

Nºs 223-224
Año LXXVI
Enero-Junio, Julio-Diciembre 2008
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCIÓN^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

EL ACTO DE GOBIERNO EN CHILE

BALTAZAR MORALES ESPINOZA
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Concepción

1. FUNCION GUBERNATIVA

1.1. Noción

Una de las funciones que actualmente se distingue al interior del Estado es la función gubernativa, la cual en el ámbito teórico puede ser entendida en forma restringida o amplia^{1, 2}.

¹ En la variante amplia, se alude a aquella actividad que realizan diversos órganos del Estado que, en mayor o menor grado, despliegan actos o actuaciones de naturaleza o entidad gubernativa o política, entre ellos por cierto y de manera fundamental los tres órganos básicos, como lo son el Ejecutivo, el Judicial y el Legislativo. A este respecto el prof. Cea Egaña explica que "...un primer significado del vocablo que hunde su raíz en el pensamiento clásico, identifica gobierno y régimen político, esto es, gobierno y ordenamiento de los cargos públicos, quiénes los ejercen y con qué finalidad... En la arraigada tradición anglosajona –vigente hoy en día–, el término 'gobierno' (government) se refiere al conjunto de poderes públicos (...) Por tanto, este uso lingüístico abarca un campo institucional prácticamente similar a aquel a que se refería el pensamiento clásico". Cea Egaña, José Luis: *Teoría del Gobierno. Derecho Chileno y Comparado*. Ediciones Universidad Católica de Chile, 1ª edic., Santiago, 1999 p. 19. En la misma línea encontramos a Silva Bascuñán, que expresa: "Si el gobierno es soberanía en acción, puede definirse como el conjunto de órganos que realizan las diversas funciones comprendidas dentro de su unidad, la serie de personas revestidas de autoridad". Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional*. T. I. Principios, Edit. Jurídica de Chile, 1997, p. 348. Linares, Juan a su turno manifiesta "Gobierno es la organización mediante la cual la voluntad del Estado es formulada, expresada, y realizada. La organización específica del poder constituido en y por el Estado y al servicio del Estado". Citado por Silva Bascuñán, ob., cit. p. 348. Id. Vid. Linares, Juan Francisco: *Derecho Administrativo*. Edit. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1998 p. 185.

² En la vereda de la concepción restringida, se identifica la expresión gobierno, acotada o simplificada a los órganos que ejercen o desarrollan la función ejecutiva, fundado ello principalmente en que los órganos a cargo de esa función son quienes tienen un rol más destacado o preponderante en la fijación y conducción de las políticas públicas en una sociedad.

En el medio nacional, la noción que se consagra es la función gubernativa restringida, vinculada exclusivamente al órgano Ejecutivo; ya que es la que más se aviene con la concepción que, de manera vigente y tradicional, se ha recogido en nuestra Ley Fundamental y legislación inferior.

En efecto, dentro de las formas de gobierno democrático representativo³ que distingue la doctrina, nuestro país ha seguido el formato de tipo presidencial, en el cual, de manera invariable, la función gubernativa reside en el órgano Ejecutivo que está representado por la figura del Presidente de la República.

Así, la Constitución de 1833, en su art. 59, expresaba: "Un ciudadano con el título de Presidente de la República de Chile administra el Estado, y es el jefe supremo de la Nación"; y en el artículo 81 agregaba: "Al Presidente de la República está confiada la administración y gobierno del Estado". La Carta de 1925 reiteraba en iguales términos las ideas planteadas en sus arts. 60 y 71 respectivamente.

Nuestro Código Político de 1980, en el Capítulo IV que lleva por epígrafe "Gobierno"⁴, en su precepto número 24 inc. primero, a la letra reitera y declara: "El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado". El inc. segundo agrega: "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

En el contexto reduccionista doctrinario, Verdugo Marinkovic y García Barzelatto, explican que "en el ámbito de la función política, el jefe del Ejecutivo (Primer Ministro o Presidente), aun cuando siempre enmarcado dentro del ordenamiento jurídico, tiene mayor libertad de acción. Entre diversas alternativas, sólo a él corresponde decidir y adoptar resoluciones". Verdugo Marinkovic, Mario y García Barzelatto, Ana: *Manual de Derecho Político*. T. I y II Colección Manuales Jurídicos, Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1998, p. 213. En el mismo sendero Jellinek al decir: "La palabra gobierno comenzó por significar la actividad total del Estado, para convertirse al fin en el Poder Ejecutivo, a partir del Consulado, y luego el Poder Ejecutivo ha resultado integrado por dos elementos: gobierno y ejecución". Citado por Velasco, Recaredo: "El Acto Administrativo", 1ª edic. *Rev. de Derecho Privado*. Madrid, España, 1929, p. 170. Marienhoff, Miguel, se inclina por esta misma línea al indicar que las dificultades para establecer cuáles actos son de "gobierno" o "políticos" y cuáles son actos "administrativos" obedecen a que el "acto político o de gobierno" contemplado por el derecho administrativo y el "acto administrativo", son expresiones de voluntad provenientes del mismo órgano estatal: el Ejecutivo". Marienhoff, Miguel: *Tratado de Derecho Administrativo* T. II, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1995, p. 692-693.

³ Para un mayor estudio de las formas de gobierno democrático representativo, Vid. Molina Guaita, Hernán: *Instituciones Políticas*. Colección Manuales. Fondo de Publicaciones Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Concepción. 2004, p. 180 y sgts.

⁴ Se debe resaltar que los textos constitucionales anteriores al de 1980 no contenían, al referirse al Presidente de la República, un epígrafe como el de la carta actual, con lo cual claramente –y lejos de relativizar el tema– lo que se busca es reforzar y resaltar la función a cumplir por la figura presidencial al interior del Estado.

las leyes". Y el inc. tercero, finalmente, expresa: "El 21 de mayo de cada año, el Presidente de la República dará cuenta al país del estado administrativo y político de la Nación ante el Congreso Pleno"⁵.

Por último, en lo que al punto anterior se refiere, el artículo primero de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado Nº 18.575 señala: "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".

Así, la función gubernativa, en su variante restringida, es el sentido y significado que se ha recogido y recoge en nuestra realidad nacional desde hace varios decenios, y es el que se mantendrá en el desarrollo de la presente ponencia.

