Artículo: Acerca del concepto de Gobierno y hacia una nueva división de funciones
Revista: Nº202, año LXV (Jul-Dic, 1997)
Autor: Miguel Angel Fernández González

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 202
AÑO LXV
JULIO - DICIEMBRE 1997
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

BIBLIOTE

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Acerca del concepto de Gobierno y hacia una nueva división de funciones
Revista: Nº202, año LXV (Jul-Dic, 1997)
Autor: Miguel Angel Fernández González

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ACERCA DEL CONCEPTO DE GOBIERNO Y HACIA UNA NUEVA DIVISION DE FUNCIONES

MIGUEL ANGEL FERNANDEZ GONZALEZ
Profesor Universidades Católica, de Chile y Las Condes

I. INTRODUCCION

Quisiera, en primer lugar, agradecer a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, en la persona de su Decano y del Director del Departamento de Derecho Público, por su amable invitación a participar en estas XXVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público, dedicadas a las Instituciones de Gobierno.

Trátase, en esta ponencia, de explicar el *sentido y alcance de la expresión Gobierno*, particularmente a partir del *Capítulo IV de la Constitución.*

II. GOBIERNO Y ORGANOS AUTONOMOS

1. Concepto principalmente orgánico

El concepto de Gobierno que emplea la Constitución y su legislación complementaria trasunta *una noción más bien orgánica que funcional*, aunque no exenta del todo de este último rasgo[1].

En el sentido funcional, *al Gobierno*, como ha explicado la *doctrina*[2], corresponde el ejercicio de la *subfunción política*, esto es, la que consiste

[1] José Luis Cea Egaña: *III Manual de Derecho Constitucional* (Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Católica, policopiado, 1997), p. 2.

[2] Alejandro Silva Bascuñán: *I Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1997), pp. 347 - 353 y 508 - 524; Mario Verdugo Marinkovic y Ana María García Barzelatto: *I Manual de Derecho Político* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1991), pp. 212 - 217; y Mario Justo López: *Manual de Derecho Político* (Buenos Aires, Ed. Kapelusz, 1973), pp. 288 - 299.

Artículo: Acerca del concepto de Gobierno y hacia una nueva división de funciones
Revista: Nº202, año LXV (Jul-Dic, 1997)
Autor: Miguel Angel Fernández González

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en "dirigir y conducir la comunidad estatal al logro de sus fines esenciales"[3], adoptando decisiones ante situaciones nuevas y únicas, no subsumibles en normas y precedentes[4]; la *subfunción administrativa*, cuando se trata de satisfacer, de manera regular y continua, las necesidades colectivas a través de los servicios públicos[5]; y la *subfunción ejecutiva*, en el caso de las atribuciones vinculadas con la dictación de normas jurídicas, sea que ellas ejecuten o complementen directamente la Constitución o las leyes[6].

Por ende, adviértase que la configuración *principalmente orgánica* del Gobierno no excluye el aspecto *funcional* y tampoco el criterio *procesal* que sirve también para caracterizar a los órganos estatales[7].

Con todo, entiendo al *Gobierno* como un *conjunto de órganos estatales*[8], relacionados, más o menos estrechamente –sea por centralización, desconcentración, descentralización u otra forma de vinculación administrativa–, con el Presidente de la República. Se lo distingue, por ende, de otros órganos del Estado: el Legislativo –integrado por el Congreso Nacional y también por el Presidente de la República–, el Judicial, el Tribunal Constitucional, la Justicia Electoral y el Consejo de Seguridad Nacional.

El Capítulo IV de la Constitución *se estructura de manera tal que muestra claramente ese criterio orgánico*, destinando un párrafo al Presidente de la República, uno a los Ministros de Estado y otro a la Administración. Lo propio se encuentra en el *artículo 1°* de la *Ley de Bases*.

Sin embargo y a pesar de lo relevante que es el criterio orgánico para configurar al Gobierno, tiene que ser advertido que tal criterio, por sí solo, resulta *insuficiente en un doble sentido*:

Por una parte, porque pueden hallarse órganos estatales que formen parte del Gobierno y que, sin embargo, no aparezcan en el Capítulo IV de la Carta Fundamental ni en el artículo 1° de la Ley de Bases; y

Por otra, porque puede ocurrir lo inverso, es decir, que *el legislador orgánico constitucional haya incorporado equivocadamente un órgano al Gobierno*, incluyéndolo en el artículo 1° aludido, en circunstancias que no forma parte de aquél.

