



Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Programa de Doctorado en Derecho



Ecole Doctorale de Sciences Juridiques et  
Politiques de l'Université de Toulouse I  
Capitole

Tesis en modalidad de cotutela para la obtención del Doctorado de la Universidad de Chile y de la Universidad de Toulouse

**EL PODER TERRITORIAL EN CHILE Y FRANCIA.  
ELEMENTOS DE ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DESCENTRALIZACIÓN EN  
DERECHO COMPARADO**

Autor: Benoît Delooz  
Profesores Guías: Profesor Juan Carlos Ferrada Bórquez (Chile)  
Profesor Serge Regourd (France)

SANTIAGO-CHILE  
**2015**

## **DEDICATORIA**

*A Carla,*

*A mis Padres,*

## **AGRADECIMIENTOS**

Quiero expresar mis agradecimientos a Señores Profesores Juan Carlos Ferrada Bórquez y Serge Regourd por haber aceptado dirigir esa tesis y por sus consejos durante la investigación.

Quiero también agradecer especialmente Bárbara Parada Moreira y Joaquín Trujillo Silva del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Chile, así como Señoras Isabelle Gélis del Institut du Droit de l'Espace, des Territoires et de la Communication (IDETCOM) y Marie-Françoise Ille de l'Ecole Doctorale de Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Toulouse I Capitole por sus disponibilidades y ayudas durante estos años.

Quisiera también agradecer Sra. Lucy Pizarro Bonilla y Sr. José Luis Figueroa Calderón de la Biblioteca Marcial Martínez, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, por sus disponibilidades y diligencias.

Esa tesis ha sido realizada gracias al apoyo del Programa Nacional de Becas de Postgrado de CONICYT Chile, del Programa MECESUP de la Universidad de Chile, del Programa Beca de Cotutela/Pasantía de Doctorado en el Extranjero - Becas Chile convocatoria 2011-2012 -y, también, del Programa de Becas de Movilidad Doctoral firmado entre la Universidad de Chile y el Instituto Francés de Chile - Embajada de Francia.

## ÍNDICE GENERAL

Introducción	1
Parte 1. Los elementos de orden institucional del poder territorial	41
Capítulo 1. La separación vertical de poderes en Chile y Francia	42
Capítulo 2. Naturaleza y características de los entes territoriales chilenos y franceses	102
Capítulo 3. La organización de los entes territoriales chilenos y franceses	139
Parte 2. Los elementos de orden funcional del poder territorial	197
Capítulo 4. Determinación y repartición de las competencias de los entes territoriales	198
Capítulo 5. Naturaleza y características comunes del poder reglamentario territorial	261
Capítulo 6. Los debates relativos a la extensión del poder reglamentario territorial	312
Parte III. Garantías y límites al ejercicio del poder territorial	359
Capítulo 7. Algunas garantías de la autonomía territorial limitadas	360
Capítulo 8. La permanencia de los controles del Estado sobre sus entidades territoriales	405
Conclusión general	460

## PRINCIPALES ABREVIATURAS

AJ	Actualité juridique
AJDA	Actualité juridique - Droit administratif
al.	alinéa
CA	Corte de Apelación
CAA	Cour administrative d'appel
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
cit.	citado (a)
CGCT	Code General des Collectivités Territoriales
CPR	Constitución Política de la República (Chile)
D.	Recueil Dalloz (France)
GJ	Gaceta Jurídica (Chili)
GADD	Grands Arrêts du droit de la décentralisation
GDCC	Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel
Ibid.	<i>ibidem</i> , en el mismo lugar
Idem	Mismo, el mismo
Inc.	Inciso
JCP	Jurisclasseur Périodique (France)
LBPA	Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos
LOCGBAE	Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
LOCGAR	Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional
LOCMU	Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades
n°	numero
Nbp / Np	Note de bas de page/Nota al pie de página
op. cit.	<i>opere citato</i> , en la obra citada.
p.	página
part.	particularmente
RCD	Revista Chilena de Derecho (Chile)
RDJ	Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (Chili)
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger (France)
Rec.	Recueil des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux et du Tribunal des Conflits et des jugements des tribunaux administratifs, Recueil Lebon
Rec.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel (France)
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RIAP	Revista Iberoamericana de Administración Pública
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RFSP	Revue française de science politique
S.	Recueil Sirey
s.	siguientes
TA	Tribunal Administratif (France)
TC	Tribunal des Conflits
TCC	Tribunal Constitucional chileno
v. gr.	<i>verbi gratia</i> , par exemple
vol.	Volumen

## **ADVERTENCIAS**

Las tradiciones de cada país y las exigencias de cada escuela doctoral me han obligado a hacer, incluso imponer compromisos. Así el número de páginas mínimo o máximo variaba sensiblemente de un país al otro, como también la estructura de una tesis de doctorado en derecho.

La estructura general binaria francesa en dos partes, que es a veces criticada por su rigidez, permanece útil por su claridad y su lógica, que parecen faltar al modelo de las tesis que se declinan simplemente en capítulos enumerados.

La voluntad de conciliar las dos escuelas, además de guardar la lógica en la cual he sido formado, me han llevado a presentar esa investigación bajo la forma de partes (recogiendo la lógica francesa), pero con una numeración de capítulos que permitirá al lector chileno, si lo desea, hacer abstracción de los títulos de las partes y de seguir el desarrollo de manera lineal.

La contingencia de los proyectos de descentralización en los dos países me obligó a detener la investigación al **31 de julio de 2014**.

En fin, salvo cuando es señalado, las traducciones del francés hasta el castellano, y viceversa, son libres y de mi responsabilidad. Para evitar la pesadez del texto, las citas originales se encuentran en la versión correspondiente y pueden entonces ser comparadas.

## INTRODUCCIÓN

«Toda comparación es, previamente, defectuosa»<sup>1</sup>

«Seguramente se necesita alguna teoría inicial...»<sup>2</sup>

No diré como Michel FOUCAULT que ese texto no parece en nada de lo que pensaba originalmente<sup>3</sup>. Sin embargo, es cierto que muchas certidumbres han sido echadas por tierra, lo que es feliz puesto que, ¿la pretensión de un trabajo científico no es combatir las ideas preconcebidas? La idea original de esa investigación era interrogarse sobre la hipótesis según la cual el poder reglamentario territorial es plenamente compatible con el Estado unitario, hasta y en la medida que su ámbito de competencia no vulnere el principio de igualdad ante la ley, principio y límite de esa potencia normativa. La idea no ha sido totalmente recusada. Tomó otra formulación que aparece en la conclusión de la obra. En cambio, lo que ha cambiado durante la investigación, es el ángulo de aproximación del problema, es decir el método.

---

<sup>1</sup>MALLARME, S., “Tennyson vu d’ici”, Quelques médailles et portraits en pied, en *Œuvre complètes*, éd. présentée, établie et annotée par B. MARCHAL, Gallimard, coll. “Bibliothèque de la Pléiade”, 2003, vol. II, p. 138

<sup>2</sup>«(...)de la comparación del derecho, para emprender la comparación de los derechos, a fin de delimitar el campo del estudio, así como sus métodos. Pero, se debe aceptar *a priori* la perspectiva según la cual la práctica misma de la comparación podrá cuestionar la teoría inicial. Debería tratar entonces, en realidad, de simples hipótesis.” PICARD E., «L’état du droit comparé en France», *RIDC*, Vol. 51 N°4, Octubre-décembre, 1999. pp. 885-915., part. p. 900

<sup>3</sup>Michel FOUCAULT había señalado: “si debía escribir un libro para comunicar lo que ya pienso antes de empezar a escribir, nunca tendría el coraje de emprenderlo. Lo escribo solo porque aúnno sé exactamente qué pensar de esa cosa que quisiera tanto pensar. [...] Soy un experimentador en el sentido que escribo para cambiarme a mí mismo y no pensar más la misma cosa que antes.” FOUCAULT, M., *Dits et écrits*, T.2, 1976-1984.

## **§ 1. Elección, fundamentos y delimitaciones del tema:**

La autonomía territorial regularmente ha sido tratada, en todos los países y en todos los idiomas. Seguramente, trabajos comparativos han sido llevados, pero no – según mi conocimiento – entre Chile Francia.

El punto de partida de la investigación y el interés de esa comparación residen en el hecho principal que los dos órdenes jurídicos prevén la descentralización de su administración territorial y se refieren a entidades u organismos administrativos territoriales dotados de competencias que ejercen por parte o totalmente, mediante un poder normativo o reglamentario, pero evolucionaron de modo diferente.

En lo que concierne la descentralización, el artículo 1ero inciso 1 de la Constitución francesa prevé que «Francia es una República indivisible, laica, democrática y social que garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión y que respeta todas las creencias. Su organización es descentralizada» y el artículo 72 inciso 1 dispone que “las entidades territoriales de la República son los municipios, los departamentos, las regiones, las entidades con estatuto particular y las entidades de Ultramar regidas por el artículo 74. Cualquier otra entidad territorial se crea por ley, en su caso, en lugar de una o de varias de las entidades mencionadas en este apartado”. Por su parte, el artículo 3 de la Constitución chilena afirma que “el Estado de Chile es unitario. La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, 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.” Y el artículo 110 agrega: “para el gobierno y administración interior del Estado, el territorio de la República se divide en regiones y éstas en provincias. Para los efectos de la administración local, las provincias se dividirán en comunas.”

En lo que concierne, el poder reglamentario territorial, el artículo 72 inciso 3 de la Constitución francesa dispone que “en las condiciones previstas por la ley, estas entidades se administran libremente a través de consejos elegidos y disponen de un poder reglamentario para ejercer sus competencias”. La Constitución chilena no contiene una disposición genérica que se refiera a colectividades territoriales, pero afirma por una parte que “el consejo regional será un órgano de carácter normativo, resolutorio 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”(art. 113) y



por una otra que “el concejo será un órgano encargado de hacer efectiva la participación de la comunidad local, ejercerá funciones normativas, resolutivas y fiscalizadoras y otras atribuciones que se le encomienden, en la forma que determine la ley orgánica constitucional respectiva.”(Art. 119 inciso 2).

Es aquí que apareció un segundo interés: hacer conocer a la doctrina chilena el modelo francés y desmentir las ideas recibidas sobre éste. Es decir mostrar que Francia quizás no está tan lejos de una federación que se ignora<sup>4</sup>. Pero, una federación – es verdad- firmemente controlada.

Por otro lado, pareció interesante hacer conocer a la doctrina francesa, la situación de uno de los países más aislados del mundo, “moderno” comercialmente, y ultra centralizado. La misma cuestión de la autonomía territorial se plantea.

A partir de eso, otro interés del trabajo de comparación está entonces buscar, si es posible, más allá de constatar las semejanzas y diferencias, extraer uno o varios principios de comprensión de situaciones hoy diferentes aunque que originariamente muy cercanas. Este interés aparecido en último es lógicamente preponderante. No se trata tanto de estimar la cualidad de la autonomía territorial, sino que afinar el método para conocerla.

## **§ 2. Problemática**

De un asunto (la autonomía territorial en derecho comparado) se desprende una problemática (es decir una cuestión relativa al tema que permite hacer salir uno o varios problemas), y si posible, cuestiones pertinentes. La problemática entonces escogida es mostrar que es preferible revelar como los caracteres generales de la concepción de administración territorial de cada uno de los ordenamientos jurídicos estudiados influyen sobre la autonomía de las entidades territoriales en lugar de enjuiciar de manera precipitada la “cualidad” de ésta basándose en una aproximación a menudo rápida y sectorial.

## **§ 3. La hipótesis**

El resultado del estudio conduce a la hipótesis siguiente: allende o encima del océano y de los regímenes políticos, el principio de igualdad ante la ley que marca originariamente la

---

<sup>4</sup>MICHALON, T., “La République française, une fédération qui s’ignore?”, *RDP*, 1982, p. 623

uniformidad del Estado-nación<sup>5</sup>, permanece el límite último del poder territorial: los límites invocados en contra de su extensión, cualquiera sean (uniformidad, unidad, unicidad, indivisibilidad, no discriminación, etc.), en definitiva se traducen, a la época contemporánea, en una definición renovada del principio de igualdad. Dicho de otra manera: en los dos Estados considerados como los más unitarios en sus respectivos continentes, hemos pasado de un principio de igualdad, como elemento prototípico del Estado unitario caracterizado por la uniformidad territorial<sup>6</sup> y normativa que condiciona la existencia y los límites de un poder normativo territorial, a un principio de igualdad encarnado en elementos de soberanía (*régaliens*) que autoriza la existencia de estatutos diversos de las entidades territoriales y el ejercicio de dicho poder.<sup>7</sup>

#### § 4. La construcción del método

##### A. El derecho comparado como método

El método usado para demostrar esa hipótesis es el del derecho comparado. En éste sentido, se considera que el derecho comparado es más un método que Derecho. Aquel interviene solo una vez definido el método jurídico usado. Éste, siguiendo a EISENMANN, se articula alrededor de las dos etapas sucesivas que son la dogmática y la casuística. La segunda, marcada por el sello de la sociología del derecho, viene a completar la primera que corresponde al análisis positivista. Ese método permite comprender, por una parte, el discurso jurídico sobre la descentralización escogida y, por otra, conciliarlo con el método comparativo adoptado.

---

<sup>5</sup> La concepción del Estado unitario moderno queda profundamente marcado por su periodo de gestación, es decir la Revolución francesa. Según Siéyès, “la France n'est point, ne peut pas être une démocratie; elle ne doit pas devenir un Etat fédéral, composé d'une multitude de républiques, unies par un lien politique quelconque. La France est et doit être un seul tout, soumis dans toutes ses parties à une législation et à une administration communes» SIEYES, *Discours sur l'organisation du pouvoir législatif et la sanction royale*, 7 septembre 1789 <http://bcl.unice.fr/politext/database/Revolution/Sieyes/sieyesTextes.html>. La descentralización y el poder reglamentario territorial contesta dos herencias de la Revolución: la ley y la organización administrativa.

<sup>6</sup> La finalidad de la aplicación igual de la ley, del fin de los privilegios, en definitiva, del reino de la igualdad pasa por una construcción administrativa igual inspirada de una “matemática social” que va “fetichizar la unicidad del territorio”. Ver ALLIES, P., *L'invention du territoire*, Collection critique du droit n°6, PUF, 1980, p. 176

<sup>7</sup> “Le mot «Unité» est bi-valent [en ce sens qu'il peut renvoyer] à la fois au caractère, à la forme, de la construction (révolutionnaire) et à la finalité de celle-ci » DARCY, G., « Unité et rationalité dans la construction révolutionnaire », in MOREAU, J. y VERPEAUX, M. (dir.), *Révolution et décentralisation. Le système administratif français et les principes révolutionnaires de 1789*, Acte du colloque de Besançon 14-15 décembre 1989, Paris, Economica, 1990, p. 54

Éste<sup>8</sup> se inscribe en la categoría de las teorías comparativas críticas que se caracterizan por la preocupación de no limitarse a las reglas formales o a conceptos, sino que debe aplicarse sobre el conjunto de los elementos que participan a la construcción y a la vida de la norma<sup>9</sup>. Por otro lado, el espacio dado a los datos constitucionales no está disminuido. Es por eso que los métodos siguientes no han sido descartados, sino combinados.<sup>10</sup>

El método funcional que consiste en comparar elementos que cumplen la misma función a fin de mostrar que, más allá de la diferencia de los procedimientos técnicos usados, las soluciones retenidas son en definitiva equivalentes de un derecho al otro, es insuficiente en sí mismo. Éste método que invita a sobrepasar las diferencias de reglas o de motivaciones, a hacer abstracción de sus propios conceptos y a buscar, a partir de una cuestión práctica dada, las soluciones aportadas, ha sido criticado por privilegiar solo la tecnicidad del derecho y producir trabajos estereotipados. La necesidad de sobrepasar el método conceptual ha sido también demostrada: un abuso de los conceptos puede ocultar con un velo las reglas y falsear el análisis. En cuanto a la escuela italiana de derecho constitucional comparado, de las formas de Estado y de gobierno defendidas por M. BISCARETTI DI RUFFIA, se aproxima más a la ciencia política o a un curso de historia de las instituciones políticas que del derecho constitucional comparado, contrariamente a la pretensión original del autor.<sup>11</sup> Además, aunque los elementos tomados en cuenta serían “más jurídicos”, “el trabajo, que consiste en identificar, describir y clasificar esos

---

<sup>8</sup> «El método comparativo es el método de la Ciencia de los derechos comparados. Es mediante los resultados parciales obtenidos que el primero permite a la segunda edificarse. Lejos de confundirse, los dos se distinguen; pero lejos de rechazarse, se completan». CONSTANTINESCO, L.-J., *Traité de droit comparé*, Paris, L.G.D.J., 1972, vol. I, p. 211

<sup>9</sup> Lo que M. SACCO llama los “formants” del sistema jurídico. SACCO, R., *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, p. 33 et s.

<sup>10</sup> Agradezco aquí las reflexiones y sugerencias hechas por el Pr. GUIGNARD y los doctorandos del IDETCOM durante el seminario en el cual he podido presentar el avance de mis trabajos. Mención especial a R. BARRUE que me ha convencido que los diferentes métodos podían- y deberían – ser combinadas.

<sup>11</sup> Efectivamente, siguiendo en eso M.-H. FABRE y J.-C. ESCARRAS, “ce qui nous chiffonne (davantage) c'est le classement des Etats qu'il adopte parce qu'à la différence de René David avec les familles de droit, il ne fait appel qu'à des critères extra-juridiques. Bien plus, l'idée de ne comparer les gouvernements qu'à l'intérieur d'un certain type d'Etat nous semble contredire l'universalité qui fait la spécificité de la règle ou de l'institution juridique. Après tout les techniques de l'élection, ou du fédéralisme ” (nous ajoutons la décentralisation) ou de la séparation ou concentration des pouvoirs, etc. ne sont-elles pas identiques quel que soit le côté du rideau de fer ou de la Méditerranée sur lequel on vit, et ne diffèrent-elles pas que par leur application concrète? Et en définitive nier l'impossibilité de toute comparaison oecuménique n'est-ce pas tomber dans l'illogisme quand au point de départ on pose le droit comparé en science indépendante.” «Commentaire bibliographique de M.-H. FABRE y J.-C. ESCARRAS du livre de BISCARETTI DI RUFFIA, P., *Introduzione al diritto costituzionale comparato (le «forme di stato» e le «forme di governo», le costituzioni moderne)*”, 4e éd., RIDC. Vol. 32 N°3, Juillet-septembre 1980. pp. 649-650.

regímenes, eventualmente descubrir «modelos» que pueden corresponder mal que bien a las características de dichos regímenes, tiene un interés, pero sabemos bien que no permite conocer verdaderamente tales sistemas extranjeros”.<sup>12</sup>

El método escogido se inscribe entonces, dentro de las teorías llamadas críticas. Estas ponen particularmente el acento, respecto de las teorías funcionales, sobre la relación entre las instituciones jurídicas y la cultura que les dio luz. Como lo ha señalado, la doctrina, para realizar un trabajo adecuado de derecho constitucional comparado, no basta analizar los textos positivos, hay también que ayudarse de otras ciencias, de otras perspectivas: así de la ciencia política, la historia, la economía, como también el desarrollo que la práctica jurídica da a los textos. En este sentido, la comparación no puede ser solo dogmática y positivista y debe llamar, en una cierta medida, a la interdisciplinariedad.<sup>13</sup> Eso es particularmente útil y justo para el derecho comparado de la descentralización. Efectivamente, nuestro estudio no puede privarse de los aspectos sociológicos, culturales, históricos para comprender elementos como el dogma del Estado unitario en Chile o en Francia, o el papel de la jurisprudencia constitucional francesa sobre la concepción y la protección del principio de libre administración de las colectividades francesas. De mismo modo, no se pueden omitir los trabajos de la doctrina respecto de la cláusula general de competencia, o de la organización constitucional y jurisdiccional chilena, para entender que las municipalidades chilenas no son *a priori* objeto de un control de tutela o de legalidad gatillado por un representante del Estado, como es el caso en Francia.

Después de haber subrayado la marca constitucional del asunto, retomaremos esas líneas de F. HAUT en lo que concierne a la aproximación del punto de vista del derecho administrativo comparado: “el método que proponemos para acceder a lo que se llama, quizás sin razón, el derecho administrativo comparado, consiste entonces en tomar el problema al revés de lo que es practicado habitualmente en otras materias. Partiremos de lo que es positivo para intentar una conceptualización. Iremos de las soluciones concretas de los problemas administrativos hacia construcciones abstractas. (...) La aproximación no jurídica, por ejemplo de un proceso

---

<sup>12</sup>ZOLLER E., “Qu’est-ce que faire du droit constitutionnel comparé”, *Droits*, PUF, n° 32, 1992, pp. 121-134, part. 132.

<sup>13</sup>Como lo señala HÄBERLE, “...no basta con comparar los textos, las teorías y las decisiones judiciales o estipular sus diferencias; también se ha de tener en cuenta que tanto la Constitución en su conjunto como sus elementos son parte de la cultura, lo que obliga a comprender su historia diversas y las distintas herencias”, en HÄBERLE, P., “Comparación constitucional y cultural de los modelos federales”, *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, N° 8, julio-diciembre 2007, p. 173.

decisional, es insuficiente: el papel de los órganos consultivos, las autoridades competentes, el procedimiento sólo pueden ser revelados por el análisis jurídico”.

Esas cuestiones tienen respuestas puesto que nos interrogamos acerca de actividades que se pueden constatar. Poco importan entonces, las divergencias de soluciones que pueden residir tan bien en medios diferentes, como en una aproximación radicalmente opuesta del problema. La comparación no exige la similitud de los resultados, sino que impone la de las hipótesis, lo que es el caso en ocurrencia.<sup>14</sup>

### **B. El método comparativo construido y adoptado para este estudio**

En resumen, será aplicado el método jurídico a un tema eminentemente político y eso de manera comparada. Eso significa que previo a una construcción general, un cierto número de criterios relativos al problema tratado ha sido utilizado, a fin de establecer similitudes y diferencias<sup>15</sup>.

Primero, la forma específica del Estado en el cual se inserta la institución del poder reglamentario, porque no es indiferente que el marco sea el de un Estado federal, unitario o regional. Ésta tiene además una relación directa con el sistema de las fuentes.

Luego, el estatuto de los entes territoriales, sus ámbitos de competencias, las reglas relativas al ejercicio del poder normativo, es decir su amplitud, su protección y su control.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup>HAUT F., “Réflexion sur la méthode comparative appliquée au droit administratif”, *RIDC*, Vol. 41 N°4, Octobre-décembre 1989. pp. 907-914. El autor prosigue « Il n'est pas impossible, dans ces conditions, de considérer que le droit administratif comparé apparaisse comme une liaison entre le droit administratif et la science administrative. Mais si l'on estime aussi que le droit peut être un des objets de la science administrative, on arrive à une sorte d'ensemble bipolarisé dont l'un des pôles serait formé par l'ensemble de la réglementation, le droit, l'autre par les effets de l'action administrative, le fait. Le droit administratif comparé en allant du fait vers le droit, sans s'attacher plus à l'un qu'à l'autre mais en cherchant à les harmoniser, pourrait permettre la jonction de toutes les théories en la matière. On rejoindra ainsi M. Rivero dans l'idée qu'au terme de droit administratif comparé, sans doute trop étroit, il serait préférable de substituer sa formule « principes comparés régissant l'administration publique » qui correspond mieux aux études qui sont faites dans ce domaine. »

<sup>15</sup> V. por ej. PEGORARO, L., “Premisas metodológicas para una investigación de derecho comparado de las garantías constitucionales y subconstitucionales de los entes locales”. Versión On-line, disponible en: <http://www.letasjuridicas.com/Volumenes/6/pegoraro6.pdf>. 30.06.2012.

<sup>16</sup>La existencia y la estructura de los controles sobre los actos de los entes territoriales es particularmente importante. Este criterio debe ser analizado bajo al menos dos aspectos: la existencia de control del Estado central sobre la producción normativa territorial y cuál es su alcance; la existencia de un mecanismo de protección de las competencias y atribuciones de los entes territoriales, y en particular de su autonomía (si es reconocida), contra las usurpaciones eventuales del Estado o de otros entes territoriales.

El aporte principal del método utilizado reside, entonces, en la manera de estudiar dicha autonomía, de suerte que el método sea aplicable a cualquier comparación entre Estados(o al número más grande de ellos).

De donde se encara el problema, la situación siguiente siempre se presenta: la consideración de los elementos de orden institucional (1ª Parte), de los elementos de orden funcional (2ª Parte) y la puesta en movimiento de los segundos por los primeros en un marco temporal y geográfico (3ª Parte) es inevitable.

Puesto que cada parte está conformada por distintas invariantes, es posible afinar el conocimiento de la autonomía territorial, detallando estas en criterios cada vez más y mejor definidos a su turno. Se trata entonces de un método progresivo.

## **§ 5. La aplicación del método**

Más que un simple cuadro sinóptico, la construcción de este marco teórico<sup>17</sup> se reveló necesaria, a falta de una metateoría o de una metaconcepto<sup>18</sup>. Esa construcción es uno de los frutos de la investigación y no su punto de partida.<sup>19</sup> Dicha construcción no pudo obviar una presentación comparada inicial de la separación o repartición horizontal del poder (régimen de gobierno -organización político-constitucional – y organización del poder jurisdiccional) y del régimen de administración territorial del Estado (descentralización y/o regionalización). Luego, se estudia la influencia de los «invariantes» más notorios o remarcables de la descentralización: la noción de colectividad territorial; la ausencia de noción genérica; la acepción de la noción de competencia; el principio de libre administración o su negación; las modalidades de traspaso de las competencias materiales; el reconocimiento o no de un poder reglamentario territorial y su

---

<sup>17</sup> En el sentido que «une théorie doit servir à comprendre le monde; elle doit permettre d'expliquer ce qui se passe et anticiper ce qui va se passer et, si elle n'y parvient point, c'est qu'elle est erronée» ZOLLER Elisabeth, «Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'Etats», en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Tome 294 (2002), pp. 41-166.