Ahora bien, la función gubernativa tiene un contenido esencialmente político⁶, es decir, comprende el ejercicio de la Soberanía para dirigir el Estado 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.

Así entendida, la función gubernativa en el estado de cosas actual, asume una especificidad propia que la distingue y desmarca de cualquier otra función o actividad de la esfera estatal, dotándola de autonomía o independencia en cuanto tal, con bases, estructuras y fines propios⁷, aspectos esenciales de esta función, que por cierto no se ven o resultan opacados o puestos en cuestión por la circunstancia efectiva o real que el mismo órgano Ejecutivo que la ejerce también es titular de la función administrativa.

⁵ Los antecedentes históricos del actual art. 24 de la C.P.E. corresponden al Anteproyecto de la Comisión de Estudio que en su articulado en el numeral 29 señalaba: "El Gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe de Estado". Y el numeral 57 inc. segundo al decir: "El Presidente de la República dará cuenta al Congreso Pleno del estado político, administrativo y financiero de la Nación al iniciarse el segundo período ordinario de sesiones de cada año". Por último y como sabemos está la iniciativa del Consejo de Estado que en el art. 24 –equivalente al transcrito– reiteraba los mismos conceptos y que en el art. 51 inc. segundo –equivalente al 57 inc. segundo– declaraba: "Al inaugurarse cada legislatura ordinaria, el Presidente de la República dará cuenta al Congreso Pleno del estado administrativo y político de la Nación".

⁶ Cea Egaña, José: *Teoría del Gobierno*. Ob. cit. p. 167.

⁷ No está demás recordar, como se enseñaba y planteaba de manera tradicional que, en la trilogía clásica, a la función ejecutiva u órgano Ejecutivo, se le solía hacer una subdistinción que diferenciaba entre función gubernativa o política, y administrativa.

1.2. Diferenciación con la función administrativa

Sin perjuicio de que ambas funciones residen en el órgano Ejecutivo, ambas son claramente distinguibles o diferenciables.

La función administrativa⁸ es aquella que “se propone”, de manera concreta, inmediata y directa, realizar los fines previstos por la ley, la satisfacción de necesidades públicas, dentro del marco fijado por ésta y de acuerdo con las circunstancias, mediante actos de carácter particular o hechos puramente materiales. En términos del art. 3 inc. primero de la Ley N° 18.575 ya mencionada, su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente, fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley.

Así, la función administrativa se encarga de concretar y materializar en la práctica lo que resuelve y dispone la función gubernativa, a la cual está enteramente subordinada. En consecuencia, la función administrativa es instrumental a la función de gobierno, y justifica su existencia precisamente por ello; por buscar materializar en la realidad, en el colectivo social, los diseños que se crean en la instancia gubernativa. La concreción de la función administrativa en el campo del derecho se da fundamentalmente a través de los llamados actos administrativos y de los contratos administrativos.

Por último, en el terreno de la praxis, mencionar que la función administrativa descansa o se estructura en lo que se denomina la “Organización Administrativa”, que admite como variables de organización las formas de centralización, descentralización y desconcentración administrativa⁹.

En cambio, la función gubernativa –como ya desarrollamos– es aquella que tiene una función directiva, orientadora y coordinadora para los demás órganos y funciones del Estado. Busca establecer las 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 de prioridades relativas y de asignación de medios¹⁰.

Contrastando ambas funciones, el prof. Pantoja Bauzá señala que

⁸ Molina Guaita, Hernán: Ob. cit. p. 174.

⁹ El art. 3 de la C.P.E. dispone una administración estatal, funcional y territorial descentralizada o desconcentrada en su caso en conformidad a la ley. La ley en cuestión es, fundamentalmente, la Ley N° 18.575 ya mencionada.

¹⁰ Caldera Delgado, Hugo: *Tratado de Derecho Administrativo* T. I y II. Ediciones Parlamento Ltda. 2001. Impreso en Chile T. I. p. 249.

“Gobierno y administración son dos ideas irremplazables, palabras, imágenes, ideas fuerzas, 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 posibilidad de los intereses del Estado por un lado y el de ordinaria ejecución de la ley por el otro; el de actuación *praeter legem*, en un caso, frente a la subordinada actuación *sub legem* que importa su tarea normal y rutinaria¹¹.

En suma, la función gubernativa es la cabeza y la función administrativa, las extremidades.

1.3. Características de la función gubernativa

Para efectos de finalizar el comentario en estudio, valga indicar algunas características generales de la función gubernativa.

1.3.1. Es interna y externa al Estado

En el sentido de que la función gubernativa ejerce acción o actuación tanto al interior del Estado –articulación con los otros órganos que realizan diversas funciones– como al exterior del Estado, en una relación de coordinación y equivalencia con otros estados u organismos internacionales.

1.3.2. Es permanente

En cuanto a que no admite detención o intervalos en el ejercicio de la acción de gobernar, la cual es realizada de manera indefinida, al tener la calidad de “motor” de la actividad estatal.

1.3.3. Es limitada

La función gubernativa se encuentra supeditada a los cuadros valóricos y normativos que organizan y estructuran al Estado respectivo.

Por lo expuesto, entonces, asumimos que es perfectamente clara, la distinción entre función gubernativa y administrativa, no obstante descansar ambas funciones en el mismo órgano Ejecutivo.

1.4. Estructura orgánica de la función gubernativa

La manifestación de la función gubernativa, en nuestro ordenamiento actual, se materializa en cuatro órganos a saber: el Presidente de la República, los ministros de Estado, los intendentes y los gobernadores.

¹¹ Citado por Cordero Vega, Luis: “Los Actos de Gobierno: Reflexiones a Propósito de la Nulidad de un Tratado Internacional”. En *Rev. Gaceta Jurídica* Nº 277, 2003 p. 23.

1.4.1. El Presidente de la República¹²

Es el núcleo central de la función, quien por cierto la encabeza, y en el que reside la potestad de ejercicio de la mayoría de las actuaciones gubernativas que concurren en nuestro medio.

Con todo, la figura presidencial, no agota la función gubernativa, ya que también revisten la misma función, por mandato constitucional y legal, los ministros de Estado, los intendentes y gobernadores.

1.4.2. Los ministros de Estado

Son los colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República en el gobierno (y administración) del Estado¹³.