En el primer caso, esto es, órganos del Gobierno no incluidos en el Capítulo IV ni en el artículo 1° de la Ley de Bases, cito los Gobiernos Regionales, los Consejos Regionales y las Secretarías Regionales Ministeriales; mientras que

[3] Xifra Heras: *Introducción a la Política* (Barcelona, Ed. Credsa, 1965), p. 161.

[4] Mario Verdugo Marinkovic y Ana María García Barzelatto citados en *supra* nota 1, p. 214.

[5] Artículo 25 inciso 1° de la Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, publicada en el *Diario Oficial* el 5 de diciembre de 1986 y sus reformas.

[6] Artículos 32 N° 8 y 35 de la Constitución.

[7] Léanse en apoyo de lo expuesto los artículos 24 incisos 1° y 2°, 32 y 33 inciso 1° de la Constitución.

[8] Eduardo Soto Kloss: "La organización de la administración del Estado un complejo de personas jurídicas" en *Gaceta Jurídica* N°73 (1986), pp. 16 - 23.

Artículo: Acerca del concepto de Gobierno y hacia una nueva división de funciones
Revista: Nº202, año LXV (Jul-Dic, 1997)
Autor: Miguel Angel Fernández González

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en el segundo, es decir, órganos incorporados por la norma legal señalada, pero que no forman parte del Gobierno, aparecen los órganos constitucionalmente autónomos, como el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, el Banco Central y las Municipalidades.

2. *Organos constitucionalmente autónomos*

La autonomía con que la Constitución tipifica al Ministerio Público, a la Contraloría General de la República, al Banco Central y a las Municipalidades, hace que ellas *no formen parte del Gobierno* –orgánica, procesal ni funcionalmente– aunque puedan vincularse estrechamente con aquél y aunque sus funciones y atribuciones correspondan, en principio, a potestades históricamente asociadas con el Gobierno.

Los *órganos constitucionalmente autónomos*, al constituir *nuevas funciones del Estado*, dan lugar a una *configuración moderna del principio de separación de funciones*:

> (...) no puede dejar de llamar la atención ese conocido tema de esquiva definición que plantean esos dos grandes organismos nacionales que son la Contraloría General de la República y el Banco Central (añade, en nota a pie de página, que es también el caso de las Municipalidades).
>
> Pese a estar consultados como organizaciones constitucionalmente autónomas, esto es, configurando *lo que en derecho comparado se llaman autoridades independientes dentro del Estado*, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado los incluyó en su artículo 1° como formando parte de la Administración del Estado o Administración Pública, en *un notorio esfuerzo por contraer el ámbito institucional al esquema de los tres poderes del Estado e impedir la existencia de autoridades que pudieran tener una posición legítima sin ajustarse al tradicional enfoque de un diseño estatal tripartito*[9].

La verdad es que lo obrado por la Ley de Bases, al incluir órganos constitucionalmente autónomos dentro de la Administración Pública, *constituye –más que un notorio esfuerzo– una preceptiva inconstitucional*, pues lesiona la autonomía que la Carta Fundamental asegura a los órganos tipificados con tal rasgo de independencia orgánica, funcional y procesal.

Resulta comprensible que lo haya hecho respecto de las Municipalidades, pues ellas son calificadas como autónomas sólo tras la reforma constitucional de 1991[10], pero hoy el artículo 1° de la Ley de Bases en relación con tales Corporaciones debe entenderse derogado.

Lo propio ocurre respecto del Banco Central, en virtud del artículo

[9] Rolando Pantoja Bauzá-: *El Derecho Administrativo* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1996), pp. 103 - 104; y Manuel Daniel Argandoña: *La organización administrativa en Chile* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1985), pp. 64 - 66 y 126 - 127.

[10] Ley N° 19.097, publicada en el *Diario Oficial* el 12 de noviembre de 1991. Reafirmada por la nueva reforma constitucional ratificada por el Congreso Pleno el 12 de octubre de 1997, hasta la fecha –3 de noviembre– no publicada en el *Diario Oficial*.

