



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público

**Descentralización regional en Chile tras las reformas de las Leyes
n°20.990 y n°21.074: consideraciones teóricas y de derecho comparado**

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

Autor

César Pablo Puyi Suárez Muñoz

Profesor Guía

Luis Alberto Cordero Vega

Santiago,
Chile 2019

DEDICATORIA

A mis Padres,

«In *Gemeinschaft* we are united from the moment of our birth with our own folk for better or for worse. We go out into *Gesellschaft* as if into a foreign land. A young man is warned about mixing with bad society: but 'bad community' makes no sense in our language. »

Ferdinand Tönnies

RESUMEN

La presente investigación tiene por objeto realizar un examen relativo al derecho chileno en descentralización regional, con ocasión de las reformas constitucional y legal en la materia, de inicios del 2017 e inicios del 2018, respectivamente. Para lograr dicho cometido, la investigación se ha separado en cuatro capítulos. El capítulo primero contiene una exposición histórica de las instituciones vinculadas a la descentralización territorial de nivel supra-local, desde la época colonial hasta la reforma de 1991 que instauro el Gobierno Regional y la reforma de 2013 que establece legalmente la elección directa de sus Consejeros Regionales, para pasar a la exposición de los puntos clave de las recientes primeras reformas mencionadas, como son la elección por sufragio universal de un nuevo órgano ejecutivo regional llamado Gobernador Regional (reforma constitucional) y el establecimiento de un mecanismo de transferencias de competencias (reforma legal). En el capítulo segundo, se introduce el primer objeto teórico que sirve de apoyo para los comentarios, esto es, el estudio del Estado-nación y su naturaleza, así como el delineamiento de un concepto jurídico estricto de descentralización del ordenamiento jurídico estatal. En el capítulo tercero, se estudia la teoría jurídica del concepto de comunidad subnacional que, articulado con el de Estado-nación, permite construir la figura de la Colectividad Territorial del derecho francés, con autonomía administrativa tanto en su aspecto orgánico como competencial. Finalmente, en el capítulo cuarto, el aparato teórico esbozado con anterioridad permitirá que se encuentren las falencias de las reformas constitucional y legal, en cuanto el derecho positivo resultante sobre descentralización regional es contrastado con los pilares del modelo de descentralización en Colectividades Territoriales, finalizando la exposición con un breve estudio sobre la estructura de las competencias ya transferidas por el legislador.

ABSTRACT

The purpose of this research is to carry out an examination on the Chilean law about regional decentralization, on the occasion of the constitutional and legal reforms in the matter, from the beginning of 2017 and the beginning of 2018, respectively. To achieve this goal, this research has been separated into four chapters. The first chapter contains a historical exposition of the institutions linked to the supra-local territorial decentralization, from the colonial period until the reform of 1991 which established the Regional Government and the reform of 2013 which legally established the direct election of its Regional Advisors, to move on the exposition of the key points of the first said recent reforms, such as the election by universal suffrage of a new regional executive body called the Regional Governor (constitutional reform) and the establishment of a mechanism of transfers of powers (legal reform). In the second chapter, the first theoretical object that serves as support for the commentaries is introduced, that is the study of the nation-state and its nature, as well as the delineation of a strict legal concept of decentralization of the state legal order. In the third chapter, we study the legal theory of the concept of subnational community which, articulated with that of the nation-state, allows us to build the legal concept of Territorial Collectivity from French law, with an administrative autonomy both in its organic and powers-related aspects. Lastly, in the fourth chapter, the theoretical apparatus outlined before will allow us to spot the flaws of the constitutional and legal reforms, as the resulting positive system of law about regional decentralization is contrasted with the cornerstones of the model of decentralization in Territorial Collectivities, ending the exposition with a brief study of the structure of powers already transferred by the legislator.

ÍNDICE

Capítulo de introducción

§1 Introducción.....	1
----------------------	---

Capítulo 1 Antecedentes de la descentralización regional en Chile

Sección A El Estado-nación formado por y mantenido en la centralización territorial

§2 La herencia del derecho indiano.....	5
§3 Centralización política y formación del Estado-nación unificado bajo el modelo portaliano y la herencia de la tradición francesa.....	6
§4 El estancamiento de la descentralización regional durante el siglo XX.....	8
§5 La “regionalización a la chilena” del gobierno militar.....	10

Sección B Reales avances en descentralización regional de la historia reciente y últimas reformas

§6 Primer momento de real descentralización regional: la creación de los Gobiernos Regionales.....	12
§7 Segundo momento de real descentralización regional: la elección directa por sufragio universal de los Consejeros Regionales.....	16
§8 Informe de la comisión asesora presidencial de 2014.....	18
§9 Reciente reforma constitucional en descentralización regional: lo orgánico.....	20
§10 Reciente reforma legal en descentralización regional: lo competencial.....	28

Capítulo 2 El ordenamiento jurídico del Estado como objeto de la descentralización

Sección A Construcción histórica y teoría moderna sobre el concepto de Estado

§11 Las manifestaciones pre-modernas del concepto de “estados”: la polis griega.....	39
--	----

§12 Las manifestaciones pre-modernas del concepto de “ <i>estados</i> ”: la <i>civitas</i> medieval.....	40
§13 Los elementos del Estado moderno.....	41

Sección B Concepto estrictamente jurídico de descentralización y la especie adecuada para Chile: la descentralización territorial de naturaleza administrativa

§14 Descentralización como concepto estrictamente jurídico.....	46
§15 Los <i>órganos propios</i> de un <i>ordenamiento parcial</i> en la teoría de Kelsen.....	47
§16 La extensión o naturaleza de las competencias de los <i>órganos propios</i> de un <i>ordenamiento parcial</i> en la teoría de Kelsen.....	49
§17 Diferencia entre los <i>órganos propios</i> del <i>ordenamiento total</i> que manifiestan <i>poder soberano</i> y que crean-aplican <i>normas estatales</i> , y aquéllos que <i>no manifiestan poder soberano</i> y que crean-aplican <i>meras normas públicas</i>	51
§18 Descentralización política: el ejemplo del tipo ideal de Estado federal.....	54
§19 Necesidad de superar la discusión sobre la diferencia entre desconcentración y descentralización y avanzar hacia la discusión sobre un tipo específico de descentralización para los entes territoriales	58

Capítulo 3 Las Colectividades Territoriales

Sección A Las Colectividades Territoriales como personas jurídicas representantes de una comunidad subnacional con realidad corporativa

§20 Esbozos de definición y esencia del concepto de Colectividad Territorial.....	63
§21 La <i>comunidad</i> de Tönnies compuesta de vínculos positivos como oposición a la <i>sociedad</i> compuesta por vínculos negativos	66
§22 La comunidad de Gierke: la confraternidad	68

Sección B La autonomía de naturaleza administrativa de las Colectividades Territoriales y su alcance orgánico y competencial

§23 Los orígenes del término “autonomía” en la legislación y doctrina chilenas.....	74
---	----

§24 Imposibilidad de una “autonomía constitucional” de las Colectividades Territoriales.....	76
§25 Autonomía administrativa orgánica: relación o poder administrativo de tutela sobre las Colectividades Territoriales.....	82
§26 Autonomía administrativa competencial: la transferencia de competencias como actividad estrictamente legislativo-estatal en el Estado-nación unitario.....	84
§27 El principio de subsidiariedad (territorial) como gran principio constitucional rector de la actividad legislativa de transferencia de competencias.....	87
§28 El principio de suficiencia financiera en la transferencia de las competencias como garantía para evitar fórmulas verbales vacías.....	90

Capítulo 4 Examen del derecho en descentralización regional tras las recientes reformas según el modelo de la descentralización en Colectividades Territoriales

Sección A Falencias de las reformas constitucionales

§29 El problema de un sistema de transferencia de competencias de nivel infra-legal...93	93
§30 El problema de los poderes de jerarquía administrativa sobre un órgano con autonomía administrativa.....	99
§31 El problema de la falta de un principio de subsidiariedad territorial.....	101
§32 El problema de la falta de un principio de suficiencia financiera en la transferencia de las competencias.....	106

Sección B Examen del sistema de competencias legales ya transferidas contenido en la LOCGAR

§33 El alcance y naturaleza de las competencias ya transferidas dentro de la LOCGAR.....	110
§34 Los “bloques de competencias” de la LOCGAR: las escasas atribuciones normativas relevantes tras el cúmulo de funciones	113
§35 El Plan Regional de Ordenamiento Territorial (PROT) como reforma a destacar en la dirección de una efectiva autonomía competencial de naturaleza administrativa.....	117

Capítulo de Conclusión

§36 Conclusiones.....122

Capítulo de Introducción

§1 Introducción

El artículo 3° de la Constitución Política de la República (en adelante, la Constitución o CPR) establece:

“El Estado de Chile es unitario.

La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley.

Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional”.

En tanto ha sido menester que esta norma no pase a la Historia como otra de aquéllas que han tenido un carácter meramente programático o de la simple declaración de un ideal, han debido ponerse en ejercicio los más grandes esfuerzos tanto por parte de nuestras autoridades en todos los niveles y ramas, así como de las distintas agrupaciones de la sociedad civil.

Más claro aun es el hecho de que deberán seguir haciéndose esfuerzos incluso mayores y que la tarea que queda por delante sigue siendo titánica.

Ahora bien, éste no puede sino ser el momento más propicio para realizar extensas reflexiones en torno a lo que se ha denominado como *descentralización territorial*, más específicamente la *descentralización regional*, y, más específicamente aun, aquella que es de *naturaleza administrativa*, por cuanto es la que se corresponde con la forma jurídica superior de un Estado-nación *unitario*.

Y es un momento propicio puesto que, siendo este horizonte estructural uno que ya ha dado origen a notables hitos en la Historia nacional, desde el significado que tuvieron las Intendencias en la época colonial, pasando por los esfuerzos no concretados de la Constitución de 1925, hasta la creación del Gobierno Regional en 1991 y la elección directa de sus Consejeros en 2013; en estos últimos dos años volvió a surgir de la intencionalidad colectiva nacional otra de aquellas tentativas que buscan dejar su huella en la Historia institucional de nuestro país, en cuanto al tema que fue expuesto previamente.

Una *tentativa*, efectivamente. Producto de acalorados, tediosos y largos debates, pero, lo que es certero hasta esta parte de la exposición, es que toda esa fuerza explotó como una *tentativa* de alcanzar un *resultado* que, sólo en la medida que se avance en esta investigación, podrá juzgarse en qué grado se corresponde con la intencionalidad inicial.

Y es que toda *intención* inicial es siempre muy abstracta. Declara con firmeza cuál es su objeto y determina que lo quiere; sin embargo, en el camino va comprendiendo que no está tan segura de que el objeto *concreto* surgido de la tentativa se corresponde realmente con lo que el plan mental creía que estaba buscando.

Es lo que ocurre con un concepto jurídico tan complejo como el de descentralización territorial de naturaleza administrativa. No puede ser construido en el vacío o no resultará más que un objeto indeterminado que probablemente no es lo que se creía que se quería. Es por eso que necesitamos construir una institución tan compleja *situándola* tanto en la *teoría* como en la *Historia*.

Esta tentativa se habría concretado en la Ley 20.990, del 5 de enero de 2017, que reforma la Constitución principalmente estableciendo la elección popular del Gobernador Regional (nuevo órgano ejecutivo del Gobierno Regional que reemplaza al Intendente), y en la Ley 21.074, del 15 de febrero de 2018, que reforma la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional (en adelante LOCGAR) principalmente estableciendo un mecanismo de *transferencias de competencias* para los Gobiernos Regionales. Y, por lo que se ha dicho con anterioridad, no creo poder hacer una reflexión en cuanto a lo que significa la concreción de esta

tentativa si no es situándola al menos un poco en la correspondiente teoría e Historia del objeto al que pretendía dar concreción.

Pues bien, creo que para la parte teórica basta con hacer algunos esbozos de lo que es, a grandes rasgos, lo discutido jurídicamente respecto al concepto del *Estado-nación* y cómo se ha relacionado éste con el concepto de descentralización de su ordenamiento jurídico estatal, y, posteriormente, algunos esbozos de lo discutido jurídicamente respecto al concepto de *comunidad (subnacional)*. Articular dichos esbozos parece suficiente para poder hacer un juicio desde el punto de vista de los discursos teóricos.

En cuanto a la Historia, i.e., lo que tiene un pasado, un presente y un futuro, me atengo al orden cronológico, pero no estrictamente a lo espacial. En efecto, el pasado es la exposición de las instituciones más emblemáticas en cuanto al tema de la descentralización dentro de lo que sería el territorio nacional, incluso desde antes del nacimiento del Estado-nación chileno. El presente es evidentemente este momento en que nos encontramos reflexionando sobre las recientes reformas constitucionales y legales ya mencionadas. Y el futuro, en algún sentido, es un presente, en cuanto se trata de mirar el estado actual de Francia, el cual considero que es una adecuada proyección de lo que podría lograrse jurídicamente en el ámbito nacional.

En efecto, esta proyección que toma como punto de referencia el derecho en descentralización territorial de Francia es lo que determina que, en lo esencial, el examen que voy a hacer en esta investigación, por más que intente fundamentarse en un sustrato teórico, será un examen, finalmente, desde el derecho comparado.

En definitiva, he llegado a la conclusión de que, si bien existen fuertes diferencias históricas entre el desarrollo de una nación y la otra, jurídicamente hablando (y también con la inspiración de comparaciones sociológicas), el derecho en descentralización territorial francés es el mejor modelo que puede tener Chile a la vista para reformar su propio derecho, principalmente por dos razones: (i) es un derecho exhaustivamente desarrollado tanto en legislación positiva como en desarrollo doctrinal; y (ii) compartimos, de manera más o menos abstracta pero suficiente, el carácter de *Estado-nación unitario*, y eso evita que confundamos un desarrollo exhaustivo del

derecho en descentralización territorial con un desarrollo demasiado intenso, que pueda tener muchos elementos de federalismo.

Por lo tanto, es la figura jurídica francesa de las *Colectividades Territoriales* la que se impondrá como la que creo la mejor alternativa para enfrentar nuestro propio proceso. Y es, al mismo tiempo, la figura que me servirá para juzgar el momento presente de la gran tentativa en descentralización que se da luego de más de 25 años desde el hito fundamental que significó la creación del Gobierno Regional.

Capítulo 1 – Antecedentes de la descentralización regional en Chile

Sección A – El Estado-nación formado por y mantenido en la centralización territorial

§2 La herencia del derecho indiano

En el período colonial, el organismo central lo constituye la corona española, a la cabeza de la Administración indiana. Éste es el primer vestigio de una maquinaria administrativa que, si bien no le pertenecía a Chile como nación, tenía en sus manos la administración de los asuntos que le concernían al naciente pueblo chileno. Respecto a esa maquinaria administrativa, en su artículo “*Marco jurídico de la descentralización administrativa*” (para referencias *Marco de la descentralización*), Alejandro Vergara asevera que,

“se instaura, por primera vez, la centralización administrativa en la estructura institucional chilena, estableciéndose un complejo de oficinas dependientes de un núcleo central constituido por las Secretarías de despacho o ministerios, cuyos titulares impulsan y dirigen su gestión desde arriba y son responsables, ante el monarca, de cada uno de los asuntos a su cargo. . .” (*Marco de la descentralización* 413).

Dentro de ese marco, la instauración de la institución de los Intendentes, mediante la Ordenanza de Intendentes de 1786 (413), va a significar algo diametralmente opuesto de lo que significó tanto su creación en Francia como el papel que habría de tener en Chile unos años más tarde. En efecto, las Intendencias resultarían en un verdadero aflojamiento del centralismo del poder político que dominaba el territorio chileno.

Si las Secretarías de Despacho eran una extensión de la dirección monárquica, de manera que podía identificarse un cuerpo central cuyas manos se encontraban firmemente pegadas y coherentes con su dirección, las Intendencias resultaron en un verdadero mayor grado de independencia respecto de las decisiones tomadas por este cuerpo central, creándose un grado de autonomía para tomar importantes decisiones en los territorios jurisdiccionales sobre los

cuales estaban a la cabeza (como eran las *Provincias*) (414). Esta nueva autonomía decisional se extendía a importantes materias señaladas por la Ordenanza, como son: policía, hacienda, justicia y guerra (Martire y Tau Anzoategui, ctd en Vergara, *Marco de la descentralización* 414).

De manera que, aunque no se pueda hablar de una descentralización, puesto que modernas categorías jurídico-administrativas que le son presupuesto (como el reconocimiento de una personalidad jurídica propia) no se encuentran presentes (415), no cabe duda de que, “efectivamente, por origen histórico, las Intendencias no fueron creadas para acentuar el centralismo, sino todo lo contrario” (415).

§3 Centralización política y formación del Estado-nación unificado bajo el modelo portaliano y la herencia de la tradición francesa

Como es natural al momento de separarse un cuerpo político-social que anteriormente se encontraba en calidad de vasallo de otro, una nueva fuerza centralizadora es requerida para adquirir una fisonomía propia y no ser absorbido por otros cuerpos de la misma naturaleza que tendieran al mismo fin. Desde el comienzo, fue clara la elección de la intención centralizadora como medio para asegurar la autonomía política en relación al decaído Imperio español. En efecto, “en las primeras constituciones de 1812, 1814, 1818 y 1822 se establecieron regímenes políticos fuertemente centralizados” (Vergara, *Marco de la descentralización* 415). Las “Leyes Federales” de 1826 no pasarían de ser, “una anécdota en la historia institucional del país” (415), y la Constitución de 1828, que establecía una Asamblea Provincial con funciones administrativas y atribuciones políticas, no duraría mucho (416).

En el espíritu de la ya nacida y políticamente autónoma nación chilena se encontraba y se desarrollaría la forma más explícita -en Latinoamérica- de la tradición política, jurídica y administrativa del moderno Estado-nación, cuya máxima representación era el Estado francés que comenzó a forjarse a finales del siglo XVI y comienzos del siglo XVII, cristalizándose con la Revolución Francesa.

Rolando Pantoja señala que éste tiene sus raíces en la destrucción del feudalismo por parte de la monarquía absoluta que concentró casi todo el poder público (15). En efecto, la institución de los Intendentes como pieza clave del Estado centralizado se vería plasmada de forma enérgica con la política del célebre cardenal Richelieu, ministro de Luis XIII, a partir del 1630. Y es que,

“**En provincias**, Richelieu...utiliza cada vez más a los intendentes, comisarios escogidos entre los relatores [miembros del Consejo privado del Rey] y ‘enviados’ por un período limitado [para evitar resabios de feudalismo], con poderes muy amplios, a fin de restablecer el orden o controlar a las corporaciones provinciales, a quienes sus privilegios podrían volver amenazadoras: estados, municipalidades, nobles, ...” (corchetes propios) (Bennasar et al. 482).

Ahora bien, lejos de lo que comúnmente podría pensarse, la Revolución Francesa fue el resultado natural del absolutismo, que vio perfeccionada su armazón administrativa, esta vez por la vía del desarrollo de la idea de la racionalidad formal más absoluta, expresada en el principio de la igualdad -abstracta- de todas las personas ante la Ley (Delooz 141).

En Chile, entonces, fue Diego Portales quien se encargó de materializar en forma definitiva lo que se encontraba latente en el espíritu político-organizativo nacional, y de devolverle a la institución de los Intendentes el cometido para el que originalmente había sido creada en la Historia universal moderna. De este modo, Portales transformó las Intendencias, ahora en Chile, en una de las piezas claves del centralismo del joven Estado. Como deja en claro Vergara,

“el punto clave era la subordinación de los intendentes al gobierno central, y Portales implantó esta centralización, y lo hizo por una vía extra-constitucional, transformando a los intendentes en agentes directos del Presidente de la República, nombrados por él, responsables ante él y ocupados, ante todo, de ejecutar sus órdenes en el territorio a su cargo” (*Marco de la descentralización* 416).

Esta vía extra-constitucional es luego subsanada por la Constitución de 1833, que estableció una línea jerárquica dependiente del Ministerio del Interior y, “formada por los intendentes,

gobernadores, subdelegados e inspectores, representantes del ejecutivo en las provincias, los departamentos, las subdelegaciones y las inspecciones, respectivamente” (Pantoja 19); de manera que, tomando en consideración la situación que hasta hace pocos años se encontraba consagrada, no era ninguna exageración aseverar con Vergara que, “con leves matices, todavía nuestros textos [constitucionales] consagran el centralismo al estilo portaliano” (417). Ahora bien, el toque de gracia sería dado por la Ley de Régimen Interior de 1844 que complementaría la Constitución en este ámbito. Como expone Pantoja, dicha normativa,

“en su artículo 42, confió al Intendente ‘el gobierno superior de la provincia que se le ha confiado en todos los ramos de la administración, ... procediendo en cada uno de los particulares indicados con arreglo a las leyes, a las órdenes e instrucciones del Presidente de la República, ...’ (20).

El artículo 102 de la mencionada Ley estipulaba básicamente lo mismo para los Gobernadores, pero en relación a los departamentos y siguiendo, además, las órdenes del Intendente; luego, *mutatis mutandis*, seguiría el mismo proceso con respecto a los Subdelegados e Inspectores, conformándose así “la gran cañería del autoritarismo” (21).

§4 El estancamiento de la descentralización regional durante el siglo XX

Durante la casi totalidad del período abarcado por el siglo XX, no se vio ningún avance en descentralización regional, lo cual, en este período, es análogo a una descentralización a nivel de la subdivisión territorial mayor: la *Provincia*.

Ahora bien, existieron importantes avances en *descentralización funcional* (que también es una descentralización de naturaleza administrativa) (Pantoja 37 y ss.); sin embargo, tal tipo de descentralización, como se verá, posee una esencia radicalmente diferente a la descentralización territorial, siendo de una intensidad sumamente menor en lo que se refiere a la distribución del poder político entre los cuerpos miembros del Estado-nación.

No obstante, no es menos cierto que intenciones colectivas explícitas darían lugar a lo que ha sido denominado por Eduardo Palma como “la tradición inconclusa del presidencialismo con descentralización territorial”. Según relata Palma, y según se da cuenta en un discurso posterior al debate sobre la Constitución de 1925, el presidente Alessandri contemplaba explícitamente la descentralización administrativa a través de la creación de Asambleas provinciales con, “tuición sobre todos los servicios públicos y la facultad de hacer representaciones al Presidente de la República, manifestando las necesidades de ella” (Palma 15).

Pero los eventos no quedarían sólo en el plano del discurso político. En su artículo, *La descentralización en el ordenamiento constitucional chileno*, (para referencias, *La descentralización*), Luis Hernández Olmedo da cuenta de cómo, en definitiva, aunque la nueva Constitución mantuvo la principal estructura centralista encarnada por el Intendente, notablemente, se estipula que éste, “sería asesorado por una asamblea provincial (art. 94)”, y que, “Tanto la formación como las atribuciones de las asambleas quedaban entregadas a la definición de la ley (arts. 94 y 98)”, salvo por el art. 99 que consagraba directamente la facultad de hacer las mencionadas representaciones (Hernández, *La descentralización* 538). A ese respecto señalaba el artículo 107 de la Constitución:

“Las leyes confiarán paulatinamente a los organismos provinciales o comunales las atribuciones y facultades administrativas que ejerzan en la actualidad otras autoridades, con el fin de proceder a la descentralización del régimen administrativo interior.

Los servicios generales de la Nación se descentralizarán mediante la formación de las zonas que fijen las leyes.

En todo caso la fiscalización de los servicios de una provincia corresponderá al Intendente, y la vigilancia superior de ellos, al Presidente de la República”.

No es menor el que haya tenido existencia esta norma constitucional. Un mandato explícito al legislador para realizar una efectiva *transferencia de competencias* -i.e., de rango legal- hacia los organismos administrativos territoriales es algo mucho más avanzado que la muy defectuosa

estipulación del artículo 114 de nuestra actual Constitución, que no parece entender a qué se refiere con “transferencia de competencias” (punto sobre el cual me extenderé luego).

No sólo eso, el segundo inciso es claro también respecto a la idea de que ese mandato legislativo de transferencia de competencias debía manifestarse además bajo la forma de *actividad material de servicio público*, de modo que era explícita la necesidad de acabar con el modelo de una única maquinaria administrativa nacional que se hiciera cargo de todos los asuntos de satisfacción pública dentro del territorio nacional.

Por supuesto, el tercer inciso tenía la potencialidad de “anular”, en alguna medida, los dos primeros, estableciendo una suerte de *poder o relación de jerarquía administrativa* de la Administración centralizada por sobre los organismos provinciales o comunales. De todos modos, la disposición en su totalidad no deja de ser notable.

A pesar de lo anterior, como es bien sabido, “la desidia legislativa en cumplir el mandato constitucional hizo de las normas constitucionales letra muerta”. “Las asambleas provinciales nunca fueron establecidas y sus funciones y atribuciones fueron asumidas por el Intendente ...” (Hernández, *La descentralización* 540).

§5 La “regionalización a la chilena” del gobierno militar

Durante el gobierno militar no hubo un retroceso en términos de descentralización regional, sin embargo, se petrificó aun más el modelo portaliano, con una armazón jurídica mucho más definida y con innovaciones en la estructura referencial territorial. Aunque se apelara al vocablo de “regionalización” para efectuar las distintas reformas, el significado de éste no habría de expandirse más allá del mencionado campo referencial territorial; referencia que sería de utilidad para el poder central.

En su artículo, *El Estado regional chileno: lo que fue, lo que es y lo que puede ser* (para referencias, *Estado regional*), Juan Carlos Ferrada Bórquez relata que la “regionalización” se concretó jurídicamente en los DL 573 y 575 de 1974 (*Estado regional* 231), para terminar siendo

confirmada (en su gran generalidad) por la Constitución de 1980 (234). Bajo tal denominación, entonces, este momento se caracteriza por haber desarrollado una “desconcentración centralizadora” que muy poco tenía de “regionalista” en sentido estricto, pues lo que se hace es materializar exhaustivamente las redes con las que el aparato administrativo central habría de ejercer su influencia en todo el territorio. La manera en que se haría efectivo este nuevo control territorial sería a través de la nueva subdivisión territorial mayor que habría de reemplazar a la Provincia en ese papel: la *Región* (232).

Junto con el reemplazo de la Provincia por la Región como subdivisión territorial mayor, señala Ferrada que,

“Los Intendentes Regionales pasaban a desempeñar la función de gobierno y administración superior de cada región, bajo las órdenes e instrucciones del Poder Ejecutivo. Por su parte, los Gobernadores Provinciales tenían por función principal fiscalizar la ejecución de los planes, programas y proyectos de desarrollo de las provincias y los servicios públicos de la misma” (232).

Si bien existía un Consejo de desarrollo regional, era un mero órgano de asesoría del Intendente, sin ningún peso decisional real (236).

La gran adición al centralismo del modelo portaliano vendría a manifestarse en una “gran cañería” ya no sólo del autoritarismo (i.e., funciones de gobierno, encuadradas en el Ministerio del Interior), sino que ahora también una cañería de toda la *actividad material de servicio público* (desarrollada en el Siglo XX con la formación del Estado de bienestar y el reconocimiento de los derechos sociales). De ese modo, como órganos desconcentrados de los Ministerios y Servicios Públicos nacionales, se encontrarían las Secretarías Regionales Ministeriales (Seremis), las que cumplen con el rol de diseñar políticas en la Región en la que se encuentran, y las Direcciones Regionales de los Servicios Públicos, encargadas de ejecutar estas políticas para satisfacer necesidades colectivas (232, 235).

Ferrada también señala cuál sería, dentro de este proceso, la reforma más importante en materia financiera, en tanto se creó,

“un fondo presupuestario de destinación regional denominado Fondo Nacional de Desarrollo Regional [en adelante FNDR], el que se compone de un porcentaje mínimo (5%) del volumen total de los ingresos captados por el sistema tributario y arancelario del país. Del mismo modo se establecía un Fondo de Financiamiento del Régimen Municipal cuyo componente principal era la contribución de bienes raíces” (corchetes propios) (232-3).

Sección B – Reales avances en descentralización regional de la historia reciente y últimas reformas

§6 Primer momento de real descentralización regional: la creación de los Gobiernos Regionales

El primer momento de descentralización regional real del Estado-nación tiene lugar con el modelo que se concretaría en la reforma a la Constitución, en 1991, y es que, como dirá Francisco Zúñiga,

“Ciertamente la ‘regionalización’ en Chile se remonta en su formulación originaria al régimen autoritario, más como nomen iuris que como realidad. El salto efectivo en materia de ‘regionalización’ se produce con la reforma constitucional de 1991 promulgada por la Ley N°19.097...” (1).

El motivo es sencillo: se creó el *Gobierno Regional*, persona jurídica de derecho público, de base territorial, encargada de la administración superior de la Región. El Gobierno Regional estaba, en ese entonces, compuesto por dos órganos: el *Intendente en tanto órgano ejecutivo* del Gobierno Regional, y el *Consejo Regional*, órgano deliberativo y colegiado del Gobierno Regional, presidido, a su vez, por el Intendente (Ferrada, *Estado regional* 237-8).

No existe, con anterioridad, otro momento que pueda marcar el inicio del fenómeno descrito, porque, al menos en cuanto existencia jurídica legal e institucional que llegó a obtener vida concreta (cosa que no lograron las Asambleas Provinciales, por más que realmente hayan estado consagradas en la Constitución de 1925), el Gobierno Regional es el primer organismo administrativo de nivel superior al comunal que tiene un cierto grado de *autonomía -orgánica* y de *naturaleza administrativa*-. Dicha autonomía se obtenía en razón de dos elementos: (i) la *personalidad jurídica (de derecho público)* y *patrimonio propios*, lo cual, jurídicamente, significaba independencia con respecto al Estado-Fisco; y (ii) su *representatividad* respecto de la *comunidad subnacional* de nivel regional.

Como veremos, el segundo elemento es mucho más importante a la hora de considerar la *esencia* de la *descentralización territorial* (que es diferente a la esencia de una mera descentralización funcional, para la cual basta el elemento de la personalidad jurídica y patrimonio propios), y la verdad es que, en ese momento, para el caso del Gobierno Regional, aunque existente, la representatividad era increíblemente débil. El defecto más obvio dice relación con que el órgano ejecutivo que estuviera a la cabeza del Gobierno Regional -i.e., el Intendente- no se tratara de otra cosa que del mismo delegado del Gobierno central. Dicha objeción es acertada, pero, no obstante, cierto grado de representatividad (y, por tanto, cierto grado de autonomía orgánica propia de la descentralización territorial) era ciertamente alcanzado si se consideraba que estaba compuesto también por el Consejo Regional, cuyos Consejeros poseían una *legitimidad democrática indirecta*. La representatividad del Consejo Regional se adquiría en cierta medida, por cuanto los Consejeros Regionales eran elegidos por los Concejos Municipales, cuyos Concejales sí eran *directamente* elegidos por la ciudadanía (Ferrada, *Estado regional* 238).

Respecto al Intendente, para Zúñiga, resultaba ser un órgano “bifronte”, esto por cuanto, como se ha expuesto, por un lado, se trataba de un funcionario de exclusiva confianza del Presidente de la República y representante natural e inmediato de éste en la Región, pero, por otro lado, era el órgano ejecutivo del Gobierno Regional (11), i.e., del organismo representativo de la comunidad regional.

En el mismo sentido señala Oelckers que,

“Se produce, pues, la paradoja que el intendente, de exclusiva confianza del Presidente de la República y jerarquizado a él, es, además, el órgano ejecutivo del gobierno regional, que, a su vez, está compuesto por él mismo y el consejo regional, y que, siendo descentralizado, será también independiente y autónomo frente a los órganos centralizados de la Administración del Estado” (356).

Para entender este desdoblamiento jurídico, es necesario distinguir entre la función de gobierno y la función de administración.

