

FUNDAMENTACION Y CONTROL DEL ACTO DE GOBIERNO EN CHILE

Kamel Cazor Aliste

Profesor Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Austral de Chile

RESUMEN

En el presente artículo se aborda el control judicial, por vía de protección, de los actos políticos del Gobierno. En esta materia, como los criterios doctrinales no son necesariamente coincidentes, se efectuará un breve análisis de los distintos puntos de vista existentes sobre el tema, donde la doctrina y jurisprudencia españolas serán utilizadas como un importante referente instrumental, en una temática cuyo tratamiento por parte de la doctrina y jurisprudencia chilenas es notoriamente insuficiente.

1. ANTECEDENTES PREVIOS: CONTEXTO DEL ESTUDIO Y LA SIGNIFICACIÓN DEL CONTROL JUDICIAL SOBRE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN

Como punto de partida, se debe puntualizar, antes que nada, que el presente estudio se centrará en la cuestión específica del control judicial que se efectúa por intermedio de la acción de protección (art. 20 de la Carta) en la esfera de los *actos políticos o de gobierno*, cuyo origen hay que encontrarlo, según el texto constitucional chileno, en la potestad jurídica del Presidente de la República. Al respecto, tradicionalmente se ha planteado el debate sobre si el control de la Administración ha de ser pleno o si, por el contrario, han de existir parcelas de su actuación que hayan de resultar inmunes al control judicial, que es precisamente la gran controversia en torno al control de los actos de gobierno.

Antes de comenzar la temática principal de este trabajo se hará una referencia general a la cuestión del control judicial que recae sobre los actos de la Administración. En efec-

to, como principio esencial cabe indicar que la fiscalización de esta naturaleza reconoce en el juez la facultad de controlar la regularidad y alcance de dichas normas con el ordenamiento en general, y la finalidad de ese enjuiciamiento normativo es la de escoger la regla o principio más adecuado para aplicarlo al supuesto concreto sometido a su conocimiento¹.

Lejos de ese enjuiciamiento normativo se encuentra “la antigua concepción mecanicista de la función del juez”², que sólo le consideraba como la *boca muda que pronuncia las palabras de la ley* (“la bouche qui prononce les paroles de la loi”, decía Montesquieu³). Todo ello asociado a la idea de la *ley*⁴ como una encarnación de la racio-

¹ Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1981, pág. 3.

² *Ibidem*, págs. 3 y 4.

³ Vid. *De L'esprit Des Loix*, Editions Garnier Frères, París, 1949.

⁴ Como señala E. GARCÍA DE ENTERRÍA: “En la historia general del Derecho hay un momento clave, el siglo XVIII, en el que aparece en el hori-

nalidad y perfección, propio de la teoría del Estado *legal* de Derecho⁵. No obstante, como indica O. Bachof, “resulta ocioso conformarse hoy todavía con tales ideas. Ya desde la superación –prosigue– del dogma de la falta de lagunas del ordenamiento legislativo(...) se hizo evidente que en verdad el juez no ha correspondido nunca a la concepción de Montesquieu de un mecanismo de pura subsunción(...); que el Poder Judicial, el llamado tercer poder en el sistema de división de poderes, no ha sido nunca “en quelque façon nul”. Se ha reconocido –concluye– que el juez había tenido siempre, incluso bajo el imperio de un positivismo jurídico rígido, una parte importante en la creación del Derecho; que no sólo la ley, sino “Ley y Judicatura crean el Derecho para el pueblo” (Bülow)”⁶.

En la actualidad los sistemas constitucionales han configurado, en sus respectivos textos, una estructura de control destinada a

zonte del mundo europeo una idea nueva, la de que el Derecho tiene que expresarse precisamente a través de leyes” (*Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 17).

⁵ Haciendo referencia a esta teoría, L. FERRAJOLI señala lo siguiente: “En el modelo tradicional, paleopositivista y jacobino, el Estado de Derecho se fundaba esencialmente en la primacía de la ley(...) Es evidente –continúa– que en un paradigma como éste el papel del juez, como órgano sometido solamente a la ley –“*bouche de la loi*”, según la metáfora de Montesquieu–, venía a confirmarse como una mera función técnica de aplicación de la ley, cualquiera que fuese su contenido” (“Jueces y Política”, en *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Nº 7, enero de 1999, pág. 66). En este mismo sentido O. BACHOF expresa: “Fue casi un credo jurídico que el juez debe limitarse a la aplicación de la ley mediante procesos mentales estrictamente lógicos y(...) que está vinculado solamente al poder secular de la justicia reflejado en la ley, sin tener que representar ni practicar un poder social propio” (*Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 23).

⁶ *Jueces y Constitución*, op. cit., págs. 23 y 24.

hacer efectivos los postulados del Estado constitucional de Derecho⁷. Vale decir, ya no se identifica el Derecho con la ley, sino que se “eleva la Constitución desde el plano programático al mundo de las normas jurídicas vinculatorias y, por consiguiente, no sólo acoge el principio de la primacía de la ley *in suo ordine*, sino que lo complementa con el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley y, por tanto, sobre todo el ordenamiento jurídico, con la consiguiente anulación en la medida que en su conjunto o en alguno de sus preceptos no se adecue a la norma constitucional”⁸. Del mismo modo, “aparte de la supremacía de la Constitución sobre la ley(...) es característica del Estado constitucional de Derecho que todos los poderes públicos y, particularmente, los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial estén sujetos [directamente] a la Constitución, es decir, 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 constitucionales”⁹. Todo lo cual, por último, se debe añadir, para garantizar los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, como *telos* material del orden constitucional.

⁷ En este sentido, como indica M. ARAGÓN, “el problema de la vinculación de los jueces a la ley ha de abordarse desde una perspectiva que podríamos llamar “moderna”, esto es, la propia de un Estado constitucional de Derecho, y esa perspectiva no es otra que la doble sumisión de los jueces a la Constitución y a la ley” (“El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en AAVV *La vinculación del juez a la ley*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1997, pág. 180).

⁸ GARCÍA PELAYO, M. *Estado legal y Estado constitucional de Derecho*, en AAVV *El Tribunal de Garantías Constitucionales en Debate*, Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1986, pág. 30.

⁹ *Ibidem*, pág. 31.

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 ciudadanos), el control jurisdiccional ejerce una *función de garantía* de cierre del sistema constitucional¹⁰. 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 control del sometimiento de todos los poderes públicos al Derecho y el de su efectiva orientación al interés general”¹¹. 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”¹².

Ahora bien, dentro del plano específico del control judicial de la Administración, se debe partir de una premisa básica: *en el Estado constitucional de Derecho, cualquier acto o norma producto de la potestad jurídica del Gobierno no es inmune al control jurisdiccional*¹³. Por cuanto, como objeto controlado, tanto el ejercicio de la potestad reglamentaria como los actos de la Administración pública son la consecuencia de una potestad jurídica que, como tal, está sujeta al principio de juridicidad, cuyo parámetro útil de verificación lo 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 Derecho¹⁴.

A este respecto se deben destacar dos aspectos fundamentales que no pueden perderse de vista en el presente análisis. Por un lado, la clara posición constitucional del Gobierno y de la Administración pública, en el sentido de presentar al Gobierno como un actor legitimado, portador del liderazgo político, y la Administración pública, realizadora de esa política¹⁵.

Y por otro, el *estatuto del poder público controlado*, que determina la intervención judicial dentro de una estricta exigencia de un Estado constitucional. Donde en general se destaca un Poder Judicial que sólo puede depender exclusivamente de la ley y el Derecho (es decir, sólo puede emitir decisiones secundarias de control y no primarias), sin poder inmiscuirse en ni invadir el ámbito entregado al Poder Ejecutivo (así, la intervención judicial presupone una previa actuación del Poder Ejecutivo sometido a control, con lo que no altera el estatuto de éste más que en lo necesario, justamente, para la verificación plena de dicho control)¹⁶.

¹⁴ Vid. PAREJO ALFONSO, L.; JIMÉNEZ-BLANCO, A.; ORTEGA ALVAREZ, L. *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. 1, Ariel Derecho, Barcelona, 1998, pág. 837 y 838.

¹⁵ Vid. A. GALLEGO ANABITARTE. *Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971, pág. 349.

¹⁶ Por ello, se ha expresado que la Administración goza de una posición privilegiada, por cuanto la plena sumisión de la Administración pública al control jurisdiccional está compensada con su condición de poder público al que el ordenamiento jurídico le atribuye importantes potestades, dentro de las cuales destaca su *poder de autotutela*. En efecto, de este privilegio de autotutela de la Administración pública se deriva un marco de relaciones entre ésta y los órganos del Poder Judicial, basado en el principio de una fuerte autonomía de la Administración frente a los Jueces y Tribunales (Vid. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de*

¹⁰ Vid. PEÑA FREIRE, A. *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Trotta, Madrid, 1997, pág. 229.

¹¹ *Ibidem*, pág. 229.

¹² *Ibidem*, pág. 240. Todo ello, como expresa L. FERRAJOLI, produce determinadas *relaciones institucionales*, en la cual “la actividad jurisdiccional se caracteriza y se define como *verificación de las violaciones del derecho*: de los actos inválidos en el ámbito administrativo y constitucional” (“Jueces y Política”, *op. cit.*, pág. 73).

¹³ Vid. D. BLANQUER. *El control de los reglamentos arbitrarios*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 65 y sig.

2. NATURALEZA DEL ACTO DE GOBIERNO

Como ya se ha adelantado, el gran debate en torno al control judicial sobre los actos de la Administración se ha planteado a raíz de si el control de la Administración ha de ser pleno o sí, por el contrario, han de existir parcelas de su actuación que hayan de resultar inmunes al control judicial. En efecto, desde una perspectiva histórica, como recuerda E. García de Enterría, frente a la “vis expansiva” que va adquiriendo la Jurisdicción Administrativa en los inicios del siglo XIX, los actos políticos o de gobierno se alzan como núcleo de inmunidad en la actuación del Ejecutivo¹⁷.

