin asegurar el orden político interno'. Y más aún, en este orden de ideas, son actos de gobierno también los que implican el ejercicio de funciones llamadas 'colegislativas', las decisiones relativas a la seguridad interior, como la 'declaración' de estado de sitio y los actos de guerra; en fin, los actos relativos a las relaciones diplomáticas"¹³².

Así, Bielsa nos entrega un concepto amplio de acto de gobierno, dando ejemplos que clásicamente se han vinculado con la figura de este acto. Además, nos parece una definición adecuada, ya que acude a caracterizar el acto de gobierno, a diferencia de lo que han hecho otros autores señalando que un acto de gobierno es aquel que se encuentra inmune al control jurisdiccional. "En realidad, este criterio para calificar o determinar lo que ha de entenderse por 'acto de gobierno', se basa en lo que sólo serían eventuales 'consecuencias' del mismo: su falta de control jurisdiccional; pero no da la noción esencial o sustancial de dicho acto."¹³³

Analizando la legislación argentina podemos advertir que, no existe un fundamento positivo para su existencia, por lo que no sería exigible ni obligatorio para nadie¹³⁴, en virtud de lo consagrado en el artículo 19 de la Constitución argentina, que señala:

¹³¹ MARIENHOFF, MIGUEL. Óp. Cit. 292p.

¹³² BIELSA, RAFAEL. 1964. Sobre lo contencioso administrativo. Santa Fe. Editorial Castellví. 70p.

¹³³ MARIENHOFF, MIGUEL. Óp. Cit. 292p.

¹³⁴ MARIENHOFF, MIGUEL. Óp. Cit. 297p.

Artículo 19. “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

Por lo que, los actos de gobierno serían emitidos sin que exista norma, constitucional o legal, que autorice su existencia. La anterior reflexión nos hace remitirnos al principio de legalidad de la Administración, de acuerdo a la cual, la Administración no puede obrar más allá de aquello que está expresamente autorizado en las leyes o por vía constitucional.

No obstante, “el acto de gobierno o político puede basarse en el ejercicio directo de potestades ‘constitucionales’ del Ejecutivo. Por ejemplo, cuando indulta o conmuta penas (Constitución, artículo 86, inciso 6°). Dicho acto puede asimismo obedecer o responder a la ejecución o cumplimiento de ciertas leyes formales, lo que así ocurrirá cuando la actividad de que se trate, por su índole, pertenezca a la competencia del Congreso, o requiera la intervención de éste; verbigracia, cuando deba expulsarse del país a extranjeros que, por su conducta, resultan indeseables”¹³⁵, requiriendo el Ejecutivo una base legal que le otorgue dicha atribución.

Por otra parte, y en relación al control judicial de estos actos a través del recurso extraordinario o de inconstitucionalidad argentino “puede también el alto tribunal- a juicio nuestro- rever ciertas decisiones del Poder administrador, si implican una desviación de poder (sustancialmente lo que se tiene por *détournement de pouvoir* en Francia), toda vez que ella lesiones una garantía o un derecho de orden constitucional.

En lo que respecta a los actos del Poder Ejecutivo, importa hacer notar que mediante el recurso extraordinario la facultad discrecional del mismo está limitada, aun en lo que se refiere a los ‘actos de gobierno’, cuestión que en Europa ha sido

¹³⁵ MARIENHOFF, MIGUEL. Óp. Cit. 297p.

un problema casi insoluble, precisamente por ausencia del recurso extraordinario de inconstitucionalidad.”¹³⁶

Al respecto, la jurisprudencia de los altos tribunales argentinos no ha sido uniforme en la aplicación de esta teoría, ya que “con referencia al ‘estado de sitio’, en cierta oportunidad la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al recurso promovido por un senador nacional, detenido por orden del Poder Ejecutivo de la Nación. En otra oportunidad, también con relación al ‘estado de sitio’, la Corte Suprema declaró que el ejercicio de la facultad acordada al Presidente de la República por el artículo 23 de la Constitución, de arrestar a las personas durante el estado de sitio, no es, en principio, susceptible de revisión judicial, salvo circunstancias excepcionales.”¹³⁷

Nos parece inquietante este fenómeno, que posteriormente veremos si se reproduce en la jurisprudencia de nuestro país, ya que la falta de coherencia que presentan las altas magistraturas nos lleva a una inseguridad jurídica, sobre un tema relevante, que de ser tratado de manera impropia puede generar efectos adversos en muchas personas a lo largo del país. He ahí también la importancia del tratamiento actual de este tema.

Para terminar, destacamos la reflexión de Roberto Dromi, que señala que “la revisión se traduce o presupone otras ecuaciones mayores en la relación ‘Administración- administrados’. Subyace la ecuación política ‘libertad- autoridad’, la ecuación jurídica ‘prerrogativa y garantía’, la ecuación procesal ‘interés público- seguridad jurídica’. No podemos construir una ‘revisión libre’ por razones de interés público, pues ello afectaría la seguridad jurídica y a la inversa, excluir de la revisibilidad jurídica del Estado importará sin más la consagración de un régimen autocrático.”¹³⁸

¹³⁶ BIELSA, RAFAEL. Óp. Cit. 73p.

¹³⁷ MARIENHOFF, MIGUEL. Óp. Cit. 308p.

¹³⁸ DROMI, JOSÉ ROBERTO. Óp. Cit. 28p.

6. URUGUAY

A diferencia de lo que ha sucedido en otros países de la región, en la República Oriental de Uruguay ha existido un mayor desarrollo de la teoría de los actos de gobierno, según analizaremos a continuación.

Para comenzar, veremos si se ha distinguido en Uruguay la función administrativa y de gobierno. En este sentido se ha entendido “Administración como todo órgano estatal, cuando desarrolla función administrativa.

El Estado, que se diferencia nítidamente de la Administración de acuerdo con las definiciones propuestas, tiene un gobierno.

Para nosotros gobierno, es la forma organizacional, política, establecida en el pacto social aprobado y explicitado en la Constitución que se da la Nación. Designa a los poderes, sistemas orgánicos órganos competentes, y sus soportes, que dirigen los asuntos del Estado, y a su sociedad, mediante la elaboración, ejecución o acercamiento del Derecho.”¹³⁹

Asimismo, la distinción entre gobierno y administración cuenta con una consagración constitucional indirecta, ya que no los define y distingue explícitamente, sino que hace referencia a ellos. Un ejemplo es lo señalado en el artículo 147:

Artículo 147 inciso 1°. “Cualquiera de las Cámaras podrá juzgar la gestión de los Ministros de Estado, proponiendo que la Asamblea General, en sesión de ambas Cámaras, declare que se censuran sus actos de administración o de gobierno.”

Por su parte Rubén Flores nos entrega las características del gobierno:

“1. Supremo. Surge por la soberanía interna del pueblo. Es el poder superior y, los demás poderes que puedan existir en el derecho privado (de diversas organizaciones), le están subordinados.

¹³⁹ FLORES, RUBÉN. 2010. Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo. La Ley Uruguay. 17p.

2. Originario porque no deriva de otro poder, salvo, obviamente del Poder Constituyente y de su Constitución. Dentro de ese margen se auto limita y regula.
3. Forzoso. El poder del Estado goza de los clásicos caracteres de coercibilidad y coactividad. De ser necesario se impondrá por fuerza.
4. General. Es un poder que alcanza a todos los individuos que se encuentran dentro de su territorio.
5. El poder político es controlado por el pueblo que, algunos, denominan masa. El pueblo, entonces, como elemento antagonista del poder político, cumple un rol fundamental en el desarrollo del mismo.”¹⁴⁰

Para Enrique Sayagüez Laso, destacado administrativista uruguayo, no existe tal marcada diferencia entre administrar y gobernar, por lo que tampoco existiría distinción entre los actos administrativos y los actos de gobierno, más que una relación de género- especie entre uno y otro. “Pero esa circunstancia no excluye su calidad de actos administrativos, con todas las consecuencias que derivan en cuanto a la posibilidad de impugnarlos mediante recursos administrativos o jurisdiccionales, o de reclamar la reparación patrimonial si fueses ilegales y lesionasen derechos subjetivos, conforme a las normas generales.”¹⁴¹ Es decir, renuncia a la idea de que los actos de gobiernos estén exentos de una revisión judicial, ya que al fin y al cabo igualmente son actos administrativos.

Por su parte, el Tribunal Constitucional uruguayo ha construido un concepto restringido del acto de gobierno definiéndolos como aquellos “que constituyeran ejercicio de potestades impuestas por necesidades del gobierno o que refieran a situaciones que afecten la soberanía o la seguridad pública o las relaciones

¹⁴⁰ FLORES, RUBEN. Óp. Cit. 20p.

¹⁴¹ SAYAGUÉS LAZO, ENRIQUE. 1953. Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo. 402p.

internacionales.”¹⁴² Asimismo, considera que “el concepto de ‘acto de gobierno’ es dinámico y varía en función de cada sociedad y momento histórico.”¹⁴³

Ateniéndonos a la legislación uruguaya, cabe destacar que “sobre el final del periodo de *facto* 1973- 1985 fue expedida la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo”¹⁴⁴, cuyo artículo 1° señala lo siguiente:

Artículo 1°: “Deróganse los numerales 2, 3 y 4 del artículo 26 del decreto ley 15.524, de 9 de enero de 1984. Los llamados actos políticos podrán ser objeto de la acción de nulidad.”

Nos parece muy interesante el planteamiento de este artículo, ya que en primer lugar acepta la existencia de los actos de gobierno, refiriéndose expresamente a éstos. Sin embargo, no se le atribuye el efecto que tradicionalmente han tenido, sino que, todo lo contrario, nos demuestra que los actos de gobierno, tal como los demás actos administrativos, si son revisable por vía jurisdiccional.

También, y más interesante aún, nos parece el cambio legislativo realizado, ya que la anterior ley reguladora de lo contencioso administrativo¹⁴⁵ también hacía mención expresa a los actos de gobierno y actos políticos, no obstante, los excluía del control del Tribunal Contencioso Administrativo. Al respecto, se produjo un problema, ya que no se sabía si el nuevo concepto de acto de gobierno incluía al acto político y en el “informe de la Comisión de Constitución y Legislación del Senado en relación al proyecto de ley que luego se convertiría en la ley N°15.689, se mantuvo la procesabilidad de los llamados actos políticos, pero dejando en claro que la Comisión no se pronunciaba acerca de si estos actos conforman una categoría independiente, o por el contrario, quedan subsumidos dentro de la

¹⁴² FLORES, RUBÉN. Óp. Cit. 204p.

¹⁴³ FLORES, RUBPEN. Óp. Cit. 204p.

¹⁴⁴ GROS, HÉCTOR. y ESTEVA, Eduardo G. 2008. Evolución político – constitucional de Uruguay entre 1975 y 2005. Revista semestral del Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Vol. 6. (2): 399- 433

¹⁴⁵ Ley N° 15.524 de 9 de marzo de 1984.

categoría de acto de gobierno”¹⁴⁶ . Conteste fue la doctrina al interpretar que se entiende que tanto acto de gobierno, como acto político, son susceptibles de control judicial.

De esta forma, nos hace mucho sentido lo señalado años antes de esta reforma por Enrique Sayagüez, quién dijo que “en un estado de derecho no se concibe que el Poder Ejecutivo, cuya actuación está siempre subordinada a la constitución y la ley, pueda en ciertos casos ser irresponsable aun cuando proceda ilegalmente.”¹⁴⁷

7. PERÚ

Con la finalidad de establecer una comparación provechosa entre varios ordenamientos latinoamericanos, es que realizaremos un análisis conciso de cómo ha sido desarrollada la Teoría del Acto de Gobierno en la legislación del Perú.

Al igual que en otras legislaciones latinoamericanas, el concepto de acto de gobierno o acto político llega a oídos de los peruanos a raíz de la influencia del derecho francés en virtud del cual existirían ciertos actos ajenos al control de los Tribunales de Justicia.

En este sentido, la Constitución Política del Perú establece en su artículo 118 las funciones del Presidente de la República, señalando en su número 24 lo siguiente:

Artículo 118. “Corresponde al Presidente de la República:

24. Ejercer las demás funciones de gobierno y administración que la Constitución y las leyes le encomiendan.”

De lo señalado precedentemente en la Carta Fundamental peruana se puede concluir, en primera instancia, que existe una distinción entre Administración y Gobierno, lo que ha sido entendido de igual forma por la doctrina, que señala que “Gobierno es la función más elevada del Poder Ejecutivo; es la dirección suprema de los asuntos públicos y la orientación general de la política de un país.

¹⁴⁶ Tres aspectos en torno a las acciones de nulidad, reparatoria... 142

¹⁴⁷ SAYAGÜÉS LAZO, ENRIQUE. Op. Cit. 404p.

En resumen, podemos decir que el Gobierno está sobre la Administración, la que tiene un carácter más estable y está a cargo de técnicos y funcionarios jerarquizados. En cambio, para el Gobierno ello no es indispensable y sus decisiones están imbuidas de carácter político.”¹⁴⁸

Sin perjuicio de lo señalado previamente, la distinción entre Gobierno y Administración no ha sido reconocida de manera pacífica. En este sentido, Víctor Baca profesor de la Universidad de Piura señala que “es, en primer lugar, indudable que existe una función de dirección política, atribuida esencialmente, aunque no exclusivamente, al Gobierno, mediante la cual éste marca el rumbo del Estado. Sin embargo, es incorrecto oponer ‘función administrativa’ a ‘función de gobierno’, *pero no porque sean idénticas, sino porque están en planos diferentes.*”¹⁴⁹ , entendiendo que la función de gobierno también puede ser atribuida a otros poderes del Estado. No obstante, si se reconoce una calidad importante a los actos emanados del Gobierno, ya que tiene que ejercer la función de dirección política.

Asimismo, y respecto de la posibilidad de control judicial de aquellos actos de gobierno o dirección política, cabe mencionar que la Ley N°27.584 reguladora del contencioso administrativo no establece una distinción entre actos administrativos y de gobierno, ni excluye actuaciones de su control, señalando en su artículo 1°:

Artículo 1°: “La acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración públicas sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.”

¹⁴⁸ NUÑEZ BORJA, HUMBERTO. 1971. Breve Tratado de Derecho Administrativo del Perú.3°ed. Arequipa. 13p.

¹⁴⁹ BACA, VÍCTOR. 2012. Los actos de Gobierno en el Derecho peruano. Revista Ita Ius Esto. vol. 1 (1): 140p.

Igualmente, el Sr. Baca, establece una distinción entre los actos dictados en el ejercicio de la función de dirección política del Gobierno, distinguiendo entre actos en ejercicio de la función legislativa y actos específicos del Gobierno.

Los actos en ejercicio de la función legislativa son aquellos que se dictan en virtud de la facultad delegada por el Poder Legislativo al Presidente de la República, en virtud de la cual la legislación peruana los ha caracterizado en Decretos Legislativos y los Decretos de Urgencia, siendo ambas normas de rango legal.

Sin perjuicio de que estos actos tengan un rango legal siguen siendo actos de dirección política del Gobierno y, ante la pregunta de si son susceptibles de control jurisdiccional, se ha respondido categóricamente que “no son susceptibles de impugnación ante el Poder Judicial, pues no son actos administrativos, son leyes, y como tales gozan de una presunción *iuris tantum* de constitucionalidad.”¹⁵⁰, por lo que su control está en manos del Congreso, lo que “no se explicaría por provenir estos actos del Gobierno, y tener por tanto una naturaleza no administrativa, sino *de gobierno*; sino por ser actos dictados en ejercicio de una potestad legislativa, delegada *en el Gobierno*, cuyo control se le habría atribuido legislativamente al Poder Legislativo.”¹⁵¹

Por otro lado, los actos específicos del Gobierno manifestados en la dictación de Decretos Supremos y Resoluciones Supremas, las que, de acuerdo a lo señalado previamente a ley que regula lo contencioso administrativo no hace distinción alguna respecto de los actos sometidos al control de sus tribunales.

Por consiguiente, “los Decretos supremos y las Resoluciones supremas, si bien es cierto que constituyen instrumentos de gobierno, *son controlables jurisdiccionalmente*, ya sea a través del contencioso ordinario, como en el caso anterior de las resoluciones supremas, o mediante la acción popular, cuando tuvieran carácter reglamentario. (...) ¿Qué se puede discutir mediante la acción popular? Obviamente, no el contenido discrecional del Reglamento, pero sí su

¹⁵⁰ BACA, VÍCTOR. Óp. Cit.. 147p.

¹⁵¹ BACA, VÍCTOR. Óp. Cit. 148p.

adecuación a la Ley, la competencia del órgano que los dicta y que se hayan seguido los procedimientos establecidos en las leyes; es decir los elementos reglados.”¹⁵² Igualmente, serán comprendidos en los elementos reglados el “control de la adecuación de los actos a los fines que la Ley establece (aunque sin verificar si son ‘los más adecuados’).¹⁵³

Algunos actos de gobierno en Perú son: el mensaje anual del Presidente de la República y la exposición de la política general del Gobierno a cargo del Presidente del Consejo de Ministros, las iniciativas legislativas, la disolución del Parlamento, la declaratoria de estados de excepción, el derecho de gracia, la concesión de un indulto, la aprobación y ratificación de tratados internacionales, entre otros.

La situación peruana nos parece, a diferencia de los casos analizados previamente, una legislación menos desarrollada, así como menos interpretada. Sin embargo ha habido interpretaciones actuales; en particular su Tribunal Constitucional, en una sentencia de 5 de julio de 2004 del Expediente 0090- 2004-AATC, incorpora el concepto de “discrecionalidad política”, entendiendo que ésta está sometida principalmente a un control de carácter político, pero también “al control jurisdiccional, en cuanto a la colaboración de su existencia institucional o legal , su extensión espacial y material, tiempo de ejercicio permitido, forma de manifestación jurídica y cumplimiento de las formalidades procesales’. Es decir, si bien sería muy difícil controlar el fondo de la decisión, debido que el grado de discrecionalidad es muy amplio, siempre será posible controlar los elementos reglados, como corresponde a su condición de acto administrativo”¹⁵⁴.

¹⁵² BACA, VÍCTOR. Óp. Cit. 149p.

¹⁵³ BACA, VÍCTOR. Óp. Cit. 152p.

¹⁵⁴ BACA, VÍCTOR. Óp. Cit. 156p.

8. COLOMBIA

En virtud del análisis que hemos hecho de todas estas realidades a nivel latinoamericano, podemos concluir preliminarmente que en el continente se ha desarrollado una doctrina y jurisprudencia inclinada a permitir el control judicial de los actos de gobierno, con la finalidad de proteger a los ciudadanos de eventuales abusos de parte de la Administración, inclinada a ampliar aquellos elementos respecto de los que se puede efectuar el control, todo para construir un real Estado constitucional de derecho. Por ello es que Colombia no ha sido la excepción.

Como en el resto de Latinoamérica, el derecho administrativo colombiano también se ha visto influenciado, por lo esta teoría emanada del Consejo de Estado francés que estableció la inmunidad jurisdiccional respecto de los actos políticos o actos de gobierno

Tradicionalmente, “se conocen como actos políticos o de gobierno aquellos que se encaminan a la conducción general del Estado, y que por ello no se dirigen a la atención de aquellos menesteres propios de la comunidad y propios también de la atención de las autoridades administrativas.”¹⁵⁵, por ejemplo: establecimiento de relaciones exteriores, convocar al Congreso a sesiones extraordinarias, declarar estado de excepción, entre otras.

La jurisdicción contenciosa administrativa colombiana ha sido desarrollada, normativamente, a través del denominado Código Contencioso Administrativo, el que ha sufrido varias modificaciones a lo largo de su historia, siendo la justiciabilidad de los actos de gobierno, o políticos, parte de estas reformas.

“La doctrina de los actos políticos en Colombia ha sufrido una evolución muy importante, después de la sentencia de 15 de noviembre de 1984, originaria de la Corte Suprema de Justicia que declaró parcialmente inexecutable el antiguo artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, que decía que los actos políticos eran

¹⁵⁵ ROJAS, GABRIEL. 1972. El espíritu del Derecho Administrativo. Bogotá. Editorial TEMIS Bogotá.123p.

enjuiciables por vicios de forma y no de fondo. La polémica quedó esclarecida con el actual* artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 12 del decreto 2304 de 1989 que le dio competencia a la jurisdicción contenciosa para conocer de los actos políticos.”¹⁵⁶

Con la redacción original del artículo 82 el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia colombiana, sostuvieron su incompetencia para conocer de los denominados actos políticos, ya que no existía normativa que les autorizara para realizar este control.

Luego de la modificación de 1984, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo rezaba lo siguiente:

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida por la Constitución para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas. Se ejerce por el Consejo de Estado y los tribunales administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía regulados especialmente por la ley.”

Dicho cambio legislativo fue promovido por la Corte Suprema de Justicia quien, modificando su jurisprudencia, declara que sí es competente para conocer de conflictos originados con ocasión de la dictación de actos de gobierno o políticos. En parte de la sentencia que recoge este cambio se señaló lo siguiente.

“3. Actos administrativos y actos políticos.

¹⁵⁶ PENAGOS VARGAS, GUSTAVO. 2005. Los actos políticos en la posmodernidad: La propuesta del gobierno de limitar la competencia de la Corte para ejercer el control constitucional. Universitas. vol.54 (109): 160p.

* Actualmente, en virtud de diversas modificaciones, la jurisdicción de lo contencioso administrativo se encuentra regulada en el artículo 104 del Código Contencioso Administrativo de Colombia.

Frecuentemente la doctrina y ocasionalmente la jurisprudencia han tratado de otorgarle una entidad autónoma a determinados actos de gobierno o de la administración, que, singularizados por ciertas circunstancias, pero mayormente por los móviles que los inspiran, se califican como actos políticos o de gobierno. Se trata empero de una distinción teórica que inclusive puede a tener en ciertos casos alguna utilidad conceptual, pero que dentro del sistema constitucional colombiano carece de apoyo normativo, como quiera que ninguna cláusula de aquella permite hacer dicha diferenciación, que por mayor que sea el refinamiento a que se llegue, a lo sumo permitiría concluir que dichos actos de gobierno constituyen apenas una modalidad de los actos administrativos.”

Luego de una modificación sistemática al Código Contencioso Administrativo en orden a “repensar la jurisdicción contencioso administrativo”¹⁵⁷, sostiene respecto del control de los actos de gobierno lo siguiente:

Artículo 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
“La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

5. Los que se originen en actos políticos o de gobierno.”

Para Gustavo Penagos Vargas, va en dotar de facultades a la Administración, sujetas a la Constitución y legislación vigentes, señalando que, “Consideramos que es conveniente para el Estado colombiano una reforma constitucional que garantice a la administración una amplia facultad discrecional, lo que se traduciría en capacidad del ejecutivo para proferir algunos actos políticos con estricta

¹⁵⁷ Presentación de proceso de reforma del Código Contencioso Administrativo.

sujeción a la Constitución. Lo anterior no significa ausencia ¹⁵⁸ absoluta de control judicial que sigue conservando la Corte Constitucional.”

9. MÉXICO

En México se habla con frecuencia de actos de gobierno y de actos políticos habiéndose llegado a afirmar que la actividad de gobierno es una cuarta actividad del Estado, que existe al lado de la legislación, la justicia y la administración¹⁵⁹. Ellos se remiten, en su esencia, igualmente a la doctrina del derecho continental francés la cual ha estimado como actos de gobierno a todos aquellos actos realizados por autoridades administrativas que no son susceptibles de ningún recurso ante los tribunales.

Conviene tener presente que esta teoría ha sufrido variados cambios durante su vigencia buscando, de una u otra forma, reducir o limitar su dominio, y así se han caracterizado sucesivamente, a causa de su fin político; a causa de su objeto por constituir parte de la actividad de gobernar, distinta de la de administrar, porque mientras la primera se concreta en actos de principio que proveen a la marcha de los servicios públicos y a la seguridad interior y exterior del Estado, la segunda se limita a la aplicación diaria de la ley y al funcionamiento normal y constante de los servicios públicos, y por último, a causa de razones de oportunidad, que forman obstáculo para someterlos a una discusión jurisdiccional, habiéndose llegado finalmente por la jurisprudencia a reconocer solamente como actos de gobierno a los actos del Ejecutivo en relación con el Parlamento¹⁶⁰. Sin embargo, se tiende, hoy en día, a eliminar esta idea de actos de gobierno como una especial categoría que impide se sometan al control jurisdiccional, pues se piensa que si este control

¹⁵⁸ PENAGOS VARGAS, GUSTAVO. Óp. Cit. 183p.

¹⁵⁹ FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. Ciudad de México, México. Editorial Porrúa, 40ta Edición, 2000.64 p.

¹⁶⁰ FRAGA, Gabino. Óp. Cit. 65p.

no existe es porque se trata de actos que sólo se realizan entre los Poderes del Estado o entre Estados diferentes¹⁶¹.

De esta forma, distinguen que el ámbito de acción del Ejecutivo puede definirse de acuerdo con la relación que este sostiene con los demás Poderes en que se divide el ejercicio de la soberanía nacional, así como también, según la relación respecto de la ley que ha de aplicar y ejecutar en casos concretos como manifestación del Poder Administrativo.

Pues bien, en su carácter de gobernante, al Ejecutivo, como representante del Estado, le corresponde realizar los actos de alta dirección y de impulso necesarios para asegurar la existencia y mantenimiento del propio Estado y orientar su desarrollo de acuerdo con cierto programa que tienda a la consecución de una finalidad determinada de orden político, económico o, en general, de orden social. Los actos que con tal finalidad realiza el Poder Ejecutivo son los que constituyen los actos de gobierno¹⁶². De esta forma, estos actos girarán en función a obtener la consecución de un interés común. Por otra parte, también se ha entendido por acto de gobierno a aquella modalidad del acto administrativo, por cuanto presenta ciertas características que le dan fisonomía, las cuales derivan del ejercicio de facultades especiales que la Constitución otorga al titular del Poder Ejecutivo¹⁶³.

De ello se sigue que es, en su esencia, la manifestación de aquella naturaleza política que realiza la administración pública, la cual no puede ser atacada por vía jurisdiccional¹⁶⁴. En efecto, la idea de acto de gobierno surge de la concepción de un Poder Ejecutivo con dos campos de actividad: el administrativo y el político; el

¹⁶¹ VEDEL, Georges. Óp. Cit. 307 p.

¹⁶² FRAGA, Gabino. Óp. Cit. 66 p.

¹⁶³ RIOS ELIZONDO, Roberto. El Acto de Gobierno. El Poder y el Derecho Administrativo, Ciudad de México, México, Editorial Porrúa, 1975, 422 p.

¹⁶⁴ MARTINEZ MORALES, Rafael. Derecho Administrativo 1er. Curso. Ciudad de México, México. Editorial Oxford University Press. 5ta Edición, 2007. 234 p.

primero regulado casi totalmente por el derecho, en tanto, que el segundo es de índole extranormativa y los actos relativos son discrecionales¹⁶⁵.

Ahora bien, la admisión de su existencia en el ordenamiento constitucional mexicano no debe entenderse como la admisión de una nueva categoría distinta a la de legislación, justicia y administración¹⁶⁶, pues lo que es su esencia (su finalidad) no afecta en caso alguno a su naturaleza jurídica, entendida esta como una modalidad de aquella manifestación por la cual se exterioriza un acto administrativo¹⁶⁷. Así, al igual que en gran parte de los países de tradición continental, los juristas se dividen en cuanto a aceptar la existencia o no de estos actos como una especial categoría única e independiente a los actos administrativos, puesto que claramente existe una diferenciación entre lo que es gobierno y lo que es lo político. De esta forma, los actos políticos según Martínez pueden ser emitidos tanto por particulares como por el Estado y se diferencian de los primeros en cuanto a que tienen por finalidad la obtención o conservación del poder. Por ello es que esta última clase de actos pueden tener o no implicancias jurídicas como lo es, por ejemplo, la asistencia a una asamblea de algún partido político lo cual no tiene efectos jurídicos particulares propiamente tales, por lo que existen en la legislación mexicana una clara diferenciación entre lo que es un acto de gobierno y un acto político. Así, por ejemplo, cuando el Ejecutivo propone a la Comisión Permanente la convocatoria a sesiones extraordinarias, cuando nombra Secretarios de Estado, cuando designa en los términos constitucionales Ministros de la Suprema Corte de Justicia, está realizando actos políticos, obrando como

¹⁶⁵ MARTINEZ MORALES, Rafael. Óp. Cit. 235 p.

¹⁶⁶ El artículo 157 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos consagra lo siguiente: “El gobierno de cada estado se dividirá para su ejercicio en los tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial; y nunca podrán unirse dos o más de ellos en una corporación o persona, ni en el legislativo depositarse en un solo individuo”.

¹⁶⁷ El vocablo acto político es incluido según el “*Tesaurus Jurídico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana*” como una modalidad propia de los actos administrativos por lo que es difícil establecerlo como una especial categoría de acto puesto que ella lo considera como una clase de manifestación propia de los actos administrativos.

órgano político, pues sólo con este carácter puede intervenir en el funcionamiento y en la integración de los Poderes públicos. Sin embargo, los actos que así ejecuta son sustancialmente actos administrativos, y lo que les da un sello especial es el elemento formal de emanar de un órgano político¹⁶⁸.

¹⁶⁸ MARTINEZ MORALES, Rafael. Óp. Cit. 236 p.

CAPÍTULO II: TEORÍA DEL ACTO DE GOBIERNO EN CHILE

Luego del análisis sobre el desarrollo de la institución de los actos de gobierno/políticos en la legislación comparada, es necesario realizar un estudio relativo al estado de la cuestión en nuestro país. Por lo tanto, a lo largo de este capítulo pretendemos plantear la discusión relativa a la Teoría del Acto de Gobierno en Chile, teniendo como principal objetivo, **demostrar la existencia del acto de gobierno/político en el contexto institucional chileno.**

A fin de lograr este objetivo expondremos acerca de la evolución histórica-institucional de los controles de la Administración desde los cimientos de nuestra República, e incluso previo a su creación. En segundo lugar, queremos plantear el tema de los controles del acto de gobierno/político en nuestro país, advirtiendo aquellos principios que inspiran nuestro ordenamiento en este ámbito. Del mismo modo, distinguiremos los control existentes, en relación con el órgano contralor y también vamos a comparar distintos actos administrativos con la finalidad de contrastar los distintos grados de intensidad que puede tener este control.

Todo lo señalado previamente, para poder identificar qué tipo de control es aplicable a los actos de gobierno- político, en qué intensidad y respecto de qué elementos.

A. HISTORIA

Toda institución jurídica, para ser entendida correctamente, requiere de contexto y sustento histórico, en especial la analizada en este trabajo, ya que una breve reseña histórica sobre su evolución en nuestro país nos llama a la reflexión sobre la realidad actual que ésta tiene, no solo el acto de gobierno, sino todas aquellas instituciones que han permitido a los ciudadanos protegerse y defenderse de los abusos de la Administración.

En concreto, analizaremos los recursos introducidos a nuestro país durante la colonización de la Corona española en nuestro continente, cuál fue la evolución de éstos a lo largo de la instauración de la República, qué sucedió con la influencia del constitucionalismo y así mismo, contrastar dicha realidad con el escenario actual y así poder concluir si nos encontramos en un mejor pie que antes.

Considerando lo anterior, y con el objeto de comenzar esta reflexión ofrezco la siguiente cita de Bernardino Bravo Lira, historiador y abogado:

“Uno de los mayores males que puede sufrir el hombre es la ley injusta. Pero hay uno peor, como se ha comprobado en el siglo XX. Es el abuso gubernativo, lo que hoy se llama abuso administrativo. Ya no es el exceso legislativo, sino el cometido por los agentes de gobierno que atropellan al hombre común.”¹⁶⁹

1. Influencia castellana

Es relevante advertir que nuestro sistema tuvo en sus orígenes una gran influencia del derecho medieval, en particular aquel desarrollado en la España visigoda. Al respecto Isidoro de Sevilla en el siglo VII “recoge y actualiza en antiguo aforismo *rex eris si recte facias, si non facias, non eris*: rey serás si obras rectamente, si no,

¹⁶⁹ BRAVO LIRA, BERNARDINO. 1993. Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica. Santiago de Chile. Editorial Andrés Bello. 74p.

no serás rey”¹⁷⁰, mostrándonos que ya en la Edad Media era fundamental que los gobernantes enmarcaran sus actuaciones al derecho vigente.

Esta idea, también se ve reflejada en el hecho de que era entendido que el poder del rey no era absoluto, que se encuadraba al derecho, construyendo una figura de rey justiciero, de un mandatario que debe hacer justicia.

“En consecuencia, todo acto del rey lesivo a sus vasallos es, por eso mismo, nulo y puede ser impugnado. De esta manera encontramos en Castilla durante la baja Edad Media muy bien perfilados diversos recursos o medios judiciales para reclamar contra un acto del rey o de sus agentes que cause agravio a los gobernados.”¹⁷¹, tales como los siguientes.

- a. Alzada: Reclamo ante el superior jerárquico inmediato de quien haya realizado un acto que afecte a un gobernado.
- b. Querrela: Es un recurso más expedito que el anterior, ya que en este caso se puede deducir un reclamo directamente ante el actor de mayor jerarquía en el Gobierno, es decir, el rey.
- c. Petición: Siempre se puede acudir al rey para solicitar algo, sin ser necesario que haya existido un agravio para el ciudadano, por lo que la amplitud de éste es mucho mayor que en el de los casos anteriores.
- d. Apelación: A través de este medio, se recurre al superior jerárquico inmediato de quien emitió el determinado acto, con el objetivo de que enmiende dicha decisión conforme a derecho.
- e. Suplicación: Recurso interpuesto directamente contra actos del rey, en virtud del cual se le suplica que enmiende su decisión conforme a derecho.
- f. Suspensión: En virtud de éste, se suspende la aplicación de la decisión real, hasta que éste decida si fue emitida conforme a derecho, a través de la interposición de una súplica.

¹⁷⁰ BRAVO LIRA, BERNARDINO. 1996. Ejército y Estado de Derecho en Chile (Siglos XVI al XX). Revista Estudios Públicos (61). 201p.

¹⁷¹ BRAVO LIRA, BERNARDINO. 1990. Protección de los gobernados en el Nuevo Mundo (1492-1992). Del absolutismo al constitucionalismo. Revista chilena de Historia del Derecho. vol. 16: 322p.

Un rasgo de la cultura medieval era la idea de considerar a todo hombre como persona, lo que era considerado así por pocas de las potencias colonizadoras europeas, y que fue aplicado por la Corona española, y se vio reflejado en el hecho de que “ya en 1500 la reina Isabel la Católica declaró que los habitantes de América eran vasallos libres de la corona. Tal fue el punto de partida de toda la lucha por el respeto a las personas y su protección frente al poder y a los poderosos.”¹⁷²

2. Absolutismo

Sobre el absolutismo, cabe hacer la precaución de que lo absoluto del poder no se refiere a la extensión o potencia de éste, sino que a su naturaleza, por lo que en esta época no se piensa, como muchos pueden haber imaginado, que el poder del rey sea ilimitado, sino que debe enmarcarse al derecho. Lo anterior se manifiesta a través de las denominadas regalías del monarca, tales como: acuñar moneda, instituir oficios, nombrar magistrados, dar títulos a ciudades, entre otros¹⁷³.

Con la llegada del hombre europeo a las Américas, al denominado Nuevo Mundo, llegó también su cultura, religión y su derecho, el que, junto con las costumbres ya existentes en América, conformaron el derecho indiano, el conjunto de normas jurídicas y principios que normaba la sociedad de las indias occidentales conquistadas por los españoles.

El derecho indiano, entre otros principios, tuvo como elemento sustentador el principio de juridicidad, en virtud del cual toda actuación deberá someterse al ordenamiento jurídico existente.

En las colonias españolas, la institución encargada de impartir justicia en nombre del rey, era la Real Audiencia, cuya competencia de los asuntos sucedidos en Chile la tenía su sede en el virreinato del Perú, la que terminó una vez creada la Real Audiencia en Chile el año 1609.

¹⁷² BRAVO LIRA, BERNARDINO. Protección jurídica de los gobernados en el Nuevo Mundo (1492-1992). Del absolutismo al constitucionalismo. 318.

¹⁷³ BRAVO LIRA, BERNARDINO. Óp. Cit. 325p.

En este período, “puede hablarse sin hipérbole de un auge de la protección de los gobernados frente a los gobernantes (...) Villapalos comprueba que ‘si sus orígenes (de ese régimen) están en Castilla, la diversidad de circunstancias y la práctica regia, tendiente a una limitación del poder de las autoridades indianas, determinó en América un desarrollo del mismo, superior al dado en la Península.”¹⁷⁴

Dicho auge se ve reflejado en que “en el derecho indiano la Judicatura tenía como razón de ser primaria proteger a los vasallos contra los posibles abusos gubernativos. Podía actuar a instancia de parte, como en la apelación contra actos de gobierno, en la visita de la tierra y en las visitas y juicios de residencias de los oficiales. Pero también la Audiencia debía proceder de oficio a la protección de los gobernados frente al gobierno y a los poderosos. Sobre todo, en el caso de los más desvalidos, que eran los indios. Debía velar por su buen tratamiento y reprimir los abusos que se cometieran contra sus ‘personas y bienes’ según reza la ley pertinente.”¹⁷⁵

A la Audiencia se le otorgó una competencia a *gravamine*, “por razón de agravios, es muy vasta y opera por diversas vías: o bien a través de la apelación de los afectados por los actos de gobierno; o bien en forma preventiva, a través de la consulta que el gobernador está obligado a hacer a la audiencia de todas las cosas importantes de gobierno; o, en fin, en forma represiva, mediante la actuación de oficio de la audiencia para proteger a los desvalidos.”¹⁷⁶

El derecho indiano, en orden a proteger a los ciudadanos, reconoció los siguientes recursos para limitar las decisiones de los representantes del rey y ajustarlos a derecho, éstos son los más importantes:

- a. Apelación: Constituye el recurso de mayor aplicación del período y consiste en un “recurso al superior inmediato, *provocatio ad superiorem*, para que

¹⁷⁴ BRAVO LIRA. BERNARDINO. Óp. Cit. 324p.

¹⁷⁵ BRAVO LIRA. BERNARDINO. Óp. Cit. 75p.

¹⁷⁶ BRAVO LIRA. BERNARDINO. Óp. Cit. 213p.

éste enmiende conforme a derecho la resolución gubernativa, se convierte en la piedra angular de la protección judicial de los gobernados frente a los gobernantes en Indias”¹⁷⁷, generando que la resolución de estos conflictos se convierta en la principal función de la Audiencia.

- b. Suspensión y suplicación: Tienen los mismos efectos señalados previamente, y tuvieron gran aplicación en América.
- c. Visita de la tierra: En este caso, un oidor de la Audiencia se trasladaba a ciertos lugares para recibir quejas, corregir abusos y escuchar lo que fuera competente a la Audiencia. No se esperaba que los afectados concurrieran a la justicia, la justicia iba a ellos. “Esto es algo para lo cual no se ha hallado todavía el substituto en el derecho contemporáneo”¹⁷⁸
- d. Visita y juicios de residencias de los oficiales: Al término del desempeño de su cargo, el oficial debía residir en dicho lugar, con el objetivo de responder por su gestión. A través del juicio de residencia podían presentarse quejas respecto de lo realizado, por lo que “el solo conocimiento de que al final del desempeño del oficio le esperaba un juicio, hacía al titular más cauteloso.”¹⁷⁹
- e. Peticiones: Representaba lo mismo que lo señalado previamente. En su aplicación en las Indias, se formulaban con frecuencia por los cabildos en representación del pueblo.
- f. Preferencia para oficios públicos: Consiste en un privilegio de los vasallos de América, “el de ser preferidos a los extraños para cargos, oficios y mercedes en el reino.”¹⁸⁰
- g. Resistencia y rebelión legítimas: “La forma más extrema de actuación política de los vasallos era la resistencia contra el mal gobierno y la

¹⁷⁷ BRAVO LIRA. BERNARDINO. Óp. Cit. 327p.

¹⁷⁸ BRAVO LIRA. BERNARDINO. Óp. Cit. 75p.

¹⁷⁹ BRAVO LIRA. BERNARDINO. Óp. Cit. 76p.

¹⁸⁰ BRAVO LIRA. BERNARDINO. Óp. Cit. 76p.

deposición del tirano. Con ella se persigue acabar con los abusos, con la tiranía y restablecer el derecho atropellado por el gobernante.”¹⁸¹

3. Absolutismo ilustrado

Durante este período, los gobernantes se preocupan por poner en práctica los principios de la Ilustración, así como sus ideales políticos, no siendo primordial establecer justicia entre sus gobernados. A raíz de esto, el Presidente pasa a tener un rol más importante, como garante de la estabilidad institucional y la Administración comienza un desarrollo nunca antes visto, transformándose en una verdadera gestión, materializando el nuevo ideal de gobierno eficiente.

En relación con la Judicatura, se crea un nuevo magistrado, el Regente, que vendría a tener el rol de presidente de la Audiencia, y tendrá como rol principal “velar porque sean efectivas las apelaciones en materia de gobierno.”¹⁸² Esto genera una mayor independencia de la Audiencia respecto del gobernador, por lo que podrá ejercer mejor su misión de protección de los derechos de los gobernados.

Si en el período se desarrolló vastamente el uso de recursos para frenar los abusos del gobernante contra sus gobernados, en este período dicha protección llega a su apogeo. “Aquí tenemos un buen ejemplo de ello. El chileno de fines del siglo XVIII estaba en mejores condiciones que el actual, en lo que toca a protección contra abusos gubernativos. Podía acudir a la audiencia no sólo contra cualquier acto del presidente que le causara agravio, como en la época anterior, sino también contra las actuaciones de los intendentes. Para ello no necesitaba invocar ninguna ley ni catálogo de derechos o garantías individuales. Le bastaba probar el agravio o lesión de que era víctima.

En toda Iberoamérica la posición de la Judicatura dentro del Estado administrativo, y por tanto la protección judicial de los gobernados, se deterioran rápidamente al desaparecer la monarquía. Entonces, junto a las primeras constituciones, que

¹⁸¹ BRAVO LIRA. BERNARDINO. Óp. Cit. 77p.

¹⁸² BRAVO LIRA. BERNARDINO. Óp. Cit. 332p.

consignan una serie de garantías o derechos de los gobernados, surgen las primeras dictaduras civiles y militares y, con ellas, los atropellos llegan a extremos nunca vistos. Basta recordar lo que fueron en Chile las dictaduras de Carrera y O'Higgins y eso que sus excesos son pálidos al lado de los cometidos por los nuevos gobernantes en otros países americanos.”¹⁸³

4. Constitucionalismo

En este período, toma una gran importancia el órgano del Parlamento, como garante del orden institucional del país. En consecuencia, la protección de los ciudadanos ya no se encontraría en manos de los jueces, ya que, manteniendo el Parlamento el orden institucional interno, todos los derechos de los ciudadanos se verían fuertemente salvaguardados, de tal manera que no sería necesario establecer recursos judiciales para su protección.

Teniendo en cuenta esto, “en lugar de luchar concretamente mediante recursos judiciales para cortar los abusos de los gobernantes contra las personas, se pretende eliminarlos de raíz, mediante la proclamación legal de unos derechos abstractos del hombre o del ciudadano. En una palabra, en esta etapa se confía más en las garantías constitucionales que en los recursos judiciales, como medio para proteger a las personas.”¹⁸⁴

La declinación de los recursos contra actos de gobierno va de la mano con la reducción de la importancia de la Judicatura, lo que se ve plenamente reflejado en la supresión de la competencia *a gravamine* que tenía. “En consecuencia, su posición dentro del Estado experimenta un grave deterioro, del que sólo ha comenzado a reponerse a partir del establecimiento del recurso de protección en 1976.”¹⁸⁵ Producto de lo anterior sólo conocerá de asuntos civiles y criminales.

¹⁸³ BRAVO LIRA. BERNARDINO. Óp. Cit. 230p.

¹⁸⁴ BRAVO LIRA. BERNARDINO. Óp. Cit. 334p.

¹⁸⁵ BRAVO LIRA. BERNARDINO. Óp. Cit. 228p.

En un intento por reparar esta falta de medios para recurrir contra el gobierno, la Constitución de 1828 establece un germen de recurso de amparo, pero que finalmente quedó solo en el papel.

5. Segundo constitucionalismo

Luego del colapso del régimen anterior, damos paso a una nueva etapa en la que vuelve a cobrar protagonismo la figura del Presidente de la República, los grupos intermedios y vuelven a aparecer los recursos contra los actos de gobierno.

La reaparición de estos recursos ven su mayor reflejo en el establecimiento del recurso de protección. “Su alcance es bastante más restringido que en antiguo recurso de apelación a la Audiencia contra actos de gobierno. No obstante, como demuestra Soto Kloss, mediante él se remedia, en buena medida, la indefensión a la que el constitucionalismo con su doctrina de separación de poderes había condenado al ciudadano.”¹⁸⁶

En virtud del análisis realizado previamente es importante hacer el ejercicio de mirar nuestra situación actual y ver si ésta ha mejorado con el paso de los años. Al hacerlo, nos parece que estamos mejor que en el constitucionalismo, donde se carecía de todo tipo de acción contra el gobierno.

No obstante, pareciera ser que nos encontramos en una situación más defectuosa que la que existía durante la vigencia del derecho indiano, considerando las proporciones en esta comparación, ya que no resulta procedente, ante la existencia de este gran y complejo aparato estatal que se pueda recurrir básicamente por todo.

Concluimos de todas formas, la importancia que tiene que existan estos medios para poder solicitar reparación por ciertos actos realizados por el Gobierno. “Sin recursos judiciales operantes, los gobernados quedan inermes frente a los abusos de los gobernantes, sean legales o administrativos.”¹⁸⁷

¹⁸⁶ BRAVO LIRA. BERNARDINO. Óp. Cit. 253p.

¹⁸⁷ BRAVO LIRA. BERNARDINO. Óp. Cit. 341p.

B. EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS ACTOS DE GOBIERNO

Tal como se señaló en el comienzo, el objetivo de esta primera parte del capítulo es demostrar la existencia de acto de gobierno/político en nuestro país, por lo que, a continuación, haremos un análisis de las distintas constituciones chilenas, para evaluar si han recogido o no este concepto.