“En el sentido funcional, al Gobierno, como ha explicado la *doctrina*, corresponde el ejercicio de la *subfunción política*, esto es, la que consiste en ‘dirigir y conducir la comunidad estatal al logro de sus fines esenciales, adoptando decisiones ante situaciones nuevas y únicas, no subsumibles en normas y precedentes; la *subfunción administrativa*, cuando se trata de satisfacer, de manera regular y continua, las necesidades colectivas a través de los servicios públicos; y la *subfunción ejecutiva*, en el caso de atribuciones vinculadas con la dictación de normas jurídicas, sea que ellas ejecuten o complementen directamente la Constitución o las leyes” (Fernández 85-6).

La clasificación recién expuesta es útil, pero, a mí parecer, sería conveniente hacer una pequeña modificación para hacerla más concordante con el modo en que la Constitución y la LOCGAR usan los vocablos “gobierno” y “administración”. Bien podría señalarse que la llamada *subfunción política* se corresponde con la *función gubernativa* o *función de gobierno*, mientras que la *subfunción administrativa* y la *subfunción ejecutiva* forman ambas la *función de administración* (dejando de lado la discusión que podría suscitar lo referente a la potestad reglamentaria autónoma). Zúñiga parece confirmar esta posición en cuanto expone atribuciones que el Intendente tenía como consecuencia de su función gubernativa, y atribuciones que el Gobierno Regional (con el Intendente como órgano ejecutivo) tenía como consecuencia de su función administrativa (11).

Lo mismo confirma Oelckers, quien simplifica la primera clasificación en el sentido que más nos acomoda, i.e., tan sólo separando entre la *función de gobierno o política*, por un lado, y la *función administrativa*, por el otro.

“En términos muy generales, puede definirse la actividad de gobierno como aquella vinculada a las decisiones más relevantes en la conducción del aparato público; constituye así una labor de dirección.

Es una actividad discrecional, condicionada únicamente por los preceptos constitucionales, no sujeta a un control jurisdiccional, sino que político

La actividad administrativa, en cambio, consiste en la ejecución de los cometidos estatales, esto es, una actividad de acción, de gestión y servicio en vistas del interés público. Por lo mismo, las competencias administrativas se asocian al cumplimiento regular de los servicios públicos y a la aplicación de las leyes” (355).

Pues bien, de este modo era posible distinguir a: (i) el Intendente *en tanto* órgano delegado del Gobierno central, que es el que ejerce la función de gobierno, y (ii) el Intendente *en tanto* órgano ejecutivo del organismo representativo de la comunidad regional. Urge preguntarse si la modalidad “*en tanto x*” es suficiente para decir que, en términos jurídicos, se trataba realmente de dos órganos diferentes; pero la pretensión de este trabajo es distinguir claramente lo *orgánico* de lo *funcional o competencial*. Por lo tanto, habría que decir que se trataba de *un solo órgano* que estaba cumpliendo funciones diferentes y que, además, se encontraban en conflicto.

Saliendo del análisis de lo que esta reforma significaba para la figura del Intendente, en cuanto pasaba a adoptar distintos roles, corresponde narrar también cuál habría sido el avance en materia financiera, así como también existió uno en la “regionalización” del Gobierno militar.

En definitiva, se fortificó lo realizado por este último, en tanto:

“junto al ya existente FNDR, la reforma de 1991 previó nuevos instrumentos de financiación de la actividad pública regional, como son la asignación presupuestaria para el funcionamiento de los gobiernos regionales, los tributos de identificación regional, y los fondos provenientes de convenios de programación de la inversión pública regional. Todo ello bajo el principio esencial de buscar un desarrollo territorial armónico y equitativo de nuestro país, debiendo siempre incorporar las leyes criterios de solidaridad intra y extra regional en la distribución de los recursos públicos” (Ferrada, *Estado regional* 239).

§7 Segundo momento de real descentralización regional: la elección directa por sufragio universal de los Consejeros Regionales

Luego de casi 6 años de tramitación, el 16 de octubre de 2009, se promulgó la Ley 20.390 que reformó la Carta Fundamental en importantes puntos que dicen relación con una intensificación de la *autonomía orgánica* propia de la esencia de la descentralización regional, mediante modificaciones relativas al Consejo Regional y sus integrantes. Las más importantes de estas modificaciones fueron las siguientes:

“· En las funciones del Intendente, contenidas en el artículo 112 de la CPR, ya no se incluye la de presidir el Consejo Regional, ya que esa función pasa ser del Presidente del Consejo Regional, figura creada también en esta reforma.

· La mayor modificación se encuentra en el artículo 113 de la CPR, relativo al Consejo Regional, donde luego del primer inciso que se mantiene casi en su totalidad, se agregan siete nuevos. Por un lado, la elección de los consejeros regionales pasan a ser elegidos mediante sufragio universal, en votación directa, mientras que antes, eran elegidos por los concejales municipales de la región respectiva, siendo ellos mismos los candidatos” (Hevia 54-5).

Si un primer momento de real descentralización territorial se corresponde con la creación del Gobierno Regional, que es el presupuesto para poder hablar de una *autonomía orgánica*, por

cuanto establece una personalidad jurídica y patrimonio propios, éste es el segundo momento en cuanto intensifica dicha autonomía. En efecto, a diferencia de una mera descentralización funcional, se encuentra en la esencia de una descentralización territorial (política o administrativa) el carácter de su *representatividad democrática*, en tanto se trata de un organismo de base territorial, y el fundamento de su descentralización es justamente adquirir un grado de *independencia* respecto de la Administración central, pero, por contraparte, adquirir una *dependencia* respecto de la comunidad local o regional a la que representa.

Existe consenso en que una personalidad jurídica y patrimonio propios es un requisito para poder hablar de descentralización, de cualquier tipo, como ocurre con los Servicios Públicos descentralizados; pero lo usual es que esta descentralización funcional no vaya más allá y, por lo tanto, sus Jefes de Servicio son designados por la autoridad central, incluso si se establecen normas especiales para su remoción. Como será justificado más adelante en esta investigación, la descentralización territorial tiene esencialmente una autonomía administrativa mucho más intensa, y la manera de hacerla efectiva es a través del carácter representativo de los órganos que componen a este organismo descentralizado. Es evidente que se sigue una línea evolutiva entre esta reforma y aquella más reciente de la que se habla en esta investigación más adelante, por la cual no sólo el órgano deliberativo, sino que también el ejecutivo, pasa a tener una legitimidad entregada por representación democrática.

Considerando lo anterior, resulta claro que fue complemento de este nuevo carácter democrático de los Consejeros Regionales, el hecho de que su presidencia dejara de ser ejercida por un funcionario designado por el Gobierno central, como se trataba del Intendente, para ser ejercida por un Presidente del Consejo Regional, elegido entre los miembros del Consejo (74). En efecto, hubiese resultado bien poco coherente aumentar la autonomía orgánica de este órgano deliberativo mediante elecciones democráticas si, de todos modos, se mantenía un aspecto de tanta intensidad en cuanto a dependencia jerárquica orgánica como sería la injerencia en este órgano por parte del funcionario representante del Gobierno central.

Ahora bien, esta reforma llegó a tener concreción legal por medio de la Ley 20.678 de junio de 2013 que reforma la LOCGAR y,

“da cumplimiento a lo señalado en el artículo 113, inciso 2° de la Constitución Política, el cual es reproducido de manera textual en su primera parte, en el nuevo artículo 29, inciso primero, de la LOCGAR: ‘El consejo regional estará integrado por consejeros elegidos por sufragio universal, en votación directa’ (76-7).

Luego señala la norma que,

“Cada consejo estará integrado por catorce consejeros en las regiones de hasta cuatrocientos mil habitantes; por dieciséis en las regiones de más de cuatrocientos mil habitantes; por veinte en las regiones de más de ochocientos mil habitantes; por veintiocho en las regiones de más de un millón quinientos mil habitantes; y por treinta y cuatro en las regiones de más de cuatro millones de habitantes.

Dentro de cada región los consejeros se elegirán por circunscripciones provinciales, que se determinarán sólo para efectos de la elección. Cada provincia de la región constituirá, al menos, una circunscripción provincial. Las provincias de mayor número de habitantes se dividirán en más de una circunscripción provincial, según lo que se establece en el artículo 29 bis”.

§8 Informe de la comisión asesora presidencial de 2014

En el año 2014 fue entregado el informe de la Comisión asesora presidencial en descentralización y desarrollo regional (para referencias, Comisión asesora presidencial); comisión formada ese mismo año, presidida por Esteban Valenzuela y Heinrich Von Baer, cuyo mencionado informe tuvo por nombre “*Propuesta de Política de Estado y Agenda para la Descentralización y el Desarrollo Territorial de Chile*”. En lo que interesa a esta investigación, el contenido de dicho informe consistía, a grandes rasgos, en lo siguiente.

i) Reformas constitucionales: En cuanto a la *autonomía orgánica*, este informe aborda notoriamente el problema de la representatividad del organismo regional, proponiendo la

elección directa del órgano ejecutivo que se encargaba de la administración superior de la región, i.e., el Intendente (Comisión asesora presidencial 27). Ésta era, sin duda, la propuesta más icónica dentro del informe y, como ha quedado en evidencia recientemente, tuvo una buena acogida.

En cuanto a la *autonomía competencial*, la propuesta clave consistía en la adición de *competencias materiales* consagradas con *rango constitucional* y en *modalidad exclusiva* para los Gobiernos Regionales (dándose algunas de ellas a modo de ejemplo) (35-7).

El siguiente punto importante decía relación con los principios rectores constitucionalmente consagrados para la transferencia de competencias materiales que no se encontraran expresamente consagradas en la Constitución, i.e., las que fueran transferidas por el legislador.

Éstos eran los siguientes:

- a) Autonomía;
- b) Subsidiariedad territorial;
- c) Solidaridad;
- d) Prohibición de tutela;
- e) Principio de coordinación;
- f) Principio de suficiencia en el financiamiento de las competencias;
- g) Resolución de conflictos de competencias constitucionales por el Tribunal Constitucional;
- h) Principios generales (29).

ii) Reformas legales: Se proponían ciertas transferencias de competencias concretas por medio de la actividad legislativa, acompañadas de una arquitectura institucional adecuada a dichas transferencias.

Respecto a esto último, lo que se proponía es que las competencias fuesen abordadas por cuatro nuevas *Direcciones Regionales* incorporadas en cada uno de los Gobiernos Regionales:

- a) Fomento Productivo e Innovación;
- b) Desarrollo Social;

- c) Infraestructura, Habitabilidad, Desarrollo Urbano, Transporte y Medio Ambiente, y;
- d) Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología.

En ese sentido, habrían sido,

- a) La Dirección Regional (a) receptora de las competencias de CORFO, SERCOTEC, SERNATUR e INDAP;
- b) La Dirección Regional (b) receptora de las competencias de SENCE, SENAME, INJUV, FOSIS, SENAMA, SERNAM e IND.;
- c) La Dirección Regional (c) receptora de las competencias de Arquitectura-Obras Portuarias- Vialidad- Obras Hidráulicas (MOP), SERVIU, Transporte y Telecomunicaciones, y Medio Ambiente, y;
- d) La Dirección Regional (d) receptora de las competencias de CNCA, DIBAM, CMN, C&T (45).

Ahora bien, lo que se estaría recibiendo serían competencias detentadas por los *Servicios Públicos nacionales* desconcentrados en Regiones, por lo que era posible imaginar la creación de nuevos órganos identificados como Servicios Públicos, pero, esta vez, bajo completa *dependencia* por un *poder o relación de jerarquía administrativa* con respecto al Gobierno Regional, i.e., *Servicios Públicos regionales* (en un sentido estricto). El informe también contemplaba este punto, señalando que, “a futuro, ... los Gobiernos Regionales podrán transformar todas o algunas Direcciones en Servicios Públicos Regionales” (45).

§9 Reciente reforma constitucional en descentralización regional: lo orgánico

Tras la recepción del informe al que me he referido, el Ejecutivo envió un mensaje presidencial al congreso, con fecha 6 de enero de 2015, lo que naturalmente debiese entenderse como gatillado por las propuestas recibidas en este documento elaborado por una comisión asesora creada bajo su propio alero. Sorprendentemente, el proyecto de reforma constitucional ingresado por el Ejecutivo (por mensaje presidencial) no se corresponde casi en lo más mínimo con las propuestas que le fueron entregadas; a excepción del punto referente a la elección del

Intendente por sufragio universal directo en cada una de las Regiones, que pasa a ser entendido como el único punto esencial de la descentralización.

Ahora bien, el proyecto del Ejecutivo fue objeto de una ardua discusión y modificaciones en diversas instancias formales, como lo son, en un primer momento, las mociones de parlamentarios cuyos boletines pasarían a ser refundidos en uno sólo, complementando lo iniciado por el mensaje presidencial. Dos de las tres mociones adicionales, que fueron presentadas por senadores, la primera el 7 de octubre de 2015 y la segunda el 15 de diciembre de 2015, tienen relevancia, más que nada, por haber cambiado las denominaciones propuestas en el mensaje presidencial; en primer lugar, la primera moción mencionada, la denominación del representante del Gobierno nacional de “Gobernador Regional” a “Delegado Presidencial Regional” y, la segunda mencionada, la denominación del futuro órgano ejecutivo regional de “Intendente” a “Gobernador Regional”.

Más importante, en un segundo momento, lo relativo a las modificaciones y adiciones realizadas durante el proceso de discusión llevado a cabo por la Comisión de gobierno, regionalización y descentralización, del Senado, en primer trámite constitucional; especialmente el primer período de discusión de ésta que culminó en un primer informe, con un proyecto que fue aprobado en general por el Senado, en el que sí se contemplaban importantes modificaciones en el sentido de las propuestas formuladas por la Comisión asesora presidencial. No obstante lo anterior, las propuestas de modificación que eran consideradas como las más importantes a la luz de este trabajo fueron rechazadas posteriormente en la discusión particular de la misma cámara.

Examinar el fondo de tales pretendidas, y finalmente rechazadas, modificaciones constitucionales es algo que sólo podrá lograrse en propiedad luego de haber desarrollado el aparato teórico de los siguientes dos capítulos de este trabajo. Por el momento, habrá que contentarse con seguir exponiendo en bruto los hechos y, en particular ahora mismo, qué fue lo que efectivamente cambió con esta reforma constitucional.

Pero, en definitiva, la reforma constitucional se concretó por la Ley 20.990, publicada el 5 de enero de 2017.

Las modificaciones importantes de esta reforma constitucional ocurrieron en el Capítulo XIV sobre “Gobierno y administración interior del Estado” de la CPR, bajo el subtítulo de “Gobierno y administración regional”, y específicamente en lo referente a los que eran los arts. 111, 112 y (en menor medida) 113, en lo que se refiere a Gobierno Regional y Gobernador Regional; y, luego, la adición de un art. 115 bis y modificación al art. 116, en lo que se refiere al Delegado Presidencial Regional y al Delegado Presidencial Provincial, respectivamente.

Más específicamente, los cambios fundamentales fueron los siguientes.

Se sustituyó por completo el art. 111 de la CPR. Éste poseía la siguiente redacción:

“El gobierno de cada región reside en un intendente que será de la exclusiva confianza del Presidente de la República. El intendente ejercerá sus funciones con arreglo a las leyes y a las órdenes e instrucciones del Presidente, de quien es su representante natural e inmediato en el territorio de su jurisdicción.

La administración superior de cada región radicará en un gobierno regional que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región.

El gobierno regional estará constituido por el intendente y el consejo regional. Para el ejercicio de sus funciones, el gobierno regional gozará de personalidad jurídica de derecho público y tendrá patrimonio propio”.

La nueva redacción quedó como sigue:

“La administración superior de cada región reside en un gobierno regional, que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región.

El gobierno regional estará constituido por un gobernador regional y el consejo regional. Para el ejercicio de sus funciones, el gobierno regional gozará de personalidad jurídica de derecho público y tendrá patrimonio propio.

El gobernador regional será el órgano ejecutivo del gobierno regional, correspondiéndole presidir el consejo y ejercer las funciones y atribuciones que la ley orgánica constitucional determine, en coordinación con los demás órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. Asimismo, le corresponderá la coordinación, supervigilancia o fiscalización de los servicios públicos que dependan o se relacionen con el gobierno regional.

El gobernador regional será elegido por sufragio universal en votación directa. Será electo el candidato a gobernador regional que obtuviere la mayoría de los sufragios válidamente emitidos y siempre que dicha mayoría sea equivalente, al menos, al cuarenta por ciento de los votos válidamente emitidos, en conformidad a lo que disponga la ley orgánica constitucional respectiva. Durará en el ejercicio de sus funciones por el término de cuatro años, pudiendo ser reelegido consecutivamente sólo para el período siguiente.

Si a la elección del gobernador regional se presentaren más de dos candidatos y ninguno de ellos obtuviere al menos cuarenta por ciento de los sufragios válidamente emitidos, se procederá a una segunda votación que se circunscribirá a los candidatos que hayan obtenido las dos más altas mayorías relativas y en ella resultará electo aquel de los candidatos que obtenga el mayor número de sufragios. Esta nueva votación se verificará en la forma que determine la ley.

Para los efectos de lo dispuesto en los dos incisos precedentes, los votos en blanco y los nulos se considerarán como no emitidos.

La ley orgánica constitucional respectiva establecerá las causales de inhabilidad, incompatibilidad, subrogación, cesación y vacancia del cargo de gobernador regional, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 124 y 125”.

En cuanto al art. 112, éste establecía:

“Al intendente le corresponderá la coordinación, supervigilancia o fiscalización de los servicios públicos creados por la ley para el cumplimiento de las funciones administrativas que operen en la región.

La ley determinará la forma en que el intendente ejercerá estas facultades, las demás atribuciones que le correspondan, y los organismos que colaborarán en el cumplimiento de sus funciones”.

Este artículo fue derogado en su totalidad.

En definitiva, lo que vino a ocurrir fue que se estableció la elección por sufragio universal de un órgano ejecutivo a la cabeza del organismo representativo de la Región, i.e., el Gobernador Regional y a la cabeza del Gobierno Regional.

Paralelo a lo anterior, se crea un nuevo órgano que hace las veces de delegado del Gobierno central en el territorio de la Región, adecuadamente llamado *Delegado Presidencial Regional*. Éste pasa a ser el representante natural e inmediato del Presidente de la República en la Región, puesto que anteriormente le pertenecía al Intendente *en tanto* delegado del Gobierno central.

En efecto, el nuevo art. 115 bis señala:

“En cada región existirá una delegación presidencial regional, a cargo de un delegado presidencial regional, el que ejercerá las funciones y atribuciones del Presidente de la República en la región, en conformidad a la ley. El delegado presidencial regional será el representante natural e inmediato, en el territorio de su jurisdicción, del Presidente de

la República y será nombrado y removido libremente por él. El delegado presidencial regional ejercerá sus funciones con arreglo a las leyes y a las órdenes e instrucciones del Presidente de la República.

Al delegado presidencial regional le corresponderá la coordinación, supervigilancia o fiscalización de los servicios públicos creados por ley para el cumplimiento de las funciones administrativas que operen en la región que dependan o se relacionen con el Presidente de la República a través de un Ministerio”.

Con el aumento de número de órganos, entonces, se acaba el desdoblamiento jurídico que se producía en la figura del Intendente y, ahora, ya no sólo quedan claramente delimitadas en la Región las funciones de gobierno y de administración, sino que, además, quedan bien delimitados los portadores de dichas funciones, sin posibilidad de compartirse por parte de un solo órgano *en tanto* que asumiendo dos roles diferenciados. Como resulta natural, sólo el Delegado Presidencial Regional puede ejercer la función gubernativa (que no le “pertenece” a él, sino que es del Presidente de la República), en tanto es una función que manifiesta *poder soberano estatal*. Al Gobernador Regional, en tanto que órgano ejecutivo del Gobierno Regional, le corresponde, junto al Consejo Regional, la administración superior de su respectiva Región.

Además, como una modificación necesaria que sigue la lógica de lo anterior, se reemplaza al antiguo “Gobernador” del nivel provincial, por un *Delegado Presidencial Provincial*, que sería el órgano desconcentrado del ya desconcentrado Delegado Presidencial Regional. Esto, de algún modo, sí podría considerarse como un mero cambio de nombre, aunque ciertamente adecuado.

Al respecto, el nuevo artículo 116 señala:

“En cada provincia existirá una delegación presidencial provincial, que será un órgano territorialmente desconcentrado del delegado presidencial regional, y estará a cargo de un delegado presidencial provincial, quien será nombrado y removido libremente por el Presidente de la República. En la provincia asiento de la capital regional, el delegado

presidencial regional ejercerá las funciones y atribuciones del delegado presidencial provincial.

Corresponde al delegado presidencial provincial ejercer, de acuerdo a las instrucciones del delegado presidencial regional, la supervigilancia de los servicios públicos existentes en la provincia. La ley determinará las atribuciones que podrá delegarle el delegado presidencial regional y las demás que le corresponden.”

En cuanto a la nueva redacción del art. 113, consiste principalmente en la adición de unos incisos que establecen medidas de fiscalización del Gobierno Regional, i.e., del Consejo Regional sobre la actividad del Gobierno Regional y la posibilidad de exigir información al Gobernador Regional e, incluso, al Delegado Presidencial Regional.

La redacción del art. 113 quedó como sigue:

“El consejo regional será un órgano de carácter normativo, resolutivo y fiscalizador, dentro del ámbito propio de competencia del gobierno regional, encargado de hacer efectiva la participación de la ciudadanía regional y ejercer las atribuciones que la ley orgánica constitucional respectiva le encomiende.

El consejo regional estará integrado por consejeros elegidos por sufragio universal en votación directa, de conformidad con la ley orgánica constitucional respectiva. Durarán cuatro años en sus cargos y podrán ser reelegidos. La misma ley establecerá la organización del consejo regional, determinará el número de consejeros que lo integrarán y su forma de reemplazo, cuidando siempre que tanto la población como el territorio de la región estén equitativamente representados.

El consejo regional podrá fiscalizar los actos del gobierno regional. Para ejercer esta atribución el consejo regional, con el voto conforme de un tercio de los consejeros regionales presentes, podrá adoptar acuerdos o sugerir observaciones que se transmitirán

por escrito al gobernador regional, quien deberá dar respuesta fundada dentro de treinta días.

Las demás atribuciones fiscalizadoras del consejo regional y su ejercicio serán determinadas por la ley orgánica constitucional respectiva.

Sin perjuicio de lo anterior, cualquier consejero regional podrá requerir del gobernador regional o delegado presidencial regional la información necesaria al efecto, quienes deberán contestar fundadamente dentro del plazo señalado en el inciso tercero.

Cesará en su cargo el consejero regional que durante su ejercicio perdiere alguno de los requisitos de elegibilidad o incurriere en alguna de las inhabilidades, incompatibilidades, incapacidades u otras causales de cesación que la ley orgánica constitucional establezca.

Lo señalado en los incisos precedentes respecto del consejo regional y de los consejeros regionales será aplicable, en lo que corresponda, a los territorios especiales a que se refiere el artículo 126 bis.

Inciso Suprimido.

La ley orgánica constitucional determinará las funciones y atribuciones del presidente del consejo regional.

Corresponderá al consejo regional aprobar el proyecto de presupuesto de la respectiva región considerando, para tal efecto, los recursos asignados a ésta en la Ley de Presupuestos, sus recursos propios y los que provengan de los convenios de programación.

Los Senadores y Diputados que representen a las circunscripciones y distritos de la región podrán, cuando lo estimen conveniente, asistir a las sesiones del consejo regional y tomar parte en sus debates, sin derecho a voto”.

Por último, aunque se analizará la reforma legal principalmente desde el punto de vista de lo competencial, es necesario al menos citar cómo quedan las normas de la LOCGAR en lo relativo a la concreción del sistema de elecciones por sufragio universal. Señala el inciso 2º del art. 23 de dicha normativa que, “El gobernador regional será elegido por sufragio universal en votación directa, en cédula separada y conjuntamente con la elección de consejeros regionales, conforme a las normas establecidas en el capítulo VI del título segundo”. El art. 82, perteneciente a dicho capítulo, a su vez, dirige a las disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, de la Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos y de la Ley Orgánica Constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral, en todo lo que no sea contrario a la LOCGAR.

Luego, en virtud del art. 83 de dicha Ley, “Las elecciones de gobernadores regionales y de consejeros regionales se efectuarán cada cuatro años, conjuntamente con las elecciones municipales”.

§10 Reciente reforma legal en descentralización regional: lo competencial

La reforma legal en descentralización regional se centró en las *transferencias de competencias*, de manera que debe comenzarse su exposición con la de la normativa constitucional que determinó la manera en que se desarrollarían las reformas legales. Se trata del art. 114 de la CPR, que no se vio modificado (salvo por una forma verbal) y que, a juicio de este trabajo, sí debió haberlo sido (por razones que quedarán claras con posterioridad). Dicho artículo expresa lo siguiente:

“La ley orgánica constitucional respectiva determinará la forma y el modo en que el Presidente de la República transferirá a uno o más gobiernos regionales, en carácter temporal o definitivo, una o más competencias de los ministerios y servicios públicos

creados para el cumplimiento de la función administrativa, en materias de ordenamiento territorial, fomento de las actividades productivas y desarrollo social y cultural.”

Es al Gobierno central, entonces, a quien se encarga la determinación de las competencias materiales que pueda ejercer cada Gobierno Regional, por medio de una potestad reglamentaria (puede pensarse que éste es uno de los escasos casos de *potestad reglamentaria autónoma*), y esto, en principio, pudiendo ser de manera “temporal” o “definitiva”.

La reforma constitucional que iba a instaurar la elección democrática del órgano ejecutivo del nivel regional fue conocida y ampliamente criticada por la evidente realidad de que crearía un órgano que tendría muy pocas competencias materiales relevantes. Que una cosa se encontraba íntimamente ligada a la otra queda en evidencia cuando se revisa el artículo vigésimo octavo transitorio de la Constitución, en su inciso primero, que agregó esta misma reforma constitucional:

“La primera elección por sufragio universal en votación directa de los gobernadores regionales se verificará en la oportunidad que señale la ley orgánica constitucional a que aluden los incisos cuarto y quinto del artículo 111 y **una vez promulgada la ley que establezca un nuevo procedimiento de transferencia de las competencias a las que se refiere el artículo 114**” (negritas propias).

Se comprende, entonces, que es a la reforma legal a la cual se encarga implícitamente la tarea de subsanar este defecto crucial en nuestro derecho positivo sobre descentralización regional.

El proyecto de reforma a la LOCGAR comenzó su tramitación en el Congreso desde hace un tiempo mucho más largo. Fue iniciado por mensaje, bajo el mandato presidencial de Sebastián Piñera, el día 5 de octubre del año 2011, y acabó publicándose, más o menos, un año luego de la Ley que instauró la reforma constitucional, a comienzos del año 2018. Su tramitación fue sumamente lenta, lo cual, evidentemente, tiene que ver con el hecho de que con posterioridad haya decidido realizarse una reforma estructural a nivel constitucional, luego de que ya se había

propuesto una serie de modificaciones que miraban al estado de cosas anterior, con un órgano ejecutivo regional designado desde el nivel central.

En efecto, cuando se revisa el proyecto de Ley que fue aprobado por el Senado en primer trámite constitucional y, posteriormente, las modificaciones que fueron introducidas por la Cámara de Diputados en segundo trámite constitucional, resulta obvia la discordancia cuando se observa que en ninguna ocasión se hace alusión a la nueva figura del “Gobernador Regional” y, en cambio, se sigue hablando del “Intendente”. Es por esa razón que, al percatarse del sin sentido que la falta de coordinación entre dos procesos separados pero íntimamente ligados había producido, en tercer trámite constitucional, el Senado decide rechazar por completo todas las modificaciones de que había sido objeto el proyecto en la Cámara de Diputados.

Ahora bien, lo anterior significaba una aceptación, no sólo de la inoperatividad de las modificaciones introducidas por la Cámara de Diputados, sino que del proyecto por entero y, en definitiva, de la gigantesca pérdida de tiempo y energía que significó al no adelantarse a una reforma de jerarquía superior. Sin embargo, quedaba, en términos del procedimiento legislativo, una última salida cual es la creación de una Comisión mixta.

Por consiguiente, con fecha 31 de mayo de 2017, la sala del Senado rechazó por unanimidad el proyecto, y, a continuación, se formó una Comisión mixta, ahora sí, con plenos conocimientos de las modificaciones a nivel constitucional, de manera que se le encargó a ésta la tarea de prácticamente legislar desde cero sobre todo lo que había sido discutido desde el 2011, y ahora con un contexto bien definido por la reforma constitucional.

Esta Comisión mixta envió su informe al Senado el día 28 de noviembre de 2017. El Senado aprobó el informe de la Comisión mixta el 6 de diciembre y el proyecto contenido en él terminó convirtiéndose en la Ley 21.074 publicada en el diario oficial el día 15 de febrero de 2018.

Como se hizo ver, la tarea de este proyecto de Ley sería la de establecer el mecanismo de *transferencias de competencias* a los Gobiernos Regionales, de manera que, en principio, las modificaciones fundamentales son las que se encontrarían en los nuevos artículos 20 bis y 21

bis a 21 octíes de la LOCGAR, y si bien es, en efecto, una modificación que tiene como objetivo abordar el problema de la falta de competencias que había sido identificado, lo cierto es que lo hace de manera indirecta: se regula el *mecanismo* de “transferencia de competencias”.

El artículo 20 bis hace una suerte de unión entre lo relativo a las *competencias materiales ya transferidas*, que estarían recogidas en los anteriores artículos 16 a 20, y las “competencias que se ejerzan en virtud de una transferencia de competencia”. En efecto, dicho artículo se encarga de establecer una regulación común tanto de las primeras como de las segundas, en el sentido de que ambas, “serán ejercidas en forma coherente con las políticas públicas nacionales vigentes, correspondiendo al ministro respectivo velar por aquello”.

En cuanto a la *coherencia*, su significado fue objeto de debate por la Comisión mixta, decidiendo que debía ser agregado lo que se entendía por ella en el articulado, determinándose en él que existirá *coherencia* cuando, “el ejercicio de funciones por el Gobierno Regional no contradiga las políticas públicas nacionales y es compatible con los principios o definiciones establecidos en aquellas”.

A continuación, viene todo el corazón de la reforma legal, como es el *mecanismo de transferencia de competencias* y, de hecho, se crea un nuevo párrafo especificado con el subtítulo “De la Transferencia de Competencias”, compuesto de siete nuevos largos artículos que hacen efectivo el mecanismo contemplado en el art. 114 de la CPR, i.e., los arts. 21 bis a 21 octíes.

Aunque lo esencial del conjunto de dichos artículos es establecer el mecanismo de transferencias de competencias, la manera de establecerlo es bien pormenorizada, y vale la pena exponer la cuestión a la que se refiere cada uno de ellos.

En primer lugar, el art. 21 bis, en su inciso primero, se encarga de señalar que, “El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes”. Podría decirse que este encabezado fundamenta la manera en que se ha decidido que se efectúe la transferencia de competencias en

Chile y los principios que han de regir dicho procedimiento (en concordancia con el art. 114 CPR), i.e., con un papel preponderante del Gobierno central y teniendo, más bien, como colaboradores a los Gobiernos Regionales.

A continuación de esta fundamentación, en su inciso 2º, el artículo recoge de manera expresa el mandato constitucional del art. 114, e introduce, de manera general, de qué tratarán los siguientes artículos de este párrafo, en tanto su redacción señala que,

“En virtud de dicha colaboración, el Presidente de la República transferirá, a uno o más gobiernos regionales, en forma temporal o definitiva, una o más competencias de los ministerios y de los servicios públicos ... en materias de ordenamiento territorial, fomento de las actividades productivas y desarrollo social y cultural,

Tales transferencias podrán realizarse de oficio o a solicitud de un gobierno regional”.