De esta forma, definir materialmente el acto político o de gobierno ha sido desde su mismo origen el auténtico caballo de Troya en el debate jurídico, y cuya procedencia se encuentra en la dogmática francesa¹⁸. En un primer momento, en Francia la teoría de los actos políticos se asociaba a la *razón de Esta-*

derecho administrativo, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, págs. 209 y sig.), circunstancia que, en todo caso, no es incompatible con los principios del Estado constitucional, ya que ambos poderes del Estado se enmarcan dentro de sus funciones constitucionales específicas. Así por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional español 78/1996, de 20 de mayo, recogiendo anterior doctrina ya consolidada, afirma a este respecto: “(...)el privilegio de autotutela atribuido a la Administración pública no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el artículo 103 de la CE (STC 22/1984), y la ejecutividad de sus actos en términos generales y abstractos tampoco puede estimarse como incompatible con el artículo 24.1 de la CE (STC 66/1984), pero que de este mismo derecho fundamental deriva la potestad jurisdiccional para adoptar medidas cautelares y suspender la ejecución(...)” (Vid. PAREJO ALFONSO, L.; JIMÉNEZ-BLANCO, A.; ORTEGA ALVAREZ, L. *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. 1, *op. cit.*, pág. 837).

¹⁷ Ver comentarios sobre el particular en: *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 1989 (1ª edic. 1974) y *Revolución Francesa y administración contemporánea*, Civitas, Madrid, 1994.

¹⁸ Vid. N. GARRIDO CUENCA. *El Acto de Gobierno*, Cedecs, Barcelona, 1998, pág. 600.

do; de ahí surge la doctrina que distingue el acto político por el carácter o móvil del acto. Con el 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 administrativa¹⁹. De esta forma, para esta concepción (que se fundamenta en Ducrocq y Carre de Malberg), hay *función de gobierno cuando deriva directamente de la Constitución*, y función administrativa cuando deriva de la ejecución de la legislación²⁰.

En la doctrina alemana las teorías *formalistas* (Jellinek) entienden que la distinción está en que el acto político se caracteriza por su *discrecionalidad*, frente al acto administrativo, que se caracteriza por ser un acto *reglado*. A su vez, para las doctrinas *antiformalistas* (Smend) se han de superar los criterios meramente formales y casuísticos, fijando el concepto dentro de una Teoría del Estado. De esta forma, 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 Constitución²¹.

A su vez, en la doctrina italiana, C. Mortati entiende, en la línea de Smend, que el problema se debe afrontar desde una idea de unidad de las funciones del Estado. Desde esta concepción es comprensible entender que lo que caracteriza a la *attività esecutiva* sea que se refiere a la suprema dirección del Estado. De esta forma, la actividad de la Administración se presenta como la ejecución de la ley, frente a la actividad de Gobierno que es inmediatamente ejecutiva de la Constitución²².

¹⁹ Vid. E. ARANDA ALVAREZ. *Los actos parlamentarios no normativos y su control judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pág. 116.

²⁰ *Ibidem*, pág. 116.

²¹ *Ibidem*, págs. 116 y 117.

²² Vid. C. MORTATI. *Istituzioni di Diritto pubblico*, tomo I, Cedam, Padua, 1975, págs. 373 y 374 (*Ibidem*, pág. 117).

En la actualidad, como señala L. Parejo Alfonso, “el problema del deslinde entre acto administrativo y acto político o de gobierno, a los efectos de la exclusión o no de este último de la fiscalización judicial, puede y debe considerarse hoy histórico y superado”²³. En efecto, como se analizará a continuación, en el tema del control judicial de los actos políticos o de gobierno, hoy día, tanto en el orden constitucional del Derecho comparado y chileno, parece difícil admitir la existencia de una categoría de actos de naturaleza política exentos de la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, no se puede dejar de desconocer la naturaleza particular y el cometido específico que se desarrolla por intermedio de actos que produzca el Gobierno en ejercicio de su función de *dirección política*²⁴, los cuales siempre llevan implícitos, como decisión excepcional y manifestación intrínseca de él, una motivación de orientación al Estado y, sobre todo, de interés nacional. Por esta razón, J. M.^a Bóquera Oliver ha señalado en el tema específico de los actos políticos o de gobierno lo siguiente: “El interés nacional, el interés de la comunidad, exige que sus miembros se sometan a las medidas que se adopten en defensa de aquél, cualquiera sea su regularidad jurídica. El acto político –continúa– es, por consiguiente, una categoría jurídica caracterizada por la calidad o grado de fuerza de las obligaciones y derechos que crea e impone con fundamento en el interés nacional”²⁵. Vale decir, el acto de gobierno debe definirse como una *categoría jurídica dotada*

*de un determinado contenido material*²⁶. De ahí –adelantando lo que se analizará más adelante– su especial enfoque y tratamiento a la hora del control judicial, lo que en ningún caso se debe traducir en una inmunidad jurisdiccional. Razón por la cual, por ejemplo, no deja de llamar la atención que, de acuerdo a los claros antecedentes de tipo delictivo que fundamentaron la causa para desaforar al general Pinochet (Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 5 de junio de 2000, rol N° 136), los nueve jueces que votaron en contra pretendieran motivar su razonamiento, y por ende lograr la inmunidad jurisdiccional de dichos actos, basados en la teoría de los actos de gobierno²⁷.

3. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS DE GOBIERNO

En el presente apartado se hará una breve referencia a uno de los temas que más controversia despierta tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, cual es el control efectuado por los órganos jurisdiccionales respecto de los actos de gobierno. Como es fácil

²⁶ Vid. N. GARRIDO CUENCA. *El Acto de Gobierno*, op. cit., págs. 600 y 601.

²⁷ En efecto, estos jueces, en el considerando 3° del fallo minoritario, sostienen que “*las conductas delictivas por las cuales se ha solicitado el desafuero no se llevaron a cabo por los agentes del Estado motivadas por razones de orden personal, sino que, como es de público conocimiento, por motivos de naturaleza política, por cuanto, a juicio de sus ejecutores, la adopción de medidas de esa naturaleza eran necesarias para la estabilidad del nuevo gobierno y la pacificación del territorio nacional; por ello, no cabe sino concluir que esos ilícitos constituyen actos de gobierno o de administración del Estado*”. En esta misma línea los jueces contrarios al desafuero añaden que (considerando 6°) “*resulta evidente que los hechos calificados como delitos, por los cuales se encuentra procesado el general Sergio Víctor Arellano Stark, y respecto de los cuales se atribuye participación al Senador Pinochet, deben ser calificados como actos de administración, lo que lleva a la conclusión de que la Corte de Apelaciones carece de competencia para pronunciarse si procede o no la formación de causa en su contra*”.

²³ *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. 1, op. cit., pág. 708.

²⁴ “La característica –señala L. LÓPEZ GUERRA– más destacada de la evolución del papel del Poder Ejecutivo es su conversión en un órgano de dirección política, que no solamente lleva a cabo unas tareas específicas que le corresponden en exclusiva, sino que también, y más generalmente, dirige la vida política estatal, incluyendo en ella el impulso a la actuación de otros órganos” (*Introducción al Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 83).

²⁵ *Acto Político o de Gobierno*, en Enciclopedia Jurídica Básica, Tomo I, Civitas, Madrid, 1995, pág. 199.

prever, las posiciones doctrinales y criterios de los autores no son necesariamente coincidentes. Por esta razón, resulta necesario efectuar un breve análisis de los distintos puntos de vista existentes en este tema, para lo cual se analizará tanto lo que ocurre en España como en Chile.

3.1. *La doctrina española y el controvertido asunto del control judicial de los actos políticos o de gobierno*

En España, el tema en cuestión ha dado lugar a un intenso debate doctrinal, derivado especialmente por la exigencia constitucional de entera sumisión al Derecho de todos los poderes públicos (art. 9.1, Constitución española), donde se incluye desde luego el control jurisdiccional de dicho sometimiento. Principalmente, como se analizará, son dos las opciones que se han planteado de este debate: 1) la que defiende la justiciabilidad universal, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de todos y cada uno de los actos de la Administración, es decir, el control pleno de la acción gubernamental, por considerar que la normativa constitucional así lo obliga (tesis sostenida fundamentalmente por E. García de Enterría); y 2) la 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 (tesis mantenida, entre otros, por L. Parejo Alfonso)²⁸.

²⁸ Vid. PAREJO ALFONSO, L. “Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 100, Madrid, octubre/diciembre de 1998. pág. 69. Ver también: *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 66-76. Sobre el particular, del mismo modo, resulta interesante el análisis realizado, desde una perspectiva general a partir de la Constitución, sobre los actos de gobierno por J. BARATA i MIR (vid. *Los actos de gobierno en el ámbito municipal*, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 25-63).

En primer término cabe citar a M. Baena del Alcázar, quien, ya en la etapa preconstitucional, ha resumido certeramente la problemática del control del acto de gobierno: “Es un problema de carácter político porque se refiere al control del Poder, pero es también un problema jurídico porque se trata de montar ese control por medios y procedimientos jurídicos y hacer que consista en definitiva en el enjuiciamiento por los tribunales. Por ello se trata de un tema fronterizo entre Política y Derecho”²⁹. En definitiva, para este autor, lo que parece aconsejable es acercarse al problema con una visión jurídica, manejando la técnica jurídica, pero con plena conciencia de que no se esté ante un frío elemento de teoría jurídica, sino ante una candente realidad política.

A su vez, E. García de Enterría analiza esta materia como un límite a la extensión objetiva de la jurisdicción contencioso-administrativa. Y en definitiva, para este autor, la doctrina del acto político es hoy inútil, por cuanto el criterio definido por la Constitución española es la justiciabilidad universal de todos y cada uno de los actos de la Administración, no pudiendo existir, por ende, parcelas inmunes al control judicial³⁰. Criterio que,

²⁹ *Los actos políticos del Gobierno en el Derecho español*. Servicio Central de Publicaciones, Presidencia del Gobierno, Colección de Estudios N° 6, Madrid, 1978, págs. 15 y 16.