1. Constitución de 1833

Se hace preciso recordar que la dictación de esta Carta Fundamental es realizada en un contexto en que existían una serie de levantamientos y disturbios a lo largo del país, entendiendo que la promulgación de esta nueva Constitución es poner fin a dicho fenómeno. Es así, como su principal desafío fue la instauración de una estabilidad institucional, velar por el respeto del orden público y promover la existencia de una mayor paz social.

Para conseguirlo, el texto constitucional se centró en la construcción de una Administración fuerte y estable, con un Poder Ejecutivo empoderado.

Respecto del tema que nos convoca, no hubo mayor desarrollo en la Carta de 1833, creemos que esto se debe principalmente al intento de constituir un Estado de Derecho sólido y estable, donde los actos administrativos no tuviesen que sufrir mayores modificaciones.

Es así que, Jorge Huneeus Zegers en el segundo volumen de su obra “La Constitución ante el Congreso”, a raíz del análisis de las facultades especial que tenía el Presidente de la República, consagradas en el artículo 82, en especial la número 11, que señalaba:

Artículo 82. “Son atribuciones especiales del Presidente:

11° Conceder jubilaciones, retiros, licencias i goce de montepío con arreglo a las leyes.”

En este sentido, Huneeus relata la discusión que se dio en el Congreso en orden a dejar sin efecto una jubilación, cuyo monto no estaba establecido acorde a las

leyes vigentes¹⁸⁸. Al respecto, establece la importancia del principio de estabilidad de los actos administrativos¹⁸⁹, señalando que “en resumen, creemos que el Congreso tiene la facultad que puso en ejercicio en 1862; pero que no debe usarla sino cuando decretos de jubilación fueren manifiestamente contrarios a la lei. En caso de duda, es preferible abstenerse, obrando con prudencia i procurando mantener la armonía que debe siempre reinar en las relaciones del Ejecutivo con el Congreso.”¹⁹⁰

Por su parte Valentín Letelier, quien fuese en su época y durante varios años fiscal de Tribunal de Cuentas y catedrático de Derecho Administrativo, señala desde ese entonces, y a raíz del estudio de “una cédula de retiro extendida por el Presidente de la República a un servidor público del orden militar, cuya modificación se solicitaba tiempo después por el beneficiario”¹⁹¹, nos muestra que ya se entendía la idea de no justiciabilidad de los actos de gobierno, señalando lo siguiente:

“es un error vulgar el creer que todos los actos del gobierno son esencialmente revocables. De los decretos que el Poder Ejecutivo expide, sólo son revocables, en mayor o menor grado, aquellos que miran al interés general, a la reglamentación de las leyes o de los servicios públicos, etc....; los actos del gobierno dejan de ser actos de un poder político, semejan más a bien actos de un poder judicial, cuando miran al interés particular; y si no se les quiere convertir en medios de persecución contra los adversarios y en medios de favoritismo para los parciales, se debe mantener en principio su inmodificabilidad... ¿Qué estabilidad tendrían aquellos derechos particulares que se goza en virtud de declaraciones del Poder Ejecutivo si a cada cambio ministerial quedarán expuestos a revisiones o modificaciones?... Cree el infrascrito que se pueden modificar aquellos decretos

¹⁸⁸ HUNEEUS ZEGERS, JORGE. 1890. La Constitución ante el Congreso. Santiago.

¹⁸⁹ SOTO KLOSS. EDUARDO. 1989. Invalidación de los actos administrativos. Revista Chilena de Derecho. 16 (2). 475p.

¹⁹⁰ HUNEEUS. ZEGERS, JORGE. Óp. Cit.

¹⁹¹ SOTO KLOSS. EDUARDO. Óp. Cit. 475p.

cuando el Supremo Magistrado no ha conocido todos los hechos que han debido servirle de base para hacer sus declaraciones”¹⁹²

En virtud de lo señalado por Letelier, podemos entender, en primer lugar que ya se existía el razonamiento de que los actos de gobierno no podían ser dejados sin efecto por parte de los Tribunales de Justicia. En efecto, excepcionalmente serían revocables cuando éstos miran a un interés general, a diferencia de aquellos que miran a un interés particular, es decir a aquellos casos en los que el Estado establece una relación horizontal o de igualdad con los particulares, ya que de lo contrario se generaría una inestabilidad e inequidad en las relaciones del Estado con los privados.

Queda así en evidencia el hecho de que no se habían desarrollado mayores recursos contra actos de gobierno, y señalaba Huneeus al respecto que “mientras no se dicte una ley expresa sobre garantías de la libertad individual... creemos que esta preciosa libertad estará siempre expuesta a ser atropellada en más de una ocasión, como lo ha sido desgraciadamente en no pocas.”¹⁹³

2. Constitución de 1925

A través de la dictación de esta nueva constitución se buscaba principalmente dar término a ciertos abusos parlamentarios que había presenciado nuestra sociedad a fines del siglo XIX, para así fortalecer la instauración de un régimen presidencial. En consecuencia, señalaba el Presidente Arturo Alessandri, cuando se iniciaba el estudio de esta nueva carta fundamental:

“Lo único que quiero es establecer la división funcional entre los dos Poderes; que el Poder Ejecutivo administre con absoluta y entera independencia, que el Presidente de la República, con sus colaboradores, respondan ante la opinión y ante el Congreso de la forma cómo administra y ejerce sus funciones, y que el Poder Legislativo ejerza su alta y fundamental atribución de fiscalizar, de orientar

¹⁹²SOTO KLOSS. EDUARDO. Óp. Cit. 476p.

¹⁹³ BRAVO LIRA, BERNARDINO. Óp. Cit.338p.

la administración pública dentro de lo correcto, dentro de sus límites precisos y, al mismo tiempo, dicte las leyes que le convienen al Estado.”

En la Constitución de 1925 no existió un gran desarrollo de la Teoría del Acto de Gobierno, sin perjuicio de que podemos recoger ciertas normas que dan alguna luz del desarrollo vía constitucional del acto de gobierno. No obstante, analizaremos dos instituciones que nos resultan fundamentales para este trabajo: el control de los actos del gobierno por parte de la Cámara de Diputados y la constitución de los Tribunales Contencioso Administrativos.

Con respecto al primer punto, el Artículo 39 N°2, en relación con las atribuciones que tenía la Cámara de Diputados, establece lo siguiente:

Artículo 39 “Son atribuciones exclusivas de la cámara de Diputados:

2. a Fiscalizar los actos del gobierno. Para ejercer esta atribución, la Cámara puede, con el voto de la mayoría de los Diputados presentes, adoptar acuerdos o sugerir observaciones que se transmitirán por escrito al Presidente de la República. Los acuerdos u observaciones no afectarán la responsabilidad política de los Ministros y serán contestados por escrito por el Presidente de la República o verbalmente por el Ministro que corresponda.”

Cabe puntualizar que dicha disposición generó grandes polémicas durante su aplicación, generando una relación conflictiva entre el Gobierno y la oposición parlamentaria, conflictos que se fueron agudizando con el pasar del tiempo. El presidente Alessandri también se refirió al tema, señalando:

“Se ha hablado de que era conveniente buscar un régimen intermedio entre el régimen presidencial teórico y el régimen parlamentario teórico. Pues bien, sostiene, y lo va a probar que precisamente este proyecto de Constitución contiene esa ecuación; que este proyecto de Constitución no contiene un régimen presidencial ni un régimen parlamentario; que es completamente inexacto, que se haya establecido la dictadura del Presidente de la República; que es completamente inexacto que se haya querido establecer un régimen absoluto y que se haya establecido un peligroso régimen autoritario y de fuerza. Lo único que

se ha hecho es definir las atribuciones del Presidente de la República para que pueda ejercer sin tropiezos sus facultades administrativas y permitirle que administre bajo su responsabilidad con arreglo a lo que las leyes establecen, sin la intervención de los parlamentarios, o sea, sin que intervenga la política en la administración.

Este proyecto significa administración pública correcta y eficiente sin intervención de la política, sin intervención de los poderes políticos.

De manera que si el Presidente de la República o algún Ministro viola alguna de las garantías establecidas en la Constitución, si viola o deja sin cumplir alguna ley, la Cámara de Diputados juzgando los actos de esos Ministros o del Presidente de la República, y por la mayoría de sus miembros puede decir: 'Ud. ha infringido la Constitución, ha atropellado o dejado sin cumplir una ley y yo declaro que ha lugar a la acusación'. Y por este solo hecho el Ministro de Estado queda suspendido de su puesto.

Lo que se suprime en este proyecto de Constitución es la facultad de censurar Gabinetes. Y aquí viene una confusión lamentable entre los que sostienen el antiguo régimen parlamentario, que creen, que las garantías de libertad e independencia están vinculadas sólo a la facultad de la Cámara de Diputados para censurar a los Gabinetes y lo que quieren los sostenedores de tal régimen que es no despojarse de la posibilidad de formar parte del Gobierno, al mismo tiempo que son parlamentarios. Quieren ser Gobierno, quieren conservar la indebida y funesta tuición del Gobierno, la intervención de la política anárquica y desorganizadora en el campo de la administración pública.

No, señores, dice, el Poder Ejecutivo debe administrar sin política y el Poder Legislativo cumple sus funciones fiscalizando y dictando leyes.

Estima que dentro del mecanismo establecido por la Constitución nueva están perfectamente garantidas las libertades públicas, no hay nada que temer por ellas, porque se puede muy bien fiscalizar por medio de la acusación.”¹⁹⁴

Producto de lo señalado previamente, y generando un cambio respecto a la doctrina predominante que se venía desarrollando desde comienzo de los años '60, el catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Hugo Caldera Delgado hace en primer lugar un reconocimiento a la existencia del acto de gobierno y el acto administrativo como dos categorías distintas, señalando que “si bien es cierto que la existencia de ambos tipos de actos tiene base constitucional- en el artículo 39, atribución 2° y en el art. 87 de la C.P del E. de 1925-, ambos exteriorizan el ejercicio de competencias jurídicas y, consecuentemente, deben respetar el principio de legalidad, sin perjuicio de estar sometidos al control jurídico.”¹⁹⁵, pudiendo concluir de esta forma que, los actos de gobierno/políticos tienen una fuente constitucional, y deben regirse a lo prescrito en ésta, así como en las demás leyes.

Ahora bien, los actos de gobierno se encuentran sometidos a una serie de controles, en primer lugar, al de la Cámara de Diputados, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 39, atribución 2° de la Constitución Política del Estado del año 1925, en virtud del cual se le entrega a la Cámara de Diputados la competencia para fiscalizar los actos del gobierno. En segundo término, se encuentra sometido al trámite de toma de razón de la Contraloría General de la República.

A raíz de la reflexión anterior, se va configurando la idea de que todo acto administrativo, entendido en su sentido amplio, debe cumplir con requisitos mínimos formales, elementos que se encuentren reglados tanto en la Constitución como en la ley.

¹⁹⁴ CEA, JOSÉ LUIS. 1979. Fiscalización parlamentaria de los actos del gobierno, 1925- 1973. Revista de ciencia política. Vol.1 (2). 39p.

¹⁹⁵ CALDERA DELGADO, HUGO. 1979. Manual de Derecho Administrativo. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 174p.

Por último, se entendía que los actos de gobierno también estarían sometidos al control de los Tribunales, en virtud de lo estipulado por el artículo 87 de la Constitución de 1925, que establecía lo siguiente:

Artículo 87. “Habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley.”

En efecto, y de acuerdo a la interpretación de la normativa constitucional, el profesor Caldera señala que la competencia atribuida a éstos tribunales trata “en primer término, en el control acerca de la ilegalidad que pueda afectar a dichos actos o disposiciones y, en segundo lugar, el control comprende tanto a los actos de gobierno como a los propiamente administrativos, sin distinción en lo que se refiere a las atribuciones para su juzgamiento y eventual anulación.”¹⁹⁶ En otras palabras, podemos evidenciar que la norma de la Constitución de 1925 distingue que existen actos emanados de la autoridad, ya sea de su función administrativa o política, pero para señalar que ambos están sometidos al control de estos Tribunales administrativos.

Es necesario recordar que, la creación de los Tribunales Contencioso Administrativos, quedó en el papel, ya que hasta el día de hoy los administrativistas de este país sienten su ausencia.

3. Constitución Política de la República de 1980

Para introducirnos al tratamiento actual que da nuestra Constitución a los actos de gobierno, es necesario comprender que existen distintos tipos de actos que pueden emanar de la Administración del Estado, existiendo aquellos que emanan de la función administrativa y otros que emanan de la función gubernativa, dando esta última, origen a los actos de gobierno. De esta forma, el artículo 24 de la

¹⁹⁶ *Ibíd.* 175p.

Constitución, norma fundamental para argumentar a favor de la existencia de los actos de gobierno, señala lo siguiente:

Artículo 24: “El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe de Estado.

Su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes.”

De acuerdo con lo estipulado por esta norma, el Presidente de la República, en su calidad de Jefe de Estado podrá “en el ejercicio de sus potestades jurídicas, dictar actos destinados al gobierno y la administración del Estado, o sea, de contenido político o gubernamental y propiamente administrativos”¹⁹⁷

Tal como lo adelantábamos, este precepto constituye la piedra angular para fundamentar la existencia de los Actos de Gobierno en nuestro ordenamiento, siendo “la propia Carta Fundamental la que diferencia positivamente las funciones de gobierno y administración, y las subsume en un solo órgano, el Jefe de Estado.”¹⁹⁸

Asimismo, existen otras disposiciones a lo largo de la Constitución que distinguen Gobierno de Administración, a nivel nacional, regional y provincial, lo que nos lleva a pensar que hay una función administrativa que se diferencia de la gubernativa.

Es de nuestro parecer que el constituyente efectuó esta distinción, en diferentes artículos a lo largo de la Carta Fundamental, ya que busca explicar la idea de que aquellos órganos que ejercen ciertas potestades públicas de alta envergadura no sólo dictan actos administrativos, sino que también, en virtud de su función gubernativa, van a dictar actos de gobiernos, cuyo contenido es distinto a los actos meramente administrativos.

¹⁹⁷ CAZOR, KAMEL. Óp.Cit. 105p.

¹⁹⁸ CAZOR, KAMEL. Óp.Cit. 105p.

Creemos que la idea que subyace a estas disposiciones constitucionales es que existen ciertos órganos, que al estar dotados de la facultad de dictar actos de gobierno, de contenido político, a diferencia de otros órganos, que por regla general son de menor jerarquía, y que sólo dictan actos administrativos. De esta forma, no podemos desconocer el reconocimiento expreso que realiza la Constitución al respecto, y que nos permite creer en la existencia de los actos de gobierno en nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, y con el objetivo de reafirmar esta apreciación, nos llama la atención lo discutido por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, también conocida como Comisión Ortúzar, y que fue la encargada de elaborar un anteproyecto de Constitución Política de Estado¹⁹⁹. En ésta se discutió el anteproyecto enviado por el Sr. Contralor acerca de las normas constitucionales relacionadas con la Contraloría General de la República, y principalmente en relación con el sistema contencioso de nulidad, respecto del que podemos destacar las siguientes reflexiones de algunos miembros de la Comisión.

El señor Raúl Bertelsen Repetto señaló que es necesaria la creación de un sistema que anule actos administrativos dictados en forma indebida y que su resolución debería estar en manos de los Tribunales de Justicia. Sin perjuicio de que hace un alcance y señala que “evidentemente, debe hacerse la distinción, difícil pero posible, que la doctrina indica entre actos de gobierno y actos administrativos. Los primeros, como es indudable, no pueden ser objeto de un control de nulidad, pero los segundos sí.”²⁰⁰

Por su parte Gustavo Lorca Rojas, en relación con el mismo tema se muestra preocupado en orden a que los actos que nacen de la Administración, en un sentido general, puedan provocar agravios en derechos de los particulares. En este sentido, coincide con Bertelsen en dejar en manos de los Tribunales de

¹⁹⁹ Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. Acta de la Sesión 1ª, celebrada con fecha 24 de septiembre de 1973.

²⁰⁰ Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. Acta de la Sesión N°309, celebrada con fecha 2 de agosto de 1977.

Justicia el sistema contencioso de nulidad toda vez que “es inadmisibles, a su juicio, dejar entregada la valoración de los actos de la Administración y del Gobierno únicamente al criterio de un funcionario, por muy alta que sea su representación.”²⁰¹

Por último, el Presidente de la Comisión, Enrique Ortúzar Escobar coincide en que la facultad de anulación de actos administrativos recaiga en los Tribunales de Justicia y da a conocer la impresión de que a la Ministra de Justicia le preocupaba “el hecho de que por la vía de este recurso pudieran, el día de mañana, anularse actos de Gobierno. Es evidente que, como lo manifestaba el señor Bertelsen, en ningún caso esta atribución podría llegar al extremo de dejar sin efecto los actos de Gobierno”²⁰²

De lo previamente analizado, podemos ver que para quienes redactaron nuestra Constitución existía la idea de que los actos administrativos debían ser revisados por los Tribunales de Justicia a través de un sistema contencioso de nulidad de éstos, excluyendo explícitamente a los actos de gobierno.

4. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Asimismo, podemos identificar ciertas normas legales, con jerarquía constitucional, contenidas en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que también atienden a esta distinción entre administración y gobierno, señalando en su primer artículo lo siguiente:

Artículo 1º: “El Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes.

La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para

²⁰¹ Ibíd.

²⁰² Ibíd.

el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.”

De lo anteriormente expuesto podemos colegir nuevamente la consagración expresa que realiza nuestro ordenamiento jurídico de la diferencia entre gobierno y administración. Asimismo, la consagración del principio de legalidad, al entender que ambos tipos de acto, de gobierno y de administración, deben responder y estar adecuada a lo que señala la Constitución y las leyes.

Sin perjuicio de lo anterior, a su vez, existen otras disposiciones que consagran esta distinción dentro de dicho cuerpo normativo, a nivel regional, regional y provincial, tal como lo hace nuestra Constitución.

De esta manera, volvemos a evidenciar, en una normativa con rango constitucional, que a raíz de órganos administrativos facultados para gobernar determinados espacios territoriales, exista una distinción respecto de los actos que dictan, volviendo a distinguir entre gobierno y administración.

5. Construcción de una Teoría del Acto de Gobierno en el Derecho Público Chileno.

Tal como hemos demostrado a lo largo de este capítulo, es de nuestra opinión que el ordenamiento chileno ha reconocido una diferencia explícita entre las funciones que ejerce nuestro Jefe de Estado; la función administrativa y la función gubernativa, de la que emanan actos administrativos y actos de gobierno, principalmente de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución Política de la República.

Del mismo modo, la función de Administración y Gobierno, dan origen a dos tipos de actos: el acto administrativo y el acto de gobierno/político. Al respecto de esto, habrá que determinar las consecuencias originadas por esta distinción.

A continuación, para aproximarnos a la construcción de una Teoría del Acto de Gobierno en nuestro ordenamiento, debemos ver qué entendemos por Gobierno y Administración.

En este sentido, el profesor Eduardo Cordero Quinzacara ha definido Gobierno y Administración de la siguiente manera:

“El Gobierno está compuesto fundamentalmente por el Presidente y los Ministros de Estado, que son los colaboradores directos e inmediatos del Presidente. A su vez, a nivel regional y provincial, se asignan funciones de gobierno a los Intendentes y Gobernadores, que son autoridades de la exclusiva confianza del Presidente de la República.

Por su parte, la Administración del Estado puede ser comprendida como un complejo orgánico que- por regla general- se encuentra bajo la dependencia o bajo la tutela o súper vigilancia del Presidente de la República. Su conceptualización siempre ha sido compleja, pero tradicionalmente se ha utilizado un criterio negativo para dar cuenta de su alcance: se entiende que la Administración comprende a todos aquellos órganos que no forman parte del Poder Legislativo o del Poder Judicial.”²⁰³

Sin perjuicio de que la definición anterior nos parece correcta, a efecto de distinguir al Gobierno de la Administración, es necesario tomar en cuenta lo estipulado en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado, que en un comienzo señala “Los Ministerios son los órganos superiores de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración de sus respectivos sectores (...)”, por lo que nos queda concluir que los Ministros de Estados ejercen funciones tanto de Administración como de Gobierno, siendo sin embargo, pieza fundamental en lo que entendemos por Gobierno, ya que toman especial influencia en relación a las decisiones de carácter político que adopta el Presidente de la República.

²⁰³ CORDERO QUINZACARA, EDUARDO. Óp. Cit. 17p.

Finalmente se excluyen ciertos órganos del Gobierno y Administración, señalando: “No forman parte del Gobierno y la Administración del Estado el Congreso Nacional (Cámara de Diputados y Senado); el Poder Judicial; el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral. Por su parte, todos los demás órganos públicos están comprendidos dentro del Poder Ejecutivo: el Presidente de la República, Ministerios, Intendencias, Gobernaciones, Contraloría General de la República, Fuerzas Armadas y de Orden, Banco Central, Gobiernos Regionales, Municipalidades, Consejo Nacional de Televisión y las empresas públicas.”²⁰⁴

La distinción que existe, en diferentes cuerpos normativos, de Gobierno y Administración, por vía legal y constitucional, es de vital relevancia, en el sentido de que ambos tipos de actuaciones tendrán tratamientos distintos, lo que va a adquirir gran significado cuando nos encarguemos del tema del control judicial propiamente tal.

Ahora bien, cabe hacer algunas precisiones relativas a las funciones de administrar y gobernar señaladas en el artículo 24 de nuestra Carta Fundamental, en el sentido de que dicha norma da a entender que la función de administrar y gobernar radica exclusivamente en el Presidente de la República, lo que no es así, ya que gobiernan y administran igualmente otros órganos distintos al Presidente de la República²⁰⁵.

a. Gobiernan igualmente otros órganos distintos al Presidente de la República: En este sentido el Tribunal Constitucional en la sentencia Rol N°78 emplea un concepto amplio de gobierno, señalando:

7º” Que en cuanto al gobierno y administración del Estado, que el artículo 24 de la Constitución confiere al Presidente de la República, es conveniente tener presente la definición que el Diccionario de la Lengua da a la expresión ‘gobierno’, según la cual es la acción y efecto de gobernar. Y ‘gobernar’ es ‘mandar con autoridad o regir una cosa’. En este sentido amplio de la expresión ‘gobernar’ todos los

²⁰⁴ Ibíd. 17p.

²⁰⁵ROMÁN, CRISTIÁN. Apuntes de clases de Derecho Administrativo.2016.

órganos del Estado y, en general, quienes ejercen alguna dignidad o cargo, mandan con autoridad dentro de la esfera de sus atribuciones.

Así, el Poder Legislativo manda en el ejercicio de su función legislativa, conforme a los preceptos de la Carta Fundamental.

A su vez, el Poder Judicial manda en todo cuanto diga relación con la administración de justicia, correspondiéndole exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley, la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado, sin que el Presidente de la República o el Congreso puedan, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones, o hacer revivir procesos fenecidos. En el ejercicio de esta función, el Poder Judicial es autónomo e independiente.

Las Municipalidades por su parte, ejercen el poder comunal y son corporaciones de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna, sin que obste dicha autonomía la circunstancia de que el Presidente de la República pueda designar al alcalde en determinadas comunas que la ley ha señalado, atendida su población o ubicación geográfica, y que constituyen, por cierto, la excepción

La Contraloría General de la República es, también, un organismo autónomo encargado, precisamente, de ejercer el control de la legalidad de los actos de la administración y que manda con autoridad en el marco de sus atribuciones.

Del mismo modo, el Banco Central, de acuerdo con la Constitución, es un organismo autónomo, con patrimonio propio, de carácter técnico, cuya composición, organización, funciones y atribuciones determinará una ley orgánica constitucional.²⁰⁶

²⁰⁶ ROMÁN, CRISTIÁN. Óp. Cit.

Por lo tanto, y de acuerdo con la interpretación del Tribunal Constitucional, la función gubernativa no radicaría de forma exclusiva en el Presidente de la República como Jefe de Estado, sino que, entendida de un modo amplio, gobierna todo aquel que ejecuta un acto de imperio, emanado de la misma facultad otorgada por nuestro ordenamiento jurídico.

b. Administran igualmente otros órganos distintos al Presidente de la República: Por otro lado, todos aquellos órganos que tienen autonomía respecto del Presidente de la República, pero que integran la Administración del Estado ejercen la función administrativa, ya que en virtud de su autonomía no dependen jerárquicamente de él, es decir administran por cuenta propia.

Esta distinción entre administrar y gobernar es de vital importancia y tiene como consecuencia el hecho de que de estas dos funciones, radicadas en el Presidente de la República, se produzcan dos tipos de actos, los actos administrativos y los actos de gobierno.

En este sentido, a lo largo del desarrollo de este estudio, hemos evidenciado que la teorización e intento de conceptualización del acto de gobierno suele caer en encasillarlos dentro de aquellos actos que no son revisables por parte de la jurisdicción, sin intentar dotarlo de contenido o determinar directrices que puedan diferenciarlo del acto administrativo.

Es así como el profesor Cristián Román Cordero, entrega ciertos criterios de distinción.

1. **Contenido:** En este sentido, los actos de gobierno están relacionados a temas, cuyo contenido difiere de los actos meramente administrativos, relacionados los primeros generalmente con asuntos más importantes para el adecuado desarrollo de la comunidad. De esta forma se ha señalado que gobernar es pensar y administrar es actuar o ejecutar.
2. **Relevancia:** En relación con el punto anterior, la diferencia de contenido también radica en un tema de importancia, ya que “entre la función de

gobierno y la función administrativa, existe una relación jerárquica, pues la función administrativa se ejercita en atención a la función gubernativa, pero no al revés²⁰⁷. A su vez, nos parece que se relaciona con un criterio de habitualidad ya que, en virtud de su relevancia, los actos de gobierno suponen una mayor detención en su estudio y reflexión y por lo tanto no se dictan tan a menudo, a diferencia de los actos administrativos que son dictados a diario por cientos de autoridades a lo largo de todo el país.

3. **Discrecionalidad:** Por un lado, la función de gobierno se ejerce de forma discrecional, es decir, quien tiene una facultad discrecional tiene un margen de libertad para utilizarla, y al decidir utilizarla decidirá si lo hace favorable o negativamente, mientras que la función administrativa es plena y estrictamente reglada por disposición de ley.

4. **Control jurisdiccional:** En último término se diferencia debido a que parte de la doctrina entiende que los actos de gobierno se encontrarían exentos de todo control judicial, tema que será analizado más adelante en este capítulo.

Por lo tanto, los actos de gobierno “decide(n) cuestiones excepcionales que interesan a lo público, orientado 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 trascendentes de relevancia general para el país²⁰⁸. Los actos de gobierno son actos que se caracterizan, entre otras, por su discrecionalidad, a diferencia de los actos de administración que se encuentran generalmente reglados de manera exhaustiva

²⁰⁷ ROMÁN, CRISTIÁN. Óp. Cit.

²⁰⁸ CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS.1991. Fiscalización política o control judicial del acto de gobierno. Gaceta Jurídica (137): 14p.

en diferentes fuentes normativas, y la Administración debe ceñirse exclusivamente a estas reglas para la dictación de dichos actos.

Además, se ha señalado respecto de los actos de gobierno, que éstos tienen como fuente principal el interés general, el interés del pueblo y de la ciudadanía, y que por lo mismo muchas veces se utiliza esta definición para fundamentar su falta de control judicial, ya que “la consideración de interés general como concepto jurídico indeterminado, judicialmente controlable no encaja en el modelo constitucional.”²⁰⁹

Es así como, la diferencia entre estos dos actos (de gobierno y administrativos) no es orgánica, ya que provienen de los mismos órganos, ya sea Presidente de la República o Ministros, según sea el caso, podríamos afirmar que su diferencia es principalmente 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).”²¹⁰

C. CONTROL DEL ACTO DE GOBIERNO/POLÍTICO

Tradicionalmente hemos entendido el Derecho Administrativo como un conjunto de normas y principios que regulan las relaciones entre los distintos poderes del Estado, y entre la Administración y los particulares. Al respecto, nos parece interesante hacer notar la peculiar naturaleza de las relaciones entre la Administración y los particulares, ya que a primera vista podemos constatar que consiste en una relación desequilibrada, donde la Administración tiene la fuerza para imponerse sobre el administrado, pudiendo vulnerar sus derechos y libertades. He aquí el núcleo fundamental de la problemática de esta rama del derecho: identificar y poner en práctica las herramientas adecuadas para equilibrar esta relación, limitando el poder estatal, de tal forma de no perturbar a los particulares en el ejercicio de sus derechos, pero limitarlo hasta cierto punto, sin

²⁰⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Óp. Cit. 254p.

²¹⁰ ZUÑIGA, FRANCISCO. Óp. Cit. 274p.

desnaturalizar la función coercitiva que en ciertos casos si debe tener el Estado. Es en la búsqueda de estas herramientas donde nos encontramos con el tema a tratar en este capítulo, el control judicial del acto de gobierno/político, entendiendo que “la cuestión del control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración es un tema clásico de la teoría del Derecho. Está en los orígenes mismos del Derecho Administrativo y cada época ha ido dejando en él la huella de sus propias reflexiones teóricas, así como de las sucesivas experiencias prácticas y jurisprudenciales”²¹¹

La cuestión consiste principalmente en que un Estado democrático debe contar con garantías mínimas que permitan a los ciudadanos gozar de sus derechos y libertades en plenitud, sin ser perturbados por la Administración, cuando ésta pone en ejercicio sus potestades discrecionales. De lo anterior no debemos concluir que no puede haber un uso de estas potestades discrecionales por parte de la Administración, sino que dicho ejercicio debe enmarcarse en el cumplimiento de requisitos legales concretos y en el respeto de determinados derechos.

Asimismo, todo Estado democrático tiene como base de su ordenamiento jurídico una serie de principios que sustentan sus normas y les dan coherencia a éstas, junto a todo su sistema. Es de esta forma, que se intenta garantizar un Estado de Derecho consecuente con el sistema democráticamente escogido, para no caer así en ciertas falencias, como el denominado “gobierno de los jueces”, es decir evitar malinterpretar los principios y pervertir el sistema de tal forma que las decisiones tomadas por la Administración puedan ser modificadas por parte de los Tribunales de Justicia, vulnerando la voluntad democrática que da origen al nombramiento de la Autoridad, y a la facultad que tiene la Administración.

Es en este escenario en el que se encuentran en pugna dos principios importantes, por un lado, el de la separación de los poderes del Estado, y por otro lado el de garantizar a la ciudadanía una tutela judicial efectiva, en virtud de que existan garantías y protección para los ciudadanos frente a la intervención estatal.

²¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. Óp.Cit. 31p.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, cabe destacar la opinión del catedrático de Derecho Administrativo, Eduardo García de Enterría en relación al titulado gobierno de los jueces, ya que a diferencia de otros autores, a nuestro entender, niega la posibilidad de que éste exista. Niega esta existencia, debido principalmente a que la naturaleza de la función judicial no le permitiría a ésta gobernar, señalando que “los jueces tienen la legitimidad del Derecho que están llamados a aplicar; su independencia es la expresión misma de la objetividad de ese Derecho; nada añadiría a su función una designación electiva, que más bien pondría en riesgo ese valor esencial de su función que es la independencia, y desde luego el de la competencia, exigencia también de esa independencia misma”²¹². Por lo tanto “un gobierno de jueces es, pues, una alternativa absolutamente inimaginable, y por tanto insoportable, rigurosamente, como supuesta fórmula política”²¹³

En este contexto, el ciudadano se ve enfrentado al poder del Estado, entendido como un poder administrativo²¹⁴, comprendiendo que el control judicial de los actos emanados de este poder estatal constituye un control y límite de esa misma potestad, actuando como una garantía para el ciudadano, basándose en el principio de que ningún poder es absoluto. “La idea de someter el Poder sistemáticamente a un juicio en el que cualquier ciudadano pueda exigirle cumplidamente justificaciones de su comportamiento ante el Derecho es una idea que surge del Estado montado por la Revolución francesa, pero que aparece de modo ocasional”²¹⁵. Y así como esta idea en particular encontró su origen en el proceso revolucionario francés de fines del siglo XVIII, otros principios que han influenciado la discusión relativa a la inmunidad jurisdiccional de los actos de gobierno/políticos también ahí encontraron su base.

²¹² *Ibíd.* 34p.

²¹³ *Ibíd.*

²¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA. EDUARDO. *Op. Cit.* 161p.

²¹⁵ *Ibíd.*

1. EL CONTROL, SUS PRINCIPIOS.

Antes de entrar a las discusiones particulares y las distintas posturas que han tomado los administrativistas respecto si procede o no el control jurisdiccional de los que hemos denominado actos de gobierno/políticos, es necesario hacer una breve revisión de los principios e instituciones que rigen este tema, y ver de qué forma se interpretan y entran en conflicto unos con otros.

Por lo tanto, previo a advertir las consecuencias del control de los actos de gobierno/políticos es necesario tomar en consideración que, por regla general, en nuestro Estado Constitucional de Derecho, aquellas decisiones tomadas por los distintos órganos de la Administración están sujetas a un control o alguna revisión. “En efecto, la cuestión del control es una idea central del pensamiento político contra todas las formas de absolutismo”²¹⁶. Por lo tanto, en términos amplios, y considerando que de acuerdo a lo prescrito en el artículo 4º de la Constitución Política de la República²¹⁷ nuestro sistema se enmarca dentro de un régimen político democrático, y por ende es necesario que en nuestro ordenamiento jurídico se instauren ciertos mecanismos de control para que éstos permitan, a través de un método efectivo, limitar el poder de los distintos poderes del estado, límite que tendrá que ser establecido por la Constitución o la Ley y que tendrá como objetivo principal que los poderes no se desvirtúen de tal manera que caigan en el absolutismo.

a. Principio de separación de los poderes del Estado

En primer lugar, analizaremos el clásico principio de separación de los poderes del Estado, el que encuentra su origen en el pensamiento ilustrado que influyó de manera fundamental el trabajo de los filósofos de la Revolución Francesa.

En lo que respecta a la aplicación de este principio, se ha entendido que los controles que debiesen existir entre los poderes es una situación inherente a un

²¹⁶ ROUSSEAU, Dominique. “Justicia Constitucional en Europa”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002, 29p.

²¹⁷ Artículo 4º.- “Chile es una república democrática.”

Estado de Derecho y democrático, tal cual lo conocemos en la actualidad. En tal sentido, “la situación actual de la democracia impone un reforzamiento, y en modo alguno de una relajación de los controles. Que ello deba hacerse preservando la eficacia, es obvio, como también que para salvaguardar ésta no deben llegarse en ningún caso a pretender sacrificar controles igualmente efectivos”²¹⁸. Y es así también como este tipo de control ha de entenderse, a la vez, como un método para salvaguardar el interés popular o general que emana de los denominados actos políticos o de gobierno, impidiendo que los distintos Poderes excedan sus competencias.

Por el contrario, y desde otra perspectiva, es posible también entender el control judicial sobre los actos de gobierno como una forma de avanzar contra la legitimidad democrática del estado constitucional. Esto es, el Poder Judicial se inmiscuye en asuntos que le corresponden al Ejecutivo o inclusive al Legislativo, lo que puede generar un conflicto de legitimidad, ya que estos dos últimos poderes se legitiman en la soberanía popular. En términos sencillos dichos cargos son principalmente determinados por elección popular, a diferencia de los jueces que son designados, de acuerdo a otros criterios. De esta forma es posible comprender que al momento de efectuar un control judicial de los actos de gobierno/políticos se está pasando a llevar la voluntad de la mayoría, cayendo en el temido gobierno de los jueces, jueces que no tienen la misma legitimidad soberana.

Por su parte y en ese sentido Cazor Aliste señala que los poderes del Estado; Ejecutivo, Legislativo y Judicial deben actuar en función de lo establecido por la Constitución, y es así se exige que actúen “(i) dentro de los límites de la competencia fundamental del Estado, sin que puedan invadir la esfera de autodeterminación de las personas y la de autorregulación de la sociedad y (ii) dentro de los límites de las competencias específicas que a cada uno de ellos le señala la Constitución frente a las competencias atribuidas a los demás órganos

²¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. Op. Cit. 121p.

constitucionales”²¹⁹. En otras palabras, es necesario que los órganos de la Administración actúen dentro de la esfera de su competencia, competencia establecida previamente por la Constitución Política de la República, sin atribuirse competencias de otros órganos y sin invadir el espacio de autodeterminación de los individuos pertenecientes a la sociedad.

Desde nuestra perspectiva, lo señalado anteriormente corresponde a dos manifestaciones del principio de separación de los poderes del Estado. Por un lado, entendido éste de una forma extrema y desnaturalizada, como una separación completa de cada uno de los poderes del Estado, de tal forma que no existan puntos en el que un poder pueda inmiscuirse en el quehacer del otro. No obstante, a nuestro parecer ésta sería solo una de las manifestaciones del principio de separación de los poderes del Estado, entendiendo bien que cada poder es independiente para tomar sus decisiones y que dichas decisiones deben ser tomadas sin la influencia de otro poder. Por el otro, una manifestación distinta de este principio es que nos permitiría entender que la idea de que existan tres poderes distintos, con distintas funciones, supone también que exista un control de uno por sobre el otro, limitado, pero que evite que alguno de los poderes pueda tomarse atribuciones que no le corresponden, que tomen decisiones que se encuentren fuera del marco legal o que las decisiones de uno u otro vulneren garantías fundamentales de los ciudadanos. “Para Montesquieu, por ejemplo, la separación de poderes permite que cada institución tenga interés y los medios para controlar a las otras, ninguna puede abusar de sus prerrogativas o intentar reagruparlas en su beneficio: mediante este control recíproco *el poder controla el poder* y se salvaguarda la libertad de los individuos.”²²⁰

Al mismo tiempo “es, por tanto, necesario que la separación de los poderes esté determinada en la sociedad y, de hecho, cada una de las funciones consiste en determinados actos necesarios para la sociedad en su conjunto: el mantenimiento

²¹⁹ CAZOR ALISTE, KAMEL. Op. Cit. 96p.

²²⁰ ROUSSEAU, Dominique. Op. Cit. 29p.

del equilibrio social exige que haya leyes, que haya actos materiales de ejecución, y que los litigios se resuelvan de forma pacífica. Los órganos que aseguran el ejercicio de esas funciones pueden, por tanto, ser realmente considerados como órganos de la sociedad.”²²¹

b. Principio de Legalidad

Por otro lado, encontramos la consagración de otro principio, el denominado principio de legalidad, entendido como una manifestación del Estado Constitucional de Derecho. En la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, se consagra de la siguiente forma: Artículo 2°. “Los órganos de la Administración del Estado someten su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.”

Es así como en virtud de este amplio principio es posible concluir que éste prescribe que el gobernante en sus actuaciones debe sujetarse a aquello establecido en la Constitución y las leyes del país, en el sentido de que su actuación no puede encontrarse exclusivamente sometida a su voluntad, sino que debe tener ciertas limitaciones, previamente determinadas. Además, está en concordancia con otros principios que garantizan la existencia de un Estado Constitucional de Derecho y cuya aplicación nos permiten concluir que se hace evidente y necesaria la existencia de ciertos baremos de control a la Administración, esto por una razón y finalidad democrática y de derecho.

De esta forma es que el control, entendido como una garantía del Estado de Derecho, se ve también influenciado fuertemente por la aplicación del principio de legalidad, lo que, en términos generales, significa que los poderes públicos deben

²²¹ TROPER, Michel. Por una Teoría Jurídica del Estado. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, 203-2016. Madrid, 2001. 214p.

estar sujetos a Derecho²²², de tal manera que el control que exista sobre los distintos poderes del Estado va a significar que será posible asegurar el cumplimiento de lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico, que existe una garantía de que los poderes públicos estén sujetos a lo señalado por nuestra Constitución y leyes. Por lo tanto, se entiende que los actos provenientes de la Administración no pueden vivir al margen del Derecho.²²³

En este sentido el profesor Juan Alfonso Santamaría señala que “la vigencia efectiva del principio de legalidad impone la existencia de un conjunto de mecanismos de control a través de los cuales pueda asegurarse eficazmente el sometimiento de la Administración al sistema normativo. En los sistemas jurídicos occidentales, la técnica primordial de garantía ha estado y está constituido por el control jurisdiccional; esto es, el ejercido por los órganos integrantes del Poder Judicial”²²⁴. En efecto, todos los órganos de la Administración del Estado están sujetos a un control de acuerdo con lo que inspira este principio.

c. Principio de juridicidad

Ligado al principio de legalidad, también es posible identificar el principio de juridicidad, que tiene gran influencia en el ámbito del control, ya que la regla general de acuerdo a éste es que todos los actos son controlables, que no existen parcelas de inmunidad de control respecto de actos emanados de la Administración.²²⁵ “Por tanto como objeto controlado, tanto el ejercicio de la potestad reglamentaria como los actos de la Administración pública que, como tal, está sujeta al principio de juridicidad, cuyo parámetro útil de verificación lo

²²² CAZOR ALISTE, KAMEL. La sumisión a derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República. Tomo II, Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, 2002, 17p.

²²³ EMBID IRUJO, Antonio. La justiciabilidad de los actos de Gobierno, en Documentación Administrativa N°220, 1989, 30p.

²²⁴ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principio de Derecho Administrativo. VOL N°1. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, 30p.

²²⁵ CAZOR ALISTE, KAMEL. Op. Cit. 95p.

constituye el Derecho, es decir, el conjunto del ordenamiento jurídico vigente. Por ello, además, la legitimación judicial a la hora del control es sólo jurídica, toda vez que el contenido y densidad normativa de su verificación viene dado por el Derecho.”²²⁶

En igual forma, es necesario comprender que “la Administración no es *señor del Derecho*, no está al margen del Derecho, no está vinculado a una parte sí y a otra no del Derecho, porque su vinculación sea menor o más débil que respecto de los demás sujetos, o porque para ella el Derecho sea sólo un buen consejo, que sea libre de cumplir o no; en concreto, pues, porque la Administración como los demás poderes públicos, está sometida plenamente a la *Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*.”²²⁷

En último término, podemos apreciar que el principio de juridicidad se encuentra consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, lo que enuncian lo siguiente:

Artículo 6°. “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.”

Artículo 7°. “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

²²⁶ *Ibíd.*

²²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Op. Cit.* 129p.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.”

En dichas normas contenidas en nuestra Carta Fundamental podemos apreciar que se determina y limita el accionar de los órganos del Estado a aquello prescrito por la Constitución y las leyes, y que de contravenirlas y ejercer actos que no estén dentro de su competencia, también determinada por la Constitución o las leyes, dicho acto devendría en nulo. En cierto sentido los dos últimos principios que hemos desarrollado, y éstos, junto con el de separación de poderes del Estado, constituyen los pilares fundamentales sobre los cuales ha de construirse un Estado de Derecho propiamente tal, donde se regule la convivencia de los distintos sujetos que interactúan en la sociedad, ya sea en sus relaciones particulares o con el Estado, y además permita garantizar la observancia y respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que se encuentran asegurados por nuestra Constitución.²²⁸

Por lo mismo los actos emanados de la potestad ejercida por el Presidente de la República deben estar bajo lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico, y de esta forma es como se ven enfrentando a una doble garantía simultánea, frente a la cual deben cumplir ciertas disposiciones tales como “el sometimiento integral a Derecho de la acción- u omisión- administrativa y gubernativa; y por otra, el pleno control jurídico que se basa, en una instancia a priori (la Contraloría General de la República) y en otra a posteriori (el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria).”²²⁹

²²⁸ GARCÍA BARZELATTO, Ana María. El Principio de Juridicidad. Curso de Derecho Constitucional I, Primavera 2008, 1p.

²²⁹ CAZOR ALISTE, KAMEL. Op. Cit. 17p.

4. Principio de igualdad ante la Ley.

Finalmente, cabe hacer una breve mención al principio de igualdad ante la ley, en virtud del cual en nuestro país no existen personas ni grupos privilegiados. Este principio se encuentra consagrado expresamente en el artículo 19 N°2 de nuestra Constitución y señala lo siguiente.

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas.

2° La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.”

De acuerdo con lo señalado, ninguna persona, inclusive la persona jurídica del Estado, tendrán tratos preferentes, lo que se basaría en “los más puros principios republicanos y en la sujeción a Derecho de todo sujeto, natural o jurídico y éste público o privado, única manera de garantizar el orden y la justicia en libertad y en paz.”²³⁰

Por lo tanto, sin ninguna razón de peso que lo justifique, no tendrían por qué escaparse de los controles establecidos en nuestro ordenamiento, aquellos actos emanados del Presidente de la República como Jefe de Estado, en el ejercicio de su función gubernativa.

En el orden de las ideas anteriores, estos principios van en la dirección de garantizar la consagración de un Estado constitucional de Derecho real y como consecuencia de esto último a entregar el control jurisdiccional de los actos de la Administración como una manifestación de este régimen democrático. Al mismo tiempo, “frente a las tres características básicas del Estado constitucional reseñadas (supremacía constitucional, sometimiento a Derecho de todos los poderes públicos y orientación a la garantía de los derechos e intereses de los

²³⁰ SOTO KLOSS, EDUARDO. 1990. La nulidad de derecho público en el derecho chileno. Revista de Derecho Público (47-48): 24p.

ciudadanos), el control jurisdiccional ejerce una *función de garantía* de cierre del sistema constitucional. Es decir, `la función jurisdiccional es el elemento de cierre de todas ellas, pues verifica y hace efectiva la supremacía y los derechos, así como el sometimiento de todos los poderes públicos al Derecho y el de su efectiva orientación al interés general'. Lo que en definitiva viene a constatar la legitimación en el accionar de los poderes públicos, especialmente de la Administración, 'en tanto en cuanto su poder se ejerza conforme a Derecho y en la medida que dicho sometimiento sea verificable mediante su control'.²³¹

2. EL CONTROL DE LOS ACTOS DE GOBIERNO/POLÍTICOS EN CHILE

Sobre la base de las consideraciones anteriores, es decir el análisis del concepto de acto de gobierno/político en contraposición a los actos administrativos propiamente tal, la ejemplificación de éstos en el escenario del derecho administrativo actual; corresponde a continuación, luego de haber revisado los principios en virtud de los cuales se desenvuelve, analizar la configuración de la procedencia de controles de los denominados actos de gobierno- político. En este sentido, realizaremos un breve análisis de cómo la doctrina nacional ha enfrentado esta interrogante, desconociendo, en un inicio, la procedencia del control judicial de éstos actos, aludiendo que se trataría de lo que el profesor Eduardo Soto Kloss denominó como "injertos extranjerizantes", y luego avanzando al reconocimiento de la tesis del control por parte de los Tribunales de Justicia, hasta el desarrollo de nuevas tendencias que avalan el control judicial pero reducido a ciertos ámbitos, generando actualmente una inclinación por esta última tendencia ecléctica.