<sup>18</sup> PICARD E., «Le droit comparé est-il du droit», in *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, Vol. 1 (2009), Dalloz, 2010, p. 173-251. En este artículo E. PICARD milita para la elaboración de metaconceptos que permiten «transcender a conceptos propios a tales o cuales ordenes jurídicos» y que constituye(n) la condición indispensable de toda comparación.«Porque, para acceder a la idea misma de semejanza y la percepción de su realidad, se debe ser capaz precisamente de pensar las dos entidades como susceptibles de ser subsumidas por una categoría única, más general, que justifica sola su comparación y permite acceder a esa semejanza y tratar las diferencias como tales y no como extrañezas.» pp. 29 et 30. Agradezco aquí la profesora RUEDA por sus consejos.

<sup>19</sup> PICARD E., «L'état du droit comparé en France», en 1999. *RIDC*, Vol. 51 N°4, Octobre - décembre, 1999. pp. 885-915., part. p. 900.

amplitud; la noción de competencia general o asimilada; el control de los actos reglamentarios de los entes territoriales; la protección (o garantía) del poder reglamentario territorial. El conjunto de esos elementos se inscribe en las tres partes precedentemente señaladas.

En definitiva, aparece que el ejercicio de un poder territorial está más que nunca vinculado a los derechos y obligaciones de los entes territoriales y las vicisitudes del orden jurídico estatal. Uno de los miedos políticos e inquietudes intelectuales que acompañan el ejercicio del poder reglamentario de los entes territoriales en el seno del estado unitario, tiene relación con la diferencia de tratamiento que podrían sufrir los ciudadanos según las autoridades y el lugar donde viven. De este hecho, y entre otros, el principio de igualdad se encuentra vinculado a todos los debates relativos a la descentralización.

## § 6. Prolegómenos

### A. Precisiones conceptuales y terminológicas

A fin que este estudio sea posible y comprensible por sus dos tipos de lectores “naturales”, es necesario precisar previamente el sentido dado a tres términos fundamentales que no tienen el mismo alcance en los ordenes jurídicos estudiados: **competencia, colectividad y/ o ente territorial, y poder reglamentario territorial.**

#### 1. Aproximación de las nociones de competencias, poderes, funciones y atribuciones

El estudio del poder territorial puede y debe ser conducido en relación con su origen en el Estado unitario moderno, es decir su competencia. Efectivamente, se trata de saber según qué título o de qué título un ente territorial puede actuar y adoptar decisiones con carácter general modificadoras de derechos. ¿Qué es lo que justifica tal poder<sup>20</sup>? Además, es bien la definición del origen de dicha competencia que delimita la amplitud de un poder. Se constatan ciertos abusos de lenguaje en cuanto a los términos utilizados por el legislador y la doctrina. Así, los

---

<sup>20</sup>«La compétence permet de dépasser une conception personnelle ou patrimoniale pour la détention d'un pouvoir par une autorité publique: la compétence est le titre juridique permettant à son titulaire d'exercer tel ou tel pouvoir (V. V. CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés: Paris, LGDJ, 1974*), cette approche étant nécessaire pour construire une théorie et un régime de limitation et contrôle du pouvoir. La notion de compétence résulte donc principalement de l'institutionnalisation du pouvoir (politique) et la volonté d'en rationaliser, diviser, limiter l'exercice(V. pour une approche fondamentale, M. Weber, *sociologie du droit: PUF, 1986, p. 37*).» BLANQUET M., «Compétences de l'Union - Architecture générale. – Délimitation», *JurisClasseur Europe*, Traité, Cote: 03,2012, Fasc. 170, 01 Janvier 2012, n° 4.

conceptos de competencia y de atribuciones son regularmente entendidos como sinónimos dentro de las disciplinas jurídicas, pero también porque se entrecruzan, como es el caso para el derecho público y la ciencia política.

**a) ¿La inútil búsqueda de una distinción en derecho francés de la descentralización?**

La competencia, que M. HAURIUO califica de poder de decisión<sup>21</sup>, es la aptitud de una autoridad de decidir y constituye sin duda la más importante regla de orden público, en general, y de legalidad externa, en particular, que es en principio definida por la materia (la naturaleza y el objeto de las decisiones), y sobre el plano territorial y temporal.<sup>22</sup>

El término de competencia debe aquí ser entendido no solo en el sentido de “transferencia de competencias”, sino en el sentido que le da, por ejemplo F. P. BENOIT y que lo distingue bien del concepto de atribución, éste último englobando de una cierta manera el de competencia.

Así, “en un lenguaje jurídico correcto, conviene designar por el término genérico “atribuciones” el conjunto de las aptitudes para actuar reconocidas a las autoridades administrativas, cualquiera sea la naturaleza de esas actividades.”<sup>23</sup> El término competencia, en cuanto a él, corresponde “al sentido jurídico del término (...) de las aptitudes conferidas a una autoridad o a un cuerpo deliberante con efecto de tomar, en lo que concierne un objeto determinado, decisiones que tienen valor de actos jurídicos creando por si mismos efectos de derecho”<sup>24</sup>. Más adelante, F.-P. BENOIT regresa sin embargo, sobre el término de atribución e introduce un otro sentido que el genérico: “en el lenguaje jurídico bien hecho sería oportuno reservar el término de competencia, para la capacidad de hacer actos jurídicos, y el de atribución,

---

<sup>21</sup>HAURIUO, M., *Principes de droit public a l'usage des étudiants en licence(3e années) et en doctorat ès-science politiques*, Paris, Sirey, 1910, p. 36.

<sup>22</sup>O. BEAUD anota que si el derecho administrativo es el terreno de elección de la competencia, éste lo ha sido «pendant longtemps, faiblement examiné (...) dans son analyse des institutions administratives et des collectivités territoriales». BEAUD, O., « Compétence et souveraineté », in *La compétence. Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy*, Litec, LexisNexis, p. 13.

<sup>23</sup>BÉNOIT, F.-P., *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, Chapitre 1. Les attributions générales 4012-3, n°5, 1987

<sup>24</sup>Ibid.



para la capacidad de realizar operaciones materiales”<sup>25</sup>. La competencia, estaría entonces asociada a la calidad de acto jurídico y la atribución, a la calidad de acto material.

Al inverso, J.-M. PONTIER, y la mayoría de la doctrina francesa actual<sup>26</sup>, asociaría más el término de atribución al acto jurídico y el de competencia a lo que se califica a veces de competencia material: “las competencias no son las atribuciones. El término atribución designa los tipos de actos que pueden ser tomados por un órgano de una colectividad, generalmente en nombre de esa colectividad, en el límite y para la puesta en aplicación de sus competencias”<sup>27</sup>.

### **b) La distinción chilena entre competencias, funciones y atribuciones**

Los textos y la doctrina chilena parecen intentar distinguir bien las diferentes nociones de competencias<sup>28</sup>, funciones y atribuciones<sup>29</sup>. De una manera general, la competencia está formada por las funciones y las atribuciones, las últimas permiten ejercer las segundas. Así, las dos leyes orgánicas distinguen funciones y atribuciones. Por ejemplo, el artículo 13 LOCGAR dispone que “Para el ejercicio de sus funciones los gobiernos regionales (...) estarán investidos de las atribuciones que esta ley les confiere.” De la misma manera, respecto de las competencias del Presidente del Consejo regional, el artículo 113 inc. 6 CPR prevé que la ley orgánica constitucional determinará las funciones y atribuciones del presidente del consejo regional.”<sup>30</sup>

---

<sup>25</sup>BÉNOIT, F.-P., *El derecho administrativo francés*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, p. 572. En el mismo sentido P. DELVOLLE recuerda que la atribución reenvía al “champ matériel des pouvoirs d’une autorité”.

<sup>26</sup> Por ejemplo para el Pr. CHAPUS, la descentralización « se traduit par le transfert d’attribution de l’État à des institutions (territoriales ou non) juridiquement distinctes de lui et bénéficiant, sous la surveillance de l’État, d’une certaine autonomie de gestion». CHAPUS, R., *Droit administratif général*, Tome 1, 7<sup>ème</sup> édition, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 1993

<sup>27</sup> PONTIER, J.-M., “Nouvelles observations sur la clause générale de compétence », in *La profondeur du droit local. Mélanges en l’honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Paris, Dalloz 2006, p. 370.

<sup>28</sup> “Competencia: (adm.púb.) Facultad que tiene cualquier empleado o directivo público para conocer de las materias que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones.” *Diccionario de Administración Pública Chilena*, Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2ª Edición, octubre 2002

<sup>29</sup> El *Diccionario de Administración Pública Chilena*, Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2ª Edición, octubre 2002 define esa como: “atribución: (adm.): “Facultad, derecho o atributo que posee una persona por el hecho de ocupar un cargo determinado”.

<sup>30</sup> Luego, las dos leyes orgánicas afirman que “para el cumplimiento de sus funciones, el gobierno regional tendrá las siguientes atribuciones” (art. 20 LOCGAR); y que “Para el cumplimiento de sus funciones las municipalidades tendrán las siguientes atribuciones esenciales” o por ejemplo, el artículo 36 letra j) relativo a las atribuciones del consejo regional: “j) Ejercer las demás atribuciones necesarias para el ejercicio de las funciones que la ley le encomiende.”(art. 5º LOCMU.)

Para CASSAGNE, “la competencia es la aptitud legal que surge del conjunto de facultades y atribuciones que corresponde a los órganos y sujetos estatales”.<sup>31</sup>

CEA EGAÑA escribe que dentro de las exigencias pedidas para ser consideradas como un órgano del Estado, es necesario “que el individuo con título jurídico válido y vigente, que ya ha sido investido como órgano, actúe dentro de su competencia, esto es, ejerciendo la función y atribuciones precisas que el régimen jurídico ha conferido a la institución correspondiente, sin salirse de esa esfera de habilitación previa y delimitada, pues entonces su actuar sería nulo o inexistente ante el Derecho y, en todo evento, ineficaz”.<sup>32</sup>

M. DANIEL A. explica por su parte que la competencia en derecho administrativo está determinada por los tres elementos que son el territorio, la materia y la jerarquía o el grado<sup>33</sup>. El territorio corresponde al ámbito de validez de las normas, en el sentido kelseniano, y no plantea problema a priori. El elemento material corresponde a las funciones o tareas que debe cumplir el órgano competente. La jerarquía o el grado reagrupa dos elementos, o aspectos: por una parte, las atribuciones que el órgano detenta para ejercer esas funciones en ese ámbito de validez espacial; por otra, el nivel jerárquico de esas atribuciones dentro de la jerarquía de los órganos.<sup>34</sup>

En el mismo sentido, para R. PANTOJA, “las funciones expresan la materia, es decir, la tarea o actividades que debe cumplir la entidad, en tanto que las atribuciones, el elemento, grado o jerarquía, esto es, las facultades de que está dotada esa autoridad para cumplir esas tareas”.<sup>35</sup>

En cuanto a BASCUÑAN V., afirma que “de un modo muy genérico, podemos decir que por “competencia” se entiende el alcance de las atribuciones conferidas a un determinado órgano. El discurso jurídico manifiesta este sentido del término mediante las expresiones

---

<sup>31</sup>CASSAGNE, J.C., *Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Ed. LexisNexis Abeledo-Perrot, 7ª Ed., 2005, p. 97.

<sup>32</sup>CEA E., J.L., *Teoría del Gobierno. Derecho chileno y comparado*, Santiago, Chile, Eds. Universidad Católica de Chile, 1ª. ed., 2000, p. 39.

<sup>33</sup>DANIEL A., M., *La organización administrativa en Chile*, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 1985, p. 70.

<sup>34</sup> Distinción que recoge el *Diccionario de Administración Pública Chilena*, Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2ª Edición, octubre 2002: “Competencia Legal: (adm.púb.) Conjunto de atribuciones o facultades que la ley otorga a las autoridades y funcionarios de la Administración del Estado para el cumplimiento de sus funciones. Los elementos que determinan la competencia legal de un órgano público son: 1.) Materia: se refiere al contenido de las funciones asignadas por la ley al órgano público; 2.) Territorio: sector físico donde se tiene competencia; 3) Grado: se refiere al grado que ocupa el funcionario dentro del escalafón al que pertenece.”

<sup>35</sup>PANTOJA B., R., *La organización administrativa del Estado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 423

metafóricas “ámbito” o “esfera” de competencia, queriendo con ello dar la imagen de un espacio dentro del cual el órgano actúa válidamente. La forma usual de concretar o delimitar las competencias normativas es mediante el concepto de “materia de regulación”, es decir, refiriéndose a una determinada clase o categoría de acciones o actividades humanas, cuya regulación constituye el objeto de la potestad normativa atribuida a un determinado órgano”<sup>36</sup>.

Pero aquí, se constata que BASCUÑAN V. mezcla en la misma explicación el alcance de la atribución y el ámbito mismo de esa. Efectivamente, una cosa es decir que, por ejemplo, las municipalidades tienen competencia para el aseo de la comuna y otra, que esa limpieza es obligatoria o facultativa, exclusiva o compartida con otras entidades territoriales.

Se entiende entonces que la atribución corresponde a la competencia normativa del derecho francés y al acto emitido en virtud de ella, en el sentido de la cita precedente de J.-M. PONTIER. La distinción es *a priori* atractiva por su claridad y permitiría comprender la distinción entre atribuciones y funciones, o el carácter normativo, resolutorio, fiscalizador y demás atribuciones cuya ley orgánica respectiva dota al órgano colegial<sup>37</sup>.

Sin embargo, la doctrina chilena ha establecido calificaciones de atribuciones relativamente variadas, que no son forzosamente normativas y que pueden engañar. Así, O. OELCKERS C. distingue las atribuciones según el titular<sup>38</sup>, H. NOGUEIRA A. según la naturaleza de las atribuciones del solo consejo regional.<sup>39</sup> El resultado es una gama de listas

---

<sup>36</sup> *Los modos de creación de las normas jurídicas en el derecho chileno*, Materiales de estudio del Curso de Introducción al Derecho del Profesor BASCUÑAN V. (sin publicar); 3era versión corregida y complementada por el Profesor A. BASCUÑAN R., Universidad de Chile – Facultad de Derecho, Santiago, Marzo de 1998, n° 58.

<sup>37</sup> Art. 113 CPR “El consejo regional será un órgano de carácter normativo, resolutorio 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”; y Art. 119 inciso 2 CPR: “El concejo [municipal] será un órgano encargado de hacer efectiva la participación de la comunidad local, ejercerá *funciones normativas*, resolutorias y fiscalizadoras y *otras atribuciones* que se le encomienden, en la forma que determine la ley orgánica constitucional respectiva.”

<sup>38</sup> Distingue entre las atribuciones del GORE, del Intendente y del Consejo regional: art. 20, 24 y 36 respectivamente LOCGAR). Tratándose por ejemplo del Intendente, reagrupa sus atribuciones en: a) de planificación y formulación presupuestaria; b) de ejecución; c) de representación; d) de coordinación y de investigación; y e) de administración; OELCKERS C., O., “Descentralización administrativa y regionalización”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24 n°2, p. 358 y sgtes.

<sup>39</sup> Distingue entonces seis atribuciones resolutorias, una atribución resolutoria compartida, dos atribuciones normativas de carácter administrativo, una de investigación y dos consultivas. NOGUEIRA A., H., *Derecho Constitucional*, Tomo II, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2ª ed. 1993, reimpresión 1997

complejas que dificultan más la comprensión de las competencias, que el exponerlas y explicarlas.

En definitiva, la distinción entre normativo y no normativo establecida por la doctrina puede entenderse, pero **en ningún momento, ya sea en el texto constitucional como en las leyes orgánicas, el constituyente o legislador orgánico ha precisado que tal atribución será normativa y cual otra no.** Y eso explica porqué también, las normas evocan funciones que presentan todos los rasgos de una atribución normativa.

### **c) Conclusión sobre las dos aproximaciones y la opción retenida para la investigación**

JELLINEK, en referencia a la famosa competencia de la competencia del Estado y vinculándola con el concepto de soberanía, declara que esa última es “la capacidad exclusiva (...) de determinar el alcance de su propio orden jurídico”. Entonces, es bien el poder de decidir quién dictará actos normativos (competencia) sobre tal o cual materia (atribución) que es aquí importante y no cuál es la materia en cuestión.

La precisión terminológica de F.-P. BENOIT parece oportuna, pero los constituyentes y legisladores franceses como chilenos hicieron un uso indiferenciado de los términos de competencia, atribución y función, lo que no facilita la investigación.

Así, el artículo 72-2 de la constitución francesa que precisa que: «las entidades territoriales podrán decidir sobre el conjunto de las competencias que mejor pueden ejercerse a sus respectivos niveles», podría ser reformulado de la manera siguiente «las entidades territoriales podrán ejercer sus competencias sobre el conjunto de las atribuciones que mejor pueden ejecutar a sus respectivos niveles».

En cuanto al artículo 113 de la constitución chilena, precisa que: “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.” Es decir que el que el consejo regional chileno ejerce sus atribuciones (en realidad competencias) en el ámbito del marco de las competencias (en realidad atribuciones) del gobierno regional.”

Hay entonces que rendirse a las evidencias. En la práctica, los dos sentidos de competencia y de atribución son regularmente utilizados indistintamente. Así, la noción de

competencia, consustancial al poder normativo de los entes territoriales, se entiende de dos maneras diferentes, pero complementarias. Existen competencias materiales o funcionales (la salud, la educación, etc.) y la competencia normativa que expresa el hecho que, justamente, la autoridad de la colectividad está habilitada para adoptar decisiones coactivas, obligatorias para sus destinatarios para el conjunto de las materias visadas por las competencias funcionales.

G. MARCOU, después haber notado la ambigüedad del sustantivo “competencia”, no solo en el derecho francés, sino a nivel europeo, concluye: “sólo se puede definir completamente una competencia (*powers*) por su objeto (lo que llamamos también la competencia material – función), por los poderes destinados a su ejercicio (según los casos una facultad – *power* – o una obligación –*duty*) y por los medios necesarios a su aplicación, como así también por el titular de esa competencia. La autonomía local es una libertad, y el grado de libertad con el cual esa competencia (function) será ejercida depende antes que todo de los poderes y de los medios”.<sup>40</sup>

En definitiva, dos reflexiones pueden ayudar a cerrar el debate sobre esa delimitación terminológica. Según la primera, “no es el término lo que causa el problema: el debate no es iluminado y si se utiliza otra terminología (atribuciones, funciones, etc.) lo que importa, es bien una cuestión de fondo, no es una cuestión de nombre”.<sup>41</sup>

En el mismo sentido, O. BEAUD advierte que “como la soberanía, la competencia es igualmente una “noción doctrinal” en el sentido “einsenmanno” del término. Resulta una

---

<sup>40</sup>MARCOU, G., “Une approche comparative des compétences des collectivités locales en Europe », in PAVIA, M.-L. (dir.), *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales: aujourd'hui et demain?* Actes du colloque de Montpellier des 29 et 30 juin 2007, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 207.

<sup>41</sup>PONTIER, J.-M., “la notion de compétences régaliennes dans la problématique de la répartition des compétences entre collectivités publiques », *RDP*, n°1-2003, p. 198. En este sentido, se reporta igualmente con utilidad a M. BLANQUET, quien a propósito de las “competencias de la Unión europea” señala que “la notion de compétence est de celles qui se comprennent essentiellement par la mise en évidence de ce qu'elles ne sont pas. En l'occurrence, cette notion ne se dévoile principalement qu'au travers d'une mise en miroir avec la notion de pouvoir. (...) Dès lors, cette démarche implique la détermination, au sein même de la compétence, non seulement des pouvoirs attribués à l'autorité, mais des conditions d'exercice de ceux-ci, c'est-à-dire essentiellement leur domaine et les objectifs pour lesquels ces pouvoirs ont été attribués au titulaire. Un titre de compétence se compose essentiellement de trois éléments, un domaine de compétence, un ou des objectifs, un ou des pouvoirs attribués, ces éléments pouvant être plus ou moins explicités, c'est-à-dire que selon les cas, les trois composantes peuvent être expressément déterminées par le texte de base, ou seulement une ou deux, celles qui ne sont pas fixées explicitement devant alors être précisées, spécialement par le juge. Par ailleurs, peuvent intervenir d'autres éléments de détermination, souvent extérieurs à la compétence elle-même car pouvant être fixés de façon plus générale pour l'acte juridique portant le titre de compétence, comme le champ géographique et la dimension temporelle, ces éléments n'intervenant cependant que de manière seconde, pour circonscrire la compétence, alors que les trois composantes principales peuvent servir à la fois à un tel contrôle mais aussi à la définition ou l'attribution même de la compétence”.BLANQUET M., « Compétences de l'Union - Architecture générale. – Délimitation », *JurisClasseur Europe*, Traité, Cote: 03,2012, Fasc. 170, 01 Janvier 2012, n° 4

consecuencia importante: la jurisprudencia – administrativa como constitucional, o aún internacional– no tiene la última palabra sobre la competencia, ni sobre la soberanía. Es vano querer inducir el concepto en cuestión de un solo análisis de la jurisprudencia, ella siendo material, un *corpus* - pero no el único -, que el jurista debe utilizar, y siempre con una distancia crítica, para comprenderlo en cuanto ese concepto es una abstracción jurídica.”<sup>42</sup>

Hay que convencerse en adoptar una posición para el resto de la investigación y no es posible hacer el *impasse* sobre el uso del término competencia. Entonces, “aplicado a una colectividad pública el término de competencia designa [rá], a la vez, los ámbitos en los cuales, sea en virtud de la Constitución, sea en virtud de leyes, [sea en virtud de reglamentos, sea en virtud de contratos], una categoría de colectividades territoriales o de establecimientos públicos, o una colectividad, está habilitada a intervenir por actos que tienen efectos jurídicos, y la habilitación misma”.<sup>43</sup>

## 2. Colectividades y entes territoriales

¿Entes territoriales y /o colectividades territoriales? La diferencia de los términos utilizados entre los dos países complica la investigación. La Constitución chilena (art. 110) dispone que “<sup>44</sup>Para el gobierno y administración interior del Estado, el territorio de la República se divide en regiones y éstas en provincias. Para los efectos de la administración local, las provincias se dividirán en comunas” en su título XIV Gobierno y administración del Estado” mientras que la constitución francesa habla en su título XII de las colectividades territoriales<sup>45</sup>.

Para esa investigación, se utilizarán los términos *entes territoriales* cuando nos referiremos simultáneamente a los dos países estudiados, *colectividades territoriales* para el solo caso francés y, para Chile, se precisa en el caso si se trata de las regiones o de las municipalidades. Las diferencias de conceptos y sobre todo sus consecuencias serán desarrolladas y aparecerán en el cuerpo del texto. Una explicación preliminar es, sin embargo,

---

<sup>42</sup>BEAUD, O., “Compétence et souveraineté”, in *La compétence*. Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l’Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy, Litec, LexisNexis, p. 11

<sup>43</sup>PONTIER, J.-M., “Nouvelles observations sur la clause générale de compétence”; in *La profondeur du droit local. Mélanges en l’honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 370

<sup>44</sup> Art. 110.

<sup>45</sup>Sobre todo su art.72: “Las entidades territoriales de la República son los municipios, los departamentos, las regiones, las entidades con estatuto particular y las entidades de Ultramar regidas por el artículo 74. Cualquiera otra entidad territorial se crea por ley, en su caso, en lugar de una o de varias de las entidades mencionadas en este apartado.”

necesaria: el concepto de colectividades territoriales del derecho francés que fue objeto de largos debates doctrinales no tienen equivalente en derecho chileno. Si el debate entre el uso de los términos “territoriales” o “locales” ha sido cerrado por el constituyente francés para designar de manera genérica todas las colectividades infra estatales francesas, la Constitución chilena no utiliza ningún término genérico para las regiones y las municipalidades, que son las dos categorías de organismos administrativos territoriales.

Más allá de esas diferencias terminológicas, las diferencias aparecen también en el seno de lo que nombramos por comodidad “categorías”<sup>46</sup>. Así, las regiones chilenas tienen un régimen jurídico bien alejado de sus homólogas francesas y las comunas francesas, no corresponden a las comunas, sino a las municipalidades chilenas. De lo que precede, los elementos constitutivos como el estatuto de la colectividad territorial francesa no coinciden forzosamente o totalmente con el de los entes chilenos. La confrontación de esos dos parámetros (elementos constitutivos y estatuto) permitirá aclarar las soluciones adoptadas por cada ordenamiento jurídico en materia de poder territorial.

Al fin, la tendencia a la intercomunalidad en Francia y la ley sobre las asociaciones de municipalidades no puede ser ignorada. En efecto, la posible transformación de la primera en colectividades territoriales<sup>47</sup> como las modalidades de las segundas no puede ser desconocida. Las diferentes jerarquías se encuentran alteradas: de normas, entre colectividades, etc.

### **3. La noción de poder reglamentario territorial**

La Constitución chilena utiliza los términos “órgano de carácter normativo” (para las regiones)<sup>48</sup> y “funciones normativas” (para las municipalidades)<sup>49</sup> mientras que la Constitución francesa enuncia el “poder reglamentario” de las colectividades territoriales<sup>50</sup>.

Esa diversidad terminológica no se presta a la sistematización y hay que destacar una noción que sea comprensible en todos los casos. En el caso francés, no hay referencia a la norma, y en el caso chileno, la noción de poder está ausente en la Constitución.

---

<sup>46</sup>Me refiero a las categorías en el sentido francés. El art. 3 de la constitución se refiere a las “*regions, provinces y communes del territorio nacional*”. Ver también el art. 110. Sin embargo, la constitución no se refiere a una noción común de categoría, entidad o colectividad. La distinción entre las instituciones regiones y comunas, estudiadas en el capítulo 4, explica seguramente sus diferencia de poder normativo.

<sup>47</sup> Ver los actuales proyectos de leyes.

<sup>48</sup> Art. 113

<sup>49</sup> Art. 119 inc. 2

<sup>50</sup> Art. 72 inc 3

Sin embargo, en los dos países, el término de *normaes* genérico y se aplica a la ley, como al reglamento, para designar un acto jurídico creador de derecho de alcance general, impersonal y que se impone a sus destinatarios.