Artículo: Acerca del concepto de Gobierno y hacia una nueva división de funciones
Revista: Nº202, año LXV (Jul-Dic, 1997)
Autor: Miguel Angel Fernández González

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

90 de su Ley Orgánica Constitucional[11], declaración que resultaba innecesaria, pues *es la Constitución la que, directamente, ha dotado de autonomía al Ministerio Público, a la Contraloría General de la República, al Banco Central y a las Municipalidades*, no pudiendo privárseles o siquiera menoscabárseles dicho rasgo por la ley u otra norma jurídica de inferior jerarquía, sin que deba tacharse tal precepto de contrario al Código Político.

Más claro todavía ha sido el profesor Silva Cimma, quien al referirse a los órganos constitucionalmente autónomos señala:

> (...) Se rigen por los preceptos de la Constitución Política, de la ley o leyes que los regulan y de la reglamentación interna que ellos mismos se den para los efectos de proveer a su funcionamiento. *No existe relación alguna de subordinación, ni siquiera supervigilancia frente al Supremo Administrador del Estado*, puesto que la índole de sus funciones, esencialmente fiscalizadoras en el caso de la Contraloría y reguladoras bancarias en el caso del Banco Central, *haría inconciliable con ellas la subordinación* (...)[12].

Revisando la *jurisprudencia*, es posible advertir una clara *evolución* hacia la interpretación que aquí se viene explicando, esto es, *desde aceptar la incorporación a la fuerza de los órganos constitucionales autónomos en la división clásica de funciones hasta concebirlos como independientes* de ellas.

Recuérdese, en el primer sentido, lo resuelto por el Tribunal Constitucional cuando revisó la constitucionalidad del proyecto de Ley de Bases, aunque desde entonces ya se destacaba por la Magistratura Constitucional la *regulación específica* de que eran objeto, entre otros, los órganos autónomos[13].

[11] Ley Nº 18.840, publicada en el *Diario Oficial* el 10 de octubre de 1989 y sus reformas. Dispone el artículo 90 de esa ley que no se aplicará al Banco Central la Ley Nº 18.575.

[12] Enrique Silva Cimma: *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Servicio Público* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1995), pp. 170 - 171.

Particularmente en nexo con el Banco Central, léase José Luis Cea Egaña: "Autonomía Constitucional del Banco Central en Relación al Congreso Nacional" (Informe en Derecho, evacuado el 9 de septiembre de 1991).

Léese allí que:

"Con el propósito de *asegurar el carácter técnico* que la Constitución dio al Banco Central, ella *lo dotó de autonomía* amplia pero no absoluta.

La índole técnica y autónoma de la institución, ***no subordinada al Gobierno ni tutelada por él***, como asimismo, *independiente de cara al Congreso*, a sus ramas, a los organismos de cada una de éstas, vuelve *constitucionalmente insostenible la fiscalización* de ella por la Cámara de Diputados o sus miembros individualmente considerados. *Tal fiscalización procede respecto de los actos del Gobierno y el Banco Central no es parte de él ni de la administración pública*, centralizada o descentralizada, ligada al Presidente de la República (...)" (p. 62).

Véase Juan Carlos Ferrada Bórquez: "La Autonomía del Banco Central: Breve Excurso Acerca de su Contenido Jurídico" en *Gaceta Jurídica* Nº 203 (1997), pp. 26 - 38.

Cfr. Patricio Aylwin Azócar y Eduardo Azócar Brunner: *Derecho Administrativo* (Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello, 1996), pp. 247 - 248.

[13] Considerandos 5° y 6° de la sentencia pronunciada el 2 de octubre de 1986 (Rol Nº 39).

En este sentido, léase José Luis Cea Egaña: "Contribución al estudio de la Ley Orgánica sobre Administración del Estado" en X *Revista Chilena de Derecho* Nº 3 (1983), p. 645.