Para esto analizaremos los distintos tipos de controles existentes en nuestro ordenamiento, distinción hecha en virtud del órgano contralor. Por otro lado, haremos mención a ciertos tipos de actos administrativos, comparándolos e orden a la intensidad del control, orden en el que se encontrara el acto de gobierno.

En este sentido cabe señalar que los controles que se aplican a los diferentes actos, se constituyen como un mecanismo para asegurar que los actos se dicten

²³¹ *Ibíd.* 95p.

en conformidad a la ley y la Constitución. Sin control el principio de legalidad carece de aplicación.

a. Tipos de control admitidos en el ordenamiento chileno

i. Control administrativo en manos de la Contraloría General de la República

Todo acto administrativo, independiente de su contenido, se encuentra sometido al trámite de toma de razón de la Contraloría General de la República, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1° y 13° de la Ley 10.336, que señala:

“La Contraloría General de la República, independiente de todos los Ministerios, autoridades y oficinas del Estado, tendrá por objeto fiscalizar el debido ingreso e inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades y de la Beneficencia Pública; verificar el examen y juzgamiento de las cuentas que deben rendir las personas que tengan a su cargo fondos o bienes de las entidades indicadas y de los demás servicios o instituciones sometidos por la ley a su fiscalización y la inspección de las oficinas correspondientes; llevar la contabilidad general de la Nación; pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos; vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo y desempeñar, finalmente, todas las otras funciones que le encomiende esta ley y los demás preceptos vigentes o que se dicten en lo futuro, que le den intervención.”

“El Contralor tomará razón de los decretos supremos y se pronunciará sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad de que puedan adolecer (...)”

En este sentido, Hugo Caldera entendió que todos los actos de la Administración ya sean de gobierno o administrativos propiamente tal, tienen un control en cuanto a su forma y legalidad, control que se efectúa respecto de un determinado acto administrativo, ya sea un decreto o resolución, lo que es concordante con los principios de legalidad y juridicidad ya analizados. A propósito de lo anterior señala, “el decreto supremo es el continente, es el medio o vehículo jurídico a través del cual se expresa la voluntad orgánica del Presidente de la República,

pero el contenido o substancia puede ser político o administrativo, según sea que el acto recaiga sobre materias de 'gobierno' o sobre materias 'administrativas'. Cualquiera sea la substancia que contenga el decreto supremo, su contenido es indiferente para los efectos de la realización del trámite de toma de razón por la Contraloría General.”

Sin perjuicio de lo señalado previamente, es necesario precisar que el control a realizar por la Contraloría General de la República constituye un control de juridicidad de los distintos instrumentos, sin que por esto el Contralor entre a calificar aspectos de mérito o conveniencia de decisiones políticas o administrativas del Presidente de la República, lo que se encuentra consagrado en el artículo 21B de su Ley Orgánica Constitucional que señala:

“La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas.”

ii. Control constitucional

En un Estado de Derecho, el principio de la Supremacía Constitucional se materializa a través de la existencia de un Tribunal Constitucional. Dicho principio sienta sus bases en la creación de un orden legal objetivo e impersonal que obliga por igual tanto a gobernantes como a gobernados, llevando de manera implícita el acatamiento jerárquico de las normas legales²³². En consecuencia, ningún precepto jurídico puede contravenir lo dispuesto por otro de rango superior, los que a su vez tampoco pueden vulnerar o desconocer el contenido de la Constitución Política de la República, siendo ella la cúspide de la estructura del ordenamiento jurídico²³³. De esta forma, el principio de juridicidad, consagrado en

²³² FLORES, P. BAHAMONDES, K. El tribunal Constitucional, el control de constitucionalidad y el control preventivo obligatorio con posterioridad a la reforma constitucional del año 2005. 2013, 6p.

²³³ JIMENEZ L., Fernando. Evolución de la Composición de atribuciones del Tribunal Constitucional Revista de Derecho, no. 14, año 2006, Universidad Católica de la Santísima Concepción. Concepción, pp. 13 y ss.

los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, constituye uno de los pilares fundamentales del derecho público chileno.

El órgano estatal llamado a velar y resguardar el principio de la Supremacía Constitucional es, precisamente, el Tribunal Constitucional. De esta manera, su misión es ser el garante y custodio genuino de la Carta Fundamental, radicando en él la facultad interpretativa de esta norma suprema, dando lugar así a la construcción de la doctrina constitucional²³⁴. Por lo que, los efectos de un acto que contraviene la Constitución y la ley son dos: a) se generan las sanciones que deberán estar establecidas en la ley, y b) el acto es nulo.

El Tribunal Constitucional.

Antes de la vigencia de la Constitución Política de 1925, la posibilidad de controlar la constitucionalidad de la ley era inexistente atendido el claro tenor del artículo 164 de la Constitución Política de 1833: *“Sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno de sus artículos”*²³⁵.

Por ello es que los Tribunales Constitucionales surgen en Europa, en 1920, creación del notable jurista austríaco Hans Kelsen, quien en su famosa controversia con Carl Schmitt –acerca del defensor de la Constitución– insiste en la necesidad de una “jurisdicción constitucional, por la cual la función de garantía de la Constitución sea transferida a un tribunal independiente”²³⁶.

Por ello Arturo Alessandri Palma hizo eco de esta discusión, plasmando así dicha discusión en el texto de la Constitución Política de 1925 estableciendo, por primera vez en el ordenamiento jurídico chileno, la posibilidad de que la

²³⁴ COLOMBO C., Juan. La historia explica el presente y el presente el futuro. Memoria del Tribunal Constitucional año 2007-2008,9 p.

²³⁵ Tribunal Constitucional de Chile, en línea: [<http://www.tribunalconstitucional.cl/tribunal/historia>]

²³⁶ NAVARRO, Enrique. El Control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011). Cuadernos del Tribunal Constitucional. Número 43, 2011. 31p.

constitucionalidad de la ley fuera controlada por un órgano ajeno al mismo Congreso Nacional. El Artículo 86²³⁷ de dicha Carta estableció, en efecto, el denominado recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, un hito en el Derecho Público chileno, que permitía a la Corte Suprema apreciar si las leyes se adecuaban a la Carta Fundamental. El recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentaba las siguientes características:

- I. Constituía una acción constitucional, esto es, un mecanismo de defensa y garantía de la supremacía constitucional establecido directamente por el Código Político.
- II. Representaba una forma de control represivo o a posteriori de la constitucionalidad, pues se verificaba respecto de preceptos legales vigentes que se invocaran en los casos concretos de que conociera directamente la Corte Suprema o que se siguieren ante otros tribunales.
- III. Procedía sólo respecto de preceptos legales, entre los que se incluían los decretos leyes, los decretos con fuerza de ley y los tratados internacionales. No permitía impugnar, en cambio, normas infralegales.
- IV. Tenía efectos limitados y no erga omnes, en la medida que la sentencia pronunciada por la Corte Suprema sólo producía efectos en la gestión de que se trataba y respecto de las partes involucradas en ésta²³⁸.

La Constitución de 1925, inspirada en el modelo norteamericano, facultó a la Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueran sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro tribunal, para declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución.

²³⁷“Es completamente nuevo para nuestro país. Ha sido tomado, en su fondo, de la Constitución de los Estados Unidos y, aunque de procedencia extranjera, consideramos que corresponde a una necesidad nacional que se había hecho sentir varias veces”; Guerra, José. La Constitución de 1925, Santiago, 1929, 457p.

²³⁸ Tribunal Constitucional de Chile, Óp. Cit. 1p.

Ahora bien, a pesar de que el texto de la Constitución de 1925 no limitaba la procedencia de la inaplicabilidad respecto de la inconstitucionalidad de forma, es decir, la que se relaciona con el proceso de formación de la ley, la Corte Suprema entendió reiteradamente que sus atribuciones sólo le permitían controlar la constitucionalidad de fondo, pues, en caso contrario, estimaba que se estaban invadiendo las atribuciones del legislador.

De esta forma, la comunidad académica descubrió la necesidad de llenar el vacío respecto del control de constitucionalidad de forma, y fue así que se concluyó que era necesaria la creación de un Tribunal Constitucional con facultades de control preventivo, tanto de forma como de fondo, sobre la constitucionalidad de la ley entre otras materias. En el fondo de esta preocupación académica se encontraba la necesidad de generar un mecanismo eficaz para resolver los conflictos que se suscitaran entre los poderes del Estado, resguardando de esta forma al Principio de Supremacía Constitucional.

El Tribunal Constitucional como órgano de control preventivo de las leyes y su rol en la transición.

El texto primitivo de la Constitución de 1980 establecía un mecanismo de control compartido. El Tribunal Constitucional revisaba preventivamente las leyes y la Corte Suprema lo efectuaba ex post, a través del recurso de inaplicabilidad.

El rol que jugó el Tribunal Constitucional a contar del 11 de marzo de 1990 tuvo por objeto incrementar la institucionalidad democrática, particularmente la participación ciudadana y los mecanismos de control jurídico²³⁹.

Lo anterior se manifestó en aquella recelosa función de control de la constitucionalidad de determinadas leyes promulgadas durante la década de los ochenta que, por su esencia, tenían motivos para ser desvirtuadas al alero de intereses imperantes de la época más que apearse irrestrictamente al principio de juridicidad.

²³⁹ NAVARRO, Enrique. Óp. Cit. 43p.

Así, en 1985, debió pronunciarse sobre la sujeción a la Carta Fundamental de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Calificador de Elecciones. El proyecto de ley en cuestión supeditaba la entrada en funciones del Tribunal Calificador de Elecciones a la realización de la primera elección parlamentaria. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, tomando en consideración una interpretación sistemática de la Constitución, esto es, como un todo armónico, concluyó que dichos órganos jurisdiccionales electorales debían encontrarse en vigencia antes de la realización de la referida elección parlamentaria, específicamente con ocasión de los plebiscitos, relativos a la proposición de candidato en 1988 y de reformas constitucionales de 1989²⁴⁰.

Por su parte, en 1987, se envía a control de constitucionalidad el proyecto de Ley Orgánica de Partidos Políticos. Se trataba de una ley fundamental para el régimen político y respecto de la cual existía una solicitud de ciudadanos abogados relativa a la inconstitucionalidad de determinadas disposiciones.

El Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de diversas normas del proyecto, en atención a que importaban restricciones al derecho de asociación política y adicionalmente una invasión a la autonomía de los partidos políticos y una infracción al debido proceso. Del mismo modo, se hace referencia a la necesidad de que se respete el principio de tipicidad en materia sancionatoria²⁴¹.

Atribuciones del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional es un órgano autónomo e independiente de toda otra autoridad o poder, con naturaleza jurídica de tribunal colegiado. Su composición, funcionamiento y facultades están establecidas en la Constitución Política de la República y en la Ley Orgánica Constitucional N° 17.997 del Tribunal Constitucional.

²⁴⁰ Ibíd. 43p.

²⁴¹ Ibíd. 44p.

El artículo 93 de nuestra Constitución Política de la República establece las atribuciones del Tribunal Constitucional. A grandes rasgos, son materias de competencia del Tribunal Constitucional aquellas atribuciones de control de constitucionalidad, solución de contiendas de competencia, pronunciarse sobre inhabilidades, incompatibilidades, renunciaciones y cesación en el cargo de titulares de ciertos órganos como el Presidente de la República, sus Ministros o los parlamentarios actualmente en ejercicio, así como también, sobre el pronunciamiento de ilícitos constitucionales.

De esta forma, al Tribunal Constitucional le compete realizar el control preventivo y posterior de las normas legales (tanto leyes comunes, decretos ley como decretos con fuerza de ley) por medio de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad o, derechamente, mediante acciones de inconstitucionalidad.

Ahora bien, respecto a los controles preventivos de constitucionalidad, estos se clasifican en:

- I. Facultativos, a requerimiento del Presidente de la República, de las Cámaras o de una parte (diez) de sus miembros en ejercicio (Artículo 93 número 2 de la Constitución, en relación a su inciso tercero)
- II. Obligatorios, respecto de leyes interpretativas de la Constitución, de Leyes Orgánicas Constitucionales y Tratados Internacionales que contengan normas propias de este último tipo de leyes (Artículo 93 número 1 de la Constitución).
- III. Mixta (tanto facultativa como obligatoria), los proyectos de reforma constitucional y los Tratados Internacionales sometidos a la aprobación del Congreso (Artículo 93 número 3 de la Constitución).
- IV. Asimismo, ejerce control preventivo y posterior de normas propias de la potestad reglamentaria como lo son los decretos y resoluciones del Poder Ejecutivo.
- V. Resuelve cuestiones de constitucionalidad suscitadas entre los Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Calificador de Elecciones y dirime lo contencioso administrativo en cuestiones que se produzcan entre el

Ejecutivo y los Tribunales de Justicia, cuando escapan de la competencia del Senado.

VI. Además, se encuentra facultado para declarar la inconstitucionalidad de organizaciones, movimientos o partidos políticos, como del Presidente de la República en ejercicio o electo, que hubiese incurrido en los ilícitos tipificados en el artículo 19 N° 15 incisos sexto y siguientes de la Constitución Política de la República.

En cada uno de los casos señalados previamente, es necesario aclarar que todas estas atribuciones no inciden en la solución de un problema de constitucionalidad, sino que importan una función de aplicación de normas constitucionales o legales²⁴².

El control preventivo de Constitucionalidad y su naturaleza jurídica.

La Constitución es el instrumento que fija el sistema de reparto de poderes normativos que atañen a la organización básica del Estado y, por otra parte, establece los derechos, deberes, principios y garantías que han de primar en un Estado constitucional de derecho.

La superioridad jerárquica de la Constitución, que permitió concebir la doctrina de la pirámide del ordenamiento jurídico de Kelsen, emana de la concepción de que la Ley Fundamental es fruto de la autodeterminación política de una comunidad que se organiza, permitiendo la unión de este principio de jerarquía de la constitución con el principio democrático en la edificación del Estado²⁴³.

De esta forma, con el fin de resguardar esta autodeterminación de los Estados es que se han implementado, en cada ordenamiento jurídico, diversas formas de control a fin de resguardar los valores y principios de cada nación brindándole, de esta forma, certeza jurídica al ordenamiento político e institucional en su conjunto.

²⁴² FLORES, P. BAHAMONDES, K. Óp. Cit. 10p.

²⁴³ Ibíd. 25p.

Nuestra legislación, siguiendo el modelo francés, estableció como obligatorio el control preventivo de constitucionalidad. Este es un sistema a través del cual, el Tribunal o Corte Constitucional concreta la revisión del contenido de un proyecto de precepto legal o de reforma constitucional, como de un tratado, para determinar su conformidad con los valores, principios y reglas establecidas por la Constitución antes de integrarse al ordenamiento jurídico²⁴⁴.

Este control preventivo es abstracto, por cuanto, sólo se limita a examinar el precepto constitucional legal objeto del control, verificando que no existan vicios constitucionales de forma y fondo, realizando un ejercicio de comparación entre normas de distinta jerarquía, abstrayéndose de la aplicación particular de la norma en casos específicos o litigios pendientes²⁴⁵. De esta forma, igualmente podemos establecer que nos encontramos ante un tipo de control que, a todas luces, es restringido y excepcional.

En cuanto a su naturaleza jurídica, existe por un lado una parte de la doctrina que estima que siendo su finalidad el evitar la producción de una infracción al ordenamiento jurídico se entiende que este es parte del procedimiento legislativo. Esto es precisamente lo controvertido por cuánto, los únicos órganos colegisladores de nuestro ordenamiento jurídico son el Presidente de la República y el Congreso Nacional, ya que, son los garantes de la legitimidad democrática y sobre ellos reposa la soberanía nacional. De esta forma, asumir que el Tribunal Constitucional forma parte del proceso legislativo es asumir que esta función de control la realiza con criterios políticos.

Por otro lado, existe otra postura que estima que este control es de naturaleza jurídica, por cuanto, este no interviene en el contenido mismo de la ley sino que, además, ha de fallar siempre conforme a Derecho.

²⁴⁴ NOGUEIRA A., Humberto. La ampliación de las competencias de control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional chileno y la ampliación de la fuerza normativa de sus sentencias de acuerdo con la reforma constitucional de 2005. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Ed. Porrúa. Junio – Diciembre de 2006. México. 278p.

²⁴⁵ FLORES, P. BAHAMONDES, K. Óp. Cit. 48p.

Para otros, el Control Preventivo Obligatorio más que tener una naturaleza que se pueda definir como política, jurídica o jurisdiccional, se asemeja a la toma de razón de la Contraloría General de la República. Esta idea nace a partir de las similitudes que comparten ambas instituciones. En efecto, tanto el control constitucional en comento como la toma de razón son obligatorios, forzosos, preventivos y acotados por materias, en el caso del control preventivo se trata de las leyes orgánicas constitucionales, y en la toma de razón de aquellas que no están exentas²⁴⁶.

iii. Control político de la Cámara de Diputados

La existencia de un sistema de gobierno democrático sólo es posible si median la transparencia y la responsabilidad. En este sentido, la responsabilidad principal incumbe directamente al Parlamento; mediante su función de control, y en nombre del pueblo al que representa, este órgano exige al gobierno la rendición de cuentas, y vela por que la política y la acción gubernamentales sean eficaces y acordes con las necesidades del pueblo. El control parlamentario también es crucial para vigilar si el gobierno comete excesos²⁴⁷.

Por ello es que, los instrumentos de control político del Congreso Nacional, en específico, de cual goza la Cámara de Diputados, tienen por finalidad fortalecer su denominada potestad fiscalizadora. En efecto, el control político parlamentario responde conceptualmente, a dos paradigmas: control sanción o autorización y control cognición e inspección; el primero asociado a la responsabilidad política directa y el segundo a la responsabilidad política indirecta y a la formación de la opinión pública²⁴⁸.

²⁴⁶ *Ibíd.* 60p.

²⁴⁷ YAMAMOTO, Hironori. Instrumentos de Control Parlamentarios. Editorial PCL Presses Centrales S.A. Suiza, 2007. 5p.

²⁴⁸ ZUÑIGA, Francisco. Control político de la Cámara de Diputados en la Reforma Constitucional. 1p.

La potestad fiscalizadora tiene como objeto de control los actos del Gobierno, es decir, todos los actos ejecutivos formalizados y las actuaciones en general del Gobierno. El término actos del Gobierno, comprende actos de Gobierno y actos de la Administración; aunque se han sustraído con éxito relativo de la órbita del control político parlamentario los actos de órganos que integran la Administración en sus cuadros orgánicos pero que gozan de autonomía constitucional o bien pertenecen a la Administración invisible²⁴⁹.

En Chile, ciertamente la concentración del poder público en la institución del Presidente de la República se manifiesta por medio de su iniciativa legislativa y por la delegación propia de estas facultades, así como también por su veto que tiene como características principales el ser suspensivo y parcial, así como por sus facultades extraordinarias en los denominados estados de excepción constitucional que le otorgan poderes excepcionalísimos en circunstancias de extrema necesidad pública, así como también por la supeditación del Poder Judicial a este como consecuencia de su desmejorada independencia económica y funcional.

Por ello el constituyente, con el objeto de limitar este poder político, le ha otorgado a determinados órganos, entre los cuales destaca el Congreso Nacional, las facultades y prerrogativas necesarias para que este poder no sea omnipotente. Pues bien, las funciones del Parlamento admiten diversos matices que dan cuenta de una tendencia a lograr un eficiente control del Gobierno y de la Administración del Estado.

En la definición del control político parlamentario tenemos al menos dos posiciones doctrinales v. gr. entender el control como actividad de juicio o verificación (a la que queda subordinada la función cognoscitiva e inspectiva) que incluye la adopción de medidas conducentes a hacer cesar la situación no conforme a valores que se traten de proteger o bien entender el control como la

²⁴⁹ ZUÑIGA, Francisco. Controles de la Potestad Legal y Reglamentaria. Santiago. Revista Ius et Praxis, año 7, número 2. 2001. 25p

confrontación de una conducta determinada con el parámetro al que debe adecuarse y no importa en sí mismo, medida sancionatoria o reparadora²⁵⁰.

De esta forma en nuestro país, que posee un régimen presidencial con separación rígida de poderes, la existencia de estos controles no responde, en caso alguno, a la idea de que el Parlamento ha de revisar el nivel de adecuación necesaria que ha de tener el Presidente de la República a una voluntad política concreta de la que es depositaria la institución parlamentaria, puesto que ambos son los órganos depositarios de la voluntad política directa de la nación, transformándose esta necesidad de contrapesos mayoritarios, en un factor primordial en un Estado de Derecho.

De esta forma, poder advertir que el Parlamento goza de dos tipos de fiscalización, una *ex ante* que es ejercida por la Cámara de Diputados con anterioridad al perfeccionamiento del acto de gobierno respectivo, así como también tenemos la denominada fiscalización política *ex post*, que se manifiesta a través de la acusación constitucional. Tal tipo o modalidad de fiscalización preventiva presupone, como sucede con todo mecanismo de revisión que, para controlar adecuadamente, sea real y fidedigno el libre acceso del órgano contralor a la información que tiene el fiscalizado.

En particular analizaremos el tipo de fiscalización *ex post*, por cuanto el acto de gobierno respectivo ya se encuentra materializado y, por ende, el rol de este órgano es precisamente la protección de aquellas minorías que se encuentran indefensas ante el aparato estatal y, dado esta función, se impide que el Parlamento se transforme en Cámaras de resonancia del Gobierno²⁵¹.

La Acusación Constitucional.

La acusación constitucional se encuentra consagrada en los artículos 52 número 2 y 53 de la Constitución Política de la República la cual no la define en su esencia,

²⁵⁰ ZUÑIGA, Francisco. Óp. Cit. 4p.

²⁵¹ ZUÑIGA, Francisco. Óp. Cit. 27p.

sino que, enuncia sus características primordiales dando pie a la elaboración de una eventual definición de característica normativa, tomando como objeto la elaboración taxativa de sus causales.

Se define como aquella atribución exclusiva de la Cámara de Diputados que se enmarca dentro de sus facultades en relación a los actos de Gobierno y cuyo objeto es que la Cámara declare si han o no lugar las acusaciones que no menos de diez ni más de veinte de sus miembros formulen contra el Presidente de la República, Ministros de Estado, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia; el Contralor General de la República; los Generales y Almirantes y los Intendentes y Gobernadores. De esta forma, ha de entenderse como un procedimiento que tiene por objeto lograr la destitución de los más altos funcionarios de la Administración del Estado, cuando por su conducta se hayan cometidos delitos o faltas previamente consagradas en el ordenamiento jurídico, cuyo objetivo central es hacer posible que esta autoridad responda política, penal y/o civilmente del delito o falta en que ha incurrido el funcionario recurrido²⁵².

También se ha definido como un proceso constitucional complejo de naturaleza jurídico política seguido ante el Parlamento, que tiene por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los altos funcionarios del país taxativamente señalados en la Constitución, por haber incurrido en alguna causal de ilicitud constitucional predeterminada por nuestra Carta Fundamental que justifica la destitución del cargo²⁵³.

Ahora bien, se estima que la acusación constitucional en juicio político constituye un caso especial de ejercicio de una jurisdicción constitucional, entregada en exclusiva a los órganos políticos de la Cámara de Diputados y el Senado, por medio de la cual se hace efectiva una responsabilidad constitucional,

²⁵² ULLOA AGUILÓN, Jorge. 2009. Acusación Constitucional y Juicio Político: legislación constitucional chilena y Derecho comparado, Primera Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 16p.

²⁵³ MARTÍNEZ, Gutenberg; RIVERO, Reneé. 2004. Acusaciones Constitucionales: análisis de un caso. Una visión Parlamentaria. Santiago Chile, Editorial Jurídica de Chile. 62p.

predeterminada por la Constitución, y que opera mediante la actuación como jurado tanto de la Cámara de Diputados, al dar lugar a la acusación, como del Senado, al decidir sobre la responsabilidad de los imputados²⁵⁴.

Con todo, conviene tener presente que la acusación constitucional hace una importante excepción al principio de separación de poderes del Estado. Este principio tiene como fundamento el resguardo y garantía de los derechos fundamentales de toda persona. Por ello es necesario que el poder se oponga al poder, evitando así la arbitrariedad del poder absoluto, sin límites, por lo que es este el principal fundamento a la existencia de la acusación constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, como un sistema de contrapeso entre los órganos sobre los cuales reposa la voluntad política directa de la nación.

De esta forma, mediante la acción constitucional se resguarda a la ley, la cual contiene de manera eficiente a la equidad para la solución de aquellos casos difíciles residiendo, en el principio de igualdad constitucional, consagrado en el artículo 19 numeral 2 de la Constitución como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana de Derechos Humanos, su principal argumento normativo.

Ahora bien, en materia de responsabilidad, el constituyente no precisó la naturaleza de la responsabilidad que trae aparejada la acusación constitucional, distinguiéndose entre una de naturaleza jurídica y otra de naturaleza política. Una parte de la doctrina entiende que es de naturaleza política por cuanto es ejercida por órganos políticos que determinan, con un mayor grado de discrecionalidad, el ejercicio de esta atribución. Por otra parte, procede calificarla de naturaleza jurídica por cuanto se desprende de un mecanismo de control jurídico que, si bien es amplio, es determinado por el constituyente y, por ende, goza de juridicidad.

De acuerdo con el artículo 53 de la Constitución, el Senado, al conocer de la acusación constitucional, resolverá como jurado, limitándose a declarar si el

²⁵⁴ SASSO, Marcello. La acusación constitucional: su naturaleza jurídica y los derechos fundamentales en Chile. 308p.

acusado es culpable o no del delito, infracción o abuso de poder de que se trate. Esto guarda estrecha relación con el origen histórico del impeachment del *common law*.

Pues bien, cabe preguntarse en qué consiste la actuación como jurado. La interpretación tradicional estima que se trata de una actuación de jueces en conciencia para apreciar los hechos del caso sometido a la decisión, no sujeto por tanto a las formalidades de la prueba legal o tasada, lo que es consistente con la intervención de legos, no letrados, en los jurados²⁵⁵. De esta forma, dicha capacidad de decisión es producto de una determinación de carácter popular más que de un irrestricto apego a la racionalidad, por cuanto la valoración de la decisión en nada ha de someterse al gobierno que impere en las circunstancias particulares del hecho, de forma tal que carezcan de toda presión para dirimir la contienda. Por lo tanto, el entender la acusación constitucional como una instancia de debate y discusión de argumentos previos a la toma de una decisión, por órganos que tienen legitimidad democrática, es una forma que ilumina de manera significativa el alcance y sentido de la acusación constitucional²⁵⁶.

Por ello es que los procedimientos de juicio político y acusación constitucional de base igualitaria y republicana son la mejor herramienta entre las existentes para hacer realidad la igualdad constitucional, asegurando de esta forma la responsabilidad constitucional del gobierno en un Estado constitucional de Derecho.

iv. Control judicial a través del recurso de protección

Con la dictación de la Constitución Política de la República de 1980, surgieron nuevas interpretaciones respecto de la teoría del acto de gobierno. En este sentido, cabe tener en consideración el artículo 38 inciso 2° de la entonces nueva Constitución, que establece la responsabilidad del Estado y señala:

²⁵⁵ OSSORIO, Manuel. 1993. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Buenos Aires, Heliasta. 524p.

²⁵⁶ SASSO, Marcello. Óp. Cit. 338p.

Artículo 38 inciso 2°: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.”

Dicha disposición nos daría a entender que todos los actos administrativos, que lesionen derechos de terceros, estarían sometidos a un control judicial.

Respecto al instrumento que ha sido utilizado para el control judicial de los actos administrativos, y en el caso que nos convoca, los actos de gobierno, éste se origina el año 1976 y se encuentra regulado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, hablamos del renombrado recurso de protección:

Artículo 20.- “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso quinto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24° y 25° podrá ocurrir por sí 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 que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también el recurso de protección en el caso del N°8 del artículo 19, cuando el derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.”

Desde su aplicación, y a falta de un procedimiento contencioso administrativo, el recurso de protección ha sido la acción utilizada por los privados para el control no sólo de los actos de gobierno/políticos, sino que de todos los actos administrativos. La extensión en la aplicación del recurso de protección ha provocado “en el plano teórico, por un lado, la transformación del Recurso de

Protección en un medio de impugnación ordinario de la actuación administrativa, con prescindencia de la existencia o no de un derecho fundamental comprometido, ampliando la interpretación del mismo a materias no previstas por el constituyente, lo ha convertido en un mecanismo de control de la legalidad o juridicidad de la actuación administrativa, afectando con ello la urgencia, excepcionalidad y esencialidad de su tutela. En el ámbito práctico, a su vez, esto ha llevado a una explosión numérica sin precedentes en la actividad forense, registrándose como la principal materia de ingreso de causas en los tribunales superiores de justicia, colapsando la actividad jurisdiccional y afectando con ello los procedimientos ordinarios y especiales de control existentes en el ordenamiento jurídico.²⁵⁷

“En el contexto de la ‘elefantiasis’ del recurso de protección éste se transforma en un 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 regales y discrecionales infrinjan el bloque de legalidad. De este modo los actos que emanan de la potestad reglamentarias son sometidos al control judicial, precisamente por la vía del recurso de protección, lo que es reforzado por la ausencia de una justicia administrativa”²⁵⁸

Es de esta forma, que el recurso de protección se ha transformado en la vía procesal a través de la cual los ciudadanos ponen en mano de los Tribunales superiores de Justicia el control de los actos administrativos, en el caso que nos importa los actos de gobierno- político, aun cuando no se cumplan los requisitos para que éstos procedan, tales como la vulneración de alguno de los derechos

²⁵⁷ FERRADA, J., BORDALÍ, A. y CAZOR, K. 2003. El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una propuesta inapropiada a un problema jurídico complejo. Revista de Derecho Universidad Austral, 14. 68p.

²⁵⁸ ZUÑIGA. FRANCISCO. Op. Cit. 16p.

fundamentales señalados en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

b. Intensidad del control de acuerdo con el tipo de acto.

Tal como adelantamos, se hace necesario realizar un breve análisis acerca de la intensidad con la que se realiza el control, de acuerdo con el tipo de acto que trate. A continuación, enunciaremos los actos administrativos y sus respectivos controles, desde el control más intenso al menor.

i. Actos administrativos reglados

Sobre este tipo de actos podríamos señalar que es aquel controlable por excelencia, es decir se encuentra sometido a desaparecer a través de numerosos medios de control.

En nuestro país es la Ley N°19.880 que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, donde se regulan una serie de recursos en contra de actos administrativos.

- Control administrativo interno
- Control administrativo externo
- Control jurisdiccional
- Control parlamentario
- Control de Gestión
- Control ciudadano

ii. Actos administrativos discrecionales

En el derecho administrativo clásico, la potestad discrecional se concebía como opuesta a la potestad reglada como si se tratara de formas puras de la actividad de la Administración.

Cuando se habla de discrecionalidad administrativa se pretende asignarle una amplitud tal a esta acepción que, a veces, se pierde el principio rector que ha de imperar en todo acto administrativo, el cual es, el de juridicidad. Ello es así, por

cuanto, la discrecionalidad habilita al administrador para ejercitar en su actividad una mayor flexibilidad de juicio, pero siempre sin olvidar que tal potestad, en razón de serlo, constituye un poder jurídico y por lo tanto no puede dar lugar jamás a que, bajo su invocación, la autoridad que pretende ejercerla simplemente crea que por esa vía puede prescindir de una norma o existencia legal²⁵⁹.

El reconocido jurista español Manuel Atienza conceptualiza a la Discrecionalidad Administrativa como aquella facultad atribuida por ley a un órgano de la Administración del Estado, para que este órgano frente a una determinada situación que motive su actuar, pueda optar libremente y dentro de los márgenes que fija el ordenamiento jurídico, la decisión que estime más razonable, conveniente, oportuna, eficaz y proporcionada, de acuerdo a los antecedentes que la justifican, evitando así incurrir en un acto u omisión arbitraria²⁶⁰. De esta forma, el ejercicio de la potestad discrecional permite una pluralidad de soluciones justas siendo la discrecionalidad, esencialmente, aquella potestad de poder discernir libremente entre alternativas igualmente válidas, en base a criterios de mérito u oportunidad, como especial forma de valoración del interés público que se ha comprometido. En consecuencia, lo que la distingue es aquella posibilidad de arbitrio, en un caso en concreto, para discernir lo que es justo.

En nuestro país, reconocidos juristas han consagrado como elemento central del concepto mismo de la discrecionalidad administrativa, a aquella entera libertad de apreciación otorgada por el legislador al administrador para que este elija, entre decisiones igualmente justas, la respuesta más acertada para lograr la completa satisfacción de las necesidades públicas. De esta forma, se ha entendido por actos discrecionales a aquellos que son autorizados por ley, pero sin señalar los motivos que los determinan. De este modo, si la legitimidad del acto administrativo está integrada por tres elementos (motivo, objeto y fin), y la discrecionalidad sólo

²⁵⁹ GUZMAN, Lionel. El Control de la discrecionalidad administrativa en Chile. 2001. 29p.

²⁶⁰ ATIENZA, Manuel. Razón Práctica y Legislación, Beiheft 52, 1993, 15 p.

se refiere a los motivos, el objeto y el fin resultan ser los límites del acto administrativo²⁶¹.

Este concepto de la discrecionalidad nace en Francia en el marco de la doctrina de la separación de los poderes del Estado, la cual consideraba que la jurisdicción administrativa debía limitarse al control de legalidad sobre la forma y competencia y, más tarde, sobre el fin del acto administrativo por medio del recurso de la desviación de poder dándose, con ello, completa protección a los derechos subjetivos²⁶² de los administrados²⁶³. Ahora bien, aun cuando la tendencia doctrinaria ha sido la limitación de la revisión jurisdiccional de la potestad discrecional, cuando se está en presencia de ella lo que se analiza particularmente son sus razones de oportunidad.

En efecto, si bien las categorías clásicas de legalidad y oportunidad se corresponden, en teoría, con la competencia reglada y discrecional, no siempre guardan simetría. Ello acontece, en primer lugar, por la sencilla razón de que no hay poderes reglados ni discrecionales puros. A lo sumo existe un cierto poder discrecional de la Administración que, en mayor o menor medida, se encuentra en todos los actos, para apreciar la oportunidad de las medidas administrativas o mejor dicho, aspectos de los elementos del acto que son parcialmente reglados y parcialmente discrecionales. En segundo lugar, en Francia, el juez administrativo, al crear derecho, amplía la competencia reglada y hasta se ha sostenido que la oportunidad puede constituir un elemento de la legalidad. Por lo demás, las técnicas desarrolladas en el curso de la evolución que ha tenido el *excès de pouvoir* a través del reconocimiento del error manifiesto de apreciación y de la teoría del balance terminaron penetrando en el campo de lo discrecional. El artilugio al que se acude consiste en sostener que, en tales casos, se ejerce un

²⁶¹ AYLWIN AZÓCAR, Patricio, Derecho Administrativo, Editorial Universitaria, 1968, 70p, citado por Guzmán Lionel.

²⁶² Estos no se consideraban resguardados cuando la Administración emitía actos de imperio, dictados con el objeto de salvaguardar los intereses colectivos de los ciudadanos

²⁶³ CASSAGNE, Juan Carlos. La discrecionalidad administrativa. Buenos Aires. 10 p.

control de legalidad y no de oportunidad, reduciéndose de ese modo, el ámbito de lo discrecional²⁶⁴.

- Límites a la discrecionalidad administrativa.

Que a un determinado actuar se le otorgue un cierto grado de discrecionalidad en la toma de determinadas decisiones no supone, en caso alguno, que esta atribución sea ejecutada sin límites precisos por cuanto en ella no puede caber, en caso alguno, lugar a la arbitrariedad. De esta forma, un actuar arbitrario hace perder todo sentido al contenido mismo de la potestad, siendo esta una clara vulneración a los postulados básicos de un Estado de Derecho.

Por ello es que la discrecionalidad administrativa ha de reconocer como límites al principio de juridicidad de los actos de la Administración, por cuanto se requiere forzosamente una previsibilidad en el actuar del órgano administrador. De esta forma, el primer límite se configura por medio del principio de juridicidad y de supremacía constitucional. Por otro lado, se le reconoce también como límite de esta especial clase de actos a la razonabilidad, entendida esta como el correcto proceder en la actuación de la Administración para evitar caer así en el ejercicio de actos arbitrarios. De esta forma, el actuar de la Administración ha de ajustarse a criterios válidos que se ajusten al mérito del asunto. Otro límite es la proporcionalidad del acto, entendido esto como aquella adecuada relación entre los medios y el fin conseguido por el acto administrativo.

Ahora bien, el bien común es también un gran límite a estos actos discrecionales, por cuanto siempre se ha de tener presente a este como fin esencial del Estado en toda decisión que tome la Administración, siendo sus decisiones fundadas en base a esta máxima constitucional.

Finalmente, en relación con los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana consagrados en el artículo 5° inciso 2° de nuestra Constitución Política se señala que estos derechos son un límite al ejercicio de la soberanía, erigiendo

²⁶⁴ Ibíd. 11p.

ontológica, deontológica y axiológicamente al hombre por sobre el Estado, consecuencia de su servicialidad a la persona humana y de su finalidad en orden a promover el bien común, con plena sujeción a los derechos y garantías que establece la Carta Fundamental. De tal modo, el Estado en su actuar debe respetar y promover esos derechos²⁶⁵.

De esta forma, analizados estos límites impuestos al ejercicio mismo de esta discrecionalidad es que se concluye que ella no implica, en caso alguno, un actuar arbitrario. Así, cuando la Administración realiza una determinada actividad en ejercicio del poder discrecional, su actuación, además de estar enmarcada dentro de los requisitos legales generales, debe ser racional, justa, igual y proporcional, pues de lo contrario, sería arbitraria, es decir, irracional, injusta, desigual o desproporcionada, lo que producirá la posibilidad de ser controlada por los órganos jurisdiccionales. Ahora bien, una de las formas que han utilizado estos para hacer realmente efectivos esos límites impuestos al poder discrecional, y por tanto, para lograr un exacto control sobre los actos discrecionales que traspasen esos límites, ha sido la de exigir, como principio general, la necesaria motivación y la forma de aquéllos²⁶⁶.

En efecto, se entiende por motivación a aquella actuación que tiene justificación al momento de su promulgación. Dicho de otro modo, una actuación que carecer de motivación es aquella que carece de justificación alejándose, de esta forma, de los fines para los cuales fueron consagradas. Por ello es que una decisión inmotivada caerá necesariamente en el vicio de desviación de poder, y por tanto, podrá ser controlada por los órganos jurisdiccionales. Por ello es que se ha entendido que la motivación constituye la consagración legislativa del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagrada en el artículo 9 número 3 de la Constitución. En efecto, lo no motivado o lo motivado de modo insuficiente o inadecuado equivale a decir que la Administración no ha dado razones de su

²⁶⁵ GUZMAN, Lionel. Óp. Cit. 39-40p.

²⁶⁶ Ibid. 46p.

actuación y que por tanto lo hace en virtud de su sola voluntad, es decir, arbitrariamente²⁶⁷.

- El control clásico de la discrecionalidad

Toda actuación administrativa es justiciable, el problema es determinar hasta dónde o en qué grado se puede llevar a cabo tal justiciabilidad respecto de los actos administrativos discrecionales. De esta forma, podemos exponer sucintamente aquellos elementos clásicos que han de servir de control de esta especial clase de actos.

En primer lugar, en todo acto existen elementos reglados constituyendo ellos el primer límite a los actos discrecionales. Ejemplo de ello es la competencia para ejercitar determinado acto.

Por otro lado, toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como supuesto fundante de la forma cuya aplicación se trata. Estos son los comúnmente llamados hechos determinantes.

Ahora bien, la potestad discrecional ha sido otorgada para el logro de un determinado fin impuesto por el ordenamiento jurídico. De esta forma, su no acatamiento constituye un vicio de desviación de poder recurrible por la vía contencioso administrativa.

Por último, todo acto administrativo discrecional es recurrible en la medida que vulnera a los principios generales del derecho.

iii. Discrecionalidad técnica

Pretender que todo lo que sea limitación de las potestades administrativas es bueno por sí, y no por el fin de pervivencia del principio de juridicidad al que ha de responder, ignorando los excesos que en ese control se pueden producir, implica una línea argumental que ni coadyuva al imperio de la ley ni a los principios de celeridad, eficacia y economía que, por imperativo constitucional y por su directa

²⁶⁷ BERMUDEZ, Jorge. 1996. El control de la discrecionalidad administrativa. Valparaíso. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. 280p.

vinculación a la satisfacción de los intereses públicos, han de regir la actividad de la Administración.

Una de las características que retratan a las potestades discrecionales en cualquier ordenamiento jurídico es su progresiva tendencia a que ellas se vuelvan más complejas a la hora de adoptarse como consecuencia de la tecnificación de las materias. Para ellas no basta el mérito del asunto, sino que es necesario entender el complejo sistema técnico que trae aparejado dicho acto a la hora de discernir entre las diversas alternativas a elegir.

Pues bien, se ha entendido a la discrecionalidad técnica como la apreciación que ha de efectuar la Administración en la aplicación de conceptos jurídicos de carácter técnico o como la facultad de la Administración, al adoptar una decisión, para complementar una norma en sede aplicativa recurriendo a conceptos de marcado carácter técnico²⁶⁸.

Estas acepciones distan del concepto clásico de discrecionalidad técnica que dice relación con aquella distinción entre discrecionalidad fuerte y débil. La primera es aquella en la que el sujeto dispone de un poder de decisión que le ha conferido el ordenamiento, sin acotar su margen de maniobra. La segunda es aquella que se refiere a los supuestos en que las normas no permiten una aplicación mecánica, sino que exigen una operación de discernimiento²⁶⁹. De esta forma, ellas se diferencian por estándares que les son impuestos al órgano a diferencia de lo que ocurre en la primera, en la que el sujeto dispone de un poder de decisión que le ha conferido el ordenamiento, sin acotar su margen de maniobra²⁷⁰. Pues bien, la discrecionalidad técnica correspondería, por tanto, a aquella discrecionalidad fuerte que se le entrega a la Administración, que no estaría obligada a adoptar una solución ante alguna necesidad de carácter público, sino que tendría libertad para

²⁶⁸ OLIVERA, Ronald. Control de la discrecionalidad técnica de la Administración por los Tribunales Ambientales. Valdivia. 8p.

²⁶⁹ DESDENTADO DAROCA, Eva. 1999. Discrecionalidad administrativa y planteamiento urbanístico, Navarra, Editorial Aranzadi. 52p.

²⁷⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. Óp. Cit. 20p.

considerar alguna de las apreciaciones que la técnica le suministra para satisfacer aquel interés público²⁷¹.

Asimismo, es la norma la que se remite expresamente a estas apreciaciones técnicas, y por tanto, no queda ningún ámbito a la decisión propia del órgano, sino que el actuar se adecua eminentemente a lo dictado por la norma.

Con lo anterior no podemos sino establecer que con la discrecionalidad técnica de la Administración debe alcanzarse un estándar mayor de fundamentación, esto porque lo entregado a lo técnico será, como de su naturaleza se deriva, conocimiento especializado a disposición de la Administración, por lo que sólo será una decisión la que podrá adoptarse respecto de alguna materia en particular requerida²⁷². De esta forma, la Administración deberá siempre motivar el por qué de la adopción de dicho acto, explicitando la razón que motiva tal decisión, por cuanto lo no motiva es esencialmente arbitrario.

Por ello, no basta la motivación del acto (no habría diferencia alguna con un acto administrativo discrecional) sino que este debe ser fundadamente respaldado mediante la proporción de datos objetivos sobre los cuales repose aquella decisión. De manera que, la presencia de la discrecionalidad técnica no implica que los procedimientos de selección de alguna decisión se encuentren exentos de control, lo que ocurre es que ellos recaerán en cuestiones distintas de la pura valoración técnica puesto que se ha de reconocer siempre como límite a ellos la interdicción de la arbitrariedad y la desviación de poder, elementos que a todas luces debilitan los factores técnicos de decisión. Otro de los límites manifiestos a esta clase de actos son los principios de mérito y capacidad.

De esta forma, lo que distingue a la discrecionalidad técnica del acto administrativo discrecional es la fundamentación mediante datos empíricos y objetivos del cómo se ha respaldado la toma de una decisión en particular.

²⁷¹ OLIVERA, Ronald. Óp. Cit. 9p.

²⁷² *Ibíd.* 12p.

iv. Actos de gobierno

La doctrina nacional, ante la promulgación de la Constitución de 1980, comenzó a dividirse respecto a la justiciabilidad de los actos de gobierno/políticos, desde aquellos que sostenían que existía un control jurisdiccional pleno sobre éstos y hasta aquellos que exponían los actos de gobierno serían inmunes al control jurisdiccional.²⁷³

Sobre el sector que sostiene que existe un control jurisdiccional pleno sobre los actos de gobierno, el profesor Enrique Silva Cimma no reconoce la diferencia entre los actos administrativos y los actos de gobierno, “calificando este tipo de actos como una especie del género que representan los actos propiamente administrativos, y, a continuación de ello plantea su plena recurribilidad ante la justicia ordinaria, excluyendo por ende toda la posibilidad de exención judicial”.²⁷⁴ Asimismo, le ha restado utilidad a la distinción, toda vez que “en lo que concierne a nuestro derecho, la verdad es que esta distinción carece de importancia, en primer término, porque los fundamentos de una y otra creemos que son los mismos: la potestad del gobierno o la potestad de la Administración del Estado están entregadas al mismo órgano. En segundo lugar, están sometidos al mismo régimen de control preventivo de legalidad y, en tercer término, su control jurisdiccional creemos que en el derecho chileno, a partir de 1989, cabe por entero dentro de la competencia asumida por los tribunales ordinarios”²⁷⁵

Entendemos que la posición de Silva, no concordaría con lo desarrollado en nuestra Constitución Política, ya que tal como vimos en el previamente, la distinción entre la función administrativa y la función de gobierno se consagra expresamente tanto en el artículo 24 de la Constitución, como en el artículo 1° de

²⁷³ ROMAN CORDERO. CRISTIÁN. Op. Cit.

²⁷⁴ CEA EGAÑA. JOSÉ LUIS. Op. Cit. 14p.

²⁷⁵ SILVA CIMMA, Enrique. Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 73 y 74.

la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, entre demás normas que establecen dicha diferencia.