El término *normativo* no es usado en derecho positivo francés y la sola razón (que viene de la influencia española) por la cual el vocablo *normativo* es utilizado en derecho positivo chileno, es que era utilizado a fin de distinguir los llamados actos normativos de los actos nominados administrativos; esto corresponde a la distinción francesa entre el acto reglamentario y el acto administrativo individual. Ahora bien, la distinción evocada del derecho chileno desapareció y el acto reglamentario es bien hoy en día un acto administrativo.<sup>51</sup>

En los dos países, la noción de reglamento designa un acto de alcance general, impersonal y obligatorio para sus destinatarios.<sup>52</sup> Esa acepción del poder reglamentario es entonces conforme a la de ley material en el sentido de DUGUIT, aunque el elemento orgánico sigue indispensable en la comparación, para distinguir el autor del acto y las diferencias eventuales de control.

El término *reglamento* está recogido en las leyes orgánicas regional y municipal en el sentido de acto de alcance general, con otros igualmente de alcance general<sup>53</sup> y la doctrina chilena utiliza el término genérico “*poder reglamentario*” cuando se refiere al conjunto de este tipo de actos adoptados por los entes territoriales<sup>54</sup>. Por su parte, en derecho francés, el término *reglamento* tampoco es siempre utilizado para los actos con alcance reglamentario de las colectividades territoriales y otros vocablos son utilizados para hablar de actos reglamentarios.

El vocablo “*poder reglamentario*, entendido como “el poder, para las autoridades administrativas, de dictar reglas de derecho, es decir decisiones jurídicas que tienen un carácter general e impersonal (...) caracterizado a la vez por un criterio orgánico, los titulares de este poder solo pueden ser autoridades administrativas, y por un criterio material, definido por el

---

<sup>51</sup>Desde el art. 3 de la ley N° 19.880 de 2003 que *establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado* (LBPA, en adelante). Ver PIERRY A., P., “Concepto de acto administrativo en la ley de procedimiento administrativo. El reglamento. Dictámenes de la Contraloría General de la República”, *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, agosto 2005, n° 13, p. 71

<sup>52</sup>Los actos individuales y los contratos administrativos son entonces excluidos. Cf. cap. 5.

<sup>53</sup>Arts. 5 y 12 LOCMU, y art. 16 LOCGAR

<sup>54</sup>CORDERO Q., E., “*La potestad reglamentaria de las entidades territoriales. Los reglamentos regionales, las ordenanzas y los reglamentos municipales*”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 6, 1999, pp. 109-146; FERRADA, J. C., “*La potestad reglamentaria de los gobiernos regionales: algunas notas preliminares*”, in *XXIII Jornadas de Derecho Público*, *Revista de Derecho de la Universidad católica de Valparaíso*, Chile, 2002, Vol. II.



contenido de esos actos que se distinguen así de los actos nominativos o individuales. El poder reglamentario así es poco dissociable del reglamento”<sup>55</sup> - parece evidente.

Otra precisión es necesaria: la tradición jurídica chilena, en línea directa con la española, entiende por local únicamente lo que se refiere al nivel comunal, mientras que en Francia el término se aplica a todo lo que tiene relación con los niveles infra-estatales. Propongo entonces utilizar para las dos versiones del texto, la expresión de poder reglamentario territorial. Esa solución presenta varias ventajas, además de la simplicidad, de la claridad y de la generalidad en los dos idiomas: primero, permite al derecho chileno reagrupar todas esas normas dispersas bajo un mismo vocablo. Luego, en Chile como en Francia, ello ayudaría a distinguir las normas administrativas nacionales, tanto en lo que concierne a su validez territorial, como el grado de legitimidad de su autor. En este sentido, M. VERPEAUX se pregunta “si el “poder reglamentario” de las unas y de las otras [autoridades] es de misma naturaleza y si hay que designar bajo la misma apelación realidades políticas y jurídicas que son diferentes. Un reexamen de la función ejecutiva es necesario, poniendo fin a la tradicional desconfianza heredada de la Revolución francesa respecto de este poder. La expresión “poder reglamentario” debe ser reservada solo al poder ejecutivo, ejercido bajo la Vª República, por el Primer ministro y el Presidente de la República. Porque expresan, directa o indirectamente, la soberanía nacional, esas dos autoridades no pueden ser tratadas como simples administradores. Las otras autoridades administrativas que son llevadas a dictar actos administrativos generales se contentarían con administrar y no participan, salvo por delegación, al “poder reglamentario”.<sup>56</sup>

La observación es válida para el sistema chileno. Sin embargo, los textos constitucionales y/o legislativos utilizan las expresiones “poder reglamentario” o “reglamento” para los entes territoriales, y hay que tomarlo en cuenta. Razón por la cual, la expresión poder reglamentario territorial parece aceptable.

En fin, “tal cambio de perspectiva debería implicar la competencia de otro juez que el *Conseil d'État* para decidir sobre la legalidad de actos que serían realmente reglamentarios, el *Conseil constitutionnel*, teniendo una competencia general para las leyes y los reglamentos entendidos en su verdadera significación constitucional”<sup>57</sup> y sobre este punto, notaremos que la distinción

---

<sup>55</sup> VERPEAUX, M., art. « Pouvoir réglementaire », en ALLAND D. y. RIALS, S. (dir.) *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2007, p. 1177.

<sup>56</sup> Idem, p. 1180.

<sup>57</sup> Ibid.

existe ya de una cierta manera en derecho chileno, puesto que los decretos presidenciales pueden ser objeto de un control del Tribunal constitucional.

Entenderemos entonces el poder reglamentario territorial como el poder para los entes territoriales de dictar actos administrativos de alcance general, impersonal y obligatorio para sus destinatarios en el marco de sus competencias. Los actos presupuestarios, ciertos esquemas o instrumentos regionales de planificación, a partir del momento que se imponen a sus destinatarios deben ser considerados como actos reglamentarios<sup>58</sup>.

### **B. La repartición horizontal de los poderes en Chile y en Francia.**

Como lo ha escrito V. JACKSON C., para estudiar las formas de Estado, “hay que tomar la selección y la composición de los órganos de los diferentes actores donde se ejercen las competencias, la repartición de las competencia y también la autonomía o la interdependencia con las cuales se ejercen.”<sup>59</sup>

Las disposiciones constitucionales relativas a los regímenes estudiados y en este sentido el análisis institucional nos presenta por un lado un sistema presidencial (Chile) y por el otro un sistema semi presidencial (Francia). Las dinámicas institucionales hacen que el análisis normativo stricto sensu de las instituciones puede difícilmente hacer la economía del aporte de la ciencia política.

Me refiero aquí a las clasificaciones de la ciencia política y del derecho constitucional occidental clásico<sup>60</sup>, saber: el parlamentarismo, el presidencialismo y la forma híbrida de esas dos últimas, más conocida como semi-presidencial que como semi-parlamentaria.<sup>61</sup> Esa

---

<sup>58</sup> Cf. cap. 5.

<sup>59</sup>JACKSON C., V., « Fédéralisme – Normes et territoires », chap. I du Titre II, *Formes d'État* du 1<sup>er</sup> tome du *Traité international de droit constitutionnel* (Dir. de M. TROPÉY D. CHAGNOLLAUD), Paris, Dalloz 2012, pp. 17.

<sup>60</sup> Esa tipología de las formas de gobierno difiere, sin oponerse a ella, a la de las formas de gobierno expuesta, por ejemplo por N. BOBBIO in BOBBIO N., *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, FCE, México, 1987 (1<sup>a</sup> Ed.), en el sentido que se inscriben las tres en el modelo Republicano, por recoger la tipología de MONTESQUIEU, mientras que existen otros modelos como el monárquico, el Republicano y los Estados despóticos. Es decir que aquí la tipología evocada es mucho más restringida, modesta y funcional.

<sup>61</sup> O “con tendencia presidencial” prefiere DE VERGOTTINI G., *Derecho constitucional comparado*, Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1985 (2<sup>a</sup> edición en castellano, trad. P. LUCAS VERDÚ), p. 476. Las calificaciones del sistema francés no faltan. Se encuentran por ejemplo los términos neopresidencialismo, parlamentarismo presidencial, o más, régimen parlamentario “orleanista” (DUVERGER). V. también CHANTEBOUT, B., *Droit constitutionnel*, p. 490 para quién, a pesar de todas las modificaciones hechas, la forma del gobierno prevista por la Constitution de 1958 es fundamentalmente parlamentaria.

distinción de los regímenes políticos es importante porque, bien hay que preguntar si una forma de gobierno favorecería más que otra la descentralización. La conciliación del régimen presidencial chileno <sup>62</sup> con cierta autonomía territorial no se revela evidente. Parece difícil, y a veces fuente de polémicas. Las peticiones reiteradas de cambio de régimen en el sentido de un sistema “a la francesa” deben ser entonces consideradas.

El régimen presidencial chileno y el régimen semi-presidencial francés son finalmente bastante cercanos (1) sobre varios puntos y difieren principalmente en lo que concierne la repartición y el peso de las funciones y los poderes de los cuerpos ejecutivo y legislativo (2).

Este punto es fundamental para nuestro estudio, porque sienta las bases para comprender el lugar que está dado al poder reglamentario territorial entre la ley y el reglamento general: ¿cómo se articulan, cómo el primero puede inmiscuirse (si es que lo puede) entre esos dos últimos? O bien: ¿es, debe o puede estar a su lado? Se debe igualmente considerar la organización del poder jurisdiccional y el papel de las diferentes jurisdicciones en la resolución de los litigios entre los dos primeros poderes (3).

### **1. Dos regímenes de gobierno distintos que tienden a aproximarse**

Definir un régimen de gobierno constitucional lleva a constatar el papel de los diferentes actores políticos tal como están previstos por la Constitución. En este marco, el régimen de gobierno chileno entra en la categoría de los sistemas llamados presidenciales y el régimen francés en el de los semi-presidenciales.

El régimen chileno se caracteriza por una muy fuerte concentración de los poderes en beneficio del Presidente de la República, a la vez Jefe del Estado y del gobierno<sup>63</sup>. Conforme el modelo presidencial, nombra a los ministros de Estado y los Sub-secretarios del gobierno que no tienen que recibir la investidura del Parlamento, así como los intendentes regionales y los gobernadores de provincias que son colaboradores que tienen su confianza “exclusiva”.<sup>64</sup> Como

---

<sup>62</sup> El sistema presidencial chileno está muy alejado del régimen norteamericano. Este último inscribiéndose en el marco del sistema federal, se acomoda bien a una cierta autonomía de los entes federados constitucionalmente consagrada. Difiere igualmente de otros Estados unitarios descentralizados de América del Sur en los cuales el régimen presidencial no entraña tantos obstáculos a la autonomía territorial.

<sup>63</sup> El régimen presidencial es un régimen en el cual el poder legislativo (el Congreso de los EUA por ejemplo) y el poder ejecutivo (la Presidencia) tienen competencias estrictamente separadas y en principio independientes. Sin embargo, la práctica desmiente esa afirmación teórica en todos los casos existentes. Chile no escapa a la regla.

<sup>64</sup> Art. 111 y 116 CPR

en Francia, dispone de poderes en caso de situaciones excepcionales y extraordinarias, conduce las relaciones exteriores, designa los embajadores, los funcionarios diplomáticos y los representantes ante los organismos internacionales.

A pesar de la llamada de numerosos autores – y eso antes de la entrada en vigencia de la constitución actual-, de hombres políticos y de representantes sindicales a operar una reforma constitucional profunda para dirigirse hacia un semi-presidencialismo a la francesa<sup>65</sup>, incluso hacia el régimen parlamentario, todos los esfuerzos hasta ahora fracasaron.

Eso se debe a varios factores. Conviene evocar primero la imagen negativa del período parlamentario, la cual surge como una construcción historiográfica<sup>66</sup> - repetida desde todos los bordes del espectro político – legitimadora del régimen presidencial establecido por la Constitución de 1925. Esa imagen perdura aún hoy, incluso desde el retorno de la democracia, en nombre de una mejor eficacia principalmente económica, pero también como factor de progresos sociales y políticos<sup>67</sup>. Es imagen también es mantenida por los partidarios de gobiernos fuertes, incluso de los regímenes autoritarios y por los nostálgicos de la dictadura militar.

El régimen electoral de los parlamentarios, calificado de binominal e instalado por la dictadura, trajo además como consecuencia mantener en el poder, minorías de bloqueo provenientes de sectores políticos que rechazan cualquier intento de poner fin a “una

---

<sup>65</sup> Frente a las propuestas de la Comisión Ortuzar, instalada por la dictadura para proponer un nuevo texto constitucional, el *Grupo de los 24* - Grupo de Estudios Constitucionales creado en 1978 por constitucionalistas opositores a la dictadura militar - había propuesto el establecimiento en Chile de un régimen semi-presidencial en el cual serían separadas las funciones del Jefe del Estado, asumidas por el Presidente de la República, y las del Gobierno que debían quedar en manos de un Primer ministro cuyo programa de gobierno hubiera sido respaldado por la cámara de los diputados. V “Informe del Grupo de Estudios Constitucionales”, citado por E. PALMA en su prefacio del libro de S. MICCO y E. SAFFIRIO, *¿Abandonar el Presidencialismo? Presidencia, quiebre y redemocratización en Chile*. Centro de Estudios del Desarrollo (CED), Santiago, 2000, pp. xviii y xix.

<sup>66</sup> CORREA S., S., “El Congreso durante el parlamentarismo. Revisión crítica del centralismo presidencial”, *HEMICICLO Revista de Estudios Parlamentarios*, Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados, Año 2. Número 4. Primer semestre de 2011, pp. 155-172

<sup>67</sup> S. CORREA señal: “En efecto, cuando intelectuales y políticos discutieron hace dos décadas sobre la conveniencia de instalar un régimen semiparlamentario en Chile (...) afirmaron que el mal llamado parlamentarismo chileno era un régimen de asamblea, irresponsable, oligárquico, ineficiente, estéril, pernicioso, y de este modo consolidaron la percepción de que solo el presidencialismo puede ser exitoso en nuestro país.” CORREA S., S., “El Congreso durante el parlamentarismo. Revisión crítica del centralismo presidencial”, op. cit. p. 158-159.

Constitución ilegítima en cuanto a su origen que radicaliza un presidencialismo monárquico, autoritario y que consagra el desequilibrio de los poderes”.<sup>68</sup>

Tratándose del régimen francés, las instituciones de la Vª República se adaptaron a las diferentes crisis y cambios políticos<sup>69</sup>. Se pudo constatar una lectura parlamentaria de la Constitución en los periodos de cohabitación y una presidencial, en caso de concordancia entre el Parlamento y el Presidente. Sin embargo, desde la reforma constitucional del 2 de octubre de 2000<sup>70</sup>, la duración del mandato presidencial está limitada a 5 años y evita prácticamente los periodos de cohabitación, puesto que desde su aplicación en 2007, los mandatos del Presidente y de los diputados concuerdan.

A la revisión constitucional de 2000 debe agregarse la de julio de 2008 que ha llevado a algunos a decir que hemos entrado hoy en un régimen presidencial cuando esta última quería ser una reforma de reforzamiento de los poderes del Parlamento.

Esta reforma que concernió 47 artículos sobre 89 de la constitución reforzó los poderes del Presidente y de su partido, mientras debilitaba los del Primer ministro: este pierde el control de la agenda legislativa en las dos asambleas<sup>71</sup> y, hoy, la discusión de los proyectos de leyes se hace sobre la base del texto de la comisión parlamentaria y no del gobierno. En fin, la reforma permite al Presidente de la República dirigirse a los diputados y senadores. Es cierto que solo lo puede hacer cuando el Congreso está reunido y no durante las sesiones parlamentarias ordinarias<sup>72</sup>, pero lo puede hacer con el fin de dar orientaciones de políticas generales a los diputados, sobre el modelo del discurso anual del Presidente de los EE.UU o de Chile. Con esto,

---

<sup>68</sup>ENRÍQUEZ-O. G., M., “De la monarquía presidencial a la asamblea constituyente”, *HEMICICLO Revista de Estudios Parlamentarios*, Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados, Año 2. Número 4. Primer semestre de 2011, pp. 7-26, particularmente p. 16. Ver también *Diagnóstico sobre el proceso de descentralización en Chile* junio de 2000, División de evaluación y cuentas públicas Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del interior, p. 5. <http://alegislativo.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/3203-06/128.pdf>

<sup>69</sup>Cf. los periodos de cohabitaciones iniciadas bajo el primer mandato de F. MITTERRAND.

<sup>70</sup>Ley constitucional nº 2000-964 del 2 de octubre de 2000 *relative á la durée du mandat du Président de la République*.

<sup>71</sup> Que ahora es fijada por el gobierno solo 15 días sobre 30, 14 estándole reservados a los parlamentarios y 1 a la oposición.

<sup>72</sup>Art. 18 de la Constitución: “El Presidente de la República se comunicará con ambas Cámaras del Parlamento por medio de mensajes que mandará leer y que no darán lugar a ningún debate. Podrá tomar la palabra ante el Parlamento reunido a estos efectos en Congreso. Su declaración podrá dar lugar, fuera de su presencia, a un debate que no será objeto de ninguna votación. Fuera de los períodos de sesiones, las Cámaras parlamentarias se reunirán especialmente con este fin”.

la importancia del papel jugado por el Primer ministro se reduce aún más, a tal punto que ciertos observadores habían hablado de su “desaparición”.

La práctica francesa se acercaría a la chilena que dispone de un modelo presidencial fuerte, al mismo tiempo que numerosos constitucionalistas y elegidos chilenos militan en el sentido de una mutación hacia el sistema semi-presidencial.<sup>73</sup> Así, una Comisión Especial de Estudios del Sistema Político Chileno<sup>74</sup>, formación de la cámara de los diputados, había aprobado en noviembre de 2009 un nuevo informe conteniendo un conjunto de propuestas de reformas constitucionales. Dentro de esas, la de introducir la figura de un Jefe del gobierno, en el estilo francés, distinto del Jefe del Estado y de avanzar hacia un “federalismo” moderado [que no sería en realidad más que una descentralización un poco más profundizada que la actual] que significaba la elección de los intendentes y de los consejeros regionales a fin de gestionar de manera más democrática y eficaz una mayor afectación de recursos en beneficio de las regiones, completando así una redistribución del poder político<sup>75</sup>.

## **2. Una repartición semejante de los papeles en la producción normativa central**

### **a) La preponderancia del ejecutivo en la iniciativa de las leyes**

En el plano legislativo, el Presidente de la República chilena, como Jefe del Estado y del gobierno, dispone de amplias facultades: participa la elaboración de las leyes en calidad de colegislador<sup>76</sup>, tiene la iniciativa exclusiva de la ley en determinadas materias<sup>77</sup>, puede oponer su veto, suprimir o agregar a todo o una parte de proyecto de ley aprobado por el Congreso, puede

---

<sup>73</sup>La propuesta no es nueva como se ha visto con el de “Grupo de los s 24”, o Grupo de Estudios Constitucionales. V. también RUIZ-TAGLE, P. y CORREA, S., S. y al., *Informe sobre el régimen político*, Proyecto de investigación BCN Innova, Santiago, 2009. particularmente, el “Capítulo 2do: La discusión sobre el régimen de gobierno en perspectiva histórica”, pp. 39-62. S. MICCO, E. SAFFIRIO, etc.

<sup>74</sup>La Comisión, creada con el acuerdo de la Cámara de los diputados del 3 de abril de 2008, ha sostenido 26 sesiones, entre el 30 de julio de 2008 y el 11 de agosto de 2009. Su informe ha sido aprobado en sesión plenaria n°96 por 46 votos en favor, 17 contra y 11 abstenciones. El texto puede ser consultado en el link siguiente : <http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmid=1803&prmtipo=SOBRETABLA>

<sup>75</sup> ENRÍQUEZ-O. G., M., “De la monarquía presidencial a la asamblea constituyente”, *HEMICICLO Revista de Estudios Parlamentarios*, Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados, Año 2. Número 4. Primer semestre de 2011, pp. 7-26, particularmente p. 19.

<sup>76</sup> Art. 32 CPR.

<sup>77</sup> Art. 60-14 CPR.

presentar un proyecto de ley con “urgencia” y, en fin, es un auténtico legislador mediante la práctica de los decretos con fuerza de ley.<sup>78</sup>

Sin duda, la centralidad del poder ejecutivo como colegislador reside en la calificación de las urgencias, que permiten al Presidente de la República determinar el calendario legislativo. En eso, el poder ejecutivo dispone de una primacía indiscutible frente al poder legislativo. Todo demuestra claramente que el eje central del sistema político, la conducción interna y externa del Estado, la administración pública, la función legislativa y la función de los órganos constitucionales descansa sobre el gobierno y el Presidente de la República.

En Francia, “en la dialéctica de la centralización y de la descentralización, el nivel central sigue siendo (...) tanto por hábito, y también por que el gobierno presidencial lo favorece, el relevo necesario de todas las políticas territoriales y entonces, in fine, la llave maestra del equilibrio de los poderes”.<sup>79</sup>

#### **b) La primacía de la ley en la definición de las políticas territoriales**

En este contexto, los congresos francés y chileno aparecen como el segundo poder que raramente puede oponerse al gobierno. Sin embargo, en términos de descentralización, aunque en Chile como en Francia la tradición constitucional hace de la reforma del Estado un ámbito cuasi exclusivo del ejecutivo<sup>80</sup>, las dos constituciones consagran la primacía del legislador. Así, el artículo 34 de la constitución francesa declara que “la ley determinará los principios fundamentales (...) de la libre administración de las entidades territoriales, de sus competencias y de sus ingresos” y varios artículos del capítulo XIV de la Constitución chilena relativo al gobierno y a la administración interior del estado precisan que estos son objetos de leyes orgánicas.

La diferencia de función que juegan cada una de las segundas cámaras, deja entrever que la escasa autonomía de las cual gozan los entes sub-estatales no está protegida con la misma fuerza. En Francia, «las colectividades locales están normalmente representadas a nivel nacional

---

<sup>78</sup> Art. 32-3° CPR

<sup>79</sup> BRISSON, J.-F., “Présentation”, in BRISSON, J.-F. (dir.), *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales. Actes des journées de l'Association française de droit des collectivités locales organisées les 19 et 20 septembre 2007 à Bordeaux et à Agen*, L'Harmattan, 2009, p. 11.

<sup>80</sup> ABADIE, M., “La décentralisation, une vraie – mais partielle – réforme de l'État”, in REGOURD, S.; CARLES, J.; GUIGNARD, D.(dir.), *La décentralisation 30 ans après. IFR – Mutation des Normes Juridiques*, IDETCOM (EA 785) Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole –LGDJ 2013, pp. 15-27.

por la segunda cámara que interpreta sus deseos y dificultades»<sup>81</sup>, en tanto que en Chile, el Senado no tiene esa función de representación, a tal punto que su existencia misma es cuestionada.

### c) El lugar del poder reglamentario nacional en la jerarquía de las normas

Los redactores de la constitución chilena de 1980 se han inspirado de la Constitución francesa de 1958 y particularmente de los ámbitos de la ley y del reglamento<sup>82</sup>.

Al respecto, el régimen presidencial chileno consagra teóricamente el poder reglamentario autónomo del Presidente de la República. Efectivamente, gozando de una legitimidad igual a la del Parlamento, y siendo ya colegislador, dispone del poder reglamentario autónomo. La Constitución es muy clara sobre ese punto puesto que el artículo 32-6° dispone que dentro de las atribuciones especiales del Presidente de la República figura la de “ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”.

En Francia, la diferencia de tratamiento del ámbito de la ley y en consecuencia del reglamento por el *Conseil constitutionnel* y el *Conseil d'État* ha modificado, incluso invertido, el esquema original que preveía el carácter excepcional de la ley y la competencia general del reglamento.<sup>83</sup> Aunque la cuestión es aún ocasionalmente controvertida en Chile, se puede considerar que la situación es la misma y que una parte de la doctrina ya se había pronunciado en ese sentido en 1982<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup>PONTIER, J.-M., *L'État et les collectivités locales*, Paris, L.G.D.J., «Bibliothèque du droit public», t. CXXVII, 1978 (Préface de C. DEBBASCH), p. 225

<sup>82</sup>BULNES A., L., “Leyes de base y potestad reglamentaria en la Constitución de 1980”, *Revista Chilena de Derecho, RCHD*, Vol. 6, 1982, pp. 133-153, particularmente las pp. 135 y 137, respectivamente, donde la autora afirma: “Esta consecuencia (la extensión casi sin límite del ámbito de la ley) que ha distorsionado la acción de los Parlamentos de Occidente, impidiendo la tecnificación y la racionalización de la legislación, fue abordada por la Constitución francesa de 1958, que introdujo una original inversión de la norma de clausura (...) en el artículo 34...” y, más lejos, habla de los “franceses creadores del sistema de la potestad reglamentaria autónoma”.

<sup>83</sup>FAVOREU, L., “Les règlements autonomes n'existent pas”, *RFDA*, 1987, p. 878; Sobre ese punto ver también un artículo del mismo autor diez años antes: «Les règlements autonomes existent-ils?», *Mélanges G. Burdeau. Le pouvoir*, Paris, L.G.D.J., 1977, p. 405.

<sup>84</sup>Así BULNES A., L., en el artículo ya citado “Leyes de base y potestad reglamentaria en la Constitución de 1980” afirmaba que: “en la realidad, sólo existiría la potestad reglamentaria de ejecución de ley y serían prácticamente nulas o ínfimas las materias que podrían ser reguladas por la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República.” (pp. 136-137) o aún que “En consecuencia,



No entramos aquí en el caso de las ordenanzas del artículo 38 de la constitución francesa, es decir del poder reglamentario delegado, pero señalamos que el artículo 32-3° de la Constitución chilena los prevé también bajo el nombre de decretos con fuerza de ley. El procedimiento es el mismo.

En fin, como ya lo referimos, los poderes reglamentarios de ejecución de las leyes o derivado son similares y no exigen observaciones particulares.<sup>85</sup>

En fin de cuenta, en los dos casos estudiados, la protección del poder territorial o de la autonomía territorial por el legislador, puede aparecer más formal que real y depender en realidad de la buena voluntad del ejecutivo.