1.4.3. Los intendentes

Tienen a su cargo el gobierno de cada región y son de la exclusiva confianza del Presidente de la República¹⁴.

1.4.4. Los gobernadores

Tienen a su cargo el gobierno de cada provincia, y son nombrados y removidos libremente por el Presidente de la República^{15, 16}.

En nuestro país –Estado Unitario– la función gubernativa queda acotada a los cuatro cargos antes nombrados. En efecto, por mandato constitucional y legal no existen más titulares del ejercicio de la función gubernativa y, en consecuencia, la dictación de un acto de gobierno sólo puede emanar de alguno de ellos, a quien se le haya conferido atribución de naturaleza gubernativa.

¹² En nuestro sistema de gobierno por ser de tipo presidencialista o presidencial reforzado, el Presidente de la República es titular también de atribuciones constituyentes y legislativas.

¹³ Art. 33 inc. de la C.P.E. El complemento a la norma constitucional lo encontramos en el art. 22 inc. primero de la Ley N° 18.575 que indica: "Los ministerios son los órganos superiores de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno (y administración de sus respectivos sectores,...).

¹⁴ Art. 111 inc. primero de la C.P.E.

¹⁵ El art. 105 de la C.P.E. en su texto original hablaba que el Gobierno (y administración superior) de cada provincia reside en un gobernador –texto–, que reformado por la Ley N° 19.097, ha conservado en esencia la idea central. Soto Kloss, Eduardo: "El art. 48 N° 1 de la Constitución". *Rev. de Derecho Público Universidad de Chile*, N° 55-56, 1994, p. 131.

¹⁶ Refuerza la función gubernativa de intendentes y gobernadores, el que ambos se ubican dentro del cap. XIV de la Carta Política que precisamente se titula "Gobierno y Administración Interior del Estado". Por último el complemento ratificatorio a todo lo expuesto a nivel constitucional –respecto de los intendentes y gobernadores– se encuentra en el D.F.L. N° 1-19.175, *D.O.* 08-11-2005 que contiene el Texto Refundido y Actualizado de la Ley N° 19.175 Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, que precisamente en su Título Primero que se refiere al Gobierno de la Región, reserva el cap. primero para el intendente, y el cap. segundo para el gobernador.

1.4.5. Caso de los subsecretarios

Pudiera estimarse que se presenta alguna duda con los funcionarios públicos denominados “subsecretarios”, ya que al igual que los ministros de Estado, intendentes y gobernadores, son también nombrados y removidos a voluntad del Presidente de la República, y se mantienen en el cargo mientras cuenten con su confianza¹⁷.

No obstante las coincidencias apuntadas, los subsecretarios sólo forman parte de la organización administrativa de nuestro Estado. En efecto, la circunstancia de ser funcionarios de confianza, al igual que ministros, intendentes y gobernadores, no los hace tener también funciones de naturaleza gubernativa, las cuales se tienen sólo por atribución constitucional o legal, cuestión que no ocurre respecto de ellos. Por el contrario, la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado¹⁸ que los regula, sólo les asigna funciones o atribuciones de naturaleza administrativa, y en caso alguno de tipo gubernativo, con lo cual claramente quedan excluidos de esta última estructura.

Así las cosas en nuestro medio, el ejercicio de la función gubernativa queda reservado al Presidente de la República, ministros de Estado, intendentes y gobernadores.

Lo afirmado es sin perjuicio de que a estos mismos cargos, la Constitución o la ley, les asigna también funciones de naturaleza administrativa; lo que significará, en un caso determinado, distinguir el tipo de función que se ha ejercido, cuestión que en general no presenta inconvenientes en el contexto nacional –como se ha explicado–, ya que el ejercicio de la función gubernativa y su correlato, el acto de gobierno, es la excepción; y el desarrollo de la función administrativa y su concreción: el acto y contrato administrativo, la regla.

2. ACTO DE GOBIERNO

2.1. Concepto

La verdad es que revisada la bibliografía y derecho comparado y nacional, encontramos en general cierta actitud reacia a establecer conceptos o definiciones de los actos de gobierno.

¹⁷ Art. 32 N°s 7 y 8 de la C.P.E.

¹⁸ El art. 24 de la norma legal expuesta indica: “En cada ministerio habrá una o más subsecretarías, cuyos jefes superiores serán los subsecretarios, quienes tendrán el carácter de colaboradores inmediatos de los ministros. Les corresponderá coordinar la acción de los órganos y servicios públicos del sector, actuar como ministros de fe, ejercer la administración interna del Ministerio y cumplir las demás funciones que les señale la ley”.

Ello atendido a que algunos el tema lo han zanjado afirmando que la naturaleza última de este tipo de actos es en definitiva administrativa, y por consiguiente participaría de estas mismas características. El autor nacional Silva Cimma^{19,20} dice que el criterio tradicional clasifica también los actos administrativos en actos políticos o de gobierno y actos propiamente administrativos, (agregando) que la acción de este Poder Ejecutivo puede, pues, subdividirse en una acción ejecutiva, de contenido político o gubernamental, y en una acción ejecutiva propiamente administrativa. Y agrega el autor "...En la medida que este Poder Ejecutivo o poder administrador, como lo hemos denominado desde el punto de vista de nuestra doctrina, emita actos que digan relación con el gobierno del Estado, ejecutando normas de tipo político, el acto será político o de gobierno, y en la medida que tienda a materializar la función administrativa del Estado, el acto será propiamente administrativo".

Otros plantean que, existiendo efectivamente esta categoría especial de actos, ellos son tan acotados y específicos que en realidad se reduce su actividad a establecer un catálogo o enumeración de ellos, la que es de carácter jurisprudencial y en permanente disminución.

En nuestro medio, en definitiva, el tratamiento del tema es bastante idéntico a lo que se da en el derecho comparado. Es decir, se opta por la fórmula de indicar de manera específica qué actos tendrían la calidad de gobierno, sin perjuicio de ir efectuando calificaciones caso a caso.