En concordancia con la “unión” que efectuaba el art. 20 bis, se señala que las materias a ser transferidas deben enmarcarse en las funciones de (i) ordenamiento territorial, (ii) fomento de las actividades productivas, (iii) y desarrollo social y cultural; que son las funciones específicas establecidas para los Gobiernos Regionales en los arts. 17, 18 y 19 respectivamente.

El resto de lo que señala la disposición, como el hecho de que la transferencia de competencia sea de carácter temporal o definitivo (como lo mandata el art. 114 de la CPR), así como el hecho de que las transferencias puedan realizarse de oficio o a solicitud de un Gobierno Regional, son una introducción resumida de aspectos que son tratados en lo que continúa del articulado de este párrafo.

El art. 21 ter se refiere a la consecuencia de solicitar una transferencia de competencia que no se encuentre dentro de alguna de las tres funciones específicas que fueron recién mencionadas y que se entiende que son las únicas por las cuales el Gobierno Regional tiene competencia para administrar su territorio. Estas competencias materiales, comprendidas sólo dentro de esas tres funciones, son aquellas que el legislador ha determinado como el marco de la *autonomía*

competencial de naturaleza administrativa del Gobierno Regional, y la sanción por pretender excederse de ese marco es inmediata, en tanto, “Se declarará inadmisibile, sin más trámite, aquella solicitud de competencias que no se refiera a los ámbitos de ordenamiento territorial, fomento productivo y desarrollo social y cultural, a través de decreto exento, fundado”.

El art. 21 quáter establece una preferencia que pone de manifiesto, nuevamente, el criterio de la *coherencia* entre lo regional y lo nacional. En efecto, si bien se priorizan las transferencias de competencias que tengan una “clara aplicación regional”, al mismo tiempo se establece que la preferencia debe ir en la dirección de, “una mejor aplicación de la política nacional en el territorio”. Concordante con esta misma visión macro y de armonización, se continúa estableciendo una suerte de criterio de solidaridad inter-regional, en tanto prioriza que la transferencia, “no pueda ocasionar perjuicios a otras regiones”, y que, “potencialmente puedan ser ejercidas por la mayoría de aquéllas”. Es clara, en este artículo, la voluntad que tiene el legislador de potenciar a las Regiones sólo en la medida en que sean entendidas como los componentes del Estado-nación.

El art. 21 quinquies contiene algunos criterios generales de diversa índole que deberán ser considerados para cada una de las transferencias de competencias. En su letra a) se refiere al aspecto del financiamiento del ejercicio de la respectiva competencia material, el cual parece ser eminentemente dependiente de la voluntad del órgano central del cual emana la competencia material en cuestión. La letra b) guarda relación con la idea de que las competencias materiales son transferidas desde órganos preexistentes que previamente ejercerían éstas y, por lo tanto, busca evitar que, en adelante, se dé una duplicidad de funciones a ese respecto. La letra c) se refiere a las “transferencias temporales”, estableciendo un límite para esta temporalidad, i.e., el que no sea menor a un año, lo que tiene razonabilidad desde el punto de vista de que no puede esperarse que el órgano que recibe la competencia material pueda demostrar que es capaz de ejercerla con idoneidad en un lapso de tiempo demasiado acotado.

Es en el art. 21 sexies donde propiamente comienza a delinearse en detalle el procedimiento de transferencias de competencias. En específico, son tres los principales actores involucrados en dicho procedimiento, los cuales el artículo expresa en detalle y vale la pena reproducirlo:

“Intervendrán en el procedimiento de transferencia de competencias:

a) Presidente de la República. Corresponderá al Presidente de la República iniciar el procedimiento de oficio para transferir una competencia y resolver mediante decreto supremo fundado la transferencia de competencias a los gobiernos regionales en aquellos casos en que el informe del Comité Interministerial sea positivo.

b) Un Comité Interministerial de Descentralización, en adelante "el Comité", presidido por el Ministro del Interior y Seguridad Pública y conformado, además, por los Ministros de Hacienda y Secretario General de la Presidencia y por el o los ministros a quienes correspondan las competencias cuyo ejercicio se evalúa transferir, cuya función será asesorar al Presidente de la República, mediante las recomendaciones correspondientes, en materia de transferencia de competencias a los gobiernos regionales, para procedimientos iniciados de oficio o a solicitud de una región.

El Comité tendrá una Secretaría Ejecutiva que le proporcionará el apoyo técnico y administrativo necesario para el ejercicio de su función, que será ejercida por la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo.

c) Una Comisión de Estudios por materias o competencias a transferir, en adelante e indistintamente "la o las Comisiones", compuesta por representantes de los integrantes del Comité, del gobierno regional respectivo y del o los servicios nacionales respectivos, considerando un número equivalente de representantes de la administración central y del gobierno regional en dicha integración. Corresponderá a cada gobierno regional designar a sus representantes, los que podrán ser autoridades regionales, funcionarios del gobierno regional o expertos en la materia. Sus mecanismos de integración y funcionamiento serán establecidos mediante reglamento aprobado por decreto supremo, emanado del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, suscrito además por los Ministros de Hacienda y Secretario General de la Presidencia.

Estas comisiones sólo actuarán en procedimientos iniciados a solicitud de un gobierno regional” (negritas propias).

El art. 21 septies es el que finalmente describe cómo ha de llevarse a cabo el procedimiento de transferencias de competencias, y lo hace estableciendo que existen dos maneras de iniciarlo, lo cual determina tanto su procedimiento como los actores involucrados, i.e., (i) iniciado a solicitud de un Gobierno Regional, e (ii) iniciado de oficio por el Presidente de la República.

(i) En caso de iniciarse el procedimiento a solicitud de un Gobierno Regional.

En primer lugar, la solicitud, que, “deberá contar con estudios que fundamenten los beneficios de la transferencia”, será enviada al Presidente de la República y, para esto, necesita ser aprobada, “por la mayoría absoluta de los miembros en ejercicio del Consejo Regional cuando sea previa propuesta del Gobernador Regional, o por propia iniciativa si reuniere el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros en ejercicio ...”. A continuación,

“el Comité Interministerial instruirá a la Comisión de Estudios correspondiente para que se constituya, analice los antecedentes recibidos y aquellos otros que estime pertinentes para mejor resolver y le informe, fundadamente, sobre la transferencia en estudio

El Informe de la comisión de estudios podrá contemplar la transferencia de una competencia en los mismos términos solicitados por el gobierno regional o establecer condiciones diferentes para su ejercicio. En este último caso, y en forma previa a la revisión del Comité Interministerial, se requerirá la aprobación del consejo regional

Recibido el informe de la Comisión con sus recomendaciones, el Comité Interministerial oír al gobernador regional respectivo, y luego aprobará o rechazará la transferencia. En caso de aprobar, remitirá los antecedentes al Presidente de la República para su consideración.

Recibida la recomendación del Comité Interministerial, el Presidente de la República podrá aprobar o rechazar en forma fundada la transferencia en estudio mediante decreto supremo dictado por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, el que será suscrito además por el Ministro de Hacienda, el Ministro Secretario General de la Presidencia y el ministro que corresponda a la materia de la competencia”.

Además, “En caso que no exista respuesta en el plazo de seis meses señalado en la letra C de este artículo, y esta demora sea representada por el respectivo gobierno regional, se entenderá que se rechaza la transferencia”.

(ii) En caso de iniciarse el procedimiento de oficio por el Presidente de la República.

El Presidente de la República, “instruirá al Comité Interministerial dar curso al procedimiento regulado en este párrafo, para que éste, con el apoyo de la secretaría ejecutiva, evalúe la procedencia de una transferencia específica”. Luego,

“En caso que el Comité Interministerial recomiende realizar la transferencia, enviará los antecedentes al gobierno regional respectivo para la ratificación por la mayoría absoluta de los miembros en ejercicio del Consejo Regional cuando sea con el consentimiento del gobernador regional, o, en caso contrario, por las dos terceras partes de sus miembros en ejercicio. Luego de dicha ratificación, el Comité Interministerial remitirá los antecedentes al Presidente de la República, quien se pronunciará fundadamente mediante decreto supremo emitido por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y suscrito además por el Ministro de Hacienda, el Ministro Secretario General de la Presidencia y el ministro que corresponda a la materia de la competencia transferida”.

Además,

“En caso que el Comité Interministerial recomiende fundadamente no realizar la transferencia de competencia, o que el gobierno regional no acepte la transferencia de

oficio, el Comité Interministerial informará estos antecedentes al Presidente de la República, con lo cual el proceso se entenderá concluido sin más trámite”.

La última parte del art. 21 septies se refiere a normas comunes para toda transferencia de competencias:

“i. El decreto de transferencia establecerá la o las competencias y recursos que se transfieren; la indicación de ser la transferencia temporal o definitiva; la gradualidad con que aquélla se transfiere y las condiciones con que el gobierno regional deberá ejercerlas ... ; y, en general, todas las demás especificaciones necesarias para asegurar un adecuado ejercicio de las competencias transferidas.

ii. El procedimiento contemplado en este artículo tendrá una duración máxima de seis meses

iii. Un reglamento ... fijará las condiciones, plazos y demás materias concernientes al procedimiento de transferencia de competencias”.

El art. 21 octies es de suma importancia para las llamadas “transferencias temporales” y aquí se da cuenta del por qué de su denominación (además del posible caso de fijar un plazo extintivo), en tanto pueden ser revocadas de oficio y fundadamente,

“si se constata la concurrencia de alguna de las siguientes causales:

a) Incumplimiento de las condiciones que se hayan establecido para el ejercicio de la competencia transferida;

b) Deficiente prestación del servicio a la comunidad; y

c) Ejercicio incompatible con las políticas públicas nacionales cuando éstas hayan sido dictadas en forma posterior a la transferencia, sin que se realizaren los ajustes necesarios.

Para ello, en caso de un cambio en la política nacional se le otorgará un plazo de seis meses al gobierno regional para hacer la adecuación respectiva, si éste no la compatibilizara dentro de ese plazo el Presidente de la República podrá revocar la competencia”.

La última modificación importante (al menos para los efectos de esta investigación) dice relación con la *transferencia ya efectuada por el legislador* de una competencia material en sí misma, en materia de ordenamiento territorial, i.e., una de las funciones específicas de los Gobiernos Regionales, que se establece en su art. 17. Se trata del denominado “Plan Regional de Ordenamiento Territorial” (en adelante, PROT), que es expuesto en términos generales en la primera frase del inciso segundo del art. 17 letra a), del siguiente modo:

“El plan regional de ordenamiento territorial es un instrumento que orienta la utilización del territorio de la región para lograr su desarrollo sustentable a través de lineamientos estratégicos y una macro zonificación de dicho territorio”.

Mayores detalles sobre la normativa de este instrumento y su significado a la luz del aparato teórico a desarrollar, serán analizados en una parte posterior de este trabajo.

Capítulo 2 – El ordenamiento jurídico del Estado como objeto de la descentralización

Sección A – Construcción histórica y teoría moderna sobre el concepto de Estado

§11 Las manifestaciones pre-modernas del concepto de “estados”: la polis griega

En la antigüedad, más bien se concebía, dentro de un territorio más o menos extenso, la existencia plural de varios “estados”, existiendo “espacios vacíos” (políticamente hablando) entre ellos; éstos eran las *ciudades-estados* griegas, i.e., las *polis*.

Nicholas Aroney dice que, para la teoría política de Aristóteles, la *polis* era una *comunidad* compuesta de dos comunidades menores: la *casa o familia* -toda la propiedad y personas bajo la autoridad del jefe de familia- y la *aldea o la población rural* (aunque reconocía, además, otras asociaciones -y no comunidades- menores) (13); ambas comunidades menores, en otro “nivel”, estando compuestas de *ciudadanos* (14). Visto desde el momento presente, se puede advertir en la *polis* una *naturaleza pública*, mientras que, en las dos comunidades menores que la componen, se advierte una *naturaleza privada*; lo anterior puesto que, mientras que todas son una especie de *comunidad* y, en tanto tal, se forman para satisfacer necesidades que sus miembros comparten, sólo la *polis* es constituida para lograr *el bien común* (13-4).

Ahora bien, la objeción aristotélica interesante -hecha a Platón- es la siguiente: la *polis* no puede significar una “unificación extrema”, de modo de absorber las asociaciones y comunidades menores. Aristóteles rechazó la proposición según la cual, “la más alta unidad de un estado es su mayor bien” y declaró que, más bien, una *pluralidad de personas* es de la verdadera esencia de la *ciudad-estado* (traducción propia) (14).

Aunque Aristóteles reconocía la existencia de asociaciones humanas (permanentes o no) mucho más extensas, como las alianzas entre *estados*, pueblos-naciones e Imperios, consideraba que sólo la *ciudad-estado* era una “unidad verdadera” cuyo objetivo era “‘la buena vida’ [el *bien común*], el más alto fin de la humanidad” (traducción y corchetes propios) (15).

Luego, Aristóteles concebía la *polis* siempre en la escala de una “ciudad individual”, lo cual, en la práctica, se traducían en que idealmente era de, “tal tamaño que, físicamente, era posible inspeccionar la ciudad en una simple vista y, socialmente, era posible para cada ciudadano el conocer a cada uno de los otros ciudadanos personalmente” (traducción propia) (15).

§12 Las manifestaciones pre-modernas del concepto de “estados”: la *civitas* medieval

Del trabajo de John Finnis se deduce que, en Tomás de Aquino, el término *civitas* -o *communitas politica*, o *communitas civilis*- puede ser traducido por “un estado” o “estados” (219), como podía ser traducida la *polis* en Aristóteles. En efecto, en un mundo en que se habían vuelto mucho más diversas y complejas las formas de organización socio-políticas, Tomás necesitaba adoptar un término genérico para referirse a un espectro mucho más amplio de estas organizaciones que, no obstante, poseían algo (una esencia) en común (220), y común también a la *polis* griega.

En la búsqueda de esta esencia, llega a identificar, en su interpretación de la teoría política de Aristóteles, aquello que a ésta le faltaba o se encontraba implícito en la definición de un *estado* y que, a mi parecer, habrá de ser un rasgo definitivo que perdurará incluso en la esencia del concepto moderno de Estado: se postula que las *civitas* (*estados*) son *comunidades completas* (*perfectae communitates*) (219).

Entonces, como ha cambiado el rango de objetos que son susceptibles de ser denominados *estados* -no sólo la “ciudad individual”-, Tomás debe recurrir a dar una definición formal de *comunidad completa*, con condiciones claras, para poder identificar tales objetos. Esta definición puramente formal establece que una *comunidad completa* es:

“una comunidad organizada de tal forma que su [actividad de] gobierno y ley entreguen *toda* la dirección que debidamente puede ser dada por el gobierno humano y la *ley* coercitiva para promover y proteger el bien común, esto es, el bien de la comunidad y

entonces de todos sus miembros y otros elementos propios” (traducción y corchetes propios) (221).

El bien común aristotélico sigue presente, pero lo que ahora tiene relevancia es el mecanismo formal que define el contenido de tal finalidad, así como la fuerza inherente de este mecanismo: la “ley”. No importa si se trata de una ciudad, o de un reino, o de una provincia (que usualmente serán los tres objetos que podrán ser denominados como *estados* -en rara ocasión menciona imperios-, aunque bien puede haber ciudades que no sean *estados*) (220); mientras sea una comunidad que pueda otorgarse su propia “ley” para gobernarse, con el objetivo de alcanzar el *bien común*, entonces es un *estado* (*civitas*). Es esta capacidad lo que le da a la comunidad su “completitud”.

Esta “ley” (que tiene como objeto *el bien común* -un asunto civil- y no *la virtud* - un asunto privado- de la cual se encargan los mandatos de la ley divina) (222-8) no se corresponde en su esencia con las actuales disposiciones con rango de ley. La definición de “ley” dada por Tomás es la de, “una ordenanza de la razón para el bien común de una comunidad [completa], promulgada por una persona o cuerpo responsable de cuidar de esa comunidad”, definición que luego complementa indicando que una ley se trata de una prescripción de la *razón práctica* del gobernante de una comunidad perfecta -completa- y que las prescripciones son, “proposiciones universales de la razón práctica que prescriben y dirigen a la acción” (traducción propia) (255-6).

De este modo, bien puede ser entendido, para estándares tomistas, que una Municipalidad que dicta ordenanzas o un Gobierno Regional que dicta reglamentos regionales son *comunidades completas* o *estados*. Pero, como quedará claro, ése no es el caso, en tanto las condiciones han cambiado.

§13 Los elementos del Estado moderno

Es entre mediados del siglo XIX y con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial que se da el intercambio exhaustivo de ideas para elaborar la teoría definitiva del concepto de *Estado*.

Para Georg Jellinek son tres los elementos de la esencia que componen al Estado moderno: *población, poder y territorio* (190). Ahora, son sin duda las modalidades en que estos elementos toman vida e interactúan lo que los hace componer la esencia del Estado moderno en cuanto tal.

En cuanto a la población, en cierto modo, Jellinek considera que se desdobra en dos modalidades al componer al Estado.

En cuanto modalidad activa, la población es el *pueblo*, i.e., una unidad formada por lazos de voluntad entre los individuos que a su vez expresa una voluntad general constituyente y ordenadora, de modo que los individuos, “poseen un *motivus* para plantear una exigencia jurídica al poder del Estado. El derecho público subjetivo es, pues, el fundamento del carácter corporativo del Estado” (380) (y ya habrá oportunidad para criticar la buena o mala condición del carácter “corporativo” del Estado).

En cuanto modalidad pasiva, la población se identifica con los *súbditos*, i.e., se corresponde con un objeto de la actividad del Estado, pues, “todo el poder del Estado descansa en la obediencia de los súbditos; toda su actividad es obediencia transformada” (393-4).

En síntesis, “los individuos, en cuanto objetos del poder del Estado, son sujetos de deberes; en cuanto miembros del Estado, por el contrario, sujetos de derecho” (380).

En cuanto al territorio, también podría decirse que se desdobra en dos modalidades de composición del Estado; sin embargo, en mi opinión, es más bien un “sub-elemento” calificador del elemento población.

El territorio, como modalidad activa, califica al *pueblo* en cuanto a sus *intereses comunes*, “lo cual es una consecuencia lógica de que los hombres que viven de continuo en un territorio sean miembros de este Estado” (369).

El territorio, como modalidad pasiva, califica a los *súbditos*, pues es, “fundamento espacial para que el Estado pueda desplegar su autoridad sobre todos los hombres que viven en él” (371).

En cuanto al poder del Estado, es el poder derivado de la asociación de individuos que compone al Estado (como función de sus voluntades) (394) que, no obstante, va dirigido “contra” ellos mismos, dominándolos; “La dominación (*Herrschen*) es la cualidad que diferencia al poder del Estado de todos los demás poderes” (397).

Ahora bien, “El dominio sobre el territorio no es, desde el punto de vista del derecho público, *dominium*, sino *imperium*. El *imperium* significa poder de mando, mas este poder sólo es referible a los hombres” (372). Los individuos están sometidos a un *imperium* porque no son *cosas*, son *personas* y lo son en tanto el “poder de dominación” al que están sometidos proviene -en teoría- de sus propias voluntades, lo que implica su reconocimiento como *sujetos*.

De lo anterior resulta que el carácter de *imperium* del poder del Estado se fundamenta en ser el producto de la *soberanía de la nación*.

En palabras de Léon Duguit, “*la nación es una formación histórica*” y, a ese respecto, aunque, “es un fenómeno propio de la época moderna”, ésta, “no es el producto de una generación espontánea” (69). Es así como califica al ser humano como un animal social por naturaleza, trazando la historia desde las ya mencionadas familias patriarcales antiguas y ciudades antiguas (aunque pone énfasis en la ciudad romana).

A continuación, por un largo tiempo, sólo se percibe ese gran portador de *dominium* que es el Imperio, pero existe un momento en que este Imperio heredado de Occidente es dividido en grandes lotes de territorio y, con el lento paso del tiempo, los individuos que pertenecen a él empiezan a desarrollar lazos entre ellos mediados por un *lazo sentimental con el territorio*; “El primer elemento de la formación nacional es, incontestablemente, el territorio; territorio más o menos extenso, no un núcleo urbano, como el elemento constitutivo de la ciudad antigua, sino un territorio que contiene ciudades y campos” (83).

Duguit realiza una enorme exaltación al valor que tiene el territorio para la formación de la entidad colectiva socio-política llamada nación como la más noble de todas al decir que,

“todo lo que constituye el fondo de la personalidad humana ... lo enlaza el pueblo al territorio habitado por él de manera tan profunda y sólida, que cuando la masa espiritual del pueblo mismo llega a poseer la profunda conciencia de que entre él y el territorio existe una indisoluble interdependencia, una indestructible solidaridad, es el momento en que puede afirmarse que la nación se halla constituida” (85).

Y lo que crea y mantiene esta representación mental en los individuos sobre la unión simbólica de éstos con el territorio es, “la lucha en común por el logro de un fin común y, sobre todo, por la conquista de un ideal común”, ideal que no puede sino tener raíces en dicho territorio (88-9). Por este *tipo de unión* moral, intelectual y física es que la nación podría ser llamada, según Duguit, una *corporación territorial* (87).

Mi opinión es que, en tanto *realización del concepto*, la nación constituye una *entidad corporativa* sumamente defectuosa (lo que explicaré en el capítulo tercero).

Pero, en definitiva, la fórmula abstracta dice como sigue. La *nación* es el titular originario de la *soberanía*. El *Estado-nación* es el mecanismo institucional por medio del cual la nación manifiesta su soberanía; de manera que el Estado-nación es *mediatamente* el titular de la soberanía.

Luego, el Estado es la moderna *comunidad completa*, y su “completitud” se traduce en tener la capacidad institucional suficiente, según estándares modernos, para poder *ejercer de propia mano* el poder soberano, y que el *constituyente* de la soberanía le permita ejercer estos poderes.

De este modo, el Estado puede ser *soberano* o *no soberano*. El Estado-nación es siempre un Estado soberano; un *Estado-miembro* de un *Estado federal* y, en mi opinión, una *Comunidad Autónoma* -las del Estado español-, son *Estados no soberanos*.

Expuesto todo lo anterior, cabe preguntarse cuál es la característica de la esencia del *imperium* (y no *dominium*) del Estado moderno, más allá de su justificación. En mi opinión, se sigue la tradición Aristotélica y Tomista que establecía como criterio de la esencia de la *comunidad completa* la capacidad de darse su propia “ley”, la única diferencia es que las formalidades y procedimientos para que una prescripción universal de la razón práctica, emitida por un soberano, cuente como *Ley*, ahora se han vuelto mucho más complejos.

Pienso que si bien no es cierto que el Estado moderno se identifica con el derecho positivo (según un pensamiento kelseniano), sí es cierto que es de la esencia del Estado moderno el ser el *Estado de Derecho*. En ese sentido, es un elemento de la esencia del Estado moderno el expresar el elemento pre-jurídico de la nación que es la soberanía en un elemento jurídico: *el derecho positivo como ordenamiento jurídico estatal*.

El *derecho positivo estatal* o el *ordenamiento jurídico estatal* es la *soberanía* de la nación expresada *jurídicamente* por mediación del Estado.

Y es por lo anterior que los organismos públicos como las Municipalidades y los Gobiernos Regionales ya no podrían ser considerados como *estados* -en sentido tomista-, por dictar prescripciones universales de la razón práctica.

La Ley moderna ha actualizado las condiciones formales para contar como tal. Ley, ahora, es sólo la que cumple con las exigencias formales de la modernidad, i.e., tener el rango de tal según un moderno *procedimiento estatal* complejo, dictado por un moderno *cuero legislativo* complejo. Y este procedimiento sólo lo puede realizar la persona jurídica Estado; de modo que, ahora, el Estado es la única *comunidad completa*, pues es la única entidad colectiva socio-política que puede darse a sí misma una Ley en el sentido moderno (que es ahora el sentido verdadero).

No es absolutamente exacto, pero si tuviese que indicar aquello que *es* el Estado, diría que, definitivamente, no se identifica ni con la Administración centralizada, ni con el ordenamiento jurídico estatal en sí mismo; el Estado está más cerca de identificarse con todo organismo que

expresen *poder soberano* y *en cuanto* exprese poder soberano (por ejemplo, pero no limitado a, el Congreso promulgando una Ley o los Tribunales de Justicia dictando una sentencia con fuerza de cosa juzgada).

Sección B – Concepto estrictamente jurídico de descentralización y la especie adecuada para Chile: la descentralización territorial de naturaleza administrativa

§14 Descentralización como concepto estrictamente jurídico

Con toda la exposición histórico-conceptual que se ha hecho hasta ahora, se ha logrado identificar el contexto en el que ha de tener operatividad la descentralización que interesa a Chile: se trata de la descentralización administrativa del Estado-nación chileno; más específicamente, la *descentralización del ordenamiento jurídico estatal chileno*, teniendo como límite la *transferencia de poderes soberanos*.

Por fin es posible hablar de los *conceptos estrictamente jurídicos* de *descentralización política*, *descentralización administrativa* y su género *descentralización* que, aunque determinen -ambas especies- la distribución del poder político, sólo lo hacen de manera *mediata*. El ordenamiento jurídico estatal es el único objeto del que se ocupa todo proceso enmarcado tanto en la descentralización política como en la descentralización administrativa.

La descentralización (política o administrativa, según la *naturaleza de las competencias*) es siempre una creación, eliminación o modificación de *normas estatales* (disposiciones con rango legal o constitucional) i) sobre el *titular* de determinadas competencias, ii) sobre el *ámbito* “jurídico-espacial” de esas competencias, y iii) sobre la *naturaleza* de las competencias. Todo esto se traduce en la necesaria modificación de la estructura de un *ordenamiento total*, resultando en la identificación o reconocimiento de *ordenamientos parciales* con un *órgano propio* que tiene *competencias* sobre éste.

Un ordenamiento parcial ha llegado a ser identificado como un *ordenamiento diferenciado* (aunque comprendido en el ordenamiento total), en tanto la modificación estructural lo ha

delimitado claramente según los dos criterios que identifica Kelsen al hablar de la descentralización de un ordenamiento jurídico: el *criterio dinámico* y el *criterio estático*.

§15 Los órganos propios de un ordenamiento parcial en la teoría de Kelsen

En el sistema elaborado por Kelsen, el criterio que, por antonomasia, se correspondería con la descentralización es el del *criterio estático*, que se refiere al *ámbito de aplicación* de las normas de un ordenamiento jurídico estatal, o de las normas “sin rango estatal” que se someten a él (como es el caso de las que dictan los órganos que ejercen actividad administrativa); de manera que para referirse al conjunto se hablará simplemente de *ordenamiento total*.

Es importante dejar en claro desde ya que el objeto de la descentralización es el *ordenamiento jurídico estatal* (las Leyes o la Constitución), aunque la modificación de su estructura modifique el *ordenamiento total* separado en *ordenamientos parciales*; estos últimos los cuales pueden consistir, por completo, en *meras normas públicas* que no hacen parte del *ordenamiento jurídico estatal* (las Leyes o la Constitución). De este modo, la descentralización nunca tendrá por objeto meras normas públicas sin rango estatal, pero, mediante la modificación del ordenamiento jurídico estatal propiamente tal, las meras normas públicas que dicte un *órgano propio* podrán estar o no *perfectamente descentralizadas*.

El territorio del Estado “se proyecta jurídico-espacialmente” en un *ámbito de aplicación total* que se divide en *segmentos*, de tal modo que existe la posibilidad de que existan segmentos sobre los cuales una o más normas tengan *validez exclusiva -y no excluyente-*, y, al mismo tiempo, existe la posibilidad de que existan normas que tengan validez sobre una *pluralidad* de segmentos o, en el grado de *centralización completa*, sobre la *totalidad* de los segmentos (Kelsen 214 y ss).

El *proceso lógico* para que se pueda concebir un ordenamiento total como separado en segmentos posee las siguientes fases: i) la *identificación* de un “segmento virtual” del ámbito de aplicación total; ii) la creación de una o más normas con *validez exclusiva -y no excluyente-*, sobre el “segmento virtual” *identificado*; iii) la *determinación* del anterior “segmento virtual”

como “segmento real”, en tanto -ahora- separa al ámbito de aplicación en una *pluralidad*, o aumenta la que ya existía.

De ese modo, el criterio estático admite ser concebido como un *espectro* con dos polos.

Una primera posibilidad teórica es el polo de lo *totalmente descentralizado*: el ámbito de aplicación total es concebido como compuesto únicamente por segmentos sobre los cuales una o más normas tienen validez exclusiva, respectivamente, sobre cada uno de los casos particulares de segmentos -sean dos o sean mil- y, a su vez, no existe ninguna norma que tenga validez sobre una pluralidad de segmentos.

Una segunda posibilidad teórica es el polo de lo *totalmente centralizado*: el ámbito de aplicación total es concebido como carente de segmentos, de modo que todas las normas tienen validez sobre todo el ámbito de aplicación o, para imaginarlo mejor, todas las normas tienen validez sobre todos los “virtuales segmentos” que podrían haber existido según la “proyección jurídico-espacial” del territorio, de cumplirse las condiciones mencionadas (217-9).

Como fácilmente puede imaginarse, este modelo teórico sumamente abstracto es sólo un instrumento y, en la vida jurídica real, según el criterio estático, los ordenamientos totales se encuentran *parcialmente descentralizados*.

Lo anterior significa que existe en ellos, al mismo tiempo: i) una o más normas que tienen *validez exclusiva -y no excluyente-* sobre *alguno* de los segmentos particulares del ordenamiento total; ii) una o más normas que tienen validez sobre una *pluralidad* de segmentos del ordenamiento total; y iii) una o más normas que tienen validez sobre la *totalidad* de los segmentos del ordenamiento total.

En la práctica, esto significa, por ejemplo, que existen normas que valen para todo el territorio de la nación, mientras que existen otras normas que valen sólo para las Regiones o para las Comunas, mientras que existen normas que valen sólo para una Región o para una Comuna.

Pero sigue faltando algo clave como es *quién* dicta esas normas que valen para esos determinados segmentos del territorio; qué *órgano*: de eso se preocupa el *criterio dinámico*.

Lo que se trataba de exponer en un comienzo decía relación con los *ordenamientos parciales* y sus *órganos propios* y no de meros segmentos relacionados a normas. Para poder tener tal cosa es necesaria la articulación del *criterio estático* con el *criterio dinámico* de la descentralización. Según este último criterio, se mira con preferencia a la manera de creación de normas vistas según un ámbito de validez espacial, al acto de creación normativa, a los *órganos creadores de normas* en sus distintos grados.

Se distingue según que las normas creadas, válidas para todo el territorio o válidas exclusivamente para parte de él, sean creadas por un órgano único con competencias sobre todo el territorio o por una pluralidad de órganos con competencias sobre todo el territorio o exclusivamente sobre partes de él (219-20).

Para simplificar la exposición de ideas, se supondrá que los dos criterios (que Kelsen analiza abstractamente por separado) van de la mano; i.e., cuando existen partes del territorio sobre las que una o varias normas tienen validez exclusiva -y no excluyente-, al mismo tiempo, siempre existe un solo *órgano propio* que es el que dicta tales normas y, por lo tanto, puede ser concebido -ahora- un *ordenamiento parcial* en el que ese *órgano propio* tiene *competencias* sobre él.

§16 La extensión o naturaleza de las competencias de los *órganos propios* de un *ordenamiento parcial* en la teoría de Kelsen

Ahora bien, hay que introducir una última distinción fundamental kelseniana para conocer la línea que marca el límite en el espectro entre descentralización política y descentralización administrativa, y el límite entre descentralización administrativa y lo que en la actualidad es llamado desconcentración: la *descentralización perfecta*.