### **3. La organización del poder jurisdiccional**

Chile y Francia pertenecen a la misma familia jurídica: la de derecho escrito o civil. Se trata aquí de interrogarse de manera general sobre los mecanismos de protección de los ciudadanos frente a las autoridades administrativas y, particularmente, de qué manera las acciones de los entes territoriales serán controladas a fin de defenderlos y, por otra, saber cómo esos entes pueden defenderse frente a las usurpaciones del gobierno central o de otros entes públicos y/o privados.

Se puede considerar aún como cierta para Francia, la afirmación según la cual el poder jerárquico del Estado sobre las colectividades locales nunca desapreció y que solo fue objeto de un desplazamiento de las autoridades administrativas hacia las autoridades jurisdiccionales.<sup>86</sup> En el mismo orden de ideas, si el desarrollo de un contencioso administrativo<sup>87</sup> pudo ser el mismo creador de normas centrales y centralizadoras<sup>88</sup> y mantener la cohesión del Estado Republicano, incluso su unidad, ¿confirma esa tendencia la evolución de las últimas décadas?

---

*podríamos decir con verdadera certeza que en la práctica no cabe el reglamento autónomo en nuestro ordenamiento constitucional” (p. 145).*

<sup>85</sup>Se encuentran también con los calificativos de « aplicación » o « complementario ».

<sup>86</sup>PONTIER, J.-M., *L'État et les collectivités locales*, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque du droit public », t. CXXVII, 1978 (Préface de C. DEBBASCH), p. 307.

<sup>87</sup>PONTIER, J.-M., *L'État et les collectivités locales*, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque du droit public », t. CXXVII, 1978 (Préface de C. DEBBASCH), p. 7 pie de página n° 41 donde el autor nota: « il est d'ailleurs caractéristique de constater que l'on n'a jamais proposé de transférer le contentieux entre l'État et les autorités locales aux délibérations au juge judiciaire ».

<sup>88</sup>DUBOIS, J.-P., « Décentralisation, idée révolutionnaire? », in MOREAU, J. Et VERPEAUX, M. (dir.), *Révolution et décentralisation. Le système administratif français et les principes révolutionnaires de 1789*, Acte du colloque de Besançon 14-15 décembre 1989, Paris, Economica, 1990, p. 23.

La organización de la justicia chilena es de una rara complejidad<sup>89</sup> y la ausencia de tribunales administrativos constituye un obstáculo importante para la creación de una organización jurisdiccional coherente en Chile.<sup>90</sup> Se podría reprochar esa formulación por provenir de otra cultura jurídica y juzgar rápidamente un sistema extranjero. La propia doctrina chilena constata deficiencias de las cuales solo me hago el eco, y que han sido expresadas de mejor manera. Las líneas que siguen proponen una síntesis de los diferentes actores que veremos operar en los capítulos siguientes.

#### **a) Un factor de aproximación: el control de constitucionalidad de las leyes**

##### **(1) Francia: un control de constitucionalidad renovado**

La crítica formulada durante mucho tiempo hacia el *Conseil constitutionnel* en lo que concierne la imposibilidad de conocer de cuestión de constitucionalidad sobre remisión de los tribunales ordinarios y/o no poder pronunciarse sobre recursos de particulares afectados en sus derechos fundamentales ya es pasado desde la reforma constitucional que instauró la cuestión prioritaria de constitucionalidad (QPC por su sigla francés).<sup>91</sup>

Con la reforma constitucional de 2008<sup>92</sup>, un particular puede pedir el pronunciamiento de la inconstitucionalidad de un texto legal. El nuevo artículo 61-1 dispone: “cuando, con motivo de una instancia pendiente ante una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa perjudica a los derechos y las libertades que garantiza la Constitución, se podrá someter el asunto, tras su remisión por parte del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, al Consejo Constitucional que se pronunciará en un plazo determinado. Una ley orgánica determinará las condiciones de aplicación del presente artículo.” Esa modificación constitucional instala en

---

<sup>89</sup> Como lo señaló G. GÓMEZ B., “la actual jurisdicción constitucional chilena no es obra de un constituyente sino el resultado de sucesivas incrustaciones que en distintos momentos históricos se le agregaron.” GÓMEZ B., G., «La justicia constitucional en Chile», *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 121

<sup>90</sup> C. CERDA G., «Importación de objetos jurídicos y coherencia del ordenamiento jurídico administrativo chileno», *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, Coloquio Internacional GRESCH: “¿Chile de país modelado a país modelo?” (Santiago, 5 y 6 de septiembre 2007) – Coloquio realizado en la Biblioteca de Santiago de Chile el 5 y 6 de septiembre 2007, [En línea], Puesto en línea el 19 noviembre 2007. URL: <http://nuevomundo.revues.org/10982>. Consultado el 02 septiembre 2011. Publicado en francés: «Importations d’objets juridiques et cohérence de l’ordre juridique administratif chilien», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2007, n°2, p. 307 a 332, part. punto 10.

<sup>91</sup> Sobre ésta, se puede consultar el dossier del Conseil constitutionnel sobre su sitio: [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)

<sup>92</sup> Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de *modernisation des institutions de la Ve République*.

Francia, además del control *a priori*, concentrado y abstracto de constitucionalidad de las leyes, un control *a posteriori*, pero que no es difuso, puesto que la decisión queda centralizada en las manos del *Conseil constitutionnel*. La decisión del *Conseil* es de efecto general, y abroga entonces la disposición declarada inconstitucional. El *Conseil constitutionnel* determina las condiciones y los límites en que los efectos producidos por la disposición puedan cuestionarse.<sup>93</sup> La posibilidad abierta de dirigirse hacia el *Conseil constitutionnel* constituye un cambio fundamental que debe ser tomado en cuenta para este estudio, aunque lo sobrepasa.

## (2) Chile: ¿la consagración de un control de constitucionalidad concentrado y concreto?

El control de constitucionalidad de las leyes era ejercido hasta 2005 por “dos instancias jurisdiccionales, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, produciéndose un modelo híbrido que no responde a los lineamientos del modelo germano-austriaco europeo ni al modelo americano”<sup>94</sup> lo que daba lugar a un “sistema de jurisdicción compartida”<sup>95</sup> o “mixta”<sup>96</sup> Desde la reforma constitucional de 2005<sup>97</sup>, solo el Tribunal Constitucional interviene : primero, *a priori* de manera obligatoria como el *Conseil constitutionnel* francés sobre un cierto número de actos legislativos, como las leyes interpretativas de la Constitución y las leyes orgánicas constitucionales<sup>98</sup> o normas de un tratado internacional que intervienen sobre materias propias a las dos primeras. Se trata en este caso de un control preventivo y abstracto y las normas visadas no podrán convertirse en ley o decreto con fuerza de ley. El efecto del fallo es general, *erga omnes*, y se aplica también a los decretos supremos<sup>99</sup>. Luego, interviene facultativamente, igual de manera preventiva, a razón de una cuestión de constitucionalidad<sup>100</sup> o de un requerimiento de

---

<sup>93</sup> Art. 62 inc. 2 Constitución.

<sup>94</sup> CAZOR A., K., *La sumisión a derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República*, Santiago, Universidad Central de Chile, Tomo I, p. 21

<sup>95</sup> La expresión es de CAZOR A., K., Ídem, Tomo II, pp. 87- 97.

<sup>96</sup> Según GÓMEZ B., G., “La justicia constitucional en Chile”, op. cit., p. 127

<sup>97</sup> Ley de reforma constitucional n°20.050 del 26/08/2005, D.O 25.08.2005, n°38246.y D.O 22.09.2005

<sup>98</sup> Art. 93-1° CPR. El paralelo con la constitución francesa es evidente en lo que concierne los diferentes tipos de leyes (art. 46 CF), incluso, “en el caso chileno, nos encontramos frente a uno de los países que cuenta la más grande variedad de tipos de preceptos legales”, lo que contribuye a acentuar su complejidad. NOGUEIRA A. y H. y CUMPLIDO C., F., *Instituciones políticas y teoría constitucional*, Tomo I, Editorial Universidad de Talca, 2001, p. 273.

<sup>99</sup> STC Rol 740-2007 de 18.04.2007, *Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, aprobadas por el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud*, cons. n° 70.

<sup>100</sup> Art. 93-2°

constitucionalidad.<sup>101</sup> El Tribunal Constitucional es competente para declarar **inaplicable**<sup>102</sup> **una norma legal por inconstitucionalidad**<sup>103</sup>. Este recurso de inaplicabilidad<sup>104</sup> corresponde a un recurso de inconstitucionalidad por vía de acción<sup>105</sup> y de apreciación concreta y no abstracta<sup>106</sup>: la declaración tiene por efecto suspender su aplicación al caso y la norma solo será evacuada del orden jurídico si es presentada una demanda de **declaración de inconstitucionalidad** (Art. 93 CPR)<sup>107</sup> porque la norma declarada inaplicable no es siempre, per se, inconstitucional. El Tribunal Constitucional ha efectivamente afirmado que “lo que podrá ser declarado

---

<sup>101</sup>Art. 93-3°

<sup>102</sup>Sobre las dudas y los riesgos de instalar un mecanismo de “cuestión de inaplicabilidad” por inconstitucionalidad dentro de las competencias del TC, ver ZUÑIGA U., F., “Judicatura y Activismo Judicial”, *Revista de Derecho Público*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile vol. n° 73, 2° Sem. 2010, p. 66: “Como hemos dicho insistentemente, la jurisprudencia del TC es reflejo de dos auto comprensiones acerca de su posición y legitimidad, aunque tiende a prevalecer una auto comprensión adscrita teórica e ideológicamente a los conocidos tópicos del neo constitucionalismo. Las aporías de la jurisprudencia reciente del TC, junto al peligro de un “activismo judicial” creador pretoriano de derechos humanos-fundamentales (“bloque constitucional de derechos”) a partir de un esencialidad *neoiusnaturalista*, también plantea un problema en la relación que esta Juridicatura debe tener con los tribunales ordinarios y especiales del sistema judicial, en especial la relación abierta por el binomio legalidad-constitucionalidad, y abre una incógnita, como lo hemos destacado en otro lugar, acerca del empleo futuro de la “cuestión de inaplicabilidad” por los jueces”

<sup>103</sup>Entre otros: DUCCI A., M. L., “La cuestión del derecho al recurso en la admisibilidad de acciones de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional”, en *Derecho público en el siglo XXI: reforma y modernización del Estado / XXXVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público 2008*; Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Fondo de Publicaciones, [2010], pp. 135-149; PEÑA T., M., “Cuatro Estudios de Justicia Constitucional”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, n°36 (2007); CEA E., J. L. , “El Tribunal Constitucional y el Control de las leyes”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, n° 35 (2007)

<sup>104</sup>“Respecto a su naturaleza la inaplicabilidad cumple la función de impedir que la parte que la invoca en el caso concreto del que conoce un tribunal, se vea afectada por un precepto legal cuya aplicación a ese caso particular resulte evidentemente contraria a la constitución y especialmente a los fines perseguidos por ella. RIOS, L., “Trascendencia de la Reforma Constitucional en la fisonomía y las atribuciones del Tribunal Constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Santiago, Chile, 2005, p. 8.

<sup>105</sup>SAENGER G., F., “Control abstracto y concreto en la nueva inaplicabilidad”, en *Derecho público en el siglo XXI: reforma y modernización del Estado / XXXVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público*; Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Fondo de Publicaciones, [2010], pp. 377-416

<sup>106</sup>“El juicio incidental de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es así un complemento directo de control normativo respecto de la acción directa de inconstitucionalidad, teniendo como objeto inaplicar los preceptos legales que en un caso específico se consideren inconstitucionales, cautelándose solo intereses o derechos subjetivos de las personas, que es la única consideración que fundamenta los efectos inter pares de una sentencia constitucional.” NOGUEIRA A., H., “El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad”, op. cit. p. 595-598.

<sup>107</sup>La acción de inconstitucionalidad tiene por objeto impedir el nacimiento de una norma contraria a la Constitución, en la etapa preventiva del control; o bien expulsar del ordenamiento jurídico a aquellas normas legales vigentes cuya discordancia con la Constitución quede fundamentadamente establecida. El recurso debe estar dirigido contra un precepto legal determinado debido a que no es posible solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la totalidad de una ley.

inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto [cons. 4]... lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional [cons. 5]”<sup>108</sup>. Desde ese momento, el tribunal del fondo no puede aplicar más la norma declarada inaplicable y recupera con plenitud su facultad para determinar la norma que aplicará para resolver el conflicto<sup>109</sup>.

Como lo señaló J.L. CEA E., respecto del artículo 93 de la constitución que define las atribuciones del Tribunal constitucional, “sin llegar a ser absoluto o total, en ese artículo se halla, probablemente, el conjunto de atribuciones más completo de control de supremacía, ex ante y ex post, inter partes y erga omnes, que existe en el Derecho Constitucional comparado.”<sup>110</sup>

Al nivel material de las normas aplicables, el artículo 6 inc. 1 de la Constitución impone el respeto por todos<sup>111</sup> de los valores y principios contenidos en la Constitución<sup>112</sup>, haciendo inútil según algunos, la intervención del legislador para definirlos. Eso confiere una discrecionalidad que causa problema en lo que concierne al juez constitucional, a partir del momento que puede reinar un neo-constitucionalismo o iusnaturalismo con raíces discutibles como lo ha subrayado potentemente F. ZUÑIGA: “esporádicamente el TC emerge como un actor del proceso político, dueño o creador pretoriano *deus ex machina* de su competencia, erigido en custodio supremo de la Constitución y de su “sistema material de valores” obra de un Poder Constituyente autoritario en lo político y neoliberal en lo económico, refugiado en un inocultable originalismo (textualista o intencionalista) y que realiza una lectura de la Ley Fundamental desde un anacrónico horizonte ideológico-valórico (neo) iusnaturalista o principialista, que verbigracia le permite la conversión de derechos humanos en derechos

---

<sup>108</sup> STC 781-2007 de 27.09.2007, *Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Pablo Silva Martínez respecto del n° 3 del artículo 299 y de los artículos 431 y 433 del Código de Justicia Militar, en la causa Rol 1292-2001, seguida ante el Juzgado Militar de Santiago*

<sup>109</sup> Mismo fallo, cons. 6

<sup>110</sup> CEA E., J. L., “Impulso del Tribunal Constitucional al desarrollo institucional de Chile”, en *Derecho público en el siglo XXI: reforma y modernización del Estado / XXXVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público*; Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Fondo de Publicaciones, [2010], v.1., p. 109.

<sup>111</sup> Como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, refiriéndose al artículo 6 y al principio de de juridicidad que comprende: primero, “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella” y, luego, “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo” STC 19-83 de 27 de octubre de 1983, *Requerimiento en contra del Ministro del Interior don Sergio Onofre Jarpa Reyes respecto del artículo 82 n° 10 de la Constitución Política de Fbiola letelier del Solar , Alfonso Inzunza Bascuñan y otros*, cons. 10.

<sup>112</sup> La influencia de las Constituciones española como alemana es aquí evidente. Particularmente, el artículo 1.3 de la segunda sobre primera y, por «rebote», sobre el texto chileno.

fundamentales, por una especial alquimia: la esencialidad-fundamentalidad de los derechos que emanan de la “naturaleza humana”.<sup>113</sup>

Señalo, al fin, que el debate sobre el tipo de control de constitucionalidad de las leyes existente en Chile no está totalmente apaciguado, puesto que existen aún partidarios de mantener un verdadero “control difuso” de constitucionalidad de éstas en beneficio de los tribunales ordinarios que lo ejercerían mediante la acción o recurso de protección<sup>114</sup> del hecho que el artículo 6 inciso 1 de la Constitución chilena estipula que “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República”. Aceptar tal posición volvería la situación más difícil de lo que ya es, e iría en contra de la voluntad del constituyente que justamente pretendió por esta reforma poner fin a tantas incertidumbres.

#### **b) Las divergencias en cuanto al control de los actos de la administración**

##### **(1) En cuanto a las instituciones encargadas del control jurisdiccional de los actos de la administración**

Si la organización del sistema de justicia administrativa francés se caracteriza por una jurisdicción especializada, el juez administrativo, independiente del juez judicial de derecho común, el sistema chileno puede ser calificado de mixto: a la regla de la unidad jurisdiccional, y la ausencia de una jurisdicción general especializada en materia de contencioso administrativo como en Francia, se agrega una proliferación de jurisdicciones híper especializadas.

La situación, más simple a primera vista que la francesa puesto que reina la unidad de jurisdicción, es en realidad mucho más compleja, por no decir anárquica<sup>115</sup>. Si se consideran los tres grandes tipos de control contencioso de los actos administrativos existentes en el mundo –es

---

<sup>113</sup>ZÚÑIGA U., F., “Judicatura y Activismo Judicial”, *Revista de Derecho Público*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile vol. n° 73, 2° Sem. 2010, p. 69.

<sup>114</sup>Art. 20: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso quinto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.”

<sup>115</sup>La crítica no es reciente. Ver por ejemplo para una análisis del conjunto de la organización: GÓMEZ B., G., “La justicia constitucional en Chile”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 1, Enero/Diciembre 1997, p. 121-156

decir el sistema francés<sup>116</sup>, el sistema anglo-sajón y español<sup>117</sup> y los sistemas mixtos<sup>118</sup> - Chile se acerca más al segundo: aún no existen tribunales administrativos<sup>119</sup>, como tampoco jurisdicción especializada en el contencioso administrativo en el seno de la unidad de la organización jurisdiccional. A pesar de haber sido fuertemente influenciado por el derecho administrativo francés<sup>120</sup>, Chile es, como lo escribió R. PANTOJA, “la única nación de Occidente que carece de un sistema de Justicia Administrativa concebido y estructurado según los parámetros aceptados en el mundo contemporáneo, en el seno de un Estado de derecho democrático y social.”<sup>121</sup>C. CERDA G. explica esa laguna o esas incoherencias por el hecho que “la incapacidad de los poderes constituyentes y legislativos chilenos para crear una verdadera justicia administrativa encuentra sus orígenes en la política jurídica importadora del país.”<sup>122</sup>Aunque la creación de un juez administrativo en Chile sea una reforma deseada por numerosos juristas<sup>123</sup>, es una figura institucional que sigue atormentando la historia constitucional y administrativa chilena<sup>124</sup>. Un autor como P. PIERRY A. es aún más pesimista: “Se termina el siglo XX sin tribunales contencioso administrativos y las esperanzas, que alguna vez se tuvieron de su creación en ese

---

<sup>116</sup>Sistema que consiste en confiar el contencioso de la legalidad como el pleno contencioso de los actos administrativos a un juez especializado, el juez administrativo, independiente del juez judicial de derecho común

<sup>117</sup>Este confía al juez judicial el conjunto del contencioso administrativo. Se constata sin embargo una tendencia en crear instancias especializadas, o una cámara administrativa al lado de otras cámaras tradicionales, en el seno de las jurisdicciones supremas.

<sup>118</sup>Sistemas que consisten en someter el contencioso de legalidad a un juez administrativo y los recursos de pleno contencioso en materia contractual y cuasi-delictual al juez judicial.

<sup>119</sup>El texto original de la Constitución de 1980, como la anterior de 1925 preveía, la creación de tribunales del contencioso administrativo por la ley, pero esa mención ha sido suprimida en 1989 por la reforma constitucional aprobada por la ley n° 18.825 de 1989.

<sup>120</sup>“El derecho administrativo a comienzos del siglo XX, como disciplina y como conjunto de normas que regulaban las relaciones del Estado con los ciudadanos y la organización de la Administración Pública, estaba caracterizado en lo doctrinario, por la influencia del derecho francés, al igual que gran parte del derecho chileno y en lo relativo a la organización interna”, PIERRY A., P. 2001. « Transformaciones del derecho administrativo en el siglo XX », *Revista de derecho*. Consejo de Defensa del Estado, p. 25-35.

<sup>121</sup>PANTOJA B. R. 2005. “La inexplicable ausencia de justicia administrativa en el Estado de Chile” *Revista de derecho*. Consejo de Defensa del Estado, n°13, p. 30.

<sup>122</sup>CERDA G., C., “Importación de objetos jurídicos y coherencia del ordenamiento jurídico administrativo chileno”, *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, op. cit. punto 2.

<sup>123</sup>Por citar a algunos: FERRADA B., J. C; H. PEREIRA A., R. PANTOJA B., F. ZÚÑIGA U., J. L. CEA E., K. CAZOR A., A. VERGARA B.

<sup>124</sup>CERDA G., C., “Importación de objetos jurídicos y coherencia del ordenamiento jurídico administrativo chileno”, *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, op. cit. punto 5.

siglo, se esfumaron. »<sup>125</sup>Es lo contrario en Francia. No me detendré aquí sobre la historia de la jurisdicción administrativa francesa, su importancia e influencia al extranjero.

En Chile, es entonces la jurisdicción ordinaria, con la Corte Suprema a su cabeza, que es juez, *a priori*, de la administración. *A priori* porque, para ir en el sentido de A. VERGARA B.<sup>126</sup>, si no es siempre evidente identificar el juez habilitado en resolver un conflicto, en Chile la tarea se vuelve irritante porque, como la jurisdicción administrativa no existe, conviene buscar la solución en el seno de los diferentes órdenes jurisdiccionales existentes.

Así, y de manera muy sintética en este estadio de la investigación, el contencioso administrativo puede depender del Tribunal constitucional<sup>127</sup>, de los tribunales ordinarios, de tribunales especiales o especializados o, aún y sobre todo, de un órgano constitucionalmente autónomo pero no jurisdiccional: la Contraloría General de la República.<sup>128</sup> Conviene evocar en algunas palabras a los segundos y a la cuarta, porque son ellos principalmente los que intervienen cuando nos referiremos al control de los entes territoriales.

Tratándose del control jurisdiccional de los tribunales ordinarios, este resulta problemático por varias razones. En primer lugar, los jueces ordinarios tienen, en su gran mayoría, un conocimiento muy débil de las particularidades del contencioso administrativo. En segundo lugar, no existe autoridad absoluta de la jurisprudencia de la Corte Suprema. Es decir, que no hay una línea o una política jurisprudenciales claras de parte de la Corte Suprema que se impondría de manera indiscutible y definitiva a las jurisdicciones inferiores, como es el caso de los precedentes en *common law* o de la jurisprudencia de la *Cour de cassation* y del *Conseil d'État* franceses.

Al lado de los tribunales ordinarios que ejercen la cuasi-totalidad del control jurisdiccional, existe una institución cuya particularidad e importancia creciente no puede ser ignorada. Se trata de la Contraloría General de la República (CGR), órgano constitucionalmente autónomo<sup>129</sup>, que no es una jurisdicción, pero que ejerce un control administrativo de legalidad

---

<sup>125</sup>PIERRY A., P., « Tribunales Contencioso-Administrativos », *Revista de derecho*. Consejo de Defensa del Estado de Chile, n°2, 2000., p. 38.

<sup>126</sup>VERGARA B., A., "El recurso de protección como sustituto de una jurisdicción contencioso-administrativa especializada. Elementos para el análisis", *Gaceta jurídica* (Santiago, Chile). no.297 (2005),p. 7-17

<sup>127</sup>Cf. el debate sobre el control de constitucionalidad de los actos administrativos.

<sup>128</sup>La CGR, nacida en 1927, es la heredera del antiguo Tribunal de Cuentas, de la antigua Dirección de la Contabilidad y de una Inspección que funcionaba en el seno del ejecutivo.

<sup>129</sup>A. AZOCAR A., escribe que esa autonomía no es propia a los servicios descentralizados que tienen la personalidad jurídica y quedan sometidos a la tutela del Presidente de la República, pero que se trata « de



preventivo (cf. *Infra.*). Como lo mostró L. CORDERO V.<sup>130</sup>, la Contraloría General de la República se desarrolló a tal punto que se ha transformado en un juez administrativo supremo de hecho<sup>131</sup>, y eso mediante un uso abusivo y extensivo del concepto de control de legalidad. La diferencia con el *Conseil d'État* francés va más lejos aún puesto que la Contraloría General de la República ejerce su control preventivo de los reglamentos, conforme “la Constitución y la ley”. Abusando de la práctica de los dictámenes, la Contraloría General de la República llegó en sostener que su jurisprudencia es obligatoria para todos los organismos de la Administración y que esa atribución, parte del control de legalidad, es legal y constitucional<sup>132</sup>. Sigo a L. CORDERO V., cuando afirma que la Contraloría General de la República, órgano unipersonal diseñado para ejercer un control externo de la administración, se auto-atribuyó la facultad de interpretar, además de la ley, la Constitución. De tal suerte, se ha transformado en un órgano jurisdiccional, un intérprete de la Constitución que adjudica derechos: un órgano regulador y jurisdiccional claramente contramayoritario.<sup>133</sup>

## (2) En cuanto al número y a la naturaleza de los recursos

Es conocida la presentación tradicional de los recursos jurisdiccionales ante el juez administrativo francés principalmente fundada sobre la distinción entre el contencioso de plena

---

un atributo que significa otorgarle a este organismo plena independencia en su acción fiscalizadora tanto frente al poder ejecutivo como ante el poder legislativo y demás órganos del Estado”. AZÓCAR A., A., “Algunas reflexiones sobre la Contraloría General de la República”, en *Veinte años de la Constitución chilena, 1981-2001*, Universidad Finisterrae, Editorial jurídica, Conosur, 2001, p. 155.

<sup>130</sup>CORDERO V., L., “Notas sobre jueces y democracia” –Intervención en el *IV Congreso de Estudiantes de Derecho Constitucional*. (18.08.2009).

<sup>131</sup> Ayudada en eso por Tribunal Constitucional quien por su decisión STC Rol N° 1051 de 10 de julio de 2008 relativa a la Ley de Acceso a la Información Pública, decidió que cualquier control exterior a la CGR o al Banco Central (BC) para garantizar la aplicación de esa ley, significaría golpear la autonomía constitucional de esos organismos. Como lo ha precisado L. CORDERO V., eso implica que la autonomía no solo es independiente respecto del poder, pero que además supone la exención de todo control, salvo el que esos mismos organismos podrían auto-imponerse. De tal manera que para el Tribunal Constitucional, existiría para esos órganos autónomos constitucionales una especie de sistema legal paralelo en el cual solo la autorregulación prevalece.