No obstante lo expuesto, se han ubicado algunos autores que han elaborado definiciones sobre estos actos que permiten aproximaciones al tema, haciendo presente desde ya que en la mayoría de los casos corresponden a definiciones de actos de gobierno en sentido amplio, comprensivo de cualquier actividad estatal; y no acotada al ámbito gubernativo del Ejecutivo, que es el campo del acto de gobierno que este autor estima y considera correcto, que se ha seguido en este trabajo, y que por lo demás consagra nuestra Constitución. Por razones didácticas, se considerarán ambas categorías de definiciones.

El prof. Gustavo Penagos²¹ expresa que el acto político (acto de gobierno) es simplemente un acto jurídico que puede presentarse como una Ley o

¹⁹ Silva Cimma, Enrique: *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, Contratos y Bienes*, Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1995 p. 71.

²⁰ En la misma línea de Silva Cimma, esto es, de considerar al acto de gobierno como manifestación especial del acto administrativo, se encuentra a Fiorini, Bartolomé: *Manual de Derecho Administrativo*, Primera Parte, Edit. La Ley 1968, p. 397.

²¹ Penagos, Gustavo: *Los Actos Políticos*. Ediciones Librería del Profesional, 1ª edic. 1985, p. 24.

simplemente como una decisión de la Administración, en ambos casos enjuiciable, según las normas de jurisdicción y competencia, por la Corte Suprema de Justicia o por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En el ámbito nacional encontramos a Patricio Aylwin Azócar²², quien los conceptualizó diciendo que son ciertos actos que se ejercen por superiores consideraciones políticas y envuelven la idea de soberanía del Estado. Cordero Vega²³ dice que acto de Gobierno es un acto jurídico de derecho público consagrado por la Carta Fundamental y en virtud del cual los órganos constitucionales disponen de materias o cuestiones de trascendencia para el Estado o que permiten su subsistencia y en consecuencia, los sustraen del control judicial anulatorio. Cea Egaña²⁴ indica que es aquel que decide cuestiones políticas 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 la línea del acto de gobierno radicado solamente en el Ejecutivo, encontramos a Fayt²⁵, autor que plantea que la actividad ejecutiva de carácter gubernativo o político se manifiesta mediante los actos políticos (...), entendiendo por tales los que el Gobierno ejecuta por motivos políticos o con el fin de proteger o salvaguardar tanto el ejercicio mismo del poder, como la seguridad general o el bienestar de la comunidad.

En forma propositiva, y atendido a que en el medio nacional no encontramos una definición de acto de gobierno en la línea de la función gubernativa restringida, nos atrevemos a enarbolar un concepto en los términos de decir que el acto de gobierno "es el acto jurídico emitido por los órganos gubernativos que tiene por finalidad la mantención y conducción de la actividad estatal".

En definitiva, el acto de gobierno, en la manera concebida, representa y constituye la materialización de la función gubernativa en cuanto a que es la expresión por la cual aquélla se concretiza.

En fin, y no obstante los problemas conceptuales descritos anteriormente, es claro que esta categoría particular de actos existe, con una realidad y fisonomía

²² Aylwin Azócar, Patricio: *Manuales Jurídicos*, Edit. Jurídica de Chile, año 1952, p. 139.

²³ Cordero Vega, Luis: Ob. cit. p. 19.

²⁴ Cea Egaña, José: "Fiscalización Política o Control Judicial del Acto de Gobierno", *Rev. Gaceta Jurídica* N° 137 1991, p. 14.

²⁵ Fayt, Carlos S.: mencionado por Cea Egaña, José: "Fiscalización Política o Control Judicial del Acto de Gobierno". Ob. cit. p. 14.

propias, que los hace absolutamente distinguibles e identificables al interior de la actuación jurídica estatal.

2.2. Características

Los actos de gobierno quedan particularizados por los siguientes atributos:

2.2.1. Acto jurídico

En efecto, el acto de gobierno se exterioriza y produce efectos conforme a los términos y formas que dispone el derecho; de manera tal que no es concebible un acto de gobierno paranormativo, con existencia y efectos fuera del derecho.

Así, el acto de gobierno encuentra eficacia jurídica en los casos en que se sujeta a la Constitución y a la ley, particularmente a las normas y principios del derecho público²⁶.

Finalmente y por su característica en comentario, en el acto de gobierno concurren los elementos propios de todo acto jurídico, como son: la competencia e investidura en el órgano que lo emite, el motivo, el objeto, la finalidad y las formalidades en su caso.

2.2.2. Exteriorización unilateral de competencia

El acto de gobierno en el medio nacional sólo puede ser dictado por los órganos que tienen la titularidad de la función gubernativa (Presidente de la República, ministros de Estado, intendentes y gobernadores).

Los actos de gobierno para su existencia y eficacia no necesitan de la participación de otros órganos estatales. De otro lado, no son actos de tipo gubernativo aquellos que dicten otros órganos de la estructura estatal, como tampoco lo son aquellos que, emanando de la estructura ejecutiva, importan el desarrollo de la función administrativa.

2.2.3. Esencialmente discrecional

El acto de gobierno es esencialmente discrecional, por la función que busca materializar, como es la función gubernativa. En efecto, ya hemos señalado que la función gubernativa es permanente, dinámica, mutante, en constante desarrollo y evolución. En la perspectiva anotada, y para satisfacer las características de la

²⁶ El cap. I en general, y en particular los arts. 6 y 7 de la C.P.E., que consagran los principios de supremacía constitucional y juridicidad respectivamente, no establecen exclusiones o limitaciones de ninguna especie, resultándole aplicable plenamente a los órganos gubernativos.

función que sirve, es que el acto de gobierno es esencialmente discrecional, aunque por cierto no arbitrario.

En definitiva, y en palabras de Garrido Cuenca, es la idea 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 Estado²⁷.

2.2.4. Susceptible de revisión jurisdiccional

Esta característica es de las más controvertidas en el medio comparado y nacional.

Sin embargo, si el supuesto irreductible y último en el que se desenvuelve el acto gubernativo es el de la democracia constitucional y el del Estado de derecho, forzoso es concluir que este tipo de actos estatales también debe estar sometido a revisión. En efecto, el acto de gobierno, al ser acto jurídico en su manifestación, necesariamente debe admitir órganos y mecanismos de revisión, especialmente de tipo judicial²⁸.