Por último, cabe señalar que las diferencias entre el acto administrativo y de gobierno no se enmarcan en la distinción que hace la Constitución y otras normativas, sino que “si bien es cierto, tal como señala Silva, que formalmente ambos tipos de actos son idénticos (ej. Decreto Supremo), la diferencia entre uno y otros radica en su contenido.”²⁷⁶

En la vereda opuesta, a diferencia de lo señalado por el profesor Silva Cimma, el profesor José Luis Cea, viene a reconocer la existencia tanto de los actos administrativos como los actos de gobierno, en orden a la distinción que la misma Constitución hace en su artículo 24. En esta misma línea la distinción de estos actos para Cea se basa en el criterio de discrecionalidad y se encontrarían éstos exentos de todo control judicial.

En otras palabras, el acto de gobierno/político “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 las prescripciones de orden constitucional, que determinan la esfera de competencia dentro de la cual esa autonomía y libre acción pueden desenvolverse”²⁷⁷. Al mismo tiempo señala que “en este tipo de acto, el gobernante obra en función, usual pero no únicamente, de elevados objetivos políticos, con amplia libertad, pero dentro de la Constitución y la ley”²⁷⁸.

De lo previamente expuesto, entendemos que el profesor Cea sostiene que estos actos se dictan dentro de una esfera de discrecionalidad del Jefe de Estado, que dichos actos se encuentran exentos del control por parte del Poder Judicial, sin perjuicio de que deben encontrarse acorde a lo que establece la Constitución y las

²⁷⁶ ROMAN CORDERO. CRISTIÁN. Op. Cit.

²⁷⁷ CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. Op. Cit. 15p.

²⁷⁸ Ibíd. 14p.

leyes²⁷⁹, siguiendo en parte lo que ya había señalado Caldera, en el sentido de que sin importar el contenido del acto dictado, siempre se deben respetar las formas del medio o vehículo, como él denominaba, a través del cual se dicta el acto, ya sea de gobierno- político o administrativo propiamente tal.

Asimismo, es interesante lo que señala respecto de que no exista órgano contralor para este tipo de actos, ya que la única responsabilidad que generaría las lesiones provocadas por dichos actos sería de carácter política, que a nuestro entender, se traduce en el juicio político que ha de llevar a cabo la Cámara de Diputados, de acuerdo a la atribución que le corresponde, en virtud de lo establecido en el artículo 52 N°1 de la Constitución Política de la República, y previamente consagrado en el artículo 39 N°2 de la Constitución Política de 1925.

Es importante señalar que por muchos años la Teoría del acto de gobierno estuvo desaparecida en nuestro país, hasta la prevención hecha por Pedro Pierry Arrau en un fallo de la Corte Suprema que confirmaba una resolución de la Corte de Apelaciones en el 2007.

Dicha resolución falló un recurso de protección presentado en contra de los parlamentarios que votaron en contra y se abstuvieron en la votación sobre el proyecto de ley que pretendía hacer efectivo el derecho a voto de chilenos residentes en el extranjero²⁸⁰, el cual fue rechazado señalando que “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.”²⁸¹

²⁷⁹ *Ibíd.*

²⁸⁰ ZUÑIGA. FRANCISCO. *Op. Cit.*

²⁸¹ *Ibíd.*

Por su parte la Corte Suprema, al confirmar el fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, entiende que lo pretendido por los comparecientes “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”²⁸². En otras palabras la Corte Suprema entiende, en virtud del principio de la separación de los poderes del Estado, aunque no lo mencione expresamente, no puede atribuirse competencias que le corresponden a otro Poder, en este caso a la atribución de discutir y votar las leyes, que corresponde al Congreso.

En el fallo mencionado, el ministro Pedro Pierry Arrau hace una prevención que llama la atención y vuelve a poner en discusión el uso de la Teoría de los Actos de Gobierno. En este sentido, señala que “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 Sala; casos en que, por lo demás, resulta imposible que pueda existir la necesidad de restablecer el ‘imperio del derecho’,²⁸³ y que 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, atentándose contra la congruencia y unidad que debe tener la Carta Fundamental.”²⁸⁴

²⁸² *Ibíd.*

²⁸³ *Ibíd.*

²⁸⁴ *Ibíd.*

c. Nuevas tendencias: teoría ecléctica que admite control jurisdiccional de actos de gobierno/políticos.

En nuestro país, y con una fuerte influencia por lo señalado en la ley española y que fue brevemente analizado en el primer capítulo de este trabajo, el profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Kamel Cazor Aliste adhiere a la teoría en virtud de la cual los actos de gobiernos estarían sometidos al control de los Tribunales de Justicia, sin perjuicio de que dicho control se encuentra acotado a ciertos elementos, que son: a) cuando exista vulneración de derechos fundamentales; b) de los elementos reglados; y c) proceda indemnización de perjuicios.

Estos elementos, respecto de los que procedería el control jurisdiccional de los actos de gobierno, están reflejados en el Artículo 2° de la Ley reguladora 29/ 1998 de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, que señala:

Artículo 2°.- “El orden jurisdiccional contencioso- administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos de Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera fuese la naturaleza de dichos actos (...)”

A continuación, analizaremos cada uno de estos elementos para asimilarlos a la realidad nacional.

i. Derechos fundamentales: En primer lugar, cabe señalar que, éste medio de impugnación de los actos de gobierno/políticos es adecuado en el sentido de que la principal tarea de urgencia del recurso de protección como acción constitucional, es la protección de los derechos fundamentales enumerados en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

Independiente de lo ya señalado, la protección de los derechos fundamentales de ciudadanos no puede verse vulnerada en virtud de la toma de una decisión gubernamental o política, esto generaría una falta de concordancia con los

principios emanados de nuestra Constitución, con el Estado de Derecho en general y con la misma Constitución Política de la República²⁸⁵ y con tratados internacionales ratificados por Chile.

“Con todo subsiste a esta doctrina jurisprudencial una brecha abierta: el acto político o las ‘cuestiones políticas’ no solo 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.”²⁸⁶ “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.”²⁸⁷ Creemos que esta idea es abiertamente compartida en la mayoría de los sistemas liberales del mundo occidental.

Por lo tanto es entendible que ninguna actuación de la Administración, independiente de su carácter gubernamental o político, no puede encontrarse completamente ajeno al Derecho y al control judicial de éstos. “En caso contrario se plantearía la existencia de determinadas decisiones del Gobierno que sean ajenas al Derecho, lo que es insostenible en un verdadero Estado constitucional, pues bajo ninguna circunstancia puede existir una categoría de actos excluidos del principio de la tutela judicial efectiva. Dentro de este contexto se circunscribe la plena procedencia de la acción de protección cuando se vulneren, por vía de

²⁸⁵ En este sentido, cabe recordar lo señalado por el artículo 38 inciso segundo de nuestra Constitución, lo que también sirve al momento de analizar las indemnizaciones de perjuicios.

²⁸⁶ ZUÑIGA. FRANCISCO. Op. Cit.

²⁸⁷ *Ibíd.*

un acto de gobierno, derechos fundamentales constitucionalmente garantizados.”²⁸⁸

- ii. Elementos reglados: Nos parece que el control judicial de estos aspectos generará menos controversia entre los entendidos, debido a que su control no estaría referido al fondo del asunto planteado ni al contenido de éste, sino que “el control jurisdiccional solamente podría abocarse a un examen de juridicidad de requisitos formales que permiten su ejercicio”²⁸⁹. Es así como “la doctrina reconoce que los elementos externos al propio contenido de la decisión política (sujeto, competencia, procedimiento, incluso adecuación al fin) son separables de éste y perfectamente controlables por el juez de lo contencioso-administrativo.”²⁹⁰

Básicamente se analizarán los elementos reglados, dejando el contenido y elementos discrecionales fuera de cuestionamiento, también debido a que hacen referencia al cumplimiento y aplicación de los principios de legalidad y juridicidad, previamente analizados.

- iii. Indemnización de perjuicios: En este caso también es posible determinar que no se estaría atacando el acto propiamente tal, sino que las consecuencias de éste, en concreto las lesiones patrimoniales que pudiese generar en terceros, reconociendo “la existencia objetiva de unos actos de dirección política del Gobierno, en principios inmunes al control jurisdiccional de legalidad, aunque no a otros controles como son los derivados de la responsabilidad política o al tratamiento judicial de las indemnizaciones que puedan originar.”²⁹¹

Asimismo, cabe recordar la protección constitucional que existe en relación a la propiedad privada, en específico a lo señalado en el artículo 19 N°24 de la

²⁸⁸ CAZOR ALISTE. KAMEL. Op. Cit. 107p.

²⁸⁹ Ibid. 109p.

²⁹⁰ Ibid. 110p.

²⁹¹ Ibid. 102p.

Constitución Política de la República “en especial a partir de una tutela judicial amplia del derecho de propiedad sobre ‘bienes incorporales’, a que se refiere el Art. 19 N°24 CPR, los tribunales han protegido todo tipo de derechos subjetivos, intereses o situaciones jurídicas de los particulares, entendiendo que éstos están bajo la protección constitucional, independientemente de su carácter patrimonial o extra patrimonial.”²⁹²

Cabe señalar, que entendiendo que en casos en los que el acto de gobierno/político no se encuentre dentro de una de las tres hipótesis señaladas previamente, no significa que se encontraría dentro de una completa irresponsabilidad, sino que estaría inmune al control jurisdiccional, pudiendo sin embargo accionarse otras puertas, tales como la responsabilidad constitucional que les corresponde al Presidente de la República y a sus Ministros de Estado a través del denominado juicio político frente a la Cámara de Diputados, y fuera de toda duda a la responsabilidad moral y política que tiene con los ciudadanos y con sus electores.

²⁹² FERRADA, J. “et al”. 77p.

CAPÍTULO III: LOS ACTOS POLÍTICOS/GOBIERNO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

El objeto del presente capítulo es analizar el comportamiento de nuestra jurisprudencia, tanto judicial como administrativa, respecto a la teoría de los actos políticos o de gobierno en nuestro país. Para ello, se analizarán todas aquellas sentencias que de alguna u otra forma se remitan al vocablo “acto político o acto de gobierno” para responder a estas sencillas interrogantes: a) ¿reconocen nuestros Tribunales Ordinarios de Justicia la existencia del acto político o de gobierno?; b) De reconocerse su existencia, ¿qué elementos han sido utilizados por parte de nuestros órganos decidores a la hora de caracterizar a dicha especie?; c) ¿desde cuándo existe evidencia empírica que diga relación a la aplicación de esta tesis en nuestro país?; d) ¿qué se ha dicho sobre el control que se tiene sobre estos actos?, ¿se trata de un control político o judicial?; e) ¿se hace referencia al concepto de deferencia razonada del Presidente de la República?; y, f) ¿qué se ha dicho respecto a las materias indemnizatoria?.

Del análisis que pudimos obtener de las sucesivas sentencias que se remitían directamente al vocablo acto de gobierno o acto político, podemos inferir, por una parte, que esta doctrina tiene existencia y validez en nuestro ordenamiento jurídico. La conclusión surge a partir del análisis de quince sentencias que fueron claras al establecer la existencia de estos conceptos, así como también de sus características.

Del análisis de ellas, se pudo distinguir como características distintivas e inherentes al acto de gobierno/político, las siguientes:

- a) Los actos de gobierno/políticos son potestades constitucionalmente exclusivas y excluyentes al órgano investido, en atención a la función política de gobierno que en sí mismos desempeñan;
- b) Son actos que están supeditados a la obtención de un interés general que se busca resguardar, todo ello al ser una atribución directa de la función de

gobierno exclusiva que le compete, por ejemplo, al órgano Presidente de la República. Por consiguiente, están destinadas a cautelar asuntos de alto interés para la nación;

- c) No se encuentran sujetos a formalidad alguna en cuanto a su ejecución, pudiendo ser ejercidos ya sea, por el titular de la potestad o por colaboradores directos e inmediatos de él, quienes están expresamente facultados para ello. De esta forma, pueden adoptar la forma que mejor sirva a las finalidades políticas que desempeñan;
- d) Son esencialmente discrecionales y, por ende, su ejercicio se encuentra sujeto a la discrecionalidad del órgano investido; y,
- e) Están exentos de control jurisdiccional.

La primera sentencia que se remitió expresamente al vocablo acto de gobierno/político fue el voto de minoría de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente Rol número 15 de 1973, sobre inconstitucionalidad de algunas normas del Proyecto de ley sobre áreas de la economía que reforma la Constitución Política del Estado, publicada en el Diario Oficial con fecha 02 de junio de 1973, redactado por el ex Presidente del Tribunal Enrique Silva Cimma. En ella, en su considerando segundo (del voto de minoría), se remite expresamente a la tratativa misma de esta doctrina, por cuanto destaca que el Tribunal Especial del Cobre –órgano jurisdiccional también de origen constitucional puesto que fue creado por la cláusula 17ª transitoria, letra c), de la Constitución Política del Estado de 1925– al fallar sobre su incompetencia absoluta para conocer de las deducciones por rentabilidad excesiva dispuesta por el Presidente de la República sostuvo textualmente lo que sigue en el considerando vigesimosexto de su fallo publicado en el Diario Oficial de 19 de agosto de 1972: “la norma sobre atribución o distribución de competencia que establece el art. 4º del texto constitucional al disponer que ninguna magistratura, persona o reunión de personas pueden atribuirse ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias otra autoridad o derecho que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes, está indicando que para que tal acto sea revisable es menester de texto positivo explícito...” “En consecuencia, a diferencia

de lo que han sostenido los recurrentes, el acto, positivamente hablando no es revisable por este Tribunal precisamente porque no hay norma expresa que le permita hacerlo, criterio, éste, esencial tratándose de la interpretación de los preceptos del Derecho Público, tanto más si se pretende por una vía simplemente deductiva atribuirle una competencia que no emana de norma expresa". "Por lo tanto, una sola conclusión puede extraerse de todo este recuento de opiniones de legislación nacional y extranjera y su doctrina: Para que un acto de gobierno como es el de la especie sea recurrible en vía jurisdiccional es necesario un texto constitucional expreso y categórico que así lo establezca. Como tal texto no existe en nuestro derecho hay que concluir, ineludiblemente, que este Tribunal carece de competencia para conocer del acto del Presidente de la República sobre deducciones sobre rentabilidad excesiva".

El transcurso del tiempo pareció obviar el reconocimiento que nuestra jurisprudencia había realizado en esta primera sentencia respecto a la existencia del acto de gobierno hasta que, con la vuelta de la democracia, aparece un nuevo reconocimiento expreso a él. Ella se hizo patente en la problemática que hubo respecto de la destitución del otrora ex Ministro de la Corte Suprema Hernán Cereceda Bravo quién, producto de una decisión del Senado, fue destituido de sus funciones y, producto de lo mismo, recurrió de protección ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso en los albores del año 1993 solicitando el consecuente restablecimiento del derecho.

La vida de la teoría del acto de gobierno/político en nuestro país, no ha gozado de plena salud, ni mucho menos de pleno reconocimiento, lo cual es manifiesto en la cantidad de sentencias que se acogen respecto a un reconocimiento expreso de ellas en nuestro ordenamiento. Una tercera manifestación del desarrollo que se circunscribe con respecto a esta doctrina toma lugar recién el año 1999 respecto a un acuerdo de cooperación internacional, convenio suscrito entre el Gobierno de Chile y el Gobierno de la República Federal Alemana, regido por el derecho internacional, mediante el cual ambos sujetos de derecho internacional se comprometieron a concederles beneficios a todos aquellos ciudadanos chilenos

que optaron por el retorno a nuestro país, luego de haber vivido en exilio con ocasión de la dictadura del general Augusto Pinochet. En síntesis, a lo largo del siglo XX sólo hubo tres sentencias que se remitieron expresamente al vocablo acto de gobierno/político.

Ahora bien, es preciso y, por sobre todo, conveniente, destacar que durante estas primeras dos décadas que lleva transcurrido el siglo XXI, nuestra judicatura ha reconocido ya sea en un mayor número de casos, como en un mayor número de supuestos a la validez misma del acto de gobierno. Sobre todo por la presencia del Ministro Pedro Pierry Arrau en la Corte Suprema, quien estimó la vigencia de esta teoría con sus características particulares en las últimas cuatro sentencias que se remiten expresamente a este concepto.

Sobre el control que ha de tenerse sobre el acto de gobierno/político, es conveniente tener presente que en nuestra legislación se han vislumbrado dos posturas: por una parte, el profesor Silva Cimma aborda la materia de los actos políticos o de gobierno, calificando este tipo de actos como una especie del género que representan los actos propiamente administrativos, y, a consideración de ello, plantea su plena recurribilidad ante la justicia ordinaria, excluyendo por ende toda posibilidad de exención jurisdiccional. Por otra parte existe aquella postura que sigue el profesor Jose Luis Cea quien estima que, la clave de la distinción entre gobierno y administración sigue siendo la distinta naturaleza de los actos de gobierno o políticos y los de administración, dominando en los primeros un criterio de discrecionalidad y en los segundos una idea de funciones y servicios públicos reglados jurídicamente.

Conforme a ello, es conveniente precisar que nuestros tribunales estiman en su mayoría que estos actos están exentos de control jurisdiccional. Pues bien, ello no es sinónimo a concluir que estos actos se encuentren exentos de cualquier clase de control. De hecho, la misma Corte Suprema estimó que una especie de control que se ejerce sobre esta especial clase de actos es el denominado control político, ejercido tanto por el Senado como por la Cámara de Diputados quienes, en virtud de sus facultades constitucionalmente exclusivas y excluyentes, resuelven esta

clase de contiendas cuando la legitimidad de los actos tienen tintes políticos y no judiciales.

Cabe destacar que lo que se encuentra exento al control jurisdiccional es el mérito u oportunidad en que dichos actos han debido ser ejercidos pero, en el evento que dicho acto genere u ocasione lesiones a intereses jurídicamente protegidos de los ciudadanos, en nuestras palabras, han de ser del todo judicializables para enmendar el daño causado y así restablecer el imperio del derecho.

Ahora bien, en palabras del profesor Francisco Zúñiga, 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; autolimite su propio poder o mejor dicho su competencia tasada en la Constitución, recurriendo a una versión débil como es la deferencia o deferencia razonada²⁹³ (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 inherentes al acto y al órgano han formado parte de la órbita de la justiciabilidad del Tribunal Constitucional que ha reiterado recientemente, en su jurisprudencia, como una especie de límite a su competencia. Producto de lo anterior, es necesario destacar que ninguna de estas sentencias en caso alguno se remitieron al concepto mismo de deferencia razonada por no ocurrir en la especie actos cuya inconstitucionalidad sea manifiesta.

Para concluir, conviene hacer presente que las sentencias al remitirse al vocablo indemnización de perjuicios lo único que hicieron fue declarar que, en el evento de existir alguno de estos supuestos, es necesario iniciar una nueva demanda que tenga por objeto la reparación de estos perjuicios.

²⁹³ La deferencia razonada aboga por darle mayor espacio de libertad al legislador, por ser este el órgano democráticamente electo, de suerte tal que quien vela por la constitucionalidad de las leyes debe abstenerse de declarar dicha inconstitucionalidad a menos que esta sea manifiesta.

Ahora bien, en estas materias juega un rol trascendental la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio, responsabilidad construida sobre la base de la aplicación de las normas del Código Civil, no existiendo sobre la materia ninguna actividad legislativa de importancia hasta la dictación del Decreto Ley 1.289 Ley Orgánica de Municipalidades en 1976 y la Ley 18.575 de 1986 sobre Bases Generales de la Administración del Estado. Esta jurisprudencia, sin embargo, se vio considerablemente limitada en cuanto al campo de aplicación, debido al criterio tradicional de incompetencia del Poder Judicial para conocer de asuntos administrativos, lo que se tradujo en que esa doctrina jurisprudencial recayera solamente sobre aquella parte de la actividad administrativa que se exceptuó de la regla general de incompetencia. Cabe destacar que la falta de servicio no es de responsabilidad objetiva, sin embargo, la objetivación de la responsabilidad se produce no por la falta de necesidad de culpa o dolo, sino que, positivamente por ser suficiente para comprometerla, es decir, en atención a la relación de causalidad. De esta forma, el órgano constitucionalmente competente para ejecutar el acto político, al desarrollarlo, puede lesionar derechos o intereses jurídicamente protegidos por nuestro ordenamiento jurídico, generándose un perjuicio o daño a reparar, independientemente que esto sea producto de un actuar constitucionalmente exclusivo y excluyente, puesto que lo que se discute no es la legalidad misma del acto, sino su consecuencia en terceros. De esta forma, creemos que si la ejecución del acto ocasiona perjuicios a terceros, la responsabilidad debiese ser procedente porque una cosa es controlar la potestad misma o mérito del acto, pero otra distinta es dejar que dicho órgano provoque perjuicios a gente inocente indistintamente.

A continuación, expondremos los principales fallos que consagran la existencia de esta teoría objeto de estudio del presente proyecto.

1. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, Caso respecto al Tribunal del Cobre.

ROL	15-1973
TRIBUNAL	Tribunal Constitucional

MATERIA	Inconstitucionalidad de algunas normas del Proyecto de ley sobre áreas de la economía que reforma la Constitución Política del Estado de 1925.
FECHA DE LA SENTENCIA	30/05/1973
SENTENCIADORES	Enrique Silva Cimma, Rafael Retamal López, Jacobo Schaulsohn Numhauser, Adolfo Veloso Figueroa e Israel Borquez Montero.

El presente caso se inicia con un requerimiento presentado por el Presidente de la República al Tribunal Constitucional solicitándole que declare que las disposiciones que se indican, todas ellas incorporadas al texto del proyecto de ley de reforma constitucional que le fuera comunicado por oficio N° 15.689 del Senado, por el cual modificó el art. 10 de la Constitución de 1925 y se agregaron a ésta cinco nuevas disposiciones transitorias, carecieron de suficiencia jurídica necesaria para haber sido remitidas por el Congreso Nacional al Presidente de la República y que dichas disposiciones no siguieron su tramitación constitucional en el Congreso, órgano al cual deben volver para el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 54, inciso 2° de la Constitución, en relación con el art. 108, en lo relativo al trámite de las insistencias. En subsidio, solicitó que dichas disposiciones no deben convertirse en ley por haberse infringido en su tramitación a la Constitución Política de la República.

Pues bien, la parte considerativa de la sentencia comienza analizando la competencia del Tribunal para el conocimiento de estas materias, estableciéndose que la competencia del órgano está rigurosamente fijada por la Constitución o la ley, de manera que sólo puede conocerse de un asunto cuando así lo consagran explícitamente las normas jurídicas de su competencia, por lo que ha de interpretarse restrictivamente.

De esta forma, requerido el Tribunal Constitucional por el Presidente de la República para que resuelva una cuestión de inconstitucionalidad, acerca de ser necesaria la insistencia del Congreso para completar la fase última aprobatoria del proyecto de reforma constitucional de las tres áreas de la economía, el Senado y la Cámara de Diputados introdujeron una cuestión de competencia, sosteniendo que este Tribunal no la tiene para el esclarecimiento de estos asuntos, porque sólo la constitucionalidad de los proyectos de ley y no la de los proyectos de reforma constitucional puede resolver, conforme al aludido precepto de la Carta Fundamental. De esta forma, ambas cámaras fueron precisas al establecer que no sólo no se advierte de la historia fidedigna de la Ley N° 17.284 una presunta voluntad deliberada de no dar competencia al Tribunal, sino que, por el contrario, de ella misma aparece que este Tribunal tiene facultades en esta materia. Que el requerimiento del Presidente, adelantándose a los descargos del Congreso sobre la incompetencia del Tribunal, sostuvo su competencia fundando, principalmente, que la facultad de resolver cuestiones constitucionales de proyectos de ley comprende los conflictos entre la Constitución y los proyectos de reforma constitucional, porque la Constitución es ley.

Pues bien, ante las consideraciones expuestas por las partes, se consideró que siendo el propio Tribunal a quien corresponde, como lo ha hecho, determinar si tiene o no competencia para conocer de un asunto, no resulta legítimo que una anticipada rebeldía no se adecúe con la necesaria armonía y ponderación que deba existir entre órganos o autoridades que plantean o resuelvan una cuestión jurídica, a cuyo respecto no es admisible el anuncio de que nadie está obligado a cumplir un fallo a pretexto de asignar a la sanción de nulidad que prevé el artículo 4° del texto Constitucional un alcance inaceptable. De esta forma, se declaró la incompetencia absoluta promovida por el Parlamento.

Lo importante en este caso no fue el voto de mayoría sino, por el contrario, el redactado por el Presidente mismo del Tribunal, señor Enrique Silva Cimma, quien estableció que, la legalidad de la competencia, significa que ninguna autoridad administrativa puede exorbitar la competencia que la ley le asigna en virtud de la

especialidad de las funciones de los distintos órganos. De esta forma, las normas que fijan competencia no pueden ser alteradas por quienes estén llamados a ejercer los poderes que ellas acuerden. Su cumplimiento es una obligación, no una facultad. Por ello, es medular lo establecido en el numeral segundo de este voto el cual estableció que “el Tribunal Especial del Cobre –órgano jurisdiccional también de origen constitucional puesto que fue creado por la cláusula 17ª transitoria, letra c), de la Constitución Política del Estado– al fallar sobre su incompetencia absoluta para conocer de las deducciones por rentabilidad excesiva dispuesta por el Presidente de la República sostuvo textualmente lo que sigue en el considerando vigesimosexto de su fallo publicado en el Diario Oficial de 19 de agosto de 1972: la norma sobre atribución o distribución de competencia que establece el art. 4º del texto constitucional al disponer que ninguna magistratura, persona o reunión de personas pueden atribuirse ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias otra autoridad o derecho que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes, está indicando que para que tal acto sea revisable es menester de texto positivo explícito. En consecuencia, a diferencia de lo que han sostenido los recurrentes, el acto, positivamente hablando no es revisable por este Tribunal precisamente porque no hay norma expresa que le permita hacerlo, criterio, éste, esencial tratándose de la interpretación de los preceptos del Derecho Público, tanto más si se pretende por una vía simplemente deductiva atribuirle una competencia que no emana de norma expresa. Por lo tanto, una sola conclusión puede extraerse de todo este recuento de opiniones de legislación nacional y extranjera y su doctrina: Para que un acto de gobierno como es el de la especie sea recurrible en vía jurisdiccional es necesario un texto constitucional expreso y categórico que así lo establezca. Como tal texto no existe en nuestro derecho hay que concluir, ineludiblemente, que este Tribunal carece de competencia para conocer del acto del Presidente de la República sobre deducciones sobre rentabilidad excesiva”.

De esta forma, en este fallo se vincula el concepto acto de gobierno a las funciones propias que han de ser desarrolladas por los órganos del Estado, reafirmando características que le son inherentes, en el ejercicio de sus

potestades públicas constitucionalmente excluyentes, para reconocer la existencia de estas como un facultad propia de órganos constitucionalmente independientes teniendo presente en todo aspecto a la doctrina de la separación de los poderes del Estado

2. Caso que versa sobre el Ex Ministro Hernán Cereceda Bravo.

ROL	45-1993 / 48-1993
TRIBUNAL	Corte de Apelaciones de Valparaíso
MATERIA	Recurso de Protección
FECHA DE LA SENTENCIA	25/03/1993

El objeto del presente caso es plantear la situación provocada por la destitución del otrora ex Ministro de la Corte Suprema Hernán Cereceda Bravo quién, producto de una decisión del Senado, fue destituido de sus funciones.

El fallo que, como se sabe, rechazó el recurso en cuestión, presenta algunas características que lo hacen interesante más allá del caso específico del destituido ministro de la Corte Suprema. En efecto, a pesar de rechazar el recurso, la Corte acogió a tramitación el recurso declarándose competente para conocer de este caso. En segundo lugar, la Corte de Apelaciones parece preparar a la Corte Suprema el camino para acoger el recurso sobre la base de la existencia de un vicio de tramitación al interior del Senado. Luego, a pesar de lo anterior, la Corte resuelve el recurso de manera tal que lo declaró inadmisibles sin decir aquello declarado inadmisibles²⁹⁴.

Sobre la admisibilidad del recurso, conviene hacer presente que nuestra legislación ha establecido que la admisibilidad y procedencia del recurso de protección tiene dos momentos, uno ante el tribunal *a quo* y el otro ante el tribunal *ad quem*. Pues bien, el recurso de protección se ha de interponer por el afectado, o por un tercero en su nombre, directamente ante la Corte de Apelaciones

²⁹⁴ATRIA LEMAITRE, Fernando. 1993. Comentario a la sentencia recaída sobre el caso Cereceda. Revista de Derecho y Humanidades, Vol. III y IV. 230p.

respectiva, sin mayores formalidades que la escrituración según lo establecido por el auto acordado sobre tramitación del presente recurso dictado por la Corte Suprema. Ahora bien, presentado el recurso, la sala en cuenta examinará la admisibilidad de este, la que versará sobre:

- i. Si se ha interpuesto dentro de plazo,
- ii. Si se mencionan hechos que puedan constituir la vulneración de garantías de las indicadas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República
- iii. Luego de la modificación del auto acordado de fecha 20 de Mayo de 2007, hoy en día, ya no hay examen de los fundamentos de su interposición, punto que sí fue analizado en el presente estudio que data de mediados del año 1993, por cuanto la ley sólo declararí­a como improcedente aquellos recursos que fuesen manifiestamente improcedentes.

La Corte, en el considerando segundo del fallo comentado, procede con cautela para explicar los alcances del hecho de que haya sido acogido a tramitación por la sala tramitadora. En efecto, y pese a no tener una íntima relación con el objeto del recurso, declara que dicho examen existe “para el sólo efecto de no admitir recursos de protección *manifiestamente* absurdos o improcedentes”²⁹⁵. De esta forma, este primer análisis de admisibilidad del recurso es en todo caso superficial, sin que importe decidir nada sobre el fondo.

Después de las prevenciones contenidas en el considerando segundo de la presente sentencia, la Corte se declaró competente para conocer de estas materias teniendo en cuenta criterios históricos, lógicos y sistemáticos de interpretación de las normas que versan sobre los criterios de admisibilidad del recurso en cuestión. Es más, en el mismo considerando segundo la Corte es concluyente al establecer que las Cortes de Apelaciones del país, no pueden tener facultad alguna para revisar y dejar sin efecto un acto del Senado de la República actuando este dentro de las facultades exclusivas y excluyentes que otorga la Carta, dado que de ser así, además de posibles conflictos de poder que tal

²⁹⁵ Op. Cit. P. 230.

interpretación amplia del recurso pudiera crear, ella resulta inconstitucional. Esto es trascendental para los efectos de nuestro estudio, toda vez que se reafirma una de las características principales de esta especial clase de actos, es decir, su competencia.

Respecto al segundo examen de admisibilidad la Corte esgrimió sus fundamentos en el considerando octavo de la presente sentencia, estableciendo que:

- i. La Corte enfatizó que la Constitución le concede facultades amplias para restablecer el imperio del derecho.
- ii. Luego recurre a la literalidad de la regla constitucional sosteniendo que, del escueto análisis 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 al respecto. En palabras del profesor Atria, “en las propias palabras empleadas en el fallo ‘no obstante la amplitud del mismo’, el sentido del artículo 20 de la Constitución es más restringido que su tenor. No puede, en consecuencia responderse a esta objeción alegando que el tenor es amplio. Para solucionar este defecto la Corte debería haber mencionado las razones de ‘hermenéutica legal, en materia de derecho constitucional’ que tuvo a la vista para concluir, a partir del amplio tenor literal de la regla analizada, que es ‘evidente que no existe limitación alguna’”²⁹⁶.
- iii. Ahora bien, la Corte se dio cuenta que resolver esta clase de problemas con argumentos gramaticales es una solución no del todo acertada para solucionar el conflicto. En consecuencia, recurre al argumento lógico, alegando en su considerando octavo que el constituyente pretendió que no existiera *persona alguna* que pueda decir, yo estoy exenta de cometer un acto ilegal o arbitrario o de incurrir en una omisión del mismo tipo. Según Atria, este argumento incurriría en una notoria contradicción en alusión a la garantía del artículo 19 N° 2 de la Constitución, la igualdad ante la ley. Para

²⁹⁶ Op. Cit. p. 232

desechar esta alegación la Corte sostuvo 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 cuanto, al establecer la Constitución que el Senado conoce como jurado), lo autoriza para que resuelva a su libre arbitrio²⁹⁷”. De esta forma se concluye que, aun cuando la decisión del Senado fue absolutamente arbitraria, debe rechazarse el recurso.

- iv. Por último, la Corte recurrió a la idea de juridicidad, en virtud de la cual existe posibilidad de impugnar los actos, sin importar de quien provengan. Sin embargo, ella misma sostiene que se le facultó al Senado para fallar como jurado, lo que le da al órgano amplio margen de discrecionalidad entrando en una contradicción lógica, por cuanto al recurrir al principio de legalidad y establecerse esta parcela de arbitrariedad, son argumentos que no son afines, por lo que debiese haberse admitido la alegación y no haberse rechazado.

Este fallo, a modo de síntesis, tiene los siguientes aspectos que nos parecen importantes de analizar, en atención al objeto de estudio que nos atañe.

En primer lugar, es menester analizar el hecho de que la Corte haya aceptado que, pese a que el acto del Senado sea arbitrario, el recurso deba ser rechazado, lo que es sinónimo a declarar inadmisibile el recurso. Esta cuestión, a pesar de ser contradictoria, es adecuada, puesto que la Corte reconoció que “hay ciertos actos que, pese a ser (o poder ser) arbitrarios, no tienen control jurisdiccional²⁹⁸”. De esta forma, se sostiene que todos aquellos actos que regulen las relaciones existentes entre los órganos del Estado no son actos administrativos propiamente tales, sino que son actos de gobierno que se refieren a funciones esenciales y básicas del Estado, como también lo son todos aquellos actos que tienen estrecha

²⁹⁷ Ibid. p. 232

²⁹⁸ Op. Cit. P. 234

relación con la conducción de las relaciones internacionales de cada Estado. El hecho de que no tengan un control jurisdiccional como una especie de límite a su competencia, no excluye la posibilidad de que tengan otra clase de control.

Conviene hacer presente que la Corte esgrimió como argumento para desechar el recurso el hecho de que ésta no puede controlar las arbitrariedades cometidas por el Senado en el ejercicio de sus facultades constitucionalmente exclusivas, lo cual nos recuerda una de las características propias de los actos de políticos-gobierno, su exclusividad, en atención a la función política que ellos desempeñan. De esta forma volvemos al análisis sobre cuál es la norma que ha de prevalecer, esto es, si por una parte se debe sostener que la Corte, en competencia del recurso de protección, deba estar por sobre toda otra autoridad o, si por el contrario, que en virtud de facultades constitucionalmente exclusivas y excluyentes el Senado puede actuar arbitrariamente y, por consiguiente, en atención a la naturaleza de la gestión que este realiza, ha de estar exento de control jurisdiccional.

Pues bien, a nuestro parecer, en atención a las circunstancias específicas y particulares que son desarrolladas por el Senado al momento de destituir al Ministro, pareciera más democrático que, en circunstancias extremas, la tenga el Senado y no una sala de una Corte de Apelaciones o de la Corte Suprema. Lo anterior es ratificado por la Constitución que entrega al Senado la decisión de aquellas cuestiones de competencia entre los Tribunales Superiores de Justicia y, en lo concerniente al caso en particular, al ser una decisión política, es acertado que sea un órgano político el encargado de zanjar la discusión y no sea un órgano que carece de legitimidad representativa quien resuelva en última instancia.

De esta forma, lo importante de este fallo es que precisamente es este quien da inicio al desarrollo de esta doctrina que pregonaba la existencia de determinados actos que, en atención a las funciones específicas que realiza el órgano investido, se encuentran exentos de control jurisdiccional. Lo anterior no obsta, en caso alguno, a que sobre estas materias recaigan otras clases de control, como lo es el control político ejercido, en este caso, por el Senado quién, en virtud de sus

facultades constitucionalmente exclusivas y excluyentes, resuelven este tipo de contiendas.

3. Caso de Héctor Rodrigo Miranda Salazar contra Ministerio de Planificación Nacional y otros.

	4.348-1999
TRIBUNAL	Corte de Apelaciones de Santiago
MATERIA	Recurso de casación en la forma
PARTES	Héctor Rodrigo Miranda Salazar contra Ministerio de Planificación Nacional y otro
FECHA DE LA SENTENCIA	25/01/2005
SENTENCIADORES	Ricardo Gálvez Blanco, Milton Juica Arancibia, María Morales Villagrán, Adalís Oyarzun Miranda y Domingo Yurac Soto.

El presente caso versa sobre un acuerdo de cooperación internacional, en específico de un convenio suscrito entre el Gobierno de Chile y el Gobierno de la República Federal Alemana, regido por el derecho internacional, mediante el cual ambos sujetos se comprometieron a concederles beneficios a todos aquellos ciudadanos chilenos que optaron por el retorno a nuestro país luego de haber vivido en exilio con ocasión de la dictadura del General Pinochet.

En el caso de autos conviene hacer presente que ni la Constitución, ni la legislación común, le reconocen acción popular a las personas para impetrar la nulidad de derecho público a un acto jurídico realizado por autoridad ante los Tribunales de nuestro país, esto es, cualesquiera que fueren las autoridades y/o cualquiera que sea la naturaleza jurídica específica del acto de que se trate, independiente de qué poder del Estado provenga.

Por lo demás, este acuerdo de cooperación no fue consecuencia de un mero acto de administración del Presidente de la República, sino que de un acto de político-gobierno, que queda comprendido dentro de aquella potestad política correspondiente a su cargo por lo que, la facultad de conocer y de juzgar tal acto, que es eminentemente político, no se encuentra dentro de la competencia que se le otorga al juez civil, por lo tanto, al hablarse de un acuerdo suscrito entre dos Estados soberanos, por ende, un tratado entre naciones, hay que tener presente que se está sujeto a los principios y normas del Derecho Internacional.

La sentencia fue interpuesta, en primera instancia, ante el decimotercer Juzgado de Letras en lo civil de Santiago, rol número 1.385-1997, caratulado Miranda con Ministerio de Planificación Nacional (en adelante "MIDEPLAN") con Banco Estado, el cual fue iniciado por medio de la demanda interpuesta por Héctor Miranda Salazar, por sí y en representación de la Corporación de Retornados (persona jurídica de derecho privado), deduciendo acción en contra del MIDEPLAN y en contra del Banco del Estado de Chile.

Como consecuencia del juicio ventilado en primera instancia en el rol ya individualizado precedentemente, se dictó sentencia definitiva con fecha 17 de junio de 1999, a fojas 638, en la cual se declaró:

- a) "Que se rechaza la inoponibilidad de la acción sustentada por el demandado Banco del Estado de Chile;
- b) Que se rechaza la falta de legitimación activa alegada por el Banco del Estado y por el Fisco de Chile en representación del Ministerio de Planificación Nacional;
- c) Que se acoge la demanda intentada a fojas cuarenta, estableciéndose que el convenio celebrado entre el Gobierno de Chile y la República Federal de Alemania adolece de un vicio de nulidad al no haberse observado en su dictación las normas que la Constitución Política de la República prevé al respecto, por lo que, en concordancia con lo anterior, se deja sin efecto el decreto supremo número 1.171, de fecha 28 de septiembre de 1993 que promulgó dicho convenio;

d) Que se condena en costas a los demandados”.

En lo principal, el Fisco de Chile (sujeto legitimado al efecto, como también lo hizo el Banco del Estado de Chile) interpuso recurso de casación en la forma en contra de la sentencia definitiva antes referida recurriendo –ambos- subsidiariamente de apelación, en el evento de no acogerse por parte del tribunal de alzada la admisibilidad de la casación. De esta forma, con los antecedentes expuestos analizados en relación al recurso de casación en la forma interpuesto por los demandados, la Corte Suprema concluyó lo siguiente:

“1º. Que el Fisco de Chile, en su calidad de demandado, solicitó que se invalide la sentencia, y que se dicte la que corresponda con arreglo a la ley, con costas; porque ella ha incurrido en el vicio de casación previsto en el artículo 768 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, al fallar ultra petita, toda vez que, según se lee en la letra c) de su parte resolutive, dejó sin efecto el decreto supremo N° 1.171, de fecha 28 de septiembre de 1993, que promulgó el Convenio materia de autos, no obstante que ni en la demanda, ni en el escrito de réplica se ha solicitado que se deje sin efecto dicho decreto”. Agrega que la sentencia impugnada ha incurrido, además, en el vicio previsto en el N° 5 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 170 del mismo Código, porque ha fallado sin considerar todas las defensas que su parte hizo valer. Afirma que, la sentencia no se hizo cargo de aquélla en que el Fisco argumentó que el convenio en cuestión no contiene la garantía del Estado, sino que una mera declaración para otorgarla, que nunca se hizo efectiva; y que, por este motivo, no hay fundamento para afirmar que ese convenio requería de una ley para que se le reconociera validez. Hace notar que la sentencia no enunció las referidas defensas ni razonó respecto de ellas, incurriendo de este modo en el vicio de casación invocado; vicio que también influye en lo dispositivo del fallo, por cuanto, debió considerar dicha defensa, acogerla y, en consecuencia, rechazar la demanda; y como no lo hizo, da mérito para fundar el recurso. Por tales consideraciones, pidió “que sea acogido, que se invalide la sentencia que se

impugna, y que, se dicte la correspondiente sentencia de reemplazo, rechazando en todas sus partes la demanda, con costas”. El Banco del Estado igualmente fundó su recurso de casación invocando las causales 4° y 5° del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil (mismos vicios en los cuales se fundó el recurso de parte del Fisco de Chile). En lo que concierne al vicio de ultra petita, dice que en la demanda de autos se pidió:

- a) La declaración de nulidad del Convenio para el Fomento de Establecimiento de Pequeñas Empresas por parte de los ciudadanos chilenos repatriados desde Alemania, celebrado el 26 de octubre de 1990;
- b) Que se declaren sin efectos jurídicos todos los actos derivados de dicho convenio; y
- c) Que los demandados sean condenados al pago de las costas de la causa”.

Expresa que “la sentencia impugnada se refirió y resolvió sobre un punto diferente de los indicados en la demanda, y que no fue sometido a la decisión del Tribunal”, como se evidencia si observa que la sentencia resolvió dejar sin efecto el decreto supremo N° 1.171, de 28 de septiembre de 1993, publicado en el Diario Oficial de 29 de diciembre del mismo año, que promulgó el convenio internacional celebrado entre la República Federal Alemana y la República de Chile el 26 de octubre de 1990. Que, de este modo, el fallo infringió el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, que impide que la sentencia se extienda a puntos que no hayan sido sometidos a juicio por las partes. Agrega que, además la sentencia omitió pronunciarse acerca de la segunda petición concreta hecha en la demanda, esto es, de que se declaren sin efectos jurídicos todos los actos derivados del convenio internacional; y que, de esta manera, vulneró el N° 6 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil. Por último, hace notar que el fallo dejó de cumplir con lo dispuesto en los números 2° y 4° del citado artículo 170, por cuanto “omitió referirse, tanto en su parte expositiva como considerativa, a la indicada petición concreta de la demanda.”

Junto con recurrir de casación, cada uno de los demandados dedujo recurso de apelación, solicitando que se negará lugar a la demanda en todas sus partes, con costas.

Consecuencia de lo anterior es que la Corte entendió que “el perjuicio que los recurrentes pueden haber sufrido a causa de los vicios que motivan sus recursos de casación en la forma no es sólo reparable con la invalidación del fallo, sino que, también, por la vía de la apelación”. Es por lo mismo que la Corte en su considerando quinto se hace cargo de lo anterior, desestimando los recursos de casación en la forma interpuestos por los demandados, de forma tal que pasó a pronunciarse respecto a la apelación interpuesta subsidiariamente.

En lo principal, la Corte de Apelaciones reprodujo la sentencia en alzada de fecha diecisiete de junio de mil novecientos noventa y nueve, con las siguientes modificaciones:

a.2.) se reemplaza la frase complementaria que empieza con la expresión para que se declare la nulidad de derecho público y termina con la frase de la República de Chile, por el siguiente párrafo: y solicitaron que se tuviera por interpuesta demanda ordinaria de nulidad de derecho público, de conformidad con los artículos 6º y 7º de la Constitución Política del Estado, en contra del Ministerio de Planificación Nacional y el Banco del Estado de Chile, y que se declarara:

- 1.- Nulo el Convenio para el fomento de establecimiento de pequeñas empresas por parte de ciudadanos chilenos repatriados, celebrado entre la República Federal de Alemania y la República de Chile, con fecha 26 de octubre de 1990;
- 2.- Que, en consecuencia, deben quedar sin efecto los actos derivados del convenio cuya nulidad se demandó,
- 3.- Que el demandado sea condenado al pago de las costas, sin perjuicio de las acciones por indemnización de perjuicios que cada uno de los afectados interpondrá en la oportunidad procesal correspondiente”.

Ahora bien, en la contestación de la demanda, el Fisco plantea en primer lugar que “los referidos demandantes carecen de legitimación activa y que por ese solo motivo la demanda de que se trata debería ser rechazada, con costas;

argumentando que el Convenio cuya nulidad solicitan los demandantes, es producto de un acuerdo de voluntades entre los Estados de la República de Chile y de la República Federal de Alemania, en el que ninguno de los actores ha sido parte, de modo que no hay ni puede haber interés jurídico que legitime la acción que pretende ejercer cada uno de los demandantes”.

El considerando quinto de la sentencia se establece que, según consta en el referido Convenio de 1990, se trata de un acuerdo entre los Estados de la República de Chile y la República Federal de Alemania, en el que no son partes los demandantes; que, además, no hay en la demanda de autos petición alguna que dé mérito para considerar que los actores tienen interés legítimo en la anulación del referido Convenio, toda vez que no se alega en ella, ni se ha demostrado en el proceso, que los demandantes hayan sufrido menoscabo en alguno de sus derechos, o que hayan sufrido algún perjuicio, ni, menos, que haya existido alguna relación de causa a efecto entre la existencia y vigencia de dicho convenio y los perjuicios que pudieren haber sufrido.