Artículo: Acerca del concepto de Gobierno y hacia una nueva división de funciones
Revista: Nº202, año LXV (Jul-Dic, 1997)
Autor: Miguel Angel Fernández González

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Sin embargo, cuando le correspondió controlar la constitucionalidad del proyecto de ley sobre Banco Central, sostuvo categóricamente:

> Que de todo lo dicho precedentemente *resulta incuestionable que al Presidente de la República le corresponde ejercer el gobierno y la administración del Estado dentro del marco que la Constitución establece* y, en consecuencia, *con las limitaciones que ella contempla*; como asimismo, que el Banco Central por mandato de la Constitución *es un organismo autónomo*, cuya composición, organización, funciones y atribuciones le corresponde determinarlas a una ley orgánica constitucional;
>
> Que lo anterior no significa, en manera alguna, privar al Presidente de la República de ejercer la administración económica de la nación.
>
> (...)
>
> Y obviamente esa responsabilidad sólo tiene lugar con respecto a los actos que son propios de su administración *y no respecto de aquellos actos que realice o ejecute el Banco Central*, por tratarse, como se ha dicho, de un organismo autónomo y eminentemente técnico;
>
> (...)
>
> Que *ninguno*, pues, *de los organismos autónomos que contempla o permite la Constitución puede decirse que estén plenamente sometidos al gobierno y administración del Estado que compete al Presidente de la República*. Ellos se rigen por sus propias leyes;
>
> Que *pretender que el Banco Central esté sujeto al poder jerárquico del Presidente de la República sería inconstitucional*, pues *la Constitución lo crea como un ente autónomo*[14].

Y lo propio expresó aún antes de la reforma de 1992, respecto de las Municipalidades:

> Que, si bien es cierto que la Constitución en su artículo 107 no dice expresamente que las Municipalidades son entes autónomos, *su autonomía se infiere del propio texto constitucional*, al establecer que las Municipalidades son corporaciones de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios, y que sus atribuciones las derivan directamente de su ley orgánica constitucional. De acuerdo con la disposición mencionada es clara la autonomía constitucional de estos órganos, pues se trata de entes personificados que ha creado el Estado en el propio texto constitucional y cuyas atribuciones no las reciben del Poder Central, sino que de la Ley Orgánica Constitucional[15].

En fin, la *jurisprudencia administrativa*, esta vez con posterioridad a la reforma constitucional que dotó de autonomía a las Municipalidades, ha

[14] Considerandos 15°, 16°, 18° y 19° de la sentencia pronunciada el 20 de septiembre de 1989 (Rol N° 78).

Este criterio ha sido confirmado y reforzado en los considerandos 11° a 22° de la sentencia pronuniciada el 30 de mayo de 1995 (Rol Nº 215).

[15] Considerando 5° de la sentencia pronunciada el 22 de septiembre de 1989 (Rol N°80).

Artículo: Acerca del concepto de Gobierno y hacia una nueva división de funciones
Revista: Nº202, año LXV (Jul-Dic, 1997)
Autor: Miguel Angel Fernández González

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

señalado que tal enmienda no ha hecho más que *ratificar* los principios ya contenidos en la Constitución y en la Ley Orgánica Constitucional respectiva[16], aunque sin llegar a comprender todavía a cabalidad el alcance de dicha autonomía[17].

En suma, *el Gobierno* es una locución que se refiere a un *conjunto de órganos vinculados con el Presidente de la República*, como su jerarca máximo, a los cuales corresponde el ejercicio de las *subfunciones* política, administrativa y ejecutiva, *en la forma* prescrita por la Constitución y las leyes. Esos órganos son, en principio, los que aparecen en el Capítulo IV de la Carta Fundamental y en el *artículo 1º de la Ley de Bases*, aunque este último *ha omitido algunos y ha incluido, indebidamente, a tres órganos constitucionalmente autónomos.*

La Constitución, en fin, ha estructurado *una nueva división de funciones* más coherente con el Estado contemporáneo, abandonando la división clásica tripartita y agregando nuevas funciones como la contralora, la jurisdiccional investigativa penal, la jurisdiccional constitucional, la jurisdiccional electoral, la monetaria y la de seguridad.

III. ALCANCE RESTRINGIDO

A la luz de lo anterior, es fácil advertir que el concepto de Gobierno en la Constitución debe ser caracterizado con *alcance restringido* que es, por lo demás, como se lo ha concebido tradicionalmente en Chile, a diferencia de lo que ocurre en la cultura jurídica anglosajona.