2.2.5. Finalidad: existencia y desarrollo del Estado y su actividad

El acto de gobierno tiene por fin la mantención y conducción del Estado y de su actividad. Lo que se busca en definitiva o se debe propender a buscar por medio de este tipo de actos, es que el Estado Nación esté de manera permanente en las mejores condiciones posibles de cumplir con la finalidad que le es propia, como es la materialización del Bien Común.

²⁷ N. Garrido Cuenca: citado por Cazor Aliste, Kamel: "Fundamentación y Control del Acto de Gobierno en Chile". *Rev. Derecho Universidad Austral de Chile*. Vol. XII, 2001, p. 107.

²⁸ Para el solo efecto de ilustrar la afirmación realizada y sin querer entrar a la controvertida discusión de los autores, valga mencionar al maestro García de Enterría, quien el año 2004 comentando la Ley Contencioso-Administrativa española Nº 29, 1998 declara que con ella se ha abandonado, pues, resueltamente la vieja categoría de los actos de gobierno, de origen francés, para situarse en la técnica del "derecho universal del juez", que proclama expresamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y que sitúa a nuestro sistema en el mismo nivel que el que rige en el Derecho alemán, donde tal derecho universal se justifica en la famosa cláusula del artículo 19.4 de la Grundgesetz, a la que resulta perfectamente equiparable la del artículo 24 de nuestra Constitución. La vieja exención ha quedado así definitivamente liquidada. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*. T. I 12ª edic., Edit. Civitas España 2004, p. 584. La Ley Nº 29, 1998 que contiene la nueva legislación de la jurisdicción contencioso-administrativa española, en su artículo 2 a) a la letra expresa: "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 del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos".

3. ACTOS DE GOBIERNO Y OTRAS FIGURAS AFINES

El acto de gobierno (en sentido restringido) tanto en el medio nacional como en varios escenarios del derecho comparado, presenta nebulosas en cuanto a su identificación en todos aquellos casos en que se le relaciona con el acto administrativo, el acto institucional y el acto político.

Lo que se buscará en las siguientes líneas es precisamente diferenciar el acto gubernativo con los otros tres institutos mencionados, comenzando con el más complejo, como lo es el acto político.

3.1. Acto de gobierno y actos políticos

Permítaseme diferenciar o purificar las expresiones “acto de gobierno” y “acto político” a los efectos de dejar establecido que claramente no son expresiones equivalentes o sinónimas entre sí.

La doctrina argentina señala que se debe advertir que los actos “políticos” que cumplen en su sistema el Congreso y el Poder Ejecutivo dan lugar a las denominadas “cuestiones políticas”, y que los llamados “actos de gobierno” son una especie dentro del género “actos políticos”. En nuestro régimen (argentino), se llaman “actos de gobierno” exclusivamente a los “actos políticos” cumplidos por el Presidente. Así, cuando el Congreso declara el estado de sitio, emite un “acto político”, pero cuando quien lo declara es el Presidente de la República, se dice que emite un “acto de gobierno”²⁹.

Chapus³⁰ enseña que la expresión actos políticos se utiliza para nombrar tres categorías de actos: 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 general. Los escrutinios políticos corresponden a las elecciones presidenciales y legislativas, elecciones del Parlamento europeo, votaciones de referendun, todas con carácter de operaciones políticas³¹.

²⁹ Sarmiento García, Jorge: *Derecho Público*, Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos. Edic. Ciudad Argentina, 1998, 2ª edic., p. 287.

³⁰ Chapus, René: *Droit Administratif Général*. T. I, 10ª edic., Edit. Montchestien, Paris, Francia, 1996, p. 878.

³¹ En doctrina se distingue también por algunos dentro de los actos políticos, los llamados “actos políticos complejos”, para referirse a aquellas actuaciones en que intervienen dos o más estados (sujetos de derecho internacional) y/o varios órganos, por ej. los tratados. Vid., Penagos, Gustavo: Ob. cit. p. 230.

Los actos de gobierno, en cambio, y siguiendo a Chapus, son por una parte los actos del Poder Ejecutivo concernientes a las relaciones con el Parlamento; y por otra parte, los actos del Gobierno referidos a sus relaciones con las organizaciones internacionales y los estados extranjeros.

Diremos, entonces, que existe una relación de género a especie entre ambas expresiones; siendo el acto político el género y el acto de gobierno la especie. En efecto, los actos políticos o de poder son todos aquellos que derivan en general de los órganos superiores del Estado, pudiendo mencionarse como tales todos aquellos actos dictados por órganos de tipo legislativo, electoral, constituyente, de control, gubernativo, consultivo, entre otros³².

De tal manera que el acto de gobierno es una especie, una variable que el acto político puede presentar, pero en que claramente no hay absoluta simetría o identidad con este último, sino que una relación de más –acto político–, a menos –acto de gobierno.

Por lo expuesto y en estricto rigor, es erróneo entonces utilizar las expresiones “acto de gobierno” y “acto político” como sinónimas o equivalentes entre sí, pues técnicamente no son lo mismo. De ahí que en el presente trabajo ocupemos sólo la expresión “acto de gobierno” o “actos gubernativos”, ya que sólo este tipo de actos en el medio nacional es el que sirve de objeto de estudio al artículo en desarrollo.

3.2. Acto de gobierno y acto administrativo³³

En relación al acto administrativo, la explicitación de las diferencias entre uno y otro tipo de acto es bastante compleja en el ámbito comparado y, particularmente, en la realidad nacional, desde que ambos actos comparten buena parte de la misma estructura orgánica de manifestación jurídica. Ambos, además, en nuestra realidad se exteriorizan fundamentalmente mediante el Decreto

³² En definitiva, los actos políticos son asimilables a la función gubernativa en sentido amplio.

³³ En la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución existía conciencia de la distinción entre acto de gobierno y administrativo. Así, el comisionado Bertelsen expresa que, “evidentemente, debe hacerse la distinción, difícil pero posible, que la doctrina indica entre actos de gobierno y actos administrativos”. Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución sesión N° 309, p. 1436. En la misma línea, el comisionado Ortúzar, en una intervención explico que “...piensa que es posible que la señorita ministro de Justicia, con mayores antecedentes, cambie su opinión. Le da la impresión de que lo que a ella le preocupaba, principalmente, era 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...”, misma sesión, p. 1442.