El considerando sexto de la presente sentencia es primordial, por cuanto, se estableció que -abstracción hecha de que “el Convenio de que se trata es un acuerdo internacional, regido por el derecho internacional, especialmente por las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que son vinculantes para el Estado de Chile- el hecho es que ni la Constitución Política de la República ni ley alguna reconocen acción popular para solicitar ante estos Tribunales civiles la nulidad de derecho público de un acto jurídico realizado por alguna autoridad, cualesquiera que fueren, sus agentes y/o, la específica naturaleza jurídica del acto de que se trate, de cualesquiera de los Poderes del Estado”. En efecto, el inciso segundo del artículo 38 de la Constitución Política de la República, que se refiere a las bases generales de la Administración del Estado, dispone que cualquiera persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos, o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley; norma, ésta, que junto con especificar los actos susceptibles de reclamación -los de administración exige como elemento *sine qua non* para reconocer la facultad de instar ante los

tribunales, que la persona que pretende reclamar haya sido lesionada en sus derechos- de modo que sin la existencia de este elemento subjetivo la norma no ampara al reclamante; dicho de otro modo, si quien pretende reclamar no invoca la existencia de un derecho lesionado, o, mejor dicho, de una lesión en alguno de sus derechos, carece de legitimación activa en la específica situación jurídica a que se refiere la norma constitucional.

Que, en lo que concierne a la Corporación de Retornados, persona jurídica de derecho privado, cabe agregar que, atendidos los fines que persigue, definidos en el artículo segundo de sus estatutos, “esta Corporación no tiene título para actuar en el presente litigio, ni está facultada para representar a ninguno de sus socios en asunto alguno que diga relación con los referidos fines; de modo que, sin perjuicio de cuanto se ha dicho en los motivos que anteceden, resulta necesario concluir que además y por este solo motivo, ella carece de legitimidad activa para demandar como lo ha hecho”. Por lo anterior, el considerando noveno fue enfático al establecer “que los actores carecen de legitimidad para demandar y pedir que se declare la nulidad de derecho público del Convenio referido y que, en consecuencia y por ese sólo motivo, la demanda referida, en cuanto pide la nulidad del indicado convenio, deberá ser rechazada”.

El argumento señalado en el considerando decimo se remite, directamente, al tema que nos preocupa, es más, menciona, expresa y analiza, sucintamente, que no estamos hablando de actos de la administración del Estado, sino que dicho convenio, en cuanto a su naturaleza jurídica, quedaría comprendido en lo que la doctrina comúnmente denomina como “actos de gobierno”, actos de tinte político comprendidos dentro de facultades exclusivas de los órganos constitucionalmente independientes.

En particular dicho considerando expone lo siguiente, “Que, en otro orden de consideraciones, cabe tener presente que el Convenio para el fomento del establecimiento de pequeñas empresas por parte de ciudadanos chilenos repatriados desde Alemania, acordado entre la República Federal de Alemania y la República de Chile, con fecha 26 de octubre de 1990, no es efecto de un mero

acto de administración del Presidente de la República de Chile, sino que de un acto de gobierno, que queda comprendido dentro de potestad política privativa correspondiente a su cargo, y que comprende precisamente, entre otros ámbitos de acción -tal como lo dispone el artículo 32 número 17º, de la Constitución Política de la República-, la atribución de conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, llevar a cabo las negociaciones, concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, sin perjuicio de recabar la aprobación del Congreso Nacional en los casos en que esto fuere menester conforme con lo que dispone el artículo 50 número 1 del mismo cuerpo constitucional; y que en tal sentido, la facultad de conocer y de juzgar tal acto de gobierno, que es eminentemente político, no queda comprendida dentro de la que al juez civil entregan, el artículo 38 en relación con el artículo 73, de la Constitución Política de la República, y el artículo 1º del Código Orgánico de Tribunales; sino que dentro de la de otros órganos del Estado, conforme con lo que previenen los artículos 48 número 2 a) y b), 49 número 1), 50, 52 y 82, del referido texto constitucional; todo lo que es consistente con la especialidad de las funciones de los Poderes del Estado;”

Por lo anterior es que en el considerando undécimo de la sentencia se estableció que “en plena consecuencia con lo considerado en el número precedente, el referido Convenio, cuya nulidad han pedido declarar los demandantes, es un acuerdo entre dos Estados soberanos, un tratado entre naciones, que está sujeto a los principios y normas del Derecho Internacional, y, específicamente en el caso sub lite, está regido por las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, plenamente vigente en el país como ley de la República; de acuerdo con las disposiciones de esta Convención, el Convenio de que se trata:

- i) Obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (*pacta sunt servanda*);
- ii) Su validez sólo podrá ser impugnada de acuerdo con las normas de la referida Convención;

iii) En tal caso, la parte contratante que alegue algún vicio del consentimiento u otro motivo para impugnar la validez de un tratado deberá someterse al procedimiento allí establecido; conforme con el que ambas partes deben buscar una solución por los medios que la Convención indica; y si, tal cosa no se lograre en plazos previstos en ella, cualquiera de las partes podrá ocurrir ante la Corte Internacional de Justicia, a menos que ellas acuerden someter la controversia al arbitraje”.

De esta forma, resulta necesario concluir que la demanda deducida ante el 13° Juzgado Civil de Santiago mediante la que se solicita que se declare la nulidad del Convenio para el fomento del establecimiento de pequeñas empresas por parte de ciudadanos chilenos repatriados desde Alemania, acordado entre la República Federal de Alemania y la República de Chile, con fecha 26 de octubre de 1990, debe ser rechazada.

Por lo anterior es que los sentenciadores, en sus considerandos 14° y 15°, comienzan a cerrar los argumentos conforme a los cuales se rechazaría la nulidad de derecho público invocada por el demandante, estableciendo la Corte que, con el mérito de los antecedentes a que se ha hecho referencia, es suficiente para desestimar la demanda respecto del Banco del Estado de Chile.

Por estas consideraciones y teniendo presente, además, lo dispuesto en los artículos 170, 186 y siguientes, 764, 766, y en los incisos primero N° 4° y 5°, y tercero del artículo 768, del Código de Procedimiento Civil, se resuelve:

- a. Que se declaran sin lugar cada uno de los recursos de casación en la forma deducidos por los demandados en lo principal de fojas seiscientos noventa y dos, y en el primer otrosí de fojas setecientos sesenta y dos;
- b. Que se revoca la sentencia en alzada, de fecha diecisiete de junio de mil novecientos noventa y nueve, escrita a fojas seiscientos treinta y ocho, y se declara que se rechaza en todas sus partes la demanda deducida a fojas cuarenta y siguientes por Héctor Rodrigo Miranda Salazar, por sí y en

representación de la Corporación de Retornados, en contra del Fisco de Chile y en contra del Banco del Estado de Chile; y

c. Que se condena a la parte demandante al pago de las costas de la causa.

Por ello es que lo importante de esta contienda es que se consagra la vigencia y validez de los actos de gobierno, argumentando la misma Corte que estas materias son materias comprendidas dentro del cargo político que ha de desempeñar el órgano constitucionalmente independiente que los ejerce, actos que en si son distintos a los actos desarrollados por la administración y, por ende, no son susceptibles de control judicial de parte de nuestros tribunales, sino que, muy por el contrario, son actos que por su naturaleza no son judicializables, dado a que responden a una función política absolutamente distinta a las desarrolladas por la Administración. Por lo tanto, no es la judicatura quien deberá determinar su vigencia y validez, sino los órganos políticos constitucionalmente independientes del Estado.

De esta forma, en la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 25 de enero de 2005 se expresa con total nitidez la plena vigencia de esta doctrina.

4. Caso de Roberto Jesús Peña Lobos y otros contra el Fisco de Chile

ROL	4.017-2003
TRIBUNAL	Corte Suprema
MATERIA	Recurso de Casación en el Fondo
PARTES	Mario Codelia Zumelzu en representación de Roberto Jesús Peña Lobos y otros, contra Fisco de Chile
FECHA DE LA SENTENCIA	04/05/2003
SENTENCIADORES	Hernán Álvarez, Enrique Tapia Witting, Jorge Rodríguez y Domingo Kokisch y el Abogado Integrante señor René

Resulta esencial determinar, para los efectos de analizar el presente caso, si la materia nos circunscribe ante un acto de gobierno o uno de naturaleza administrativa. Para la Corte Suprema, el hecho de contratar fletes para particulares a fin de contribuir con el normal abastecimiento de un territorio constituye un acto de administración, y el hecho de que el intendente respectivo sea el agente natural e inmediato del Presidente de la República no significa, en caso alguno, que los actos de administración, que le son propios, vayan a convertirse en actos de gobierno, obliguen al Fisco, y no a los organismos regionales y su patrimonio, por lo que, respecto al Fisco, existe falta de legitimación pasiva.

De esta forma, la sentencia dictada por la excelentísima Corte Suprema con fecha 04 de mayo de 2005 parte analizando el cómo se dedujo o inició la acción interpuesta por los demandantes. Este caso se inició con una demanda deducida ante el 6° Juzgado Civil de Valparaíso, ingresada en Rol número 854-96, deducida por el abogado Mario Codelia Zumelzu en representación de Roberto Jesús Peña Lobos y otros, demandando al Fisco de Chile, representado por el Consejo de Defensa del Estado, en juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios. Pues bien, el 6° Juzgado en lo Civil de Valparaíso acogió la demanda interpuesta por los actores ordenando al Fisco de Chile a pagarles a los demandantes los montos que en ella se indicaron, reajustados en la forma que señaló, sin costas.

En contra de esta sentencia el Fisco interpuso recurso de casación en la forma y apelación subsidiaria, adhiriéndose a esta última los demandantes.

A fojas 200 la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso rechazó el recurso de casación en la forma interpuesto en tiempo y forma por los demandados y acogió la apelación subsidiaria a tramitación para efectos de ventilar sus argumentos de hecho y de derecho en el fallo. Producto del análisis de lo discutido, la Corte de Apelaciones de Valparaíso revocó la sentencia de primera

instancia por estimar que la demanda debió haberse dirigido en contra del Intendente de la Región de Valparaíso y no en contra del Fisco de Chile.

Ahora bien, en contra de la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, que revocó la sentencia del tribunal en alzada, la parte demandante dedujo recurso de casación en el fondo en contra de dicha resolución.

De esta forma, la Corte Suprema debió resolver el recurso de casación en el fondo interpuesto por los demandantes, ordenando traer los autos en relación y concluyendo, en sus considerandos finales, que para resolver el recurso de casación interpuesto se tuvo que tener presente los siguientes antecedentes:

- i. Que, en él se tuvo por establecido que los demandantes celebraron un contrato de transporte marítimo con la intendencia regional de la V Región, de conformidad a lo establecido en los artículos 974 y siguientes del Código de Comercio, y que dicha intendencia durante el mes de abril de 1994, emitió los conocimientos de embarque señalados en la demanda, para el transporte de mercaderías pertenecientes a los demandantes en la M/N "Elizabeth Boye" a la Isla de Pascua;
- ii. Que, al efectuarse el desembarque en Hanga Roa cayeron al mar siete contenedores con mercadería perteneciente a los demandantes, por lo cual se perdió dicha carga;
- iii. Que, la sentencia de primera instancia consideró que esta pérdida era culpable, por lo cual acogió la demanda en contra del Fisco, lo que fue revocado en segunda instancia, porque la Corte de Apelaciones de Valparaíso estimó que se trataban de actos de administración y no de gobierno, por lo cual existía una falta de legitimación pasiva en la demanda, pues para estos efectos al Intendente le corresponde la administración superior del Gobierno Regional para lo cual goza de personalidad jurídica y patrimonio propios, y es su representante judicial y extrajudicial, y en consecuencia, la demanda debió entablarse en su contra, y no respecto del Fisco.

Además, agregó la sentencia a mayor abundamiento, que la demanda debe rechazarse porque no está acreditado en autos qué mercaderías efectivamente se perdieron, y su valor "para a su vez dar lugar a las indemnizaciones" reclamadas. Ahora bien, los demandantes fundaron su recurso de casación en el fondo en dos causales:

- i. Infracción a los artículos 100 inciso 1º de la Constitución Política de la República; artículos 4º y 37 de la ley N.º 18.575, de Bases de la Administración del Estado; artículo 2 letra i) de la ley N.º 19.175 sobre Gobierno y Administración Regional del Estado, todas además en relación con el art.22 del Código Civil, también infringido;
- ii. Infracción a los artículos 929, 965, 974, 977 del Código de Comercio, y artículos 19 y 22 del Código Civil.

Los recurrentes estimaron que la primera infracción de derecho se habría producido al efectuar la sentencia recurrida, una distinción fundada en el artículo 24 inciso 1º de la Constitución Política de la República entre los actos de administración y de gobierno, infringiendo así el artículo 22 del Código Civil, pues no mantuvo en su interpretación la debida correspondencia y armonía con las otras normas de la Constitución, y desde luego con el artículo 100 de la Constitución Política de la República, según el cual: "El intendente ejercerá sus funciones con arreglo a las leyes y a las órdenes e instrucciones del Presidente, de quien es su representante natural e inmediato en el territorio de su jurisdicción". Agregaron que, de acuerdo al artículo 2º letra i) de la ley Nº 19.175, sobre Gobierno y Administración Regional del Estado "corresponderá al intendente en su calidad de representante del Presidente de la República: i) Representar extrajudicialmente al Estado para la realización de los actos y la celebración de los contratos que queden comprendidos en la esfera de su competencia". De esta forma, argumentaron los recurrentes que, según la propia ley, el gobierno regional es un órgano colegiado que para los efectos que quede obligado, es necesario que exista un acuerdo o resolución del mismo.

Se argumentó también que en el certificado del señor Secretario Ejecutivo del Consejo Regional de la V Región acompañado se expresó que este organismo "no

asignó los fondos para la contratación del buque "Elizabeth Boye", lo que es lógico, pues el pago del flete es de responsabilidad de los cargadores conforme al artículo 974 del Código de Comercio”.

De no haberse producido las infracciones señaladas, se debió resolver que "el Intendente Regional de la Quinta Región al contratar con los demandantes actuó como agente natural e inmediato del Presidente de la República, en virtud de la representación extrajudicial para celebrar actos y contratos que le confiere la ley 19.175 en su artículo 2º letra i), actuando dentro de la esfera de competencia del Presidente y con fondos fiscales, obligando con ello el patrimonio del Fisco de Chile por su responsabilidad contractual, siendo por ello en autos el legítimo contradictor el Fisco de Chile".

Pues bien, la Corte se hizo cargo del segundo argumento esgrimido por los recurrentes en el cuarto considerando de esta sentencia, estableciéndose que “se funda la segunda causal de casación en que el fallo impugnado aplicó erróneamente el artículo 974 del Código de Comercio "que define el contrato de transporte de mercancías por mar, al confundir el concepto flete de dicho contrato, con el flete del contrato de fletamento”.

Sostuvieron los recurrentes que está acreditado que el Intendente no cumplió con su obligación contractual de entregar en Isla de Pascua las mercaderías, lo que hace responsable al transportador, en este caso el Intendente, de los perjuicios causados por su incumplimiento. Fundaron lo anterior en el hecho de que las mercaderías estaban señaladas en la investigación sumaria de la Gobernación Marítima de Hanga Roa, documento que no fueron objetados en autos. Sumado a ello, los recurrentes igualmente estimaron que también se vulneró el artículo 1.206 Nº 4 del Código de Comercio que ordena apreciar las pruebas con las normas de la sana crítica.

Por lo anterior es que estimaron que todo ello influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, porque de no haberse producido la infracción, se habría tenido que llegar necesariamente a concluir que el flete por la contratación del buque, constituye la compra o prestación que debió pagar el Intendente como fletador del

mismo, y que el flete que pagaron los demandantes constituye la contraprestación al Intendente al actuar como transportador, y si se hubiere ponderado correctamente la prueba, se llegaría a la conclusión del Juez de Primera Instancia.

De esta forma, finalmente, los recurrentes dejaron constancia de que “el fallo recurrido no se refirió a las peticiones de los recurrentes al adherirse a la apelación del Fisco en contra de la sentencia de primera instancia, por lo cual no se pronunció respecto a la indemnización por el valor de las mercaderías perdidas, ni a los intereses a que tienen derecho los demandantes”.

La adhesión a la apelación fue fallada diciéndose simplemente que por las consideraciones expuestas, "no procede referirse a las peticiones expuestas por el demandante en la adhesión a la apelación".

Para el tema que nos atañe es de especial importancia lo expuesto por la Corte Suprema en su considerando quinto, estableciéndose en ella que la primera causal de casación debe rechazarse, por cuanto, la distinción entre actos de gobierno y de administración respecto a las regiones la efectúan tanto la Constitución Política de la República como la Ley de Gobierno y Administración Interior del Estado N° 19.175. En efecto, el artículo 100 de la Carta Fundamental, que se señala como infringido en dicho recurso, en su inciso primero citado se refiere al gobierno de la región, el que recae en el intendente, que es un funcionario de la exclusiva confianza del Presidente de la República. Pero el inciso segundo del precepto agrega que la administración superior de la región radicará en un gobierno regional, y el tercero precisa que este gobierno regional estará constituido por el Intendente y el consejo regional, y que gozará de personalidad jurídica de Derecho Público y tendrá patrimonio propio.

Por su parte, la ley citada, que también se supone infringida, repite la distinción realizada por la Constitución Política de la República. En efecto, su Título Primero se refiere al gobierno de la región, y el artículo 1° señala que esta reside en el Intendente, quien será el representante natural e inmediato del Presidente de la República, y el artículo 2° enumera las facultades que tendrá el intendente en esta calidad. Entre ellas figura justamente la letra i) que le otorga al Intendente, cuando

actúa como agente del Presidente de la República, la de facultad de representar extrajudicialmente al Estado en la respectiva región, precepto que justamente invocan los recurrentes. Pero esta disposición sólo le otorga al intendente dicha competencia cuando, en esta calidad, ejerce la representación extrajudicial de la región, y no la judicial que, en consecuencia, corresponde a las reglas generales aplicables al Poder Ejecutivo.

El Título 2º de la ley N°19.175 se refiere a la administración de la región, que siguiendo a la Carta Fundamental estará radicada en un gobierno regional, "que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de ella" (artículo 13). Los artículos 16 y siguientes mencionan sus funciones, y el capítulo III señala sus órganos, destinando el párrafo 1º al Intendente quien "será el órgano ejecutivo del Gobierno Regional y presidirá el consejo regional". El artículo 24 menciona las atribuciones del Intendente, y entre ellas figura la letra h), que le otorga la de "representar judicial y extrajudicialmente al gobierno regional, pudiendo ejecutar los actos y celebrar los contratos de su competencia o los que le encomiende el consejo".

Para nuestra tesis es crucial lo que se analiza en el considerando sexto, el cual se hace cargo del análisis de la distinción que existiría entre un acto de la Administración y un acto de gobierno.

En particular el considerando sexto de esta sentencia establece que "en consecuencia, para resolver quién tenía la legitimación pasiva en el caso de autos, es fundamental, como lo hizo la sentencia recurrida, determinar si nos encontrábamos ante un acto de gobierno o de administración. Si se tratara de un acto de la Administración, la legitimación pasiva le correspondería al Intendente y es precisamente eso lo que determinó la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por cuya razón rechazó la demanda dirigida en contra del Fisco. En cambio, si se tratara de un acto de gobierno, el Intendente no habría tenido la representación judicial del Estado, por lo cual habría estado bien demandado el Fisco.

Una vez dilucidado lo anterior, en su considerando séptimo la Corte Suprema razonó, al igual que la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que el tema sobre el

cual versa el asunto no se trata de un acto de gobierno, sino que se trataba de un acto de la Administración, y que, en consecuencia, la demanda debía rechazarse por cuanto el Fisco no era el legítimo contradictor en esta materia.

Para ello, sostuvieron que esta calificación, entre actos administrativos y actos de gobierno, corresponde a una facultad soberana de los jueces de fondo y, por tanto, escapa a la revisión de este tribunal de alzada, razón por la cual deberá ser rechazado el recurso de casación en el fondo en lo que se refiere a este capítulo.

Sin perjuicio de lo señalado, la Corte señaló que el acto de contratar fletes para particulares a fin de contribuir al abastecimiento normal de un territorio alejado, como es la Isla de Pascua o la Patagonia, constituye un acto de administración, encuadrado claramente entre las atribuciones que la ley señalada otorga a los órganos del gobierno regional, razón por lo cual en caso alguno pueden considerarse infringidos los preceptos que se señalan vulnerados al plantear los recurrentes esta causal para el recurso de casación en el fondo.

Ahora bien, respecto a la segunda causal de casación, ésta igualmente debe rechazarse, por cuanto, si el Fisco carece de legitimación pasiva, la demanda de todos modos no podría prosperar, por muy efectivas que fueran las infracciones invocadas por los recurrentes por este capítulo de su recurso. En otras palabras, carece de importancia, respecto al Fisco, si hubo perjuicios o no y el monto posible de ellos, porque aun cuando se aceptará que el fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso comete los errores que se le atribuyen, ello no empece en el caso de autos al Fisco y, por ende, debe discutirse con quien a derecho corresponda. Incluso la Corte de Apelaciones invocó dicho argumento, por lo que la infracción que se le atribuye, en caso alguno, influye en lo dispositivo del fallo y, por ende, la pretensión debió rechazarse.

De esta forma, y siguiendo los argumentos lógicos esgrimidos por los ministros de la Excelentísima Corte Suprema, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducida en autos para efectos de resarcir el perjuicio que se produjo en el caso de autos.

Lo importante para nosotros es reiterar que se recogió la distinción existente entre actos de gobierno y actos de la Administración, por cuanto se estimó por la Corte que estos son actos de naturaleza absolutamente diferente, cuyas diferencias radican, esencialmente, en el hecho de que existen diversas funciones, entre las cuales se encuentran la función de administrar y la función de gobernar ejercidas por órganos constitucionalmente independientes.

5. Caso de Particulares contra Ministro Secretario General de la Presidencia, Intendente de la X Región de Los Lagos, Douglas Tompkins, Corporación The Conservation Land Trust e Inmobiliaria Cuarenta Grados Sur S.A.

ROL	8.579-2003
TRIBUNAL	Corte de Apelaciones de Santiago
MATERIA	Recurso de Protección
PARTES	Particulares contra Ministro Secretario General de la Presidencia, Intendente de la X Región de Los Lagos, Douglas Tompkins, Corporación The Conservation Land Trust e Inmobiliaria Cuarenta Grados Sur S.A
FECHA DE LA SENTENCIA	20/05/2005
SENTENCIADORES	Dictada por la Quinta Sala de esta Corte, presidida por el Ministro señor Víctor Montiglio Rezzio y conformada por el Ministro señor Carlos Gajardo Galdames y por la Abogada Integrante señora Paulina Veloso Valenzuela.

El presente caso versa sobre un recurso de protección interpuesto por particulares (entre los cuales destacan los Senadores de la República de la circunscripción que atañe el territorio) en contra de Francisco Huenchumilla Jaramillo, Ministro Secretario General de la Presidencia, de Patricio Vallespín, Intendente de la

Décima Región de Los Lagos; de Douglas Tompkins, empresario; Pedro Gutiérrez Philippi, representante de la Corporación The Conservation Land Trust; y de la sociedad Inmobiliaria Cuarenta Grados Sur S.A., con ocasión del acto denominado "complemento a bases de acuerdo de 1997", suscrito por los recurridos el 9 de diciembre de 2003, mediante el cual asumen una serie de acciones futuras que deberán efectuar el Gobierno de Chile y los privados firmantes con el objeto de materializar la creación de un parque denominado "Parque Pumalín", acto que estima ilegal y arbitrario que atenta en los términos prescritos por el artículo 20 de la Carta Fundamental, en contra de las garantías constitucionales contempladas en los artículos N.º 2, N.º 8, N.º 20, N.º 21 y N.º 24, y pide que se acoja el recurso, resolviendo que se deja sin efecto el denominado "complemento a bases de acuerdo de 1997", sin perjuicio de que se adopten las medidas que el tribunal estime pertinentes en conformidad a derecho, con costas.

Los particulares fundaron el recurso en el hecho de que "el ciudadano norteamericano señor Douglas Tompkins ha realizado un conjunto de inversiones en Chile al amparo del Estatuto de Inversión Extranjera contenido en el Decreto Ley 600 del año 1974, existiendo a la fecha siete contratos de inversión extranjera suscritos por el señor Tompkins y sus empresas relacionadas con el Estado de Chile, los cuales corresponden a cinco inversiones distintas; todas las cuales tienen en común su finalidad, consistente en adquirir predios forestales en las regiones del sur de Chile, y que utilizando el mecanismo ya señalado el señor Tompkins y sus empresas, se han hecho dueños de extensos predios ubicados en las regiones X, XI y XII, los cuales alcanzan una extensión de 600.000 hectáreas a la fecha, y que en dicha zona el señor Tompkins ha manifestado su intención de materializar un parque privado, denominado 'Parque Pumalín', cuya extensión abarcaría más de 296.000 hectáreas, ubicado específicamente en las Comunas de Hualaihué, Chaitén y Cochamó, Provincia de Palena, sector de Chiloé continental, X Región de Los Lagos".

Señalan que "la adquisición masiva de terrenos por el señor Tompkins y entidades relacionadas, agudizó y generó una serie de problemas existentes en los sectores

donde tales inmuebles se encuentran ubicados”. Es así como se observa: “Que se agudiza un proceso de despoblamiento progresivo en el sector donde se ubican las propiedades de las referidas adquisiciones; Que se genera un creciente aislamiento y consecuencial desmedro en la calidad de vida de los colonos en la zona; Que surgen nuevas dificultades para que agentes del Estado puedan acceder a los terrenos adquiridos por Tompkins; Que aparecen nuevas dificultades para llevar a cabo obras de infraestructura que permitan unir vía terrestre diversas localidades ubicadas entre los terrenos objeto de las adquisiciones ya señaladas; Que surgen nuevas dificultades para llevar a cabo obras vinculadas a servicios que beneficien a personas que vivan en localidades adyacentes o cercanas a los terrenos objeto de las adquisiciones referidas; Que se generan nuevas dificultades en materia de control de fronteras y seguridad, toda vez que una considerable área de los terrenos objeto de las adquisiciones señaladas abarcan zonas fronterizas o limítrofes entre Chile y Argentina; Que surgen nuevas dificultades para el desarrollo y control de la actividad pesquera y acuicultura, toda vez que una considerable área de los terrenos objeto de las adquisiciones referidas son adyacentes al mar, sin perjuicio de abarcar grandes extensiones de aguas interiores; y Que se pone de manifiesto el problema relativo a la regularización de títulos de propiedad entregados a los colonos de la zona, el cual se agudiza al detectarse situaciones de superposición de los títulos correspondientes a dichos colonos con aquellos adquiridos por el señor Tompkins”.

Indican que “en atención a la gravedad de los problemas derivados de la masiva adquisición de terrenos ya referida, se suscribió un documento denominado ‘bases de acuerdo de 7 de julio de 1997’, entre el Ministro Secretario General de la Presidencia de la época, el señor Douglas Tompkins y la entidad relacionada con este último, denominada Bosque Pumalín Foundation, y que la intención declarada de quienes firmaron tal instrumento era la materialización de un parque denominado Pumalín en el sector ya especificado de Chiloé Continental”.

Los recurrentes señalaron que, mediante este documento, los firmantes se comprometerían a realizar un conjunto de acciones que de acuerdo a los recurrentes no se cumplieron en la práctica.

Agregan que “durante el año 2002 se hizo público un conjunto de negociaciones entre el Poder Ejecutivo y el señor Tompkins y personas relacionadas, a fin de establecer un régimen que en definitiva permitiera la creación del denominado Parque Pumalín y que el día 9 de septiembre de 2003, mediante un instrumento denominado ‘complemento a bases de acuerdo de 1997’ que es objeto de la presente acción constitucional se asumen una serie de acciones futuras que deberán efectuar tanto los privados firmantes como ‘el Gobierno de Chile’ con el objeto de ‘materializar la creación de un parque denominado Parque Pumalín’”.

Precisan que “en el texto del documento se expresa la voluntad de quienes suscriben, entre quien se incluye el Ministro Secretario General de la Presidencia en representación del ‘Gobierno de Chile’, de materializar el proyecto ‘Parque Pumalín’. Una de las condiciones establecidas para ello, es que una parte sustancial del área cubierta por el proyecto sea declarado como santuario de la naturaleza en conformidad a lo establecido en la ley 17.228, lo que debe ser sancionados mediante un decreto del Ministerio de Educación, previa aprobación del Consejo de Monumentos Nacionales; ambos órganos de la administración de Estado que no concurren al referido acto”.

A su vez, destacan que el Gobierno de Chile manifestó su voluntad de que se materialice el denominado ‘Parque Pumalín’. Además, estipularon la “creación de una fundación denominada Pumalín, administrada por un directorio integrado entre otros, por un miembro designado por el Intendente de la X Región”.

Manifestaron los recurrentes que el acto impugnado denominado “complemento a bases de acuerdo de 1997” es ilegal por los siguientes argumentos:

- i. Viola el principio de juridicidad al que deben sujetarse los órganos de la Administración del Estado. Estiman que el “Ministro Secretario General de la Presidencia y el Intendente de la X Región son incompetentes para

estipular sobre disposiciones de bienes fiscales, materia que corresponde al Ministerio de Bienes Nacionales, de conformidad a la Ley Orgánica del Ministerio de Bienes Nacionales, contenida en el decreto ley 3.274 del año 1980”.

- ii. Estiman que tanto el Ministro, como el Intendente de la X Región, no se encuentran legitimados para estipular sobre la disposición o transferencia gratuita de los bienes fiscales.
- iii. Que carecen de competencia para estipular la declaración como Santuario de la Naturaleza de un determinado proyecto, lo que en derecho corresponde al Ministerio de Educación, previo pronunciamiento del Consejo de Monumentos Nacionales establecido y regulado en la ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales.
- iv. Que carecen de facultades para estipular sobre la exención de Impuesto a las Donaciones establecidas en la ley 16.271, materia que sólo compete al Presidente de la República de acuerdo al numeral 16 del artículo 18 de la referida ley, y
- v. Que carecen de competencia para pactar la participación del Estado en la futura fundación de nombre “Pumalín”.
- vi. Además estiman que “en atención a que la voluntad de la administración no se ha manifestado en forma legal” y, de esta forma, no cumpliría con los requisitos establecidos para la validez de un acto administrativo.

Respecto a los particulares que concurrieron a la celebración del acuerdo complementario, estimaron los recurrentes que incurrieron en ilegalidad, ya que, a su juicio, “violan las normas legales a las que se encuentran sujetos para estipular válidamente, sobre permutas, transferencias, donaciones y actos de transferencia gratuita sobre bienes fiscales; materias que corresponden a facultades entregadas por la ley a los órganos de la administración”.

De esta forma, estimaron que el acto materia del recurso es arbitrario, toda vez que:

- i. A la luz “de los antecedentes existentes, aparece como una resolución desproporcionada, no gobernada por la razón ni la prudencia, ya que no es lógico ni razonable que se establezcan condiciones y trabas no contempladas por la ley para llevar a cabo las medidas necesarias a fin de garantizar la integridad territorial de la República y quedar sujeto a la adopción de acuerdos por el directorio de una fundación controlada por una corporación extranjera”;
- ii. “Que se acuerden transferencias gratuitas de bienes fiscales en los que se encuentran proyectados la realización de caminos públicos a una fundación privada controlada por una corporación extranjera”;
- iii. “Que la autoridad no actúe con la previsión exigible en atención a los antecedentes de hecho con que se contaba al momento de suscribir el acto objeto del presente recurso”;
- iv. “Que se estipule la transferencia gratuita de bienes fiscales a una corporación norteamericana a fin de que dicha entidad con posterioridad haga donación de ellas a una fundación que a la fecha no existe”;
- v. “Que se acuerde la transferencia de bienes fiscales a una fundación privada para la creación de un parque cuyos terrenos serán declarados santuario de la naturaleza, cuando la legislación vigente no contempla en la actualidad la categoría de ‘parque privado’”;
- vi. “Que se estipule la creación de una fundación por una entidad que no concurre a la suscripción del acuerdo la sociedad Empresas Verdes LLC Chile”;
- vii. “Que el acuerdo en el que se comprometen terrenos y acciones ubicados en las Regiones X y XI sea suscrito sin que concurra ningún representante de la comunidad”;
- viii. “Que se suscriba un acuerdo en el que se comprometen importantes acciones y vastos terrenos fiscales, contrariando las aprensiones expresadas únicamente por diversos órganos representativos”; y,
- ix. “Que se suscriba un acuerdo que estipula el declarar como santuario de la naturaleza vastas zonas del sur austral de Chile, sin adoptar las medidas

tendientes a garantizar que no se produzca despoblamiento, y que garanticen eficazmente la seguridad interna y externa del país”.

Por último, consignan los recurrentes que el acto impugnado amenaza y perturba las siguientes garantías constitucionales: el derecho de propiedad, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a recibir un trato igualitario, el derecho a la igualdad ante los cargos públicos y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y su preservación.

Lo importante para el objeto de nuestro estudio es lo esgrimido por los recurridos, quienes estimaron que “el recurso interpuesto en contra del acuerdo complementario suscrito por el gobierno y el señor Douglas Tompkins omitió realizar una explicación o descripción de lo que actualmente es el Parque Pumalín, lo que lleva a una errónea apreciación de la realidad y, por ende, a hacer creer que el referido parque existirá o será una consecuencia del acuerdo impugnado, atribuyendo a este efectos y alcances que no tiene, ni ha podido tener”. De esta forma, precisan que el acto impugnado denominado “Complemento de bases de acuerdo del año 1997”:

- i. “Es un acuerdo, una manifestación conjunta de voluntades, que tiene dos partes, de un lado concurren dos representantes del Gobierno de Chile: el Ministro Secretario General de la Presidencia y el Intendente de la X Región, y de otro, Douglas Tompkins y The Conservation Land Trust”;
- ii. “Que tiene un carácter complementario a otro del año 1997, celebrado entre el gobierno, por una parte y Douglas Tompkins y las entidades que se mencionan en el documento denominado bases de acuerdo suscrito en 1997”;
- iii. “Que tiene un contenido específico que resume en tres aspectos esenciales:
 - a. El acuerdo establece la posibilidad que el Fisco transfiera o done ciertas tierras, y que The Conservation Land Trust done, a su vez, al

Fisco, otras hectáreas; con el fin de concluir el saneamiento de los títulos de dominio de ciertos colonos;

- b. El acuerdo establece los pasos necesarios para que las propiedades que van a constituir el Parque Pumalín, que hoy están en manos de Tompkins y de The Conservation Land Trust, sean transferidas a una fundación chilena cuyo objeto sea crear, mantener y administrar dicho parque; y en tercer lugar,
- c. El acuerdo se preocupa de garantizar el tránsito por los terrenos del Parque Pumalín, para lo cual se reconocen los actuales usos y costumbres en materia de tránsito y se reafirma la voluntad del gobierno de proyectar y construir los caminos públicos que sean necesarios para garantizar la comunicación vial en la zona; y que no es auto ejecutable, en el sentido que de él emanen derechos y obligaciones, ya que se trata de un acto de programación, pues fija un calendario, una secuencia de actos que el particular se compromete a realizar y que los órganos de la administración competentes una vez requeridos, y conforme a sus propias potestades, procederán en la medida que se cumplan las disposiciones legales y reglamentarias vigentes.

Por lo anterior, se rebatieron los argumentos planteados por los recurrentes en el sentido de considerar que el acuerdo complementario contemplaría un contrato de permuta en cuya virtud el Fisco habría adquirido la obligación de gestionar determinados actos "lo que comprobaría que este concierto tendría el carácter de un acto administrativo".

En cuanto al fondo, son precisos al sostener, que el instrumento "complemento a bases de acuerdo de 1997" impugnado, sólo contiene cláusulas que comprometen la colaboración voluntaria del gobierno para la concreción de los objetivos tenidos en vista, siempre supeditada a que éstos contribuyan a la concreción del interés general que se busca resguardar y que en ningún caso impone obligaciones para

los órganos de la Administración, ni dispone sobre potestades de éstos o sobre normativas legales o reglamentarias de ninguna índole.

Ahora bien, lo trascendental viene dado por lo siguiente; “precisan que el acuerdo impugnado no constituye manifestación de la función administrativa, ni tampoco tiene la naturaleza jurídica de acto administrativo que pretende atribuírsele, sino que es una directa emanación de la función de gobierno que compete al Presidente de la República con la directa colaboración de sus ministros de Estado, que adopta la forma administrativa de un acuerdo o convenio de colaboración, reuniéndose en él todos los presupuestos que le otorgan tal naturaleza”; es decir, que tanto “el contenido como las características del acuerdo complementario permiten constatar que éste se enmarca perfectamente en el concepto de acto de gobierno, y de igual modo, descarta que tenga la naturaleza de un acto simplemente administrativo, como erróneamente sostienen los recurrentes”.

Por ello, son categóricos al concluir que “el acto impugnado constituye un acuerdo político consensuado en ejercicio de la facultad de gobierno que tiene por objeto salvaguardar intereses superiores del Estado y la comunidad, y que la forma que ha adoptado, es perfectamente válida y constitucionalmente legítima para un acto de gobierno institucional, autorizado por el Presidente de la República y suscrito por sus colaboradores más directos, un ministro de Estado y un intendente regional”. En concordancia con lo anterior, son enfáticos al establecer que “no se ha invadido competencia de otros organismos públicos que deben intervenir en la materialización de los acuerdos políticos adoptados, puesto que del texto del acuerdo complementario se desprende que el Ministerio de Bienes Nacionales mantiene su competencia exclusiva y excluyente en materia de disposición de bienes fiscales, el Ministerio de Educación en materia de declaración de santuario de la naturaleza de un territorio determinado, el Ministerio de Justicia en materia de otorgamiento de personalidad jurídica a las fundaciones de Derecho Privado o el Presidente de la República respecto de ciertas exenciones tributarias en materia de donaciones o transferencia”.

Por lo mismo señalaron, a modo de respuesta de lo señalado por los recurrentes, que del mismo acuerdo complementario es posible desprender que “se asegura la integridad del territorio del Estado, la mantención de los caminos y el futuro del desarrollo vial de la zona, y que la facultad de expropiar sigue vigente”. Es decir, reafirman la idea que este acto tuvo por objeto salvaguardar los intereses nacionales.

Ahora bien, en relación a los argumentos señalados en el sentido de que el acuerdo complementario impugnado amenazaría el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales contempladas en el artículo 19º de la Constitución, sostuvieron que “los hechos denunciados no configuran una amenaza, en razón de que el principal cuestionamiento de los recurrentes y que les sirve de base para afirmar que existe una amenaza a las diversas garantías constitucionales invocadas, es que no se salvaguarda la franja necesaria para la construcción de caminos públicos, lo que no es efectivo ni es actual, puesto que, por una parte, los términos del acuerdo salvaguardan la construcción de los caminos públicos, al convenirse que el trazado de terreno que se encuentra destinado o que en un futuro se destine a caminos públicos, no estará afecto a la administración y normativa que supone la declaración de un santuario de la naturaleza, por lo que no es efectivo el argumento de los recurrentes, en orden a que previamente se deberán desafectar los terrenos, para luego construir los caminos públicos, y por otra, la construcción de caminos públicos que demandan los recurrentes dependen de las condiciones de carácter técnicas, presupuestarias y legales pertinentes, todas las cuales son ajenas al acuerdo, y la situación actual de la región es que no se dispone de caminos”. De esta forma, estiman que no existe tal conculcación de las garantías mencionadas.

Conviene tener presente que parte primordial de sus descargos fueron hechos respecto a las supuestas ilegalidades que habrían cometido el Ministro y el Intendente de la Región de Los Lagos al celebrar el acuerdo complementario, y que se hace consistir en que “habrían excedido sus respectivas esferas legales de competencia y que no habrían respetado el procedimiento al que esta especie de

actos se encontrarían sujetos”. Sobre el particular son tajantes al señalar que “los recurrentes han confundido un acuerdo en que el Gobierno de Chile manifiesta su voluntad política y se compromete a colaborar en la obtención de un cierto interés público, como lo es la creación estatutaria del Parque Pumalín, con los actos jurídicos particulares, mediante los cuales eventualmente se materializará dicha voluntad política, que en el acuerdo complementario se establece que el gobierno se compromete, dentro de la esfera de sus facultades y con estricto apego a la legislación vigente, a colaborar para que dichas acciones puedan llevarse a cabo por los organismos competentes, quienes también deberán actuar dentro de la legalidad que los rige”.

Ahora bien, el considerando decimocuarto se hace cargo de la naturaleza misma del acto impugnado, en cuanto estima que es “la manifestación de voluntad formulada por el Ministro Secretario General de la Presidencia y el señor Intendente de la Décima Región”, de esta forma, se desecha el argumento esgrimido por los recurrentes en orden a estimar que “no es la expresión de la función administrativa ni constituye un acto administrativo sujeto a las formalidades que la ley prescribe para dichos actos, sino que, como lo sostiene los recurridos, constituye un acto emanado del ejercicio de la función de gobierno, por lo que tiene la naturaleza de un acto de gobierno que no se encuentra sujeto a una forma predeterminada ni requiere expresarse a través de figuras jurídicas típicas, sino que puede adoptar aquella forma que mejor sirva a las finalidades políticas propias, determinación que efectúa el gobierno en un marco de discrecionalidad y que se inserta en la facultad que el artículo 24 de la Constitución Política de la República otorga al Presidente de la República: “El gobierno y la administración del Estado comprende al Presidente de la República quien es jefe de Estado’, y que su autoridad ‘se extiende a todo cuanto tiene por objeto el orden público en el interior y la seguridad externa de la República de acuerdo con la Constitución y las leyes”.

De esta forma, junto con consagrar la naturaleza jurídica del acto impugnado, estableciéndose que se trata de un acto de gobierno, junto con lo anterior se

atribuyeron características propias e inherentes a esta especial naturaleza de actos. En efecto se destaca que dichos constituyen:

- i. Una emanación del ejercicio de la función de gobierno,
- ii. Que, en caso alguno, se encuentra sujeto a formalidad alguna, pudiendo ser expresados o ejercidos ya sea, por el titular de la potestad o por colaboradores directos e inmediatos de él, sujetos expresamente facultados al respecto,
- iii. Por ende, puede adoptar la forma que mejor sirva a las finalidades políticas propias,
- iv. Que el ejercicio de ellas está sujeto a la discrecionalidad que efectúa el órgano y, por último,
- v. Que se inserta en la facultad que el artículo 24 de la Constitución Política de la República le otorga al Presidente de la República.

En efecto señalan que el Ministro Secretario General de la Presidencia concurrió a suscribir el acuerdo desempeñando las funciones que le señala el artículo 33 de la Constitución que previene que "los ministros de Estado son los colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República en el gobierno y administración de Estado", principio que se reitera en el artículo 22 de la ley N° 18.575, y en la ley que creó el Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República; y el Intendente de la Décima Región de Los Lagos concurre, a su vez, en su calidad de representante del Presidente de la República en la región, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2º letra a) de la ley 19.175 Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional y Provincial.

En lo que respecta al por qué de la participación de las autoridades gubernamentales en este acuerdo, se vislumbra otra de las características inherentes a esta especial clase de actos. Y es que dichas decisiones se encuentran destinadas a cautelar asuntos de alto interés general, esto es, el desarrollo sustentable del país, la preservación del ambiente y de sus

ecosistemas, el desarrollo humano e integración armónica con el entorno, la promoción cultural y turística, la continuidad territorial y libre circulación.

Para finalizar, se concluyó que, habiendo actuado tanto las autoridades como los particulares en uso de sus facultades, ajustándose en todo a la legislación vigente, “el acto objeto del recurso no ha sido arbitrario ni ilegal, todo lo cual lleva a concluir que en la especie no concurre el requisito básico y primordial de procedencia del recurso deducido, esto es, la existencia de un acto ilegal y arbitrario”.

De esta forma, no concurriendo en la especie el requisito mencionado, y no siendo los demás antecedentes trascendentales a la hora de desvirtuar la conclusión de lo anterior, y visto lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y artículos 1º, 5º y 10º del Auto Acordado de la excelentísima Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección, se declara sin lugar el recurso de protección deducido.

6. Caso de Federación de Trabajadores Portuarios de Arica contra Guillermo Díaz Silva.

ROL	4.737-2005
TRIBUNAL	Corte de Apelaciones de Arica
MATERIA	Recurso de Protección
PARTES	Federación de Trabajadores Portuarios de Arica contra Guillermo Díaz Silva
FECHA DE LA SENTENCIA	06/09/2005
SENTENCIADORES	Pronunciada por la Novena Sala, presidida por el ministro señor Juan Araya Elizalde y conformada por el ministro señor Mauricio Silva Cancino y el abogado integrante señor Oscar Herrera Valdivia

La sentencia dictada con fecha 06 de septiembre de 2005, tuvo por objeto fallar el recurso de protección impetrado por los señores Miguel Figueroa Blanco, René Salas Bustos, Juan Saldías Mercado y por Amílcar Guerra Gómez, todos trabajadores portuarios, dirigentes de la Federación de Trabajadores Portuarios de Arica (en adelante, "FETRAMAPORA").

Por su parte, los recurrentes fundaron su recurso señalando que con fecha 19 de marzo de 2005, por publicación en el diario La Estrella de Arica, tomaron conocimiento de que el Gobierno acordó entregar los beneficios a FETRAMAPORA, organismo que no intervino en la suscripción de acuerdo inicial y que a ellos le informaron que no existían beneficios para ningún miembro de su federación durante un año. Argumentaron los dirigentes portuarios que los beneficios aducidos ingresaron a su propiedad y el desconocimiento que están haciendo los recurridos, es una expropiación ilegal e inconstitucional. Los recurrentes señalaron que, en cuanto al grado de conocimiento de los hechos esgrimidos, "el Subsecretario General de la Presidencia Rodrigo Egaña Barahona, al comprometerse a entregar beneficios a terceros con cargo a los asignados a su federación y el intendente Patricio Zapata, negaron el auxilio e interlocución comprometida por el acuerdo citado y el Seremi Jorge Cáceres Godoy, participó porque reafirmaron el acuerdo de marzo de 2005 conociendo el del 23 de abril de 2004".

Por ello, los recurrentes consideraron vulneradas las garantías constitucionales de los N° 2, 16, 22 y 24 del artículo 19° de la Constitución, para quienes "la firma del acuerdo de marzo de 2005 implicó la privación, perturbación o amenaza a sus derechos de propiedad, al desconocerles los derechos que el acuerdo marco les reconoció y que ingresaron en consecuencia a su patrimonio". En sus palabras, la firma del documento fue una verdadera expropiación ilegal en su perjuicio, vulnerándose el derecho de igualdad ante la ley y la garantía de no discriminación arbitraria, porque el acuerdo complementario autorizó el otorgamiento de los beneficios solo a un grupo de trabajadores determinados y no a todos los

perjudicados en similar situación en forma proporcional e igualitaria, constituyéndose exclusiones arbitrarias.