³⁰ Dentro de la razones que esgrime E. GARCÍA DE ENTERRÍA sobre la justiciabilidad universal de todos y cada uno de los actos de la administración, se pueden destacar las siguientes:

a) La Constitución reconoce el derecho a una justicia independiente y del 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;

b) El art. 106.1 de la Constitución atribuye a los Tribunales el control “de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa”;

c) 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;

d) El art. 103.1 de la Constitución declara el “sometimiento pleno a la Ley y al Derecho” de la

para un sector de la doctrina, ha sido acogido en la nueva Ley 29/1998 (de 14 de julio) reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por otro lado, y en una posición argumental distinta, L. López Guerra³¹ señala que la pregunta a contestar en esta materia sería, no ya lo que no puede hacer el Gobierno (típica de los trabajos relativos a la reserva de ley) sino lo que puede hacer el Gobierno y, más concretamente, ¿qué es lo que sólo puede hacer el Poder Ejecutivo, dentro de un ámbito cerrado a los demás órganos constitucionales? Para responder este interrogante se basa, fundamentalmente, en el ámbito propio del Poder Ejecutivo que le reserva la Constitución en su artículo 97, cuando le atribuye el ejercicio de la dirección política. Hecho que además, para este autor, justificaría el planteamiento de una reserva de Gobierno o reserva de Administración, frente a los demás poderes del Estado³².

Además L. López Guerra, dentro de su concepción del acto de gobierno, como actividad resultante del ejercicio de competencias

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;

e) El art. 2.b) debe considerarse derogado a partir de la entrada en vigor del nuevo texto constitucional y ser eliminado, en la próxima revisión de la misma (vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1995, págs. 554 y 555).

³¹ “Funciones del Gobierno y dirección política”, en *Documentación Administrativa*, N° 215, Madrid, 1988, págs. 15-40.

³² También en este sentido L. LÓPEZ GUERRA expresa lo siguiente: “La evolución de los regímenes constitucionales europeos muestra inequívocamente una tendencia hacia la revalorización del papel del poder ejecutivo como poder de dirección política; y ello viene unido a una revisión con respecto a la fuente de legitimación de ese poder, y a la introducción de considerables innovaciones en el marco del régimen parlamentario” (*La función de control de los parlamentos: problemas actuales*. En la obra colectiva *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, como editor Angel Garrorena Morales, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 238).

constitucionalmente atribuidas³³, formula el siguiente interrogante: “¿Qué implica al respecto la cláusula de dirección política? Parece —señala el autor citado— que la contestación habrá de ser que el gobierno habría de contar con las facultades instrumentales necesarias para llevar a cabo, desde una posición directiva, las tareas que constitucionalmente se le encomiendan”³⁴. Respuesta que da cabida a la existencia de los actos políticos o de gobierno, como aquellas actuaciones del Poder Ejecutivo no reconducibles, empero, a la mera ejecución de normas legales ni, en consecuencia, revisables jurisdiccionalmente a la luz de éstas como único parámetro³⁵.

³³ Dentro de esta argumentación, como expresa N. GARRIDO CUENCA, el problema de considerar el acto de gobierno como un acto constitucional, reside en determinar el ámbito y contenido de la *dirección política*, lo que requiere un esfuerzo hermenéutico de concretización de su significado constitucional. Para ello, agrega, no es posible limitar el debate del acto de gobierno a la mera lógica de las relaciones entre Poder Ejecutivo y Poder Judicial, sino que es necesario enmarcarlo también dentro de la dinámica de las relaciones entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo y, en especial, en la construcción de una posición institucional del Gobierno con un mayor o menor grado de subordinación parlamentaria (vid. *El Acto de Gobierno*, *op. cit.*, págs. 616-623).

³⁴ “Funciones del Gobierno y dirección política”, en *Documentación Administrativa*, *op. cit.*, pág. 32.

³⁵ Dentro de esta misma lógica argumental A. GALLEGO ANABITARTE ha expresado lo siguiente: “*función ejecutiva* puede referirse al concepto originario del *poder ejecutivo*, que absorbió aparentemente la idea de Gobierno, como una actividad libre y creadora, pero que indudablemente estaba latente en dicho concepto, junto, o más bien por encima, del concepto de Administración, o función encargada de ejecutar y aplicar las leyes. Así, pues —prosigue—, habría que enfrentar los conceptos de “función ejecutiva” y de “actuación administrativa”; sólo ésta está sometida al control de los Tribunales (art. 106.1 C.e.), pero la primera tan sólo lo estará en cuanto suponga una verdadera y simple “actuación administrativa”, pero no en cuanto encarne el *viejo poder ejecutivo*, expresión del Gobierno y de la política” (“Función ejecutiva, actuación administrativa y discrecionalidad”, estudio que sirve de prólogo a A. Mozo Seoane, *La Discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Montecorvo, Madrid, 1985, págs. 23 y 24).

Por esta razón, el profesor L. Ortega Alvarez plantea sobre el tema la siguiente argumentación: “En la medida en que al Gobierno se le confunda plenamente como Administración, en su papel de ejecutor de la Ley, toda su actividad estará presidida formalmente por el principio de legalidad y, dado que el poder judicial sólo conoce como límite el imperio de la Ley, este poder está predeterminado a un control absoluto de toda la acción del Ejecutivo en relación al paradigma del Derecho(...) Mientras que, afirmada una posición constitucional del Gobierno como poder, cuya definición no se origina en el Parlamento ni sus funciones las determina exclusivamente la Ley, resulta que la acción del Gobierno no está presidida en su totalidad por la función ejecutiva y, por ende, el poder judicial limitado al paradigma de la Ley, debería respetar la autonomía constitucionalmente derivada”³⁶.

Esta misma línea argumental, pero complementada, es posible encontrarla en el profesor L. Parejo Alonso, quien parte del supuesto de que los actos que produzca el Gobierno en ejercicio de su función de dirección política interior y exterior (art. 97 de la Carta española), no pueden conceptuarse como administrativos, y, por ende, no pueden estar sujetos al control judicial a que se refiere el art. 106.1 de la Constitución española, ya que dicha disposición circunscribe su mandato sólo a los actos de la Administración y no del Gobierno. Sin embargo, al igual que la jurisprudencia que ha venido a extender efectivamente su control a los actos de gobierno sobre la base precisamente del reconocimiento de su diferente naturaleza con los propiamente administrativos, L. Parejo Alfonso equipara los “conceptos jurídicamente aseguibles” de la jurisprudencia a los elementos reglados del acto de gobierno, posibilitando con ello un ámbito concreto de control. Razón por la cual este autor concluye señalando: “La distinta naturaleza de estos actos no significa, como es obvio, exención de cualquier control jurisdiccional, ni siquiera, en su caso, del que realiza el

orden judicial contencioso-administrativo; supone tan sólo que ese control no es sin más el previsto en el artículo 106.1 CE (correspondiéndole directamente, de no proceder el judicial, al Tribunal Constitucional)”³⁷.

Para A. Embid Irujo, la jurisprudencia española —por lo menos hasta antes de la entrada en vigor de la nueva Ley reguladora de lo contencioso-administrativo— parte del hecho de que el acto de gobierno lo es por su propia naturaleza intrínseca, debiéndose examinar caso por caso la naturaleza del acto en concreto, apelando a la “sensibilidad jurídica casuística” del órgano jurisdiccional. De este modo, para este autor, cuando los Jueces y Tribunales se enfrentan a un acto dictado por un órgano político en ejercicio de su función política, deberán declarar, en principio, la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, y, por tanto, abstenerse de enjuiciar. No obstante, señala A. Embid Irujo, siempre que sea posible, se deberá controlar si las legítimas y necesarias apreciaciones y decisiones políticas se hacen dentro de los linderos previamente marcados por el legislador. Todo ello —señala—, sin perjuicio, en último término, de la intervención judicial para determinar la exigencia de responsabilidad administrativa por los daños y perjuicios producidos por la actuación que se juzga política³⁸.

Revisando la jurisprudencia sobre el tema en cuestión se pueden destacar algunas sentencias en particular, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo.

Resulta interesante, en primer lugar, citar la *Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1990* (sobre dación de medios materiales a la Administración de Justicia del País Vasco), donde se destaca la doctrina del Tribunal relativa a los actos de gobierno. En efecto, se reconoce en esta sentencia lo siguiente:

“(...) *no toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el*

³⁷ *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen 1, *op. cit.*, págs. 709 y 710.

³⁸ Vid. “La justiciabilidad de los actos de Gobierno”, en *Documentación Administrativa*, Nº 220, octubre-diciembre de 1989, págs. 40-50.

³⁶ Comentario que se encuentra incluido en el prólogo de la obra de N. Garrido Cuenca, *El Acto de Gobierno*, *op. cit.*, pág. 34.

art. 97 del texto constitucional está sujeta al derecho administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo están las que se refieren a las relaciones con otros órganos constitucionales (actos que regula el Título V de la Constitución), o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de ley u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple con la función de dirección política que le atribuye el art. 97 de la Constitución española". Y define esta última función –de dirección política– de la siguiente forma: "(...) a este género de actuaciones del Gobierno, diferentes de la actuación administrativa sometida a control judicial, pertenecen las decisiones que otorgan prioridad a unas u otras parcelas de acción que le corresponde, salvo que tal prioridad resulte obligada en ejecución de lo dispuesto en las leyes".