Supremo, coronando la dificultad el dato cierto de que hay incluso doctrina³⁴ que, sumándose a la extranjera, postula la idea no nueva, de que el acto de gobierno participa de las mismas características y elementos del acto administrativo y que, en consecuencia, el acto de gobierno sería una especie del género acto administrativo.

El acto administrativo en Chile se encuentra definido en el artículo tercero de la Ley Nº 19.880³⁵, precepto que en el inciso segundo entrega el núcleo del concepto al decir que se entiende por acto administrativo “las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado, en las cuales se contienen declaración de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”³⁶. En el plano de la doctrina se define el acto administrativo como: “la exteriorización unilateral de competencia, ejercida según normas de procedimiento jurídico administrativo, de carácter general o especial, por un órgano de la Administración del Estado, con el propósito de alcanzar los objetivos y fines específicos de bien común o interés general que el ordenamiento jurídico ha cometido al órgano emisor del acto”³⁷.

³⁴ En el plano local, ubicamos a Silva Cimma, quien señala que en nuestro derecho, la verdad es que esta distinción carece de importancia, en primer término, porque los fundamentos de una u 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. Silva Cimma, Enrique: Ob. cit. p. 73. Por su parte, Marienhoff, en la misma línea, expresa que conceptualmente dichos actos se distinguen por su finalidad, por el alcance de los pretendidos efectos del acto: tratase de una cuestión de “grado”, cuya determinación constituye, a su vez, una cuestión de “hecho”, de sensibilidad jurídica en suma. Todo acto del Poder Ejecutivo, atinente a la marcha o funcionamiento común u ordinario de la “Administración”, por principio es un acto “administrativo”; los actos que no reúnan dichos caracteres, sino que tengan por objeto finalidades superiores o trascendentes para el funcionamiento del Estado, en principio deben conceptuarse actos de gobierno o políticos. Pero el régimen jurídico de ambas categorías de actos –el administrativo y el de gobierno o políticos– obedece a principios similares, pues la diferencia “conceptual” existente entre ellos no alcanza a separarlos jurídicamente, al extremo de que deban regirse por distintos criterios jurídicos. Marienhoff, Miguel: Ob. cit. p. 700.

³⁵ Esta ley fue publicada en el *D. O.* el día 29 de mayo de 2003, con un importante impacto en el Derecho Administrativo Nacional, pues ha establecido –no obstante falencias– un régimen jurídico básico al acto administrativo chileno, del cual se carecía, ya que con anterioridad a la dictación de la ley, la teoría del acto administrativo se estructuraba fundamentalmente en base a la doctrina y jurisprudencia.

³⁶ El precepto agrega en los incisos siguientes que “constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias”.

³⁷ Caldera Delgado, Hugo: Ob. cit. p. 18.

3.2.1. Diferencias

No obstante lo expuesto, el predicamento de este autor según lo ya manifestado en líneas anteriores, es la autonomía y diferenciación entre los dos tipos de actos en estudio. En efecto, buscando configurar un cuadro comparativo, podemos decir en cuanto a las diferencias entre uno y otro las siguientes:

3.2.1.1. El fin³⁸

En el acto de gobierno se considera el fin como una dirección superior en relación, no ya al interés del servicio público o administrativo, sino al interés supremo del Estado, considerado en su unidad. Y, por eso, se dice que son actos cardinales, en los cuales aparece siempre el Estado, sea en su soberanía (en lo interior), sea en su independencia (en lo exterior), al paso que el acto administrativo regula y “concreta” esa actividad que ejerce la Administración Pública realizando aquellos fines y de acuerdo con aquella dirección administrativa³⁹. Por consiguiente, el acto (político o) de gobierno considera más bien la unidad de la vida del Estado, su defensa unitaria, mientras que el acto administrativo es como su continuación, acto de complemento, de detalle⁴⁰.

El acto de gobierno se dicta 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 (dirección e impulso) entre todos y cada uno de los órganos que lo componen. En cambio, el acto administrativo tiene un fin más concreto y preciso, acotado al cumplimiento (materialización en la realidad) de orientaciones públicas en la perspectiva de la persona administrada⁴¹. En un diseño de líneas, el acto de gobierno es transversal a todo el Estado, el acto administrativo es vertical a algunos órganos o áreas del Estado.

3.2.1.2. La discrecionalidad

Atendido la naturaleza y fin perseguido por el acto de gobierno, éste está,

³⁸ Este elemento diferenciador lo destaca Marienhoff al decir que la diferencia entre dichos actos (de gobierno o político y administrativo) surge nítida de la distinta “finalidad” a que ellos responden. Esto determina entre el acto de gobierno o político y el acto administrativo una evidente diferencia conceptual. Marienhoff, Miguel: Ob. cit. p. 704.

³⁹ Bielsa, Rafael: *Principios de Derecho Administrativo*, 3ª edic., Ediciones Desalma, Buenos Aires 1963, p. 61.

⁴⁰ García Oviedo, Carlos: *Derecho Administrativo*, T. I, 6ª Edic., Edit. E.I.S.A., Madrid, España, 1957, p. 220.

⁴¹ Parafraseando a Marienhoff, Miguel: Ob. cit. p. 704.

gradualmente, dotado de mayores niveles de discrecionalidad, pudiendo hablar en términos gráficos de una discrecionalidad superlativa. En cambio, el acto administrativo, si bien es cierto también goza de discrecionalidad, el nivel o amplitud de ésta, comparativamente a la que exhibe el acto de gobierno es menor. Parafraseando terminología del derecho privado, podemos hablar de una discrecionalidad de la esencia y de una discrecionalidad de la naturaleza, respectivamente⁴².

La diferenciación se explica en los grados de libertad necesarios de que deben gozar los autores de uno y otro tipo de acto para cumplir sus fines. Así, la consecución de las metas a alcanzar en el acto de gobierno justifica y presupone una mayor liberalidad en la actuación del autor del acto, amplitud que se ve reducida en el campo de la actuación administrativa.

3.2.1.3. *Organos emisores diferenciados*

Como ya hemos explicado con anterioridad, el acto de gobierno viene a materializar la función gubernativa, y esta última en nuestra realidad local se entiende en forma restringida, acotada a los órganos que realizan esta materia y que en nuestro medio son⁴³: el Presidente de la República, los ministros de Estado, los intendentes y los gobernadores. Es decir, en el plano nacional no hay más órganos que ejerzan o puedan ejercer funciones de gobierno que los recién nombrados, lo cual se traduce como consecuencia a su vez –y es lo importante– que sólo ellos pueden emitir los actos de gobierno.