La “verdadera” descentralización de una norma es aquella que, en términos de Kelsen es (como resulta evidente por sí mismo) *perfecta*. Tal cualidad se cumple sólo en cuanto la

creación-aplicación de la norma es: i) *definitiva*, i.e., que, “no exista la posibilidad de que la norma local sea suspendida y suplantada por otra central”; e ii) *independiente*, i.e., “que el contenido de la norma local no sea determinable por una central” (234).

La descentralización imperfecta se corresponde con lo que en ese tiempo era denominado por Kelsen una mera “descentralización administrativa” (lo que hoy podría llamarse *desconcentración*), que, “es, en esencia, una descentralización de la ejecución ... es decir, de la creación de normas individuales” (235). A ese respecto, la falta de *definitud* o de *independencia* de la *norma individual* o *ejecución* radica en que ésta se encuentra, “necesariamente determinada por la norma general que aplica” (237). No existe “verdadera” descentralización ahí donde no existe una real *expresión de voluntad* en el órgano creador-aplicador y el acto no es más que la mecánica consecuencia del determinismo absoluto en la cadena de la vida jurídica.

A diferencia de la, llamada por Kelsen, “descentralización administrativa”, lo que éste llama una “descentralización por autonomía” (que hoy sí podría llamarse realmente una *descentralización administrativa*) es una *descentralización perfecta* o “verdadera”. De ese modo, él expresa que,

“incluso en el ámbito de la administración, hay normas locales definitivas, cuyo contenido no puede ser determinado por ninguna norma central; es decir, también allí existe la descentralización perfecta. Si ésta alcanza un amplio grado de desarrollo, extendiéndose a determinadas competencias, de modo que resulte un orden parcial-compuesto por una multiplicidad de normas-, puede hablarse de comunidades administrativas locales dentro de la comunidad jurídica estatal. Tal es el carácter de los llamados ‘cuerpos autónomos’” (238).

Kelsen entrega, entonces, de forma definitiva, el criterio por el cual es posible decir que un *órgano propio* de un *ordenamiento parcial* dicta normas descentralizadas (y puede ser denominado *cuerpo autónomo* cuando sus competencias son de naturaleza administrativa): se trata de un órgano que puede *definir libremente* dentro de un *marco de contenido posible*, el contenido concreto de una norma general -un nuevo marco- o de una norma individual.

Entonces, es fundamental recordar que debe existir una verdadera *voluntad propia* (y no un puro evento mecánico producto de un determinismo jurídico absoluto); pero que, no obstante, tal facultad volitiva, “no puede desenvolverse sino dentro de las normas dictadas por un órgano central acerca de la misma materia, es decir, hallándose su contenido esencialmente determinado por una instancia superior” (253-4).

Para concluir este apartado, debe existir claridad sobre lo siguiente: que un *órgano propio* de un *ordenamiento parcial* exprese *voluntad propia*, no significa que esté creando-aplicando *normas estatales*. En el Estado-nación unitario, son sólo ciertos órganos centrales (como el Congreso) los que crean-aplican *normas estatales*, mientras que, por más que se corresponda con una *voluntad propia* y no un puro mecanicismo, los *órganos propios* de los *ordenamientos parciales* sólo pueden crear *meras normas públicas*. Por eso se trata simplemente de una *descentralización administrativa*, y no de una descentralización política, donde esos *órganos propios* podrían crear-aplicar *normas estatales* por medio de una actividad legislativa o judicial.

§17 Diferencia entre los *órganos propios del ordenamiento total* que manifiestan *poder soberano* y que crean-aplican *normas estatales*, y aquéllos que *no manifiestan poder soberano* y que crean-aplican *meras normas públicas*

El sentido kelseniano de “creación-aplicación de norma” es un género que abarca muchos objetos; hay que ver lo que hay detrás de la expuesta estructura, sin romper su lógica, para descubrir las especies de creación-aplicación de normas que en la vida práctica se califican como actividad legislativa y actividad judicial -con fuerza de cosa juzgada-.

Estas dos especies de actividades, evidentemente, son una creación-aplicación de normas, pero su característica particular es que otra norma centralizada de la más alta jerarquía ha determinado que cumplen con los requisitos formales y procedimentales para contar como actividad de creación-aplicación de *normas estatales* o de derecho positivo estatal.

Una incógnita importante surge respecto al género de los órganos públicos del Estado-nación unitario cuya competencia parece tener alcance a nivel nacional: ¿cuál es la diferencia estructural entre las normas creadas-aplicadas en virtud del poder de un *órgano propiamente estatal* (como el Congreso o los Tribunales de Justicia) y las normas creadas-aplicadas en virtud del poder de un *órgano meramente administrativo* de la Administración centralizada; siendo que ambos son *órganos centralizados* u “*órganos propios del ordenamiento total*”?

La respuesta, creo yo, es la siguiente. Ha quedado claro que toda creación-aplicación de una norma es, al mismo tiempo, una *expresión de voluntad* y un *marco* que ésta fija, dentro del cual puede crearse-aplicarse otra voluntad (incluso en el caso de las sentencias). Pues bien, la creación de *normas estatales*, o la creación de derecho objetivo estatal (el “verdadero derecho objetivo”), es siempre, según el dogma que funda al moderno Estado de Derecho, la determinación de un marco que se corresponde absolutamente con la *voluntad soberana*.

Cada promulgación (junto a la entrada en vigencia) de una Ley, y cada sentencia de un Tribunal del Poder Judicial que genere cosa juzgada, es siempre y absolutamente una manifestación de la *voluntad soberana*. En cambio, cada norma que dicta un organismo administrativo (sea propio del ordenamiento total o de un ordenamiento parcial) jamás puede ser tal cosa.

Lo anterior puesto que, mientras que el Estado *es* -mediatamente- la nación misma -o el soberano- (i.e., *absolutamente sujeto*) y crea-aplica el derecho objetivo incondicionado (en su forma de poder legislativo o poder judicial o un “híbrido”); los órganos administrativos, aunque también sean mediación del cuerpo social que es la nación (y por eso pueden crear-aplicar normas públicas), lo son imperfectamente; puesto que, al mismo tiempo, son súbditos de la nación, y por eso sus normas nunca pueden identificarse perfectamente con la *voluntad soberana* de la nación (i.e., son *parcialmente sujetos* y *parcialmente objetos*).

Si el órgano administrativo “es de la” Administración centralizada, entonces nunca existe *voluntad propia* y toda actividad es *cumplimiento* de derecho positivo estatal (y si este órgano en verdad realiza una actividad que expresa poder estatal, como podría ser el caso de la

Contraloría General de la República [en adelante CGR], entonces habría que comenzar a dudar que jurídicamente pertenezca a la “Administración”).

Si el órgano administrativo “es de una” Administración descentralizada con un órgano con *autonomía administrativa* a la cabeza, entonces hay que hacer dos distinciones. En cuanto a la actividad del *órgano con autonomía administrativa*, sus normas expresan *voluntad propia*, aunque se realice una actividad meramente administrativa, porque de todos modos está creando contenido dentro de un marco normativo superior, y esa creación-aplicación es *definitiva e independiente*. En cuanto a la actividad de todo el resto de los órganos administrativos que “son de la” Administración descentralizada en cuestión, nunca existe *voluntad propia*. Sin embargo, en tanto se trate de órganos administrativos, ésta no es la *voluntad soberana*.

Volviendo a los *órganos propios del ordenamiento total*. En la práctica, ¿cómo se garantiza que se cumpla con esta estructura en la que el marco de voluntad determinado por el derecho positivo estatal sea absolutamente idéntico a la *voluntad soberana* de la nación? Como se dijo, esto, supuestamente, se logra con una norma centralizada de la más alta jerarquía que dice qué forma y qué procedimiento es el que ha de cumplir la creación-aplicación de una norma estatal para ser considerada materialmente de esta manera.

Y ésta es la característica formal del derecho estatal, con la que no cumplen las meras normas administrativas de la Administración centralizada (siendo que ambos son *órganos centralizados* u “*órganos propios del ordenamiento total*”); una serie de requisitos formales y procedimentales para que opere la ficción que dice que el derecho objetivo o positivo estatal (las Leyes y las sentencias con fuerza de cosa juzgada) es la creación-aplicación de normas que manifiestan siempre y *absolutamente* la *voluntad soberana*.

En conclusión, la actividad legislativa y judicial es creación-aplicación de derecho objetivo (estatal, que es el único “verdadero”, en el Estado-nación); la actividad administrativa jamás es creación-aplicación de derecho positivo, sólo crea-aplica meras normas públicas generales o individuales, lo que significa *cumplir* la Ley y la Constitución formal, o el derecho positivo estatal.

Si es un órgano que tenga alguna de las especies de *autonomía competencial* que se verán al final de este capítulo, como son los *órganos con autonomía administrativa competencial*, entonces existe un grado de *voluntad propia* (aunque sea en *cumplimiento* del derecho positivo estatal), porque la norma tiene las características de *independiente* y *definitiva*. Sin embargo, eso no significa que dicha *voluntad propia* sea una manifestación de la *voluntad soberana*.

§18 Descentralización política: el ejemplo del tipo ideal de Estado federal

Una breve exposición de este tema tiene importancia para conocer los límites del modelo de descentralización al que puede aspirar Chile, según el objetivo fijado. La descentralización política tiene su manifestación por antonomasia en lo que se corresponde con el *tipo ideal* de un Estado federal.

Habiendo hecho las distinciones del párrafo anterior, quedó bastante claro que el hecho de que un órgano sea un *órgano centralizado* u “*órgano propio del ordenamiento total*” no lo hace necesariamente un órgano que exprese actividad estatal. Del mismo modo, corresponde ahora referirse a aquellos órganos que, pudiendo ser considerados como *órganos descentralizados* u “*órganos propios de un ordenamiento parcial*”, puede decirse que expresan una *actividad estatal*, al cumplir con los requisitos formales y procedimentales que fija una norma centralizada de la más alta jerarquía.

En el Estado federal, los Estados-miembros son “*órganos propios de un ordenamiento parcial*” que crean-aplican derecho positivo estatal (ya sea a través de actividad legislativa -lo más común- o judicial).

Para respetar la extensión adecuada de este trabajo y porque no aporta mayores herramientas conceptuales para desarrollar el tema principal, ignoraré el estudio de los Estados regionales o de las Comunidades Autónomas como es el fenómeno que se ha dado en España. Bastará con decir que, en mi opinión, se corresponde con el *tipo ideal* de Estado federal y no desarrolla

ninguna forma jurídica del Estado nueva, en cuanto (sin importar cuál haya sido su desarrollo histórico), su esencia es la misma que la del Estado federal.

El Estado federal posee un carácter unitario y un carácter compuesto, y los Estados-miembros habrán de comportarse en ciertas ocasiones como Estados y en otras ocasiones como órganos del Estado federal; todo lo cual es expuesto con gran detalle en la obra de Michel Mouskhely, *Teoría jurídica del estado federal*.

Para Mouskhely, el aspecto unitario está dado por una clara *superioridad jurídica* del Estado federal por sobre los Estados-miembros, la que se manifiesta en varios puntos, pero destacaré los que más interesan a este estudio.

Primero, en cuanto a sus competencias materiales, el Estado federal, “comprende un volumen de materias mucho más grande que el de las colectividades-miembros” (Mouskhely 151) y, ante conflictos de competencias, el derecho del Estado federal se impone por jerarquía de sus normas (151-2). El otro punto que interesa dice relación con que el Estado federal tiene en sus manos el derecho de fijar su propia competencia, sin ninguna limitación jurídica más que las que él mismo se impone (y que, por supuesto, puede llegar a modificar también); ésta es la llamada *Competencia sobre las competencias* (171-2). En lo extra-jurídico, el Estado federal se caracteriza por representar a una única nación y tener un territorio propio que se entiende como unidad (173 y ss).

Todas éstas son características que el Estado unitario también posee.

Ahora bien, para Mouskhely, el Estado federal es el resultado de un tipo especial de descentralización de un grado muy elevado, que es alcanzada por dos grandes elementos que se pasan a exponer a continuación.

En primer lugar, está la llamada *autonomía constitucional*: ésta es la competencia de cada Estado-miembro de darse libremente una Constitución y libremente poder modificarla. Para Mouskhely, ésta es la forma más alta de *autonomía*, y se deduce lógicamente que quien la posee

también puede darse Leyes, ejecutarlas por una Administración propia y darse una organización judicial (277).

En segundo lugar, los Estados-miembros tienen la competencia consistente en la *participación en la formación de la voluntad estatal (federal)*; y son dos las maneras en que puede ejercerse esta competencia: *indirecta* y *directamente*.

Se participa, “indirectamente, por la existencia de una Cámara a la que los Estados-miembros envían sus representantes” (279). La justificación de esta segunda cámara es completamente diferente a la de los Estados unitarios, pues se entiende que el Estado federal representa a dos niveles yuxtapuestos de “voluntades políticas enlazadas”: “El pueblo en conjunto y el conjunto de Estados particulares, o, si se quiere, el pueblo considerado como un todo y el pueblo repartido en colectividades públicas, distintas las unas de las otras” (Le Fur, ctd en Mouskhely 279).

Se participa, “directamente, por la parte que toman [los Estados-miembros] en la revisión de la Constitución federal” (corchetes propios) (279). No sólo existen las competencias que los mismos Estados-miembros se dan en sus Constituciones, sino que la Constitución federal las reparte también y, evidentemente, lo que ésta decida tiene primacía por sobre el contenido de las demás Constituciones.

Si no existe participación directa ni indirecta (no serían copulativas y bastaría con tener una), entonces no se trata de un Estado federal, aunque se haya dado esa denominación a sí mismo.

Habiendo expuesto el segundo elemento del carácter compuesto del Estado federal -la *participación*-, quedan de manifiesto las incongruencias del concepto esbozado por Mouskhely para el primer elemento: la *autonomía constitucional*. Aunque enuncie como componente de la esencia de ésta la capacidad de, “darse *libremente* una Constitución y *libremente* poder modificarla”; luego no tiene problemas en reconocer que las Constituciones de los Estados-miembros estarían sujetas al contenido de la Constitución federal, que puede modificar o repartir competencias directamente en los Estados-miembros, o indirectamente haciendo

modificaciones a sí misma, que obliguen a los Estados-miembros a ajustarse a este cambio (272-8).

El Estado-nación es la entidad institucional -mediadora de la nación- que es *propietaria* del ordenamiento jurídico estatal en dos sentidos: en cuanto tiene el *derecho subjetivo* de *constitución* del ordenamiento jurídico estatal, y en cuanto tiene el *derecho subjetivo* de creación-aplicación de derecho positivo estatal. En cambio, los Estados-miembros son *propietarios* del ordenamiento jurídico estatal sólo en cuanto tienen el *derecho subjetivo* de creación-aplicación de derecho positivo estatal.

Así resulta que la del Estado-nación es más que *autonomía constitucional*; se corresponde jurídicamente con la *Competencia sobre las competencias*: “la capacidad exclusiva (...) de determinar el alcance de su propio orden jurídico” (Jellinek, ctd en Delooz 14). Como los Estados no soberanos no poseen este poder, no pueden proceder de propia mano a realizar la descentralización.

De este estudio del concepto de descentralización política en la forma del *tipo ideal* de Estado federal, es posible ahora deducir las especies o grados de una categoría fundamental para este trabajo como es la *autonomía* de los *entes territoriales*. Éste es un concepto jurídico que es -mediatamente- expresión de un poder político y, en términos generales, admite las siguientes especies.

En primer lugar, la *autonomía soberana*, que posee el Estado-nación (que es un Estado soberano), y cuya esencia es la *competencia sobre las competencias*. En mi opinión, sólo esta especie o grado de autonomía habilita para darse libremente una *Constitución* en el verdadero sentido del concepto.

En segundo lugar, la *autonomía constitucional*, que poseen los Estados-miembros y las Comunidades Autónomas españolas (que son, ambos, Estados no soberanos), y cuya esencia radica en dos elementos: una cierta *completitud* que les permite ejercer poderes soberanos y el que estos poderes se encuentren efectivamente en su propiedad, según la voluntad del Estado

soberano; todo esto según un grado variable de la extensión de las *competencias*, como actividades concretas que manifiesten un *poder legislativo* o un *poder judicial*. Mouskhely extiende esto a la capacidad de darse “libremente” una propia “Constitución”, pero ya expliqué que esto no me parece tan cierto.

Por último, la *autonomía administrativa*, de la cual hablaré en los capítulos que siguen. Sólo se debe acotar que, como toda especie de autonomía, puede ser analíticamente separada en un aspecto de *autonomía orgánica* y otro de *autonomía competencial*.

§19 Necesidad de superar la discusión sobre la diferencia entre desconcentración y descentralización y avanzar hacia la discusión sobre un tipo específico de descentralización para los entes territoriales

Ya realizadas las reformas del año 1991, a la doctrina chilena no le habría quedado mayor duda respecto a que el llamado proceso de “regionalización” del gobierno militar fue realmente una desconcentración y no una descentralización.

Varios académicos estudiaron y ordenaron en detalle las características del nuevo órgano representativo de base territorial que era el Gobierno Regional, pero mi impresión es que fue menor la preocupación por tratar de analizar en sus elementos esenciales el concepto jurídico mismo de descentralización. No obstante aquello, es evidente que la discusión jurídica tuvo lugar, pero lo fue esencialmente en cuanto trató de hacerlo siempre comparando y oponiendo el concepto de *descentralización* con aquel de la *desconcentración*, en vistas a evitar los errores conceptuales que llevaron a la fallida tentativa “regionalizadora” del gobierno militar.

Así, no cabe duda de que todos los académicos se encuentran, desde ese entonces, contestes en que existe algo común entre los conceptos de desconcentración y descentralización; siendo la desconcentración algo así como una manifestación sumamente débil de una suerte de “fuerza centrífuga” por la cual algo del poder político del centro se “manifiesta” en la periferia, de un cierto modo superficial y, sobre todo, temporal y sujeto a discrecionalidad. En palabras de Juan Carlos Ferrada Bórquez:

“La desconcentración y la descentralización son técnicas de reparto de potestades administrativas al interior de la organización estatal o mecanismos de atenuación de la centralización administrativa, que consisten básicamente en la transferencia de las potestades desde los entes centralizados del Estado a órganos territoriales periféricos personificados o no, según sea el caso” (*Estado regional* 228).

El término que de manera estricta se utilizará en este trabajo para hablar del “reparto” de competencias que se hace en virtud de una descentralización (y no de una desconcentración) es el de *transferencia* de dichas competencias. Pero es evidente que algo de común existe a estos dos procesos, en la descentralización y en la desconcentración. Al respecto, tanto la palabra “reparto” como la palabra “transferencia”, implican, de alguna forma u otra, “superficial” o “realmente”, que una facultad jurídica que en algún tiempo y espacio determinados era *ejercida* por un órgano, en otro tiempo y espacio, es ejercida por otro órgano. Por otro lado, *alguien* ha decidido que aquello suceda.

En palabras de Humberto Nogueira Alcalá, en el fenómeno de la desconcentración, “la delegación de funciones implica sólo una transferencia del ejercicio de las respectivas funciones, permaneciendo la titularidad de ellas en el órgano delegante”, de modo que, “el órgano superior mantiene, respecto de las funciones o atribuciones desconcentradas, la capacidad de recuperarlas” (11-2). En ese sentido, sólo se da un *movimiento interno* dentro del gran “organismo de organismos” llamado *Administración centralizada* (12), de tal modo que el mencionado cuerpo, concebido exteriormente, se mantiene sin ninguna modificación en cuanto a su poder total. En términos jurídicos, este movimiento interno se traduce en que, “el órgano delegatorio actúa con la misma personalidad jurídica del órgano delegante y bajo su dependencia jerárquica” (11).

Para Nogueira, en la descentralización administrativa, que es distinta de la desconcentración y de “un grado superior a ella”, “existe una traslación [transferencia] de competencias de la administración central del Estado a nuevas personas morales o jurídicas de derecho público, las cuales están dotadas de un patrimonio propio” (corchetes propios) (12).

Ferrada dice virtualmente lo mismo, comparando ambos fenómenos, cuando comienza expresando que la desconcentración no busca, “afectar la personificación jurídica de la organización administrativa central, ni la dependencia orgánica jerárquica del ente territorial inferior respecto de éste” (229).

Pero, en cambio, “lo fundamental en la descentralización administrativa es la radicación de potestades en un órgano con personalidad jurídica de derecho público propia y distinta del Estado central” (229).

En términos bastante similares pero más completos, en su artículo “*Reforma Constitucional y descentralización administrativa*” (para referencias *Reforma y descentralización*), Vergara explica que,

“En cuanto a lo que, desde el punto de vista jurídico, significa la descentralización, es posible afirmar que, desde el punto de vista administrativo, y en su vertiente territorial, involucra crear, al lado de los organismos estatales de unidad nacional, organismos regionales y municipales con personalidad jurídica propia, con competencias propias, sujetos sólo a supervigilancia y no a dependencia jerárquica del poder central, y autonomía electoral y financiera.

Los organismos nacionales mantienen, claro está, como titulares de la ‘Unidad Nacional’, una supervigilancia superior sobre estos organismos descentralizados. Pero sólo una ‘supervigilancia’, pues éstos están ‘fuera del centro’” (*Reforma y descentralización* 343).

Como queda claro, entonces, para estos autores, la esencia de la descentralización administrativa y de los órganos descentralizados es poseer una *personalidad jurídica propia* (de derecho público), *no sujeta a un poder jerárquico administrativo* por parte de un órgano superior, y, al mismo tiempo, el poseer *competencias propias*, i.e., fijas y no delegadas a discrecionalidad por un órgano superior.

Pues bien, en gran parte, la doctrina nacional no se equivoca. Es indudable que cada uno de éstos es un elemento de la esencia para poder hablar de un órgano territorialmente descentralizado; sin embargo, es mi opinión que este análisis jurídico se queda en un nivel muy abstracto y no es capaz de captar la esencia completa de un órgano territorialmente descentralizado.

En efecto, la razón de este nivel de abstracción radica en los esfuerzos por clarificar la diferencia entre los conceptos de *desconcentración* y de *descentralización*; sin embargo, es necesario un mayor nivel de especificidad en tanto la diferencia cualitativa entre un *órgano descentralizado a secas* (o *funcionalmente descentralizado*) y un *órgano territorialmente descentralizado* es de la más absoluta envergadura.

La doctrina nacional parece utilizar el concepto de “autonomía” en un sentido demasiado genérico, pero, desde la perspectiva de la gradación que se hizo con anterioridad en este mismo capítulo (entre (i) *autonomía soberana*, (ii) *autonomía constitucional*, y (iii) *autonomía administrativa*), resulta que el vocablo *autonomía* tiene un cariz sumamente diferente cuando se utiliza para calificar a entidades como el Gobierno Regional o una Municipalidad. Posee un sentido técnico que adquiere por el carácter particular de los órganos que está calificando.

¿Pero cuál es ese sentido particular? ¿Qué tienen de especial estos órganos? Quizá resultaría mucho más evidente esta diferencia cualitativa si, como en el caso de Francia, lo que tuviese personalidad jurídica fuese la Región misma (i.e. la *comunidad subnacional*) en lugar de tenerlo el Gobierno Regional, que no es más que su órgano representativo. La diferencia evidente radica en que el sistema jurídico está tratando con un ente que tiene *realidad histórica* y no artificial.

Lo anterior significa que la descentralización de un ente territorial tiene características específicas que no agotan los criterios utilizados para exponer lo que es jurídicamente un *órgano descentralizado a secas*: el *órgano territorialmente descentralizado* (dentro de un Estado-nación unitario) tiene como esencia la *autonomía administrativa* en el sentido técnico de la gradación que se utilizó con anterioridad.

¿Y qué elementos agrega esta esencia a la definición jurídica de órgano descentralizado en abstracto? Éstos son los que se deducen del hecho de que el ordenamiento jurídico esté tratando con una entidad con *realidad histórica* y no artificial.

En primer lugar, la *autonomía administrativa orgánica* significa que la personalidad jurídica de un órgano territorialmente descentralizado no es cualquier tipo de personalidad jurídica: es una personalidad jurídica de *origen corporativo* y no *fundacional*.

En segundo lugar, la *autonomía administrativa competencial* significa que las competencias propias de un órgano territorialmente descentralizado también tienen un carácter específico que se distingue esencialmente de las competencias propias de algún órgano funcionalmente descentralizado: las competencias de un órgano territorialmente descentralizado tienen una *finalidad interna* y no una *finalidad externa*. En efecto, la Región (asumiendo por un momento que es ésta la que tiene personalidad jurídica) utiliza sus competencias para *satisfacerse a sí misma*. A diferencia de esto, un Servicio Público descentralizado como, por ejemplo, la Fiscalía Nacional Económica, utiliza sus competencias para satisfacer a otros, los usuarios que son externos, y nunca a sus propios miembros.

Por todas estas razones es que creo adecuado el que se reflexione aun más sobre el concepto de descentralización para ver si jurídicamente es lo suficientemente útil para entidades como los Gobiernos Regionales o las Municipalidades. En mi opinión, debiésemos seguir el ejemplo francés y construir una categoría más específica aparte: la de *Colectividad Territorial*. Con ello, podríamos hablar de un tipo de descentralización más específica, como es la *descentralización en Colectividades Territoriales*.

Capítulo 3 – Las Colectividades Territoriales

Sección A – Las Colectividades Territoriales como personas jurídicas representantes de una comunidad subnacional con realidad corporativa

§20 Esbozos de definición y esencia del concepto de Colectividad Territorial

En Chile no existe un término genérico que englobe a sus dos especies de “órganos administrativos territoriales” como son las Regiones y las Municipalidades; en Francia, en cambio, como señala Benoit Delooz, en su tesis doctoral del año 2015, el concepto de Colectividades Territoriales (que cumpliría este rol), fue objeto de largos debates doctrinales (17). En ese sentido, si bien el concepto seguiría siendo confuso para la doctrina francesa, al menos habría consenso en cuanto a una vaga idea sobre que la Colectividad Territorial, “es un agrupamiento humano unido por un vínculo territorial y dotado de una organización que le permite de participar a la vida jurídica” (Douence, ctd en Delooz 103).

En concordancia con la definición anterior, a grandes rasgos se deducen los elementos delineados por la doctrina francesa, según da prueba Benoit Delooz al citar a los autores J. Bourdon, J-M Pontier y J-C Ricci y resumir de sus posturas lo siguiente:

“Los elementos constitutivos para esos autores son la población, el territorio, y el nombre, y se percibe bien que no son verdaderamente objetos jurídicos, pero objetos a los cuales se aplican reglas de derecho. Las condiciones jurídicas constitutivas de la noción de colectividad o ente territorial son, para esos mismos autores, la personalidad jurídica, los asuntos propios, la autonomía respecto del poder central y un poder de decisión” (104).

Aparecen los mismos elementos que poseía una nación (considerando el “nombre” como un detalle menor); i.e., población y territorio, y, por supuesto, no de manera aislada, sino que interconectándose de un modo particular: “un agrupamiento humano unido por un vínculo

territorial”. Estos son elementos pre-jurídicos cualitativamente idénticos a los de la nación, mientras que aquello que faltaría sería un *poder político* lo suficientemente fuerte como para ser capaz de formar un Estado: la *soberanía* -pre-jurídica- como *fuerza volitiva*, que pasa a ser la *soberanía* -jurídica- como *autonomía soberana* o *competencia sobre las competencias* (expresada como *Constitución* en su sentido verdadero -material y formal-).

Pero nótese bien que, definitivamente, esta entidad no carece por completo de “voluntad” (lo que la nación posee con el nombre de *soberanía*), al menos no de *voluntad* como (pretensión de) *acción intencional*; bajo esta noción (propia de la Teoría de la Acción), la voluntad se compone de dos elementos esenciales que se entrelazan: un *plan mental* (*deseos* más *creencias* que sirven como *razones para la acción*) y una *fuerza ejecutora* (un correlativo *poder causal* en el mundo) (Velleman 5-7). Llamaré a la comunidad socio-política, que es la expresión pre-jurídica de una Colectividad Territorial, una *comunidad subnacional*.

De este modo resulta que, a pesar de la similitud entre los elementos pre-jurídicos de una nación y los de una comunidad subnacional (pues ambos pertenecen al género *comunidad socio-política*), al momento de entrar al reino del derecho, la Colectividad Territorial se diferencia esencialmente del Estado-nación. Por supuesto, ambos son personas jurídicas de derecho público diferenciadas; luego, ambos tienen “autonomía” y un “poder de decisión”, pero los del Estado son soberanos, mientras que los del ente territorial tienen sólo un “alcance administrativo”: consecuencias obvias de las limitaciones *externas* derivadas de la preexistencia de una entidad socio-política -y jurídica- *superior*.

Entonces, lo que interesa es más bien un elemento jurídico que es consecuencia de una relación *interna* entre los elementos pre-jurídicos de la comunidad subnacional y los elementos jurídicos de la Colectividad Territorial, lo cual se descubre, primero, por simple observación de lo expuesto, en los llamados *asuntos propios*.

Bertrand Faure, quien señala más o menos los mismos elementos de la esencia de la Colectividad Territorial, ya referidos, expresa lo siguiente respecto al elemento de los *asuntos propios*:

“La existencia de las colectividades procede de la consideración de que el Estado no es el único representante de los intereses que están presentes en la sociedad. Algunos de ellos, geográficamente localizados, pueden ser mirados como suficientemente distintos de aquellos del Estado en general, aunque deban permanecer más o menos en armonía con ellos (policía, urbanismo...)” (traducción propia) (par. 9).

Asuntos propios es ya un concepto jurídico; éstos traducen el reconocimiento jurídico del Estado de los *intereses públicos comunes* constituyentes de las *razones para la acción* que permiten a la Colectividad Territorial formarse un *plan común* de su voluntad. La gran diferencia con el Estado-nación radica en que éste posee una *fuerza ejecutora* de su voluntad, de la cual la Colectividad Territorial carece por completo.

Y lo anterior (estos intereses públicos comunes que identifican una suerte de “mente común”) lleva a descubrir una calificación especial para otro elemento de la mayor importancia para este capítulo tercero, como es la personalidad jurídica propia, puesto que ésta no es una personalidad jurídica propia cualquiera, como la de los meros órganos descentralizados. Como ya dije, creo que la expresión pre-jurídica de una Colectividad Territorial es una *comunidad subnacional* y la proyección de ésta al mundo del derecho se hace teniéndola en cuenta como una *entidad corporativa real*, que es *lógica* (por el momento de aplicación de la norma que la convierte en entidad jurídica) y *sociológicamente anterior* al Estado-nación (por el supuesto de hecho de aplicación de la norma).

Conceptualmente, tanto la *nación* como la *comunidad subnacional*, al proyectarse en el reino del derecho, comparten un mismo *elemento de la esencia* jurídico: su *personalidad jurídica de origen corporativo*.

La soberanía, en cuanto *fuerza ejecutora*, y expresada en la *Ley en sentido moderno*, es lo que ahora le otorga “completitud” a la entidad socio-política y jurídica. Sólo el Estado-nación puede ahora ser entendido como una *comunidad completa*. Pero es un error pensar que la soberanía es la expresión adecuada de una voluntad y, más importante, la voluntad de la nación

o el pueblo, como pretende ser. Porque, a final de cuentas, en la vida práctica, la soberanía es, sobre todo, una *fuerza ejecutora* y, como señalé, la voluntad como *acción intencional* se compone, en su esencia, de dos elementos: un *plan mental* y una *fuerza ejecutora*.