<sup>132</sup> Se puede agregar que el problema es aún más grave en el caso de la CGR en la medida que el Contralor general es la autoridad suprema de la CGR sobre la cual reina solo, transformándolo en un colegislador unipersonal y sin control

<sup>133</sup> Ese autor habla incluso del «legislador positivo». CORDERO V.,L., “La jurisprudencia administrativa en perspectiva: Entre el legislador positivo y el juez activista”, *Anuario de Derecho Público UDP*, (Universidad Diego Portales) 2010, p. 165.

jurisdicción y el de la anulación<sup>134</sup>. A pesar de las críticas que le pueden ser dirigidas – ataques redoblados desde las leyes de 1995 y 2002 relativas a los poderes de mandato conminatorio y a los diferentes *référés* (estos son procedimientos de “urgencias”) sigue siendo utilizada por la doctrina y los operadores del derecho. El conjunto de esos recursos son controles de legalidad, y eventualmente de convencionalidad. Pero, raramente el juez administrativo va más allá y ejerce un control de constitucionalidad sobre los actos administrativos.<sup>135</sup>

Una presentación simple de los diferentes recursos y tipos de controles del contencioso administrativo chileno es una tarea casi imposible como lo subrayó C. CERDA G.<sup>136</sup>, puesto que el control puede ser ejercido tan bien *ex ante*, como *ex post* y sobre una base contenciosa como no contenciosa y que su número se aproxima hoy a los 200<sup>137</sup>. Sin embargo, se les puede evocar sucintamente distinguiendo los principales, según si son preventivos o represivos. Hay que señalar inmediatamente que se trata para la mayoría de controles a la vez de legalidad y de constitucionalidad.

Los primeros son ejercidos por la Contraloría General de la República mediante la "toma de razón". Esta puede ser calificada de control de legalidad previo a la entrada en vigencia de los actos administrativos normativos. Se trata de una gestión pre contenciosa de rango constitucional<sup>138</sup> y que se caracteriza por el hecho que puede impedir el nacimiento al derecho de proyectos de actos administrativos que el Contralor General estima antijurídicos. Ese control se ejerce sobre los actos de todas las autoridades administrativas, del Presidente al jefe de servicio,<sup>139</sup> salvo los de las municipalidades que son organismos constitucionalmente autónomos

---

<sup>134</sup> Por ej.: BRAIBANT, G. y STIRN, B., *Le droit administratif français*, 6° éd., Paris, Presses de Sciences Po; DALLOZ, 2002; CHAPUS, R., *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> édition, 2004; VEDEL, G.; DELVOLLE, P., *Droit administratif*, Tomes I & II, coll. Thémis P.U.F.1990.

<sup>135</sup> Sobre el conjunto de esos puntos, ver cap. 7 y 8 y el fallo de la Asamblea del Conseil d'État *Commune d'Annecy* del 3 de octubre de 2008, según el cual las disposiciones del bloque de constitucionalidad tienen, para el juez administrativo, un valor constitucional y “se imponen a los poderes públicos y a las autoridades administrativas en sus ámbitos de competencia respectivos”, cuestionando la persistencia de la teoría de la ley pantalla. CE Ass. 3 octubre 2008, *Commune d'Annecy*, Rec. p. 322

<sup>136</sup> CERDA G., C., “Importación de objetos jurídicos y coherencia del ordenamiento jurídico administrativo chileno”, *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, op. cit., part. punto 12.

<sup>137</sup> En su artículo publicado en 2005, *El contencioso administrativo entre 1990-2003*, in FERRADA B., J. C. (coord.), *La Justicia administrativa* (Santiago de Chile, LexisNexis, 2005), p. 204., C. CARMONA S. cifraba en 120 los recursos administrativos contenciosos especiales.

<sup>138</sup> AZÓCAR A., A., “Algunas reflexiones sobre la Contraloría General de la República”, en *Veinte años de la Constitución chilena, 1981-2001*, Universidad Finis terrae, Editorial jurídica, Conosur, 2001, p. 154

<sup>139</sup> Ese verdadero poder es tal que el Contralor General está autorizado a exonerar de control los actos administrativos que no tocan materias esenciales y que no son firmados por el Presidente de la República.

como la propia Contraloría General de la República. Sin embargo, en el caso de las municipalidades, la Contraloría General de la República se pronuncia mediante dictámenes sobre sus actos, los que tienen en la práctica un carácter obligatorio<sup>140</sup>. Sólo serán expuestos aquí los controles ejercidos sobre el poder reglamentario del Presidente de la República, tratándose de la autoridad detentora del poder reglamentario general.<sup>141</sup>

En primer lugar, los diferentes decretos<sup>142</sup> son sometidos a un control preventivo obligatorio por parte de la Contraloría General de la República. Ese mecanismo, llamado “toma de razón”, se presenta como un control abstracto de constitucionalidad (y de legalidad) de todos los decretos que deben serle deferidos en virtud de la ley y es un control jurídico, pero no jurisdiccional. Si la Contraloría General de la República estima el decreto inconstitucional, «representa» el acto al Presidente de la República con el fin que éste tome conocimiento de las observaciones que le formulara y adopte un texto conforme a las normas superiores. Este control solo se aplica a los reglamentos autónomos, porque «la Contraloría no puede representar la inconstitucionalidad de un acto administrativo cuando éste se encuentra expresamente autorizado por una ley. (...) En cambio, cuando la inconstitucionalidad del acto administrativo es evidente, la referida facultad tiene obviamente aplicación.»<sup>143</sup> De tal suerte, la ley hace aquí interferencia al control preventivo (vg. la teoría de la ley pantalla).

En caso de desacuerdo entre la Contraloría General de la República y el Presidente de la República, este puede insistir y pasar por alto el dictamen de la primera haciendo firmar el decreto por el conjunto de sus ministros.<sup>144</sup> En éste último caso, el Contralor General de la República deberá remitir una copia de los decretos litigiosos a la Cámara de los diputados. Se puede entonces decir con RPANTOJA B. que hoy en día, “Chile es el único país del mundo que obliga a las autoridades gubernativas y administrativas a decidir solo mediante decretos y resoluciones, bajo pena de nulidad, y a exigir que estos actos, una vez dictados y antes de ser ejecutados, cumplan un control preestablecido de constitucionalidad y de legalidad a cargo de un organismo externo, constitucionalismo autónomo, en un trámite obligatorio que precede y

---

Dichas materias son definidas y enumeradas por el Contralor General mismo, órgano unipersonal y sin control.

<sup>140</sup> Cf. *Infra* capítulo 8.

<sup>141</sup> Los actos de los entes territoriales serán desarrollados en el cuerpo de la tesis.

<sup>142</sup> Decreto supremo simple y decreto supremo reglamentario

<sup>143</sup> AZÓCAR A. “Algunas reflexiones sobre la Contraloría General de la República”, en *Veinte años de la Constitución chilena, 1981-2001*, Universidad Finisterrae, Ed. Jurídica, Conosur, 2001, p. 157

<sup>144</sup> Art. 99 CPR

condiciona su vigencia y ejecución posteriores, desde luego su validez, trátase de declaraciones de voluntad del Presidente de la República, de un jefe de servicio o de un gobernador de provincia, la toma de razón a cargo de la Contraloría General de la República”<sup>145</sup>.

El Tribunal Constitucional ejerce un control de constitucionalidad de los actos administrativos<sup>146</sup> del Presidente de la República que puede ser tanto preventivo como represivo, ya sea que el decreto sea un reglamento de ejecución o un reglamento autónomo<sup>147</sup>. Será preventivo si el decreto le es remitido por el Presidente de la República<sup>148</sup> para pronunciarse, en un plazo de 10 días, sobre la inconstitucionalidad declarada de un decreto por la Contraloría General de la República.

Será represivo, en el caso del número 16° del artículo 93, y el Tribunal “sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado. En el caso de vicios que no se refieran a decretos que excedan la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República también podrá una cuarta parte de los miembros en ejercicio deducir dicho requerimiento.”

Sin embargo, el recurso represivo que más importa, porque es masivamente utilizado y que entraña también un control de constitucionalidad, es el recurso de protección. Permite a cualquier administrado cuyo ejercicio de los derechos y garantías constitucionales ha sido lesionado o amenazado a causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, recurrir a la Corte de Apelación para ser restablecido en sus derechos.<sup>149</sup> Viene luego, la acción de nulidad de derecho público<sup>150</sup> que se acerca de un control objetivo del poder reglamentario próximo al recurso por

---

<sup>145</sup> PANTOJA B., R. «La inexplicable ausencia de justicia administrativa en el Estado de Chile», *Revista de derecho*. Consejo de Defensa del Estado, 2005, n° 13, p. 33.

<sup>146</sup> HERNÁNDEZ E., D. “Control de constitucionalidad de actos administrativos”, *IV Revista Estudios Constitucionales* n°1 (2006), pp. 207 y ss; CAZOR A., K., “Actual marco atributivo del Tribunal Constitucional en el control de los decretos supremos presidenciales”, *IV Revista Estudios Constitucionales* n°1 (2006), pp. 233 y ss.

<sup>147</sup> Art. 93 N°16 CPR.

<sup>148</sup> Art. 93 N° 9 CPR

<sup>149</sup> Art.20 CPR. Sin embargo, este tipo de recurso no es una solución feliz, salvo casos excepcionales de ilegalidad manifiesta porque se acerca más a un recurso del tipo «référé libéré» que a un recurso de derecho común.

<sup>150</sup> La expresión “acción de nulidad de derecho público” es una creación de origen doctrinal inspirada del artículo 7 de la Constitución chilena que precisa que “los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

exceso de poder francés, pero que permite restablecer derechos como el recurso de plena jurisdicción. Se trata también de un control de constitucionalidad y legalidad.<sup>151</sup>

En fin, existe todo un conjunto de recursos especiales<sup>152</sup> como el contencioso de la expropiación<sup>153</sup>, el recurso especial de nacionalidad<sup>154</sup>, el recurso de amparo económico<sup>155</sup> y los recursos de ilegalidad en materia municipal y regional. La Corte de Apelación es competente para algunos de ellos, otros dependen de la Corte Suprema y otros, en fin, de un juez único de primera instancia.

En lo que concierne a la autoridad de las decisiones de esos diferentes intervinientes, de su jerarquización o su combinación, de manera a obtener una jurisprudencia clara: eso es ilusorio. Por una parte, los tribunales ordinarios no están obligados por los dictámenes de la Contraloría General de la República<sup>156</sup>, y por otra, pueden, mediante el recurso de protección, modificar la jurisprudencia y los criterios de aquella.<sup>157</sup>

Dentro de los principales problemas planteados por este enmarañamiento de competencias destaca la ausencia de “superioridad” o de autoridad de las decisiones del Tribunal Constitucional sobre la Corte Suprema – contrariamente al caso francés-, la cual no duda adoptar posiciones totalmente opuestas<sup>158</sup> a éste y no le reconoce una prelación, así como la ausencia de

---

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.” Sobre este punto ver entre otros: FIAMMA O., G., “Acción constitucional de nulidad y legitimación activa objetiva”, *Revista de Derecho Público*, 49 (1991), pp. 91-98, PIERRY A., P., “Nulidad en el Derecho Administrativo”, *RDUCV*, n° XV, 1993-1994, p. 79; SOTO K., E., “La Nulidad de Derecho Público en el Derecho Chileno”, *Gaceta Jurídica*, n° 125, p. 16 a 23 y en *RD*, n° 47/48, 1990-1991; SOTO K., E. “La Nulidad de Derecho Público referida a los actos de la administración”, *RDUCV*, n° XIV, 1991-1992, p. 417

<sup>151</sup>Para una exposición crítica de este recurso como del conjunto del contencioso administrativo chileno, ver: FERRADA B., J.C., “Los procesos administrativos en el derecho chileno”, *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXXVI, semestre I, 2011, pp. 251-277.

<sup>152</sup>FERRADA B., J.C. (coord.), *La Justicia Administrativa*, Santiago: Lexis Nexis, 2005, p. VII

<sup>153</sup>Art. 19, 24° CPR y el Decreto-Ley n°2186 que aprueba la Ley Orgánica sobre el procedimiento de expropiación.

<sup>154</sup>Art. 12 CPR.

<sup>155</sup>Ley n°18.971 relativa a las infracciones al artículo 19 N° 21° de la Constitución.

<sup>156</sup>STC 116-1990 de 27.12.1990, “*Viviendas Progresivas*”, cons. 3.

<sup>157</sup>PIERRY A., P. « Transformaciones del derecho administrativo en el siglo XX », *Revista de derecho*. Consejo de Defensa del Estado, 2001.p. 25-35.

<sup>158</sup>La experiencia institucional después de las decisiones sobre los llamados caso de la *Píldora del día después* y el *Transantiago*, demuestran de una manera relativamente diáfana los conflictos que aportan a

unidad de jurisprudencia, tanto en el seno del Tribunal como de la Corte. Se trata entonces de un conjunto bien disparatado y a veces contradictorio que se debe tomar en cuenta.

Parece, al fin, que los dos sistemas se acercan en cuanto a las normas de control. Seguramente, no se puede hacer aplicación en derecho francés de un principio general y absoluto de judicialidad tal como expresado por el artículo 6 inc. 1 de la Constitución chilena, porque en nombre de la teoría de la ley pantalla el juez administrativo controla los actos administrativos contrarios al principio de libre administración de las colectividades, solo si lo violan directamente y por ellos mismos. En cambio, la entrada en vigencia de la Carta europea de la autonomía local, permitiría a las colectividades invocar sus disposiciones ante el juez ordinario, eventualmente contra una ley, en el caso de no poder poner en marcha el control de constitucionalidad.<sup>159</sup>

---

un sistema democrático malas concepciones o distorsiones de nuestras prácticas institucionales. En el caso de la *Píldora del día después*, como se sabe, existen decisiones contradictorias de la Corte Suprema en 2001 y 2004, las decisiones del Tribunal Constitucional Roles 591-2006 de 11.01.2007 y 740-07 de 18.04.2008. A eso conviene agregar los dictámenes de la Contraloría (entre otros) Nros 53.137 de 2006 y 5425 de 2007, en los cuales, defendió las regulaciones del Ejecutivo ante el Tribunal Constitucional, y el dictamen N° 31.356 de 2009, en que señaló de qué manera la decisión del TC debía aplicarse a las Municipalidades.

<sup>159</sup> DOUENCE, J.-C., « Le statut constitutionnel des collectivités territoriales », *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, Vol. 1, Chapitre 1., 1987, p. 63-3, n°9.

## **Parte 1. Los elementos de orden institucional del poder territorial**

El poder territorial no es el poder reglamentario territorial, aunque éste último ocupe un lugar fundamental para su estudio. De hecho, el poder reglamentario territorial no podría y no puede ser comprendido sin estar relacionado con otros elementos. No se puede hablar de una norma sin evocar los titulares habilitados para dictarla y/o sus destinatarios.

La noción de poder es demasiado amplia para ser detallada aquí, pero que éste se ejerce a nivel estatal o infra estatal, solo se entiende tomando en cuenta las instituciones en el seno de las cuales se ejerce y respecto de las instituciones que lo rodean. No se puede pensar el grado de autonomía territorial como no se puede aprehender la soberanía de un Estado sin referirse a la naturaleza del Estado, de sus componentes y a su relación con los otros Estados soberanos.

Así, el poder de un Estado se sitúa en el plano internacional respecto a los otros Estados y, luego, se ejerce en el plano interior en relación con o en el seno de instituciones cuyas naturaleza, características y organización lo condicionan.

De la misma manera, la forma específica del Estado - federal, unitario o regional – en el cual se inserta la institución detentora del poder territorial es estructurante para ella y para aquel. La separación vertical de poderes (capítulo 1) como definición de la forma de Estado y entonces del lugar de los entes territoriales es igual de esencial para el poder territorial, como la separación horizontal de poderes lo es para la forma de gobierno del Estado.

En seguida, la naturaleza y las características (capítulo 2), y luego la organización (capítulo 3) de los entes territoriales, es decir sus estatutos – permiten completar el panorama dentro del cual se desplegará el poder reglamentario territorial propiamente dicho (Parte 2).

## **Capítulo 1. La separación vertical de poderes en Chile y Francia**

Los datos orgánicos y funcionales de la autonomía de los entes territoriales – o mejor dicho de su grado de libertad – es el fruto de una evolución histórica (Sección 1) vinculada a la del Estado unitario moderno y posrevolución francesa.

La descentralización administrativa es entonces una idea política (Sección 2), pero también una técnica jurídica de ordenamiento territorial del poder. A partir de eso, el jurista se apropia la cuestión. Ya sea como simple analista formal o descriptor de tipo kelseniano del sistema vigente, como consejero del Príncipe, o como crítico, la doctrina establece un discurso (Sección 3) que da claves para estudiar la autonomía de los entes descentralizados.

### **Sección 1. Evolución de la descentralización en Chile y Francia**

Los dos Estados entran en la categoría, establecida por la *ciencia constitucional occidental*<sup>160</sup>, de Estado de derecho, pluralista, democrático y liberal y se definen como unitarios y descentralizados. Así, la Constitución chilena, en su artículo 3 precisa que “El Estado de Chile es unitario. La administración 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”, mientras que el artículo 1 de la Constitución francesa proclama que “Francia es una República indivisible, laica, democrática y social (...) Su organización es descentralizada.” Si la evolución de la organización territorial del Estado chileno desde su independencia se acerca en gran parte al modelo francés posrevolucionario (§ 1), a partir de los años 70, ella se desconecta de éste para aproximarse de nuevo con el retorno de la democracia (§ 2).

#### **§ 1. De la Revolución francesa a los años 1970**

La Revolución francesa para acabar con los privilegios, las desigualdades entre territorios y la diversidad de los derechos<sup>161</sup> promovió la aplicación de un mismo derecho de manera igualitaria sobre todo el territorio. Este objetivo llevó a una concentración del poder

---

<sup>160</sup>De manera general los Estados “pluralistas” tienen relación con la tradición de las democracias occidentales que implica una “organización” constitucional de la competición pacífica del ejercicio del poder.

<sup>161</sup>Recordemos que Francia conocía antes de la Revolución una diversidad de derechos muy compleja: resumido de manera muy esquemática, se aplicaban reglas de origen romano en el sur de Francia, mientras que en el norte regían reglas de inspiración germánica.



manifestada inicialmente por la Asamblea Constituyente, luego por el autoritarismo napoleónico y, en fin, por el legicentrismo que se impuso durante todo el siglo XIX y una buena parte del XX.

Es verdad que un intento de descentralización tuvo lugar al principio de la Monarquía de Julio, pero solo los órganos colegiales ubicados al lado de los alcaldes y de los Prefectos se convirtieron en órganos elegidos y obtuvieron competencias reducidas. Así, las primeras leyes francesas del 21 de marzo de 1831<sup>162</sup>, del 22 de junio de 1833<sup>163</sup>, del 18 de julio de 1837 y del 10 de mayo de 1838<sup>164</sup> seguramente tuvieron efectos descentralizadores, pero luego, hasta los años 1870<sup>165</sup>, ningún texto votado por la Asamblea nacional francesa referirá una voluntad de descentralización. Habrá que esperar el advenimiento de la IIIª República para que la ley de 1871<sup>166</sup> de a los órganos colegiales de los departamentos (llamados *conseils généraux*), poderes más sustanciales y una representación permanente. Sin embargo, este último seguirá hasta 1982, a la vez jefe de la administración del Estado y ejecutivo de la colectividad departamental. Las comunas, en cambio, obtuvieron más poder antes<sup>167</sup> : su autonomía más grande fue debido a que su órgano colegial elegido -el consejo municipal- tuvo desde 1884 el derecho de adoptar las

---

<sup>162</sup>Instituye la elección de los consejos municipales por los ciudadanos que soportaban mayor carga impositiva (alrededor 10 a 15 % de la población de la comuna) y la designación del alcalde en su seno por el Prefecto o el gobierno según la población de la comuna.

<sup>163</sup>Distingue entre las funciones deliberativas y las funciones ejecutivas en el seno de la asamblea departamental, organizando los consejos generales y los consejos de *arrondissement* que serán desde entonces elegidos. Podemos señalar también la ley del 18 de junio de 1833 que entrega la responsabilidad de la enseñanza primaria a las comunas.

<sup>164</sup>Esas dos leyes precisan y amplían el campo de competencias de las asambleas territoriales (consejos municipales y generales). La ley de 1837 reconoce la personalidad civil de la comuna cuyo alcalde es a la vez representante del Estado y ejecutivo del consejo municipal. La ley de 1838 opera implícitamente el mismo reconocimiento en beneficio de los departamentos (posibilidad de actuar en justicia, propiedad de sus bienes). Las asambleas comunales y departamentales son competentes para tomar decisiones ejecutorias.

<sup>165</sup>Ver sobre éste período: MESTRE, J.L. “Historique des collectivités locales: L’apogée de la centralisation et sa remise en cause (1800-1870)”, *Encyclopédie Dalloz des collectivités locales*, n°18.3 fasc. p. 24-1. F. FÉRAL habla incluso de « collectivités déconcentrées, lorsque l’on analyse le statut des communes et des départements jusqu’en 1871 et 1884. » FÉRAL F., *Approche dialectique du droit de l’organisation administrative. L’appareil d’État face à la société civile*, Paris, L’Harmattan, 2000, p. 245.

<sup>166</sup>Se puede señalar la ley del 10 de agosto de 1871 que organiza la elección por sufragio universal del consejo general (departamento) y su renovación por mitad cada tres años, con un consejero general por cantón, elegido por 6 años. Si puede tomar decisiones sin aprobación previa del Prefecto, el consejo general no dispone de un poder de decisión sobre el conjunto de los asuntos departamentales. Además, el Prefecto permanece como la única autoridad ejecutiva del departamento.

<sup>167</sup>Las comunas existían mucho antes que el Estado moderno y, al fin de la Media Edad alta, disponían de una autonomía que nunca recuperaran. Cf. PETIT-DUTAILLIS, Ch., *Les Communes françaises, caractères et évolution des origines au XVIIIe siècle*, Paris, A. Michel, 1947; LUCHAIRE, A., *Les communes françaises à l’époque des capétiens directs*. Paris, Hachette & Cie, 1890, 294 p.

decisiones más importantes y el de elegir en su seno al ejecutivo de la colectividad, el alcalde. La ley afirmó en su famoso artículo: “el consejo municipal decide, por sus deliberaciones, de los asuntos de la comuna”<sup>168</sup>, fundando así lo que iba a convertirse en lo que la doctrina ha llamado la “cláusula general de competencia”. Sin embargo, se trate de las comunas o de los departamentos, el Estado, mediante sus Prefectos y sub-Prefectos, continuó ejerciendo un control estricto sobre las decisiones de los órganos elegidos<sup>169</sup>.

F.-P. BÉNOIT estima que “es precisamente sobre este plan preciso de los poderes de decisión y de gestión – y no sobre él de competencias- que se va a desarrollar progresivamente, del año VIII a 1982, lo que llamamos la «descentralización»<sup>170</sup>. Es decir una descentralización de las autoridades y no de las competencias, que se tradujo en una precisión y un aligeramiento progresivo de las reglas de tutela del poder central sobre las colectividades territoriales. Si la afirmación es un poco rápida en éste sentido que no se puede disociar órganos y funciones<sup>171</sup>, es verdad que Francia no hizo cambios mayores en el orden de las competencias materiales hasta 1982, cuando un gran parte de las democracias europeas vecinas ya habían descentralizado su administración territorial.

La historia de la descentralización chilena es semejante<sup>172</sup>:

Autores como G. SALAZAR<sup>173</sup> distinguen una crisis política del sistema (centralista) colonial y post-colonial, que se expandió de 1808 hasta 1829 más o menos y marcada por el voto

---

<sup>168</sup>Comuna y departamento adquieren así el estatuto de colectividad territorial. La ley del 22 de marzo de 1890 crea el sindicato de comunas, establecimiento público dotado de un mínimo de autonomía, encargado de gestionar servicios públicos intercomunales.

<sup>169</sup>Sobre eso, F. FERAL escribe: « Quant au procédé de l'élection des conseils consultatifs, il n'est qu'un « moyen de désigner les agents publics » selon les conceptions des constitutions révolutionnaires. On voit bien au total que, quoique titulaires de la personnalité morale, les collectivités n'en sont pas moins pour l'essentiel un rouage de l'administration centrale. En fait, la commune et le département s'intègrent dans une administration territoriale déconcentrée, pour en constituer un des éléments d'intervention. » FERAL F., *Approche dialectique du droit de l'organisation administrative. L'appareil d'État face à la société civile*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 245

<sup>170</sup>BÉNOIT, F.-P., “L'évolution des affaires locales. De la décentralisation des autorités à la décentralisation des compétences”, en *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 26

<sup>171</sup>Órganos que no tuvieran competencias a ejercer no tiene más sentido que ciertas competencias sin órganos para ejercerlas.

<sup>172</sup>Ver para un resumen: HERNÁNDEZ O., L., “La Descentralización en el Ordenamiento Constitucional Chileno, *RCD*, Vol. 20, Santiago 1993, pp. 535-555. Donde el autor presenta una síntesis de los principales rasgos jurídico-institucionales de los procesos de descentralización del Estado chileno a través sus diferentes constituciones.

del Congreso de 1826 de ocho leyes relativas a la implantación del sistema federal en Chile. Hay que recordar que la primera, aprobada por cuasi unanimidad, declaraba: “La República de Chile se constituye por el sistema federal”,<sup>174</sup> y se dividió al país en ocho provincias.<sup>175</sup> La Ley de 26 de julio de 1826 decidió que los Cabildos convocaran a elección popular de sus Gobernadores como la creación de las Asambleas Provinciales, conformadas por diputados elegidos por el pueblo cada dos años.<sup>176</sup> Estas Asambleas estaban dotadas de facultades legislativas y administrativas, que les permitían, entre otras, nombrar los jueces letrados, imponer nuevas contribuciones, organizar las milicias y crear municipios.