Por cierto, hay que precisar también que NO toda la actividad o actuación que generan los cuatro órganos mencionados es constitutiva de actos de gobierno. En efecto, ellos tienen la calidad de ser órganos pertenecientes también a la función administrativa del Estado y, por lo tanto, y en consecuencia, pueden también dictar o generar actos de esta última calidad, es decir, actos administrativos.

El acto administrativo –a diferencia del acto de gobierno– encuentra una fuente orgánica mucho más amplia, desde que, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, forman parte de la Administración del Estado y por lo tanto integran la función administrativa: el Presidente de la República, los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de

⁴² Marienhoff, Miguel: Ob. cit. p. 704 y 705.

⁴³ Basta ver los preceptos constitucionales de los arts. 24, 33, 110, 111, 116 y especialmente los Epígrafes que los preceden, para arribar a la conclusión expuesta.

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 ley⁴⁴.

Por lo expuesto, es bastante claro entonces que los órganos emisores de los actos de gobierno son sólo los cuatro ya individualizados y que, en cambio, los entes generadores de la actividad administrativa son muchos más.

Advirtiendo y reconociendo el autor que el Presidente de la República, los ministros de Estado, los intendentes y los gobernadores tienen la doble calidad de ser entes de gobierno y administración; surge la interrogante de ¿cómo determinar los casos en que actúan conforme a una u otra calidad?, ¿cómo establecer si el acto que dictan es de gobierno o administrativo?⁴⁵. En estos casos, la solución pasa por examinar a la luz de los parámetros enumerados en este apartado, el contenido, la sustancia del acto en concreto (el cual a su vez será el reflejo de la naturaleza de la función que se esté ejerciendo) y así determinar si estamos en presencia de uno u otro tipo de actuación.

Como complemento a lo expuesto, valga indicar que, en términos prácticos, el problema es fundamentalmente teórico, ya que, como hemos señalado en páginas anteriores, en nuestro medio, al igual que en el derecho comparado; los actos de gobierno se presentan también bastante acotados y circunscritos a ciertas y determinadas actuaciones. Así, entre nosotros, el acto de gobierno es la excepción, y el acto administrativo la regla muy general.

3.2.1.4. Régimen jurídico público diferenciado

En el medio local, y de acuerdo a nuestro derecho actual, el acto de gobierno se encuentra regulado fundamentalmente por el texto constitucional (la gran mayoría de los actos de gobierno se encuentran en la Constitución) y, en forma menor, por legislación inferior complementaria.

En cambio, el acto administrativo, además de encabezar su regulación con la Carta Magna, debe agregar otros importantes cuerpos normativos como son la Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que tiene aplicación general; la Ley Nº 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de

⁴⁴ Art. 1º Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado Ley Nº 18.575, ya mencionada.

⁴⁵ La problemática apuntada se ve más agravada –como se dijo–, ya que en nuestra realidad, y a propósito del Presidente de la República, ambos tipos de actos se manifiestan en el campo jurídico por medio de decretos supremos, regularmente.

los Organos de la Administración del Estado, la que tiene aplicación general o al menos supletoria; Ley N° 10.336 Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República; y particular y especialmente –en caso alguno menos importante– la regulación vía aportes de la doctrina y jurisprudencia nacional que han contribuido enormemente a la elaboración de una teoría general del acto administrativo, especialmente en su faz sustantiva o de fondo⁴⁶.

Así, ambos actos se encuentran regulados por normas de derecho público de manera principal. Pero mientras el acto de gobierno lo es fundamentalmente por el texto constitucional, el acto administrativo lo es cuantitativamente por legislación inferior.

3.2.1.5. Extensión de los efectos de uno y otro acto

Los efectos del acto de gobierno se pueden extender a todas las estructuras orgánicas del Estado, cualquiera sea la función que realicen (incluido el aparato administrativo) y a los particulares. Se trata de efectos de carácter transversal al Estado.

En cambio, el acto administrativo es de efectos más restringidos ya que, en cuanto a sus consecuencias jurídicas, alcanza solamente a los administrados, y a los entes que integran la función administrativa del Estado; no alcanzando los efectos a órganos que desarrollan otras tareas al interior del Estado; con lo cual el efecto del acto administrativo presenta en forma clara una extensión acotada, más precisa, al otro tipo de acto en estudio.

3.3. El acto de gobierno y el acto institucional

El prestigiado profesor argentino Miguel Marienhoff, de forma novedosa y original planteó, hace algunos años, que junto a los actos de gobierno y administrativos existía una tercera categoría de actos que denominó “actos institucionales”.

El jurista argentino señala que todo acto del Poder Ejecutivo, atinente a la marcha o funcionamiento común u ordinario de la Administración Pública, por principio, será un acto administrativo o un acto de administración, según los casos. Los actos que no reúnan o no respondan a dichas características, sino que

⁴⁶ Debemos recordar en este punto que, antes de la Ley N° 19.880, prácticamente toda la teoría del acto administrativo tenía base doctrinaria y jurisprudencial. Hoy, no obstante la ley, subsisten algunos aspectos importantes del acto administrativo, entregado al plano jurisprudencial y de los autores, como por ej. los elementos del acto administrativo, sus clasificaciones, regulación de otras causales de extinción de los mismos.

tengan por objeto finalidades superiores o trascendentes para el “funcionamiento” del Estado, en principio deben conceptuarse como actos de gobierno (o políticos). El acto de gobierno (o político) trasunta una “directiva” de carácter superior, pero siempre dentro del funcionamiento normal del Estado⁴⁷.

En cambio, el acto “institucional” ya no sólo se refiere al “funcionamiento” normal del Estado, como ocurre con el (acto político o) de gobierno. El acto institucional tiene aun mayor trascendencia: vincúlase a la propia “organización” y “subsistencia” del Estado. Entre otros, son actos institucionales: la declaración de guerra, la declaración del estado de sitio, el nombramiento de magistrados de la Corte Suprema de Justicia, la intervención federal de las provincias, los actos que concreten las relaciones del Ejecutivo con el Legislativo, la celebración de “ciertos” tipos o especies de tratados internacionales. Todos estos actos se refieren a la “organización” misma de la Nación, o a la “subsistencia de la Nación”⁴⁸.