En este orden de ideas, el Gobierno *se debe reducir al conjunto de órganos que se vinculan con el Presidente de la República* para el desempeño de sus funciones propias, excluyéndose, desde luego, al Congreso Nacional y al Poder Judicial, pero también a los órganos constitucionalmente autónomos –Ministerio Público, Contraloría General de la República, Banco Central y Municipalidades– y a otras entidades que por su especial configuración jurídica no pueden ser concebidas como formando parte del Gobierno, v. gr., el *Tribunal Constitucional*, la *Justicia Electoral* y el *Consejo de Seguridad Nacional.*

Concebir la locución Gobierno *en sentido amplio*, esto es, comprensiva de todos los órganos estatales, es contrario al texto y contexto de la Constitución, como se ha demostrado, a la par que serviría para sostener, a partir de esa concepción, *que todavía impera la división clásica de funciones*, sin que sea admitido el surgimiento de nuevas funciones coherentes con el Estado contemporáneo, *obligando siempre a situar en alguna de las tres funciones clásicas a los órganos que*, naturalmente, *ya no forman parte de ninguna de ellas.*

En suma, el Gobierno es un *concepto de alcance* restringido, pues concebirlo en sentido amplio *puede facilitar que se desconozca el cambio ra-*

[16] Ley Nº18.695, publicada en el *Diario Oficial* el 31 de marzo de 1988 y sus reformas.

[17] Dictamen Nº18.646 de 1992, reproducido en *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Leyes Administrativas sobre Municipalidades* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1994), p. 10.

Artículo: Acerca del concepto de Gobierno y hacia una nueva división de funciones
Revista: Nº202, año LXV (Jul-Dic, 1997)
Autor: Miguel Angel Fernández González

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dical que ha operado, junto al surgimiento de la democracia constitucional, en orden a *la configuración de nuevas funciones en el Estado*, independientes, aunque vinculadas entre sí y con las tres funciones clásicas.

IV. SUPERACION DE LA DIVISION CLASICA

A la luz de las ideas brevemente expuestas, es menester convenir que la Constitución de 1980 ha configurado *un nuevo orden en la división de funciones*, siendo *correcta pero incompleta la formulación tradicional* que separa en tres órganos, simples o complejos, las funciones gubernativa, legislativa y judicial.

Desde luego, el número de funciones que es menester reconocer hoy en el Estado es superior a aquella triada, pues resulta preciso *agregar*, al menos, las *funciones constituyente y contralora*, a las cuales se deben añadir la función *jurisdiccional* –en sus variantes *investigativa penal, electoral y constitucional–, monetaria y de seguridad.*

Los órganos que desempeñan cada una de estas actividades estatales se encuentran separados entre sí, aunque manteniendo los vínculos necesarios para asegurar el funcionamiento coordinado del Estado, inherentes a un régimen de pesos y contrapesos, que se traducen en controles e incluso, en algunos casos, en subordinaciones.

Ya no es suficiente, por ende, visualizar una división tripartita de las funciones del Estado, *siendo anómalo encuadrar, en alguno de los tres órdenes clásicos, a todos los órganos estatales*, sin considerar la tipificación, funciones y demás elementos esenciales que caracterizan, por *mandato expreso* del Poder Constituyente, a cada uno.

V. CONCLUSIONES

El Gobierno es el *conjunto de órganos* que *se vinculan con el Presidente de la República*, a los cuales corresponden las *funciones* política, administrativa y ejecutiva, en la forma prescrita por la Constitución y las leyes.

El *concepto de Gobierno*, en un segundo sentido, es predicable sólo de ese conjunto orgánico y *no susceptible de ser extendido a las demás entidades estatales que cumplen funciones diversas*. Sitúanse aquí no sólo las funciones *Legislativa y Judicial*, sino que también los *órganos constitucionales con potestades jurisdiccionales*, en su vertiente *electoral y constitucional*; el *Consejo de Seguridad Nacional*; y los *entes* que la Carta Fundamental caracteriza como *autónomos*, esto es, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, el Banco Central y las Municipalidades, todos los cuales *dan origen a nuevas funciones del Estado, coherentes con la complejidad y variedad de un Estado* propio de la sociedad contemporánea.