Es bien sabido por cualquiera que estudie derecho en este país que la Ley se define (en el art. 1º del Código Civil, en adelante CC) como, “una declaración de la voluntad soberana”; sin embargo, esta definición tiene más bien una función de operatividad para el resto del sistema, más que de una descripción ontológica propiamente tal, y, en ese sentido, funciona como el *dogma* que le da racionalidad interna a nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, si, a través de los bien conocidos mecanismos democráticos, la Ley manifiesta algo así como las voluntades articuladas de los individuos que componen la nación, no cabe duda de que lo hace de una forma sumamente defectuosa; y es mi opinión que, si las comunidades subnacionales son defectuosas en cuanto a *la fuerza ejecutora* de su voluntad, son (o al menos tienen el potencial de ser) inmensamente más adecuadas que las naciones a la hora de formar un *plan mental* con las voluntades articuladas de los individuos que la componen.

§21 La *comunidad* de Tönnies compuesta de vínculos positivos como oposición a la *sociedad* compuesta por vínculos negativos

Para Ferdinand Tönnies, la comunidad socio-política que culmina con lo que se identifica con el Estado-nación es más bien una *sociedad -Gesellschaft-*, que se distingue en su esencia del concepto de *comunidad -Gemeinschaft-*.

La *comunidad -Gemeinschaft-* es cualquier grupo humano cuyas relaciones están configuradas a la manera de la *idea* de la *familia*, que es su expresión universal en su forma más simple (Tönnies 36). Esta configuración es la de relaciones cuyo vínculo es *positivo*, según ya habré de explicar (30). La *familia* es la célula de todo el sistema y su estructura fundamental, que es replicada en todas las especies de *comunidad -Gemeinschaft-* (a la manera de un fractal), se expresa en dos grupos de relaciones: i) madre-hijos (prevalece el *instinto* o *placer inmediato*),

marido-mujer (prevalece el *hábito* o las *costumbres*), hermano-hermano (prevalecen las *memorias*) (22); y ii) *Autoridad paterna*-miembros de la familia (25).

Se puede dejar de lado la obsesión de Tönnies por la simetría y entender que la “figura arquetípica” de la *Autoridad paterna*, en nuestra moderna familia, en verdad, puede ser ocupada ya sea por un hombre o por una mujer (o en conjunto, por una unión de individuos del sexo que sea); lo que me interesa es que, en las diversas especies de *comunidad -Gemeinschaft-*, se repite la relación *Autoridad-miembros* (27).

La primera gran división en especies de *comunidad -Gemeinschaft-* es la que se hace entre: i) La *comunidad de sangre*, i.e., *Parentesco* (prevalece el *instinto* o *placer inmediato*, se vive en la *casa*, y la *Autoridad* es el *padre* [o *madre*, para nosotros]); ii) La *comunidad de lugar*, i.e., *Vecindad* (prevalece el *hábito* o las *costumbres*, se vive primigeniamente en la *aldea*, y la *Autoridad* es el *gobernante*); y iii) La *comunidad de espíritu*, i.e., *Amistad* o *Camaradería* (prevalecen las *memorias*, se vive principalmente en la *ciudad*, y su *Autoridad* es el *maestro-artesano*) (28-9).

La especie que más le interesa a Tönnies es la de *Vecindad*, que se vive primigeniamente en la *aldea*, pero que puede llegar a florecer en la *ciudad* sin llegar a degenerar el concepto de *comunidad -Gemeinschaft-* que expresaría (36). Pero me he referido sólo a la estructura formal y no a la supuesta naturaleza del vínculo de las relaciones de esta estructura; lo que hace que el cuerpo que expresa el concepto de *comunidad -Gemeinschaft-* no degenera: *lo positivo*.

Tönnies se refiere a *lo positivo* de estos vínculos como el deseo de ayudar a otros, que al mismo tiempo entrega placer a uno mismo, debido al *mutuo entendimiento*. El *mutuo entendimiento* es el resultado del *lenguaje*, pero no entendido como una creación artificial, sino que como *comunicación* en el mismo vivir e interactuar genuinos, a través de las herramientas de la ya mencionada triada de los *instintos* o *placer inmediato*, el *hábito* o *costumbres*, y las *memorias*. De ese modo, las “leyes” que rigen los vínculos de una verdadera *comunidad -Gemeinschaft-* quedan como sigue:

“1. Familiares y cónyuges se aman unos a otros o fácilmente se acostumbran a ellos. Usualmente piensan en el otro y gustan de platicar entre ellos. Lo mismo es cierto para los vecinos y otros amigos también. 2. Hay mutuo entendimiento entre quienes se aman unos a otros. 3. Los que se aman y entienden unos a otros permanecen juntos y organizan su existencia conjunta” (34).

Si esto parece sentimentalismo ingenuamente romántico y abstracto, ha de notarse que se trata de algo mucho menos abstracto que los sentimientos fantasmales que mantienen cohesionada a una nación, según las ideas de Duguit. Sentimientos concretos y próximos, por tanto, mucho más racionales, son los que mantendrían la cohesión de una *comunidad - Gemeinschaft-*; no la fuerza y la imaginación.

Lo negativo de los vínculos de la *sociedad -Gesellschaft-*, por contraste, consiste en que no hay *entendimiento mutuo* anterior a la expresión de un *lenguaje artificial* (como el del contrato) cuyo objetivo es “balancear” intereses contrapuestos a través de intercambios recíprocos abstractamente equivalentes (52-3).

§22 La comunidad de Gierke: la confraternidad

Dice Harris que, “Otto von Gierke no inició el discurso de la personalidad legal ni inventó la teoría de la personalidad real” (traducción propia), sino que fue su maestro Georg Beseler, uno de los líderes de la corriente germanista de la escuela histórica del derecho en Alemania (Harris 1427).

Beseler, aunque estuviese de acuerdo con Savigny en cuanto a su reacción contra el derecho natural y las ideas universalistas de la revolución francesa, representaba también una reacción contra este último y su enfoque inspirado en el derecho romano, considerado por los germanistas como individualista en lugar de comunitario; batalla teórica que, en definitiva, terminaría por liderar, de parte del bando germanista, el mencionado Otto von Gierke (Harris 1428-9).

Pero el concepto que, más que cualquier otro, le interesaba a Gierke era el de *confraternidad* (término que tomo de la traducción que toma Puga-Vial (48), que pudo haber provenido de una traducción directa desde el alemán *-Genossenschaft-* o desde el inglés *-fellowship-*), como queda claro al ser el concepto clave de su obra, *Community in Historical Perspective*.

Son cinco los períodos que identifica Gierke en su obra al hablar de las estructuras socio-políticas dominantes en lo que históricamente ha sido entendido como territorio germano (Gierke 9-12).

El primero va desde los inicios del medioevo hasta la coronación de Carlomagno en el año 800; se caracteriza por la presencia de organizaciones humanas unidas por un vínculo de *afinidad natural*, i.e., principalmente lo que se corresponde con la *comunidad de sangre* de Tönnies, como la *familia extendida* y las *tribus*, que funcionan, en un primer momento, espontáneamente, a la manera de *confraternidades*. Pero sobre éstas y dentro de éstas se va desarrollando, al mismo tiempo, el principio del *señorío*, sobre todo mientras se va haciendo cada vez más evidente que la posición normativo-jerárquica de los individuos (que habían dejado de ser nómades pero que con el tiempo fueron marcando la superioridad de la agricultura como origen del valor económico) se encuentra determinada por la amplitud de los *derechos reales* que poseen sobre *bienes raíces* (9-10).

El segundo período va desde el año 800 al 1200 y representa la victoria absoluta del sistema *feudal* con el principio *patrimonial* como rector en las relaciones entre *señores* y *vasallos*; sin embargo, comenzaría a nacer un tipo de *confraternidades* ya no basadas en la *afinidad natural*, sino que en el principio de la *unión libre*, i.e., un, “juramento mutuo y la solemne declaración de intenciones” (traducción propia) era el requisito para su creación y obtención de membresía (21).

Ahora bien, el sistema de asociaciones de la era moderna, “descansa en la posibilidad de pertenecer, por una parte, un aspecto de la propia individualidad...a una organización, y con otros, a otras”; mientras que las *confraternidades* medievales (que se corresponden con el sentido primigenio de los “gremios”, como las *hermandades*) originalmente consistían en

asociaciones que, “exigían la persona completa; y entonces sus miembros no podían pertenecer a ninguna otra asociación” (traducción propia) (23). En efecto, “cada gremio Germánico simultáneamente tenía objetivos religiosos, sociales, morales y políticos, y fines relacionados con el derecho privado”, pero además se convirtieron en, “*gremios protectores*, que intentaron, por medios de auto-ayuda, proveer protección legal [Rechtsschutz] que ya no era otorgada por el estado” (traducción propia) (25).

Llega, entonces, el tercer período, que Gierke enmarca entre los años 1200 y 1525, que es aquél que realmente interesa a esta investigación. Muchas *ciudades medievales* empiezan a organizarse al modo de las *confraternidades* y, simultáneamente, varias *confraternidades* empiezan a ser los componentes de la *gran confraternidad* que era la *ciudad medieval* (10-1), por cuanto comienzan a tener representación por medio de sus miembros en alguno de los *consejos* que eran el cuerpo representativo que poseían estas ciudades.

De este modo, la organización de la *ciudad medieval* adopta un derecho objetivo basado en los *derechos personales* entre sus miembros y entre sus miembros y la *corporación* conformada por ellos; esto en contraposición al *derecho señorial* que establecía el estatus jurídico y los derechos subjetivos de los individuos en razón de los *derechos reales* (sobre todo, la *propiedad*) que tuvieran sobre determinados bienes (sobre todo, el *territorio*).

Aunque, en verdad, según Gierke, se produjo una verdadera unión entre el derecho basado en los *derechos reales* y el derecho basado en los *derechos personales* (34); “La expresión de esta nueva unidad fue la elevación del concepto ideal de ciudad en una sola entidad legal [Rechtseinheit]” (35). Tal “unidad”, en términos jurídicos concretos, significaba que, en su mayor parte, era ahora la *corporación* llamada *ciudad* (como *confraternidad*) la que tenía la *propiedad* sobre el territorio (bien inmueble principal) y sus bienes, y que los *miembros* de la *corporación* tenían la *comunidad* sobre dichos bienes.

“Corporación” y “comunidad” son las dos palabras claves aquí: se podría usar ambas para hacer referencia a una misma *entidad colectiva* en el mundo; pero, mientras que la primera palabra pone énfasis en la *estructura* de dicha entidad, la segunda pone énfasis en un *poder* de

dicha entidad. “Hay entidades colectivas que no tienen personalidad jurídica, como las comunidades”, dice Puga-Vial (53), lo que pareciera confirmar esta idea de que, aunque exista una entidad colectiva, ésta no tiene, a priori, una *identidad* en el reino del derecho.

En efecto, cuando pensamos en la palabra *comunidad* en su sentido jurídico más “puro”, nos vemos obligados a recordar que el CC la trata principalmente como la *propiedad* sobre una cosa, que, de manera indeseada, ha tenido que ser compartida por varios individuos. Se trata de una “indivisión indeseada” del derecho de propiedad, puesto que se considera que dentro de los atributos de la propiedad se encuentra la *exclusividad*, y esta paradoja se trata de salvar diciendo que existe *un solo* derecho de propiedad y que cada comunero tiene sólo una parte de ese derecho, lo que, en clave de la *tradición romanista*, se traduce en tener *cuotas* (Boetsch, *Bienes* 52-3).

Sin embargo, en la concepción de la *tradición germanista*, todos los supuestos “copropietarios” tienen una especie de *derecho real* sobre la *totalidad de la cosa* y no cada uno sobre su cuota. Cómo podría lograrse tal asunto en términos concretos es algo de seguro inabarcable en ésta y en muchas otras investigaciones; pero lo que interesa es entender cómo nos lleva esta idea a la posibilidad de concebir una suerte de *cuerpo-mente corporativo* con existencia previa al derecho y que, por tanto, al ser reconocido por él, lo reconoce, no como una completa ficción, sino como una *persona jurídica de origen corporativo*.

¿Por qué habría que llegar a esa conclusión? Porque identificar jurídicamente, en el mundo, a una entidad colectiva que sea capaz de coordinar cada una de sus partes para ejercer poder sobre una *cosa común* según un *plan mental común*, de tal manera que haya una armonía suficiente entre estas partes, es una razón suficiente para decir que el derecho positivo no está sólo *inventando* una persona, sino que está *reconociendo* una persona que ya existía. La persona jurídica que identificó el derecho positivo es de *origen corporativo*.

Ahora bien,

“Savigny, el padre de la teoría de la ficción, de algún modo consagrada en la definición del art. 549 de nuestro Código Civil, sostiene que la personalidad jurídica es una ficción

del legislador que asimila de algún modo una entidad de universalidad de bienes o personas a una persona física. La teoría realista, por el contrario, cree ver en la personalidad jurídica el reconocimiento de una realidad efectiva” (Puga-Vial 53).

Mi opinión es que es verdad que una personalidad jurídica es el producto de una norma del ordenamiento jurídico por la cual se crea un centro de imputación de derechos y obligaciones determinado, pero eso nada dice sobre el *fundamento* o la *causa* para la creación de esta norma. Las personas humanas también son una ficción para el derecho, un centro de imputación de derechos y obligaciones; pero las *causas* por las que se ha creado la norma que, a su vez, crea este centro de imputación, son sumamente diferentes de las causas por las que se ha creado una norma que crea un centro de imputación de derechos y obligaciones radicado en un Servicio Público descentralizado, algo carente de *vida* anterior a cualquier acto estatal. Por eso se diría que, lógicamente, un Servicio Público descentralizado es *posterior* al Estado-nación, o a su acción estatal: se trata de un acto *fundacional*.

En un punto aparte, es conveniente defender las razones por las cuales se hizo una breve exposición histórica de las comunidades subnacionales en el contexto europeo. Los fundamentos de hecho para justificar la aplicación de un sistema jurídico desde un país europeo (en todo caso, más o menos centralizado, como es el caso de Francia) hacia un país latinoamericano como lo es Chile, no pueden basarse en establecer un fuerte paralelismo entre los hechos *históricos*. En efecto, en un país como Francia o Alemania puede ser cierto que, tomando como punto de partida el desplome del Imperio Romano de Occidente, las comunidades subnacionales hayan precedido históricamente a la existencia del Estado-nación moderno; pero no es el caso de Chile, donde esta estructura jurídica superior fue “importada” de forma completa desde el viejo continente, de manera que difícilmente puede decirse que comunidades subnacionales (cuya referencia sea la nación chilena) hayan tenido anterioridad histórica con respecto al Estado-nación chileno.

Ahora bien, ciertamente estas comunidades subnacionales no existieron *históricamente* con anterioridad al Estado-nación chileno, pero ese concepto tiene un desarrollo histórico cuyo *producto* es *sociológico*, y en tanto concepto sociológico se trata de una entidad real cuya

existencia es más o menos universal. Las relaciones de vecindad independientes del aparato estatal, como las entendía Tönnies, se dan invariablemente tanto en Chile como en Europa; *históricamente*, antes o después del Estado-nación, pero, *sociológicamente*, siempre antes del acto estatal de reconocimiento. Por supuesto, este producto, en tanto el paralelismo histórico estricto no es posible, sino que sólo el sociológico, es *abstracto* y, por lo tanto, se refiere a un supuesto de hecho que, al tener que ser utilizado como fundamento para trasladar un sistema jurídico europeo como el francés al contexto nacional, requiere tener en cuenta los matices que diferencian a las entidades que existen en un país como Francia de aquellas que existen en Chile. A pesar de esto, el nivel de abstracción tampoco es tan elevado y nos encontramos con un concepto de comunidad subnacional desarrollado que bien puede servir a los fines de identificar un tipo de descentralización adecuada para el ordenamiento jurídico chileno, cuando se articula con el resto de las variables, principalmente aquella que se refiere al carácter unitario del Estado-nación chileno (que, en abstracto, se corresponde con el carácter unitario del Estado-nación francés).

Habiendo hecho este alcance, y volviendo a la articulación de estos dos elementos (i.e., la comunidad subnacional y el Estado-nación), puede decirse que, en condiciones ideales, la comunidad subnacional tendría la posibilidad de ejercer con absoluta libertad su poder de propiedad sobre la cosa común que le concierne, pero esto resulta una imposibilidad cuando existe una entidad lógicamente *superior* en la escala jerárquica normativa (incluso si no es lógicamente *anterior*), como es el Estado-nación unitario y su ordenamiento jurídico estatal, quien delimita cuál es la extensión de sus competencias. Sin embargo, nada de eso quita su origen corporativo, que sirve para darle razones al Estado-nación para decidir cuál es esa extensión de competencias que va a entregar.

En conclusión, dentro de un Estado-nación, los miembros de la Colectividad Territorial forman un *corporación* que es *lógica* (por el momento de aplicación de la norma que lo convierte en entidad jurídica) y *sociológicamente anterior* al Estado-nación (por el supuesto de hecho de aplicación de la norma). Consagrar la categoría de *Colectividad Territorial* en la Constitución, cuyas especies (en Chile) serían la Comuna y la Región, sería consagrarles a éstas una *personalidad jurídica de origen corporativo*.

Es importante destacar que, al igual que el Estado, lo que debería ser una persona jurídica de origen corporativo es la misma Colectividad Territorial local o regional, y no simplemente un órgano representativo como la Municipalidad o el Gobierno Regional.

Las Colectividades Territoriales, entonces, deben inspirarse en la *teoría de la comunidad* (socio-política), pero articulada con la *teoría del Estado-nación*. Lo anterior implica que, después de realizada esta “traslación al mundo real”, las comunidades subnacionales conservan una especie de *autonomía* que es la máxima que se puede tener con el límite impuesto por un Estado-nación unitario que es el encargado de hacer la *transferencia de competencias* y que, por su forma, no atribuye *poderes soberanos* a los “*órganos propios de ordenamientos parciales*”: las Colectividades Territoriales deben tener *autonomía administrativa*, y no más allá.

Para finalizar, quiero rescatar la idea de una “unión de uniones” al momento de formar la *corporación* a nivel regional. Mientras más se trate de una compleja articulación de voluntades concretas (en este caso, de las diferentes Comunas), la Región -como *corporación*- más podrá parecerse a una *confraternidad* y expresar una voluntad con un *plan común* adecuado. Mientras más se funde ésta en un *regionalismo* abstracto, la “voluntad común” de los miembros de la Región más se parecerá a una vacía ficción que funciona como *dogma* y nada más.

La Región debe ser entendida como el centro neurálgico por medio del cual se articulan todas las comunidades locales que contiene; formando, de ese modo, una gran comunidad.

Sección B – La autonomía de naturaleza administrativa de las Colectividades Territoriales y su alcance orgánico y competencial

§23 Los orígenes del término “autonomía” en la legislación y doctrina chilenas

Cordero Quinzacara dice que, en el origen, “la incorporación del concepto de autonomía en nuestro ordenamiento estaba asociada a la creación de entidades dotadas de personalidad jurídica y patrimonio propio, distintas e independientes del Estado/Fisco” (21).

“Esto cobró mucho más fuerza bajo la vigencia de la Constitución de 1925, a partir de una abundante legislación social e interventora”, por la cual se deduciría definitivamente una clara clasificación en tres especies de organismos públicos: fiscales, semifiscales y “autónomos” (Cordero 21). Dentro de los primeros se encontraría lo que hoy se entiende como Administración centralizada, y, dentro de los segundos, instituciones, “no definidas por el legislador y en donde la gestión y los recursos reconocían una importante participación de privados, como fueron las cajas de previsión” (21).

En cuanto a los organismos llamados autónomos por la Constitución y las Leyes de ese tiempo, se encontraban, por ejemplo, las cajas de ahorro y crédito, las Municipalidades, y un sinnúmero de Servicios Públicos y empresas públicas. “En buenas cuentas, sería lo que hoy conocemos como administración descentralizada, pero se trata de entidades que gozan de un mayor grado de independencia de gestión” (21).

Hubo una reforma a la Constitución, en 1970, que simplificó las cosas señalando que los servicios de la Administración del Estado podían separarse en centralizados y descentralizados, pero señala Cordero Quinzacara que la Constitución de 1980:

“a) Retomó la antigua distinción entre servicios fiscales, semifiscales, autónomos y empresas del Estado (artículo 62 inciso 4º N°2, actual artículo 65).

b) Considera a una serie de órganos a los cuales se les atribuye autonomía a nivel constitucional: Consejo Nacional de Televisión, Contraloría General de la República, Banco Central y las Municipalidades. Posteriormente se incorpora al Ministerio Público con igual naturaleza. En este caso nos encontramos con entidades que forman parte de la Administración del Estado, pero que gozan de una amplia autonomía respecto del Presidente de la República, de forma que la ley al momento de regularlas debe respetar esta garantía institucional” (21-2).

La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante, LOCBGAE) se queda esencialmente con la división entre Administración centralizada y Administración descentralizada, subsumiendo los -mal llamados- “servicios autónomos” dentro de la Administración descentralizada (22).

Es, en mi opinión, la indistinta atribución del carácter de “autónomo”, sin mayores calificativos, que hace la Constitución de 1980, a una serie de órganos de distinta naturaleza (y con un sustrato sumamente diferente en el mundo real), de donde comienzan a surgir las mayores confusiones en las reflexiones de parte de la doctrina nacional.

§24 Imposibilidad de una “autonomía constitucional” de las Colectividades Territoriales

Rolando Pantoja, en su obra del año 1998, *La organización administrativa del Estado*, realizó una notable interpretación de los que son a su parecer los pilares fundamentales de la Constitución de 1980; una Constitución que consideraba que rompía con viejos paradigmas e instauraba un verdadero “Estado posmoderno”. Dice Pantoja que,

“La Constitución Política de la República [de 1980] ... ha consagrado un Estado posmoderno conformador, estableciendo las bases de una sociedad solidaria, caracterizada por el común denominador de su razón de ser y de su finalidad” (corchetes propios) (222).

Este “común denominador de su razón de ser y de su finalidad” es precisamente el tan conocido *bien común*, lo cual estaría consagrado, a su parecer, con el *principio de servicialidad* de la persona humana, en el artículo 1º incisos 4º y 5º de la Constitución.

La gran diferencia del principio de servicialidad de este Estado posmoderno, en relación a las maneras que las anteriores manifestaciones del Estado moderno (Estado liberal clásico y Estado social) tenían para alcanzar el *bien común*, es que ahora el ordenamiento jurídico, no sólo garantizaría libertades, no sólo obligaría al Estado a realizar prestaciones sociales, sino que

definiría una *sociedad solidaria* en su totalidad. ¿Qué significa establecer una *sociedad solidaria*?

Establecer una *sociedad solidaria* significa determinar que *todos* están sometidos a *todas* las normas del ordenamiento jurídico estatal, sin importar si son parte del “sector público” o del “sector privado”, con la condición de que su actividad (suponiendo que tiene algún interés público) y sometimiento al derecho positivo estatal tenga como finalidad el principio de servicialidad (y, por supuesto, en la medida en que cada uno de estos sujetos públicos o privados sean capaces de soportar determinada carga y en proporción al grado de relevancia de su actividad).

“El derecho administrativo clásico se modeló bajo la tesis liberal, que veía al mundo societal dividido en un sector estatal-público y uno particular-privado” (219) y esta diferenciación se habría mantenido en el Estado social, aunque imponiéndole derechos prestacionales a este último (221). En definitiva, dice Pantoja, durante la vigencia de ambas concepciones del Estado,

“Esta perspectiva significó partir también en dos el mundo del derecho, el hemisferio público y el hemisferio privado... .

uno hacia el polo de la potestad restricción; el otro hacia el de la voluntad-libertad.

De aquí las dos conocidas normas de clausura que desde antiguo dominan el derecho chileno, según las cuales en el campo del derecho público sólo puede hacerse lo que la ley expresamente permite, en tanto que en el del derecho privado puede hacerse cuanto se quiera, salvo que esté expresamente prohibido por ley” (220).

Entonces, el Estado posmoderno, consagrado por la Constitución de 1980, habría acabado con lo anterior. La mayor prueba presentada por Pantoja sería cómo normas o principios tradicionalmente utilizados para regir a los particulares habrían comenzado a regir a los órganos públicos, y viceversa. En concreto, se refiere al *principio de la buena fe* que también regiría a los actos de la Administración pública (219), y al *principio de legalidad* contenido en los arts.

6 y 7 de la CPR, que, “hacen expresamente extensivas las normas jurídicas a ‘toda persona, institución o grupo’, a toda magistratura, persona o grupo de personas” (249).

Pero el Estado posmoderno no sólo habría dejado de manifiesto que tanto el sector público como el sector privado dejan de estar circunscritos a un solo rol bien diferenciado, para coordinarse en virtud del *bien común* de la nación; Pantoja establece como otro pilar fundamental el *principio de distribución de competencias* (supuestamente fundamentado en el artículo 5° de la Constitución), por el cual los distintos órganos y organismos del sector público derivarían sus competencias de manera inmediata de las disposiciones de la Constitución y de las Leyes. Según esto, si la Ley y, sobre todo, la Constitución califica a un organismo de “autónomo” o “descentralizado”, no se encontraría éste sometido a ningún *poder o relación administrativa de jerarquía* (o incluso de mera *supervigilancia o tutela*) por parte de la Administración centralizada, con el Presidente de la República a la cabeza (273).

Los órganos del sector público se liberan, entonces, de las cadenas de la Administración centralizada (que Pantoja parece identificar con el Estado mismo), para orientarse al *bien común* de la nación, bastándoles con observar el texto de la Constitución y de las Leyes.

Varias reflexiones importantes surgen en cuanto a la concepción del Estado que tiene Pantoja, al considerar las consecuencias que tendría ésta en la conformación del organismo de derecho público que es la Colectividad Territorial, según los elementos de esta última que han sido delineados hasta el momento.

Mi opinión es que hay mucha verdad en la visión que tiene Pantoja, en cuanto ya hemos superado la rígida estructura jurídica que en algún momento le dio su fundamento teórico al Estado moderno y que, en la práctica, bajo la concepción clásica de la “separación de poderes”, le otorgó un *poder o relación administrativa de jerarquía* exorbitante a la Administración centralizada; sin embargo, al mismo tiempo, considero que si se lleva al extremo la idea de que el Estado está definido en la totalidad de su esencia de un modo *teleológico* y que su estructura es siempre maleable al ser invocado el fin supremo identificado con el principio de servicialidad, entonces es muy probable que se caiga en una paradoja en la que ya no sea posible concebir

organismos bien determinados en cuanto a su naturaleza y competencias como serían las Colectividades Territoriales.

Sí, es cierto; su *principio de distribución de competencias* parece evitar la posibilidad de que ocurra tal cosa, en tanto estarían los órganos sometidos a la autoridad absoluta de la Constitución y las Leyes, cuya estructura, en relación a la descentralización jurídica, ya he presentado en el capítulo segundo; sin embargo, se cae aquí en una confusión importante al pretender que tal autoridad normativa pueda *concretamente* bastar para dirigir a la actividad de los órganos públicos, por dos razones. En primer lugar, i) no existe una adecuada comprensión de las ideas de *mediación y especificación* a la hora de aplicar las normas, que no pueden ser sólo *proclamaciones abstractas* (en este sentido, acepto la idea de que la estructura del Estado ya no es tan “rígida”, pero no puedo aceptar que se pierda la idea esencial de una jerarquía de normas, especificando cada una el marco de aquélla que le es superior); y, en segundo lugar, ii) no se comprende que la Constitución ya establece, en un nivel jurídico *superior* como es el de las *bases de la institucionalidad*, una *forma jurídica* del Estado por la cual resulta derechamente un sinsentido el plantear tal cosa como la “autonomía constitucional” de ciertos órganos si ya se ha establecido esta *forma jurídica* de *Estado unitario* (como fue aquello que me preocupé de probar, también, en el capítulo segundo, mostrando cómo ciertos tipos de autonomías *implicaban necesariamente* ciertas *formas jurídicas* de Estados).

A final de cuentas, quitarle relevancia a que sea tal o cual entidad concreta de tal o cual naturaleza concreta la que realice determinada actividad, con tal de que, en último término, (supuestamente) se consiga el *bien común*, evidentemente resulta en que no tenga mayor importancia determinar de manera fija -con rango legal- y específica cuáles son las competencias materiales que deban ser atribuidas a tales o cuales órganos administrativos concretos.

Pues bien, dentro de un Estado-nación unitario descentralizado en Colectividades Territoriales, respecto a los asuntos que les conciernen a las Colectividades Territoriales y han sido convertidos en sus *asuntos propios* luego de la *transferencia de competencias*, éstas tienen la facultad exclusiva de administrarlos libremente, sin interferencia de nadie más, salvo que den

su consentimiento (según algún procedimiento que también tendría que estar entregado a su competencia según las Leyes).

Una proclamación abstracta como, “la Municipalidad es un órgano con autonomía constitucional”, no ayuda absolutamente en nada a lo anterior, y la confusión de Pantoja queda de manifiesto cuando, a pesar de proclamar que las Municipalidades no están sometidas ni siquiera a un *poder o relación administrativa de tutela*, de todas maneras incluye expresamente a los Gobiernos Regionales (que dice que debiesen tener consagrada “autonomía constitucional” en la Constitución) y a las Municipalidades dentro de los “servicios generales a cargo del Estado-nación” (174). No se comprende, entonces, cómo se puede proclamar tal nivel de autonomía, en un sentido jurídico, si no presenta ninguna prueba contundente de facultades jurídicas concretas que den cuenta de esto.

En resumidas cuentas, para mí, en verdad, no existe ninguna contradicción lógica entre un modelo de Estado que contenga un *principio de distribución de competencias*, por el cual las competencias de los órganos públicos se deriven de la Constitución y las Leyes (y no por órdenes de una entidad meramente administrativa como lo es la Administración centralizada), *siempre y cuando sea con especificidad y mediación*, lo cual implica que, por más que se haya superado viejos paradigmas, seguirá siendo suprema la *estructura jerárquica de las normas* del ordenamiento jurídico estatal, como la defendida en el capítulo segundo.

El verdadero problema es que Pantoja derive necesariamente de su concepción del *principio de distribución de competencias* dos cosas: i) la idea de que no exista un ser o un deber ser, ni siquiera de *relación o poder administrativo de tutela* de la Administración centralizada sobre los órganos descentralizados (sea que deban tener o no consagrada la *autonomía administrativa*); ii) la idea de que puedan existir, dentro de un *Estado-nación unitario*, órganos con “autonomía constitucional” (pues, en esta forma de Estado, sólo tienen ese carácter los órganos que están en una relación de identidad con el Estado; v.gr., el Congreso en cuanto legisla, los Tribunales en cuanto deciden con fuerza de cosa juzgada).

Dice Pantoja que, “Los órganos y organismos autónomos son organizaciones...que dentro del Código Político no dependen ni se relacionan con el Gobierno, el Congreso Nacional o el Poder Judicial...” (290).

Pero lo anterior es inconcebible (pensando que por “Gobierno” se refiere a la cabeza de la Administración centralizada y que trata a los otros dos organismos en su “aspecto administrativo”), porque ya se demostró suficientemente que todo órgano sin poder soberano (y en tanto no ejerce poder soberano) se encuentra en *relaciones administrativas* con los otros, de la forma específica (aunque expresa o tácita, según la *forma jurídica* del Estado-nación) que determine el ordenamiento jurídico estatal.

Ahora bien, como también se demostró, lo único que se puede concebir como poseyendo *autonomía constitucional* (y diferenciado del Estado-nación) es un organismo con la *completitud* suficiente para poder ejercer *poderes soberanos*, i.e., un organismo que pueda crear sus propias Leyes o aplicar judicialmente el derecho, con fuerza de cosa juzgada; y eso no existe en Chile (además de los organismos que son aspectos del Estado-nación unitario).