Por ello es que el Subsecretario General de la Presidencia expuso que el acto impugnado no es unilateral en caso alguno, pues se trata de un acuerdo y, por ende, no puede ser considerado como un acto administrativo, que por esencia es un mandato unilateral. Por ello, es que el Subsecretario General de la Presidencia precisó la distinción entre un acto de gobierno y un acto de Administración, en atención a lo consagrado en los artículos 24 y 100 de la Constitución y a la Ley de Bases de la Administración.

En sus palabras, la naturaleza de un **acto de gobierno** se circunscribe al hecho de que es ejercido:

1. En atención a sus consideraciones políticas,
2. Que la responsabilidad que de ellos derivan es limitada,
3. Que su ejercicio es esencialmente discrecional y, por ende, que
4. **Escapan al control judicial.**

Reflexionó el Subsecretario que su motivación fue la necesidad de resguardar altos intereses del Estado, por lo que su finalidad estuvo orientada a precaver el orden y la seguridad del Estado y su normal funcionamiento. Hizo presente, de esta forma, que el acuerdo no es autoejecutable sino más bien un acto de programación, pues fija un listado preciso y determinado de beneficios que el Gobierno se compromete a otorgar el año 2005 pero en la medida que se dé cumplimiento al acuerdo marco del año 2004.

De esta forma, el recurrido sostuvo que el recurso es del todo improcedente por:

- i. Ser extemporáneo, porque el verdadero origen de los supuestos actos arbitrarios e ilegales está en el acuerdo del 23 de abril de 2004 y no en el complementario de 9 de marzo de 2005.
- ii. Porque se pide sentencia constitutiva en vez de declarativa toda vez que solicita que se le reconozcan sus derechos adquiridos con ocasión del acuerdo suscrito el 23 de abril de 2004.

- iii. Falta de legitimación activa. Al respecto señala que los recurrentes no son personas individualizadas sino que una agrupación que no reúne los requisitos del ius postulandi. De esta forma, no se trata de una acción popular sino de una acción personal, la cual sólo corresponde al afectado, es decir, al que sufra concreta y efectivamente privación, perturbación o amenaza en sus derechos fundamentales y en su patrimonio.
- iv. El recurso discute el mérito del acuerdo, atribuyéndole supuestas motivaciones políticas de parte de la autoridad para suscribir el acuerdo complementario, imputándole intenciones dolosas de favorecer a un grupo de trabajadores en desmedro de otros, no impugnándose una supuesta inexistencia sino que la intención que tuvo en dicho evento la autoridad al suscribir el acuerdo complementario y, al efecto, hace presente que hay acuerdo doctrinario y jurisprudencial en señalar que las consideraciones de mérito forman parte de la libertad configurada a la autonomía misma del órgano del cual emana, por lo tanto, ajenas al control de los tribunales de justicia, al menos a través de la acción de protección.
- v. No existiría nexo causal entre la actuación y el resultado imputado a la violación de la garantía.

Es más, agregó que el recurso asumió que el acuerdo de marzo de 2005 vulneró derechos adquiridos por los recurrentes al desconocerles beneficios otorgados en el mismo acuerdo marco de 23 de abril de 2004, pero el acuerdo complementario en nada afecta ni innova respecto del contenido del acuerdo marco, en cuanto a los beneficios a otorgar, así como en las condiciones y obligaciones que deben cumplir los destinatarios. De esta forma, el acuerdo no provoca los efectos que el recurso pretende atribuible, tan sólo regula la implementación del acuerdo marco respecto de un grupo específico de trabajadores portuarios de la ciudad nortina, pero no las expectativas de otros trabajadores del sector, incluidos los que integran la FETRAPA, para optar a la obtención de los beneficios señalados en el acuerdo marco de abril de 2004, si cumplen los requisitos para ello.

En cuanto al fondo esgrimió el Subsecretario que en el recurso no se señaló la norma legal infringida, ni imputación clara por parte de los recurrentes acerca de la forma en que la autoridad incurrió en la supuesta ilegalidad; es más, agregó que se estuvo en presencia de un acto de gobierno acto que estableció una secuencia de actos que deben realizar órganos de la Administración del Estado y los particulares que lo suscriben, de acuerdo al procedimiento administrativo y a sus competencias. En atención a la naturaleza del acto es que este, en forma alguna, se encuentra sujeto a una forma predeterminada, ni requiere expresarse a través de figuras típicas. Los Subsecretarios actúan en representación del Gobierno de la nación y ninguno de los acuerdos infringe el ordenamiento jurídico, porque han sido suscritos por los órganos de la Administración competentes, adoptando compromisos gubernamentales programáticos, destinados a ser ejecutados por otros organismos, en la forma que prescribe la ley; que el acuerdo impugnado sólo reitera el objeto y finalidad también prevista en la ley, la cual es precaver conflictos de trabajadores portuarios que pudieren verse afectados por la licitación del Puerto de Arica para mantener, de esta forma, la paz social de la comunidad, otorgando cobertura a los trabajadores directamente afectados por su desvinculación laboral posible.

Señalaron, de esta forma, que el acuerdo no es arbitrario, que de él no se sigue la consecuencia alegada por los recurrentes, esto es, una denegación de los beneficios asistenciales convenidos en el acuerdo marco de abril de 2004 sino que, por el contrario, se reafirmó su compromiso de dar cabal cumplimiento al convenio marco fijando cantidades de microempresas y pensiones de gracia que se otorgarían durante el año 2005, sin que se excluya, en forma alguna, a los recurrentes de la posibilidad de acceder a ellos.

De esta forma razona que la celebración del acuerdo no afectó la libertad de trabajo, ya que los trabajadores pudieron buscar un empleo y ser contratados en otro lugar, no impidiendo su libertad laboral sino que, por el contrario, les otorga herramientas para un mejor ejercicio de su derecho, no vulnerando el derecho de propiedad porque la sola suscripción del convenio no genera a los trabajadores

derechos de propiedad sobre los beneficios. Precisa que con ello solo tienen meras expectativas y no puede hablarse de existencia de derechos de propiedad y menos de su vulneración, puesto que para ello tendría que producirse un hecho idóneo que los incorporase a su patrimonio, por lo que tampoco hay vulneración de la igualdad ante la ley, porque ésta no está constituida por otorgar a cada organización lo mismo, sino por tratarlas del mismo modo, además, ninguno de los acuerdos suscritos es relativo exclusivamente a los trabajadores sindicados, es para los trabajadores de Arica que resulten afectados con la licitación.

Agregó que “FETRAPA obviamente apunta a su disconformidad porque se firmó otro acuerdo con otra federación, el malestar es jurídicamente irrelevante, ya que tienen las mismas posibilidades que FETRAMAPORA”.

Se sostiene, a su vez, que no existió discriminación arbitraria, puesto que se ha respetado un procedimiento igualitario para negociar con las diversas organizaciones laborales involucradas, sin diferencias, respetando sus intereses y dándoles oportunidades para manifestar sus peticiones.

Concluye que, el hecho de que se haya terminado de distinto modo los diversos procesos de negociación, es consecuencia del fiel respeto con que se han tratado a las organizaciones sindicales, al evitar el gobierno imponer una solución única y uniforme.

A fojas 104 informaron los señores Guillermo Díaz Silva y Jorge Cáceres Godoy, Subsecretario de Transporte y Secretario Regional Ministerial de Transporte y Telecomunicaciones de la Región de Tarapacá, recurrido en estos autos, quienes, en síntesis, argumentaron que es improcedente la acción constitucional de protección para obtener la declaración de derechos o la nulidad de actos, materia que es propia de procedimientos declarativos de lato conocimiento que se discuten en otra sede jurisdiccional. Este es el principal argumento para rechazar el recurso de protección por cuanto no se habla de certeza en los hechos, inclusive es materia que debiese ser fallada dentro de un procedimiento declarativo el cual no existió en el caso comentado.

Como si todo lo anterior no fuere suficiente para rechazar el recurso, afirmaron “la falta de legitimidad activa de los actores, puesto que no gozan de los derechos que pretenden conculcados y la acción cautelar de protección sólo está destinada a proteger derechos palmarios de los cuales sean titulares los recurrentes, como lo ha reconocido la Corte Suprema en fallos que invocan”.

En cuanto al acto recurrido recuerdan que los representantes de FETRAPA y FETRAMAPORA suscribieron con el señor Subsecretario un acuerdo en que estos trabajadores se encontraban también insertos en el programa red de protección especial Puerto de Arica. En ninguno de los acuerdos se señaló que los beneficios serían exclusivos para los afiliados a dicha federación, por cuanto éstos serán entregados a todos los trabajadores que cumplan los requerimientos que el gobierno estableció para esta red de protección. De esta forma, en el acuerdo complementario suscrito por el Subsecretario General de la Presidencia y los representantes de FETRAMAPORA simplemente se reafirmó el compromiso del gobierno en dar cabal cumplimiento a los acuerdos marcos ya suscritos.

De esta forma en el petitorio solicitaron que “se declare que el recurso adolece de manifiesta falta de fundamento, que la acción es improcedente para obtener declaraciones de derechos o nulidades de actos administrativos; que no existe legitimidad activa de los recurrentes ni pasiva de los recurridos; que la red de protección social como el acuerdo complementario se ajustan a la normativa vigente, que no ha habido acto ilegal o arbitrario y que se condena en costas a los recurrentes”.

Luego del análisis de cada uno de los argumentos esgrimidos tanto por los recurrentes como por los recurridos, la Corte razonó y señaló “que a mayor abundamiento no se vislumbra ningún incumplimiento legal o actuación arbitraria en la suscripción del acta de fecha 9 de marzo de 2005 que pudiera privar, perturbar o amenazar el ejercicio de las garantías constitucionales invocadas por los actores, toda vez que el actuar de las autoridades recurridas se ha ajustado a la ley y en ningún caso ha sido arbitrario”.

En razón a todo lo esgrimido anteriormente, se declaró inadmisibile el recurso de protección interpuesto en autos.

Lo importante, es que se consagra la sutil distinción entre actos de la administración y actos de gobierno, siendo estos últimos una subespecie que derivan de la función política del órgano independiente que ejerce tal potestad, tal cual hemos recogido en el desarrollo de este estudio, actuando los órganos en plena concordancia a sus competencias enmarcadas en el marco de legalidad, por lo que dicho acuerdo suscrito es perfectamente encasillable dentro de las características inherentes al acto de gobierno que nos ocupa. De esta forma, dicho mecanismo de impugnación es improcedente dada la naturaleza misma del acto impugnado.

7. Caso de Juan Luis Ulloa Guzmán y otros con Claudio Alvarado Andrade y otros.

ROL	3.975-2007
TRIBUNAL	Corte Suprema
MATERIA	Apelación a un Recurso de Protección
PARTES	Juan Luis Ulloa Guzmán y otros con Claudio Alvarado Andrade y otros.
FECHA DE LA SENTENCIA	18/10/2007

La sentencia dictada por la excelentísima Corte Suprema con fecha 18 de octubre de 2007, la cual falló una apelación a una acción de protección impetrada por los recurrentes, reprodujo la parte expositiva del tribunal de alzada en forma íntegra, limitándose a eliminar y modificar la parte considerativa de esta. Por ello es que en los primeros considerandos se establece cual fue el objeto primordial en sí de la acción de protección, estableciendo la Corte en los primeros considerandos lo siguiente:

“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”;

En cuanto al hecho que los recurrentes de protección consideran que es objeto de reproche, establece 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 , de la indicación sustitutiva formulada por la señora Presidente de la República al proyecto de ley que modificaba 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 ciudadanos chilenos residentes en el extranjero.

Es decir, lo que fue objeto de reproche de parte de los recurrentes es precisamente una función legislativa de la Cámara de Diputados, organismo constitucionalmente competente para el desarrollo y conocimiento de dicha materia en atención al principio de legalidad, en específico, en relación al hecho de haberse realizado o no una modificación sustitutiva al proyecto de ley que modificaba la Ley Orgánica Constitucional sobre votaciones populares y escrutinios, materia que es competencia de la función legislativa de determinados órganos colegisladores, quienes tienen dentro del ejercicio de sus funciones privativas la labor de realizar aquellas labores legislativas.

En específico, el considerando cuarto reprodujo el objeto por el cual los actores incurrieron de protección, en particular “concretamente los actores solicitan que este Tribunal declare que se debe restablecer el imperio del derecho y adopte todas las medidas necesarias para asegurar la plena vigencia de la garantía constitucional de la cual, en su concepto, han sido arbitrariamente privados”. Ahora bien, dicha solicitud fue crucial por cuanto se puso de manifiesto la plena vigencia de la teoría de los actos de gobierno en atención al rol que han de jugar

los distintos poderes del Estado ya que estos realizan funciones de la actividad estatal en atención a su ejercicio, por ello es que luego que la Corte Suprema desarrolla y pondera la controversia, estableciendo inexorablemente en su considerando quinto 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.”

Lo anterior se colige a lo establecido en la parte segunda de esta sentencia en donde la Corte Suprema establece 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. Es decir, la misma Corte establece que existen diversas esferas de actuación de los órganos del gobierno en atención a la función que ellos mismos realizan. En especial, y en atención a los actos de gobierno en sí, junto con la actividad misma de los órganos colegisladoras, se establece que, dado que ellos son fruto de la acción propia de una función política, estos no son susceptibles de revisión por parte de los otros poderes del Estado. De lo contrario, habría una grave intromisión de los distintos poderes del Estado en las labores propias de los otros, vulnerando principios tan básicos como la separación de los poderes del Estado o del principio de legalidad, el cual dentro de sus materias fundamentales proscribiera la intromisión de los distintos poderes del Estado en funciones de competencia de otros.

Es más, y en atención al como procederá dicha actuación, la Corte señaló que “cabe señalar que 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.”

El razonamiento anterior queda de manifiesto en el considerando tercero, el cual realiza una breve síntesis en cuanto al objeto mismo del recurso, por cuanto establece “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 toda lógica.”

En su considerando cuarto, en cuanto a la extensión de la norma misma que consagra el recurso de protección, la Corte Suprema establece 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, atentándose contra la congruencia y unidad que debe tener la Carta Fundamental”. De esta forma, se configura nuevamente la existencia misma de los actos de gobierno, siendo estos caracterizados como aquellos actos realizados por órganos constitucionalmente independientes a los cuales el constituyente les ha brindado una esfera de

actuación exclusiva y excluyente respecto de los demás poderes del Estado para el pleno ejercicio de la función para la cual fueron establecidos”.

De esta forma, y en concordancia a lo establecido por la excelentísima Corte Suprema, nuevamente se puede dar por establecida la existencia de esta especial naturaleza de actos. Esta distinción entre los actos administrativos y los actos de gobierno no es artificiosa, y reviste caracteres que le son particulares a esa clase especial naturaleza de actos, como que estos últimos son fruto de una función que es política, absolutamente distinta a la función de administrar. Cabe destacar que la acción de protección es improcedente al efecto pues, como se consagra en esta sentencia, es difícil ver la materialización de uno de sus principales objetivos, el cual es, el restablecimiento del imperio del derecho.

8. Caso de Control Preventivo de Constitucionalidad de un proyecto de ley que consagra consulta a pueblos indígenas.

ROL	1.050-2008
TRIBUNAL	Tribunal Constitucional
MATERIA	Control de Constitucionalidad de un proyecto de ley que consagra consulta a pueblos indígenas.
PARTES	Cámara de Diputados contra Tribunal Constitucional
FECHA DE LA SENTENCIA	03/04/2008
SENTENCIADORES	Integrado por su presidente Juan Colombo Campbell y los Ministros señores José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres, Enrique Navarro Beltrán y Francisco

Es de vital importancia la sentencia que a continuación se analizará, no solo por cuanto se desarrolla el trámite de la consulta a los pueblos indígenas, sino por cuanto en su considerando duodécimo se habla nuevamente, de forma expresa, de la existencia de los actos de gobierno, esta vez de parte del honorable Tribunal Constitucional.

Pues bien, analizando cada uno de los considerandos podríamos partir estableciendo que, en cuanto a los hechos, que “por oficio N.º 7.273, de 5 de marzo de 2008, la Cámara de Diputados ha enviado el proyecto de acuerdo aprobatorio relativo al Convenio N.º 169 sobre pueblos indígenas, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, de 27 de junio de 1989, a fin de que este Tribunal, en conformidad con lo dispuesto en el N.º 1 del inciso primero del artículo 93 de la Constitución Política, ejerza el control de constitucionalidad respecto de los artículos 6º, N.º 1, letra a), y N.º 2, y 7º, N.º 1, oración segunda, del citado Convenio”;

En el segundo considerando, se reproduce en extenso los argumentos jurídicos que han de servir de fundamento para fundar la competencia de este órgano. En especial se establece que la competencia del Tribunal Constitucional en atención al N.º 1 del inciso primero del artículo 93 de la Ley Fundamental es "Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación.";

En los considerandos terceros y cuarto se reproducen los argumentos normativos que fundan el control preventivo de Constitucionalidad que ha de ser ejercido por el órgano. En especial se establece que “el artículo 6º, N.º 1, letra a), y N.º 2, del Convenio N.º 169, sometido a control preventivo de constitucionalidad, establece:

"Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

“Que el artículo 7º del Convenio sometido a control dispone:

“Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. Lo sometido a control de este último precepto es la oración final, la que se ha destacado en negrillas en el texto recién transcrito”.

Entre los considerando quinto a décimo primero, se analiza y desarrollan los argumentos normativos en cuanto a la competencia de los órganos para el conocimiento de determinadas materias, ya sea de parte del Tribunal Constitucional, Congreso Nacional y de las Municipalidades (en cuanto al objeto mismo de la participación ciudadana como garantía para la población).

En el considerando décimo segundo, a propósito del control de constitucionalidad, se realiza una analogía con lo preceptuado en los considerandos tercero y cuarto; en lo que atañe a nuestro tema de estudio, se habla concretamente de los actos de gobierno.

En particular, el Tribunal Constitucional establece que “las normas sometidas a control, transcritas en los considerandos tercero y cuarto precedentes, regulan materias reservadas por la Constitución a leyes orgánicas constitucionales, en cuanto, en los casos especiales que el propio Convenio contempla, vienen a establecer modos de participación de los pueblos indígenas en los niveles nacional, regional y municipal de administración que, conforme a las normas constitucionales transcritas en los considerandos séptimo a noveno que anteceden, están reservadas a esa clase especial de leyes”.

En efecto, los preceptos consultados pueden obligar a que, en la tramitación interna de leyes, resulte obligatorio a las comisiones legislativas llevar a cabo consultas que, hasta la fecha, eran puramente facultativas, lo que constituye una norma especial modificatoria de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, según ya razonó este mismo Tribunal en el considerando séptimo de su fallo de fecha 4 de agosto de 2000, dictado en los autos rol N° 309.

De igual modo, al establecer una participación consultiva obligatoria no vinculante "en los actos de gobierno", expresión que debe entenderse en un sentido amplio, como sinónimo de ejercicio de potestad pública no jurisdiccional, puede alterar procedimientos administrativos, hacer obligatorio consultar ciertas materias a los consejos regionales y contemplar modos de participación en el ámbito municipal, lo que es materia de las leyes orgánicas constitucionales N.º18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, N.º 19.175, sobre Gobierno y Administración Regional, y N.º18.695, de Municipalidades, respectivamente.

En los considerandos sucesivos se resuelve la contienda de constitucionalidad, tema que escapa al objeto de estudio que nos concierne.

La importancia de este fallo del Tribunal Constitucional es que precisamente recoge la validez y plena vigencia de los actos de gobierno, entendiendo este órgano a aquellos actos como todos aquellos que dada su naturaleza jurídica escapan del control jurisdiccional. Esto podría explicarse, primordialmente, por el principio de separación de poderes del Estado propio de todo estado constitucional de derecho, el cual reza la no intromisión de las distintas funciones

de los órganos del Estado en atención a resguardar aquellas competencias exclusivas y privativas que han sido otorgadas a los órganos por el constituyente en atención a la función que ellos han de desarrollar para lograr, de esta forma, el fortalecimiento del Estado de derecho.

Por otro lado, este fallo es de vital importancia por cuanto el Tribunal Constitucional sostiene que el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT se refiere a materias de ley orgánica constitucional en lo relativo a la participación a nivel local, regional y nacional, por lo que la consulta altera procedimientos administrativos, que en materias legislativas pasan a ser obligatorias de realizar, que la participación consultiva no puede adoptar formas plebiscitarias y que su resultado no es vinculante al no poder afectar atribuciones privativas de fuente constitucional. En conclusión, el Convenio 169 de la OIT sólo puede modificar normas de leyes orgánicas constitucionales, más no la propia Constitución.

9. Caso de Comité Nacional Pro Defensa de la Fauna y Flora contra Fisco de Chile.

ROL	2.299-2009
TRIBUNAL	Corte de Apelaciones de Valparaíso
MATERIA	Recurso de Protección
PARTES	Comité Nacional Pro Defensa de la Fauna y Flora contra Fisco de Chile.
FECHA DE LA SENTENCIA	17/05/2010
SENTENCIADORES	Ministro redactor, Gonzalo Morales Herrera.

La sentencia que a continuación analizaremos tiene como antecedente previo el juicio que se siguió ante el 4° Juzgado Civil de Valparaíso, el cual tuvo como objeto del conflicto establecer si los juzgados civiles son competentes para el conocimiento de la materia que se ventiló.

Ahora bien, la sentencia que habla propiamente de “acto de gobierno” es, precisamente, la sentencia del tribunal de alzada pronunciada por la ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, la cual zanjó la discusión sobre la existencia y vigencia de esta doctrina en nuestra legislación nacional, sin perjuicio que no la hacen aplicable al caso que en autos se ventila, ya que por la naturaleza de los antecedentes y de los hechos expuestos en el proceso quedó de manifiesto que esta teoría es improcedente para el análisis del caso.

De esta forma, la Corte de Apelaciones reprodujo la sentencia apelada dictada por el Cuarto Juzgado Civil de Valparaíso, con fecha 23 de noviembre de 2009, en orden a rechazar el incidente de incompetencia impetrado por los actores.

La parte considerativa de la sentencia de la sentencia que nos atañe, en su considerando primero, expone brevemente los hechos sobre los cuales se fundó la acción impetrada. En ella se expone que estos autos se iniciaron por una demanda de nulidad de derecho público deducida por el Comité Nacional Pro Defensa de la Fauna y Flora (en adelante, “CODEFF”), que corresponde a una corporación privada sin fines de lucro, dirigida en contra del Fisco de Chile con el objeto de que se declare la nulidad de diversas actuaciones del Ministerio de Bienes Nacionales y de la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales de Valparaíso, por considerar que estas son contrarias a derecho. El objeto, tal como reza el primer considerando, está relacionado con el Parque Nacional La Campana dado su gran valor ecológico y cultural, así como también por ser este considerado como una reserva de la biodiversidad dada la gran cantidad de especies autóctonas que esta encierra. La descripción realizada sobre el parque tiene por objeto resaltar la gran variedad de flora y fauna que sus suelos albergan para llegar a los hechos que sobre la causa son realmente relevantes. Se concluyó que el Parque Nacional La Campana es un lugar único de la biodiversidad nacional emplazado sobre un predio Fiscal, el cual en el año 1984 fue declarado, junto a la reserva nacional Lago Peñuelas, como una reserva mundial de la biosfera por la UNESCO.

Sostuvo que el Parque Nacional La Campana, “fue adquirido por el Fisco de Chile, por medio de distintos modos que indica; pero que por una omisión del Ministerio de Bienes Nacionales no se inscribieron los terrenos de extensión del Parque, los que fueron incorporados por el Decreto Supremo del 14 de Junio de 1985, pero esta desidia del Fisco, no es óbice para el dominio Fiscal, ya que no se encontraban, ni se encuentra inscritos a nombre de un tercero”.

Ante ello, la comunidad Mariana Osorio de Olmué reclamó dominio sobre los terrenos que ocupan en las localidades de Granizo y Cajón Grande, sin título alguno, aduciendo supuestos derechos ancestrales, los que han sido poseídos siempre por la Corporación Nacional Forestal (en adelante, “CONAF”) a nombre del Fisco de Chile. Pues bien, el Ministerio de Bienes Nacionales es el órgano encargado de velar por esta especial clase de bienes pero, durante el transcurso del 1993, se acogió a tramitación la solicitud de formación de la comunidad agrícola “Comunidad Mariana Osorio” para que ésta tuviese la personalidad jurídica necesaria para el normal desenvolvimiento de esta en las obligaciones para con el Estado. Dicha solicitud tuvo por objeto principal acceder a dichos terrenos, “todo ello de acuerdo al DFL N° 5 de 1967, el que concluye con un informe técnico, que habilita para adquirir personalidad jurídica y el saneamiento de los terrenos, que permite en un proceso no contencioso civil, para adquirir los derechos sobre los bienes, ello por la resolución exenta 669 del 23 de diciembre del año 1993, mediante la cual se intenta transferir gratuitamente a estas personas naturales, de acuerdo a la referida resolución, 901 Hectáreas, emplazadas en el Parque Nacional La Campana. El total de terreno a regularizar por este concepto es de 1.710 hectáreas, incluidas las 901 hectáreas poseídas por CONAF. Que puede contener la necesidad de desafectar los bienes y en la especie se declaró que no era necesario desafectarlos de la condición de reserva natural.”

Ahora bien, a través del dictamen N° 674, del cinco de enero de 2007, la Contraloría General de la República declaró ilegal el memorando de acuerdo entre el Ministerio de la Secretaría General de la Presidencia con la “Comunidad Mariana Osorio” y en lo conclusivo pidió tener por interpuesta demanda en contra

el Fisco de Chile, y que se declare la nulidad de la resolución exenta N. °669 del año 1993.

Como consecuencia de lo impetrado por aquella comunidad es que el Fisco de Chile solicitó a los tribunales de justicia, esencialmente, que se rechace la petición de nulidad impetrada por los recurrentes. Para ello se allanó parcialmente a la pretensión de la CODEFF, esto en relación a los terrenos que forman parte del Parque Nacional La Campana, “que se encuentran en proceso de regularización del predio Comunidad Mariana de Osorio-Granizo de Olmué, en relación a la causa voluntaria Rol 7646 del Juzgado de Limache, teniendo en consideración el dictamen 674 del 2007 de la Contraloría General de la República, que de llegar a regularización pasarían a ser de dominio privado y, por consecuencia, dejarían de ser Parque Nacional, ya que tal calificación sólo puede recaer en terrenos de propiedad fiscal”, por lo que así las cosas, “primero se debe proceder a la desafectación, y siendo función del Consejo del Estado velar por la defensa del medio ambiente y los bienes de dominio público, conforme a la ley 19.300 y habiendo de por medio el cumplimiento de una convención internacional del año 1940, ha llegado a esta decisión en las formas ya dichas, a lo que se allanó la parte demandante según consta en fojas 170, así como también consta en la fojas 174, se hizo parte en este proceso por la Comunidad Mariana de Osorio, el abogado Lautaro Ríos y consta que se acogió Orden de No Innovar, de este cuaderno el cual se encuentra paralizado”.

Lo trascendental para nuestro objeto de estudio es lo impetrado por la Comunidad Agrícola Olmué Granizo Mariana Osorio con fecha 28 de julio de 2008, quienes como terceros excluyentes al procedimiento le solicitaron al Cuarto Juzgado Civil de Valparaíso que se declarará incompetente, de forma absoluta, para el conocimiento de la causa. El fundamento base de la pretensión de la Comunidad Mariana Osorio radicó en que, a su juicio, “tal incompetencia se origina en que los actos tramitados en el ente administrativo son consecuencia de actos de gobierno, los que no están sometidos al control de los Tribunales de Justicia, que no son la Resolución Exenta 669, sino, que tienen su origen en los actos de gobierno y, en

consecuencia, no constituyen actuaciones administrativas”, tal como lo establece el considerando cuarto de la presente sentencia. Alegaron, además, “que los terrenos del sector Granizo nunca han formado parte del Parque La Campana y que todos los actos no son susceptibles de revisión judicial, de ninguna especie y en tal virtud pide que se declare la nulidad de todo lo obrado por falta absoluta de competencia de los Tribunales de Justicia. En subsidio, sostuvieron que el Cuarto Juzgado de Letras en lo Civil de Valparaíso, no puede conocer del asunto por prohibirlo el artículo 8º del Código de Tribunales, lo que constituye el principio de inavocabilidad y el artículo 109 del mismo Código, dice que radicado el conocimiento de un negocio ante tribunal competente, no se alterará por causa sobreviniente”.

Sobre la procedencia, en cuanto a la aplicación al caso en concreto de esta teoría de los actos de gobierno, el considerando quinto de la presente sentencia es enfático al establecer que “respecto de la teoría sobre la improcedencia de revisar los Actos de Gobierno y sin perjuicio de las normas jurídicas citadas en la resolución recurrida, en la especie, se trata de que en el caso de la afectación de bienes fiscales, se ha entregado su competencia a los Juzgados de asiento de Corte y habiéndose allanado el Fisco de Chile, en uso de sus facultades aparte del terreno, entendiéndose que ese forma parte del Cerro La Campana y que de producirse la constitución de la formación de la comunidad agrícola, el Fisco de Chile, se verá privado de un territorio que significa un desmembramiento de parte del Estado, necesariamente debe ser resuelto por un Juez de asiento de Corte de Apelaciones, ya que en la esencia del Consejo de Defensa del Estado, es velar por la indemnidad territorial, por lo que en tal caso, el Tribunal competente es el Cuarto Juzgado Civil de Valparaíso”.

Es decir, lo importante para nuestro objeto de estudio es que sí se consagra la existencia de esta doctrina de los actos de gobierno en nuestra legislación nacional en atención a la especial función que desempeñan los órganos que la ejercitan, ahora bien, cosa distinta es el hecho de que esta se acoja o no para la resolución del caso que nos atañe.

Por lo mismo, es del todo relevante constatar que la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso si contempla la existencia de esta especial clase de actos, sus características y del campo de aplicación de esta, estableciéndose en su considerando cuarto como característica esencial al acto de gobierno su “exención de control en sede jurisdiccional”, rechazándola a esta como solución al caso que se analizó puesto que, en la especie, no se reúnen los supuestos normativos para que esta opere con plena vigencia.

10. Caso de Particulares contra S. E. Presidente de la República Sebastián Piñera.

ROL	16.283-2011
TRIBUNAL	Corte de Apelaciones de Santiago
MATERIA	Recurso de Protección
PARTES	Particulares contra S. E. Presidente de la República Sebastián Piñera.
FECHA DE LA SENTENCIA	09/04/2011
SENTENCIADORES	Pilar Aguayo Pino, Mario Rojas González y el abogado integrante Enrique Pérez Levetzow.

Conviene tener presente que la acción de protección, como método resolutorio de la contienda que atañe como lo es “la no existencia de un medio de impugnación respecto de determinada decisión o determinación, no importa que pueda utilizarse como una suerte de recurso residual, destinado a impugnar toda clase de resoluciones de entidades administrativas, o auxiliares de las mismas e incluso del orden judicial, que éstas dictan en uso de sus atribuciones legales y en el ejercicio de sus legítimas potestades, pues en tal eventualidad se estaría desnaturalizando gravemente la naturaleza jurídica de la presente acción”.

Por ello es que el Tribunal plantea que resultaría muy difícil hacerse cargo de un recurso tan erróneamente planteado, pues imputa al Presidente de la República de actuar con ilegalidad y arbitrariedad, por el hecho de que un tercero, la Comisión Asesora a que se refiere el artículo 3º transitorio de la Ley N° 20.405, no incluyó a un sinnúmero de personas, las recurrentes, en el informe que evacuó, en la especial categoría de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura y, por ende, los excluyó de los beneficios que la misma norma establece. Ello, pues la labor del Presidente recurrido se agotó cuando estableció a los miembros de la Comisión Asesora y fue ésta la que confeccionó el informe y, por cierto, la nómina de personas que estimó que calificaban en la calidad ya dicha. Por lo tanto, al Presidente de la República no le cabe ninguna responsabilidad en la confección y publicación del informe, sino que ello es responsabilidad de la Comisión”. Y, por otro lado, “se ha planteado un petitorio imposible, como lo es que se incluya a cada uno de los recurrentes, en el informe, en circunstancias que la Comisión ya se disolvió, y no le corresponde al Presidente recurrido establecer una nueva comisión, ni crear recursos para impugnar la decisión de la Comisión, ni menos, establecer nuevos plazos, ya que los efectos de la ley en tal sentido también se agotaron”, dado que esto último es materia de ley y, por ende, escapa de sobremanera al objeto de esta acción.

Pues bien, la presente sentencia comenzó individualizando a las partes que impetraron esta acción de protección, empezando por Víctor Hugo Carrasco quien dedujo la acción en contra el Presidente de la República Sebastián Piñera Echeñique, dado que con fecha 26 de agosto del año 2011 se publicó el informe de la Comisión Asesora para la calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura, en el que calificó a las personas que presentaron sus antecedentes en las categorías de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura.

El señor Carrasco señaló que en dicho informe no apareció mencionado su nombre entre las personas calificadas como víctimas de prisión política y tortura, "no obstante haber acompañado múltiples antecedentes que a todas luces dejan

claro que fui víctima de violaciones a los derechos humanos que precisamente se enmarcan en la definición de la Comisión Asesora como Víctimas de Prisión Política y Tortura”, advirtiendo que siguió los criterios de calificación aplicados por la Comisión Valech.

El recurso consignó que su caso fue presentado y recepcionado por la Comisión Asesora con fecha 4 de Marzo de 2010, dentro del plazo legal dispuesto para tales efectos, habiendo prestado declaración ante la funcionaria de la Comisión, al tenor del relato político de los hechos consignados en autos, acompañando el informe mensual N°75, correspondiente a Marzo de 1988, donde, como se indicó, se calificó uno de sus casos como homicidio frustrado provocado por agentes del Estado.

De esta forma, publicada la nómina con los casos reconocidos por la Comisión Asesora, no apareciendo su nombre entre las personas calificadas como víctimas de prisión política y tortura, se dirigió a las oficinas donde funcionó esa entidad para recabar información sobre cómo obtener una revisión de su caso, o una impugnación de la labor de la misma, lugar en donde se enteró que fue disuelta al momento de hacerse público su informe.

Por ende, es que estimando que la Comisión Asesora, órgano asesor y dependiente de la Presidencia de la República, incurrió en una omisión ilegal y en un acto arbitrario, lesionando a juicio derechos garantizados con la acción de protección que interpuso. Sostuvo que “la inexistencia de recursos para impugnar la decisión de la Comisión Asesora de no calificarlo como víctima de prisión política y tortura y la inexistencia de fundamentación del acto administrativo de no calificación constituyen omisiones ilegales”, constituyendo una grave violación a sus derechos fundamentales. Argumentado lo anterior, sostuvo que toda normativa de los Tratados Internacionales afirman que todos los actos administrativos deben ser públicos, y que la decisión del Presidente de la República, materializada a través del informe de la Comisión Asesora, de no calificarlo como persona víctima de prisión política y tortura fue arbitraria al no encontrarse fundada. También invocó la igualdad ante la ley, la noción de justo y

racional procedimiento, que se extiende sobre la naturaleza del recurso de protección, afirmando que el autor de los actos u omisiones ilegales o arbitrarios que denuncia es el Presidente de la República, para concluir solicitando que se declare la vulneración de los derechos constitucionales consignados en los numerales 2° y 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, y que se instruya al Presidente de la República para que ponga fin al acto que califica de arbitrario para, posteriormente, incluir su caso entre los calificados en la categoría ya indicada, esto es, de víctima de prisión política y tortura, y además otorgar un recurso para que pueda impugnar la no calificación de su caso, sea otorgando un nuevo plazo de trabajo a la Comisión Asesora, o bien estableciendo una nueva Comisión, para que pueda existir un nuevo pronunciamiento que eventualmente acoja su presentación y califique su caso como situación de víctima de prisión política y tortura, adecuando el procedimiento de revisión de los antecedentes existentes en esta materia, a la normativa constitucional y a los estándares desarrollados por la jurisprudencia constitucional, y por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

Similares fundamentos de hecho y de derecho fueron sostenidos por los otros recurrentes quienes, teniendo diversas realidades a la luz de los hechos, vivieron la exclusión o el no reconocimiento de su calidad de víctimas de prisión política y tortura por la Comisión Asesora dependiente del Presidente de la República.

Esencial es establecer que cada uno de ellos sostuvo que, en cuanto al derecho, el Presidente de la República, al no establecer una instancia de revisión de los casos no calificados por la Comisión Asesora y al no calificar como víctima de Prisión Política y Tortura el caso de su representación a la Comisión Asesora, incurrió en una omisión ilegal y en acto arbitrario, que lesionó derechos garantizados en el recurso de protección, afirmando que la inexistencia de recursos para impugnar la decisión de la Comisión Asesora, de no calificarlos como personas víctimas de Prisión Política y Tortura, y la inexistencia de fundamentación del acto administrativo son omisiones ilegales. Argumentaron también que los actos administrativos son esencialmente impugnables según lo

consagrado en el artículo 15 de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos, lo que no ocurrió en la especie. Asimismo, aludieron a que los actos administrativos han de ser públicos, afirmando que la omisión señalada ha privado a los recurrentes del derecho de igualdad ante la ley y al derecho a ejercer un racional y justo procedimiento.

Pues bien, dado a que las acciones fundantes de la acción de protección impetradas fueron prácticamente las mismas, circunscribiéndose a lo señalado en el artículo 92 número 1 del Código de Procedimiento Civil, es que la Corte de Apelaciones de Santiago decidió acumular cada una de las pretensiones para que se substancien conjuntamente para una mejor economía procesal.

Ahora bien, a fojas 1408 se pudo constatar que Cristián Larroulet Vignaux, Ministro Secretario General de la Presidencia, actuando por el Presidente de la República, en virtud de sus atribuciones constitucionales y legales, emitió y agregó el siguiente informe de derecho que en lo principal destaca lo siguiente: “En cuanto al fondo, refiere que la Constitución Política señala que para que proceda el Recurso de Protección es necesario que, por causa de un acto u omisión arbitraria o ilegal, el ejercicio legítimo de los derechos taxativamente enumerados en el artículo 20 se vea vulnerado bajo la forma de una privación, perturbación o amenaza. De no cumplirse alguno de estos requisitos, la acción de protección debe ser rechazada”. Según Larroulet, los recurrentes argumentaron que sus derechos habrían sido vulnerados ilegítimamente por el hecho de no haber sido calificados ellos como víctimas por la Comisión Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura (Comisión Asesora), indicando dos supuestas omisiones ilegales y una acción arbitraria en las que habría incurrido el Presidente de la República; “En primer lugar, acusan que éste "ha incurrido en una omisión ilegal al no establecer un recurso que permita impugnar el acto administrativo de no calificación”. En segundo lugar, alegan, se ha incurrido en una omisión ilegal al no permitírseles el acceso al contenido y fundamentos de la decisión de no calificación. En tercer lugar, señalan que la decisión del Presidente de la República materializada a

través del Informe de la Comisión Asesora de no calificar como persona víctima de Prisión Política y Tortura es arbitraria, y por lo tanto, constituye un acto arbitrario. Asimismo, los recurrentes adujeron que el derecho a la igualdad y el derecho al debido proceso se han vulnerado como consecuencia de las omisiones señaladas, y solicitaron incluir sus casos entre los calificados como víctimas de Prisión Política y Tortura, otorgar un recurso para impugnar la no inclusión como víctima, o bien establecer un nuevo plazo de trabajo para la Comisión.

Agregó el Ministro Larroulet que “no existió omisión ni acción que adolezca de ilegalidad o arbitrariedad, ni que conculque derechos fundamentales, y no existiendo omisiones ilegales ni arbitrarias, resulta imposible la conculcación de garantías fundamentales, de modo que la acción de autos pierde todo sustento y debe ser rechazada”. Igualmente sostuvo que “la inexistencia de recursos para impugnar la decisión de la Comisión Asesora no constituye una omisión ilegal al no establecer un recurso que permita impugnar el acto administrativo de no calificación, afirmación que estima errada por dos razones. En primer lugar, asume que los actos de la Comisión Asesora son actos administrativos, en circunstancias que no lo son, y por lo tanto no se rigen por la ley N°19.880 que exige que todo acto administrativo sea impugnabile. En segundo lugar, si los actos de la Comisión Asesora fuesen actos administrativos, no podría competirle al Presidente de la República establecer los recursos de impugnación pertinentes, dado que éstos son materia de ley. Asegura que los actos de la Comisión Asesora no son actos administrativos, y por lo tanto, no existe la necesidad jurídica de que sean impugnables”.

Estima la Corte que, según los recurrentes, la inexistencia de recursos para impugnar la decisión de la Comisión Asesora de no calificarlos como víctimas de prisión política y tortura constituiría una omisión ilegal, argumentando que “no cabe duda que el acto realizado por parte de la Comisión de calificación, es un acto administrativo y, como tal, debe ser impugnabile”. Aplican el artículo 15 de la Ley N°19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado.

El Ministro estimó que fue sumamente necesario, a la hora de determinar la naturaleza jurídica de los actos ejecutados por la Comisión Asesora, considerar la labor para la cual fue constituido dicho organismo. Según este, “fue establecida por el Presidente de la República cumpliendo el mandato expreso y acotado de la ley N°20.405, con el objeto exclusivo de calificar, de acuerdo a los antecedentes que se le presentaren, a las personas enumeradas en el artículo 3° de las normas transitorias de dicha ley. Una vez completada la labor de calificación, la misma ley establecía que la Comisión debería elaborar una nómina con los nombres de las personas calificadas como víctimas”.

Estimó que “de la misma norma legal que ordena su establecimiento se puede apreciar que, por la naturaleza de su objetivo, la Comisión Asesora no realiza un acto administrativo al calificar a determinadas personas como víctimas, ni menos que dicha comisión tenga el carácter de órgano de la administración del Estado”.

De esta forma, dado que la Comisión Asesora no realizó un acto administrativo al hacer esta calificación, mal pueden los recurrentes invocar las normas de la ley N°19.880 para argumentar que el Presidente ha incurrido en una omisión ilegal al no establecer una instancia de revisión de los actos de esa entidad. Dicha instancia sólo sería necesaria si la Comisión fuese un órgano administrativo capaz de generar un acto administrativo, y, por tanto, susceptible de regirse por la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, y como no es el caso pues la Comisión no es un órgano administrativo ni genera actos de dicha índole, la necesidad de una instancia de impugnación carece de base jurídica.

La interpretación anterior –añade– se sustenta en las disposiciones de la Ley N°19.880, pues ésta es clara sobre su ámbito de aplicación y sobre qué debe considerarse un acto administrativo. Su artículo 2° establece en sus incisos 1° y 2° que “Las disposiciones de la presente ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. También se aplicarán a la Contraloría General de la República, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los gobiernos regionales y a las municipalidades”.

Del análisis lógico y gramatical de la norma impetrada, aparece de manifiesto que la Comisión Asesora no puede incluirse dentro de los órganos a los que les son aplicables las disposiciones de la Ley de Bases Generales de Procedimientos Administrativos o ley N° 19.880. Asimismo, tampoco podría considerarse a dicha comisión como un servicio público creado para el cumplimiento de una función administrativa. De esta forma, la entidad quedaría fuera del ámbito de aplicación de la referida ley, pues no realiza función administrativa alguna que pueda ser regulada vía de dicha ley. Por lo anterior es que no puede sostenerse que el mandato contenido en el aludido artículo 15, en orden a que todo acto administrativo debe ser impugnable, pueda regir para los actos de la Comisión.

Por ello es que el informe fue enfático al señalar que, “si se analiza el concepto de acto administrativo que establece la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos, resulta que los actos realizados por la Comisión no poseen dicha naturaleza. El artículo 3° de la Ley N°19.880 define el acto administrativo, precisando que "Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.

Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones”.

De esta forma, el acto de la Comisión consistente en calificar o no a las personas como víctimas de prisión política o tortura no es una decisión formal (recordemos que los actos de gobierno son esencialmente discrecionales, distintos a los actos administrativos que son esencialmente formales) que se haya expresado a través de un Decreto Supremo o de una resolución. Por el contrario, la Comisión se limitó a calificar, en base a antecedentes y de conformidad a la ley que dispuso su creación, la situación de personas que acudieron a ellas, incluyéndolas o no en la nómina; acto que, sin lugar a dudas, no tiene los aspectos básicos que nos harían pensar de que nos encontráramos frente a un acto administrativo. De esta forma, el acto decisor de la Comisión no es realizado en el ejercicio de una función administrativa destinado a satisfacer una necesidad pública. De hecho, el profesor

Eduardo Soto Kloss señala que la función estatal de administrar "tiene por finalidad básica o primordialmente prestar bienes y servicios a la comunidad toda, a grupos de personas y a personas individuales²⁹⁹", situación que no se cumple en el caso de la Comisión, porque no reviste las características de un órgano administrativo, ni realiza actos administrativos.

En las exposiciones finales realizadas en dicho informe, se terminó argumentado que "dado que a Comisión Asesora no es un órgano de la administración del Estado que realice actos administrativos, no puede configurarse la omisión ilegal que reclaman los recurrentes. Esta consistiría en la inexistencia de medios para impugnar sus decisiones, la cual estaría, a juicio de los recurrentes, en contradicción con lo establecido en el artículo 15 de la Ley N°19.880, que establece la impugnabilidad de todo acto administrativo. Sin embargo, esta pugna no existe, dado que el artículo 15 no se puede aplicar a los actos de la Comisión que no son actos administrativos, y por ende, la ausencia de medios de impugnación carece de relevancia jurídica y no puede calificarse como ilegal o arbitraria ni como una vulneración al derecho al recurso".