Después del fracaso de éste intento federalista, la Constitución de orientación liberal de 1828, inspirada de las constituciones francesas de 1791 y 1793 y de la constitución española de 1812 y cuyo redactor principal fue José J. de MORA, buscó disminuir el poder del Presidente de la República otorgando a las provincias una amplia autonomía, pero a partir de 1829-30 los poderes – en nombre de la lucha contra el estado de anarquía y de desorganización en el cual vivía el país - se concentraron para reforzar el poder central y debilitar la autonomía de las comunidades locales. La Constitución chilena de 1833 que regirá esta vez el país por varias décadas garantizó un gobierno fuerte, centralizador y basado principalmente sobre la figura del Presidente de la República.

En 1854 fue promulgada la primera Ley Orgánica de las Municipalidades<sup>177</sup>, pero esa reforzó la centralización subordinando las corporaciones municipales a la autoridad de los gobernadores e intendentes. Luego, y a pesar de la victoria militar y política en contra la “insurrección de las provincias” en 1851-58 y 1859 por parte del “Gobierno del Orden del Presidente M. MONTT (y del General M. BULNES), el tema de la “descentralización del Estado” se instaló en el debate político entre 1860 y 1925. G. SALAZAR porta una mirada muy crítica sobre la ley de 1854 como sobre la Ley de la Comuna Autónoma de 1891<sup>178</sup>.

---

<sup>173</sup>SALAZAR, G., “El Municipio Cercenado” (La lucha por la autonomía de la asociación municipal en Chile, 1914-1973) en SALAZAR, G. y BENÍTEZ, J. (Compiladores), *Autonomía, espacio y gestión. El municipio cercenado*. Santiago, LOM. Universidad Arcis, 1998, particularmente págs.5-16

<sup>174</sup> Ley de 14 de julio de 1826. Al respecto véase Luis Valencia Avaria, *Anales de la República*, Imprenta Universitaria, Santiago 1951, Tomo I, pág. 210.

<sup>175</sup> Ley de 30 de agosto de 1826. Estas eran las Provincias de Coquimbo, Aconcagua, Santiago, Colchagua, Maule, Concepción, Valdivia y Chiloé.

<sup>176</sup> Ley de 30 de agosto de 1826.

<sup>177</sup> ILLANES, M. A., “El proyecto comunal en Chile”, *Historia* 27 (1993)

<sup>178</sup> Se puede también señalar la Ley de Municipalidades de 12 de septiembre 1887. Esa ley separa las funciones locales de las generales, da al alcalde atribuciones privativas en desmedro del gobernador, aunque este continuó a ser el presidente de la municipalidad (cf. artículo nº16 de la ley). Con esa

En lo que concierne a la primera, estima que ella “mantuvo en el texto legal la cuasi totalidad de las facultades y atribuciones del viejo *cabildo* colonial (educación, salud, policía, desarrollo, obras públicas, etc.), pero, al mismo tiempo, anulaba su autonomía (los alcaldes pasaron en todos los ámbitos bajo la batuta del Intendente, nombrado por el Presidente, quien además controlaba las elecciones) y redujo sus recursos fiscales y económicos a un punto tal que anulaba igualmente su capacidad operacional.<sup>179</sup> En cuanto a la segunda, reconoce que fue “sin duda, la más osada y la más democrática de las leyes municipales chilenas”<sup>180</sup> puesto que concedía a las comunidades locales una gran autonomía política, no solamente para designar sus autoridades pero también para decidir de sus programas de regulación, inversión y desarrollo. Pero, considera también que “constituyó la piedra angular del parlamentarismo anti-democrático y neo-centralista” que permitió al Estado absorber la emergencia de la Sociedad Civil del fin del siglo XIX. Los intentos posteriores de 1908<sup>181</sup> hasta 1924<sup>182</sup>, pasando por el movimiento de 1914<sup>183</sup>, no lograron consolidarse y fue lo mismo después de 1932<sup>184</sup>, a pesar de la nueva Ley Orgánica de Municipalidades de 1934<sup>185</sup>, con la aceptación de la doctrina municipal establecida por C. IBAÑEZ DEL CAMPO. A esa época del neo-centralismo (1932-1942), sucederá el apogeo del centralismo democrático (1942-1973).

Tratándose de la constitución de 1925<sup>186</sup>, si los constituyentes mostraron una clara tendencia en buscar mecanismos que liberarían el país de centralismo excesivo, en cambio se mostraron desconfiados en cuanto a la creación de entidades territoriales dotadas de atribuciones

---

iniciativa, se daba amplias atribuciones a las municipalidades, estableciendo así sus responsabilidades en todos los ámbitos relativos al desarrollo global comunal, pero las limitaciones financieras que afectaban la mayoría de ellas volvieron este intento ilusorio.

<sup>179</sup>SALAZAR, G., “El Municipio Cercenado” op. cit. p. 12

<sup>180</sup> Idem, p. 17

<sup>181</sup> Creación el 5 de junio de este año de la Junta de Reforma Municipal

<sup>182</sup> La Junta Militar que asumió el poder en 1924 derogó por Decreto-Ley nº13, la Ley Orgánica de Municipalidades del 28 de enero de 1915 y ordenó disolver los principales municipios del país, nombrándose, en su reemplazo, Intendentes Municipales (en lugar de los alcaldes) y Juntas de Vecinos (regidores) por designación expresa ministerial, instaurando una doble tutela jurídica y económica.

<sup>183</sup> Fundación del Consejo Permanente de Gobierno Local que sucedió a la Junta de Reforma Municipal. El Primer Congreso de Gobierno Local tuvo lugar los días 13, 14 y 15 de septiembre de 1914 en Santiago

<sup>184</sup> Retorno a gobiernos democráticos

<sup>185</sup> Si la Ley 5357 de Municipalidades restableció el origen electoral de los municipios y además concedió derecho a voto a las mujeres y a los extranjeros, de igual forma se mantuvo la designación de los alcaldes de las ciudades de más de 100.000 habitantes por parte de del Gobierno Central y las atribuciones por parte del Departamento de Municipalidades del Ministerio del Interior.

<sup>186</sup> Sobre este período ver: CARRASCO D., S., “Iniciativas sobre descentralización y regionalización durante el periodo de vigencia de la Constitución política de 1925”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24 1997, pp. 321-335.

propias. A pesar de su deseo de descentralizar, no tenían, según BULNES de GRANIER, una concepción clara del camino a seguir.<sup>187</sup> De hecho, si la medida feroz de la Carta de 1925 en términos de descentralización era la creación de Asambleas Provinciales, esas nunca vieron la luz porque la ley orgánica prevista a tal efecto, nunca fue votada y quedó así solo como una disposición programática.

## § 2. Del giro de los años 1970 hasta hoy

Durante los últimos 60 años ha sido impulsada una reorganización administrativa en los dos países. Así, en Francia, emergió la región. Los decretos del 14 de marzo de 1964 crearon 21 Prefectos de región que presidían las comisiones de desarrollo económico regional (CODER), instancias consultivas compuestas de representantes de los intereses socio profesionales o territoriales, encargadas de dar dictámenes sobre todas las cuestiones relativas al desarrollo económico y al ordenamiento del territorio en la circunscripción regional. El fracaso del referéndum del 27 de abril de 1969 relativo a la reforma del Senado y a la creación de las regiones querida por el General de Gaulle, marca una pausa en el proceso de descentralización. Pero rápidamente, la ley del 5 de julio de 1972 erige la región en establecimiento público, confiriéndole así la personalidad jurídica y la autonomía presupuestaria. Las regiones aún no eran colectividades locales. El consejo regional era compuesto de diputados y senadores elegidos de la región, de representantes de los *conseils généraux*, de las comunas de 30.000 habitantes y de las comunidades urbanas (*communautés urbaines*).

A esa época en Chile, la dictadura, mediante los Decreto Ley (DL) n° 573 de 1974 n°1289 de 1976, reorganiza territorialmente el país creando 13 regiones y 51 provincias<sup>188</sup>. Es difícil no ver el paralelismo entre las infra-estructuras regionales chilenas y francesas, sobre todo

---

<sup>187</sup> BULNES, L., “La regionalización y sus antecedentes jurídicos”, BULNES, L.; ERRÁZURIZ, M.; GODOY, H.; VARAS, J. I. y VILLALOBOS, S.; *La Regionalización*, 1998.

<sup>188</sup> La afirmación siguiente de VÉLIZ toma aquí todo su sentido: “algunos regímenes autoritarios que han decidido promover medidas de descentralización económica en espera de que estas atraigan a los inversores privados, no tienen otra alternativa sino la ordenar sumariamente que tales medidas han de obedecerse, entregándose de esta manera a la última paradoja de una descentralización bajo severo control central. Los requisitos formales de una economía de libre mercado se satisfacen ordenando a las unidades económicas que actúen libremente siempre que sus decisiones estén de acuerdo con las directrices gubernamentales. El poder central absoluto se ejerce absolutamente en nombre de teorías económicas liberales y de programas cuyos requisitos previos son la diversidad de opciones y la libertad de acción.” VÉLIZ, C., *La tradición centralista de América latina*, Barcelona: Ariel, 1984 (1a. ed. En castellano), p. 295.

en lo que concierne a su organización interna y comparatista<sup>189</sup>, con todos los matices necesarios entre las dos experiencias<sup>190</sup>. Pero, poco a poco, los dos modelos se particularizan (A) antes de reencontrarse con el retorno de la democracia chilena (B).

#### **A. La profundización de la descentralización francesa a partir de 1982**

La ley francesa del 31 de diciembre de 1970 suprime la aprobación previa del presupuesto de las comunas por el Prefecto y reduce el número de las deliberaciones de los consejos municipales sometidas a dicha aprobación. La ley del 31 de diciembre de 1975 define el estatuto de la ciudad de París que se vuelve una comuna de ejercicio pleno, con un alcalde elegido, disponiendo de la mayoría de las prerrogativas de los alcaldes de las otras comunas. La ley del 3 de enero de 1979 instituyó la dotación global de funcionamiento (DGF)<sup>191</sup>, y por último la ley de 10 de enero de 1980 ordena la fiscalidad (tributación) directa local y permite a los consejos municipales y generales votar directamente las tasas de los impuestos locales cuando antes solo se podía decidir sobre sus productos.

Finalmente, se produce una diferenciación político-administrativa del modelo francés a partir de 1982. Las grandes leyes de descentralización en Francia (1982-1983) permitirán: una redefinición de los derechos y libertades de las colectividades territoriales mediante la transformación del control de sus actos por el Estado; trasposos masivos de competencias y de medios financieros del Estado hacia ellas; el reconocimiento de su papel económico; la

---

<sup>189</sup>Sobre este punto, se puede consultar una síntesis histórica en FERRADA B., J. C., “El Estado regional chileno: un modelo de descentralización administrativa sin participación política”, *RIAP*, ISSN 1139-3750, n° 6, 2001, p. 207. También HERNÁNDEZ O., L., “La Descentralización en el Ordenamiento Constitucional Chileno”, *RCD*, Vol. 20, Santiago 1993., p. 542.

<sup>190</sup>Los COREDE (Consejos Regionales de Desarrollo) y los CODECO (Consejos de Desarrollo Comunal) fueron concebidos como estructuras corporativas, con una representación “clasista”, fuerte presencia de las Fuerzas Armadas y una representación mayoritaria del sector privado. Estaban compuestos por el intendente regional; los gobernadores provinciales; dos representantes de las municipalidades de la región, designados por los alcaldes; un representante del Ministerio de la Defensa Nacional; el Director regional de la Corporación de Fomento de la Producción; tres representantes del patronato (sector empresarial privado de la región); tres representantes de los trabajadores (sector laboral de la región); dos representantes de la Confederación de Colegios Profesionales de Chile o de los Colegios Profesionales, en caso de que la primera no tuviere representantes en la región; dos representantes de las cooperativas de la región; y un representante de los bancos privados de la región. BOISSIER afirma que “estos Consejos habían sido copiados de los respectivos organismos franceses”. BOISSIER, E., S., “Chile: la experiencia regionalista del gobierno militar”, en *Estudios Sociales*, 104 (trimestre 2), 2000, CPU P. 60; ver también FERNÁNDEZ, J., “Análisis de los principios contenidos en el decreto ley N° 575 sobre regionalización del país”, *RCD*, Vol. 1, 1974, pp. 675-676.

<sup>191</sup>La DGF constituye en Francia la suma atribuida por el Estado a los entes territoriales y conforma 30% ap. de los recursos de éstos.

instalación de nuevos instrumentos presupuestarios, la aplicación de nuevos “estatutos” para los elegidos y los funcionarios territoriales. La importancia del proceso descentralizador es innegable<sup>192</sup> después de cerca de dos siglos de centralización y es aún y siempre en revisión.

Con el “Acta II de la descentralización”<sup>193</sup>, fruto de la reforma constitucional del 28 de marzo de 2003, la descentralización tomó los acentos de una “búsqueda de la eficacia así como de la rentabilidad” con la introducción de nuevas nociones como la experimentación, la subsidiaridad y la colectividad líder (*chef de file*) que “muestran que la norma contractual está en vía de convertirse en la norma de referencia en las relaciones de las colectividades territoriales entre ellas, así como con el Estado”.<sup>194</sup>

En cuanto a la cláusula general de competencia, su supresión es controvertida en doctrina, incluso después de la decisión del *Conseil constitutionnel*.<sup>195</sup> No se debe olvidar tampoco el capítulo relativo a la mutualización de los servicios y de puesta a disposición, para

---

<sup>192</sup>«Quatre axes animent cette construction législative et l’inscrivent clairement dans le modèle théorique de la décentralisation et la pratique des autres états «décentralisés»; la création d’une nouvelle collectivité territoriale, la région. La généralisation de l’élection par les assemblées locales (toutes élues désormais au su direct) des exécutifs des collectivités territoriales; la suppression de la tutelle administrative exercée a priori par l’autorité de l’état et portant sur l’opportunité des décisions locales aussi bien que sur leur légalité; un important transfert de compétences de l’état vers les collectivités territoriales ». GONOD, P., MELLERAY, F. et YOLKA, PH. (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, T. 1, 2011, p. 279.

<sup>193</sup>Se entiende por esa expresión, un conjunto de textos que vienen - después de 20 años de práctica de las leyes de 1982-83 - a dar un nuevo impulso a la descentralización. Primero, la revisión constitucional del 28 de marzo de 2003 sobre la organización descentralizada de la República que amplía las responsabilidades de los entes territoriales y les reconoce un derecho a la experimentación, refuerza su autonomía financiera, amplía la democracia local (derecho para los entes territoriales de organizar referéndums decisorios y derecho de petición para los electores) y arregla el estatuto del ultramar. Luego esa reforma para ser aplicada necesitó la adopción de tres leyes orgánicas (experimentación, referéndums decisorios, autonomía financiera). En fin la ley relativa a las libertades y responsabilidades locales del 13 de agosto de 2004 enumera el conjunto de competencias que el Estado transfiere a los entes territoriales.

<sup>194</sup>BARELLA, X., *Les collectivités territoriales et la loi en droit public français*, Thèse, Université Toulouse 1 Capitole, 2011, p. 33. Por otro lado, el *Conseil constitutionnel* validó en grande parte la Ley n° 2010-1563 del 16 diciembre 2010 llamada, precisamente, “*de réforme des collectivités territoriales*”, JORF du 17 décembre 2010, p. 22146. CC. Decisión n° 2010-618 DC. Ver también la ley MAPTAM del 27 de enero de 2014.

<sup>195</sup>La comuna sería en el futuro el único escalón territorial que se beneficiaría de la competencia general la cual sería entonces suprimida para los departamentos y las regiones, bajo reserva de la lectura que puede ser hecha de la decisión 2010-618 DC. Sobre el conjunto de reformas se puede consultar a VERPEAUX M., “Les ambiguïtés entretenues du droit constitutionnel des collectivités territoriales”, en *AJDA*, 2011, n°2, p. 99-106; BOUSTA R., “Les sages choisissent la prudence”, *Les petites affiches*, 2011, n°14, p. 5-8; MARCOU, G., “Le Conseil constitutionnel et la réforme des collectivités territoriales”, *AJDA*, 2011, n° 3, p. 129; ROUAULT M.-Ch., “La loi de réforme des collectivités territoriales au crible du Conseil constitutionnel”, *La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 2011, n° 2, p. 16-22; PONTIER J.-M., “Requiem pour une clause générale de compétence”, *La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 2011, n° 2, p. 47-55.

evitar los amontonamientos de competencias y la posibilidad de recurrir a los financiamientos cruzados.<sup>196</sup>

Al momento que escribo esas líneas, después de la ley n° 2014-58 del 27 de enero de 2014 de modernización de la acción pública territorial y de afirmación de las metrópolis, llamada “ley MAPTAM”,<sup>197</sup> el nuevo Primer ministro anunció en bloque la fusión voluntaria o reducción por ley del número de región por dos proyectada para 2017, la supresión de los departamentos. En cuanto a las andanzas y contradicciones de los gobiernos – sin embargo de la misma mayoría - relativas a la cláusula general de competencia, estas continúan puesto que luego anunció su supresión para las regiones y los departamentos cuando su predecesor la había restablecida por la mencionada ley MAPTAM.

## **B. La recuperación democrática de la descentralización chilena**

El proceso contemporáneo de descentralización del estado en Chile comienza, como se ha visto y según los informes de la SUBDERE, en 1974. Las reformas del periodo 1973-1989 definen la actual división político-administrativa del país e instalan una importante innovación en materia de atención primaria de salud y educación pública, parvularia y secundaria.<sup>198</sup> A partir de los años 90, los esfuerzos se concentran sobre la generación de espacios de descentralización política, sobre la inyección de nuevos recursos a los niveles desconcentrados del aparato de Estado y a la dotación de instituciones y atribuciones adecuadas al nivel regional. Las medidas a favor de la autonomía de los entes territoriales se inscriben en un intento de pasar la página de la dictadura pinochetista. Recordamos que las elecciones municipales habían sido suprimidas para las grandes ciudades y los alcaldes nombrados directamente por la Junta. Uno de los avances más importantes es, sin ninguna duda, el proceso de democratización que comienza formalmente en 1992<sup>199</sup>, con la elección de los alcaldes y de los consejeros municipales por sufragio universal.

---

<sup>196</sup>El artículo 75 de la ley n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales (JORF n°0292 du 17 décembre 2010 page 22146 texte n° 1) creó los esquemas de organización de las competencias y de mutualización de los servicios entre la región y el departamento. Y BARELLA, X., *op. cit* p. 33

<sup>197</sup>JORF n°0023 du 28 janvier 2014 page 1562 texte n° 3 .No entro aquí en los detalles de esa ley que es obviamente estudiada a lo largo de este trabajo. Se puede consultar sobre el sitio: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028526298&dateTexte=&categorieLien=id>

<sup>198</sup>Decreto Ley n° 573 de 1974 y Decreto Ley n° 1289 de 1976, Ley N° 18.695

<sup>199</sup>Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades



Posteriormente, se establece un nuevo mecanismo para las elecciones municipales, conduciendo –en lo esencial-, a la elección directa del Alcalde, con un sistema electoral municipal que prevé, expresamente, elecciones separadas para los puestos de Alcalde y Consejeros.<sup>200</sup> Por primera vez en la historia constitucional chilena, la Municipalidad es una Corporación de Derecho Público dotada de autonomía administrativa, de la personalidad jurídica y de un patrimonio propio. Su objeto es de promover el desarrollo económico, social y cultural de la comuna o reagrupamiento de comunas. Las primeras elecciones municipales tuvieron lugar el 28 de junio de 1992.

La Reforma Constitucional de noviembre de 1991 (Ley n° 19.097) corresponde a un momento clave en materia de descentralización regional. En 2005, después de la reforma constitucional más importante desde el retorno de la democracia, la ley orgánica constitucional n° 19.175, creó dos consejos, uno regional y uno provincial. El primero, presidido por el intendente y compuesto de otros miembros elegidos – a la época - por los consejeros de cada comuna<sup>201</sup>, compone, con el intendente, el gobierno regional y tiene por finalidad de hacer efectiva la participación ciudadana, siendo para eso investido de facultades normativas, resolutivas y fiscalizadoras<sup>202</sup>. Por su parte, el Consejo Provincial, presidido por el Gobernador e integrado por 24 miembros designados por organizaciones sociales de la provincia, tiene atribuciones esencialmente consultivas. Según la mayoría de la doctrina, la reforma de 2005, en lo que concierne la alternativa entre centralismo político y una verdadera regionalización, entendida como el florecimiento de las autonomías regionales, refleja en definitiva la falta de voluntad política de las autoridades de abrir los espacios de libertad necesarios.<sup>203</sup> Más aún, “triunfó la posición de entender la región y la regionalización como un proceso administrativo sin precisión de un punto o modelo final al que se propende, incluso con un énfasis esencialmente económico, en el que la regiones asumen su auto administración y gobierno, determinando sus propias autoridades de Gobierno Regional a través de elecciones democráticas, como ocurre en Francia o Portugal, sin que ello implique ninguna desnaturalización ni debilitamiento del Estado unitario. En el fondo no [hubo] voluntad política para dotar a las

---

<sup>200</sup>Se puede ver en eso, la reproducción del sistema presidencialista nacional al nivel municipal. Cf. Cap. 3.

<sup>201</sup>Arts. 29 y 30. El sistema electoral está precisada por la misma ley en sus artículos 82 y sgtes.. La reforma constitucional de 2009 instauró la elección por sufragio universal de los consejos regionales.

<sup>202</sup>Art. 28.

<sup>203</sup>QUINTANA B., A., “Reforma a las bases de la institucionalidad: Entre lo superfluo, el contrabando y la inocencia”, *Revista de Derecho Público*, vol. 68, 2006, p. 162

regiones de autogobierno ni para separar las funciones de gobierno interior de las de administración superior de las regiones”.<sup>204</sup>

De la misma manera que en Francia, el proceso sigue y la última gran reforma constitucional concierne la elección por sufragio universal de los consejeros regionales (CORE en adelante)<sup>205</sup> y la creación de un Presidente del Consejo regional elegido por estos (113 al. 5 CPR)<sup>206</sup>.

La verdadera descentralización regional chilena interviene al nivel del “Gobierno Regional” encargado de la administración superior de la región. A diferencia de otros países que conocen una descentralización más profunda, como es el caso de Francia, la personalidad jurídica corresponde al gobierno regional y no a la región.<sup>207</sup>

Dos proyectos de leyes orgánicas en materia de descentralización han sido enviados el 12 de septiembre de 2011 al Congreso por el ejecutivo. El primero propone el traspaso de nuevas competencias desde el nivel central y los servicios desconcentrados regionales (los servicios públicos) a los Gobiernos Regionales<sup>208</sup>. El segundo hizo el objeto de una ley promulgada el 14 de diciembre de 2012 que permitió la primera elección por sufragio universal el 17 de noviembre de 2013 de los CORE ajustando así la fecha sobre la última elección presidencial.<sup>209</sup>

---

<sup>204</sup>NOGUEIRA A., H., “El régimen jurídico-constitucional del gobierno y la administración interior del Estado en Chile”, en *La organización política del territorio en América y España : federalismo e integración*; Jorge O. Bercholz Director ; Autores João Alves (Filho) ... [et al.] 1a. ed. : marzo 2008. Congreso Internacional sobre Organización Política del Territorio, Federalismo e Integración (2008: Buenos Aires, Argentina): [Ciudad de Buenos Aires] : Lajouane, [2008], p. 207. J. TAPIA V. es más duro aún, puesto que habla de un triunfo del centralismo: “la regionalización, que en esencia es un concepto técnico de orden jurídico-político idealmente coincidente con una determinada realidad territorial, histórica y antropológica cultural, resulta rechazada por una mayoría parlamentaria y por el gobierno, cuyo discurso oficial pro descentralización es desmentido, no en los hechos” TAPIA V., J., “Las reformas constitucionales de 2005, un triunfo del centralismo”, en NOGUEIRA A. H, *La Constitución Reformada de 2005*, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Santiago, Librotecnia, 2005, p. 45

<sup>205</sup>La difícil y muy lenta aceptación de la elección de los CORE recuerda el temor de la «anarquía generalizada» que suscitaría la transposición del principio electivo en el orden administrativo. DUBOIS, J.-P., « Décentralisation, idée révolutionnaire ? », en MOREAU J. et VERPEAUX, M. (Dir.), *Révolution et décentralisation. Le système administratif français et les principes révolutionnaires de 1789. Actes du colloque de Besançon 14-15 décembre 1989*, Paris : Economica, p. 17

<sup>206</sup>Ley n° 20.390 -reforma constitucional regional- promulgada el 16/10/2009. Ver el sitio [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl). Diario oficial de la republica de chile n° 39.497, 28 de Octubre de 2009 (16871), p. 3.

<sup>207</sup>Efectivamente, estos, son “órganos con personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio, encargados de la administración superior de cada región y cuya finalidad será el desarrollo social, cultural y económico de la misma (art. 111 CPR).

<sup>208</sup>Boletín 7923-06, Mensaje presidencial n° 133-359, se puede consultar a la dirección siguiente: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>

<sup>209</sup>Ley núm. 20.644, artículo único.

El mensaje presidencial del primer proyecto *relativo al reforzamiento de la regionalización del país*<sup>210</sup> señalaba que “los dos proyectos de ley tienen por objetivo alcanzar y realizar la aspiración a una efectiva y real descentralización, dotando a las regiones de órganos representativos y de atribuciones suficientes para que sean los principales factores del desarrollo y de la planificación de su territorio, respondiendo así a las realidades y aspiraciones de los habitantes de las diferentes regiones del país”. Este proyecto busca dar más competencias a las regiones, lo que, asociado a la elección directa de los consejeros regionales y a la elección dentro de esos del Presidente del Consejero Regional, significaría una gran reforma en materia de descentralización del país.