Lo que se puede deducir de lo anterior es que se comete una impropiedad al calificar como “constitucionalmente autónomos” a los órganos u organismos que en la Constitución son llamados “autónomos”. Entonces, resulta que sólo es lógicamente posible que estos organismos “constitucionalmente autónomos” puedan ser alguna de estas dos especies de órganos u organismos: (i) un órgano identificado con el Estado mismo (sería el caso de la CGR); (ii) un organismo con *autonomía administrativa* (sería el caso de las Municipalidades).

Ahora bien, el sentido del vocablo “autonomía”, sea cual sea el caso, debería superar la condición de un organismo de estar meramente descentralizado, como ocurre con los Servicios Públicos descentralizados. Y para las Municipalidades la única opción lógicamente posible es que ésa sea una *autonomía administrativa*; y, de lege ferenda, esto también para los Gobiernos Regionales, o, más específicamente, de lege ferenda, para las Colectividades Territoriales consistentes en Regiones y en Comunas.

En resumidas cuentas, se trata de una *autonomía de naturaleza administrativa* que tiene *fuerza constitucional*.

§25 Autonomía administrativa orgánica: relación o poder administrativo de tutela sobre las Colectividades Territoriales

Pareciera que Pantoja confunde el Estado con la Administración centralizada y se ha defendido en este trabajo que esa identidad no es acertada. El “poder administrativo”, como si fuera una expresión de *soberanía estatal*, no existe. La actividad administrativa es una actividad *sometida* al derecho positivo estatal, aunque pueda crear normas públicas.

Pero un específico *poder o relación administrativa* de la Administración centralizada sobre los órganos meramente descentralizados o sobre los órganos de una Administración descentralizada con un órgano con *autonomía administrativa* a la cabeza, sí existe, sólo que *no es originario*: está determinado por la *jerarquía de normas* del ordenamiento jurídico estatal, determinada, a su vez, por la forma jurídica del Estado-nación.

El Estado-nación no se identifica con la Administración centralizada; sin embargo, si se trata de un Estado-nación unitario, la *voluntad soberana*, expresada en el ordenamiento jurídico estatal, ordena que todos los *asuntos nacionales* sean administrados por el “mandatario público” que tiene la *gestión general de los negocios generales*, i.e., los asuntos públicos más *residuales*: ésta es la Administración centralizada.

No puedo pretender hacer una analogía jurídica absolutamente rigurosa, pero hay similitudes importantes en cuanto a la posición que, en derecho privado, tiene un *mandatario originario*, cuyo mandato es *general*, respecto a *posteriores mandatarios*, cuyo mandato es *especial* (en ambos casos, un mandato *a nombre propio*). Mientras que, por ser un Estado-nación unitario, la existencia de un “mandato tácito” a una Administración centralizada siempre es lógicamente necesario y recae, por la indeterminación que necesariamente se da, en la *generalidad de los negocios*; la existencia de posteriores “mandatos” hechos a los órganos con autonomía administrativa y sus correspondientes Administraciones, sólo puede ser *expresa* y sólo puede

ser *especial* (en cuanto, por la forma jurídica de Estado-nación unitario, puede haber un solo mandatario de asuntos generales o de los asuntos *residuales*) (Boetsch, *Contratos especial* 39-7).

“Si el primer mandato es general y el segundo especial, subsiste el primero en los negocios no comprendidos en el segundo” (Boetsch, *Contratos especial* 55), entonces cada una de las *transferencias de competencias* a Administraciones descentralizadas (que son asimiladas a *posteriores mandatos especiales expresos*) significa quitarle esa competencia a la Administración centralizada. Sin embargo, mientras no se realice la *transferencia de competencias*, los *asuntos nacionales*, que son los asuntos *residuales* o *generales*, siempre serán de competencia de la Administración centralizada, y es en virtud de una cierta certeza jurídica que se justifica siempre un *poder* o *relación administrativa de tutela* sobre Administraciones descentralizadas de un órgano con autonomía administrativa. Esta certeza jurídica tiene que ver con que siempre debe existir un órgano mandatado por la *voluntad soberana* que vele, aunque de la manera más abstracta, porque se persiga el *bien común* de la nación toda.

Por más que la doctrina nacional esté, en general, empeñada en negar el ser y el deber ser de un *poder de tutela* del Estado sobre las Municipalidades y los Gobiernos Regionales o -de lege ferenda- sobre las Colectividades Territoriales, en Francia resulta casi unánime que éste es uno de los elementos de las Colectividades Territoriales, según señala Benoit Delooz (408). A este respecto dice él que,

“Tres parámetros permiten distinguir poder jerárquico y poderes de tutela. Los dos primeros (poder de derecho común del control jerárquico y poder de excepción para la tutela, por una parte y, por otra, ausencia o existencia de recurso de los órganos controlados contra los actos de la autoridad de control) son consentidos y no causan problemas. El tercero en cambio, que concierne a los procedimientos mismos, conduce a la mayoría de los autores a relativizar la distinción entre poder jerárquico y poder de tutela, algunos llegando incluso a borrar toda diferencia entre ellos y entonces negar la descentralización” (423-4).

Pero, según se desprende de la obra de André de Laubadère, desde antiguo, en Francia, respecto al procedimiento mismo, había claridad respecto a que, mientras que el *poder jerárquico administrativo* contenía el *poder de instrucción*, de manera que, “El superior jerárquico puede siempre mediante instrucciones imponer por anticipado las directrices para la acción de su subalterno”, esto resultaba absolutamente inconcebible en cuanto al *poder de tutela administrativa* (De Laubadère 137).

Ahora bien, mientras que en ese entonces el poder de tutela, en cuanto a su procedimiento, se mantenía siempre en el ámbito administrativo, con las reformas de 1982, el *poder o relación de tutela administrativa* fue reducido a una especie de intervención particular de la Administración centralizada que se lleva mayormente a cabo por el Poder Judicial; lo anterior según un procedimiento bastante particular: el *deferido prefectoral* (Faure, pars. 802-04).

Inspirándose en lo anterior, podría perfectamente concebirse para el caso de Chile una manera de controlar a los Gobiernos Regionales y Municipalidades que estuviera acorde con mantenerles su *autonomía administrativa*, la cual estuviera principalmente encargada a un órgano jurisdiccional que revisara la legalidad de sus actos, tal como si se tratara, en cuanto a su fase judicial, del conocido *reclamo de ilegalidad municipal* (o *regional*, en su caso); pero que, en su anterior fase administrativa (y en relación a ciertas facilidades procedimentales), su ejercicio estuviese principalmente radicado en un órgano centralizado (que podría ser la CGR o el Delegado Presidencial Regional). A ese respecto, al igual que en el *deferido prefectoral* francés, podrían establecerse deberes de información de sus actos por parte de las -de lege ferenda- Colectividades Territoriales, para con el órgano administrativo en cuestión (Faure, par. 803), de manera que éste tenga la tarea de estar permanentemente velando por el respeto y promoción del *bien común*, pero de manera subsidiaria a la *autonomía administrativa* de las Colectividades Territoriales.

§26 Autonomía administrativa competencial: la transferencia de competencias como actividad estrictamente legislativo-estatal en el Estado-nación unitario

Lo primero que debe decirse en este párrafo es que la llamada “transferencia de competencias” ha sido también, más o menos indistintamente, denominada “distribución de competencias” (o “traspaso”, o “reparto”, o “atribución”), pero que no tiene ninguna relación con el principio del que se trató en el párrafo 24.

Entonces, el término técnico utilizado para este proceso de naturaleza soberana estatal será el de *transferencia de competencias*, pero, una vez realizado el proceso, habiendo sido estas competencias ya “transferidas”, se utilizará el término técnico de *competencias atribuidas o asuntos propios -regionales o municipales*.

En su tratado del año 2014 (3ª edición), *Droit des Collectivités Territoriales*, Bertrand Faure define la *transferencia de competencia* como sigue:

“La transferencia de competencia se entiende como la operación legal consistente en conferir a una colectividad territorial una competencia enmarcada precedentemente dentro de la administración del Estado. En el dominio [materia] transferido, la colectividad interviene en propiedad, a su nombre y por su cuenta, a través de sus autoridades y sus agentes” (traducción y corchetes propios) (par. 636).

Esta definición contiene dos elementos muy importantes, bien separados en sus dos oraciones; el primero, más bien, referido a la naturaleza del proceso mismo y el segundo, más bien, a sus efectos; pero profundamente entrelazados sus sentidos, de todos modos. Corresponde hacer primero un análisis de la primera oración.

Una *transferencia de competencia*, según el modelo kelseniano delineado en el capítulo segundo, es un verdadero cambio en la estructura del ordenamiento jurídico estatal; i.e., se concibe un nuevo “*órgano propio de un ordenamiento parcial*” (sobre el cual se tienen las competencias) o se modifica la configuración de uno ya existente. Tal cambio en la estructura sólo puede darse por medio de una actividad legislativa y, por lo tanto, es un verdadero sinsentido expresar que un órgano administrativo como es el Presidente de la República pueda “transferir” competencias a las Colectividades Territoriales; así como es un sinsentido el que

esto pueda hacerse “temporalmente” y no de forma definitiva que es la única manera en que puede concebirse un cambio en la estructura del ordenamiento jurídico estatal, i.e., una verdadera reforma con rango de Ley.

Luego de los capítulos segundo y tercero, pueden verse ensamblados los resultados de las investigaciones sobre la naturaleza y estructura de las distintas *entidades colectivas socio-políticas* interrelacionadas y superpuestas que son la *nación* y las *comunidades subnacionales* (la primera “sobre” la segunda) o, proyectándose al reino del derecho, el *Estado-nación* y las *Colectividades Territoriales*; condensado en esta aseveración de Jellinek: “Estas corporaciones territoriales descansan en una base social que no ha creado el Estado, a saber: la comunidad de intereses de los vecinos... Pero si tienen derechos de soberanía, es al Estado a quien se los deben originariamente” (567).

A lo que se refiere con “derechos de soberanía”, obviamente, no es a la creación de derecho positivo estatal en sí mismo, sino que a la mera sujeción a éste para imponer un “imperium” no originario, sino que prestado por el Estado.

Por fin es posible entender lo que es el elemento de *asuntos propios* que constituye a las Colectividades Territoriales y por qué es estrictamente jurídico: intereses, deseos, son lo único que tiene el cuerpo social de *realidad* pre-existente, pero no tiene ningún *poder (jurídico)*, sino hasta que el Estado-nación decide “prestárselo”, en razón de estos intereses y deseos legítimos.

Asunto propio es el *poder de gestión de propia mano* (imposible de arrebatar si no es por la misma voluntad legislativa que anteriormente lo otorgó) unido a una *materia específica* sobre el cual se ejerce, una vez que el Estado-nación *ya efectuó* el proceso de *transferencia de competencias*, que es siempre, al menos (y paradigmáticamente, en el Estado-nación unitario), por *vía legal*.

“En los Estados llamados unitarios, existen pocas excepciones a la determinación por la ley de las competencias materiales” (Delooz 224). Por esto último parecía bastante ilusoria (y no

muy adecuada) la pretensión de la comisión asesora presidencial de fijar competencias materiales exclusivas en la misma Constitución.

Asunto propio es, quizá, esa cierta capacidad o estatus actual a que se refiere la segunda oración del gran párrafo de Faure, transcrito al comienzo de este párrafo, que sólo puede ser concebida como el resultado de una primera operación que es a la que se refiere la primera oración: la *transferencia de competencias* (siempre legislativa, por parte del Estado-nación unitario). Tanto Administración centralizada como una pretendida Administración descentralizada (con un órgano *administrativamente autónomo* a la cabeza) son objetos sometidos a la *actividad estatal* verdaderamente *soberana* en un sentido estricto (que *crea* derecho positivo estatal).

§27 El principio de subsidiariedad (territorial) como gran principio constitucional rector de la actividad legislativa de transferencia de competencias

En Chile, el “principio de subsidiariedad” fue reducido a su *aspecto negativo* de la manera más trivial posible, i.e., un principio del orden público económico consistente en evitar la “absorción” de entidades privadas por parte del Estado; lo cual, para Brennan, sería una suerte de malinterpretación económica libertaria (35).

Tapia Valdés define la subsidiariedad como,

“un principio rector de carácter organizacional y de naturaleza política y jurídica que se aplica a la distribución de competencias entre el Estado y los grupos intermedios y que se resuelve en la afirmación esencial de que el Estado no debe intervenir en las actividades que son de la competencia de los grupos intermedios, a menos que por inexistencia o deficiencia de la acción de tales grupos y en subsidio de la misma, el Estado deba intervenir por convenir al interés general y el Bien Común” (171).

De acuerdo con esto, no existe razón alguna para limitar la operatividad de este principio al caso de los “cuerpos intermedios” de derecho privado, sino que resulta perfectamente aplicable a las entidades corporativas de derecho público diferentes del Estado-nación.

La verdad es que el principio de subsidiariedad posee una larga tradición como principio utilizado en el campo del derecho público. Una prueba fundamental es que fue recogido por el derecho de la Unión Europea (principalmente en el *Treaty on European Union* que entró en vigor en diciembre de 2009), siendo de la máxima importancia para los casi 30 países de la Unión que temen una excesiva intervención del derecho comunitario cuando los asuntos pueden ser resueltos por cada uno de estos Estados miembros (de la Unión) de manera individual, sin tener que escuchar a esta “autoridad central” (Evans y Zimmerman 2-3).

En el capítulo primero (que es en verdad una introducción) del libro, *Global Perspectives on Subsidiarity*, de 2014, Evans y Zimmerman dejan en claro que el *principio de subsidiariedad* es primariamente un, “principio descentralizador, que favorece la toma de decisión descentralizada por sobre la toma de decisión centralizada” (traducción propia) (4).

La formulación originaria del principio de subsidiariedad se encuentra en los párrafos 79 y 80 de la carta encíclica, de 1931, conocida como *Quadragesimo anno*, del Papa Pío XI:

“79. ... tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dársele a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos.

80. Conviene, por tanto, que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia

Por lo tanto, tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función "subsidiaria", el orden jerárquico entre las

diversas asociaciones, tanto más firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación” (pars. 79-80).

Se observa, al final del párrafo 80, cómo se apela a la finalidad del *bien común*, i.e., un “feliz y próspero estado” que ostenta el Estado-nación, pero postulando que la posibilidad de lograr aquello se logra más adecuadamente al establecer un orden jerárquico de competencias, por el cual las asociaciones inferiores estén encargadas de resolver “aquellos asuntos y cuidados de menor importancia”. Sin embargo el párrafo 79 establece con claridad que, “toda acción de la sociedad [mayor y más elevada], ... debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social” (corchetes propios), i.e., cuando estas “comunidades menores o inferiores” o los “miembros del cuerpo social” no puedan hacer algo por ellos mismos, pero bajo la *condición* de, “no destruirlos y absorberlos”.

El principio de subsidiariedad, entonces, es un principio complejo, cuya finalidad última jamás debe ser confundida con la *condición* del proceso, que es la “no destrucción” o “no absorción” de los “miembros del cuerpo social”. Por lo demás, la formulación se refiere a estos miembros como “comunidades menores o inferiores”, así como el Estado-nación es una “comunidad mayor y más elevada”. Todo parece indicar que lo que realmente importaba en la formulación original del principio de subsidiariedad era lograr la más adecuada articulación de las entidades públicas de distinto rango para la satisfacción del bien común, teniendo muy difícilmente la exacerbada interpretación “económico-libertaria” que le fue dada en nuestro país.

La *autosatisfacción* de las Colectividades Territoriales es la *mayor satisfacción* del Estado-nación (el alcance del *bien común*), pero sólo si se realiza una transferencia de competencias adecuada; de manera que el principio constitucional de subsidiariedad siempre incluirá un mandato al legislador para que la Administración centralizada del Estado administre de propia mano lo que el legislador considera que las Colectividades Territoriales no son capaces de administrar adecuadamente. Éste es el llamado *aspecto positivo* del principio de subsidiariedad.

Bertrand Faure da una definición del principio de subsidiariedad ya más específicamente en el marco de la descentralización territorial. Dice él que la *subsidiariedad territorial*,

“busca que se establezcan las responsabilidades en prioridad del nivel comunal y, no es más que en el caso en que las necesidades serían mejor satisfechas en el nivel superior, que habría que hacer remontar el ejercicio, primero al nivel departamental, luego al regional y, finalmente, estatal, incluso europeo [sólo comunal, regional y estatal para Chile]. En un Estado unitario, la subsidiariedad llama de ese modo a un régimen de descentralización como un orden natural de las cosas, siendo la acción centralizada de la administración del Estado llamada a ser secundaria” (traducción y corchetes propios) (par. 647).

Nótese bien que la piedra angular del principio de subsidiariedad es que el nivel “más cercano al ciudadano”, i.e., el nivel local o comunal, siempre tiene una pretensión más legítima que los niveles superiores para administrar cualquier asunto de interés público, y que la única razón para que no lo haga radica en su inferioridad desde el punto de vista del poderío material. Ahora bien, no tiene ningún sentido simplemente decir que estas colectividades subnacionales no tienen la capacidad material suficiente para administrarse si no se han hecho, anteriormente, los esfuerzos para que esta capacidad material sea una realidad, lo que se logra, sobre todo, en el nivel constitucional, a través del principio de *solidaridad (territorial)*, pero, principalmente, a través del principio de *suficiencia financiera en la transferencia de las competencias*.

§28 El principio de suficiencia financiera en la transferencia de las competencias como garantía para evitar fórmulas verbales vacías

Es indudable que, principalmente en lo que se refiere a una *actividad material*, el poder para administrar *asuntos propios* que se le hubiese otorgado a las Colectividades Territoriales bajo la forma de competencias materiales atribuidas no sería más que una triste ilusión si no se le concediera también a éstas los bienes o recursos suficientes para integrar su patrimonio (elemento que va necesariamente unido al hecho de tener una personalidad), o competencias por las cuales éste pudiera generar y adueñarse directamente de tales bienes o recursos, o el poder de administrar bienes nacionales de uso público, *para* poder ejercer realmente sus competencias materiales. Este último “para”, significa que aquí el interés no radica en que un patrimonio esté

repleto de bienes o no, sino de que estos puedan ser objeto de una *libre administración* que esté dirigida y limitada *exclusivamente* por competencias materiales expresas dispuestas por la Ley.

En efecto, como se dijo, el Estado debe abstenerse de administrar por sí mismo determinados asuntos si le conciernen a una Colectividad Territorial y ésta tiene la *capacidad material* para administrarlos; pero sería un sinsentido que la carencia de capacidad material de esta Colectividad Territorial (que justificaría al Estado para administrar, de propia mano, los asuntos que le conciernen a esta Colectividad Territorial) sucediera, originariamente, por una abstención del Estado en cuanto a la *transferencia de recursos* o de facultades para poder obtener recursos por parte de dicha Colectividad Territorial.

La cuarta cláusula del art. 72-2 de la Constitución francesa (del “Título XII: Sobre las Colectividades Territoriales”) expresa lo siguiente:

“Toda transferencia de competencias entre el Estado y las colectividades territoriales va acompañada de la atribución de recursos equivalentes a los que estaban consagrados a su ejercicio. Toda creación o extensión de competencias que tenga como consecuencia aumentar los gastos de las colectividades territoriales va acompañada de recursos determinados por la ley” (traducción propia).

Y, en efecto, como nos señala Bertrand Faure, respecto a la experiencia francesa en cuanto a la transferencia de competencias,

“En respuesta a las desilusiones generadas por el brusco aumento de las cargas legales de las colectividades, y la obligación para ellas de financiarlas por su cuenta, el principio de compensación financiera, planteado en 1982-1983, no ha dejado de ver reforzadas sus garantías, primero por la promoción constitucional de que fue objeto, luego por su contenido. Es asociado con un cierto número de reglas de fondo y de procedimiento sin las cuales se quedaría como una mera fórmula verbal” (par. 653).

“Una mera fórmula verbal” es aquello que deviene una transferencia de competencias cuando no existe modo alguno de hacerla efectiva en el mundo real, en el cual la actividad de servicio público tiene la forma de prestaciones materiales.

Capítulo 4 – Examen del derecho en descentralización regional tras las recientes reformas según el modelo de la descentralización en Colectividades Territoriales

Sección A – Falencias de las reformas constitucionales

§29 El problema de un sistema de transferencia de competencias de nivel infra-legal

No cabe duda de que, con la elección del Gobernador Regional, se cristalizó el presupuesto básico para que, con el Gobierno Regional, pudiese hablarse de una descentralización regional de naturaleza administrativa en cuanto a su *autonomía orgánica*. Ahora bien, desde el punto de vista de la *autonomía competencial*, según el modelo de las Colectividades Territoriales dentro de un Estado-nación unitario que fue el que logró esbozarse mediante los dos capítulos anteriores, el corazón de la descentralización es constituido por un mecanismo de *transferencias de competencias*, el cual debe estar consagrado a nivel constitucional como uno que se haga por el *legislador*, y siguiendo una cierta racionalidad en su distribución según algunos *principios fundamentales*. Es en este punto donde las falencias de las reformas resultan de la más grande envergadura, correspondiendo hacer el examen en cuestión al compararlo con el modelo esbozado.

La norma que tiene importancia aquí es el art. 114 de la CPR. El actual art. 114 señala lo siguiente:

“La ley orgánica constitucional respectiva determinará la forma y el modo en que el Presidente de la República transferirá a uno o más gobiernos regionales, en carácter temporal o definitivo, una o más competencias de los ministerios y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, en materias de ordenamiento territorial, fomento de las actividades productivas y desarrollo social y cultural”.

Este artículo es sumamente defectuoso desde varios puntos de vista y, sobre todo, se interpone con el racional modelo de descentralización en Colectividades Territoriales que se

propone en esta investigación. El artículo en cuestión habla de “transferir” “competencias”, cuando, lo que realmente expresa, es algo que en nada se corresponde con la naturaleza de lo que la doctrina internacional conoce como *transferencia de competencia*.

Dicho esto, en el marco de la discusión del proyecto de reforma de la LOCGAR, más específicamente, en la discusión que se dio, en tercer trámite constitucional, dentro de la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento (cuyo informe fue emitido con fecha 16 de mayo de 2017), el profesor Gabriel Bocksang Hola realizó una excelente intervención en la cual explicó a los miembros de dicha comisión (para referencias, Comisión de constitución LOCGAR), en muy breves y claros términos, por qué el proyecto de Ley iría a concretar un diseño errado desde sus bases, desde que en el anterior proyecto de reforma constitucional no se modificó el art. 114 de la CPR.

Señaló el profesor que,

“En la actualidad, las atribuciones de los Gobiernos Regionales, como las de cualquier organismo del Estado, son establecidas por el Poder Legislativo; es decir, por el Congreso Nacional conjuntamente con el Presidente de la República. El artículo 114 de la Constitución altera este principio, habilitando al Presidente de la República para disponer por sí mismo la distribución de las atribuciones o competencias de que gozarán los Gobiernos Regionales, sin participación alguna de la representación nacional que implica la labor del Congreso Nacional” (Comisión de constitución LOCGAR 13).

En efecto, producto directo de la configuración del art. 114 de la CPR, que hasta ahora no se había hecho operativo, las nuevas modificaciones a la LOCGAR vienen a plasmar definitivamente un mecanismo de transferencia de competencias por medio de decreto presidencial que es una anomalía jurídica gravísima y que no se justifica por el hecho de ser Chile un Estado-nación unitario. La reforma a la LOCGAR pretendía callar las críticas respecto a que la reforma constitucional era insuficiente por no contar el Gobernador Regional electo con competencias para cumplir su función, mediante la consagración de un mecanismo de transferencia de competencias, y de esta forma sí efectuar una descentralización efectiva; sin

embargo, el profesor Bocksang, “considera que no lo es y que puede llegar a ser incluso contraproducente para la descentralización” (Comisión de constitución LOCGAR 13).

Además, recordó que no sólo el otorgamiento de las competencias, sino que también su revocación depende de un decreto presidencial. Este mecanismo fue aprobado cuando se pensaba que las competencias serían delegadas por el Presidente a un Intendente designado, de manera que no había problemas considerando que necesariamente habría una sintonía política entre ambos, pero, luego de la reforma constitucional, “El Presidente de la República tendría la llave para controlar políticamente a todas las regiones chilenas, otorgándoles o revocándoles competencias dependiendo de la sintonía política que pudiera tener con los Gobernadores Regionales electos” (Comisión de constitución LOCGAR 13-4).

Siguiendo la línea del modelo esbozado en este trabajo, el profesor Bocksang plantea a los parlamentarios si es que no es mejor establecer “transferencias de competencias sólidas”, en el sentido de que estén claramente delimitadas en cuanto a su extensión, pero, por sobre todo, fijadas de una manera invariable por la Ley, lo cual implicaría, “que tuvieran que ser debatidas por la propia representación nacional en el Parlamento, tanto para otorgarlas como para revocarlas” (Comisión de constitución LOCGAR 14).

En efecto, en el segundo capítulo de este trabajo se demostró que la Administración centralizada no es el Estado, sino que está sometida a él, mientras que sólo los organismos que manifiestan poder soberano, y en tanto ejercen poder soberano, como sería el Congreso nacional legislando, tienen la capacidad para reconfigurar la estructura de normas que constituyen *derecho positivo estatal* y, de ese modo, centralizar o descentralizar modificando la extensión de los *ordenamientos parciales* que constituyen el *ordenamiento total*. Sólo en ese entendido podrían los *órganos propios* dictar *normas públicas perfectamente descentralizadas*.

Luego, en el capítulo tercero, se estableció que los llamados *asuntos propios* o *competencias transferidas* no pueden ser sino el resultado de un *acto estatal* por el cual el Estado, luego de reconocer a una entidad de naturaleza corporativa y los intereses comunes que poseen los miembros de dicha entidad, le atribuye a esa comunidad menor (en tanto el Estado es una

comunidad mayor que la contiene) el poder para satisfacer esos asuntos comunes que les conciernen. Si el acto no lo realiza el Estado, entonces no se puede hablar de una verdadera transferencia de competencias propia de una descentralización, sino que no existe más que una sola Administración centralizada que utiliza sus propios medios para administrar asuntos abstractamente considerados como *asuntos nacionales*, de manera directa. No se realiza la compleja reestructuración del *ordenamiento total* en *ordenamientos parciales* con competencias fijadas según *normas estatales*, que es requisito para poder hablar de descentralización en su sentido jurídico más propio.

Volviendo a la exposición del profesor Bocksang, en definitiva, dice éste que,

“debiese modificarse el sistema de transferencia de competencias previsto en el artículo 114 de la Carta Fundamental y en el proyecto en estudio, dado que el mismo parece consolidar un nuevo tipo de centralización, muy políticamente expuesto al Supremo Gobierno a pesar de la elección de los Gobernadores Regionales” (Comisión de constitución LOCGAR 14).

Parece ser que la intervención del profesor no resultó del todo desapercibida, en tanto se hizo eco de las críticas al art. 114 de la CPR en las sesiones de discusión de la comisión mixta (para referencias, Comisión mixta LOCGAR). Por ejemplo, en un momento, el senador Harboe se refirió expresamente al artículo 114 y, a continuación,

“Agregó que la diferencia entre un decreto, un plan o programa de gobierno y la ley, es su vocación de permanencia, de estabilidad en el tiempo; y que a su juicio, es mejor seguir el principio que establece la Constitución de que los órganos del Estado actúan bajo competencia y en la forma prescrita por la ley, porque eso evita la discrecionalidad” (Comisión mixta LOCGAR 7).

Para el senador Zaldívar, en cambio, no existía ningún problema en ese sentido, puesto que el mismo art. 114 de la CPR establece que la transferencia de competencia, realizada por decreto supremo, puede ser con carácter “temporal” o “definitivo”, de manera de que, “si el decreto dice

que es definitivo, la norma constitucional ya establece la garantía que tiene que ser definitivo” (Comisión mixta LOCGAR 8).

En la discusión particular del nuevo art. 21 octés de la LOCGAR, surgió la problemática de que éste permitiría una tremenda discrecionalidad del Gobierno central para poder revocar, de oficio, “transferencias temporales” por decreto supremo, en tanto le basta como causal el que exista un cambio en la política nacional, que sea incompatible con el ejercicio de dicha competencia (para lo cual el Gobierno Regional tendría un plazo de 6 meses para hacer la adecuación respectiva) (Comisión mixta LOCGAR 78-9).

En ese sentido, para la senadora von Baer, la redacción de dicho artículo, “establece que una vez transferida una competencia a la región, el nivel central podría cambiar la política nacional en forma posterior a dicha transferencia”. No obstante, el senador Quinteros recogió el argumento que se había dado en las sesiones de preámbulo, en el sentido de que la norma sólo aplicaría para las “transferencias temporales”, siguiendo la misma redacción del art. 114 de la CPR que estaría volviendo operativo (Comisión mixta LOCGAR 78).

Desde mi punto de vista, no resulta satisfactorio contentarse con que el art. 114 de la CPR establezca que, por decreto supremo, el Presidente de la República pueda realizar tanto una “transferencia definitiva” como una “transferencia temporal”. No importa que el art. 114 tenga rango constitucional y, por lo tanto, “permita” tal posibilidad, porque, finalmente, desnaturaliza lo que es realmente una potestad reglamentaria, pretendiendo darle la característica de duración en el tiempo que sólo puede tener una Ley.

Es una norma defectuosa por esta falta de lógica y debiera quedar claro que lo que está permitiendo es una mera delegación del ejercicio de una competencia que posee sólo la naturaleza de un acto administrativo. En ese sentido, resulta difícil pensar que, por el artificio de una redacción poco feliz, el Presidente de la República quede atado por su propio poder al hacer una “transferencia definitiva” por decreto supremo, como si tal decreto tuviera la naturaleza de una Ley.

Dicho de otro modo, el diferenciar entre una “transferencia temporal” y una “transferencia definitiva”, cuando se trata del ejercicio de una potestad reglamentaria, carece de cualquier relevancia desde el punto de vista de la lógica de jerarquía de un tipo de norma en relación a otro tipo de norma. La potestad reglamentaria siempre será discrecional tanto en su otorgamiento como en su revocación, y una disposición de la Constitución no puede alterar un principio jerárquico general que la permea por completo en tanto nos encontramos en un Estado de Derecho.

Utilizando el lenguaje del capítulo segundo, el argumento quedaría de la siguiente manera. El artículo 114 de la CPR no asegura que una *norma estatal* cree un marco de voluntad para que los *órganos propios* puedan crear-aplicar normas *perfectamente descentralizadas* dentro de éste. Lo que hace es determinar que una *mera norma pública centralizada* decida si es conveniente crear ese marco de voluntad y, como éstas no son la expresión de la *voluntad soberana* (que tiene características de permanencia), sino que la voluntad del mandatario de turno, resulta que cualquier marco de voluntad que completen los *órganos propios* tan sólo producirá una norma que, posteriormente, puede ser alterada por un marco de voluntad nuevo de una mera norma pública centralizada superior, dictada por el mandatario de turno.

De este modo, resulta que las normas de los *órganos propios* no pueden ser consideradas como *perfectamente descentralizadas* puesto que no poseen la característica de ser *definitivas*. Si la naturaleza de las normas que reparten competencias es la de *meras normas públicas centralizadas*, entonces resulta que las normas que se originan, producto de las competencias repartidas de esta manera, no pueden ser más que *normas condicionadas*.

Por último, incluso si pudiéramos concebir que el Gobierno central pudiera “atarse a sí mismo” (al menos, por un tiempo más o menos extenso), en virtud del otorgamiento mediante decreto de una “transferencia definitiva”, como si se tratara de una *promesa unilateral* jurídicamente vinculante y obligatoria; nada de eso quita que dicha decisión dependería de la completa discrecionalidad del Gobierno central.