Del mismo modo, en posterior *Sentencia del Tribunal Constitucional 196/1990*, se aclara más aún la doctrina jurisprudencial sobre el tema de los actos de gobierno, al decirse que en tales casos "*el Gobierno actúa como órgano político, no ejerce potestades administrativas ni dicta actos de esta naturaleza y, por lo mismo, su actuación no cabe calificarse como administrativa cuyo control corresponda a los tribunales de justicia(...)* argumento plenamente ajustado a la Constitución pues la solución contraria podría desnaturalizar el juego democrático entre aquellas instituciones"³⁹.

³⁹ En el presente caso le corresponde al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre las vías de control de un acto de gobierno producido en el seno de las relaciones políticas entre los poderes Legislativo y Ejecutivo. El Tribunal estima que se trata de materias sustraídas al control judicial contencioso-administrativo, en cuanto el Gobierno (aquí el Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco) actúa "como órgano político y no de la Administración". Pero ello no implica la carencia de control, en el caso de que se vean afectados derechos fundamentales. Por una parte, existen los métodos comunes de control parlamentario, pero, además, le corresponde al mismo Tribunal Constitucional "el conocimiento y, en su caso, la repara-

En fin, la *Sentencia del Tribunal Constitucional 220/1991* concluye diciendo que el ejercicio de las funciones gubernamentales propias "*son susceptibles de control político y parlamentario –y en última instancia electoral– pero no revisables, en general, desde consideraciones de corrección política, no riesgo de pretender una judicialización inaceptable de la vida política, no exigida en modo alguno por la Constitución española y poco conveniente en el normal funcionamiento de la actividad política de las Cámaras legislativas y del Gobierno*". Por ello mismo, el Tribunal reitera que no le corresponde decidir si la actuación gubernamental "*es políticamente oportuna*" sino tan sólo comprobar la vulneración de los derechos fundamentales que en ésta se han podido producir, puesto "*que el cauce de control de tal actuación gubernamental es el de la acción política de los parlamentarios; lo contrario sería suplantar la acción política por la de este Tribunal, con manifiesto exceso en el ejercicio de su función y competencias, más allá de los límites que le son propios*".

A su vez, cabe mencionar la *Sentencia de la 3ª Sala del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1994*⁴⁰, que parte del siguiente su-

ción de las lesiones de derechos fundamentales que excepcionalmente tengan lugar en dicho campo", esto es, el campo de las relaciones políticas o institucionales entre Ejecutivo y Legislativo. Se completa así la doctrina establecida en la STC 45/90 (vid. L. LÓPEZ GUERRA, *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, págs. 413-424).

⁴⁰ En cuanto a los hechos, la Unión Judicial Independiente, la Asociación Profesional de la Magistratura y la Asociación de Fiscales interpusieron sendos recursos contencioso-administrativos contra el Real Decreto 364/1992 de 10 de abril, por el que se nombró Fiscal General del Estado a D. Heligio Hernández Gutiérrez, y contra la desestimación de los recursos de reposición interpuestos contra el mismo. Una vez acumulados, los recursos son estimados por medio de la presente Sentencia, en la que se declara la nulidad del Real Decreto impugnado, al entender que no se cumplía el requisito objetivo de quince años de ejercicio efectivo de una profesión de jurista.

puesto: De un lado se reconoce la existencia objetiva de unos actos de dirección política del Gobierno, en principio 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. Pero de otro, la sentencia no excluye aquel control cuando el legislador haya definido mediante *conceptos judicialmente asequibles* los límites o requisitos previos a que deben sujetarse dichos actos de dirección política; por ello, a juicio de la sentencia, en este caso los Tribunales deben aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión. De este modo, esta doctrina se mueve en la importante tradición de la jurisdicción contencioso-administrativa dirigida a reducir las inmunidades del Poder Ejecutivo, posibilitando, con ello, que las legítimas y necesarias apreciaciones y decisiones políticas de éste se hagan efectivamente dentro de los linderos previamente marcados por el Poder Legislativo.

Del mismo modo, las *Sentencias de la 3ª Sala del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997*⁴¹, resumen dos ideas fundamentales: Por una parte, hacen referencia al concepto de *sensibilidad jurídica casuística*, propio del ejercicio de la función judicial, a su vez, necesario para dar una solución satisfactoria al concreto conflicto (en este caso el acto de gobierno) que requiere una respuesta en Derecho. Por otra parte, reiteran la anterior fundamentación en el sentido de poner de mani-

fiesto nuevamente la obligación de asumir el control judicial, cuando el legislador haya definido mediante *conceptos judicialmente asequibles* los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política; en cuyo supuesto se debe aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión. Sin embargo, como señala B. Lozano, en este caso “el Tribunal Supremo no se ha limitado a enjuiciar el acto del Gobierno desde la estricta perspectiva de su sometimiento a la Ley, a los elementos reglados establecidos por el legislador(...) sino que ha aplicado la técnica del control por los preceptos y valores constitucionales y, en concreto, del juicio sobre la concurrencia o no en el acuerdo recurrido de una violación del derecho a la tutela judicial efectiva”⁴². Más concretamente, ha sido en este juicio de constitucionalidad donde el Tribunal Supremo ha llevado a cabo una “*ponderación y compatibilización de intereses constitucionales*” (como dicen textualmente las sentencias), precisamente los de la seguridad del Estado y la tutela judicial efectiva.

En cuanto a la *Ley reguladora 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, cuya elaboración legislativa ha estado condicionada sin lugar a dudas por el debate doctrinal y jurisprudencial que antes se ha hecho

⁴¹ Cabe recordar que estas causas se originan cuando el Gobierno español, con fecha 2 de agosto de 1996, se negó a *desclasificar los papeles del CESID* reclamados por tres jueces, por entender que afectaban la seguridad del Estado. Las sentencias judiciales en comento ordenan, en última instancia, desclasificar parcialmente algunos papeles clasificados como secretos, por cuanto no se ajusta a Derecho el criterio del Gobierno de no desclasificar. Por esta razón, se procedió a declarar la nulidad parcial del acuerdo del Consejo de Ministros que denegó la desclasificación de los documentos del CESID.

⁴² *La desclasificación de los secretos de Estado*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 35. Sobre el particular, también B. LOZANO, en este tema de las *materias clasificadas*, ha sostenido lo siguiente: “No puede entenderse(...) que el acto político sea insusceptible de control cuando(...) esté sometido a límites establecidos por el ordenamiento jurídico” (“El sistema de conflictos jurisdiccionales, las materias clasificadas y el control judicial de la Administración”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 91, 1996, págs. 456 y siguientes). También sobre esta cuestión ver: GARRIDO CUENCA, N. “El episodio judicial de la desclasificación de los papeles del CESID: las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997. Paradojos y paralogramos de un conflicto entre la función de Gobierno y el derecho a la tutela judicial efectiva”, en *Revista de Administración Pública*, N° 143, mayo-agosto de 1997, págs. 229-263.

referencia, cabe destacar de ella la nueva disposición que regula específicamente el tema del control de los actos de Gobierno. Sobre el particular se expresa lo siguiente⁴³:

“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(...)*”.

De este modo se desprende que la nueva redacción del artículo segundo trata de salvar la polémica relativa a los actos de Gobierno o de dirección política⁴⁴. En efecto, se opera un

cambio sustancial en el tratamiento del control de los actos de gobierno, políticos o de dirección política, y se atribuye un ámbito de fiscalización⁴⁵: que, para algunos, es 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 (si bien a los solos efectos de la preservación o el restablecimiento de tales derechos)⁴⁶.

En la *exposición de motivos* de la nueva Ley, se contienen una serie de postulados que dan claridad de la justificación y ámbito de la reforma.

Así, en la *justificación* de la misma se expresa: “Sólo a raíz de la Constitución de 1978 se garantizan en nuestro país plenamente los postulados del Estado de Derecho y, entre ellos, el derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos, el sometimiento de la Administración pública a la ley y al derecho y el control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa por los Tribunales”. Del mismo modo, prosigue la exposición de motivos, se “pretende completar la adecuación del régimen jurídico del recurso contencioso-administrativo a los valores y principios constitucionales, tomando en consideración las aportaciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tri-

⁴³ En esta materia, también habría que mencionar en España dos tentativas legislativas que han sido concretadas en leyes definitivas:

1) En lo relativo a la *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, existen dos iniciativas legislativas: En primer lugar, el Proyecto de Ley socialista de septiembre de 1995, donde se excluye del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, “el control de los *actos del Gobierno* y de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas que se refieran a sus relaciones con otros órganos constitucionales y estatutarios y los dictados en ejercicio de la función de Dirección de la Política Interior y Exterior, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes, cuya determinación sí corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo”; asimismo, en segundo término, el Proyecto de Ley popular de 18 de junio de 1997, que en último término se ha transformado en la nueva Ley reguladora.

2) Y el *Borrador de la Ley del Gobierno* (noviembre de 1996) que, en su artículo 25, expresa lo siguiente: “Del control de los actos del Gobierno. (...)”

Los actos del Gobierno y de los órganos y autoridades regulados en la presente ley son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con lo dispuesto en su ley reguladora”.

⁴⁴ Vid. *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, en AAVV, dirigida por Jesús Leguina Villa y Miguel Sánchez Morón, Lex Nova, Valladolid, 1999, págs. 49-55.

⁴⁵ Vid. FERNÁNDEZ-FONTECHA, M. “La nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, en *Informativo otrosí, Publicación del Colegio de Abogados de Madrid*, N° 143 - 2ª Epoca, noviembre-diciembre de 1998, pág. 23.

⁴⁶ Vid. PAREJO ALFONSO, L. “Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998”, *op. cit.*, págs. 73-76.

bunal Supremo, la nueva organización del Estado y la evolución de la doctrina jurídica”.

Por otro lado, en el *ámbito* o extensión de dicha Jurisdicción, la Ley no recoge las exclusiones relativas a los actos políticos del Gobierno a que se refería la ley de 1956. En efecto, como también señala la *exposición de motivos*, “la Ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes 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 jurisdiccional”. Y, prosigue, “sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho”. Por último, dentro de esta línea –contraria a excluir del control judicial a los actos políticos del Gobierno–, se expresa que: “la Ley señala –en términos positivos– una serie de aspectos sobre los que en todo caso siempre será posible el control judicial, por amplia que sea la *discrecionalidad* de la resolución gubernamental: los derechos fundamentales, los elementos reglados del acto y la determinación de las indemnizaciones procedentes”.