Por otro lado, el 4 de febrero de 2011, ha sido promulgada la ley N° 20.500 sobre las Asociaciones Municipales y la Participación Ciudadana a la Gestión Pública. La ley introduce el principio de participación ciudadana a la gestión pública<sup>211</sup> en la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE en adelante) y un título especial que concretiza las formas de participación en el seno de los órganos del Estado. Luego, la ley N° 20.527<sup>212</sup>, pone en aplicación las medidas relativas a las Asociaciones Municipales modificando el título VI de la ley orgánica municipal relativa a las corporaciones, fundaciones (y hoy las asociaciones) municipales en aplicación del artículo 123 de la Constitución<sup>213</sup>. Permite a dichas asociaciones municipales tener la personalidad jurídica, un patrimonio propio, generar alianzas y formar reagrupamientos que les permiten gestionar y trabajar intereses y objetivos comunes. Postular a fondos concursables para obtener recursos para la salud, la educación e infraestructuras son las principales razones que les llevarían a reagruparse.

---

<sup>210</sup>Boletín 7963-06, en: [http://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=8381&prmBL=7963-06](http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8381&prmBL=7963-06) (Junio, 2012)

<sup>211</sup>Es importante también resaltar el proyecto de Ley sobre plebiscitos comunales que busca disminuir la cantidad necesaria de votantes para que éstos sean vinculantes y permitir que se efectúen en conjunto con otro tipo de elecciones como las de diputados, senadores y presidenciales. En este contexto, se fija un piso del 40% de los votantes registrados en una comuna para que tenga validez, comparado con el 50% actual.

<sup>212</sup>Ley núm. 20.527 que modifica la LOCMU n° 18.695, y regula las Asociaciones Municipales, promulgada el 12 de agosto de 2011 y publicada el 06 de septiembre de 2011.

<sup>213</sup>Éste dispone que “La ley establecerá fórmulas de coordinación para la administración de todos o algunos de los municipios, con respecto a los problemas que les sean comunes, así como entre los municipios y los demás servicios públicos”.

El 1 de abril de 2014, la LOCMU ha sido de nuevo modificada en el sentido que perfecciona el rol fiscalizador del concejo; fortalece la transparencia y probidad en las municipalidades; crea cargos y modifica normas sobre personal y finanzas municipales.<sup>214</sup>

En fin, el 14 de junio de 2014, es intervenida la ley n° 20757 del 14 de junio de 2014 disponiendo funciones y atribuciones, para el presidente del consejo regional. Esas<sup>215</sup> consisten en presidir las sesiones y dirigir los debates; ejercer el derecho a voto decisivo en caso de igualdad de los sufragios; representar protocolarmente el consejo, mantener el orden de las sesiones, aprobar los actos de las sesiones del consejo, entre otras. Como se puede apreciar, las modificaciones aportadas no le transfieren las atribuciones del Intendente. En consecuencia, éste conserva sus competencias en materia de iniciativa de los planes, programas y proyectos que son presentados al Consejo Regional, y particularmente todo lo que tiene que ver con el Fondo de Desarrollo Regional. En definitiva, ¿*quid* de esa reforma? No se sabe bien si hay que considerar el futuro Presidente del Consejo Regional realmente como un tercer órgano, al lado del Intendente y del Gobierno Regional o como capricho del constituyente puesto en aplicación por el legislador. ¿En qué consistirá esa novedad si las iniciativas y la ejecución de los actos del Gobierno Regional quedan en las manos del Intendente? ¿Un título honorífico más? Es verdad que la idea de la desaparición del Intendente<sup>216</sup> como jefe del Gobierno Regional para transformarlo en un Prefecto *à la française* sigue su camino, pero ¿cuánto tiempo aún será necesario?

La historia de la descentralización siendo el fruto de las concepciones políticas, su evolución encuentra sus fundamentos en los discursos políticos y sus aplicaciones.

---

<sup>214</sup>Ley n° 20742.

<sup>215</sup> Nouvel art. 30 ter de la LOCGAR

<sup>216</sup>Sobre la total inadecuación de la institución del Intendente en su forma actual, ver por ejemplo OELCKERS C., O., “Descentralización administrativa y regionalización”, *RCD*, Vol. N° 24, pp. 353-367 (1997), parte. p. 356 donde el autor constata la paradoja que, el intendente, de confianza exclusiva del Presidente de la República y sometida jerárquicamente a él sea, además el órgano ejecutivo del gobierno regional.

## Sección 2. Discursos y prácticas políticas de la descentralización

Se puede decir con F. FÉRAL que la descentralización es un “*sistema* de administración”<sup>217</sup>, que consiste en el ejercicio de competencias propias por instituciones locales; luego es “el *movimiento* mismo de la transferencia de competencias operado por el Estado en el marco de una política de administración; es en fin una *aspiración* política que se desarrolla en oposición al poder central, y en sinergia con él”.<sup>218</sup> Esa aproximación tiene un doble mérito.

Primero, este sistema de administración es un *modo de acción*, lo que permite de distinguirlo de los *tipos de administración*, que son modelos de organización política. Así, según F. FÉRAL hay que contar sobre dos tipos de administración, el tipo “societal” y el tipo “estatista”, en los cuales se inscriben los grandes sistemas de administración o modelos de acción que conocemos, la descentralización perteneciendo al tipo “societal”.

Luego, tiene el mérito de apuntar el hecho que la definición de la descentralización “es a menudo completada, incluso confundida, con una definición política. La descentralización y la centralización son, en efecto, el objeto de un debate político sobre los temas de la soberanía, de la democracia y de la unidad nacional. Centralización y descentralización son entonces a la vez modelos de acción de la administración y modelos políticos de organización del poder”.<sup>219</sup>

Los discursos y prácticas políticas respecto de la descentralización son el reflejo de las tensiones políticas entre tipos de administración: traducen una doble evolución entre ciertas características que se superponen: por una parte, la caída de la omnipotencia de la ley y del intervencionismo estatal en beneficio del advenimiento de las ideas vinculadas al liberalismo político ha progresivamente asociado descentralización y democracia (§ 1). Por otra, desde los años 1970, las mutaciones ligadas al liberalismo económico – la globalización neoliberal – asociadas al liberalismo político hicieron surgir nuevas lógicas de administración del territorio (§ 2).

---

<sup>217</sup> Para F. FÉRAL, un *système d'administration* est, «*l'ensemble des procédés administratifs constituant un modèle d'action administratif*» FÉRAL, F, *Approche dialectique du droit de l'organisation administrative. L'appareil d'État face à la société civile*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 114 y 115 respectivamente.

<sup>218</sup> *Idem*, p. 237.

<sup>219</sup> *Idem*, p. 116.

## § 1. Descentralización y Democracia

En menos de dos siglos, de un Estado unitario símbolo de progresismo, hemos pasado a una denigración de éste en beneficio del Estado descentralizado, el que sería a su turno sinónimo de libertad, igualdad y casi fraternidad.

La descentralización hoy es regularmente asociada al sistema democrático y a las libertades individuales<sup>220</sup> y vista como necesaria, ineluctable, tanto para los Estados unitarios como federales. Tal es la situación que la descentralización hoy es presentada como un corolario de la democracia<sup>221</sup>, pues ella representaría la aplicación de los principios democráticos en el orden administrativo, una “escuela de la democracia”.<sup>222</sup> Sin embargo, parece bien que históricamente, democracia y descentralización tuvieron existencias ampliamente separadas, casi antinómicas. Además resultan de lógica diferente, pues en términos de procesos, la democracia se reclama de una “lógica del Absoluto”, mientras la descentralización sólo logrará declinarse sobre el “modo del Relativo”<sup>223</sup>.

La preocupación por ese tipo de organización política, constitucional y administrativa no es tan reciente. Así, después de varios autores franceses que apoyaron doctrinariamente el Estado unitario, y que lo exportaron a una gran parte del mundo durante el siglo XIX y principio del siglo XX, los grandes publicistas franceses de esa misma época, no dudaron en pronunciarse por la descentralización. Como lo expresaba al principio del siglo XX, Maurice HAURIOU, “tanto a causa de sus ventajas políticas, que son primordiales, como en razón de sus ventajas jurídicas, la tendencia descentralizadora debe primar sobre la tendencia centralista.”<sup>224</sup> Pero el decano de Toulouse, no pensaba en 1914 que se podía ir mucho más allá que lo que se había

---

<sup>220</sup>No fue siempre así. POSADA HERRERA, entre otros autores, denunció el supuesto paralelismo entre descentralización y libertad: “La libertad no consiste tanto en el derecho de elegir o ser elegido para los cargos públicos” y “la descentralización “reduciendo el ejercicio de la libertad al acto formulario de la elección, ha servido de instrumento a la tiranía local” POSADA H., “Administración”, en SUÁREZ I., . *Diccionario General de Política y Administración*, Madrid, 1968, pp. 113 y 114, citado en ARIÑO O., G., “Principios de descentralización y desconcentración.”, op. cit., p. 13, nota de pie 3.

<sup>221</sup>Sobre la filiación clásica que parte en la evaluación del principio electivo como criterio determinante de la descentralización, y por ende de ésta como democracia realizada al nivel local, ver por ejemplo: MONCONDUIT, F., “Tocqueville: la décentralisation, impératif démocratique”, rapport au Colloque dirigé par L. SFEZ, *L’objet local*, 1977, Ed. 10-18, p. 28 y s.

<sup>222</sup>Para recoger una expresión de ROLLAND quien habla de la “décentralisation-école de la démocratie”. En ROLLAND, L., « La démocratie et la décentralisation en France », extraits de « La cité moderne et les transformations du droit », *Cahiers de la Nouvelle journée*, 1925, n°4.cita p. 133.

<sup>223</sup>REGOURD, S. « De la décentralisation dans ses rapports avec la démocratie », op. cit. p. 963.

<sup>224</sup>HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public: a l’usage des étudiants en licence (2e et 3e années) et en doctorat -es-science politiques.*, Éd. Paris, Recueil Sirey, 8ème ed., 1914, p. 144.

conseguido a la sazón, pues “una descentralización más grande no podría ser buscada sino que mediante la creación de regiones territoriales agrupando departamentos y reconstituyendo las provincias”<sup>225</sup> del antiguo régimen con todos los problemas inherentes a dicha fórmula. El futuro, no solo para Francia, sino para muchos otros países ha demostrado lo contrario.

¿Cómo explicar este aparente giro doctrinario y político? Tal vez, en primer lugar, vale decir que las pretensiones locales nunca desaparecen y solo un Estado totalitario puede mantener un sistema centralizado absolutista. Luego, cabe señalar la época de lo que se llamó en Francia el “socialismo municipal”<sup>226</sup> que, al lado de las luchas contra el centralismo, propuso soluciones a las situaciones de inequidad social, política y económica locales que había inducido a veces la centralización. A la misma época en Chile, presenciamos el movimiento que dio luz a la Junta de Reforma Municipal y luego al Consejo Permanente de Gobierno Local que le sucedió. En tercer lugar, las dos tendencias- centralización y descentralización- han dominado alternativamente, según las épocas y los regímenes.

Destacable es la advertida contradicción entre el principio de libertad- siempre afirmado- y la realidad práctica. Por razones políticas, financieras, técnicas, las libertades locales están de modo regular estrechamente limitadas. Ya HAURIOU señalaba que las razones de la descentralización territorial no son de orden administrativo, sino más bien, de esencia constitucional. “Si se tratara únicamente del punto de vista administrativo, la centralización aseguraría al país una administración más hábil, más imparcial, más íntegra y más ahorrativa que la descentralización. Pero, los países modernos no necesitan solo una buena administración, también necesitan libertad política”.<sup>227</sup>

Así, quizás sería mejor ver, tras las relaciones entre descentralización y democracia, las influencias de las escuelas liberales del siglo XIX. La corriente liberal – según P. LEGENDRE<sup>228</sup> – habría conocido dos principales fases en este ámbito. Una, del siglo XVIII, partidaria de la

---

<sup>225</sup> Idem., p. 145.

<sup>226</sup> Primer tercio del siglo XX.

<sup>227</sup> HAURIOU, M., *Précis de droit administratif*, Paris, Sirey, 11<sup>o</sup> éd., 1927, p. 86. Como lo ha notado G. GIHEUX, se puede juzgar de la recepción permanente y renovada del pensamiento de HAURIOU al constatar que el presidente de la comisión de las finanzas, de la economía general y del plan de la Asamblea Nacional, P. Méhaignerie, recogió esa cita en su dictamen relativo al proyecto de ley constitucional adoptado por el Senado (nº369) relativo a la organización descentralizada de la República, el 13 de noviembre de 2002, AN nº 377. GUIHEUX, G. (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation: étude comparée France, Belgique, Canada. Actes du Colloque de la Faculté de Droit et de Science politique de Rennes 18 et 19 novembre 2004*, Bruylant Bruxelles – LGDJ Paris, 2006, Introduction, p. 6 note nº 9.

<sup>228</sup> LEGENDRE, P. *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, PUF, Thémis 1968

centralización y de la uniformidad administrativa, otra posterior, a partir del reino de Louis-Philippe (1830) hasta el principio del siglo XX, que desconfiando del intervencionismo estatal preconizó en su contra, por razones tanto económicas, políticas como sociales, ideas favorables a la descentralización, instrumento de limitación del poder estatal y fermento de las libertades individuales. Es desde ese momento, que la evolución decisiva hacia la descentralización se cumple en paralelo del desarrollo de las ideas liberales.<sup>229</sup>

Cabe recordar ese famoso pasaje de TOCQUEVILLE: “Es (...) en la comuna que reside la fuerza de los pueblos libres. Las instituciones comunales son a la libertad lo que las escuelas primarias son a la ciencia; la ponen al alcance del pueblo, le hacen probar el uso apaciguado y le habitúan a usarla. Sin instituciones comunales, una nación puede darse un gobierno libre, pero no tiene el espíritu de la libertad”<sup>230</sup>.

Los escritos y la influencia de TOCQUEVILLE<sup>231</sup> deben leerse no tanto como un alegato al federalismo aplicable a Francia, sino como la necesaria vivificación de una democracia de proximidad y por eso, se lo puede considerar como un defensor de la descentralización administrativa. Efectivamente, lo que preconizaba, no era un federalismo como en los EE.UU. sino la ausencia de la tutela del gobierno central sobre la gestión de los asuntos locales por las municipalidades. Su díptico fundamental<sup>232</sup> se articula en torno de la *centralización gubernamental*, que aprueba por ser indispensable al funcionamiento del Estado, y la *centralización administrativa* que rechaza porque lleva a la ayudantía, al desinterés de los asuntos públicos, la pérdida de responsabilidad ciudadana en beneficio de un “despotismo suave”.

Más cerca de nosotros, en 1976, en el informe “*Vivre ensemble*”, O. GUICHARD, acusaba al centralismo de haber bloqueado el desarrollo de las responsabilidades locales y

---

<sup>229</sup>BODINEAU P. y VERPEAUX M., *Histoire de la décentralisation*, Paris, PUF, , Col. Que sais-je ?, 2ª Ed., 1997.

<sup>230</sup>TOCQUEVILLE, A. de. *De la démocratie en Amérique*, 1835, Ière Partie, chap. 5.

<sup>231</sup>Para una crítica, por parte de investigaciones recientes, del método histórico utilizado por TOCQUEVILLE para su demostración de la continuidad de la descentralización entre el Antiguo Régimen y la Revolución, ver SOLEIL, S., « L’organisation de la France est décentralisée, variations autour d’un thème », en GUIHEUX, G. (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation : étude comparée France, Belgique, Canada*. Actes du Colloque de la Faculté de Droit et de Science politique de Rennes 18 et 19 novembre 2004, Bruylant, pp. 107-116, part. pp. 108-110 y la bibliografía citada en nota nº 2 de pie de p. 108.

<sup>232</sup>GOUIRAND, P. *Tocqueville, une certaine vision de la démocratie*, Paris, L’Harmattan, 2005, p.119. Sobre TOCQUEVILLE, se puede consultar también: TAUPIER, M., *La décentralisation dans l’oeuvre d’A. de Tocqueville*, 1977; JARDIN, A., “Tocqueville et la descentralización”, en *La décentralisation*. Colloque d’Aix-en-Provence, 1964, pp. 89 y s.



describía tres factores que habían jugado un papel en el sentido de la centralización: el gusto por el recurso jerárquico, que incentiva siempre a llamar a una autoridad superior; el gusto por la igualdad, que se traduce en una desviación insensible de la igualdad hacia el igualitarismo y la uniformidad; y, al fin, el gusto por la seguridad, que lleva a llamar al Estado juzgado como mejor situado que nadie para asegurarla.

La descentralización es bien, al fin de cuentas, una reacción contra una hiper centralización del poder, amenazador de las libertades. El Estado unitario Republicano se ha construido sobre los principios fundadores de la indivisibilidad del territorio y de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, pero la idea que esos principios exigirían que se embride las iniciativas locales parece pertenecer al pasado. La impotencia del Estado ha sido a menudo acusada, pues la centralización no ha impedido las desigualdades y que las disparidades territoriales crezcan. Así, la descentralización sería, según sus partidarios, un principio de organización administrativa que, sin cuestionar la unidad de la Nación, enriquecería la vida democrática y promovería una aplicación más efectiva y menos abstracta del principio de igualdad, asegurando un mejor equilibrio entre éste (menos ligado a la idea de uniformidad) y el respeto de las libertades locales.

En Chile, J. BORJA, un ejemplo dentro de tantos otros autores, asocia descentralización con democratización al considerar la primera “(...) como medio adecuado para promover las socializaciones políticas de las clases populares y el desarrollo de las libertades individuales, así como las transformaciones socio-económicas de tendencia igualitaria”<sup>233</sup> a tal punto que “la descentralización, hoy, parece consustancial a la democracia”.<sup>234</sup> Parece bien que los regímenes políticos liberales favorecen al desarrollo de la descentralización contrariamente a los regímenes autoritarios, centralizadores que prefieren la desconcentración<sup>235</sup>.

---

<sup>233</sup>BORJA, J. “Dimensiones teóricas, problemas y perspectivas de la descentralización del Estado”, en BORJA J. y al., “Descentralización del Estado, movimientos sociales y gestión local”; ICI-FLACSO-CLACSO, Santiago, 1987, p. 24

<sup>234</sup>Ídem, p. 39

<sup>235</sup>Podemos observar que Francia ha conocido un empuje descentralizador durante el periodo revolucionario, luego por las leyes de 1866 que extendieron los poderes de los entes territoriales, luego bajo las III<sup>a</sup> y IV<sup>a</sup> Repúblicas que ensancharon las capacidades de intervenciones de las comunas y crearon el principio de libre administración de los entes territoriales. El mismo principio fue consagrado por la Constitución de 1958 y constituye la norma fundamental de la descentralización francesa y lo que caracteriza mejor el pensamiento liberal de toma en cuenta de las libertades locales.

Sin embargo, debemos matizar tal asimilación de la descentralización a la democracia y al desarrollo de una esfera pública más consistente. Quizás es más razonable constatar sus fluctuaciones. Así, como lo señaló J.-P. DUBOIS, “la Descentralización, en la Francia de la Revolución, fue históricamente un valor contra-revolucionario. En la del siglo XIX, es un valor liberal y anti-Republicano. En los años treinta (del siglo XX), es un valor maurrassiana y anti-jacobina. En la Europa de la postguerra, es, como el federalismo, un valor democratacristiana, el sistema comunitario y federativo oponiéndose en Alemania federal al centralismo bismarckiano o nazi...y imponiéndose en Reino-Unido y, más recientemente, en Bélgica, en España y en Italia para traducir el estallido de la “sociedad civil” (estallido religioso, lingüístico, incluso étnico) hasta en la organización administrativa”.<sup>236</sup>

Más, según afirmó EISENMANN, “contrariamente a lo que TOCQUEVILLE afirmó, y que cohortes de “seguidores” políticos o juristas no paran de repetir desde entonces, de manera mucho más banal, no existe un vínculo necesario entre democracia y descentralización”<sup>237</sup>.

Por una parte la descentralización no es necesariamente democrática. Los órganos locales, gozando de una cierta independencia, es decir de autonomía respecto del “poder central” pueden, por ejemplo, ser designados por un colegio aristocrático u oligárquico, en todo caso no por sufragio universal, es decir democrático.<sup>238</sup>

Por otra, la democracia es igualmente compatible con la centralización administrativa. “Un Estado plenamente centralizado, es decir que comportaría sólo autoridades y órganos centrales y autoridades y órganos locales (para una circunscripción determinada) jerárquicamente subordinados a los primeros, puede ser, nacionalmente, tan democrático como un Estado que tendría una organización descentralizada; lo será si títulos y poderes de esas autoridades y órganos tienen una fuente democrática: (...) que un poder central democrático “controle” todas las autoridades y órganos locales (...) resta nada al carácter democrático del Estado considerado.”<sup>239</sup>

---

<sup>236</sup>DUBOIS, J.-P., “Décentralisation, idée révolutionnaire?“, en MOREAU, J. y VERPEAUX, M. (dir.), *Révolution et décentralisation. Le système administratif français et les principes révolutionnaires de 1789*. Acte du colloque de Besançon 14-15 décembre 1989, Paris, Economica, 1990, p. 23.

<sup>237</sup>EISENMANN, Ch., Intervención al Coloquio dirigido por L. SFEZ, *L'objet local*, 1977, Ed. 10-18, p. 67

<sup>238</sup>Dudo que Ch. EISENMANN conociera el detalle de las reformas regionales de la dictadura pinochetista, pero vemos bien aquí como su aserción puede aplicarse a la realidad chilena.

<sup>239</sup>Idem., p. 68

Como no recordar que es misma la dictadura chilena que impulsó la descentralización moderna de Chile y que la ha desarrollado a la sombra del concepto de “democracia protegida” institucionalizada por la Constitución de 1980. En el marco de un retorno negociado a la democracia, los opositores al régimen del general Pinochet tuvieron que aceptar la imposición o el mantenimiento de instituciones autoritarias heredadas de la dictadura<sup>240</sup> para poder (re)poner en marcha unas instituciones propias a cualquier sistema democrático.<sup>241</sup> Este concepto de democracia protegida fue consagrado formalmente por el antiguo artículo 8 de la Constitución que consagraba una “democracia” contraria al pluralismo político<sup>242</sup> y, sobre el fondo, por la aceptación de dos elementos fundamentales del régimen militar<sup>243</sup>: la Constitución otorgada de 1980 y el modelo económico neoliberal.

El apoyo de los diferentes gobiernos de la Concertación (1990-2010) a esas disposiciones ha permitido mantener ciertos aspectos institucionales que se reflejan en una visión más liberal, gerencial, patronal y autoritaria de la descentralización – en la cual las prioridades redistributivas no ocupan más el corazón del proceso - que en una aproximación democrática, participativa, igualitaria y finalmente representativa de las realidades y necesidades territoriales.

## **§ 2. La influencia de las lógicas de la globalización sobre la administración del territorio**

Hoy, los conceptos políticos de descentralización y de democracia liberal están íntimamente asociados y esa unión permitiría favorecer a todos los ciudadanos gracias a un igual y mejor acceso a los procesos de toma de decisiones políticas. Pero, el liberalismo político del siglo XIX tiene muy poco que ver con la forma neoliberal del capitalismo que conduce a un reconocimiento de la heterogeneidad, por no decir una atomización de las relaciones sociales. Las lógicas en obra llevan, por una parte, a una descentralización funcional y

---

<sup>240</sup>Entre éstas últimas podemos mencionar: (a) la permanencia de Pinochet como comandante en jefe de las fuerzas armadas entre 1990 y 1998 y su paso a senador vitalicio hasta fines de ese año, hasta su desafuero; (b) los senadores designados; (c) el Consejo de Seguridad Nacional como contrapeso de la autoridad del ejecutivo compuesto de los cuatro comandantes en jefe de las fuerzas armadas, dos jueces de la Corte Suprema, ex-ministros y ex-rectores universitarios.

<sup>241</sup>Libertad (vigilada) de expresión, leyes electorales, partidos políticos, etc.

<sup>242</sup>Y la inscripción también en la Constitución de las instituciones citada precedentemente.

<sup>243</sup>Sobre el “arquitecto”, el ideólogo del régimen, se puede consultar: CRISTI, R., *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Una biografía intelectual*, 2ª edición, Santiago, Chile, LOM Ediciones, 2011.

“desterritorialización” de la acción de los entes territoriales (A), por otra, a una “privatización” de dichos entes territoriales (B) y, en fin, a inevitables fenómenos de recentralización (C)

### **A. Descentralización funcional y desterritorialización de la acción de los entes territoriales**

La **lógica** descrita aquí es la de “**desterritorialización**”<sup>244</sup> de la acción de los entes territoriales, en el sentido que estos son emancipados de su marco clásico de comunidad local y de gestión de su “interés local *“para participar funcionalmente al desarrollo de políticas públicas nacionales”*<sup>245</sup>. Antes ya, pero en un marco democrático, J.-A. MAZERES y S. REGOURD habían señalado que “tal evolución puede, parece, ser materializada, desde varios puntos de vista complementarios o consecutivos. Las misiones mismas confiadas a las colectividades locales (esto es territoriales), y entonces sus ámbitos de intervención, parecen haber sido al menos parcialmente re-orientadas, en particular por las leyes de descentralización de 1982. La diversificación de los instrumentos jurídicos de la intervención local (territorial) se ha coralarriamente profundizado, implicando particularmente cierto número de mutaciones institucionales. Éstas últimas correspondieron, en particular, a la puesta en aplicación al nivel local (territorial) de varios procesos de privatización de las técnicas de gestión”<sup>246</sup>.

La restauración del sistema democrático en Chile no cambió las cosas, puesto que en todos los lugares el neoliberalismo económico se impone como una verdad y produce una interpenetración o combinación “renovada” del territorial y del funcional.<sup>247</sup>

Como lo ha escrito T. RIBERA N., sobre la reforma constitucional de 2005, “al respecto, se dejó constancia que la propuesta de la Alianza por Chile no propiciaba estructurar a las regiones como unidades con autoridades elegidas y autogobernadas. Más bien, el proceso propuesto se centraba en la promoción de la regionalización por la vía de la entrega de atribuciones, funciones y recursos a los organismos existentes, todo lo cual condujere a un

---

<sup>244</sup>V. DELEUZE, G. y GUATTARI, F., *L'Anti-Œdipe (Capitalisme et schizophrénie)*, Ed. Minuit, Coll. Critique, 1972 y *Mille Plateaux(Capitalisme et schizophrénie 2)*, Ed. Minuit, Coll. Critique, 1980.