Que la decisión, en cambio, pertenezca al legislador, significa algo completamente diferente. Yo mismo he señalado cómo es que se trata de un dogma que da operatividad al sistema la aseveración según la cual la Ley es “una declaración de la voluntad soberana”; sin embargo, que la aseveración no sea estrictamente acertada no quiere decir que no exista un complejo aparato procedimental con carácter de garantía democrática, que tiende a asegurar que el producto sea una normativa que manifiesta algo mucho más cercano a la voluntad soberana de lo que podría producir un órgano de la Administración centralizada, que no está sujeto a estas garantías procedimentales democráticas.

Sólo el pueblo está legitimado, mediante un procedimiento representativo democrático, para dictar normas generales, abstractas y con vocación de permanencia (que estatuyan “las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”, siguiendo el art. 63 n°20 CPR), como serían las normas relativas a establecer competencias materiales para los Gobiernos Regionales. Resultaría peligroso que, mediante estas “transferencias definitivas”, el Gobierno central pretendiera dictar normas que formal y materialmente se asimilaran a Leyes, lo cual es una *competencia soberana* (pero discutir los límites materiales entre una Ley y un reglamento autónomo es algo que excede los fines de este trabajo).

§30 El problema de los poderes de jerarquía administrativa sobre un órgano con autonomía administrativa

Durante la discusión de la comisión mixta, respecto al nuevo art. 20 bis, la senadora von Baer propuso eliminar la expresión que señala, “correspondiendo al ministro respectivo velar por aquello”, que determina quién controla que,

“las funciones generales, de ordenamiento territorial, de fomento de las actividades productivas y de desarrollo social y cultural, incluidas aquellas que se ejerzan en virtud de una transferencia de competencias” sean ejercidas, “en forma coherente con las políticas públicas nacionales vigentes”.

Al respecto, la senadora expresó que sería mejor que existiera un tercero quien definiera tal cosa, que, “puede ser o la Contraloría u otro órgano, no tiene por qué ser el ministro”. Para ella, tal como está la norma, “no se le da un poder real a las regiones, lo que a su juicio, va a generar constantes contiendas de competencia” (Comisión mixta LOCGAR 53).

El senador Harboe votó en contra de eliminar esta expresión, argumentando que, “siempre el delegante mantiene la responsabilidad” (Comisión mixta LOCGAR 54).

Hay algo de verdad en ambas posturas. Por mucho que esté claro que existe un fuerte *poder* o *relación de jerarquía administrativa* de los Ministros por sobre el Gobierno Regional, si es que les corresponde a ellos determinar cuándo el Gobierno Regional ejerce funciones dentro de su competencia, la verdad es que esto no es contradictorio con el sistema en que las competencias son delegadas según un poder administrativo y, por lo tanto, el delegante tiene que hacerse cargo de ello. El problema se encuentra a nivel de la deformación del sistema de transferencias del artículo 114 de la CPR y no a nivel de un error en el poder de jerarquía (que sí debe existir cuando se está delegando una competencia por medio de un poder de naturaleza administrativa).

Sin embargo, el senador Harboe sí parece cometer un error al no percatarse de que la norma del art. 20 bis no está hablando exclusivamente de las competencias delegadas por decreto presidencial; este artículo dice que es el “ministro respectivo” quien debe velar por que las competencias o funciones sean ejercidas dentro del ámbito de los arts. 16 a 19 de la LOCGAR, “incluidas aquellas que se ejerzan en virtud de una transferencia de competencia”, i.e., la norma no hace distinción alguna y contemplaría la posibilidad de que el respectivo Ministro ejerciera un control sobre el adecuado ejercicio de *competencias transferidas por el legislador*.

Por lo anterior, puede decirse que sí existe un inadecuado *poder* o *control de jerarquía administrativa* por parte del Gobierno central, representado por los Ministerios, sobre el Gobierno Regional, puesto que no existe ninguna razón para que éstos puedan velar por el adecuado ejercicio de competencias que sean atribuidas en forma legal a los Gobiernos Regionales, un caso muy distinto de aquel de las competencias delegadas.

En definitiva, se sigue ejerciendo un *poder o control de jerarquía administrativa* por parte del nivel central sobre los Gobiernos Regionales, minando lo que dice relación con su *autonomía orgánica de naturaleza administrativa*. En lugar de esto, debiesen ponerse en práctica algunos de los mecanismos ya discutidos que expresaran más bien un *poder o control de tutela* de los representantes del poder central.

No obstante lo anterior, en definitiva, ni siquiera parece relevante el que exista o no un inadecuado poder de jerarquía de la Administración centralizada por sobre las Regiones, en tanto, mientras estas últimas no posean verdaderas competencias relevantes entregadas por la Ley, no le resulta necesario al poder central el tomar tales precauciones para asegurarse de ejercer sus facultades sin mayores limitaciones.

En definitiva, la nueva figura del Delegado Presidencial Regional, junto a los Delegados Presidenciales Provinciales, será quien se haga ahora cargo, sin mayores interferencias, de “la gran cañería” de la actividad de servicio público puesta en marcha por los Servicios Públicos nacionales desconcentrados a lo largo de todo el territorio nacional. El poder administrativo de jerarquía del Delegado sobre estos Servicios Públicos, por supuesto, no resulta en ninguna anomalía jurídica ya al interior del sistema planteado.

§31 El problema de la falta de un principio de subsidiariedad territorial

Para mayor claridad al lector, debe acotarse que las reflexiones parlamentarias expuestas desde el inicio de este capítulo, si bien se refirieron en gran parte a lo que fue objeto de reforma constitucional (así como a lo legislativo que era directamente consecuencia de lo modificado y lo no modificado a nivel constitucional), lo fueron dentro del proceso legislativo que tenía como objeto modificar la LOCGAR. Lo que se expone a continuación son las reflexiones parlamentarias que también se refieren a la reforma constitucional en descentralización regional, pero, en esta ocasión, realizadas durante el procedimiento que tuvo como objeto modificar la propia Constitución, con anterioridad a que se dieran las reflexiones finales (de todo el sistema) dentro de la reforma legislativa a la LOCGAR.

Entonces, en este procedimiento de reforma constitucional, en el contexto de la discusión de la comisión de gobierno, regionalización y descentralización, del Senado (para referencias, Comisión de gobierno), que se dio en primer trámite constitucional, como es natural, no sólo participaron parlamentarios y personeros de Gobierno, sino que también diversas organizaciones de la sociedad civil, entre las cuales sin duda destacaron aquellas encabezadas por quienes habían liderado el proceso que había culminado con el informe de la comisión asesora presidencial.

De ese modo, es con ocasión de la palabra del señor Heinrich von Baer – von Lochow, presidente nacional de la Fundación Chile Descentralizado Desarrollado, que, por primera vez, aparece dentro del proceso de reforma mismo el planteamiento de la adición de un articulado en la Constitución, en que se manifestaban de manera implícita pero claramente los principios de *subsidiariedad territorial*, de *suficiencia financiera en la transferencia de las competencias*, y de *solidaridad (territorial)* (Comisión de gobierno CPR 8-9).

En un comienzo, se trataba de la adición de un nuevo art. 125 bis, pero, en definitiva, con posterioridad en la etapa de discusión particular de la Comisión de gobierno (en su primer ciclo de sesiones), se propuso la adición de dos incisos al art. 114 de la Constitución, en los que se contenían, con una redacción casi idéntica, los principios ya mencionados, quedando la redacción de estos propuestos dos nuevos incisos como sigue:

“Con todo, se privilegiará la radicación de competencias en los órganos más cercanos al ciudadano, prefiriendo el nivel local sobre el regional, y éste sobre el nacional; buscando un desarrollo armónico y equitativo de todos los territorios del país; y posibilitará, cuando el ejercicio de una competencia requiera de la acción concertada de los gobiernos regionales y de las municipalidades, que éstas organicen las modalidades de su acción común.

Toda transferencia de competencias desde el Presidente de la República a los gobiernos regionales irá acompañada de la atribución de recursos equivalentes a los que

estaban consagrados a su ejercicio. Toda creación o extensión de competencias que aumente los gastos de los gobiernos regionales irá acompañada de los recursos determinados por la ley” (Comisión de gobierno CPR 37-8).

Como se verá, estas pretendidas adiciones parecen estar inspiradas en el derecho francés y el pretendido nuevo inciso 3º es obviamente una traslación, a nuestro derecho positivo, de la cuarta cláusula del art. 72-2 de la Constitución francesa. Dicha modificación fue aprobada por unanimidad por los miembros de la mencionada Comisión de gobierno, culminando en su primer informe en el que se presentaba un proyecto de reforma concreto que contenía esta importante modificación.

La redacción del pretendido nuevo segundo inciso del art. 114 consagraba de forma implícita lo que ahora hay que identificar, más específicamente, como *principio de subsidiariedad territorial*. Específicamente se encontraba éste en la primera cláusula, que iba desde el inicio hasta el primer punto y coma, y decía que, “Con todo, se privilegiará la radicación de competencias en los órganos más cercanos al ciudadano, prefiriendo el nivel local sobre el regional, y éste sobre el nacional ...”.

Esta redacción era crucial para la racionalidad del sistema de transferencia de competencias y descentralización en Colectividades Territoriales.

Consagrado el principio de subsidiariedad según esta redacción, el legislador hubiese quedado obligado a lo siguiente. Según el *aspecto negativo y primario*, tendría que abstenerse de administrar los *asuntos locales y regionales* de propia mano, lo que se traduciría en, primeramente, investigar, en el nivel local o comunal, si es posible para las Colectividades Territoriales de ese nivel el ejercer tales competencias materiales específicas; en segundo lugar, si lo anterior resultara efectivo, transferir tales competencias a las Colectividades Territoriales del mencionado nivel local (por regla general, al género y no a Comunas específicas).

Ahora bien, de no resultar efectiva la posibilidad del proceso anterior, el legislador tendría que proceder exactamente de la misma forma con relación al nivel regional, antes de poder poner

en operación el *aspecto secundario y positivo* del principio de subsidiariedad territorial; i.e., determinar que se trata de *asuntos nacionales*, puesto que ninguna de las Colectividades Territoriales tiene la capacidad material para administrar tal asunto en cuestión (i.e., se trata de asuntos públicos *residuales* para la persecución del *bien común*).

Posteriormente, el Senado mismo aprobó en general este proyecto, con las modificaciones realizadas por la mencionada Comisión de gobierno en este primer informe. A continuación, se hicieron indicaciones, y, naturalmente, la misma Comisión de gobierno volvió a reunirse por varias sesiones para aprobarlas o rechazarlas, de manera de dejar un segundo informe listo para el trámite de votación particular del proyecto; pero, en definitiva, ninguna modificación a la redacción de los incisos que aquí se discuten fue aprobada y esta comisión aprobó, en dicho segundo informe, un proyecto de reforma cuyo texto conservaba íntegramente los mencionados nuevos incisos del art. 114 de la CPR.

Con todo, aunque en estos dos nuevos incisos se contemplaran los tan importantísimos principios de subsidiariedad territorial, solidaridad (territorial) y suficiencia financiera en la transferencia de las competencias, hay que dejar en claro que la anomalía jurídica centralizadora seguiría prevaleciendo de no modificarse el inciso primero del mencionado art. 114, en cuanto éste expresa que es el Presidente de la República (en tanto actúa como organismo meramente administrativo) el que “transferirá” competencias a los Gobiernos Regionales (pudiendo, además, “transferir competencias en carácter temporal”).

Evidentemente, al no tratar de modificarse este primer inciso, el nuevo propuesto inciso 3° tuvo que tener esto en consideración y también expresar que la transferencia de competencias se haría por el Presidente de la República.

Pero, de todos modos, aunque de manera desvirtuada por este presupuesto, era innegable que se consagraban constitucionalmente los principios ya mencionados. En ese sentido, parecía que la discusión había resultado medianamente exitosa en cuanto, de poder cambiar luego este presupuesto, se habría culminado en un proyecto de reforma constitucional que verdaderamente iría a consagrar los pilares fundamentales de la descentralización territorial. Pero éste no fue el

caso; todos los esfuerzos relacionados con la consagración de estos grandes principios rectores, finalmente, habrían de fracasar.

Con fecha 5 de octubre de 2016 se realizó, aún en primer trámite constitucional, en el Senado, la discusión particular (para referencias, Discusión particular) y, por lo tanto, la votación de cada uno de los números del proyecto de reforma constitucional, por separado (y de las letras de cada número, también, por separado, en caso de contenerse). La letra b) del número 8º era aquella que contenía el texto aprobado por la Comisión de gobierno en relación a los nuevos incisos del art. 114; sin embargo, el Ejecutivo presentó una indicación renovada con la que pretendía reemplazar este número 8º que contenía el texto aprobado por dicha comisión, por un número 8º con un texto similar, del siguiente tenor:

“El procedimiento de transferencia de competencias contemplado en la referida ley deberá propender a radicarlas en los órganos más cercanos a la ciudadanía, buscando un desarrollo armónico y equitativo de todos los territorios de la región, resguardando los principios de eficiencia y eficacia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3º.

‘Toda transferencia de competencias a los gobiernos regionales deberá señalar la fuente de los recursos necesarios para su desarrollo.’”(Discusión particular CPR 134-5).

Este texto también contiene implícitamente los principios de subsidiariedad territorial, de solidaridad (territorial), y de suficiencia financiera en la transferencia de las competencias (incluso puede que sea mejor porque en el último inciso no se comete la anomalía de decir que el Presidente de la República deba realizar la “transferencia”); sin embargo, sin poder entender realmente cuál fue la verdadera intención de los parlamentarios o del Ejecutivo, lo único cierto es que la jugada de este último terminó en un resultado bastante absurdo.

Aunque los dos eran muy similares, algunos parlamentarios apoyaron el texto del Ejecutivo, mientras que otros apoyaron el texto de la Comisión de gobierno, de manera que terminaron rechazándose ambos textos, por no reunirse el quórum constitucional requerido para la votación,

de tal manera que, finalmente, ningún nuevo inciso fue agregado al art. 114 de la CPR. (Discusión particular CPR 151-2)

En definitiva, la reforma constitucional no vino a consagrar los pilares clave de la descentralización en Colectividades Territoriales, en lo que dice relación con la *autonomía competencial de naturaleza administrativa*, i.e., quedaron afuera los principios de *subsidiariedad territorial*, de *solidaridad (territorial)*, y de *suficiencia financiera en la transferencia de las competencias*.

§32 El problema de la falta de un principio de suficiencia financiera en la transferencia de las competencias

A continuación de la cláusula referida al principio de subsidiariedad, en la fórmula de la Comisión de descentralización que fue finalmente rechazada por el Senado, procedía una cláusula referida al principio de solidaridad territorial, del siguiente modo: “buscando un desarrollo armónico y equitativo de todos los territorios del país;...”. Ahora bien, lo cierto es que ya parece estar consagrada en la Constitución la fórmula que expresa el principio de solidaridad territorial, en cuanto se refiere a la materia de “Gobierno y Administración regional” (en el título XIV sobre “Gobierno y Administración Interior del Estado), como se desprende del inciso primero del art. 115:

“Para el gobierno y administración interior del Estado a que se refiere el presente capítulo se observará como principio básico la búsqueda de un desarrollo territorial armónico y equitativo. Las leyes que se dicten al efecto deberán velar por el cumplimiento y aplicación de dicho principio, incorporando asimismo criterios de solidaridad entre las regiones, como al interior de ellas, en lo referente a la distribución de los recursos públicos”.

Pero mi impresión es que, en verdad, no es realmente afortunado el que esté consagrado este principio como lo está en la actualidad. Esto porque el principio de solidaridad en la

Constitución chilena no se consagra *para que* los Gobiernos Regionales o, eventualmente -de lege ferenda- las Colectividades Territoriales, puedan ejercer sus competencias materiales.

Para el constituyente chileno, “un desarrollo armónico y equitativo”, por medio de Leyes que, cumpliendo y aplicando este principio, incorporan, “asimismo criterios de solidaridad entre las regiones, como al interior de ellas, en lo referente a la distribución de los recursos públicos” (todo lo cual sería la formulación del principio de solidaridad territorial), es algo que bien puede ser traducido en los instrumentos que se señalan en los siguientes dos incisos del art. 115, de los cuales, realmente, bien poco se sigue con necesidad una *autonomía financiera* (que es subespecie de la *autonomía competencial*) propia de órganos con *autonomía administrativa*.

En efecto, el segundo inciso de dicho artículo clarifica que las principales Leyes (incluida la Constitución como “Ley suprema”) que se encargan del cumplimiento de la solidaridad territorial, como se formuló en el inciso primero, son la Ley de presupuestos de la nación al determinar de manera general o residual los recursos del Gobierno Regional, más la determinación que esta misma hace de gastos de inversión según el FNDR, y el n°20 del art. 19 de la CPR, por el cual se establecen impuestos o tributos, “que graven actividades o bienes que tengan una clara identificación regional”. El tercer inciso agrega, de nuevo determinados en la Ley de presupuestos, los, “gastos correspondientes a inversiones sectoriales de asignación regional” (en adelante, ISAR). Ahora se verá lo que significa realmente para la *autonomía financiera*, el que el principio de solidaridad territorial sea reducido, principalmente, a estos instrumentos, contenidos en la Ley de presupuestos y en el n°20 del art. 19 de la CPR (pero principalmente en la Ley de presupuestos).

En primer lugar, es crucial entender lo que señala Hernández Olmedo, en su tesis del año 2010, *Las competencias del Gobierno Regional en la doctrina nacional y la jurisprudencia administrativa* (para referencias, *Competencias del Gobierno Regional*) respecto a que en derecho público existe un *principio de legalidad general del gasto*. En lo que interesa a esta investigación, este principio, “observa que la sola facultad de disponer de su presupuesto, no faculta al Gobierno Regional para disponer libremente de él, sino de acuerdo a la normativa vigente”, y dentro de dicha normativa debe atenderse especialmente (además de a la norma

constitucional ya citada) a lo que señalen las Leyes anuales de presupuestos de la nación (*Competencias del Gobierno Regional* 149).

En tal sentido, la realidad respecto a estos recursos y el destino que, en definitiva, van a servir, queda sumamente clara gracias a la exposición de Cecilia Rosales, contenida en un artículo del año 2015. Lo fundamental es comprender que, por disposiciones expresas de la Constitución y las Leyes, “dependiendo de las fuentes de financiamiento de que se trate, se definirá el grado de autonomía de los gobiernos regionales” (248).

Por lo anterior, es necesario, primero, identificar con suma especificidad cuáles son las distintas fuentes de las que provienen los recursos, y, luego, en qué grado puede el Gobierno Regional disponer de ellos.

La primera fuente de recursos del Gobierno Regional es la de,

“los recursos propios constituidos por donaciones, herencias, ventas de bienes propios, cobros por servicios que preste o permisos y los ingresos que perciba de conformidad con el artículo 19 N°20, es decir, impuesto o tributos que graven actividades o bienes que tengan una clara identificación regional, y han sido autorizados por la ley para que las autoridades regionales los apliquen al financiamiento de obras de desarrollo.

Estos recursos forman parte del Fondo Nacional de Desarrollo Regional Tradicional [o, simplemente, “Fondo de Inversiones tradicional”], corresponden a transferencias no condicionadas y de libre disposición, por regla general, pero no superan el 10% del Presupuesto total manejado por el Gobierno Regional” (corchetes propios) (246).

La siguiente fuente de recursos del Gobierno Regional son los que asigna la Ley de presupuesto *para su funcionamiento*, correspondiendo a poco más del 4% de los fondos que administra (247).

La siguiente y más paradigmática fuente de recursos del Gobierno Regional es la que le corresponde en virtud del Fondo Nacional de Desarrollo Regional -FNDR- que, por más que aumente formalmente el presupuesto regional más que cualquier otra fuente, no constituiría más que “provisiones”, i.e., “aportes financieros que tienen por finalidad la aplicación de orientaciones sectoriales al ámbito regional”. En ese sentido, constituyen,

“transferencias de recursos condicionadas, no son de libre disposición de los Gobiernos Regionales y deben ajustarse a las políticas nacionales de inversión establecidas por cada uno de los Ministerios a los cuales están adscritos. Será principalmente la Ley de Presupuesto la que indique en cada glosa presupuestaria la finalidad a la cual se destinarán, por ejemplo, en infraestructura educacional, electrificación rural, entre otras” (247).

Por último, otras fuentes de recursos que aumentan bastante el presupuesto regional, aunque estén estrictamente condicionadas por la legalidad presupuestaria, son las Inversiones Sectoriales de Asignación Regional -ISAR-, la Inversión Regional de Asignación Local -IRAL- y la posibilidad de formar Convenios de Programación con los distintos Ministerios (lo cual, en lo que no está condicionado por la legalidad, evidentemente lo está por la voluntad de dicho Ministerio, lo que resulta más restrictivo aun) (248).

En resumen, sólo alrededor de un 10% del presupuesto regional es de “libre disposición” para el Gobierno Regional, mientras que (aunque éste pueda decidir la distribución entre distintos proyectos ya asignados a un sector específico, en cuanto al FNDR), para alrededor de un 90% del presupuesto regional, es la Ley de presupuestos y los organismos de la Administración centralizada los que deciden, en lo fundamental, la destinación de esos recursos y, por lo tanto, quienes ejercen realmente cualquier tipo de actividad material relevante en la Región, en virtud de estos recursos, fungiendo el Gobierno Regional como una suerte de instrumento mediador.

Debe quedar en claro que aquí no se hace una crítica a un *principio de legalidad* en sí mismo, sino que, al hecho de que se hace ficticio un sistema de descentralización regional, por el cual

lo que puede o no puede hacer el Gobierno Regional está claramente delimitado por la Ley, pero *exclusivamente* por las competencias materiales expresamente atribuidas según una *transferencia de competencias* (y la autoridad para determinar tal cosa sería de rango constitucional al establecerse, como se propone, por los principios de subsidiariedad territorial y suficiencia financiera en la transferencia de las competencias).

Entonces, resulta que es principalmente la Ley de presupuestos la que indica, mediante sus *glosas presupuestarias*, la finalidad a la cual serán destinados todos estos recursos condicionados. Lo que debiese ocurrir, sin embargo, es que la Ley de presupuestos debiese subsumirse a lo que dijeran las Leyes específicas sobre competencias transferidas a los Gobiernos Regionales, debiendo contemplar éstas también lo referente al modo de financiamiento de dichas competencias.

Resta señalar que para el financiamiento de las competencias transferidas hubiese sido ideal que se aprobara el pretendido nuevo inciso tercero del art. 114 de la CPR, que debe citarse nuevamente:

“Toda transferencia de competencias desde el Presidente de la República a los gobiernos regionales irá acompañada de la atribución de recursos equivalentes a los que estaban consagrados a su ejercicio. Toda creación o extensión de competencias que aumente los gastos de los gobiernos regionales irá acompañada de los recursos determinados por la ley” (Comisión de gobierno CPR 38).

Sección B – Examen del sistema de *competencias legales ya transferidas* contenido en la LOCGAR

§33 El alcance y naturaleza de las competencias ya transferidas dentro de la LOCGAR

El art. 111 inciso 1º (hasta hace poco, inciso 2º) de la CPR y el art. 13 inciso 1º de la LOCGAR tienen prácticamente el mismo contenido proposicional (aunque cambien sutilezas como usar el verbo “residir” en vez de “radicar”), expresando el primero de ellos que, “La

administración superior de cada región reside en un gobierno regional, que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región”.

De tomarse esta disposición (que tiene rango constitucional) con absoluta seriedad, habría que entender que tiene un contenido normativo y no meramente programático, i.e., el sistema legal debe proveer de los medios específicos y vinculantes por los cuales el Gobierno Regional pueda volver en realidad dicho *objeto*. Esto tiene relación con que se concrete en una realidad jurídica la *autonomía administrativa competencial* del Gobierno Regional.

Desde el nivel estructural y constitucional, ya se ha criticado cómo es que el art. 114 va en la dirección contraria a establecer esta *autonomía administrativa competencial*; en efecto, por el mecanismo de transferencia de competencias mediante decreto presidencial que ya ha sido expuesto latamente en este trabajo (y que hace operativo el defectuoso sistema encomendando por el mencionado art. 114 de la CPR) no se hace sino cristalizar una sólida dependencia de las Administraciones descentralizadas respecto de la Administración centralizada.

Es por lo anterior que, si bien esta investigación se realiza con la ocasión de reflexionar en torno a las más recientes reformas constitucionales y legales ya conocidas, el comentario que se realiza a nivel legal no puede enfocarse en esta principal modificación que fue el mecanismo de transferencia de competencias, que es una consecuencia directa de lo ya criticado en la sección anterior respecto a uno de los pilares defectuosos del nivel constitucional.

En consecuencia, el comentario de esta sección tendrá por objeto verificar si es posible entender que a nivel legal se ha cumplido, de todas formas, el mandato al Gobierno Regional de tener por objeto “el desarrollo social, cultural y económico de la región”, con prescindencia del efecto que haya podido tener el volver operativo el mecanismo del art. 114 de la CPR. Para lo anterior, resulta que deberá mirarse más bien a lo no modificado por la reforma legal a la LOGGAR (aunque también se comentará una importante modificación y transferencia de competencia por vía legal que sí fue realizada).

La actual letra h) (anteriormente letra d)) del art. 16 de la LOCGAR expresa que será *función general* del Gobierno Regional, “Dictar normas de carácter general para regular las materias de su competencia, con sujeción a las disposiciones legales y a los decretos supremos reglamentarios ...”.

Esta disposición guarda gran similitud con la letra a) del art. 20, artículo que en su encabezado establece que, “Para el cumplimiento de sus *funciones*, el gobierno regional tendrá las siguientes *atribuciones*” (cursivas propias), y en la mencionada letra a) señala en concreto la *atribución* de:

“Aprobar y modificar las normas reglamentarias regionales que le encomienden las leyes, no pudiendo establecer en ellas, para el ejercicio de actividades, requisitos adicionales a los previstos por las respectivas leyes y los reglamentos supremos que las complementen”.

Para Ferrada, según lo expuesto en su artículo “*La potestad reglamentaria de los gobiernos regionales: Algunas notas preliminares*” (para referencias, *Potestad reglamentaria*), existirían diversas manifestaciones de la *potestad reglamentaria territorial* en Chile, pero sólo una sería *stricto sensu*, o,

“Los reglamentos regionales propiamente tales, que son aquellos dictados por los gobiernos regionales en el ámbito de competencia material que le señala la ley y sujeto a las disposiciones legales y reglamentarias emanadas del Presidente de la República (Art. 16 letra d) [actual letra h)] 20 letra a) y 36 letra b) LOCGAR). Estas son verdaderas normas jurídicas *ad extra* o de regulación de la realidad social de la conducta de los ciudadanos...” (corchetes propios) (*Potestad reglamentaria* 310).

Al respecto, Ferrada menciona una primera postura, que sería “restringida”, para la cual,

“el ejercicio de la potestad reglamentaria requiere de una habilitación legal expresa, caso a caso, que disponga su ejercicio. En este sentido, la potestad normativa regional se

constituye como una potestad normativa de ejecución, que al igual que la concedida al Presidente en la frase final del Art. 32 N°8 CPR [actual art. 32 n°6 de la CPR], sólo puede ejercitarse previa habilitación legislativa expresa y siempre como complemento indispensable de la misma norma habilitante” (corchetes propios) (313-4).

Una segunda postura doctrinal expuesta por Ferrada, que sería “amplia”,

“sostiene en cambio que la potestad normativa de los Gobiernos Regionales es configurada como una potestad autónoma, la que, por tanto, para su ejercicio no requiere una habilitación expresa, sino que le basta, en este caso, la habilitación general que previene el propio Art. 16 letra d) [actual letra h)] LOCGAR” (314-5).

Ferrada defiende la postura amplia (316) y, sin duda, esta interpretación es una que establecería *autonomía administrativa competencial* para los Gobiernos Regionales; sin embargo, no es concordante con el modelo expuesto por esta investigación el que existan *competencias implícitas* (producto de lo que Delooz llama *cláusula general de competencias* (236-42)), sino que sólo es admisible, en el Estado-nación unitario, el que las competencias sean transferidas por el legislador, resultando en *competencias expresas*.

Luego, los arts. 16 letra h) y 20 letra a) no podrían más que ser *atribuciones generales* dirigidas a hacer operativas *funciones* o *materias* expresamente establecidas en la Ley. La única posibilidad, entonces, es que en la misma LOCGAR se señalen dichas funciones o materias expresas, para que los Gobiernos Regionales puedan regular estas materias de su competencia según el poder reglamentario que se les habría otorgado en virtud de las mencionadas disposiciones.

§34 Los “bloques de competencias” de la LOCGAR: las escasas *atribuciones* normativas relevantes tras el cúmulo de *funciones*

El Capítulo II de la LOCGAR se denomina “Funciones y Atribuciones del Gobierno Regional”, y su Párrafo 1° lleva por nombre “De las Competencias”. Este Párrafo 1° es de larga

data y debemos entender que contiene las *competencias expresas en sí mismas* que ya han sido transferidas por el legislador, en oposición al Párrafo 2º, denominado “De la Transferencia de Competencias”, que fue recién agregado a comienzos del año 2018 por la modificación a la LOCGAR. Sobre este último ya se ha referido este trabajo en la sección anterior y, como se dijo, aquí se hace un breve examen a las competencias ya transferidas por el legislador, contenidas en el Párrafo 1º (sea con anterioridad o posterioridad a la reforma legal de comienzos de 2018).

El Párrafo 1º tendría la siguiente estructura: los arts. 16 a 19 establecerían *funciones* del Gobierno Regional (aunque también podemos entenderlas como *materias*), i.e., (i) en el art. 16, las *funciones generales* (que, según Delooz, “corresponden bien a un cajón de sastre” (243)); (ii) en el art. 17, las *funciones en materia de ordenamiento territorial*; (iii) en el art. 18, las *funciones en materia de fomento de las actividades productivas*, y; (iv) en el art. 19, las *funciones en materia de desarrollo social y cultural*. En cambio, el art. 20 (que finaliza el Párrafo 1º) establecería las *atribuciones* del Gobierno Regional para el cumplimiento de sus funciones.

Toda esta estructura puede ser catalogada como una técnica legislativa a la que Delooz se refiere como los “bloques de competencias” de la LOCGAR (a grandes rasgos, equivalente a lo hecho por el Code Général des Collectivités Territoriales francés -CGCT-) (227).

Ahora bien, lo cierto es que no queda nada claro en qué medida las letras de los primeros artículos (16 a 19) listan exclusivamente *funciones*, y en qué medida las letras del art. 20 listan exclusivamente *atribuciones*; en la generalidad de los casos, habremos de encontrarnos siempre con *atribuciones*, siendo algunas *generales* y otras *específicas* (debiendo, por tanto, prevalecer las atribuciones específicas por sobre las generales cuando sean susceptibles de ser dirigidas a una misma *función* o *materia*).

En efecto, ya se vio que la disposición de la letra a) del art. 20 guarda una similitud grandísima en su contenido normativo con la letra h) del art. 16. No puede, por lo tanto, admitirse que esta última disposición sea una mera materia o función sobre la cual actúe una atribución para cumplirla, sino que la letra h) del art. 16 es propiamente una atribución, por más

que el encabezado del art. 16 la mencione dentro de las *funciones generales* del Gobierno Regional.