Asimismo, la nueva *Ley 50/1997 del Gobierno* (de 27 de noviembre), regula también en su artículo 26 lo relativo *al control de los actos del Gobierno*, que dice así:

- “1. El gobierno está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en toda su actuación.
2. Todos los actos y omisiones del Gobierno están sometidos al control político de las Cortes Generales.
3. *Los actos del Gobierno y de los órganos y autoridades regulados en la presente Ley son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con lo dispuesto en su Ley reguladora.*

4. La actuación del Gobierno es impugnable ante el Tribunal Constitucional en los términos de la Ley Orgánica reguladora del mismo”⁴⁷.

En este caso, como se podrá ver, se remite el control de los actos del Gobierno a la Jurisdicción contencioso-administrativa, *en la forma que prescribe su Ley reguladora*. Y, como se ha expresado, ésta no recoge dentro de las materias excluidas los actos políticos del Gobierno. Con ello, en principio, se confirmaría el criterio doctrinal de la justiciabilidad universal de todos y cada uno de los actos de la Administración.

Sin embargo, para L. Parejo Alfonso la forma de regular la ley el ámbito del orden jurisdiccional contencioso-administrativo desmiente, en cierto modo, la pureza del perfil de su exposición de motivos. En efecto, para este autor, el verdadero ámbito de la ley conduce a un reconocimiento legal implícito de lo negado enfáticamente en la exposición de motivos: la existencia de un ámbito de actuación gubernamental “no administrativo”. Y concluye expresando: “Pues no otra cosa deriva del inciso final del artículo 2.a): “cualquiera que sea la naturaleza de dichos actos”, ya que implica que los producidos por el Gobierno y los Consejos de Gobierno pueden tener y de hecho tienen una “naturaleza” que, no siendo administrativa, sólo puede ser, desde el punto de vista jurídico-público, constitucional”⁴⁸.

Finalmente, como se ha tenido ocasión de ver, hasta la fecha la jurisprudencia española ha efectuado un control respecto a los *elementos reglados* introducidos por el legislador y, por lo general, ha excluido el control de tales elementos cuando se trataba de actos

⁴⁷ Sobre el particular ver: PORRAS RAMÍREZ, J. M.^a “Función de dirección política y potestad reglamentaria del Presidente del Gobierno, de acuerdo con la ley 50/1997, de 27 de noviembre”, en *Revista de Administración Pública*, N° 146, mayo-agosto de 1998, págs. 337-356.

⁴⁸ “Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998”, *op. cit.*, pág. 72.

de gobierno que expresaban una relación con otros poderes constitucionales como la disolución de las Cortes⁴⁹, la negativa de la petición parlamentaria de información al Gobierno o la iniciativa legislativa del Gobierno, como asimismo los pertenecientes a las relaciones internacionales. Sin embargo, la nueva Ley reguladora 29/1998, en su art. 2º, cuando enfatiza el control de los elementos reglados de los actos del Gobierno, “cualquiera que fuese su naturaleza”, puede dar lugar a una jurisprudencia expansiva que controle los elementos reglados de la actuación gubernamental establecidos en la propia Constitución, incluso aquellos respecto de los cuales, hasta ahora, se había excepcionado⁵⁰.

En definitiva, como ha quedado de manifiesto en la doctrina española citada, los actos políticos no son ni mucho menos un tema acabado. Sin embargo, lo que se ha tratado en las páginas anteriores constituye un importante referente instrumental para abordar el caso chileno. Hecho que, además, permitirá deducir conclusiones en este controvertido asunto de los actos políticos y su control jurisdiccional.

3.2. *Los actos políticos o de gobierno y su control judicial, por vía de protección, en la doctrina y jurisprudencia chilena: la insuficiencia de su tratamiento*

En Chile, siguiendo al profesor E. Silva Cimma, el Jefe del Estado, en ejercicio de sus potestades jurídicas, puede dictar actos destinados al gobierno y administración del Estado, o sea, de contenido político o gubernamental y propiamente administrativos. Esta facultad se deriva del artículo 24 de la Carta Política, el cual expresa que “*El gobierno y*

la *administración* del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado”. Es decir, es la propia Carta Fundamental la que diferencia positivamente las funciones de gobierno y administración, y las subsume en un solo órgano, el Jefe del Estado. De este modo, cuando el Presidente de la República –quien es el Jefe del Estado– emite actos como resultado del ejercicio de competencias de *gobierno* que la Constitución le atribuye, dicta productos que constituyen *actos políticos de gobierno*. Por ejemplo, cuando el Presidente de la República convoca a plebiscito por motivo de un proyecto de reforma constitucional (art. 32, N° 4), se manifiesta claramente una atribución gubernamental de naturaleza política, ya que por intermedio de esta convocatoria de interés nacional se trata de que el pueblo decida, a través de una votación popular, los conflictos que surjan entre el Presidente y el Congreso en torno a la reforma de la Constitución⁵¹.

También en esta materia del control judicial de los actos de gobierno la doctrina chilena se encuentra dividida en dos claras 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 con-

⁴⁹ Sin embargo, cabe recordar que también sobre este tema existe jurisprudencia, basada en los “conceptos judicialmente asequibles”, que ha controlado un acto de gobierno de disolución de un Parlamento regional: *Sentencia de 15 de julio de 1997, de la 3ª Sala del Tribunal Supremo*.

⁵⁰ Así lo pone de manifiesto el profesor L. ORTEGA ALVAREZ en el prólogo del libro *El acto de Gobierno*, op. cit., pág. 38.

⁵¹ Vid. VERDUGO MARINKOVIC, M; PFEFFER URQUIAGA, E.; NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Derecho Constitucional*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, pág. 38. Sobre este tema, por ejemplo, el 21 de mayo de 1999, en su última cuenta general a la Nación ante el Congreso pleno, el ex Presidente Eduardo Frei anunció su intención de convocar a plebiscito, con el fin de solucionar, por esta vía, las diferencias que existen con el Congreso Nacional (más específicamente con los grupos políticos vinculados al régimen anterior) en torno a importantes reformas constitucionales pendientes, las cuales pretenden lograr una parcial democratización de la actual Carta Política (vid. *El País*, 22 de mayo de 1999, pág. 7). Igualmente, el actual Presidente de la República Ricardo Lagos, a pocos días de asumir su mandato, manifestó su intención de convocar a plebiscito, cuando fuere procedente, con el objeto de reformar la Constitución (vid. *El País*, 14 de marzo de 2000, pág. 2).

sideración de ello, plantea su plena recurribilidad ante la justicia ordinaria, excluyendo por ende toda posibilidad de exención jurisdiccional. En efecto, señala: “Se ha indicado también al *acto político o de gobierno* como una excepción a la legalidad. Sin perjuicio –continúa– de expresar desde luego que el acto político no aparece hoy día bien delimitado con respecto al acto genéricamente administrativo, y ya hay muchos que niegan su existencia, no podemos menos que indicar nuestro desacuerdo con el criterio, aún dominante, de que el acto político no sería recurrible en vía jurisdiccional y con ello permitiría, ínsitivamente, constituir excepciones a la legalidad”⁵².

Dentro de esta misma lógica, el profesor E. Silva Cimma (quien no encuentra en el acto de gobierno ninguna razón sustancial que lo distinga del acto administrativo) señala que los distintos campos de acción del jefe del Ejecutivo, administración y gobierno, aparecen, respectivamente, en relación de género a especie. De esta forma, advierte, “serían de la “especie” políticos o de gobierno, sin dejar de pertenecer al “género” de actos propiamente administrativos”⁵³. Y para concluir señala: “En lo que concierne a nuestro derecho, la verdad es que esta distinción carece de importancia, en primer término, porque los fundamentos de una u otra [potestad] 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”⁵⁴. Sin embargo se cree que, de acuerdo a lo que se argumentará luego, la existencia de este tipo de actos políticos del Gobierno es perfectamente com-

patible con la potestad atributiva que posee el Presidente de la República dentro de la estructura constitucional y, por ende, con el sistema de control judicial en vigor.

En este punto cabe recordar que en el Derecho chileno la *teoría del “acto administrativo” es esencialmente orgánico-formalista*⁵⁵. De este modo, tanto el acto de gobierno como el acto propiamente administrativo emanan de un mismo órgano, el Presidente de la República, quien lo materializa mediante la forma del *decreto supremo*, y como tal es siempre recurrible ante los tribunales ordinarios de justicia. Razón por la cual, no obstante su igual materialización formal en el decreto supremo, resulta de vital importancia lograr su diferenciación, en especial al momento de efectuar su labor verificadora la jurisdicción ordinaria (particularmente por vía de la acción de protección), cuya *valoración*, como es obvio, debe ser distinta según sea el tipo de acto en cuestión. Así, por ejemplo, la discrecionalidad es un elemento característico de los actos de gobierno, y no siempre es así en los actos propiamente administrativos. Por esta misma razón, para J. L. Cea Egaña “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”⁵⁶.

Del mismo modo, hay que agregar igualmente que el acto de gobierno, como tal, siem-

⁵² *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y fuentes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, págs. 42 y 43.

⁵³ *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, contratos y bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, pág. 71.

⁵⁴ *Ibidem*, págs. 73 y 74.

⁵⁵ Es decir, aquella que hace referencia al poder u órgano de quien emana. Dicho en otros términos, y siguiendo al profesor SILVA CIMMA, “en el Derecho chileno para definir el acto administrativo, es irrelevante que ese acto sea de aplicación general o no. Habrá que recurrir simplemente –prosigue el autor citado– a un concepto orgánico formal, es decir, atender al órgano de quien emana y al conjunto de formalidades que deben cumplirse para su dictación” (*Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, Contratos y Bienes, op. cit.*, pág. 12).