Agrega que sin perjuicio de que el acto de calificación de la Comisión Asesora no constituya un acto administrativo, como resultado del otorgamiento de la calidad de víctima, se generan ciertos y determinados actos administrativos, que son los necesarios para el otorgamiento de los beneficios y pensiones establecidos en la ley N°20.405 a favor de las personas individualizadas en la nómina realizada por la Comisión, o por los familiares de las víctimas a que se refiere la ley, y que deberán cumplir a cabalidad con las normas de la ley N°19.880. Tal como lo señala el inciso final del artículo 3° transitorio de la ley N°20.405, las personas individualizadas en la nómina o sus familiares, según corresponda, tendrán derecho a los beneficios otorgados por la ley N°19.992 y a aquellos establecidos por el Título II y siguientes de la Ley N°19.123. Sin embargo, "ello no desvirtúa la naturaleza jurídica de los actos de la Comisión. Aunque la calificación como

²⁹⁹SOTO KLOSS, EDUARDO. 1996. La noción del acto administrativo en el derecho chileno (una perspectiva sustancial). Revista de derecho Público. Vol. N° 60. 93p.

víctima confiera a su titular la facultad de exigir ciertas prestaciones de organismos del Estado, que se materializarán a través de actos administrativos, la naturaleza no administrativa de los actos de la Comisión Asesora se mantiene”.

Ahora bien, el considerando 63º de la presente sentencia es el que de mejor forma resume la posición del gobierno en alusión a la naturaleza misma del acto emitido por la Comisión Asesora. El Ministro fue enfático al señalar que el acto, en caso alguno, cumple con las características esenciales ni se enmarca dentro de lo que conocemos por acto administrativo, según lo consagrado en la ley 19.880. En este sentido, cree fundamental lo señalado en la ley N°20.405 que señala que "El Presidente de la República establecerá una Comisión Asesora para la calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura", puesto que se desprende de su sentido que la Comisión, mientras dure su existencia, es un órgano ligado al Presidente de la República, y por lo tanto, establecido por este último en uso de su función gubernativa. Es más, agrega que "dada la estrecha relación entre la Comisión Asesora y el Presidente de la República, es dable concluir que la primera ejerce funciones cuya naturaleza jurídica se enmarca dentro de alguna de aquellas sub funciones que la Teoría Constitucional ha distinguido como parte de la función gubernativa. Estas son la sub función ejecutiva, la sub función administrativa y la sub función política”.

“La sub función ejecutiva es la encargada de cumplir lo dispuesto en las leyes a través de actos como reglamentos y decretos, y está íntimamente vinculada a la Potestad Reglamentaria. Dada la descripción que se ha hecho de los actos de la Comisión Asesora, sus actos no pueden enmarcarse dentro de esta función, pues su objetivo no fue dictar normas para complementar disposiciones legales, sino determinar si ciertas personas estaban revestidas de la calidad de víctimas para efectos de reconocer dicha calidad y recibir los beneficios que la misma Ley N°20.405 señala”.

“En relación a la sub función administrativa, da por reproducidos los argumentos antes señalados, y agrega que los actos de la Comisión no concuerdan con la definición legal ni doctrinal de lo que se entiende por acto administrativo, y por lo

tanto, tampoco caben dentro de lo que se entiende como sub función administrativa”.

Por último, se encuentra la sub función política, y de acuerdo a Cea, ésta "comprende el ejercicio de la Soberanía para dirigir el Estado Nación en su conjunto, con imaginación en discurrir soluciones y con libertad en la apreciación de las circunstancias, los cursos de acción a seguir, medios a emplear, decisiones a tomar que el Jefe de Estado o del Gobierno considere más adecuadas o convenientes, sin estar tales actos reglados en detalle por la Constitución y las leyes", e "incide ella en asuntos relevantes de índole interna o internacional, generalmente imprevistos y graves, ante los cuales la Constitución y las leyes guardan silencio o contienen disposiciones escuetas”.

En síntesis, argumentó el Ministro informante, de la simple lectura de los conceptos transcritos se desprende que las funciones de la Comisión Asesora se enmarcan dentro de la sub función política, puesto que surge como “una vía hacia la reconciliación nacional para hacerse cargo de un problema interno muy grave, las violaciones a los derechos humanos cometidas entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, sin perjuicio de otras vías ya existentes y propias de otras funciones del Estado, como es la judicial”.

Por ello es que, entender las funciones de la Comisión Asesora, de este modo, sería coherente con la Teoría Constitucional y con la que la ley establece, y así como con el informe de la Comisión, en el cual se señala que "Esta Comisión forma parte de los esfuerzos realizados por la sociedad chilena desde la recuperación de la democracia en 1990, para hacerse cargo de la tragedia que significó la violación de sus derechos humanos perpetrada durante la dictadura militar que tomó el poder el 11 de septiembre de 1973. Estos esfuerzos han buscado el esclarecimiento de la verdad sobre esas violaciones y el reconocimiento de quienes las sufrieron como víctimas del Estado”. De esta forma, expresa que tanto el establecimiento como los objetivos de la Comisión encuentran su explicación en la sub función política, que no consiste en desarrollar el texto de una norma legal ni en administrar el Estado, sino en efectuar un

reconocimiento a las víctimas de las violaciones de derechos humanos, que permita avanzar en el camino de la reconciliación nacional.

Termina la argumentación el informante estableciendo que “la importancia de comprender que los actos de la Comisión Asesora son políticos se aprecia al analizar la característica esencial de todo acto político: son discrecionales”, pues “las decisiones que se adoptan en su esfera no están definidas de antemano, sino que están entregadas respecto a su configuración a quien ejerce esta función”. Esto marca la diferencia con los actos administrativos y con la función administrativa, pues la función administrativa “supone un conjunto de atribuciones que se orientan más bien a la aplicación de las normas legales y decretales para la consecución de los objetivos de poder público en materia de desarrollo y funcionamiento de los servicios públicos. Es, por lo mismo, una función acotada y generalmente reglada.”

Concluye el Ministro Larroulet que los actos de la Comisión no pueden tener naturaleza administrativa, pues ésta, al momento de hacer la calificación respectiva, si bien utilizaba criterios razonables, no se regía por un procedimiento reglado y rígido, sino que gozaba de la discrecionalidad propia del ejercicio de la función política. Por lo tanto, el ejercicio de la sub función política ejercida por la Comisión en ningún caso puede pretender enmarcarse dentro de la normativa que regula los actos administrativos o ejecutivos del Presidente de la República.

En el considerando 64º de autos, se analizó a la figura “*sujeto pasivo*” contra la cual se impetró el recurso de protección. En el informe se afirma que “no corresponde al Presidente de la República establecer medios de impugnación, y explicando este punto, indica que los recurrentes señalan que la Comisión Asesora es un órgano asesor del Presidente de la República, de modo que a éste correspondería “establecer los mecanismos para cumplir con el mandato de la Ley 19.880”. Al no haber establecido dicho mecanismo, esto es, una instancia de reclamo, el Presidente habría incurrido en una omisión ilegal”. Señala que “los actos de la Comisión no son administrativos y, por lo tanto, la ley no demanda la existencia de medios de impugnación a su respecto”. Sin embargo, los recurrentes

sostuvieron erradamente que los actos de la Comisión son administrativos y, al mismo tiempo, argumentaron que el Presidente incurrió en una omisión ilegal por no haber establecido los medios de impugnación correspondientes. Esta afirmación resulta contradictoria, puesto que, si los actos de la Comisión Asesora fueran administrativos, no le compete al Presidente de la República el establecimiento de los medios de impugnación de sus decisiones, dado que dichos medios formarían parte de un procedimiento administrativo, y por lo tanto serían materia de ley. El artículo 63 número 18 de la Constitución Política señala como materia de ley "Las que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública", de modo que cualquier norma que regulara las formas de impugnación de las decisiones de la Comisión Asesora debería tener, por mandato constitucional, rango de ley.

De esta forma, arguyeron que "resulta equivocado imputar al Presidente de la República, en calidad de omisión ilegal, el hecho de no haber instaurado mecanismos de impugnación en circunstancias que carece de facultades legales y constitucionales para ello. Si se sigue el razonamiento del recurrente, y se cree que los actos de la Comisión son administrativos, sólo la ley puede regular los medios de impugnación correspondientes, y sólo al Congreso podría imputársele dicha omisión, excediendo la naturaleza cautelar del Recurso de Protección recurrir aun indirectamente, contra omisiones del Congreso Nacional, por no haber dictado leyes que la ciudadanía estime convenientes".

De esta forma, Larroulet estimó que de seguirse el razonamiento de que los actos de la Comisión no son administrativos, el Presidente de la República no tendría la obligación normativa de establecer los medios de impugnación al caso y, por lo tanto, no incurriría de esta forma en una omisión ilegal contra la cual se pueda recurrir.

Los recurrentes también esgrimieron como fundamento de sus pretensiones la cuestión relativa a la publicidad de los actos de la Comisión (acusan que en el informe de la Comisión Asesora "no existe ni siquiera una breve explicación de las razones que llevaron a esa decisión por parte de la Comisión"). Sobre el particular,

el informe sostuvo que la decisión de la Comisión fue fundada, y, por tanto, no es arbitraria, dado que la Comisión ha fundamentado la decisión de no incluir a ciertas personas como víctimas, en el mismo Informe publicado en la página web. Este señaló lo siguiente: "Las solicitudes que la Comisión no pudo aprobar corresponden a casos que estimó fuera de su mandato o casos cuyos antecedentes no fueron suficientes para formar convicción. Fue así como los allanamientos, situaciones de represión masiva con ocasión de las protestas en la década de los 80, denuncias de prohibición de ingreso a Chile durante la dictadura militar, amedrentamientos por parte de agentes del Estado, situaciones de violencia física o psicológica ejercida de modo colectivo sobre familias, grupos o comunidades, no fueron calificadas en la medida que no se denunciara y acreditara la privación de libertad, como está expresamente señalado en la ley. La falta de antecedentes suficientes se debió en parte a que muchos declarantes no presentaron documentos adicionales ni testigos calificados para acreditar las situaciones denunciadas. Un número importante de los certificados y documentos de respaldo presentados, al ser cotejados con las bases de datos de la Comisión no fueron considerados suficientes para satisfacer los criterios exigidos por la ley, especialmente en relación con la motivación política y la participación de agentes del Estado en los hechos referidos".

A lo anterior, siguiendo lo expresado en el considerando 66º de autos, se sumaron los criterios que la misma Comisión utilizó con relación a la privación de libertad y a la acreditación de tortura. Dichos criterios son públicos a toda persona y, al respecto, la Comisión Asesora señaló en su informe: "En relación con la privación de libertad, la Comisión mantuvo los mismos criterios de la Comisión Valech, es decir, basó el reconocimiento en la acreditación de la privación de libertad y muy excepcionalmente en las secuelas de tortura. Se utilizaron los criterios del protocolo de Estambul como referencia para la acreditación de tortura en los casos mencionados, tanto aquellas registradas por exámenes médicos realizados cuando la persona solicitó atención al salir en libertad, o inferida como las secuelas confirmadas por profesionales que han proporcionado atención clínica hasta el presente, a personas que han padecido cuadros crónicos originados en el

trauma experimentado. Tal como la Comisión Valech, esta Comisión con firmó la existencia de la tortura ponderando los miles de testimonios que de modo consistente y sistemático así lo denunciaron, en los lugares donde se practicó, los testimonios de quienes las presenciaron y las sufrieron.”

En el considerando 67º agrega el rol que ha de desempeñar el denominado Protocolo de Estambul para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Dicho protocolo es un instrumento reconocido en el Derecho Internacional y oficialmente adoptado por las Naciones Unidas el año 1999. Señala el informe que en sus páginas dicho instrumento reúne una serie de recomendaciones y buenas prácticas técnicas que pueden utilizarse para documentar la tortura, tales como el examen y evaluación de las señales físicas e indicios psicológicos de tortura y demás consideraciones generales relativas a las entrevistas que los órganos oficiales deben llevar a cabo para calificarla, siendo un criterio usual en casos similares a nivel mundial. Concluye que la Comisión ha fundado su decisión de no calificar como víctimas a determinadas personas señalando los criterios que utilizó para la calificación, por lo que mal puede hablarse de una decisión arbitraria.

Para concluir con los argumentos esgrimidos por parte de los informantes del caso, es que en el considerando 70º se analizaron los hechos que se le imputaron al Presidente en calidad de ilegales. Al respecto, el informe señaló que “en primer lugar, los actos de la Comisión son de naturaleza política, no administrativa, por lo que no se rigen por la ley N°19.880 y, por tanto, la exigencia contenida en dicha ley en orden a que todo acto administrativo debe ser impugnado no se le aplica. De ello se sigue que el Presidente no tiene obligación legal alguna de establecer medios para impugnar las decisiones de la Comisión, por lo que no ha incurrido en una omisión de carácter ilegal. El Informe de la Comisión contiene fundamentos claros y precisos que permiten comprender acabadamente las razones de su calificación, de modo que no existe un acto arbitrario por el cual los recurrentes hayan sido excluidos ilegítimamente de la calidad de víctima. Por lo tanto, dada la

inexistencia de un actual ilegal o arbitrario por parte de la Comisión, resulta imposible una vulneración a las garantías constitucionales invocadas”.

Los considerandos 72º y siguientes expusieron el objeto que persiguió la consagración del recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, acción que tiene una naturaleza estrictamente cautelar. Dicha acción tiene por objeto “amparar el libre 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 impida, amague o moleste ese ejercicio”.

De esta forma y, tal como lo reproduce el considerando 80º, los recursos analizados no pueden prosperar, y deben ser rechazados, en lo tocante al recurrido, el Presidente de la República, pues éste simplemente se limitó a actuar del modo como le ordenó la Ley Nº20.405, estableciendo la denominada Comisión Asesora, y las omisiones de esta entidad, en cuanto excluyó a numerosas personas del Informe que evacuara el día 26 de agosto del año 2011 no son ni pueden ser responsabilidad del Primer Mandatario”.

Por estas consideraciones y en conformidad, asimismo, con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la E. Corte Suprema sobre tramitación de recursos como el de autos, se declaró que se rechazaron todos los recursos de protección que se dedujeron en estos autos acumulados.

11. Se rechaza el recurso de casación en el fondo en contra de sentencia de 04 de marzo de 2013 mediante la cual el Primer Juzgado Civil de Concepción rechazó la demanda interpuesta por responsabilidad extracontractual en contra del Fisco de Chile.

ROL	6.143-2014
TRIBUNAL	Corte Suprema
MATERIA	Recurso de Casación

PARTES	Particulares contra sentencia pronunciada a favor del Fisco de Chile.
FECHA DE LA SENTENCIA	12/08/2014
SENTENCIADORES	Haroldo Brito Cruz, Rosa Egnem Saldías, Pedro Pierry Arrau, María Eugenia Sandoval, redactado por Emilio Pfeffer.

En autos se ventiló el recurso de casación impetrado por un grupo de comerciantes minoritarios de la Comuna de Lota quienes impetraron, en primera instancia (ROL N° 8093-2010 seguidos ante el Primer Juzgado Civil de Concepción), una acción de responsabilidad extra contractual más indemnización de perjuicios contra el Fisco de Chile, por los hechos acaecidos en sus establecimientos comerciales con ocasión del terremoto que sacudió a nuestro país el 27 de Febrero de 2010. Fundamentaron la pretensión deducida en falta de servicio, en particular respecto a los hechos acaecidos inmediatamente al desastre ocurrido el 27 de Febrero, fecha recordada por ser testigo de uno de los peores terremotos y maremotos que han azotado nuestras costas. Fundan la demanda en el hecho de que, con posterioridad al terremoto, tomaron conocimiento de que sus locales comenzaron a ser “robados, asaltados, saqueados y destruidos por grupos de delincuentes, quienes en forma masiva y organizada entraban a los locales para apropiarse de todo tipo de productos, equipos o mercaderías y lo que no podían llevar lo destruían y en ocasiones incendiaban, todo ello en un contexto de creciente caos, anarquía y desprotección, con un cuerpo de Carabineros e Investigaciones sobrepasado o ausente”.

Sostuvieron los recurrentes que el Estado de Chile incurrió en una evidente falta de servicio, “por cuanto las autoridades superiores de la Administración -a pesar de contar con las herramientas legales- no dispusieron la intervención inmediata de las Fuerzas Armadas ante los hechos descritos, con lo cual se habría evitado la pérdida de infraestructura y bienes”. Arguyeron que la Ley N° 16.282 de 1965, que establece Disposiciones para Casos de Sismos o Catástrofes, habilitaba al

Presidente de la República para ordenar de manera inmediata la salida del personal de las Fuerzas Armadas, tanto para la ayuda de las víctimas del terremoto como para haber evitado los saqueos, robos, vandalismo, destrucción y en definitiva para la restauración del orden público.

Expresaron que el día 27 de febrero de 2010, en virtud de la citada Ley N° 16.282, la Presidenta de la República dictó el Decreto Supremo N° 150 que declaró, entre otras, a la Región del Biobío como una zona en estado de catástrofe derivado del sismo con características de terremoto, instruyendo a sus intendentes regionales como autoridades responsables de la coordinación y ejecución respectiva, para luego en el artículo 3° de ese Decreto disponer que: "Las autoridades, jefaturas y personal de todas las instituciones, organismos o empresas de la Administración Civil del Estado deberán prestar a las autoridades designadas la colaboración que les sea requerida", por lo que estimaron que, de forma inexplicable se excluyó a las Fuerzas Armadas de participar de manera inmediata en cuanto a los efectos del terremoto, no obstante que son parte de la Administración y por mandato constitucional y legal les correspondía intervenir y participar. Agregaron que recién en horas de la tarde del día 28 de febrero de 2010, de manera tardía, se dictó el Decreto Supremo N° 153 que declaró el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública (publicado en el Diario Oficial el día 2 de marzo de 2010), quedando por ello, sólo a partir del día 1° de marzo del mismo año, convocadas de manera efectiva las Fuerzas Armadas para la restauración del orden y la seguridad pública en la provincia de Concepción. Por lo anterior afirmaron que, al tardar tanto las autoridades superiores del Estado en requerir el auxilio de las Fuerzas Armadas, no se pudo impedir los saqueos, robos, pillaje y delincuencia que afectó a toda la población en general y en particular a los pequeños comerciantes, no obstante que el mismo día 27 de febrero, con el Decreto Supremo N° 150 ya referido, podrían haber estado en las calles brindando protección y seguridad.

Contestando la demanda, el Fisco de Chile solicitó el rechazo de la acción impetrada, argumentando que "no hubo falta de servicio, toda vez que la

Administración actuó oportunamente y dentro de sus posibilidades”. El Fisco sostuvo que para adoptar medidas directas de control se requiere, previamente, de la existencia de un estado de excepción constitucional decretado y no de una simple declaración de zona de catástrofe, la que no permite el despliegue de las Fuerzas Armadas, de manera que no podía haberse ordenado tal despliegue sino una vez constatada fehacientemente la situación en la zona. Sostuvieron que “el Decreto Supremo N° 150 fue expedido el 27 de febrero del año 2010 a las 6:00 a.m. y, por su parte, el Decreto Supremo N° 153 por el cual se convocó a las Fuerzas Armadas se dictó a las 10:00 a.m. del día siguiente, de tal forma que no hubo tardanza en la toma de decisiones, sin perjuicio de lo cual advierte que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Constitución Política de la República, la calificación de un estado de excepción no puede ser revisada judicialmente”. Este punto es medular, toda vez que depende del mérito de los hechos dicha declaración, siendo una potestad exclusiva y excluyente del Presidente de la República su declaración.

En su réplica, los demandantes se hicieron cargo de la contestación de la parte demandada y la refutaron en el sentido de clarificar que “el fundamento de la acción es la notoria falta de servicio del Estado de Chile en la decisión tardía de convocar a las Fuerzas Armadas en el Decreto Supremo N° 150, de manera que no se está ante una solicitud que involucre la revisión de la declaración de un estado de excepción constitucional, para luego sostener que no es necesaria la declaración previa de estado de excepción para convocar a las Fuerzas Armadas a fin de controlar el orden público de la población, lo que se desprende de diversos dictámenes de Contraloría General de la República, de esta forma, pudo haberse ordenado el despliegue de las Fuerzas Armadas en la dictación del Decreto Supremo N° 150”.

Por sentencia de 04 de marzo de 2013, el tribunal a quo rechazó la demanda interpuesta por responsabilidad extracontractual en contra del Fisco de Chile. En contra de dicho fallo, la parte demandante dedujo recursos de casación en la forma y de apelación. La Corte de Apelaciones de Concepción por sentencia de 15

de enero de 2014, rechazó el recurso de casación en la forma y confirmó el fallo de primer grado. Respecto de tal decisión, los demandantes interpusieron recurso de casación en el fondo.

Ahora bien, la sentencia dictada por la Corte Suprema hizo un análisis pormenorizado de cada uno de los argumentos esgrimidos por ambas partes. Por un lado, los recurrentes de casación en el fondo sostuvieron que la sentencia impugnada infringió lo dispuesto en las siguientes normas: a) Artículo 2° N° 3 letra a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; b) Artículos 1° inciso 2° y 4°, 5° inciso 2°, 6° inciso 1°, 7, 19 N° 1 inciso 1° y 38 inciso 2° de la Constitución Política de la República; c) Artículos 3° y 42 de la Ley N° 18.575; d) Artículos 1°, 3° letras a) y g) y 20 de la Ley N° 16.282 sobre Disposiciones para Sismos o Catástrofes; e) Artículos 9° incisos 5° y 6° de la Ley N° 10.336 sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República; y f) El espíritu general de la legislación y equidad natural en lo relativo al principio de responsabilidad del Estado y el rechazo a la impunidad. Expresaron los recurrentes que “a la luz de las normas citadas y la situación fáctica asentada por el fallo, luego del terremoto ocurrido el 27 de febrero de 2010 era indubitada la urgencia y necesidad inmediata de ordenar la salida del personal de las Fuerzas Armadas a las calles, tanto para la ayuda de las víctimas del terremoto como para la protección de ellas frente a los saqueos, robos, vandalismo, destrucción y en definitiva para la restauración del orden público”. Afirmaron que “no existía razón para omitir su llamado en el Decreto Supremo N° 150, obviando que el Estado está al servicio de la persona humana y es deber de las autoridades el controlar el orden público”.

Sostuvieron que “a la luz de la Ley N° 16.282 en relación con los artículos 1° y 5° de la Ley N° 18.575 las autoridades de la Administración se encontraban habilitadas para disponer la intervención inmediata y directa de las Fuerzas Armadas, la cual era perfectamente legal y legítima”. Aducen que la omisión descrita se agrava por cuanto no se observó el carácter vinculante del Dictamen N° 42.822 de 2008 de la Contraloría General de la República, infringiéndose con ello el artículo 9 incisos 5° y 6° de la Ley N° 10.336, el cual señala: "Para casos de

sismos o catástrofes que provoquen daños de consideración en las personas o bienes, pero cuya gravedad, a juicio del Presidente de la República, no conlleve la declaración del respectivo estado de excepción constitucional, admite la intervención de las Fuerzas Armadas en actividades de colaboración con otros organismos de la Administración del Estado para resolver los problemas que se susciten en las zonas afectadas”.

Respecto a las consideraciones jurídicas del fallo señalado, estimó la Corte Suprema que fue necesario resumirlas en:

“1.- El sistema de responsabilidad extracontractual de la Administración se encuentra consagrado en el ya referido artículo 38 de la Carta Fundamental y en los artículos 4 y 44 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que establecen que el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, los que también responden del daño causado por la falta de servicio.

2.- El legislador no ha definido lo que debe entenderse por falta de servicio, en tanto la doctrina y la jurisprudencia han señalado que existe cada vez que un servicio no funciona, cuando la normativa legal le impone el deber de hacerlo; o lo hace en forma deficiente o tardía, y a raíz de ello se causa un daño a terceros. De manera tal que la responsabilidad por falta de servicio requiere: a) la existencia de un hecho objetivo de falta de servicio; b) el daño provocado; y, c) la relación de causalidad entre la falta de servicio propiamente tal y el perjuicio, elementos que deben ser probados conforme lo ordena el artículo 1698 del Código Civil.

3.- El hecho negligente que se pretende atribuir a la demandada dice relación con la obligación del Estado de garantizar el mantenimiento del orden público y el estado de derecho, imputación genérica de inactividad por no haber tomado a tiempo las medidas necesarias en relación con los hechos acaecidos con posterioridad al terremoto del 27 de febrero de 2010, al no disponer que el orden y seguridad pública fueren resguardadas por las Fuerzas Armadas una vez ocurrido el terremoto.

4.- El artículo 24 de la Carta Fundamental dispone que el Gobierno y la Administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe de Estado y su autoridad, por lo que se extiende a todo cuanto tenga por objeto la conservación del orden público interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes. Por su parte, el artículo 32 de la Constitución Política de la República establece que son atribuciones especiales del primer mandatario, entre otras, la de declarar los estados de excepción constitucional en los casos y formas que se señalan en la Constitución y disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, organizándolas y distribuyéndolas de acuerdo a las necesidades de la seguridad de la nación.

5.- Los artículos 39 y 41 de la Carta Fundamental, señalan que el ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas, sólo pueden ser restringidos bajo situaciones de excepción, cuando se afecte el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado; y que el estado de catástrofe en caso de calamidad pública, será declarado por el Presidente de la República, determinando la zona afectada por la misma y declarado éste, las zonas respectivas quedarán bajo la dependencia inmediata del Jefe de la Defensa Nacional que designe el Presidente de la República, quien asumirá la dirección y supervigilancia de la jurisdicción.

6.- De acuerdo a lo regulado en la Constitución Política, por la declaración del estado de catástrofe, el Presidente de la República puede restringir las libertades de locomoción, reunión, pudiendo, asimismo, disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al derecho de propiedad y adoptar las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad de la zona afectada.

7.- De acuerdo al artículo 45 del texto constitucional, los tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos, ni las circunstancias de hecho invocadas por la autoridad para decretar los estados de excepción.

8.- Los estados de excepción constitucional pueden declararse en circunstancias precisas que los hacen viables y tal declaración de excepción sólo habilita, pero no

obliga al Presidente de la República a declararlos, estando vedado a los tribunales de justicia de la República, calificar los motivos o fundamentos de hecho de las medidas que se adopten, de manera que no pueden pronunciarse sobre la suficiencia, oportunidad o congruencia de tal declaración.

9.- A su vez, la falta de servicio supone un juicio de valor acerca del nivel y calidad de servicio que era exigible al momento en que se produce la falta que se pretende atribuir, apreciado sobre un modelo estándar, en abstracto pero concreto, tomando en consideración las particularidades de cada organismo administrativo. Así para verificar la existencia de falta de servicio es requisito encontrarse frente a una situación de normalidad de la Administración, toda vez que si nos encontramos ante una situación de anormalidad, el juicio de reproche no tiene parámetro para hacerse efectivo, pues no existe con qué o sobre qué confrontar el juicio de valor.

10.- Los hechos de vandalismo y pillaje ocurridos luego del terremoto del 27 de febrero de 2010, constituyeron una situación anormal, excepcional, impensada, desproporcionada, inédita y absolutamente delictual, al punto que se declaró el estado de excepción constitucional de catástrofe el día siguiente.

11.- Sea porque los tribunales están impedidos de pronunciarse sobre la oportunidad de la declaración de estado de excepción constitucional, cuanto porque la responsabilidad por falta de servicio implica una situación de normalidad institucional, e incluso considerando que dentro de los órganos de la administración del Estado no está el Presidente de la República, la acción de responsabilidad por falta de servicio es improcedente”.

La Corte Suprema plantea en el considerando quinto que “el error de derecho planteado en el recurso de casación conduce a determinar, en síntesis, si la Ley N° 16.282 faculta al Presidente de la República para disponer en el decreto supremo que señale una zona afectada por sismos o catástrofes la medida de intervención de las Fuerzas Armadas para restablecer el orden público; y si su intervención como efecto de la declaración del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública fue dispuesta de manera tardía”. De esta

forma, tarea de la Corte sería responder a esas interrogantes y no al mérito o conveniencia de la decisión.

Ahora bien, lo trascendental para el objeto de estudio que nos atañe, en relación a los actos de gobierno, se expresa a contar del considerando séptimo de la presente sentencia. En él se subraya que “en cuanto a la declaración del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública cabe tener en cuenta las siguientes disposiciones de la Carta Fundamental; los artículos 39, 41 43, 44 y 45 de la Constitución Política de la República. En particular el inciso primero del artículo 45 de la Constitución dispone que "los tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocadas por la autoridad para decretar los estados de excepción, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 39. No obstante, respecto de las medidas particulares que afecten derechos constitucionales, siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales a través de los recursos que corresponda”.

De esta forma, del simple análisis de las normas recientemente señaladas podemos colegir que dicho llamado de la autoridad a decretar un estado de excepcionalidad pública es una atribución privativa y exclusiva del Presidente de la República por mandato expreso de la Constitución.

Por ello es que el considerando octavo estimó que “corresponde distinguir entre el uso de las facultades que la Ley N° 16.282 sobre disposiciones para sismos o catástrofes otorga al Presidente de la República y la regulación de los estados de excepción constitucional que consagran los artículos 39 y siguientes de la Carta Fundamental y la Ley N° 18.415 Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción, que contemplan asimismo distintas y excepcionales facultades del Presidente de la República para dichos eventos. Así, conforme a los preceptos de la Ley N° 16.282, aparece que dicho cuerpo normativo regula la intervención de distintos organismos del Estado con motivo de sismos o catástrofes que provoquen daños de consideración en las personas o bienes, con competencias delimitadas. Por otra parte, las funciones de esos entes se orientan a realizar actividades de colaboración y coordinación en la prevención y reacción de los

efectos de los sismos o catástrofes, encontrándose las mismas a cargo del Ministerio del Interior. Dicho lo anterior, surge con claridad que el artículo 20 de la citada ley tiene relación con esa labor preventiva, para lo cual se dota a los Ministerios del Interior y de Defensa de la atribución de elaborar y desarrollar un plan orgánico para las emergencias así como la programación de la coordinación de los recursos humanos y materiales de los servicios públicos y de las instituciones asistenciales y la evaluación de los problemas críticos que deban ser objeto de medidas preventivas”.

Por ello es que en el sentido de la Ley N° 16.282, “es evidente que la participación de la autoridad militar se encuentra limitada a la ejecución de las actividades de coordinación determinadas por la autoridad civil y subordinada a la misma, sin que pueda en caso alguno bajo el amparo de ese texto legal velar por el orden público, función que naturalmente puede importar la afectación del ejercicio de los derechos constitucionales.

Precisamente es ella una de las características que distinguen a dicha normativa en la cual la autoridad civil se subordina a la autoridad militar del Jefe de Defensa Nacional que debe nombrar el Presidente de la República en lo concerniente a las materias señaladas en la Ley Orgánica Constitucional de Estados de Excepción N° 18.415.

Por ello es que el considerando décimo de la sentencia consagra como fundamento para rechazar la acusación impetrada al principio de Juridicidad consagrado en el artículo 6° de la Constitución Política de la República, según el cual (...) “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”. En efecto, el considerando fue enfático al establecer que “el Presidente de la República conforme al tenor de las disposiciones de la Ley N° 16.282 carece de la competencia, habilitación o autorización para disponer la

intervención de las Fuerzas Armadas para los efectos pretendidos por los recurrentes. Por el contrario, atenta contra el principio de legalidad que emana de los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental inferir que posee dicha atribución fundado en una interpretación extensiva o analógica”. Incluso, la jurisprudencia ha señalado reiteradamente al respecto que “Las facultades que se entregan a la administración tienen por esencia una naturaleza excepcional, y no puede ser extendida su aplicación más allá de lo estrictamente permitido”.

De esta forma y, conforme a lo consagrado por las disposiciones normativas anteriormente señaladas, la Corte estima que “es dable concluir que el Presidente de la República al hacer uso de la facultad de declarar una zona determinada como zona afectada por sismo o catástrofe no tiene competencia para ordenar el despliegue de las Fuerzas Armadas con el objeto de resguardar el orden público”.

Ahora bien la Corte estimó que, “al fundarse el Decreto Supremo N° 150 de 27 de febrero de 2010 en la Ley N° 16.282 y al haberse declarado a la zonas que ahí se señalan como afectadas por el sismo con características de terremoto ocurrido ese día, la Presidenta de la República carecía de facultades para disponer el despliegue de las Fuerzas Armadas a fin de resguardar el orden público. Siendo sólo la declaración del Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe la vía idónea para disponer de tal manera. Por consiguiente, al decidir de la manera que lo hizo el fallo impugnado no ha incurrido en infracción a las disposiciones de la Ley N° 16.282”.

Lo esencial al estudio de los actos de gobierno que nos compete es lo consagrado en el considerando undécimo de la presente sentencia, considerando en el cual la Corte estimó que “la declaración de la Región del Biobío como zona afectada por el sismo con características de terremoto el mismo día 27 de febrero de 2010 se inscribe, al igual que la declaración del estado de excepción constitucional de catástrofe, en el ámbito de las atribuciones exclusivas del Presidente de la República; que se trata de prerrogativas de gobierno o políticas y que por tal consideración no pueden quedar las mismas sujetas al control judicial en cuanto al mérito u oportunidad en que han debido de ser ejercidas”. Continúa con dicha

argumentación estableciendo que “la decisión de declarar por medio del decreto supremo respectivo a las zonas de Valparaíso, del Libertador Bernardo O’Higgins, del Maule, del Biobío, de la Araucanía y Metropolitana como afectadas por la catástrofe derivada de un sismo con características de terremoto importa el ejercicio de una atribución exclusiva y privativa de la autoridad política que escapa al control jurisdiccional”. De esta forma, nuevamente se reitera como una de las características primordiales que atañen a los actos de gobierno la no judiciabilidad de sus materias que son fruto de una función política, privativa y exclusiva de un órgano del gobierno, en este caso, del órgano Presidente de la República.

Es más, estima el máximo tribunal del país que “admitir que una decisión tal, en esencia un acto político o de gobierno, no justiciable, pueda ser evaluado en su mérito por la judicatura trastoca el principio de separación de funciones desde que abre cauce a un control en sede jurisdiccional que la Constitución Política entrega explícitamente a órganos políticos”.

De esta forma, la Corte concluyó que “ponderar si debía declararse zona de catástrofe a alguna región del país en ejercicio de las facultades que al Presidente de la República le otorga la Ley N° 16.282, si una declaración tal fue tardía o si ésta debió comprender la medida de convocar a las Fuerzas Armadas es una atribución privativa y excluyente del Ejecutivo que la judicatura no puede subrogar. Y tal es precisamente lo que ocurriría si esta Corte Suprema se avoca a esas determinaciones que en nuestra institucionalidad quedan sujetas al control político”.

Lo fundamental es lo consagrado en los argumentos esgrimidos en la sentencia, en donde se consagra que aquellas facultades exclusivas del gobierno quedaran exentas de control jurisdiccional, lo que no quiere decir que estas queden exentas de todo control, control que ha de ser distinto, de naturaleza política y no jurisdiccional. Conforme a ello, la Corte señala que “de las normas constitucionales pertinentes y de lo expuesto precedentemente se colige que declarado el estado de excepción constitucional de catástrofe, las zonas respectivas quedarán bajo la dependencia inmediata del Jefe de la Defensa

Nacional que designe el Presidente de la República y que, además, los tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocadas por la autoridad para decretar los estados de excepción. Es una facultad exclusiva del gobierno, de modo que no queda sometida al control jurisdiccional la apreciación del mérito de los antecedentes que han debido considerarse para adoptar la medida”. Por ello es que el considerando decimotercero fue claro al señalar que “la Constitución Política manda sin equívocos que se excluye rotundamente del control judicial el acto político dictado en ejercicio de la potestad de gobierno y discrecional relativa a la declaración de estados de excepción constitucionales, la cual -como se dijo- no es susceptible de ser fiscalizada por los Tribunales. Ello tiene como fundamento no sólo la disposición expresa constitucional sino que también la circunstancia de que el control jurisdiccional tiene como límite divisorio los actos que son propios de la actividad política, en este caso de la autoridad máxima de gobierno, de suerte que los órganos jurisdiccionales no se encuentran autorizados para revisar decisiones de esta índole”.

Para terminar con el análisis de lo anteriormente descrito, la Corte estimó que respecto a la transgresión de las normas constitucionales no es posible sustentar un recurso como el de la especie en preceptos de dicho orden, por cuanto la Carta Fundamental se limita a establecer principios que luego son desarrollados en normas de inferior jerarquía como las leyes, siendo sólo estas últimas las que son susceptibles de ser analizadas por medio de la casación de fondo, según lo dispone el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, razón por la que tampoco procede este recurso en cuanto por su intermedio se denuncia la vulneración del espíritu general de la legislación y la equidad natural.

Es por lo mismo que, en virtud a los razonamientos precedentemente expuestos, que la Corte estimo que “no existe el error de derecho denunciado por el recurso y por tal motivo éste debe ser desestimado”. Producto de lo anterior es que se rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de la sentencia de quince de Enero de dos mil quince.

Conviene también tener presente lo sostenido por el Ministro Haroldo Brito quien, en su voto de minoría, expresó que “1ª. No es posible colegir que de las disposiciones de la Ley N° 16.282 pueda desprenderse que el Presidente de la República carece de competencia para disponer la intervención de las Fuerzas Armadas para resguardar el orden público, toda vez que el artículo 3° de dicha norma dispone que podrá dictar normas de excepción para "resolver los problemas de las zonas afectadas", y luego señala que las normas de excepción autorizadas a dictar sólo podrán ejercitarse en los casos que enumera, entre los cuales incluye en el primer apartado la "designación de autoridades y determinación de sus atribuciones o facultades". En opinión de este Ministro, tal redacción en ningún caso impide designar a una autoridad militar determinándole atribuciones para reguardar el orden público; sin perjuicio de las que previene el artículo 20 de esta misma Ley. 2ª. La regla general a este respecto es que los actos políticos o de gobierno estén afectos al control judicial, más aún si estos vulneran o restringen derechos fundamentales. Un acto de gobierno se encuentra excepcionalmente exento del control de los tribunales de justicia cuando una norma constitucional así lo haya señalado expresamente. 3ª. En la especie, el artículo 45 de la Constitución Política de la República sustrae del conocimiento de los tribunales de justicia el fundamento o las circunstancias de hecho invocados por la autoridad para decretar un estado de excepción constitucional, pero no la decisión de no decretarlo, pues tal resolución, en tanto ocasione un daño o vulnere derechos constitucionales, podría generar una responsabilidad del Estado por omisión”.

En sus palabras sólo así se entiende la segunda parte del inciso primero y el inciso segundo, ambos del artículo 45 de la Constitución Política de la República, que, poniéndose en la única hipótesis de la norma -sustraer del conocimiento de los tribunales la decisión de haber decretado un estado de excepción constitucional-, regulan en detalle ciertas contra excepciones al carácter no justiciable de tal acto de gobierno, sin que ellas puedan alcanzar de modo alguno una omisión, como lo es la decisión de no decretarlo, cual es el fundamento de la acción de autos.

Entenderlo de otro modo implicaría afirmar que el artículo 45 regula dos actos con consecuencias absolutamente distintas: una sustracción parcial del control judicial de la decisión de decretar un estado de excepción constitucional -parcialidad que estaría contenida en la segunda parte del inciso primero y en el inciso segundo-, y una sustracción total del control judicial de la decisión de no decretar un estado de excepción constitucional, en tanto lo dispuesto en la segunda parte del inciso primero y en el inciso segundo son previsiones no aplicables a la decisión de no decretar un estado de excepción constitucional, porque se vinculan a un actuar positivo y no a uno omisivo. Entenderlo de modo contrario implicaría aceptar la paradoja de una norma que toma resguardos para los particulares frente a un hacer de la autoridad, al tiempo que los deja en total indefensión frente a un no hacer de la misma. Tal conclusión es a todas luces insostenible en un Estado que se reconoce al servicio de la persona.

Por lo demás, las disposiciones que restringen derechos fundamentales, como las ya citado artículo 45 de la Constitución Política de la República, deben siempre interpretarse restrictivamente; por tanto, si la redacción de la norma alude a la decisión de decretar un estado de excepción, no es posible extender sus consecuencias y previsiones a la de no disponerlo, pues parece claro que lo allí regulado es un actuar positivo del Presidente de la República y no uno negativo u omisión. Así fluye además de lo dispuesto en los artículos 6, 7 y 19 N° 26 de la Constitución Política de la República, que determinan la necesidad de una habilitación normativa expresa para restringir los derechos por ella asegurados”

12. Caso de que versa sobre la sentencia y su consiguiente apelación al fallo de la misma, respecto a la Acción de Protección impetrada a favor de Leopoldo López y Daniel Ceballos.

ROL	1.850-2015
TRIBUNAL	Corte de Apelaciones de Valparaíso
MATERIA	Recurso de Protección
FECHA DE LA SENTENCIA	28/09/2015

SENTENCIADORES	Inés María Letelier Ferrada, por la Fiscal Judicial Jacqueline Nash Álvarez y por el abogado integrante Sr. Góngora.
-----------------------	--

ROL	17.393-2015
TRIBUNAL	Corte Suprema
MATERIA	Apelación al Recurso de Protección
FECHA DE LA SENTENCIA	18/11/2015
SENTENCIADORES	Pedro Pierry, Rosa Egnem, María Eugenia Sandoval, Carlos Aránguiz, y Manuel Valderrama.

La acción de protección fue interpuesta el 25 de mayo de 2015, por John Londregan y María Victoria Villegas Figueroa, ambos profesores universitarios, ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, solicitando protección de los derechos constitucionales consagrados en los numerales 1°, 3°, 4°, 14, 15 incisos 1° y 6°, y 26, todos de la Constitución Política de la República en relación al artículo 20 de la misma Carta, en favor de Leopoldo López y Daniel Ceballos, ambos ciudadanos venezolanos, ex alcaldes y detenidos en recintos penitenciarios de su país, acusados de los delitos de instigación pública, asociación ilícita, daños a la propiedad e incendio, cometidos con ocasión de las protestas públicas llevadas a cabo en contra del gobierno del Presidente Nicolás Maduro en la República Bolivariana de Venezuela. Es importante destacar que, a la fecha de la interposición de la acción de protección, no existía condena alguna en Venezuela sobre los hechos imputados a los acusados. A su vez, el día 24 de Mayo del mismo año, ambos acusados iniciaron una huelga de hambre “por violaciones permanentes a sus derechos, sus familias, al futuro y al presente de millones de venezolanos”. Sostuvieron que una huelga de hambre es la última medida que

tiene una persona para probar - vía protesta activa y pacífica - que es el verdadero y último detentador de la potestad del derecho y reclama protección de quienes, en ejercicio de un estado de derecho, ejercen la tutela del mismo y que son los tribunales de justicia de un estado Derecho a quien le corresponde acudir en su socorro.

Reclamaron, a favor de los recurrentes, derecho a la protección de las garantías constitucionales antes referidas que la Constitución Política de la República de Chile consagra en favor de toda persona, sin distinción, amparados en la Doctrina de Jurisdicción Universal de Protección a los derechos humanos, cuya doctrina es recogida y desarrollada en el artículo 19 de la Carta Fundamental. Piden a la Corte que, en base a dicha doctrina, se acoja el recurso y ordene se resguarde la vida e integridad física de los protegidos, poniéndoles a inmediata disposición de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante, "OEA") en pleno y total ejercicio de sus derechos, o le que esta Corte estime pertinente para evitar que pierdan su vida en su batalla para asegurar la democracia en su país Venezuela.

Concluyen los recurrentes que Chile tiene la obligación de acudir en socorro de los recurrentes conforme los artículos 5°, inciso segundo, 6° y 7°, inciso segundo, todos de la Constitución Política de la República y solicitan, a esta Corte, ordene resguardar la vida e integridad de los protegidos, disponiendo sean puestos a disposición inmediata de la Asamblea General de la OEA, o su Secretaría General; en subsidio, las medidas que este Tribunal estime pertinentes. En subsidió de todo lo anterior, solicitan se tenga presentada petición de asilo a favor de los protegidos y de todos aquellos que estén en prisión en Venezuela como presos políticos.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones en su considerando primero expuso que "conforme el mérito del presente recurso, y considerando que el mismo se deduce a favor de dos ciudadanos venezolanos por presuntos actos y omisiones ilegales u arbitrarios ocurridos en dicho país, y cuya finalidad es que esta Corte resguarde la vida e integridad de los recurrentes, lo primero que cabe resolver al amparo del

ordenamiento jurídico chileno aplicable en la especie, es si ésta tiene competencia para conocer de los hechos descritos en este arbitrio”. En segundo término, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso sostuvo que “el recurso de protección es una acción jurisdiccional que consagra el artículo 20 de la Carta Fundamental y que busca obtener que la Corte de Apelaciones respectiva tome las providencias necesarias para restablecer el imperio del Derecho y garantizar la debida protección del afectado frente a hechos u omisiones ilegales o arbitrarias que vulneren algunos derechos constitucionales”.

Respecto al primer punto del considerando primero, la Ilustrísima Corte señaló que “conforme lo precisa el numeral 1° del Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, el recurso o acción de protección se interpondrá ante la Corte de Apelaciones cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasionen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales respectivas, o dónde estos hubieren producidos sus efectos, a elección del recurrente, dentro del plazo fatal de treinta días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos”.

De esta forma, y tal como lo reproduce el considerando cuarto de la sentencia se colige que, a elección del recurrente, existen sólo dos Corte de Apelaciones competentes para conocer del recurso de protección: i) En la jurisdicción de aquella en que se ha cometido el acto o se ha incurrido en la omisión, y ii) en la jurisdicción de aquella donde dicho acto u omisión ha producido sus efectos. Pues bien, los recurrentes fundamentaron la competencia de dicha Corte en atención a lo establecido en el artículo 134 del Código Orgánico de Tribunales.

La discusión sobre la competencia que se expresa precedentemente queda resuelta, según la Corte de Apelaciones, en el considerando sexto el cual subraya que “tal razonamiento a juicio de estos sentenciadores es erróneo puesto que, de acuerdo al mérito de las disposiciones constitucionales y legales antes citadas esta Corte, y lo previsto 55, literal f) del Código antes citado, la jurisdicción de la

Corte de Valparaíso comprende la Quinta Región de Valparaíso, y, en este caso, los presuntos actos u omisiones arbitrarios e ilegales que motivan la presente acción cautelar se han cometido y producido sus efectos fuera del territorio de la República de Chile, en concreto en la República Bolivariana de Venezuela, de modo que resulta palmario que este Tribunal carece de competencia para conocer los hechos denunciados en el recurso”. De esta forma, a juicio del Tribunal, la Ilustrísima Corte de Valparaíso carece de toda competencia para el conocimiento del asunto que se ventiló dado que los actos u omisiones arbitrarias e ilegales no se desarrollaron en el territorio jurisdiccional que a dicha Corte le compete.