En su tesis del año 2001, “*La Potestad Normativa de los Gobiernos Regionales*”, Luis y Marco Rendón reproducen “con leves modificaciones y prevenciones”, una clasificación de las funciones o materias contenidas en los arts. 16 a 19, realizada por Hernández Olmedo en su artículo “*Algunos Aspectos de la Reforma regional en la Constitución Política del Estado*” (para referencias, *Aspectos de la reforma regional*). También con la leve modificación y prevención referida al nuevo Plan Regional de Ordenamiento Territorial -PROT- (del cual ya habrá posibilidad de pronunciarse), dicha clasificación queda como sigue:

“Funciones Generales: Administración de inversión pública regionalizada; Reglamentación regional; Programas de desarrollo; Presupuesto regional; Asesoría municipal; Emergencias o catástrofes; Prevención y protección ante situaciones de desastre; Cooperación internacional; Coordinación con el gobierno central y sus órganos.

Funciones en materia de ordenamiento territorial: Sistema de asentamientos humanos; Infraestructura y equipamiento; Protección, conservación y mejoramiento del medio ambiente; Transporte (Intercomunal, Interprovincial, Internacional fronterizo, Interregional); Desarrollo de áreas rurales; Desarrollo de áreas aisladas; Localización de Seremis y Direcciones Regionales de servicios públicos.

Funciones en materia de fomento a actividades productivas: Prioridades de fomento productivo; Asistencia técnica; Capacitación laboral; Explotación racional de recursos naturales; Investigación científica y tecnológica; Desarrollo de la educación superior y técnica; Turismo.

Funciones en materia de desarrollo social y cultural: Erradicación de la pobreza; Acceso de la población de escasos recursos a: (Salud, Educación y cultura, Vivienda, Seguridad social, Deportes y recreación, Asistencia judicial); Pertinencia de proyectos de inversión, teniendo en cuenta las evaluaciones de impacto Ambiental y Social;

Beneficios y programas sociales; Estudios de las condiciones, nivel y calidad de los habitantes; Fomento cultural; Patrimonio histórico, artístico y cultural; Protección y desarrollo de las etnias originarias” (negritas, subrayado y formato de la enumeración propios) (Hernández, *Aspectos de la reforma regional* ctd en Rendón y Rendón 134-7).

Sin embargo, a pesar de este extenso listado de *funciones o materias*, el veredicto de Delooz es nuevamente lapidario por cuanto señala que,

“El nivel del gobierno regional no posee ámbito de competencias propias de ejecución, sus atribuciones son generalmente de apoyo o incitación, de promoción, de coordinación, de estudio, salvo algunos aspectos específicos en los cuales toma decisiones y ejecuta acciones concretas (art. 16, letra j de la ley orgánica)” (243).

Y es que, en la misma línea, incluso luego de haber tenido presente ese extenso listado de funciones, lo afirmado por Luis y Marco Rendón tampoco es alentador cuando concluyen que,

“aparte de las atribuciones en los mecanismos de inversión ya anotadas, actualmente los gobiernos regionales tienen sólo una atribución relevante: la aprobación de los planes reguladores comunales e intercomunales [a lo que hay que agregar ahora los Planes Reguladores Metropolitanos, y el Plan Regional de Ordenamiento Territorial -PROT-, que ya se comentará]. Ella puede ser ejercida plenamente, sin condicionamientos y sujetas solamente a la regulación legal” (corchetes propios) (Rendón y Rendón 138).

En definitiva, la gran mayoría de las competencias materiales establecidas dentro de este “bloque de competencias”, serían competencias: (i) o bien de una importancia menor y de ningún carácter normativo vinculante (como son aquellas destinadas a efectuar estudios, a proponer programas o proyectos a las autoridades centrales, a asesorar y mantener relaciones con otros organismos, a participar en actividades de índole menor o de forma auxiliar, a realizar acciones de fomento, a promover y apoyar proyectos de investigación, o a financiar actividades culturales, etc.); (ii) o bien de mayor relevancia pero en cuya participación el Gobierno Regional se vería casi absolutamente limitado por las exigencias del nivel central de distintas maneras

(por ejemplo, al establecer políticas y objetivos de desarrollo regional [respecto a las tres funciones en cuestión] pero que nunca puedan contradecir las políticas públicas nacionales [como queda claro según el art. 20 bis], al elaborar su proyecto de presupuesto y decidir sobre la distribución de sus recursos pero siempre debiendo subsumirse a lo ya determinado por la Ley de presupuestos de la nación y a los instrumentos del FNDR e ISAR, etc.).

§35 El Plan Regional de Ordenamiento Territorial (PROT) como reforma a destacar en la dirección de una efectiva autonomía competencial de naturaleza administrativa

Manuel Tobar sostiene que el “Gobierno regional ... tiene por objeto el desarrollo regional” y, “Para cumplir con ese objetivo, esa instancia cuenta entre otras funciones con la de aprobar planes y estrategias regionales de desarrollo” (395).

En efecto, desde antes de la presente reforma legal, existe el instrumento denominado “Estrategia Regional de Desarrollo” (en adelante, ERD), el cual se desprende del art. 20 letra e) que señala como atribución del Gobierno Regional la de “Aplicar las políticas definidas en el marco de la estrategia regional de desarrollo”.

Antes de las mencionadas reformas, se desprendía como facultad del Intendente, en el art. 24 de la LOCGAR, la de “Formular las políticas de desarrollo de la región, considerando las políticas y planes comunales respectivos, en armonía con las políticas y planes nacionales”. Y “someter al consejo los proyectos de planes y estrategias regionales de desarrollo y sus modificaciones, además de llevar a la práctica la ejecución de éstos” (395).

Con las reformas, se entregaron estas atribuciones al Gobernador Regional, también en el art. 24, pero además se hicieron leves modificaciones a su redacción, que de todas maneras vale la pena exponer. En cuanto a la primera de ellas, la redacción de su primera frase ahora señala, “Formular políticas de desarrollo de la región, considerando las políticas y planes comunales respectivos”; mientras que, respecto a la segunda, su redacción señala, “Someter al consejo regional las políticas, estrategias y proyectos de planes regionales de desarrollo y sus modificaciones”.

¿Qué es entonces esta Estrategia de Desarrollo Regional? En definitiva, se trata de un instrumento más o menos complejo, con una potencialidad bien relevante para abordar la problemática del desarrollo regional y, en ese sentido, con un marco bien amplio respecto a su finalidad, pero, sin embargo, bien poco certero en cuanto a su capacidad jurídica más concreta.

“Esteban Soms nos propone un concepto que compartimos: ‘la estrategia regional sistematiza el conjunto de proposiciones y prioridades que mejor expresan la voluntad del Gobierno Regional y define, en lo fundamental, el camino a seguir para lograr determinados objetivos de desarrollo’

ese conjunto de proposiciones y vías de actuación del Gobierno Regional están destinados a modificar el funcionamiento del sistema regional, a producir un cambio, teniendo particular cuidado de incorporar la estructura territorial de las actividades económicas, como la organización social y cultural del espacio regional” (Tobar 399).

Podemos observar, como ha sido la constante en materia de competencias materiales de los Gobiernos Regionales, que la ERD se trata de un instrumento excesivamente amplio en sus finalidades, pero absolutamente limitado en sus atribuciones jurídicas concretas. Podría decirse que constituye un instrumento excesivamente propositivo, sin las capacidades de modificar el estado de cosas real.

Es por motivo de esto último que aparece finalmente el instrumento denominado Plan Regional de Ordenamiento Territorial (en adelante, PROT), como manera de concretar aquello que sólo tenía características propositivas bien ambiguas, en un producto jurídico verdaderamente vinculante para los distintos actores al interior del territorio regional. En efecto, incluso con anterioridad a la presente reforma que vino a darle realidad jurídica al PROT, la necesidad de éste era patente en el seno de la actividad de los Gobiernos Regionales. En ese sentido,

“SUBDERE en numerosos documentos ha señalado la necesidad de contar con un instrumento que exprese las disposiciones de la ERD en el territorio regional, puesto que se asignan atribuciones al gobierno regional en materia de ordenamiento territorial, pero sin establecer un instrumento que permita ejercer efectivamente dichas atribuciones.

Ello explica que la mayoría de los gobiernos regionales ha iniciado la formulación de Planes Regionales de Ordenamiento Territorial (PROT), aun cuando este instrumento no se encuentra vigente” (Precht et al. 57).

Pues bien, este instrumento se encuentra por fin vigente dentro de nuestro ordenamiento jurídico y no queda más que aplaudir un logro de esa magnitud. Conviene citar los primeros tres incisos del art. 17 letra a) de la LOCGAR que definen la *función* (realmente, una *atribución*) de elaborar y aprobar el PROT, correspondiente al Gobierno Regional, así como sus requisitos básicos y la naturaleza jurídica vinculante de este instrumento.

“a) Elaborar y aprobar el plan regional de ordenamiento territorial en coherencia con la estrategia regional de desarrollo y la política nacional de ordenamiento territorial, previo informe favorable de los ministros que conforman la Comisión Interministerial de Ciudad, Vivienda y Territorio establecida en el párrafo quinto de este literal.

El plan regional de ordenamiento territorial es un instrumento que orienta la utilización del territorio de la región para lograr su desarrollo sustentable a través de lineamientos estratégicos y una macro zonificación de dicho territorio. También establecerá, con carácter vinculante, condiciones de localización para la disposición de los distintos tipos de residuos y sus sistemas de tratamientos y condiciones para la localización de las infraestructuras y actividades productivas en zonas no comprendidas en la planificación urbanística, junto con la identificación de las áreas para su localización preferente. El incumplimiento de las condiciones provocará la caducidad de las autorizaciones respectivas, sin perjuicio de las demás consecuencias que se establezcan. El plan reconocerá, además, las áreas que hayan sido colocadas bajo protección oficial, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación respectiva.

El plan regional de ordenamiento territorial será de cumplimiento obligatorio para los ministerios y servicios públicos que operen en la región y no podrá regular materias que tengan un ámbito de influencia u operación que exceda del territorio regional ni áreas que estén sometidas a planificación urbanística”.

Tenemos, en definitiva, por fin, un muy importante instrumento de planificación territorial que emana de una competencia material entregada al Gobierno Regional y que resulta jurídicamente vinculante no sólo para los particulares que desarrollen su actividad en la zona, sino que también para los organismos que conforman la Administración central y desarrollan, de manera desconcentrada, su actividad dentro de la Región.

Ahora bien, como se desprende del inciso primero, no es menos cierto que esta competencia material tiene una importante barrera impuesta por la Administración central, como es el hecho de que sólo puede procederse a la elaboración y aprobación de este instrumento de ordenamiento territorial vinculante una vez que se haya dado el visto bueno por parte de un comité interministerial.

En ese sentido, no es posible decir que ésta corresponde a una competencia material que manifieste realmente una libre administración de los *asuntos propios* de la Región. No es, en definitiva, libre administración, puesto que, nuevamente, no se trata de una competencia material que haya sido, por el legislador, entregada por completo al *órgano propio* de un *ordenamiento parcial*, sino que, cada vez que esta competencia material tenga la pretensión de ser ejercida, será necesario, con anterioridad, la dictación de una *mera norma pública* por parte de la Administración central.

No obstante lo anterior, éste no deja de ser un avance en materia de *autonomía competencial de naturaleza administrativa* para los Gobiernos Regionales. A priori, la competencia material está transferida desde el nivel legislativo, pero, para cada caso concreto, *a condición de* la correspondiente *mera norma pública* de la Administración central. Teniendo en cuenta ese estado de cosas, lo cierto es que, si se eliminara esa *condición*, podría perfectamente hablarse

de una *libre administración* de un *asunto propio* transferido por el legislador a la Región. Lo cierto es que, si el desempeño de los Gobiernos Regionales comienza a adquirir mayor legitimidad por el adecuado desarrollo de los asuntos que se le permite *administrar a condición*, no es muy difícil imaginar un futuro no muy lejano en que dichos asuntos los *administre libremente*, por ser ésa finalmente la voluntad del legislador.

Capítulo de Conclusión

§36 Conclusiones

1. El Estado-nación moderno no es ni la Administración centralizada ni el ordenamiento jurídico estatal, sino que es la expresión institucional que es mediación de la nación y su voluntad soberana. Pero es de la esencia del Estado-nación moderno el expresar esta voluntad soberana a través de un complejo y omnicompreensivo ordenamiento jurídico estatal: por esto es la única *comunidad completa*.

2. El objeto de la descentralización -en sentido estrictamente jurídico- es el *ordenamiento jurídico estatal*, y ésta opera disminuyendo o aumentando la cantidad de *ordenamientos parciales* del *ordenamiento total*, los cuales tienen *órganos propios* que tienen competencia para crear normas con validez exclusiva -y no excluyente- para dichos ordenamientos parciales, las cuales estarán *perfectamente descentralizadas* en la medida en que tengan las características de *definitivas e independientes*.

3. Una *entidad colectiva socio-política* posee *autonomía* cuando es *jurídicamente representada* por un *órgano propio* de un *ordenamiento parcial* que ha sido diferenciado del *ordenamiento total* del Estado (salvo que se identifique con el Estado).

4. Alcanzada la *autonomía* por parte de una entidad colectiva socio-política, ésta puede serlo de tres tipos, según el grado en que las *normas* dictadas por el *órgano propio* que la representa expresen o no *poder soberano*: (i) *autonomía soberana* (i.e., “la competencia sobre las competencias”, o el poder de dictar la Constitución), (ii) *autonomía constitucional* (i.e., la competencia de ejercer *poderes soberanos*, o el poder de legislar y aplicar derecho con fuerza de cosa juzgada), (iii) *autonomía administrativa* (i.e., la falta de competencia para ejercer *poderes soberanos*, y, por lo tanto, sólo poder dictar *meras normas públicas*).

5. Es de la esencia de la *descentralización territorial de naturaleza administrativa* -a lo que aspira Chile- el que los *órganos propios de ordenamientos parciales* tengan competencia para crear normas que *no expresen poder soberano*. En consecuencia, y al estar, de todos modos, sus ordenamientos diferenciados del *ordenamiento total*, dichos órganos deben poseer sólo una *autonomía administrativa*.

6. La esencia de la *descentralización territorial de naturaleza administrativa* sólo puede derivarse de la articulación de las teorías fundantes del concepto de *Estado-nación* y del concepto de *comunidad (subnacional)*.

7. Las *comunidades subnacionales* son entidades colectivas socio-políticas con real *carácter corporativo* que es *lógica* (por el momento de aplicación de la norma que las convierte en entidades jurídicas) y *sociológicamente anterior* al Estado-nación (por el supuesto de hecho de aplicación de la norma). En consecuencia, el Estado-nación sólo puede reconocer y no fundar estas personas: de este acto de reconocimiento estatal resulta la categoría jurídica de *Colectividades Territoriales*. La personalidad jurídica de *origen corporativo* es de la esencia de las Colectividades Territoriales.

8. En el Estado-nación unitario que procede a la descentralización territorial de naturaleza administrativa, los objetos de imputación de las normas que determinan a los *órganos propios de ordenamientos parciales* que poseen autonomía administrativa no pueden ser otros que las *comunidades subnacionales* que ya poseen una existencia corporativa real. En consecuencia, este tipo de descentralización es esencialmente la *descentralización en Colectividades Territoriales*, que reconoce a estas personas colectivas ya existentes.

9. Como *órgano propio* del *ordenamiento total* (i.e., *órgano centralizado*), y estando sometido al ordenamiento jurídico estatal propiamente tal, la Administración centralizada tiene prioridad, en el Estado-nación unitario, para administrar los asuntos residuales de la nación o *asuntos nacionales*. De lo anterior resulta que las Colectividades Territoriales están sometidas a una *relación o poder administrativo de tutela* de la Administración centralizada, que deriva de la misma naturaleza de la forma jurídica Estado-nación unitario.

10. Cuando el Estado-nación unitario reconoce a las personas colectivas ya existentes que son las comunidades subnacionales (aunque luego les llame Colectividades Territoriales), también reconoce que tienen deseos o intereses legítimos pre-jurídicos, pero ningún *poder jurídico*. Los *asuntos propios* o *competencias materiales atribuidas* son el poder jurídico que poseen las Colectividades Territoriales para administrar de propia mano los asuntos que les conciernen, pero que sólo tienen existencia en tanto institución jurídica, y luego de realizada la *transferencia de competencias* que es, necesariamente, al menos (y típicamente en el Estado-nación unitario), una *actividad legislativa*.

11. El *principio de subsidiariedad territorial* debe ser el principio supremo para evitar las distorsiones legislativas y fijar un racional derecho positivo estatal que establezca la descentralización en Colectividades Territoriales con autonomía administrativa. En virtud de este principio, el legislador está obligado a realizar una transferencia de competencias racional, según el criterio de que “se privilegiará la radicación de competencias en los órganos más cercanos al ciudadano, prefiriendo el nivel local sobre el regional, y éste sobre el nacional”, y de sólo intervenir de propia mano en caso de que tal nivel no pueda ejercer correctamente esa competencia material; esto puesto que el *bien común* nacional se logra de manera más perfecta a través de la *autosatisfacción* de los *miembros* que componen el *cuerpo social total*.

12. Para que el principio de subsidiariedad territorial opere sin degeneración de su finalidad real, debe existir un principio funcional a éste, que se asegure de que el Estado-nación actúe honestamente en cuanto a la conformación de los hechos que determinan la *capacidad material actual* para ejercer correctamente una competencia material por parte de las Colectividades Territoriales. De este modo (antes de especular sobre si es admisible aplicar el principio de subsidiariedad territorial para un caso concreto), un principio de *suficiencia financiera en la transferencia de las competencias* (y un *principio de solidaridad territorial* si es que se somete a éste) debería asegurarse de que la *capacidad material posible* de las Colectividades Territoriales se desarrolle al máximo según el criterio que dice que “*toda transferencia de competencia* va acompañada de la atribución de recursos, determinados por ley, equivalentes a su ejercicio”.

13. El Estado-nación chileno se formó a través de un proceso de centralización política y jurídica (como ocurre en la formación de todo Estado-nación moderno), optando, durante sus primeros años, por la forma jurídica estatal unitaria. Aunque, quizá, válido para el siglo XIX y buena parte del siglo XX, durante los últimos años, el Estado-nación chileno no ha logrado realizar un proceso de descentralización territorial que se adapte a estándares racionales modernos en cuanto a la distribución del poder político en sus comunidades subnacionales, ni siquiera si esta descentralización territorial se trata sólo de una descentralización administrativa. El estándar racional moderno actual para un Estado-nación unitario es el de la descentralización en Colectividades Territoriales, como la desarrollada por Francia.

14. La creación del Gobierno Regional, con la reforma de 1991, fue el primer momento de real descentralización regional (especie de descentralización territorial), puesto que establece un organismo con *personalidad jurídica y patrimonio propios*, lo cual es un presupuesto para todo tipo de descentralización (ya sea territorial o funcional), en tanto es un punto de partida para la obtención de cierta *independencia jurídica* de un organismo administrativo con respecto a la Administración central. Sin embargo, la *autonomía administrativa* propiamente tal sigue siendo sumamente débil.

15. La reforma constitucional de 2009 y su concreción con la reforma de 2013 a la LOCGAR, las cuales vienen a establecer la elección directa por sufragio universal de los Consejeros Regionales, se corresponden con un segundo momento de real descentralización regional, en tanto se vuelve más efectiva la *autonomía orgánica administrativa* que es de la esencia de un organismo descentralizado territorialmente, la cual exige, como contrapartida a la independencia respecto de la Administración central, una *dependencia* para con la *comunidad regional* a la que representa, que se ve manifestada por el mecanismo de la *representatividad democrática*.

16. La reciente reforma constitucional de enero de 2017 (objeto de la presente investigación), que establece la elección directa por sufragio universal del ejecutivo regional, i.e., el llamado Gobernador Regional (que viene a reemplazar al Intendente en ese papel), vino a cristalizar la

línea evolutiva que trazaron las reformas que establecían la elección directa de los Consejeros Regionales: la representatividad democrática del ente territorial parece ser ahora completa. Estas reformas tienden a la *autonomía orgánica administrativa*, en tanto van en la dirección de reconocer en las comunidades subnacionales una *entidad corporativa real* que, trasladada al mundo del derecho por su reconocimiento, resulta en un organismo representativo que tiene *personalidad jurídica de origen corporativo*.

17. Al no haberse reformado el art. 114 de la CPR, esta disposición altera el principio según el cual, en el Estado-nación unitario que busca descentralizarse territorialmente, los *asuntos propios* de las -de lege ferenda- *Colectividades Territoriales* son transferidos por el legislador, de manera de que éstas puedan dictar normas públicas *perfectamente descentralizadas*, i.e., que son *independientes y definitivas*. En efecto, dado que las competencias materiales tienen su origen en simples decretos del mandatario de turno (i.e., *meras normas públicas centralizadas*), resulta que las normas que dicten las Colectividades Territoriales siempre podrán ser alteradas por este mismo mandatario del nivel central y, por lo tanto, no serían más que *normas condicionadas*. En definitiva, parece existir un retroceso o estancamiento en cuanto a la *autonomía competencial administrativa*.

18. El fallido intento de adición de dos nuevos incisos al art. 114 de la CPR (los cuales integraban, implícitamente, los importantes principios rectores de *subsidiariedad territorial* y *suficiencia financiera en la transferencia de las competencias*), es otro argumento para sostener que existe un retroceso o estancamiento en cuanto a la *autonomía competencial administrativa*. En efecto, lo primero significa que los *asuntos nacionales* siempre serán considerados como la más inmediata alternativa, y lo segundo significa que las Leyes de presupuestos de la nación seguirán volviendo aun más ilusoria toda pretensión de *competencia material expresa* relevante para los Gobiernos Regionales.

19. Como es natural por la no modificación del art. 114 de la CPR, la reforma legal de febrero del año 2018 vino a volver operativo el mandato de éste, estableciéndose en la LOCGAR un mecanismo de transferencias de competencias por vía de decreto presidencial que, nuevamente, es la expresión de un retroceso o estancamiento en materia de *autonomía competencial*

administrativa de los Gobiernos Regionales. Además, el que se haga la distinción en cuanto a que sean “transferencias definitivas” o “transferencias temporales” (supuestamente, pudiendo sólo estas últimas ser revocadas por el Presidente de la República), no parece tener mayor relevancia, por cuanto, según las reflexiones realizadas, todas éstas son competencias que derivan de *meras normas públicas centralizadas* y, por lo tanto, se trata siempre de *competencias condicionadas*. Ahora bien, incluso si consideráramos que el Gobierno central pudiera obligarse unilateralmente mediante una “transferencia definitiva”, de todas maneras tendríamos una *mera norma pública centralizada* que no sería el producto de un procedimiento democrático que asegurase que la norma se correspondiera con la *voluntad soberana* (y resultaría peligroso que el Gobierno central pretendiera dictar normas que formal y materialmente se asimilaran a Leyes, lo cual es una *competencia soberana*).

20. La reforma a la LOCGAR tampoco se hizo cargo del defectuoso “bloque de competencias” establecido entre los arts. 16 a 19 (“funciones”: (i) generales, (ii) ordenamiento territorial, (iii) fomento a actividades productivas, y (iv) desarrollo social y cultural, respectivamente) y en el art. 20 (“atribuciones”). Se dice que es defectuoso por cuanto parece enumerar una gran cantidad de *funciones o materias*, pero establece muy pocas *atribuciones* normativas relevantes, o que no estén condicionadas por la necesidad de contar con la aprobación de las autoridades del nivel central. Lo último se ve reforzado al tener en consideración lo establecido por el art. 20 bis de la LOCGAR, disposición que no hace distinción entre *competencias delegadas* y *competencias legalmente ya transferidas* cuando señala que corresponde al Ministro respectivo el velar porque todas éstas sean “ejercidas en forma coherente con las políticas públicas nacionales vigentes”; de manera que podría pensarse que se establece una suerte de *poder o control de jerarquía administrativa* sobre el Gobierno Regional, en términos más o menos generales.

21. No obstante lo anterior, puede señalarse el caso del Plan Regional de Ordenamiento Territorial (PROT) como un verdadero avance de la reforma legal a la LOCGAR en el sentido de lograr mayor *autonomía competencial administrativa* del Gobierno Regional. Si bien tiene cierto condicionamiento por parte de la autoridad central, no deja de ser notable el alcance jurídico vinculante que posee este instrumento y el grado de participación que tiene el Gobierno Regional para producirlo (faltando sólo la eliminación del informe previo del nivel central para

que pudiese ser considerado como un instrumento que manifestare verdadera *libre administración* del Gobierno Regional respecto a una importante *función o materia*).

BIBLIOGRAFÍA

Obras generales, especializadas y artículos

Aroney, Nicholas. “Subsidiarity in the Writings of Aristotle and Aquinas”. *Global Perspectives on Subsidiarity*. Dordrecht: Springer, 2014. 9-27. Impreso.

Brennan, Patrick M. “Subsidiarity in the Tradition of Catholic Social Doctrine”. *Global Perspectives on Subsidiarity*. Dordrecht: Springer, 2014. 29-47. Impreso.

Cordero Quinzacara, Eduardo. “La administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía”. *La Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional (1927-2012)*. Santiago: Contraloría General de la República, 2012. pp. 15-33. Impreso.

De Laubadère, André. *Manual de derecho administrativo*. Trad. Jesús Villamizar Herrera. Bogotá: Temis, 1984. Impreso.

Delooz, Benoît. *El poder territorial en Chile y Francia. Elementos de análisis crítico de la Descentralización en Derecho Comparado*. Tesis (Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Universidad de Chile y Universidad de Toulouse, 2015. Impreso.

Duguit, Leon. *Soberanía y libertad: lecciones dadas en la Universidad de Columbia (New-York)*. Trad. José G. Acuña. Madrid: Francisco Beltrán, 1924. Impreso.

Evans, Michelle y Augusto Zimmermann. “The Global Relevance of Subsidiarity: An Overview”. *Global Perspectives on Subsidiarity*. Dordrecht: Springer, 2014. 1-7. Impreso.

Faure, Bertrand. *Droit des collectivités territoriales*. 3ª ed., ed. Kindle. Paris: Dalloz, 2014. E-book.

Ferrada Bórquez, Juan Carlos. “El Estado regional chileno: lo que fue, lo que es y lo que puede ser”. *Revista de Derecho Público*, n. 63, tomo 2. Santiago: Universidad de Chile, 2002. 223-248. Impreso.

---. “La potestad reglamentaria de los gobiernos regionales: Algunas notas preliminares”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, n° XXIII. Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2002. 305-322. Impreso.

Finnis, John. *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 1998. Impreso.

Harris, Ron. “The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality Theories: From German Codification to British Political Pluralism and American Big Business”. *Washington and Lee Law Review*, vol. 63, issue 4. 1421-1474. 2006. *Scholarly Commons Wash. & Lee L. Rev.* Web

Hernández Olmedo, Luis. “La descentralización en el ordenamiento constitucional chileno”. *Revista Chilena de Derecho*, tomo 2, vol.20. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 1993. 535-555. Impreso.

---. *Las competencias del Gobierno Regional en la doctrina nacional y la jurisprudencia administrativa*. Tesis. Universidad de Chile, 2010. Impreso.

Hevia, Daniel. *DESCENTRALIZACIÓN EN CHILE: Análisis del proyecto de reforma a la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional*. Tesis. Universidad de Chile, 2013. Impreso.

Jellinek, Georg. *Teoría general del Estado*. Trad. Fernando de los Ríos. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2000 (reimpresión 2012). Impreso.

Kelsen, Hans. *Teoría general del estado*. Trad. Luis Legaz Lacambra. México, D.F.: Nacional,

1979. Impreso.

Mouskhely, Michel. *Teoría jurídica del estado federal*. Trad. Armando Lázaro y Ros. Madrid: Aguilar, 1931. Impreso.

Nogueira Alcalá, Humberto. “Análisis Teórico y de Derecho Positivo de la Descentralización Regional en Chile”. *XXIII Jornadas Chilenas de Derecho Público*. Concepción: Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1992. 10-35. Impreso.

Oelckers, Osvaldo. “Descentralización administrativa y regionalización”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24, No. 2. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 1997. 353-357. Impreso.

Pío PP. XI. *Quadragesimo Anno*. Librería Editora Vaticana, n.f. *La Santa Sede*. Web.

Palma, Eduardo. “Una tradición inconclusa: el presidencialismo con descentralización territorial: el caso de Chile”. *Área de Programas y Políticas Sociales*. Santiago: ILPES, 1991. Impreso.

Pantoja, Rolando. *La organización administrativa del Estado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998. Impreso.

Precht R., Alejandra, Sonia Reyes P. y Carola Salamanca G. *El ordenamiento territorial en Chile*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2016. Impreso.

Puga-Vial, Juan Esteban. *La sociedad anónima: y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011. Impreso.

Rendón, Luis y Rendón, Marco. *La Potestad Normativa de los Gobiernos Regionales*. Tesis. Universidad de Chile, 2001. Impreso.

Rosales, Cecilia. “Financiamiento de las Regiones, autonomía y Estado unitario”. *La constitución económica*. Coord. Miriam Henríquez Viñas y María Pía Silva Gallinato. Santiago: Editorial Thomson Reuters, 2015. 241-263. Impreso.

Tapia, Jorge. “Descentralización, Regionalización, Neosubsidiariedad”. *Reforma constitucional*. Santiago: LexisNexis, 2005. 167-187. Impreso.

Tobar, Manuel. “La reforma regional inconclusa: Una visión desde los consejeros regionales”. *Revista de Derecho Público*, n. 67, tomo 2. Santiago: Universidad de Chile, 2005. 291-328. Impreso.

Tönnies, Ferdinand. *Community and Civil Society*. Ed. Jose Harris. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. Impreso.

Velleman, J. David. “Introduction”. *The Possibility of Practical Reason*. Nueva York: Oxford University Press, 2000. 1-31. Impreso.

Vergara Blanco, Alejandro. “Marco jurídico de la descentralización administrativa”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, n°3. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 1991. 411-449. Impreso.

---. “Reforma constitucional y descentralización administrativa”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, n°2. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 1991. 339-344. Impreso.

Von Gierke, Otto. *Community in Historical Perspective*. Trans. Mary Fisher. Edit. Antony Black. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. Impreso.

Zúñiga, Francisco. “Estado unitario. Un balance de las reformas constitucionales sobre gobierno y administración en Chile”. *Documento inédito presentado al Congreso “Federalismo, Integración y Organización Territorial”, organizado por la Universidad de Buenos Aires y la Fundación Manuel Jiménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico*. Buenos

Aires, 15 a 18 abril de 2008. *Fundación Manuel Jiménez Abad*. Web.

Informes de autores corporativos

Comisión asesora presidencial en descentralización y desarrollo regional. *Propuesta de Política de Estado y Agenda para la Descentralización y el Desarrollo Territorial de Chile*. Santiago, 2014. *Senado de la República de Chile*. Web.

República de Chile. Senado. Comisión de gobierno, regionalización y descentralización. “Primer Informe Comisión de Gobierno”. *Historia de la Ley N° 20.990*. Primer trámite constitucional. 20 enero 2016. *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*. Web.

República de Chile. Senado. Comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento. “Informe Comisión de Constitución”. *Historia de la Ley N° 21.074*. Tercer trámite constitucional. 16 mayo 2017. *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*. Web.

República de Chile. Senado. Sala del Senado. “Discusión particular”. *Historia de la Ley N° 20.990*. Primer trámite constitucional. 05 octubre 2016. *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*. Web.

República de Chile. Senado-Cámara de Diputados. Comisión Mixta. “Informe Comisión Mixta”. *Historia de la Ley N° 21.074*. Comisión Mixta tras Tercer Trámite Constitucional. 28 noviembre 2017. *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*. Web.

Apuntes de clases

Boetsch, Cristian, comp. *Fuentes de las obligaciones. Los contratos - Parte especial*. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, n.f. Web.

---. *Bienes*. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, segundo semestre 2009. Web