⁵⁶ “Fiscalización política o control judicial del acto de gobierno”, en *Gaceta Jurídica*, N° 137, noviembre de 1991, pág. 15.

pre contiene determinados *elementos de enjuiciamiento*, por cuanto, como expresa L. Parejo Alfonso, “los apoderamientos discrecionales [como es el caso del acto de gobierno] descansa[n] en la comprobación elemental, pero relativamente reciente, de que las potestades discrecionales y las regladas no constituyen fenómenos rígidamente separados, mundos independientes que nunca se entrecruzan”⁵⁷, lo que excluye, como se analizará a continuación, cualquier tipo de exención “a priori” de control judicial. 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 un acto de gobierno, derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, ya que, como bien expresa A. Embid Irujo, “el carácter de acto de Gobierno no justifica la inmunidad judicial cuando se ha producido la violación de un derecho fundamental”⁵⁸. Otra cosa muy distinta es la idea de que la actuación gubernamental, en esta situación de dirección política, aparezca como la actividad más libre (de “máxima discrecionalidad”) de todas las que se realizan en el Estado⁵⁹.

Desde otra perspectiva, el profesor J. L. Cea Egaña expresa su fundamentación basado en las normas constitucionales: “El órgano Presidente de la República es titular de la función gubernativa. Esta abarca las subfunciones política o gubernativa en sentido estricto, ejecutiva y administrativa, las cuales lleva a efecto dicho órgano por actos de índole diferente, aunque su rasgo de manifestación común sean los decretos supremos (Constitución de 1980, artículos 24, incisos primero y se-

gundo, 32 N° 8, 33, inciso primero y 35, principalmente). En la primera de esas subfunciones, de ejercicio menos frecuente que las restantes, el Jefe del Estado dicta actos de gobierno, mientras que en la tercera de ellas obra a través de actos administrativos.

”El acto de gobierno –continúa–, que no puede ni debe confundirse con los actos del gobierno según los artículos 48 N° 1 y 49, inciso final de la Constitución, decide cuestiones excepcionales que interesan a lo público, orientando al Estado, dirigiendo a la sociedad política, pronunciándose sobre los intereses nacionales, internos y externos, o resolviendo, con prontitud y ante circunstancias no previstas, en materias trascendentes de relevancia general para el país.

”En este tipo de acto –prosigue–, el gobernante obra en función, usual pero no únicamente, de elevados objetivos políticos, con amplia libertad, pero dentro de la Constitución y la ley, en punto a la evaluación de las situaciones, cursos de acción, elección entre alternativas, iniciativa, sentido y contenido de las determinaciones que adopte, oportunidad y modalidad de ejecución, etc., asumiendo la plena responsabilidad política consiguiente.

”Como Jefe del Estado, por ende, el Presidente de la República dicta, según criterios de razonabilidad y prudencia, actos de gobierno que incumben a su alta función política. Por esta razón dichos actos –concluye–, denominados *acts of State* en Inglaterra o *Political Questions* en los Estados Unidos, no son revisables en sede jurisdiccional, sino que sólo fiscalizables en su oportunidad, mérito o conveniencia por la Cámara de Diputados, esto es, por la rama política del Congreso (Constitución de 1980, artículo 48 N° 1 y artículo 49, inciso final, preceptos en que aparece la locución genérica *Actos del Gobierno*, comprensiva de la especie *Acto de Gobierno*)”⁶⁰.

⁵⁷ *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. 1, *op. cit.*, pág. 470.

⁵⁸ “La justiciabilidad de los actos de Gobierno”, *op. cit.*, pág. 32.

⁵⁹ Vid. N. GARRIDO CUENCA. *El Acto de Gobierno*, *op. cit.*, pág. 626.

⁶⁰ “Fiscalización política o control judicial del acto de gobierno”, en *Gaceta Jurídica*, *op. cit.*, págs. 13 y 14. Sobre este tema ver también: LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1986, págs. 313 y 322. La doctrina expuesta por el profesor J. L. CEA EGAÑA es coinci-

Dicho lo anterior, y a modo de sintetizar el estado de la cuestión, se estima que existen en Chile cuatro particularidades que es preciso destacar respecto al complejo tema de los actos de gobierno y su control judicial:

- a) El acto de gobierno –a diferencia de España– es de atribución exclusiva del Presidente de la República, en su calidad de Jefe del Estado y supremo administrador (art. 24). Desde este punto de vista, todo acto *de* gobierno es un acto *del* Gobierno (es decir, del Presidente de la República exclusivamente), pero no puede ni debe confundirse el acto *de* gobierno con los actos *del* gobierno (que pueden emanar, además del Presidente de la República, también de sus colaboradores directos, tales como los Ministros de Estado, los Subsecretarios, Intendentes, Gobernadores, etc.)⁶¹.
- b) La atribución constitucional de competencias del Jefe del Estado para dictar actos de gobierno de conformidad al ar-

tículo 24 de la Carta Fundamental, justifica el establecimiento de una “reserva de Gobierno” frente a los demás poderes, especialmente ante el Legislativo. Por esta razón, este tipo de actos, por su naturaleza, reflejan también en Chile el claro principio de separación de los poderes de su régimen presidencialista y, por tanto, defienden un ámbito reservado para el Gobierno, cuya atribución está inspirada en un *telos* específicamente político.

- c) El acto de gobierno en Chile lo es por su propia naturaleza intrínseca (es decir, es un acto de gobierno “por naturaleza”) y no por el móvil político que persiga⁶². De ahí que se deberá examinar caso por caso la naturaleza del acto en concreto, apelando para ello a la *sensibilidad jurídica casuística* del órgano jurisdiccional, como asimismo a la *medida de vinculación jurídica* del acto que exista en el ordenamiento⁶³. Vinculación que –si no a la ley, sí al menos a la Constitu-

dente también con el criterio seguido en esta materia por la Comisión constituyente de la Carta Fundamental: “El señor Bertelsen expresa 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. Estos últimos son de ordinaria ocurrencia: disposiciones de jefes de servicio, de autoridades regionales, que son, en definitiva, los actos que en forma más directa e inmediata afectan a los particulares(...)”. “El señor Ortúzar (Presidente) agrega que 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. Pero respecto de los actos administrativos, en ciertos casos(...) cree que tiene que haber algún órgano jurisdiccional que pueda, en un momento dado, dejarlos sin efecto (...)” (*Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución*, GendarChile, Santiago, 1977, sesión 309, págs. 1.436 y 1.442).

⁶¹ Distinción que reviste importancia, por cuanto la Cámara de Diputados, conforme al art. 48, N° 1 de la Constitución, es competente para fiscalizar dichos *actos del Gobierno* (que no son actos de gobierno propiamente tales), apreciando políticamente la oportunidad, el mérito o la conveniencia del mismo.

⁶² Sobre este punto conviene recordar, como bien es sabido, que ya en 1875 el Consejo de Estado francés abandona la teoría del *móvil* y la sustituye por la llamada teoría de los actos de gobierno “à raison de sa nature” (vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 1989, pág. 57). Del mismo modo N. GARRIDO CUENCA señala: “El acto de gobierno se define por su naturaleza peculiar, derivada por la competencia constitucional de dirección política, no por la intencionalidad o móvil político que pueda incorporarse en cualquier decisión –que no es lo mismo, pese a que a veces se quiera confundir”. (*El Acto de Gobierno*, *op. cit.*, pág. 45).

⁶³ En este sentido M. BACIGALUPO, haciendo referencia a la doctrina alemana actual sobre el tema de los actos de gobierno, señala lo siguiente: “La garantía jurisdiccional (ordinaria) de cualesquiera derechos subjetivos frente a los poderes públicos (art. 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn) supone, según se piensa en Alemania, que no es el carácter político o no de los actos de los poderes públicos, sino sólo *la medida de su vinculación jurídica* –muy dispar, a veces– lo único que determina la posibilidad y, en su caso, la extensión del control judicial ordinario de su *juridicidad*” (*La discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 52).

ción y al Derecho— existiría siempre, aunque sólo sea a través de los derechos fundamentales o de los principios constitucionales y principios generales del Derecho que rigen la actuación de todos los poderes públicos⁶⁴.

De esta forma, como se aprecia, el problema aquí se traslada a la esfera del control judicial y al grado de vinculación jurídica que determina el ordenamiento respecto del acto. Por esta razón, sobre el particular N. Garrido Cuenca señala certeramente lo siguiente: “Nos encontramos aquí con el elemento definidor del acto de gobierno más difícil de precisar “a priori”, más cuando se trata de un criterio [“por naturaleza”] que, a nuestro juicio, sólo adquiere significación y llena de contenido confrontado con el supuesto concreto de hecho del que se predique tal naturaleza política. Unas veces —continúa—, ésta se encontrará absolutamente clara(...) En otras ocasiones, habrá que analizar si el acto concreto es ejecución directa de este mandato constitucional, en ausencia de regulación jurídica y parámetro de legalidad, y cabe entenderla como manifestación de la función de dirección política; o si es que existe una determinada regulación jurídica atributiva de una competencia gubernamental que previene y viene justamente a garantizar el carácter político de la actuación”⁶⁵.