Termina agregando este autor, en forma sintética, que la diferencia capital entre uno y otro tipo de acto es que el acto de gobierno puede afectar derechos de particulares y, en consecuencia, respecto de ellos debe haber revisión judicial. En cambio el institucional no es susceptible de impugnación judicial, pues no puede afectar derechos de terceros⁴⁹.

En forma más contemporánea, el también trasandino Linares⁵⁰, nos indica que entiende por función institucional (y por ende el acto institucional) la actividad de legislación o administración, de gobierno, ejercida por actos unilaterales, generales o individuales, que no incida directamente sobre la libertad individual, referente a la organización de poderes del Estado y relaciones entre ellos. Agregando el mismo autor que considera propiedad esencial de la función de dictar actos institucionales, el que ésta no incida, ni deba incidir directamente sobre la libertad individual⁵¹.

En términos simples para Linares, la cualidad esencial del acto institucional,

⁴⁷ Marienhoff, Miguel: Ob. cit. p. 765 y sgts.

⁴⁸ Como características de los actos institucionales, Marienhoff, menciona los siguientes: 1º El acto institucional vincúlase a la propia “organización” y “subsistencia” del Estado. 2º El acto institucional, contrariamente a lo que ocurre con el acto político o de gobierno, “no” incide en forma directa e inmediata en la esfera jurídica del administrado, cuyo “status” de tal no se altera ante la emisión del acto institucional. 3º Es un acto “jurídico” de derecho público, pues tiende a producir efectos de derecho. 4º En cuanto a su emisión es siempre “discrecional”: depende del arbitrio del Poder Ejecutivo, de la honesta y leal valoración que éste realice de las circunstancias pertinentes. Marienhoff, Miguel: Ob. cit., p. 771 y sgts.

⁴⁹ Marienhoff, Miguel: Ob. cit. p. 767.

⁵⁰ Linares, Juan Francisco: Ob. cit. p. 191 y sgts.

⁵¹ Linares, Juan: Ob. cit. p. 193.

para ser tal, es no afectar la libertad de la persona, pues de afectarla el acto pasará a tener el rótulo de acto de gobierno. Se agrega así, entonces, un matiz a la teoría del prof. Miguel Marienhoff.

3.3.1. Nuestra opinión

En opinión de este autor, en el plano nacional no existen bases suficientes para aceptar esta dicotomía entre el acto institucional y el de gobierno.

En efecto, en el plano local no encontramos norma, ni doctrina, ni jurisprudencia que, directa o indirectamente, discurren sobre la distinción esbozada, en términos de plantear que en nuestra realidad se pueda hablar del acto institucional.

En nuestro medio, lo que solamente existe es el reconocimiento al decano Marienhoff y su postulado del acto institucional, pero no existen autores o fallos que hayan recogido tal predicamento.

En el plano normativo nacional tampoco hay norma, precepto, o historia de la misma, que permitan de alguna manera aseverar la existencia del acto institucional. En suma, no hay base para incorporar tal separación conceptual.

Por el lado comparatista⁵²; en la propia Argentina y otros países ha encontrado escuela el llamado acto institucional. Sin embargo, ello no ha sido en absoluto pacífico.

En el parecer de este autor, el acto institucional no encuentra bases efectivas que le permitan desmarcarse del acto de gobierno. La distinción básica para discernir entre las funciones ordinarias (actos de gobierno) y las extraordinarias (actos institucionales) del Estado no encuentra sustentación, si al final tenemos que entender que se trata de funciones igualmente estatales de carácter superior o prevalente.

En esta línea, lo que de verdad vemos es que el acto institucional, en el mejor de los casos, es una variante, una especie del acto de gobierno propiamente tal en que, a partir de algunos casos típicos de actos de gobierno, que son de mayor relevancia, de más impacto, de mayor excepcionalidad, se pretende la creación de una categoría especial pero que, en términos teóricos y prácticos, no se reconduce a una categoría autónoma o diferente que no sea el acto de gobierno.

En otras palabras, no existen diferencias efectivas o reales entre el acto de gobierno y el acto institucional que permitan fundar la distinción esbozada. La única diferenciación que el propio Marienhoff, en definitiva, plantea de manera

⁵² Sectores doctrinarios de Argentina, Colombia y Venezuela.

clara, es la revisión judicial y la exención de revisión para uno y otro tipo de acto respectivamente, afirmación que no puede ser aceptada.

En efecto, la aseveración de Marienhoff no es compartida, porque no hay razón alguna que justifique la exención de control judicial para el acto institucional, más aún cuando el panorama actual es la justiciabilidad plena de toda actuación estatal; cualquiera sea el tipo de acto de que se trate y como a este se le denomine^{53, 54}.

⁵³ En la propia literatura argentina encontramos autorizada doctrina, que plantea precisamente la plena justiciabilidad del acto institucional. Así el prof. Gordillo entiende que no es solución decir que los actos de gobierno son revisibles judicialmente, agregando a renglón seguido que existen otros actos que no serán llamados de gobierno sino institucionales, los cuales no son revisibles judicialmente. Obviamente, ello no es sino mudar de nombre al problema, que se mantiene en esta tesitura totalmente invariable. Lo que importa, entonces, no es cómo llamaremos a los actos irrevisibles, sino más bien si admitiremos o no que existan actos irrevisibles, cualquiera sea el nombre que se le quiera dar. Por su parte Bidart Campos, es partidario de la plena justiciabilidad de las cuestiones políticas. Acepta los denominados actos institucionales aunque considerándolos como una clase de acto político, el más elevado, desde que afecta la organización estatal misma; sin embargo, opina que los mismos deben ser judiciales; enfrenta la opinión de Marienhoff en el sentido de que no es enjuiciable el acto institucional pero sí aquel dictado en su consecuencia, señalando que, para controlar el efecto, hay que controlar la causa. No considera adecuado eximir, como principio, de revisión judicial al acto institucional. Ambos autores citados por Sarmiento García, Jorge: *Derecho Público*. Ob. cit. p. 287.

⁵⁴ Vid. cita N° 29 de este mismo trabajo.