Ahora bien, especial atención hay que prestar al considerando octavo, el cual estableció que “al amparo de tales razonamientos queda en evidencia de que no resulta atendible lo expuesto en estrados en orden a que el numeral 1° del Auto Acordado (en adelante, “AA”) antes citado contemplaría varias causales - y así ha sido expresado - para generar jurisdicción, entendiéndose que la Corte de Apelaciones llamada a conocer el recurso no es sólo aquella en cuya jurisdicción se ha cometido el acto u omisión arbitrario o ilegal, caso en el cual la norma aludiría a una competencia de naturaleza territorial, sino que también aquella en que, "según la naturaleza de éste", se hubiere cometido el hecho, acto u omisión, que cause privación, perturbación o amenaza de un legítimo ejercicio de las garantías constitucionales, circunstancia esta que aludiría ahora a la jurisdicción de la Corte de Apelaciones no respecto de un lugar concreto, sino que a la naturaleza del hecho y su conocimiento, vale decir, a la materia, caso en el cual, como acontece tratándose de vulneraciones a los derechos humanos, por mandato expreso del artículo 5° de la Carta Fundamental, obligaría a ésta conocer de actos u omisiones cometidos fuera de su territorio jurisdiccional e incluso pudiendo decretar, con fuerza obligatoria, medidas para restablecer el imperio del Derecho en un territorio extranjero”.

Es éste el principal argumento que sostienen los recurrentes para fundar su recurso en atención a la Doctrina Universal de Jurisdicción en materia de derechos humanos, punto relevante que, como veremos en la apelación al recurso

analizado, será uno de los fundamentos esenciales por el cual la excelentísima Corte Suprema revocaría, en fallo dividido, la sentencia de la Ilustrísima Corte de Valparaíso.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso rechaza dicha interpretación del artículo 1° del AA estableciendo que “en efecto, cuando en él se emplea la frase ‘o, según la naturaleza de éstos’, lo que se quiere significar es que el plazo fatal de treinta días para interponer el recurso en evento que no sea posible establecer determinadamente cuando se ejecutó el acto o se incurrió en la omisión, éste se contará - atendida la naturaleza del mismo, es decir, del acto u omisión - desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos, circunstancia ésta que explica, dada la incertidumbre que ello puede generar”.

Respecto de esta, los recurrentes interpusieron un recurso de apelación en atención a que, según ellos “resulta visible que operan en este caso todos los requisitos exigibles para que actúe la jurisdicción universal protectora de los derechos humanos”.

Ahora bien, en su fallo del 18 de noviembre de 2015 la Tercera Sala de la Corte Suprema mantuvo la parte expositiva del fallo original, eliminándose sus considerandos sexto a undécimo inclusive, teniendo presente como argumentos para construir su sentencia estimatoria el hecho de que los recurrentes solicitaron protección: “en favor de los ciudadanos venezolanos Leopoldo López y Daniel Ceballos, quienes, a causa de la detención por razones políticas de la que han sido objeto, iniciaron con fecha 24 de mayo de 2015 una huelga de hambre, medio a través del cual solicitan la liberación de los que la oposición considera “presos políticos”, el cese de la persecución, de la represión y la censura; y la fijación de fecha para las próximas elecciones parlamentarias en su país, con observadores electorales de la OEA y Unión Europea”.

De igual forma, la Corte Suprema señaló en su primer considerando que las pretensiones procesales de los actores se basaron en “la doctrina de la Jurisdicción Universal de protección de los Derechos Humanos, de acuerdo a la

cual, y en síntesis, sostiene que todos los países organizados dentro del marco de un Estado de Derecho tienen competencia para conocer los atentados contra los Derechos Humanos, incluso cuando ellos tengan lugar fuera de su territorio, puesto que al ser universales, imprescriptibles, inalienables, irreductibles e inquebrantables, habilitan a utilizar toda la red de derecho que organiza a todos los Estados, con el fin de garantizar su vigencia y cabal ejercicio. En apoyo de esta postura los actores hacen mención a jurisprudencia extraída de los casos sustanciados contra Augusto Pinochet Ugarte por el Ministro de fuera Juan Guzmán Tapia, entre otros”. Asimismo, complementa la fundamentación de la pretensión hecha por los recurrentes, el hecho que “Chile tiene la obligación de acudir en auxilio de quienes resultarían lesionados en los derechos ya descritos, ya que conforme a lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2° de la Carta Fundamental, el Estado chileno ha ratificado la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto de San José de Costa Rica, instrumentos internacionales que permiten sustentar la aplicación de la teoría ya mencionada, considerando además, que la protección que se garantiza en dicha regulación interna no distingue al tipo de persona ni el lugar en donde se incurra en el acto u omisión que lesiona dichas garantías fundamentales”.

Ahora bien, es precisamente el considerando primero en donde la Corte de Alzada precisamente empieza a exponer los fundamentos de la decisión estableciendo, primeramente, que “esta Corte debe elucidar, en primer término, si tiene jurisdicción para conocer de este asunto, habida cuenta de que el hecho que motiva la protección impetrada acaece en un Estado extranjero. Como es sabido, resulta un principio elemental de la jurisdicción de los Estados, la territorialidad, esto es, que cada Estado juzgue los hechos que acontecen en su territorio, ello como un reconocimiento a la soberanía nacional de cada cual. Ese principio se recoge en el artículo 5° inciso 1° de la Constitución Política de la República y 7° del Código Orgánico de Tribunales. Sin embargo, en ciertos casos de singular importancia y trascendencia para la pervivencia de la propia comunidad internacional, ésta ha permitido excepcionalmente la aplicación del principio de extraterritorialidad, o sea, la potestad de juzgar los hechos que acontezcan fuera

de los límites políticos de los Estados, sin que medie un tratado vinculante y sin que existan nexos de otra naturaleza, como el de la nacionalidad”.

Dicho ello, la Tercera Sala de la Corte Suprema recogió una definición de *ius cogens*, al decir: “el derecho internacional reconoce la existencia de un sistema normativo de orden superior o *ius cogens* (artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general –“*ius cogens*”–. Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”. Lo anterior, llama la atención puesto que no se aprecia en la estructura del razonamiento del fallo, así como en abstracto, la relevancia de incluir la referencia al *ius cogens*, a propósito del principio de jurisdicción universal.

Es más, en atención y tomando, justamente, como base la tradición jurídica ampliamente desarrollada sobre el principio de jurisdicción universal, es que la Corte Suprema declara, en su considerando tercero, que “dos fuentes de derecho han sido usualmente citadas para reconocer validez a la jurisdicción universal: el derecho de los tratados, en particular los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I de 1977, la Convención contra el Genocidio, el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la Convención contra la Tortura de 1984. En nuestro continente tiene especial importancia el Pacto de Derechos Civiles de San José de Costa Rica. Más allá de que estos tratados no contemplan taxativamente dicha jurisdicción universal, a estas alturas una apreciable cantidad de Estados –ni que decir la doctrina académica- ha formulado la interpretación –no rebatida- de que la vigencia de los derechos esenciales de la persona humana a que ellos aluden sólo es posible si se autoriza y hasta se obliga a los Estados a su cabal ejercicio a través de sus tribunales nacionales. La segunda fuente, es el derecho consuetudinario internacional que como es sabido, cumple un fuerte rol en la génesis y desarrollo del derecho de los Estados y que en esta materia ha tenido un amplio camino recorrido. Los tratadistas están de acuerdo en que la aplicación del derecho universal debe reconocer ciertas reglas fundamentales, como que los

tribunales de otro país solo pueden actuar cuando los del lugar de los hechos no lo hagan; que la jurisdicción y la subsecuente competencia emanen de una fuente idónea del derecho internacional; y que la legislación nacional a aplicar no contradiga el derecho internacional”.

De esta manera, la Tercera Sala de la Corte Suprema pone los derechos cuya protección se invoca, especialmente al derecho a la vida, dentro de las categorías antes descritas, a efectos de brindarle tutela jurisdiccional, al decir que “al examinar dichos criterios a la luz del caso que nos ocupa, nos encontramos con que los recurrentes, personas de buena voluntad –determinadas y reconocibles, han requerido de los tribunales chilenos a través del procedimiento constitucional de protección de las garantías de más alto rango, una medida cautelar que resguarde la vida de los ciudadanos venezolanos Leopoldo López y Daniel Ceballos, presos en dicho país bajo las condiciones que su recurso relata. El derecho a la vida es reconocido en todos los ordenamientos jurídicos del mundo como una garantía constitucional preeminente y ello porque se la ha recogido desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En Chile, se encuentra contemplada en el número 1 del artículo 19 de la Constitución Política”.

Por su parte, la sentencia se hace cargo de la acreditación de los hechos que sirven de base para la tutela de amparo solicitada, haciendo referencia a la supuesta calidad de delitos comunes por los que se encontrarían condenados o enjuiciados los ciudadanos venezolanos, en cuyo favor se invoca la protección, que a juicio de la Corte serían delitos políticos; y sobre la dudosa seriedad de los procesos llevados en su contra haciendo referencia a declaraciones que habría dado el persecutor que llevó el caso en dicho país. Señala la Tercera Sala de la Corte Suprema que “Y su país [Venezuela], emplazado legalmente en este procedimiento, ha optado por el silencio, aunque en las mismas fuentes informativas aparece entregando una versión de que López se encuentra condenado por los tribunales ordinarios de justicia locales por sentencia no ejecutoriada, a penas de rango criminal por delitos que guardan relación con conductas que en todos los países democráticos son adjetivadas como “políticas”

y no personales. Agrava lo anterior que el fiscal persecutor de su causa ha salido de su país y ha declarado que el proceso en mención fue una invención oficial a la que fue obligado”.

De esta forma, lo interesante de este razonamiento es que la Corte Suprema hace reminiscencia a que la imputación de los hechos sobre los cuales descansa la privación de libertad decretada en contra de los recurrentes es por delitos que, en todos los demás países democráticos, son comunes y, más aún, a que son hechos que a todas luces envuelven un sesgo “político”.

Por lo anterior es que la sentencia, en su considerando sexto, hace un razonamiento argumentativo que consagra que “los antecedentes disponibles revelan que las personas en cuyo favor se recurre, se encuentran sometidas a privación de libertad por el gobierno de su país en virtud de un proceso aparentemente ilegítimo, por hechos de connotación evidentemente política y sin protección de sus tribunales nacionales”. Y agrega sobre lo anterior que “así, resulta visible que operan en este caso todos los requisitos exigibles para que actúe la jurisdicción universal protectora de los derechos humanos antes mencionada, desde que los tribunales de la República Bolivariana de Venezuela no aparecen actuando con suficiencia en la protección de los derechos de sus ciudadanos ya individualizados; y hasta se podría sostener con al menos cierta connivencia con los propósitos políticos del gobierno local. Del mismo modo, la jurisdicción y competencia que esta Corte se atribuye, proviene de una fuente reconocida del derecho internacional, como son los tratados ya anotados y el *ius cogens* sustrato de toda la normativa mundial; y, en tercer término, que la legislación de Chile se encuentra en completa armonía con el señalado derecho internacional”.

Respecto sobre la competencia que han de tener los tribunales nacionales para conocer de esta clase de asuntos, la Corte Suprema se hace cargo de dichos argumentos en su considerando noveno estableciendo que “Como la Constitución no definió lo que debe entenderse por “Corte respectiva”, es necesario recurrir al Auto Acordado que dictó esta misma Corte Suprema en uso de sus facultades

reglamentarias, cuyo numeral 1° refiere que se trata de “la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal...” En razón de que el acto se ha dicho cometido en Venezuela, lo mismo que el acto arbitrario, pero los recurrentes han señalado que el mismo les afecta personal y directamente, de lo cual es posible colegir -ya siguiendo las reglas generales-, que el lugar de su domicilio corresponde también a aquél en que el acto produce sus efectos, lo que es congruente también con la universalidad de la jurisdicción impetrada. De modo que la Corte de Apelaciones de Valparaíso resultaba competente para conocer territorialmente de ese asunto, tal cual ha sucedido en autos”. Asimismo, y en concordancia con lo que venía señalando a lo largo del fallo, los ministros de la Tercera Sala de la Corte Suprema agregaron que “no se puede dejar de consignar que si, por una parte, la jurisdicción universal tiene reconocimiento en el Derecho Chileno según se ha venido señalando, su corolario secuencial es que dicho derecho –si no se quiere concebírsele abstracto- tenga también una acogida procesal en el ordenamiento nacional, que le otorgue eficacia y concreción. Dicha manifestación es, en cuanto a la garantía principal involucrada, el recurso de protección de los derechos esenciales reconocidos en nuestra Constitución”.

Por lo anteriormente expuesto en los considerandos sucesivos de la resolución de fecha 18 de Noviembre de 2015 es que la Corte Suprema declaró que “se revoca la sentencia en alzada de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que con fecha 28 de septiembre de 2015 y según consta de fs.150 a 156, negó lugar a acoger el recurso de protección deducido a fojas 3 por don John Londregan y doña María Victoria Villegas Figueroa, y en su lugar se declara que se lo acoge, sin costas, disponiéndose la medida de requerir, a través del Gobierno de Chile, a la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, representada por su Presidente o un delegatario suyo debidamente autorizado, para que se constituya en el Estado de Venezuela, ciudad de Caracas, cárcel militar Ramo Verde y cárcel común de Guárico o donde se encuentren privados de libertad a la fecha de la Visita los ciudadanos venezolanos Leopoldo López y Daniel Ceballos y constate el estado de salud y de privación de libertad de ambos

protegidos, recoja sus impresiones y evacúe un informe a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, a fin de que ésta adopte todas las medidas aconsejables a la adecuada protección de sus derechos esenciales, respecto a lo cual se informará a esta Corte Suprema de Chile”. Esto es trascendental puesto que ha sido la única vez que un Estado soberano ha resuelto respecto a un hecho acaecido en otro, solicitando el restablecimiento del derecho.

De igual manera, se deja constancia que el fallo se adopta con los votos a favor de los Ministros Sres. Pierry, Aránguiz y Valderrama; y con los votos en contra de las Ministras Sras. Egnem y Sandoval, la primera por considerar que la Corte carece de jurisdicción universal para conocer de los hechos planteados por la vía de la acción de protección y la segunda por “sus propios fundamentos”, además de lo ya resuelto por la misma Corte a propósito de la jurisdicción universal de los derechos humanos en sede de amparo bajo el rol N°60-201530 (en una referencia errada que, en realidad, estaba hecha al rol N° 3311-2015 de la Corte Suprema y al rol N° 60-2015 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso).

Por ello es que este fallo ha sido sumamente novedoso en materia de judicatura, no sólo porque recoge en extenso una teoría que ha sido poco desarrollada en nuestro ordenamiento jurídico, como lo es el principio de jurisdicción universal de los derechos humanos, sino que también porque ha extendido una eventual tutela jurisdiccional cautelar o de amparo ordinario constitucional más allá de las fronteras del territorio de la República haciendo caso omiso al principio de territorialidad y, a su vez, porque también ha hecho una reinterpretación normativa de la competencia de las Cortes al momento de conocer de recursos de protección, a partir del texto del artículo 1° del Auto Acordado sobre tramitación y fallo de los recursos de protección. En lo que respecta al análisis de la teoría de los actos de gobiernos – actos políticos que nos concierne, es trascendental este caso puesto que esta sentencia incursiona en un ámbito de tradicional no justiciabilidad: los actos políticos o de gobierno, como es el caso de la conducción de las relaciones internacionales que el artículo 32 N° 15° de la Constitución Política reserva al Presidente de la República como atribución exclusiva en cuanto

jefe de Estado y Jefe de Gobierno con conexión con el régimen político y tipo de gobierno presidencialista imperante; y con ello la decisión judicial pasaría a llevar el principio de separación de poderes e interviene con decisiones y estrategias de la diplomacia de Chile en el concierto de América Latina, la que hasta ahora parece ser guiada –al menos en cuanto a la actitud política frente a Venezuela– por el fiel apego a los lineamientos de la Carta Democrática de la Organización de los Estados Americanos.

De esta forma, este fallo dividido lo que ha hecho es obviar dicha tradición doctrinaria que fue acogida en nuestro ordenamiento jurídico en atención a lo expresado en el artículo 24 de nuestra Constitución, incursionando en materias que, por mandato constitucional expreso y exclusivo, son conferidas al Presidente de la República.

13. Caso del Recurso de protección contra la Cámara de Diputados.

ROL	6.906-2016
TRIBUNAL	Corte Suprema
MATERIA	Recurso de protección
FECHA DE LA SENTENCIA	22/03/2016
SENTENCIADORES	Héctor Carreño, María Eugenia Sandoval, Juan Fuentes Belmar, Pedro Pierry Arrau y Patricio Valdés.

Esta sentencia es breve pero concisa en alusión a la teoría que nos ocupa. Parte analizando en el considerando primero de autos que el acto reprochado de ilegal y arbitrario por medio del recurso de protección impetrado es la decisión adoptada por la Cámara de Diputados de admitir a tramitación legislativa la moción parlamentaria por la que se pide declarar la nulidad de la Ley N° 20.657, que modifica en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal, la Ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la Ley N° 18.892 y sus modificaciones, moción admitida en sesión

celebrada con fecha 19 de enero de 2016, puesto que, a juicio de los recurrentes “priva, perturba y amenaza la garantía constitucional al debido proceso, la libertad para adquirir toda clase de bienes y su derecho de propiedad, solicitando, concretamente, dejar sin efecto el acto recurrido”.

El considerando segundo plantea que, en términos amplios, la Constitución Política de la República si bien consagra en su artículo 20º la procedencia de la acción de protección contra determinadas actuaciones, existen algunas que no serían susceptibles de ser revisadas en sede jurisdiccional. “Así, por ejemplo, no procede el recurso de protección en contra de leyes, decretos con fuerza de ley, actos de gobierno, entendido estos como aquellos ejecutados en la esfera 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’”.

Fundamental es lo esgrimido por la Corte Suprema en su considerando cuarto, el cual establece que, en relación al recurso de protección, que “mediante esta acción no se pueden impugnar actos que constituyen el ejercicio de atribuciones que el propio constituyente ha otorgado a otros órganos del Estado, como ha ocurrido en este caso, en que se pretende revisar la facultad de admitir a tramitación legislativa una moción parlamentaria, atentándose contra la congruencia y unidad que debe tener la Carta Fundamental. Estos actos integran lo que ha sido calificado por algunos autores como "cuestiones políticas" que no son justiciables.

Al respecto señala Segundo Linares Quintana en el "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado", citado por Francisco Zúñiga en el artículo Control Judicial de los Actos Políticos. Recurso de protección ante las cuestiones políticas: "Las cuestiones políticas no son justiciables simplemente porque comportan 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”.

Por esas consideraciones y de conformidad además con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se confirma la resolución apelada que declaró inadmisibles el recurso de protección interpuesto.

14. Recurso de protección interpuesto por los abogados Álvaro Troncoso Larronde y Gonzalo Troncoso Bazán a favor del ex Ministro de Educación Harald Beyer.

ROL	1.251-2013
TRIBUNAL	Corte de Apelaciones de Valparaíso
MATERIA	Recurso de protección
FECHA DE LA SENTENCIA	29/06/2013

El presente fallo versa sobre el recurso de protección que fue interpuesto en contra de la decisión del Senado de destituir de sus funciones al otrora ex Ministro de Educación del Gobierno de Sebastián Piñera, señor Harald Beyer Burgos, en atención a que el Senado, según los recurrentes, quebrantó el legítimo ejercicio de los derechos y garantías constitucionales del Ministro mediante una acusación constitucional manifiestamente arbitraria e ilegal

Esta decisión de parte del Senado que separó de sus funciones al señor Beyer tuvo como fundamento normativo al artículo 53 número 1 de la Constitución Política de la República, el cual le confiere a dicho órgano *jurisdicción* para resolver como jurado el juicio político de que trata, por lo cual la declaración de culpabilidad pronunciada por el Senado tiene la naturaleza jurídica de cosa juzgada constitucional, teniendo por efecto que el acusado quedó destituido de su cargo y, por consiguiente, que no podrá optar a desempeñar cargos públicos por un plazo de cinco años.

En efecto, ya latamente estudiado, la acción de protección tiene como finalidad el restablecimiento del imperio del derecho quebrantado por una acción ilegal y arbitraria, en este caso, del Senado. En las argumentaciones esgrimidas por las partes tanto en la acción cautelar, como en estrados, se señala que existió un conflicto de normas originado en la redacción de los artículos 8 y 53 de la Constitución Política de la República, por cuanto la primera, en el ejercicio de las funciones públicas, obliga a sus titulares al estricto cumplimiento del principio de probidad en todas sus actuaciones y, la segunda, establece las atribuciones que le son exclusivas al Senado como órgano político del Estado. En efecto, el artículo 53 de la Constitución en su numeral primero, le otorga al Senado la facultad de conocer de la acción constitucional que la Cámara de Diputados entable con arreglo al artículo anterior.

Ahora bien, la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y su Reglamento, en su título cuarto, regulan la tramitación del Senado como jurado en eventos excepcionales, y en lo que interesa, en los arts. 48 a 52 se consagra que corresponde aplicar al Senado de la República, sin que en aquéllos se señale como requisitos los que menciona el actor como omitido, el procedimiento para adoptar la votación y el contenido de la resolución que en ella se expida.

De esta forma, independientemente de los hechos o argumentos que hayan llevado a la Cámara de Diputados a realizar la acusación constitucional en contra del Ministro de Educación, lo que realmente interesó a nuestra judicatura fue analizar el hecho de que el procedimiento que se pretendió impugnar se adoptó o no conforme a las normas constitucionales, así como también que haya sido ejecutada por una autoridad expresamente facultada para ello. Por ende, luego de analizar la normativa atinente a la materia el tribunal determinó que “no es posible calificarla de arbitraria e ilegal como lo solicitó el recurrente” porque precisamente el órgano ejerció un actuar válido y debidamente facultado según nuestro ordenamiento jurídico, lo que nos remite a una de las características propias de los actos de gobierno / políticos, su exclusividad.

CONCLUSIONES

El acto de gobierno/político se caracteriza, dentro de las manifestaciones de voluntad propias de la Administración, por ser esta aquella que nace de la función gubernativa que puede ser entendida, en un sentido amplio, como aquella actividad que realizan diversos órganos del Estado que, en mayor o menor grado, despliegan actos de naturaleza política.

Desde un punto de vista más restringido, ha de identificarse la expresión gobierno como aquella función que desarrollan los órganos que ejercen la función ejecutiva, los cuales tienen por objeto la fijación y conducción de aquellas directrices que han de fijar aquellas políticas públicas que han de regir una sociedad políticamente organizada. Como ya lo hemos analizado en los capítulos anteriores, esto surge de la teoría clásica constitucional del Estado de Derecho, la cual distingue que dentro de un Estado coexisten y se interrelacionan funciones de ámbito legislativo, jurisdiccional y de gobierno.

En Chile, se ha distinguido al acto de gobierno por ser una manifestación exclusiva del órgano ejecutivo, esto por cuánto al gozar de un sistema presidencialista se relaciona invariablemente la función gubernativa con el órgano político, Jefe de Gobierno, representado en su esencia por el Presidente de la República³⁰⁰. De esta forma, concluimos que esta función gubernativa tiene un contenido esencialmente político, por cuanto comprende que el ejercicio de la Soberanía nacional ha de ser desarrollado con el objeto de determinar aquellas políticas que el Gobierno considere más convenientes, para satisfacer el mandato constitucional de dotar a la Nación de herramientas necesarias para lograr el bien común. Por consiguiente, es menester tener presente que la función gubernativa son aquellas ideas o directrices que tienden a satisfacer políticas públicas, mientras que la

³⁰⁰ Como ya lo hemos citado incansablemente, el artículo 24^a de la Constitución Política de la República distingue que tanto gobierno como administración son funciones esencialmente distintas, siendo ambas de competencia exclusiva del Presidente de la República, en su calidad de Jefe de Estado.

función administrativa es aquella forma en que la Administración manifiesta la reproducción de dicho mandato ejecutándolo.

De esta forma, la función gubernativa será aquella manifestación que tiene una función directiva, orientadora y coordinadora para los demás órganos e instituciones del Estado, teniendo esta por objeto establecer aquellas directrices o grandes orientaciones que deben regir el funcionamiento de los órganos públicos para alcanzar, junto con la actividad privada, determinadas metas u objetivos esenciales. Es una función de concepción de políticas globales y sectoriales, de determinación y prioridades relativas y de asignación de medios³⁰¹.

Ahora bien, para los fines de nuestro estudio fue necesario determinar si, eventualmente, nuestros órganos jurisdiccionales aceptaban la existencia de esta especial clase de actos en nuestro país. Luego del análisis de aquellas sentencias que se remitían expresamente, en su esencia, al concepto acto de gobierno, fue forzoso concluir que esta especial clase de actos, los actos políticos o de gobierno, gozan de reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico.

De ellos se sigue que, junto con su manifiesta validez o existencia, es necesario diferenciarlos de las típicas manifestaciones de voluntad propias de la Administración, como lo son los actos administrativos, por cuánto:

- a) La dictación de actos de gobierno/políticos es una potestad constitucionalmente exclusiva y excluyente al órgano investido, ello por cuánto constituye la exteriorización de aquella función política o de gobierno que en sí mismos desempeñan por mandato constitucional expreso;
- b) Es ilimitada, por cuanto la función gubernativa se encuentra supeditada a los cuadros valóricos y normativos que organizan y estructuran el Estado respectivo³⁰²;

³⁰¹ CALDERA DELGADO, HUGO. Óp. Cit. 249p.

³⁰² MORALES ESPINOZA, BALTAZAR. Óp. Cit. 195p.

- c) Esta especial clase de actos están supeditados a la obtención de un interés que se busca resguardar, el bien común, por cuánto son manifestación directa de la función de gobierno;
- d) No se encuentran sujetos a formalidad alguna en cuanto a su ejecución, pudiendo ser ejercidos, indistintamente, ya sea, por el titular de la potestad o por colaboradores directos e inmediatos de él, quienes están expresamente facultados para ello. De esta forma, pueden adoptar la forma que mejor sirva a las finalidades políticas que desempeñan, pudiendo ser desarrolladas tanto por el Presidente de la República, sus Ministros de Estado³⁰³, por los intendentes y por los gobernadores;
- e) Son esencialmente discrecionales y, por ende, su ejercicio se encuentra sujeto al mérito, oportunidad o circunstancias de ejecución del órgano investido siempre en atendiendo al interés del servicio público. La discrecionalidad ha de ser entendida como aquella entera libertad de apreciación otorgada por el constituyente al administrador para que este elija, entre decisiones igualmente justas, las decisiones más acertadas a sus intereses para lograr así la completa satisfacción de las necesidades que se buscan enterar, siendo sus principales elementos su motivo, su objeto, su dinamismo y sus fines los cuales deben, en todo momento, circunscribirse al principio de juridicidad y de supremacía constitucional.;
- f) Sus efectos se pueden extender a todas las estructuras orgánicas del Estado, cualesquiera que sean las funciones que realicen; y,
- g) Son susceptibles de revisión, siendo esta característica la más controvertida, sin embargo, el supuesto irreductible y último en el que se desenvuelve el acto de gobierno/político es el de la democracia constitucional y el del Estado de Derecho, por lo que es forzoso concluir que este tipo de actos estatales también deben encontrarse sujetos a revisión.

³⁰³ Por cuanto los Ministerios son los órganos superiores de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno en virtud a lo consagrado en el artículo 22º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Ahora bien, preciso a nuestro parecer hacer un distingo entre actos políticos y actos de gobierno. En nuestro primer apartado hacemos eco a lo que tradicionalmente ha entendido la doctrina, chilena y comparada, respecto a la distinción existente entre ambos conceptos concluyéndose, de esta forma, que un acto de gobierno es aquella manifestación de voluntad de los órganos, los cuales son estos ejecutados exclusivamente por el órgano Presidente de la República mientras que, por el otro lado, los actos políticos son aquellas manifestaciones de voluntad de los órganos distintos al jefe de gobierno.

Por consiguiente, cuando es el Parlamento el órgano que emite un acto de naturaleza eminentemente política, ejecuta un acto político propiamente tal mientras que, cuando es el Presidente de la República quién declara, a modo de ejemplo, un estado de excepción constitucional que es un acto eminentemente político, ejecuta un acto de gobierno. Así, un acto político es el género mientras que un acto de gobierno, al igual que los actos parlamentarios, es su especie.

Por ende, cuando es dictado un acto con el fin de cautelar la existencia y funcionamiento del Estado en su totalidad, buscando generar una actuación que sea preservativa del Estado y al mismo tiempo de acción potenciadora entre todos ellos, se hablará de un acto de gobierno o de uno político en atención al órgano que ejecutará tal potestad. Conviene tener presente que ambos regularán materias relativas a las relaciones que ha de tener el Ejecutivo, como órgano propiamente tal, con el Parlamento, así como también respecto a aquellas relaciones que ha de tener el Estado con los demás Estados soberanos.

Ahora bien, a pesar de lo manifestado previamente, podemos establecer que una cosa es el reconocimiento que se le ha otorgado a la existencia de esta especial clase de actos en nuestro ordenamiento jurídico y, otra distinta, es la validez que estos han de gozar. A pesar de la rotundidad que sostiene parte de nuestra doctrina sobre la crisis del acto político como categoría de Derecho Público y su anacronismo, ésta 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 jurídico³⁰⁴.

Por lo anterior es que concluimos que la teoría del acto de gobierno en nuestro país no ha gozado de total plenitud, ni mucho menos se le ha otorgado pleno reconocimiento en nuestro ordenamiento, lo cual es patente en la cantidad ínfima de sentencias que lo reconocen, siendo este reconocimiento de carácter residual y plenamente limitativo a lo acontecido con posteridad al año dos mil siete.

Conviene hacer presente que por muchos años la teoría del acto de gobierno estuvo desaparecida en nuestro país, hasta la prevención hecha por Pedro Pierry Arrau en un fallo de la Corte Suprema que confirmaba un fallo de la Corte de Apelaciones en el 2007 presentado en contra de los parlamentarios que votaron en contra y se abstuvieron en la votación sobre el proyecto de ley que pretendía hacer efectivo el derecho a voto de chilenos residentes en el extranjero , que rechazó el referido recurso de protección señalando que para esta excelentísima 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 poder³⁰⁵.

Con todo, Francisco Zúñiga ha sido enfático al determinar que el campo de aplicación del acto político o de gobierno, que reclama para sí de excepcionalidad, se ha restringido al mínimo después de la reforma constitucional del año 2005, por cuánto se verifica claramente la confluencia del estatuto del Poder Ejecutivo y el estatuto de los derechos inherentes a todas las personas, piedra angular del Estado de Derecho, el cual establece que su limitación ha de ser esencialmente restrictiva. Tal reducción ha tenido por objeto delinear el campo de actuación de la actividad política propiamente tal, para que esta en caso alguno se vea limitada

³⁰⁴ ZUÑIGA, FRANCISCO. Óp. Cit. 31p.

³⁰⁵ ZUÑIGA, FRANCISCO. Óp. Cit. 32p.

por un factor correctivo propio de los jueces, como lo es el ejercicio de la actividad jurisdiccional y, por ende, tenga como único factor la alineación de las políticas públicas estatales con el exclusivo fin de velar por la obtención de tal ansiado bien común.

De esta forma, siendo estas materias tan básicas, esenciales y primordiales para el debido funcionamiento y entendimiento de los órganos constitucionalmente investidos de tal prerrogativa, es que se establece que ellos son una especial contrapartida al principio de separación de poderes del estado, siendo la manifestación propia de la legitimidad democrática que aquellos órganos con tintes claramente políticos asuman el poder de decidir aspectos tan trascendentales para la ciudadanía porque, precisamente, están investidos de esa legitimidad democrática soberana que los hace infranqueables en todo lo ancho de su actuar. De esta forma, la falta de control judicial en esta natural especie de actos políticos supone el funcionamiento de controles políticos y sociales contra mayoritarios, en donde se responde a la lógica de la separación de poderes del estado, propia de cualquier estado de derecho, pilar fundamental de la libertad humana en vez de aquella supeditación al órgano jurisdiccional contralor propiamente tal.

Por ello eso que estimamos que en atención a los principios fundamentales que impregnan el actuar de todo órgano en un estado constitucional de derecho, ya sean, el principio de legalidad, juridicidad, de separación de poderes, de la soberanía popular, de igualdad y de supremacía constitucional, se hace sumamente necesario establecer y concluir que ningún ámbito de actuación de estos órganos políticos ha de quedar exento a control, independientemente de si este es control es político o no, lo importante es que exista un efectivo resguardo a los ciudadanos por parte de nuestro ordenamiento positivo por medio de la interposición de acciones que permitan a estos ciudadanos controlar aquellas decisiones que directa o indirectamente les repercuten, ya sea por medio de un control político que ha de realizar el Congreso Nacional por medio de las acusaciones constitucionales entre otras, o bien desde la judicatura ordinaria en el

evento de que exista una patente vulneración a los derechos fundamentales inherentes a toda personas por un actuar político de la Administración. Lo importante a destacar es que siempre ha de consagrarse esa facultad de revisión, independientemente de la calidad del acto y, por ende, concluimos que ningún acto de nuestra Administración ha de quedar exento de cualquier clase de control, por cuanto ello ha de velar siempre por la unidad del Estado y la obtención del bien común.

Por último, conviene tener presente que, de acuerdo a lo observado a nivel regional, a lo largo de América Latina se ha avanzado hacia un reconocimiento expreso de los actos de gobierno, sin perjuicio de que se haya restringido su plena recurribilidad a hechos circunstanciales, siendo lo primordial el hecho de que en nuestro contexto latinoamericano se proclama cada día la plena vigencia de esta teoría, en desmedro de aquellas posturas que parecían sepultarlos por su carácter marcadamente anacrónico, por cuanto es menester leer el observar la realidad política actual, para concluir que esta teoría goza de plena salud en nuestros días.

BIBLIOGRAFIA

1. ACKERMAN, BRUCE. 2007. La nueva división de poderes, Editorial Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, México.
2. ALDUNATE LIZANA, EDUARDO. 1988. Constitución Política de la República de Chile, doctrina y jurisprudencia. Editorial Thomson Reuters, vol. I, 2009.
3. ARISTOTELES, Gran Ética, Editorial Aguilar.
4. ATRIA LEMAITRE, Fernando. 1993. Comentario a la sentencia recaída sobre el caso Cereceda. Revista de Derecho y Humanidades, Vol. III y IV.
5. AYLWIN AZOCAR, PATRICIO. 1952. Manuales jurídicos. Editorial Jurídica de Chile.
6. BAUTISTA, DIEGO. Ética y política: valores para un buen gobierno. E-prints Complutense. Madrid.
7. BRAIBANT. GUY. 2000 GRANDES fallos de la jurisprudencia administrativa francesa "et al". Ediciones Librería Profesional, 8-17 446-455 Bogotá.
8. CANNON, ANDREW y REEVEZ, ELIZABETH. High Court rules that the principle of non-justiciability, unlike state immunity, cannot be waived. [en línea] <<http://hsfnotes.com/publicinternationallaw/2016/07/13/high-court-rules-that-the-principle-of-non-justiciability-unlike-state-immunity-cannot-be-waived/>> [consulta: 04 de septiembre 2016].
9. CARRÉ DE MALBERG. 1948. Teoría general del Estado, Ed. Fondo de Cultura Económica, México.
10. CAZOR ALISTE, KAMEL. Fundamentación y Control del acto de Gobierno en Chile, en Revista de Derecho N° 2, Vol. 12, Universidad Austral de Valdivia, diciembre 2001.
11. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. 1991. Fiscalización política o control judicial del acto de gobierno. Gaceta Jurídica (137).

12. CORDERO QUINZACARA, EDUARDO. 2012. La Administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía. Contraloría General de la República 85 años de vida institucional (1927-2012).
13. Corte Suprema decidirá demandas contra Brexit [en línea] Diario Financiero en Internet 20 de Julio 2016 https://www.df.cl/noticias/internacional/actualidad-internacional/corte-suprema-decidira-demandas-contrabrexit/2016-07-19/204702.html?utm_source=email&utm_medium=email&utm_campaign=Titulares_20072016&utm_content=Link_Nota [consulta: 04 de septiembre 2016]
14. DROMI, JOSÉ. 1992. Derecho Administrativo Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires.
15. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. 2011. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Editorial Termis S.A.
16. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). Madrid.
17. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. 2000. Democracia, jueces y control de la Administración.
18. GARCÍA-TREVIJANO FOS, JOSÉ. 1974. Tratado de Derecho Administrativo Tomo I, 3ª edición, Editorial Revista de derecho privado, Madrid.
19. GARRIDO FALLA, FERNANDO. 1976. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I, Instituto de Estudios Públicos, Madrid.
20. GORDILLO, AGUSTÍN. 2013. "Tratado de Derecho Administrativo". 2ª edición Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo. Tomo 8, Teoría General del Derecho Administrativo.
21. LINARES QUINTANA, SEGUNDO. 1981. Derecho constitucional e instituciones políticas. Editorial Plus Ultra, Buenos Aires.
22. LINARES QUINTANA, SEGUNDO. Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado. Editorial Plus Ultra, Buenos Aires.

- 23.LUTHER V. BORDEN.
<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/48/1/case.html>> [consulta: 04 de septiembre 2016]
- 24.MARANIELLO, PATRICIO. 2005. El principio de razonabilidad y su regulación en los tratados internacionales con jerarquía constitucional. A una década de la reforma constitucional. Editorial Ediar. Buenos Aires.
- 25.MARCHECO, BENJAMÍN, 2015. “*El control jurisdiccional de los actos políticos del Gobierno en el derecho español*”. Revista Internacionales de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje (2).
- 26.MARIENHOOF, MIGUEL. 1998. Tratado de derecho Administrativo. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- 27.MORALES ESPINOZA, BALTAZAR. El mérito, oportunidad y conveniencia en la Contraloría General de la República. Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012).
- 28.ROMÁN, CRISTIÁN. Apuntes de clases de Derecho Administraivo.2016.
- 29.SCHNEIDER, Antonia. Saqueos y responsabilidad del Estado. Análisis particular sobre el proceder del gobierno de Chile en el Terremoto de 27 de Febrero de 2010.
- 30.SESIN, DOMINGO. 2003. Intensidad del control judicial de los actos políticos. El núcleo político discrecional excluido. Revista de derecho argentino.
- 31.SOTO KLOSS, EDUARDO. 1996. La noción del acto administrativo en el derecho chileno (una perspectiva sustancial). Revista de derecho Público. Vol. Nº 60.
- 32.SOTO, E. en ALARCÓN, P. 2000. Discrecionalidad Administrativa, un estudio de la Jurisprudencia Chilena. Editorial Cono sur. Santiago.
- 33.TROPEA, GIUSEPPE. El acto político como un problema todavía abierto a la luz del derecho comparado y de la jurisprudencia italiana. Ius Publicum Network Review.

34. ZUÑIGA, FRANCISCO. 2008. Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las “cuestiones políticas”. Revista Ius Et Praxis. Vol. 14.
35. PANTOJA BAUZÁ, ROLANDO. 1994. El derecho administrativo clasicismo y modernidad. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
36. DROMI, José Roberto. 1986. Introducción al Derecho Administrativo. Madrid. Editorial Grouz.
37. SOTO KLOSS, EDUARDO. Derecho Administrativo Temas Fundamentales. Editorial Thomson Reuters.
38. DE LAUBADÉRE, ANDRÉ. 1984. Manual de Derecho Administrativo. Bogotá. Editorial TEMIS Librería.
39. VEDEL, G., DEVOLVÉ, P. 1958. Droit administratif. 8ª ed. París. Presses Universitaires de France.
40. SCHMIDT- ASSMANN, EBERHARD. 2003. La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
41. MAYER, OTTO. 1982. Derecho Administrativo Alemán. 2da ed. Buenos Aires. Ediciones Depalma.
42. WADE, H.W.E. 1971. Derecho Administrativo. Madrid. Instituto de Estudios Políticos.
43. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. Evolución de la legislación contencioso-administrativa. Revista de Administración Pública.
44. CASSAGNE, Juan Carlos. La judicialización de las cuestiones políticas [en línea] <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_judicializacion_de_las_cuestiones_politicas.pdf> [consulta: 04 de septiembre 2016].
45. BIELSA, RAFAEL. 1964. Sobre lo contencioso administrativo. Santa Fe. Editorial Castellví.
46. FLORES, RUBÉN. 2010. Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo. La Ley Uruguay.
47. SAYAGUÉS LAZO, ENRIQUE. 1953. Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo.
48. GROS, HÉCTOR. y ESTEVA, Eduardo G. 2008. Evolución político – constitucional de Uruguay entre 1975 y 2005. Revista semestral del Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Vol. 6. (2).

49. NUÑEZ BORJA, HUMBERTO. 1971. Breve Tratado de Derecho Administrativo del Perú. 3ª ed. Arequipa. 13p.
50. BACA, VÍCTOR. 2012. Los actos de Gobierno en el Derecho peruano. Revista Ius Esto. vol. 1 (1): 140p.
51. ROJAS, GABRIEL. 1972. El espíritu del Derecho Administrativo. Bogotá. Editorial TEMIS Bogotá.
52. PENAGOS VARGAS, GUSTAVO. 2005. Los actos políticos en la posmodernidad: La propuesta del gobierno de limitar la competencia de la Corte para ejercer el control constitucional. Universitas. vol.54 (109).
53. FRAGA, Gabino. 2000. Derecho Administrativo. Ciudad de México, México. Editorial Porrúa, 40ª Edición.
54. RIOS ELIZONDO, Roberto. 1975. El Acto de Gobierno. El Poder y el Derecho Administrativo, Ciudad de México, México, Editorial Porrúa.
55. MARTINEZ MORALES, Rafael. 2007. Derecho Administrativo 1er. Curso. Ciudad de México, México. Editorial Oxford University Press. 5ª Edición.
56. BRAVO LIRA, BERNARDINO. 1993. Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica. Santiago de Chile. Editorial Andrés Bello.
57. BRAVO LIRA, BERNARDINO. 1996. Ejército y Estado de Derecho en Chile (Siglos XVI al XX). Revista Estudios Públicos (61). 201p.
58. BRAVO LIRA, BERNARDINO. 1990. Protección de los gobernados en el Nuevo Mundo (1492- 1992). Del absolutismo al constitucionalismo. Revista chilena de Historia del Derecho. vol. 16.
59. HUNEEUS ZEGERS, JORGE. 1890. La Constitución ante el Congreso. Santiago.
60. SOTO KLOSS, EDUARDO. 1989. Invalidación de los actos administrativos. Revista Chilena de Derecho. 16 (2).
61. CEA, JOSÉ LUIS. 1979. Fiscalización parlamentaria de los actos del gobierno, 1925- 1973. Revista de ciencia política. Vol.1 (2).
62. CALDERA DELGADO, HUGO. 1979. Manual de Derecho Administrativo. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
63. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. 1991. Fiscalización política o control judicial del acto de gobierno. Gaceta Jurídica (137).
64. ROUSSEAU, Dominique. 2002. Justicia Constitucional en Europa. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

65. TROPER, Michel. 2001. Por una Teoría Jurídica del Estado. Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, 203-2016. Madrid.
66. CAZOR ALISTE, KAMEL. 2002. La sumisión a derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República. Tomo II, Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago.
67. EMBID IRUJO, Antonio. 1989. La justiciabilidad de los actos de Gobierno, en Documentación Administrativa N°220.
68. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. 2002. Principio de Derecho Administrativo. VOL N°1. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces.
69. GARCÍA BARZELATTO, Ana María. El Principio de Juridicidad. Curso de Derecho Constitucional I, Primavera 2008.
70. SOTO KLOSS, EDUARDO. 1990. La nulidad de derecho público en el derecho chileno. Revista de Derecho Público.
71. FLORES, P. BAHAMONDES, K. 2013. El tribunal Constitucional, el control de constitucionalidad y el control preventivo obligatorio con posterioridad a la reforma constitucional del año 2005.
72. JIMENEZ L., Fernando. Evolución de la Composición de atribuciones del Tribunal Constitucional Revista de Derecho, no. 14, año 2006, Universidad Católica de la Santísima Concepción. Concepción.
73. COLOMBO C., Juan. La historia explica el presente y el presente el futuro. Memoria del Tribunal Constitucional año 2007-2008.
74. NAVARRO, Enrique. 2011. El Control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011). Cuadernos del Tribunal Constitucional. Número 43.
75. NOGUEIRA A., Humberto. La ampliación de las competencias de control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional chileno y la ampliación de la fuerza normativa de sus sentencias de acuerdo con la reforma constitucional de 2005. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Ed. Porrúa. Junio – Diciembre de 2006. México.
76. YAMAMOTO, Hironori. 2007. Instrumentos de Control Parlamentarios. Editorial PCL Presses Centrales S.A. Suiza.
77. ZUÑIGA, Francisco. Control político de la Cámara de Diputados en la Reforma Constitucional.

78. ZUÑIGA, Francisco. 2001. Controles de la Potestad Legal y Reglamentaria. Santiago. Revista Ius et Praxis, año 7, número 2.
79. ULLOA AGUILÓN, Jorge. 2009. Acusación Constitucional y Juicio Político: legislación constitucional chilena y Derecho comparado, Primera Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
80. MARTÍNEZ, Gutenberg; RIVERO, René. 2004. Acusaciones Constitucionales: análisis de un caso. Una visión Parlamentaria. Santiago Chile, Editorial Jurídica de Chile.
81. SASSO, Marcello. La acusación constitucional: su naturaleza jurídica y los derechos fundamentales en Chile.
82. OSSORIO, Manuel. 1993. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Buenos Aires, Heliasta.
83. FERRADA, J., BORDALÍ, A. y CAZOR, K. 2003. El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una propuesta inapropiada a un problema jurídico complejo. Revista de Derecho Universidad Austral.
84. GUZMAN, Lionel. 2001. El Control de la discrecionalidad administrativa en Chile.
85. ATIENZA, Manuel. 1993. Razón Práctica y Legislación, Beiheft.
86. BERMUDEZ, Jorge. 1996. El control de la discrecionalidad administrativa. Valparaíso. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso.
87. OLIVERA, Ronald. Control de la discrecionalidad técnica de la Administración por los Tribunales Ambientales. Valdivia.
88. DESDENTADO DAROCA, Eva. 1999. Discrecionalidad administrativa y planteamiento urbanístico, Navarra, Editorial Aranzadi.
89. SILVA CIMMA, Enrique. 1995. Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.