- d) Por último, y en relación con todo lo anterior, reafirmada la posición constitucional del Gobierno como poder, la labor de los jueces se debe necesariamente encaminar a respetar dicha autonomía o reserva constitucional, especialmente en su labor de verificación o control de los actos de gobierno. Por ello, en principio, si la potestad presidencial es de naturaleza gubernativa, se está en presencia de un acto de gobierno que, como tal, no es susceptible de revisión judicial, en

cuanto atribución constitucionalmente reservada⁶⁶ (de ahí que la jurisprudencia española hable en esta situación *de una inmunidad radical de los actos de gobierno “de relación entre poderes constitucionales”*⁶⁷). Así, por ejemplo, el Presidente de la República, dentro de su potestad de gracia, posee la atribución constitucional de otorgar *indultos particulares “en los casos y formas que determine la ley”* (art. 32, N° 16). De acuerdo al tenor de esta norma, cabría pensar que el Ejecutivo poseería un estrecho y reglado ámbito de acción⁶⁸. Sin embargo, se estima que el acto de indultar *en sí mismo*, no obstante la limitación constitucional y los requisitos de forma exigidos por la ley, se traduciría en un acto discrecional de gobierno. Razón por la cual el control jurisdiccional solamente podría abocarse a un examen de juridicidad de requisitos formales que permiten su ejercicio, pero en ningún caso revisar la atribución constitucional que confiere dicha *potestad de gracia*, y cualquier tipo de revisión en este senti-

⁶⁶ En este sentido deben ser entendidas las palabras de la profesora L. BULNES ALDUNATE, quien sobre el particular señala: “Cuando los actos provienen de las autoridades políticas, como serían, por ejemplo, las *facultades privativas del Presidente de la República*(...) en ese supuesto las sanción de esos actos sólo está sujeta a las facultades fiscalizadoras de la Cámara de Diputados y no cabe por la exigencia de la armonía que deba existir entre las distintas disposiciones constitucionales que el Poder Judicial pueda por el recurso de protección interferir en esas atribuciones” (“El recurso de protección y las atribuciones exclusivas del Senado y de la Cámara de Diputados”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, N° 2, 1989, pág. 202).

⁶⁷ Vid. N. GARRIDO CUENCA. *El Acto de Gobierno*, op. cit., pág. 643.

⁶⁸ Así lo cree el profesor E. SILVA CIMMA, para quien “en la Constitución de 1980 la facultad de indultar tiene un carácter marcadamente reglado, conforme se advierte de la norma de su artículo 32, N° 16, y de lo prescrito en la Ley N° 18.050, dictada para la aplicación de aquélla” (*Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Actos, contratos y bienes*, op. cit., pág. 69).

⁶⁴ *Ibidem*, págs. 53 y 54.

⁶⁵ *El Acto de Gobierno*, op. cit., págs. 626 y 627.

do la desnaturalizaría o sustituiría. Reafirma este argumento la importancia de la decisión que se adopta en el ejercicio de esta potestad y su carácter casuístico, donde, además, cabe recordar que su fundamento hay que encontrarlo en su propio carácter excepcional y particular, por cuanto supone una clara quiebra del Estado constitucional⁶⁹.

Sin embargo, como el carácter *objetivo* de todo control jurisdiccional se determina por el parámetro del conjunto normativo, el juicio o valoración del objeto sometido al control –que en este caso es el acto de gobierno, cuya decisión no es ajena al Derecho– se debe basar en razones jurídicas⁷⁰. Por este motivo, cuando el órgano jurisdiccional es requerido para verificar la juridicidad –como medida de vinculación jurídica– del acto de gobierno, especialmente por la vía del recurso de protección, dicho órgano debe siempre controlar una eventual arbitrariedad en su ejercicio en el caso de existir *elementos discrecionales* (por ejemplo, la doctrina jurisprudencial española emplea en este caso los criterios de “máxima discrecionalidad” u “oportunidad”⁷¹), ya que lo arbitrario es siempre contrario a Derecho; del mismo modo, también, dicha verificación se debe hacer extensiva a los *elementos reglados del acto*, si los hay, toda vez que se puede igualmente actuar por esta vía contrario a la juridicidad.

Respecto de esta última cuestión, cabe señalar que no es muy corriente encontrar elementos reglados en decisiones de por sí políticas o de gobierno, donde es justamente el margen de libre actuación la nota predomi-

nante⁷². No obstante, 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-administrativo⁷³, al modo como la jurisprudencia tradicional orienta el control de la discrecionalidad administrativa⁷⁴; estableciéndose, de esta forma, una traslación o asimilación entre el control del acto de gobierno y el control de la discrecionalidad administrativa. En fin, sobre el particular A. Embid Irujo puntualiza lo siguiente: “La razón que explica que una actuación de un Poder Público no pueda ser controlada por los Tribunales más que en sus aspectos externos –competencia, procedimiento– es la falta de habilitación del Poder Judicial para entrar en el terreno reservado por norma hábil –Constitución, Estatuto de Autonomía– a un Poder Público. Las competencias de control del Poder Judicial –prosigue– no son ilimitadas, por tanto, sino que terminan allí donde comienza el ámbito libre de actuación de un Poder Público, siempre y cuando éste sea conferido legítimamente”⁷⁵.

Ahora bien, *¿cuál es el criterio jurisprudencial en Chile respecto a la justiciabilidad de los actos de gobierno?*

La jurisprudencia de los tribunales chilenos, una vez más, no es prolífica. Sin embargo, existe una importante sentencia del Tribunal Supremo que, en su día, despertó mucha polémica. Se relaciona con medidas tomadas por el Gobierno en los inicios de la transición hacia la democracia, y donde por primera vez –a lo menos durante la vigencia democrática de la Constitución– se planteó ante los Tribunales el tema de los *actos de gobierno*. Dada la importancia y trascendencia de la sentencia se realizará un examen pormenorizado de ella.

Las circunstancias que motivaron el fallo en cuestión tienen su origen en diversos

⁶⁹ En este sentido ver: LOZANO, B. *El indulto y la amnistía ante la Constitución*, en AAVV sobre homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Civitas, Madrid, 1991, págs. 1042-1051.

⁷⁰ Vid. ARAGÓN, M. *Constitución y control del poder*, Ciudad Argentina, Madrid, 1995, págs. 91-93. Igualmente para este autor, en este caso no se debe hablar de actos “políticos” sino de actos “jurídicamente relevantes”; razón por la cual, no hay ámbito jurídicamente inmune al control jurídico (*ibidem*, pág. 94).

⁷¹ Vid. N. GARRIDO CUENCA. *El Acto de Gobierno*, *op. cit.*, pág. 629.

⁷² *Ibidem*, pág. 631.

⁷³ *Ibidem*, pág. 631.

⁷⁴ Vid. A. EMBID IRUJO. “La justiciabilidad de los actos de Gobierno”, *op. cit.*, pág. 46.

⁷⁵ *Ibidem*, págs. 63 y 64.

decretos supremos dictados por el Presidente de la República, por medio de los cuales se llamó a retiro temporal a 16 funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile. El fundamento legal de dicha medida fue, principalmente, el artículo 90 letra b) del Estatuto del Personal de esta institución, cuyo tenor literal establece: “*Serán comprendidos en el retiro temporal los Oficiales y Personal Civil que se encuentren en alguno de los siguientes casos: b) A quienes el Presidente de la República conceda o disponga su retiro*”, es decir, configura la atribución del Jefe del Estado para adoptar discrecionalmente diversas *medidas de buen servicio* (sobre el particular, hay que hacer presente que las medidas fueron adoptadas dentro de un proceso de *depuración* que se realizó, conjuntamente con la vuelta a la democracia, en la Policía de Investigaciones, y que sobre los funcionarios afectados con dichas medidas recaían fundadas sospechas de corrupción y otras faltas graves). En todo caso, debe quedar en claro que no se trata de medidas disciplinarias (cuya aplicación corresponde al Director General de dicha institución como resultado de un sumario administrativo) sino, como se ha adelantado, de medidas de buen servicio.

Los funcionarios afectados por los actos del Jefe del Estado recurrieron en protección contra el Director General de la Policía de Investigaciones ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los recursos, en primera instancia, fueron desestimados por la Corte en *Sentencia de 25 de enero de 1991, que en su considerando 8° señala: “el Presidente de la República puede, por su propia decisión, llamar a retiro temporal a cualquier funcionario y ello es inherente a su calidad de personal de nombramiento supremo que revisten los recurrentes conforme a los artículos 6°, 7°, 90 y 115 del Estatuto del Personal de Investigaciones de Chile”*. Agrega el mismo considerando que “*dicha determinación no vulnera las garantías constitucionales de igualdad ante la ley, juzgamiento por tribunales señalados por la ley establecidos con anterioridad por ésta y derecho de propiedad del cargo*”. Los recurrentes, a su vez, apelaron dicha sentencia.

La Corte Suprema, como tribunal de apelación, en *Sentencia de 16 de mayo de 1991, rol N° 16.790*, revoca el fallo de la Corte de Apelaciones y estima, por ende, los recursos deducidos. En lo pertinente el fallo indica lo siguiente:

“(…) *por el camino de un número determinado de decretos supremos, ya individualizados, y que se apoyan en decisiones documentadas del Director recurrido, se hace uso arbitrario de una facultad discrecional, vulnerándose a la vez, trascendentes derechos y garantías constitucionales inherentes a los bienes y derechos de la personalidad*” (considerando 13). “(…) *el ejercicio de una potestad discrecional, en cuanto no se señalen los motivos fácticos que le sirven de base, es por sí mismo arbitrario o(…) que lo no motivado es ya por este solo hecho, arbitrario*” (considerando 7°).

Transcrita la parte resolutive de la sentencia, diversos son los interrogantes que se plantean respecto al tema de los actos de gobierno y su control judicial. Dentro de los más importantes y destacados cabe formular los siguientes⁷⁶:

1° *¿Cuál es la naturaleza jurídica de la potestad consagrada en el artículo 90, letra b) del Estatuto del Personal de la Policía de Investigaciones de Chile?* La respuesta a este primer problema, siguiendo a J. L. Cea Egaña, debe ser abordada desde la perspectiva de la naturaleza de la decisión gubernativa. En efecto, como señala este autor, dicha potestad es de naturaleza gubernativa, discrecional y establecida para velar por el buen servicio institucional; es decir, se está frente a un *acto de gobierno*. Ella compete, prosigue el autor citado, al Presidente de la República, en virtud de los artículos 24, 32, N° 12, y 90, incisos primero, tercero y cuarto, de la Carta Fundamental, como encargado de conservar el orden y seguridad públicas interior,

⁷⁶ Vid. CEA EGAÑA, J. L. “Fiscalización política o control judicial del acto de gobierno”, en *Gaceta Jurídica*, op. cit., pág. 10.

con sujeción a la Constitución y a las leyes. Por esta razón, concluye este autor, dicha potestad ha sido conferida al Jefe del Estado directamente por la Constitución, y la ley respectiva se ha limitado a desarrollar tales preceptos⁷⁷.

2° *¿Qué requisitos se deben reunir en este caso, con sujeción a la Constitución y a la ley, para que el ejercicio de esta potestad gubernativa no sea arbitraria?* Para lograr su respuesta, como indica J. L. Cea Egaña, se debe partir de la premisa de que la facultad ejercida en este caso por el Jefe del Estado es discrecional y de buen servicio institucional, y respecto de la cual ni la Constitución ni la ley le han exigido, expresamente, exponer los motivos que ha tenido para llevarla a efecto. Sólo si la Carta Fundamental o la ley –continúa este autor– requieren explícitamente manifestar los motivos de hechos pertinentes a un acto administrativo y discrecional del Presidente de la República, pueden los Tribunales revisarlo. En todo caso –concluye–, los motivos se hallan ínsitos en la propia decisión política adoptada sobre la base de antecedentes conocidos⁷⁸.

3° *¿Han sido quebrantadas las garantías constitucionales que la sentencia de la Corte Suprema da por infringidas?* En este sentido, como indica también J. L. Cea Egaña, al disponer el retiro temporal de los recurrentes, el Presidente de la República no ha infringido las garantías constitucionales que la sentencia de la Corte Suprema ha dado por quebrantadas⁷⁹. Por el contrario –expresa–, dicha autoridad decretó lo que la Constitución y la ley preceptúan, sin que ello pueda calificarse de arbitrario o ilegal⁸⁰.

Por otro lado, tal recurso fue mal deducido y fallado, por cuanto el Director de Investigaciones no fue el autor de los actos supuestamente arbitrarios o ilegales en que se basó la sentencia. Es el Presidente de la República el autor de los decretos que dispusieron el retiro temporal de los recurrentes y, por ende, en su contra debió entablarse la acción aludida. Por esta razón, con ocasión del cumplimiento del fallo del Tribunal Supremo, el Director General recurrió de reposición de dicha resolución, recurso que fue estimado por la *Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 30 de julio de 1991*, que en su considerando 7° expresa que:

“(…) es posible concluir que el Director general de la Policía de Investigaciones, no tiene atribución ninguna que le permita ni nombrar ni reintegrar al personal de la Planta de Investigaciones de Chile, de nombramiento supremo, por lo que estos sentenciados estiman que el recurrido no puede ejecutar la orden emanada de la Excm. Corte Suprema y ha dado cumplida satisfacción a ello poniendo en conocimiento lo resuelto a quien efectivamente detenta las facultades de reincorporar a los funcionarios recurrentes”.

Resolución que, a su vez, es confirmada por la *Corte Suprema con fecha 5 de septiembre de 1991*, la cual sostiene lo siguiente:

“(…) que resulta evidente que el fallo que acogió el recurso de protección lo ha hecho referido a lo que corresponde en derecho, dadas las circunstancias de hecho que en el mismo se analizan, pero de ello no puede inferirse que sea el Director General de Investigaciones, en contra del cual se ha reclamado, quien deba cumplir con esa finalidad y es obvio que dicho funcionario sólo podrá disponer para ese fin lo que se encuentra a su alcance de acuerdo a las facultades legales de que se encuentra investido, que en este caso y en concreto se reducen a solicitar al Presidente de la República las reincorporaciones que la sentencia ordena” (considerando 4°). *“(…) que, en consecuencia y no habiéndose deducido este recurso en contra*

⁷⁷ *Ibidem*, págs. 13-20.

⁷⁸ *Ibidem*, pág. 20-26.

⁷⁹ Las garantías constitucionales son las siguientes: igualdad ante la ley, juzgamiento por tribunales señalados por la ley establecidos con anterioridad por ésta y derecho de propiedad del cargo.

⁸⁰ *Ibidem*, págs. 27-29.

del Jefe del Estado, resulta, también, evidente que a él no le alcanzarán los efectos del fallo por no haber sido parte en la causa y por tanto no se le ha oído ni se le ha pedido informe, sin perjuicio de que él mismo pudiese disponer su cumplimiento, si es que lo estimare procedente” (considerando 5°).

Sin lugar a dudas, resulta difícil descifrar lo que realmente se ha pretendido dictaminar en esta cuestión por el alto Tribunal. Circunstancia que a todas luces resulta poco coherente y carente de una lógica jurídica mínima. Por esta razón, no se puede sino concluir que con el razonamiento empleado por el Tribunal Supremo en este último fallo trata de salvar o rectificar un error manifiesto de su parte, tanto en el fondo como en la forma, al haber estimado los recursos deducidos. De otro modo no se podrían comprender los siguientes interrogantes sobre el tema: *¿cómo se podría explicar que durante todo el transcurso del procedimiento de protección no se haya percatado de que el recurso estaba mal deducido respecto al sujeto pasivo?* Igualmente, *¿cómo se podría explicar que el alto Tribunal, al estimar los recursos que tienen su origen en decretos supremos firmados por el Presidente de la República, no haya reparado que éste no había sido parte, y, por ende, no se le había oído ni pedido informe?*

Además, la inoperancia de su ejecución revela la respuesta correcta frente al mal sentido jurídico empleado por el sentenciador. Toda vez que, ante la imposibilidad de rectificar su error, es el propio Tribunal quien deja en manos del Presidente de la República, es decir a su mera voluntad (confirmando de ese modo su clara potestad atributiva sobre la materia en cuestión), el cumplimiento de la sentencia (“*sin perjuicio de que él mismo pudiese disponer su cumplimiento, si es que lo estimare procedente*”), vulnerando de paso un claro principio del Estado de Derecho.

En cuanto al fondo del asunto, el alto Tribunal se ha movido dentro de la lógica de su propia doctrina jurisprudencial. Que, como cabe recordar, se ha desarrollado principalmente en el ámbito de los actos discrecionales de la Administración.

Dentro de esta misma lógica jurisprudencial, el Tribunal Supremo tiende a igualar, sin ningún matiz, el *acto discrecional* con el *acto de gobierno*, que, como es sabido, no son la misma cosa; donde necesariamente hay que considerar la distinta *naturaleza* con que se manifiesta la *máxima discrecionalidad* de un acto de gobierno, por una lado, y la *discrecionalidad en sentido estricto* de los actos de la Administración, por el otro. De ahí el error en que se incurre al hacer extensivo a los actos de gobierno el concepto de discrecionalidad elaborado para otro tipo de actos. Razón por la cual la sentencia en comento exige al Presidente de la República la expresión de los motivos que ha tenido para dictar los actos recurridos, en circunstancias que ni la Constitución ni la ley le obligan a ello, calificándoles —exclusivamente desde la lógica jurisprudencial empleada para los actos discrecionales de la Administración— de arbitrario por el sólo hecho de no manifestarlos explícitamente (ya que, como se ha adelantado, los motivos se hallaban *ínsitos* en la propia decisión política adoptada sobre la base de antecedentes conocidos).

Resulta evidente, pues, que los sentenciadores excedieron sus atribuciones, desconociendo de esta forma la *configuración legal y constitucional* existente sobre la materia en cuestión, donde se admite una *clara competencia atributiva al Jefe del Estado* para dictar actos de gobierno y las consecuencias jurídicas que ello implica⁸¹.

Por último, de todo lo expresado se pone también de manifiesto la necesidad de avan-

⁸¹ Así lo entendió la *Corte de Apelaciones de Santiago* en posterior *Sentencia de 24 de enero de 1992, Rol N° 2.883*, que en lo pertinente indica lo siguiente: “(...) el Presidente de la República al llamar a retiro a los recurrentes mediante decretos supremos(...) ha hecho uso de una facultad privativa que emana de la Ley Orgánica Constitucional de la Policía de Investigaciones, un acto de gobierno que en virtud del propio Estatuto del Personal de Investigaciones le permite disponer su retiro, sin que sea dable a esta Corte revisar por la vía jurisdiccional, porque ello sería entrar a calificar un acto discrecional de gobierno, de buen servicio, que la ley lo autoriza de un modo explícito(...)”.

zar en Chile sobre el tema de los actos políticos, especialmente en el ámbito de la doctrina, que, sin lugar a dudas, será de gran ayuda en el intento de configurar en el futuro criterios jurisprudenciales objetivos, más acordes con la juridicidad, en este importante campo de las potestades jurídicas del Gobierno. En fin, igualmente, cabe puntualizar que este tema ha cobrado nuevamente actualidad a raíz de los crímenes de las adolescentes de Alto Hospicio, pues el ex subprefecto inspector de Iquique y el ex jefe de la Brigada de Investigaciones Criminales de esta misma ciudad, en noviembre de 2001 recurrieron de protección contra el Presidente de la República a fin de ser reincorporados a la policía de Investigaciones. Ambos ex funcionarios dirigieron la

acción constitucional contra el Presidente Lagos, que es quien firmó los decretos de retiro temporal; pero también recurren contra el Director de Investigaciones, a quien responsabilizan por lo que califican como una medida ilegal. En los recursos recuerdan el contenido del fallo de la Corte Suprema, ya analizado, que ordenó el reintegro de 17 detectives exonerados de la institución. De esta sentencia recuerdan, entre otros aspectos, que el Tribunal Supremo estableció que la decisión administrativa debe incluir en el expediente *“todo material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantice la legalidad y la oportunidad de la misma, así como la congruencia y fines que la justifiquen”*.