<sup>245</sup>Ver para Francia, el artículo 2 de la ley del 7 de enero de 1983. Respecto de Chile, BOISSIER habla del “desarrollo regional como *by-product* de la estrategia de desarrollo nacional”, marcado por el “triunfo de la función sobre el territorio”. BOISSIER E., S., “Chile: la experiencia regionalista del gobierno militar”, op. cit., p. 65 y 67. Las negritas son de BOISSIER.

<sup>246</sup>MAZERES, J.-A., et REGOURD, S., « Du modèle communautaire et territorial au modèle fonctionnel de l'entreprise », en *La commune, l'Etat et le droit* (dir. M. BOURJOL), LGDJ, 1990, col. Décentralisation et développement local, pp. 293-294.

<sup>247</sup> Idem, pp.302-314.

desarrollo armónico de todo el país. Ello pues, a juicio de sus impulsores, avanzar en el campo político no resolvería los problemas de fondo de las regiones, que es su retraso económico con respecto al poder central. La solución adoptada era profundizar la vía de la descentralización económica, con el objeto de alcanzar la auto sustentación de cada región.”<sup>248</sup>

La instalación de las ARDP<sup>249</sup> en Chile participa de esa lógica. De manera general, se estableció un principio de responsabilidad compartida<sup>250</sup> entre los diferentes niveles territoriales para aplicar las políticas nacionales. Los niveles territoriales son entonces concebidos únicamente en términos de acogida y ayuda a las empresas privadas, de promoción del empleo, es decir, de misiones que obviamente van más allá de la lógica territorial inicial que supone la descentralización.<sup>251</sup>

Se trata de un fenómeno de des-territorialización que entiende las estructuras territoriales solo como el marco de acción de los recursos territoriales para lograr algunos objetivos nacionales. La transferencia de los medios financieros que ésta propone sobre el modelo de una descentralización “a la carta” “llevará de manera inevitable a un auge de las desigualdades entre regiones. El último ejemplo de eso es el proyecto de ley que propone crear y destinar recursos presupuestarios para el Fondo de Desarrollo del Norte y de las Comunas Mineras de Chile.”<sup>252</sup>

Sintomáticas de la política supuestamente descentralizadora de Chile, los problemas son al menos dos: primeramente, eso va en contra de toda política pública nacional solidaria basada

---

<sup>248</sup>RIBERA N., T., “La regionalización en Chile – Reflexiones sobre un proceso estancado”, en *Derecho público en el siglo XXI: reforma y modernización del Estado / XXXVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público*; Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Fondo de Publicaciones, [2010], v.1., pp. 315-333.

<sup>249</sup>Las Agencias Regionales de Desarrollo Productivo (ARDP) reagrupan varios actores regionales públicos como privados (autoridades regionales, emprendedores, instituciones de investigación como de las universidades y otros centros de investigación, representantes de la sociedad civil) y tienen por misión promover un desarrollo productivo regional sostenible, que contribuya al mejoramiento de la competitividad regional. Para ello, tienen igualmente por función definir estrategias de desarrollo a medio y corto plazo.

<sup>250</sup>REGOURD, S., « Fonctionnalisation et déterritorialisation ou les collectivités territoriales à l’heure du marché », *Cahiers du L.E.R.A.S.S.*, n° 20 – mai 1990, p.35.

<sup>251</sup>Respecto de la experiencia particular de Chile, se debe señalar “*El ladrillo*”, el libro de cabeza de la Junta Militar, que entendió la descentralización como “el marco institucional de un sistema económico basado sobre el mercado y un conjunto libre de precios que, en términos relativos, configurarían los parámetros de la asignación óptima de los recursos. No había referencia, ni de cerca ni de lejos, a la dimensión territorial de la descentralización.” BOISSIER E., S., “Chile: la experiencia regionalista del gobierno militar”, en *Estudios Sociales*, 104 (trimestre 2), 2000,CPU, p. 49.

<sup>252</sup>Iniciado por el mensaje presidencial N° 057- 360 de 30 de abril de 2012, expone que “el momento ha llegado de hacer beneficiar directamente a los municipios mineros”. Luego, el mensaje observa que destinar nuevos recursos fiscales a los gobiernos locales beneficiara a las regiones donde se desarrolla 98% de la actividad minera nacional, medida según los datos del PIB del año 2010.

sobre una lógica de *péréquation*<sup>253</sup> y contesta finalmente a exigencias locales y territoriales. Luego, los proyectos no van en el sentido de un desarrollo de la autonomía territorial, pero si de una (re)centralización: no solo todos los medios financieros son atribuidos por el gobierno central y según sus criterios<sup>254</sup>, pero no existe tampoco alguna perennidad en la asignación de esos fondos, lo que vuelve ilusoria toda forma de autonomía tributaria<sup>255</sup> como normativa<sup>256</sup> y establece un control fuerte sobre los municipios.<sup>257</sup>

Francia no está en una mejor posición. Las políticas de desarrollo y de ordenamiento del territorio, que se expresan cada día un poco más por la multiplicación de los diferentes esquemas<sup>258</sup> – dibujados por la legislatura como por el ejecutivo – y la “contratualización”, no son más que políticas de “desterritorialización”. Obviamente, se basan sobre la existencia de un territorio, pero solo están sobre éste, y no constituyen otra cosa que políticas de

---

<sup>253</sup>La *péréquation* representa, en sentido general, «la repartición igualitaria de las cargas y de los medios (o recursos)» (Diccionario *Le Robert* 2009), «la repartición al prorrata de las posibilidades» (Dalloz 2009). Esas interpretaciones cercanas entre ellas se refieren a las virtudes de los mecanismos de *péréquation*. Es bien en éste sentido que el artículo 72.2 de la Constitución francesa evoca los dispositivos destinados a favorecer la igualdad entre las comunidades territoriales.

<sup>254</sup>El proyecto explica que “para conocer el total que le corresponderá recibir a cada comuna de las denominadas mineras, se aplicará un ponderador de población comunal cuyos detalles estarán contenidos en uno o más decretos supremos otorgados por el Ministerio de Hacienda y suscritos, además, por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública”, que “será la Tesorería General de la República y el Servicio Nacional de Geología y Minería, quienes deberán proporcionar a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, la información relativa a los giros que por este concepto correspondan a los municipios de las regiones mineras del país.”

<sup>255</sup>El proyecto sigue en esos términos: “Estos recursos que recibirán los municipios mineros no serán considerados como ingresos propios permanentes”, o el art. 3 del proyecto: “La Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, mediante resolución, deberá asignar y transferir anualmente el monto de recursos que corresponda a cada municipalidad según lo señalado en la presente ley.”

<sup>256</sup> “Por otra parte, se dispone el tipo de programa o proyectos de inversión que podrán financiarse por parte de los municipios beneficiarios con este Fondo. Se define que serán aquellos que cumplan con las normas sobre evaluación contempladas en el artículo 19 bis del decreto ley N° 1.263, de 1975, sobre Administración Financiera del Estado, así como con los requisitos establecidos en el artículo 75 de la ley N° 19.175 que establece la ley orgánica constitucional sobre gobierno y administración regional.”

<sup>257</sup>Art. 8 del proyecto: “Las municipalidades beneficiarias deberán entregar anualmente a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior y Seguridad Pública la individualización de los proyectos financiados con estos recursos, así como los montos, plazos y estado de ejecución de los mismos. Asimismo, la mencionada Subsecretaría deberá enviar dentro del primer trimestre de cada año a las comisiones de Hacienda de la Honorable Cámara de Diputados y del Honorable Senado, y a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos, un informe sobre el estado del Fondo, señalando los montos transferidos a las respectivas municipalidades y el estado de avance de los proyectos financiados. “

<sup>258</sup>En éste sentido, se les puede aproximar el PROT (plan regional de ordenamiento territorial), presentado como uno de los grandes objetivos “descentralizadores” de los gobiernos PIÑERA como de BACHELET constituye bien una puesta bajo tutela de las comunas por parte de las regiones las cuales no son consideradas como territoriales, sino funcionales, y además, estatales.

“desterritorialización” que tienen por efecto diluir los territorios en unas “nuevas estructuraciones de las actividades y del espacio”.<sup>259</sup> La absorción por fusión de las comunas en las diversas intercomunalidades y, dentro ellas, el auge de las metrópolis, el anuncio de la supresión de los departamentos y la disminución mediante fusión del número de las regiones por el Primer ministro M. VALLS, es su último avatar.

### **B. La “privatización” de los entes territoriales**

Las formas de cooperación funcional y de descentralización a la carta son tributarias de las lógicas de privatización de las acciones públicas e inducen una reproducción por parte de las administraciones locales del modelo de la empresa en nombre del “sentido de la historia”. La noción de empresa local se superpone a la noción de democracia local, los servicios públicos locales pasan (o ya pasaron enteramente) a la gestión delegada, el contribuyente deja lugar al usuario o cliente, mientras la publicación de textos con alcance propiamente democráticos aún espera.

Tal desarrollo económico local o regional se practica a menudo mediante políticas contractuales<sup>260</sup> entre el Estado y los entes territoriales (contra atribuciones de subvenciones por ejemplo) que restan regularmente a las últimas su asiento comunitario.

En esa lógica, la descentralización es antes que todo, la puesta en competencia generalizada de los territorios sobre el modelo de la empresa<sup>261</sup> antes o simultáneamente al movimiento de privatización de los entes territoriales y, sobre todo, la destrucción de los marcos de regulación que son (o eran) marcos nacionales. En éste sentido, el informe de la OCDE sobre Chile en materia de descentralización<sup>262</sup> señala que “más recientemente, la competitividad

---

<sup>259</sup>PONTIER, J.-M., “Territorialisation et déterritorialisation de l’action publique », *AJDA*, 20 oct. 1997, p. 730

<sup>260</sup>Por ejemplo en el desarrollo de relaciones contractuales con las empresas, las universidades llevan, a veces, a la constitución de instituciones nuevas, puramente funcionales y que tienen poco que ver con las misiones propias al recorte territorial tradicional.

<sup>261</sup>REGOURD, S., “Fonctionnalisation et déterritorialisation ou les collectivités territoriales à l’heure du marché”, *Cahiers du L.E.R.A.S.S.*, n° 20 – mai 1990, p.39 et s.

<sup>262</sup>Originariamente publicado en inglés: *OCDE Territorial Review of Chile*, 2009 OCDE. El texto completo en castellano se puede consultar en: <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/btca/txtcompleto/est.ocdeCh.pdf> Un resumen de las recomendaciones establecido por el Ministerio del Interior chileno titulado *Estudios Territoriales de la OCDE- Chile 2009*. Se puede consultar, por ejemplo, a la dirección siguiente: <http://www.ardpvalparaiso.cl/wp-content/uploads/2009/08/Estudio-Territorial-OCDE-Chile.pdf>

regional ha surgido como uno de los principales objetivos de las reformas de descentralización propuestas”<sup>263</sup>, confirmando la prevalencia del modelo gerencial al nivel infra estatal.

Pero, ¿cuál es el marco general?

La OCDE que dirige sus recomendaciones a Chile como a Francia se apoya sobre dos principios esenciales en sus trabajos, y la descentralización no escapa: el principio de libre competencia y de prioridad de la economía, entonces, los mercados financieros, y el principio de subsidiariedad.<sup>264</sup>

El primero es un postulado autoproclamado que considera que es la economía la que rige el mundo, por ella todo debe pasar y todo le debe ser subordinado. No deben existir más sectores protegidos, todo debe depender de la libertad del comercio. Los Estados mismos deben ser gestionados como empresas, deben ser rentables, no tener – o lo menos posible – un presupuesto desequilibrado, incluso obtener beneficios. Entonces, el principal requisito para ser miembro de la OCDE es liberalizar progresivamente los movimientos de capitales y de servicios. Y cuando hablemos de servicios, todo está incluido: salud, educación, equipamiento, etc. La rentabilidad de cada servicio, de cada sector de la administración se transforma en objetivo prioritario. Son puestos en competencia con el sector privado y le están transferidos en cuanto es posible.

El segundo principio, que no es presentado de manera tan clara, es el famoso principio de subsidiariedad. T. RIBERA N.<sup>265</sup>, plantea la cuestión, importantísima, de saber “si el mayor desarrollo relativo que existe en ciertas regiones del país es atribuible a la acción premeditada del Estado, o si dichos avances son producto más bien de la mayor libertad que ha promovido nuestra política económica. En otras palabras, si el progreso de ciertas regiones puede atribuirse en forma determinante a la mayor inversión fiscal o responde más bien a la iniciativa particular derivada de la libre iniciativa privada”. T. RIBERA N., opta por la segunda solución, porque “se ha podido observar que las regiones que han tenido un mayor desarrollo relativo han sido aquellas que han conseguido insertarse satisfactoriamente en la economía mundial, debido al

---

<sup>263</sup>Informe OCDE, p. 192.

<sup>264</sup>Es posible señalar la conjunción de las políticas o ideas directrices: 1) la Unión Europea tiene el estatuto de organización participante dentro de la OCDE; 2) la UE recogió desde mucho tiempo el principio de subsidiariedad hoy consagrado por el Tratado de Lisboa; 3) el Parlamento francés ha modificado el art. 72 de la Constitución relativo a las colectividades territoriales para tomar en cuenta el principio de subsidiariedad (según ciertos. Cf. Cap. 4)

<sup>265</sup>RIBERA N., T., “La regionalización en Chile – Reflexiones sobre un proceso estancado”, en *Derecho público en el siglo XXI: reforma y modernización del Estado / XXXVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público* ; Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Fondo de Publicaciones, [2010], v.1., p. 328



éxito de los criterios de especialización y de aprovechamiento de ventajas naturales que se tuvieron en vista al iniciar el proceso de regionalización. Ejemplo de ello lo constituyen las regiones mineras en el norte y las que cobijan los clúster del salmón en el sur. Todos los casos de éxito económico-social han tenido como causa la política de inserción macroeconómica delineada al inicio del proceso de regionalización y no de **las acciones deliberadas implementadas por el Estado para generar mayor equidad en desarrollo**<sup>266</sup> y “las regiones que han logrado mayores niveles de desarrollo son aquellas con una inversión extranjera más alta”<sup>267</sup>. En fin, esos resultados serían, según T. RIBERA N., “entendible(s), en una economía que confía en los privados la distribución adecuada de los recursos y al Estado un rol subsidiario”.<sup>268</sup>

Pero, este principio puede ser una temible herramienta que permite imponer decisiones impopulares. Parte integral de los proyectos de descentralización actuales, consiste en decidir en la cumbre sobre cuestiones importantes, y hacer aplicar tales decisiones por estructuras intermediarias. Varias de esas estructuras intermediarias sólo tienen la elección de repartición de los fondos acordados, estando sometidas al control permanente de la autoridad superior, en realidad, lo más regularmente, distribuyen la penuria. Con el nuevo proyecto de descentralización, no será el CORE el que determine los proyectos de inversión, sino que esta responsabilidad radicarán en la figura del intendente. Al Consejo le corresponderá determinar los montos generales sectoriales, es decir cuánto se destinará a pavimentación, a fomento productivo, obras públicas, etc. Pero, el proyecto específico a ejecutar lo define el representante del Ejecutivo, del gobierno central. Es el método de los “sobres globales”: se trata de asociar a esa distribución a todos los ciudadanos concernidos, particularmente a través de sus elegidos, asociaciones y sindicatos encargados de representarles, y permite evitar las contestaciones sobre el monto global de los recursos mismos. Algunos llaman también a eso democracia participativa.

Para la aplicación de esas decisiones, el objetivo es transferir fuera del Estado, sea directamente al sector privado, empresas o asociaciones, sea a los entes descentralizados primero y, luego, al privado, todo lo que pueda ser rentable. Y la descentralización lleva rápidamente a la eliminación de las diferentes formas de contra-poderes.

---

<sup>266</sup>Idem. p. 329. El destacado es propio.

<sup>267</sup>p. 330

<sup>268</sup>Ibid. p. 330. T. RIBERA N.

Así, tal como es usado por los neoliberales, el principio de subsidiariedad es redefinido y exige otras estructuras, o al menos no necesita de estructuras particularmente democráticas: estas deberán entrar en competencia, en oposición entre ellas, para obtener los recursos presupuestarios decididos por las estructuras superiores. Es un sistema a la vez comunitarista y clientelista que favorece el alejamiento de las decisiones de los ciudadanos y, entonces, las aplicaciones de medidas impopulares. Se crean relaciones de dependencias, intereses se oponen o se alían, feudalismos se desarrollan...o se recrean.

Es un hecho que la descentralización no siempre profundiza la democracia sino que puede reforzar las oligarquías locales, sobre todo si la sociedad en cuestión padece de severas inequidades políticas, económicas y sociales.

Entonces, ¿dónde está el aspecto democrático de la descentralización en eso? El informe de la OCDE da una respuesta: “la mayoría de la evidencia empírica y la experiencia de los países de la OCDE indica que, **bajo ciertas circunstancias**, la descentralización **puede permitir** a la ciudadanía supervisar a las autoridades locales a través de las elecciones, la acción colectiva y otros medios democráticos”.<sup>269</sup>. Entonces, el aspecto democrático de la descentralización pasó al segundo plano.

El panorama dibujado hasta aquí puede explicar una cierta tensión entre la equidad incluida en la propuesta democrática de la descentralización y los efectos no igualitarios que provoca el funcionamiento neoliberal de la economía y no es seguro que el principio de igualdad ante la ley salga reforzado.

Los ciudadanos seguirán iguales, al menos formalmente, respecto de las funciones soberanas (justicia, policía, fuerzas armadas), aunque no lo estén más en los ámbitos descentralizados. El Estado moderno era un Estado que aseguraba también la igualdad de derechos en varios ámbitos de la vida pública: energía, transportes, educación, salud, cultura. ¿Qué pasará de los dispositivos nacionales de distribución equitativa, que podían ser consideradas como conquistas sociales?

---

<sup>269</sup>El destacado es propio. Esas condiciones según el informe serían: 1) unas elecciones locales democráticas; 2) una participación popular y fórums para una toma de decisiones concluyente; 3) la transparencia en la toma de decisión. p. 193

### C. ¿Inevitables fenómenos de recentralización?

Respecto del liberalismo y de la aproximación de la “*gubernamentalidad*”<sup>270</sup> desarrollada por M FOUCAULT<sup>271</sup>, R. EPSTEIN<sup>272</sup> evoca los tipos sucesivos de acción del Estado sobre los territorios a la época contemporánea: el primero corresponde a un tipo de gestión centralizada del territorial fundada sobre técnicas de normalización que son más el hecho de la administración (central) que de los elegidos y funcionó, para Francia entre 1945 y 1975<sup>273</sup>. Un segundo modelo de gobierno negociado, apoyado sobre el proyecto territorial y el contrato global y, en fin, un tercero, emergente, que el autor califica de gobierno a distancia<sup>274</sup>, apoyado sobre procedimientos renovados que transponen dentro de la esfera pública, técnicas de gestión privada.

Otros autores<sup>275</sup> han efectivamente antepuesto el hecho que esa “retirada del Estado” que caracterizaría el neoliberalismo económico, es solo aparente. Sería incluso más juicioso según esos autores hablar de una extensión de la actividad de los gobiernos que avanzarían de cierto modo “escondidos”. Ésta extensión se manifestaría por el paso de gobierno directo de la sociedad por el Estado, a una forma de gobierno a distancia, caracterizado por la aparición de

---

<sup>270</sup>M. FOUCAULT definía la *gubernamentalidad* como el conjunto de las prácticas mediante las cuales pueden ser constituidas definidas, organizadas, e instrumentalizadas las estrategias que los individuos, en el marco de sus libertades, pueden tener los unos respecto de los otros.

<sup>271</sup>Ver FOUCAULT, M., “*Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France (1977-1978)*”, édition établie (dir. EWALD, E. y FONTANA, A.) por M. SENELLART, Paris, Gallimard/Le Seuil, coll. « Hautes Études », 2004 et *id.*, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*.

<sup>272</sup>EPSTEIN, R., “Gouverner à distance. Quand l’État se retire des territoires”, *Esprit*, n° 319, Novembre 2005, pp. 96-112

<sup>273</sup>“Le pouvoir local était résiduel, dépendant d’un État qui disposait, outre le pouvoir réglementaire, d’une tutelle juridique sur les collectivités locales, d’un monopole de l’expertise et de la quasi-totalité des ressources financières. (...) l’exercice du pouvoir procédait de l’édiction d’un ensemble de règles à vocation universelle. (...) Le pouvoir s’exerçait donc de manière bureaucratique, au sens où il se fondait sur des règles de portée générale et impersonnelle, faisant l’objet d’une application uniforme à l’échelle nationale ». EPSTEIN, R., « Gouverner à distance. Quand l’État se retire des territoires. », *ob. Cit.* p. 99.

<sup>274</sup>“Tout se passe comme si l’État n’avait plus besoin d’être présent dans le local pour y agir. Au contraire, il organise son retrait des territoires pour les gouverner à distance. Cette prise de distance permet au pouvoir central de se protéger de l’emprise des pouvoirs locaux, qui restreignent ses marges de manoeuvre. Dans un système politique qui demeure marqué par le cumul des mandats, les élus locaux sont aussi des élus nationaux, disposant à ce titre d’un accès privilégié aux ministres et à leurs cabinets. » *Idem.*, p. 109.

<sup>275</sup> Por ejemplo: BARRY, A., OSBORNE, Th. y ROSE, N. (eds), *Foucault and the Political Reason: Liberalism and Rationalities of Government*, University of Chicago Press, 1996; ROSE, N., *Powers of Freedom. Reframing Political Thought*, Cambridge University Press, 1999, citados en DONZELOT, J. y GORDON, C., “Comment gouverner les sociétés libérales ? L’effet Foucault dans le monde anglo-saxon”, *Esprit*, n° 319, Novembre 2005, ps. 82-95.

tecnologías sociales de responsabilización individual de los entes autónomos: empresas, comunidades, organizaciones profesionales, individuos mismos. La práctica contractual, la definición de objetivos, la medida de las *performances*, asociadas a la autonomía local e individual, permitirían esa responsabilización a distancia. Es un nuevo tipo de centralismo que se dibuja y la autonomía (particularmente financiera) de los entes territoriales aparece de modo especial ilusoria.

Es que, en esa lucha económica de todos contra todos, el Leviatán no puede permitir a sus componentes infra-estatales hacer “cualquier cosa”, sobre todo que muchas no tienen la masa crítica necesaria.<sup>276</sup> Por cierto, por ejemplo en España, el Estado mostró claramente su voluntad de retomar el control sobre unas autonomías al borde de la bancarrota.

De esa manera, nada impide efectivamente asimilar los procesos de descentralización con los de la democracia (local o no) si se fija solamente sobre el criterio de participación: bastaría intervenir en la elección de un Presidente de la República o de un Alcalde por sufragio universal, secreto y directo, cada cierto lapso de tiempo, para que se verifique la existencia de la democracia y, entonces, de la participación ciudadana.

Las recientes reformas en proyecto o llevadas en Chile y Francia pueden ilustrar dicho fenómeno.

Tratándose de Chile, desde 2009 las normas votadas<sup>277</sup> no son sin importancia, pero poco reforzaron, por ejemplo, los gobiernos regionales. Ese resultado decepcionante está obviamente ligado a una falta de voluntad política y, en primer lugar, a la responsabilidad del gobierno central que desconfía de la capacidad técnica y humana de las regiones para asumir solas nuevas competencias de las cuales podrían hacer un mal uso.<sup>278</sup>

El Intendente regional sigue siendo el jefe de la región y sus poderes incluso se ven reforzados al tiempo que los de los consejeros debilitados. La división administrativa entre el

---

<sup>276</sup>Que se piense al peso económico y demográfico de regiones como Catalunya o ciertos *Länder* alemanes.

<sup>277</sup>Cf. Supra.

<sup>278</sup>Pero, la responsabilidad es compartida por el Congreso donde algunos de sus miembros temen la irrupción de actores territoriales con peso: “con recelo el hecho que ciertos planteamientos regionalizadores conllevan fortalecimiento de las autoridades regionales y principalmente su elección por sufragio regional, lo que incrementaría eventualmente la competencia para ellos.” RIBERA N., T., “La regionalización en Chile – Reflexiones sobre un proceso estancado”, en *Derecho público en el siglo XXI: reforma y modernización del Estado* / XXXVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público; Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Fondo de Publicaciones, [2010], v.1., p. 331.

Intendente regional y el Presidente del GORE está acompañada de un cambio importante en la gestión y la determinación de los fondos sometidos a decisión regional. El gobierno explicó que en materia financiera, el gobierno regional sería responsable de aprobar el proyecto de presupuesto regional y el anteproyecto regional de inversión.

Si bien se señaló que se incrementarán significativamente los recursos que se deciden a nivel descentralizado, vía FNDR o Fondos Regionales de Inversión Local (FRIL), ya no será el CORE el que determine los proyectos de inversión, sino que esta responsabilidad radicará en la figura del Intendente. Al Consejo le corresponderá determinar los montos generales sectoriales, es decir cuánto se destinará a pavimentación, a fomento productivo, obras públicas, etc. Pero, el proyecto específico a ejecutar lo define el representante del Ejecutivo.

El problema es que a la luz de la propuesta gubernamental, los Consejeros Regionales verán traspasada su actual facultad legal y constitucional a un sistema ejecutivo regional designado desde Santiago y que no representa a nadie más que al gobierno central. Se puede entonces dudar de la voluntad de descentralizar democráticamente Chile, recordando que la descentralización no implica forzosamente la democracia. Son dos problemas paralelos, a veces convergentes.

Por otra parte, de las ideas incluidas en los diferentes proyectos, se habla de generalizar la figura del Administrador Regional,<sup>279</sup> y junto con ello se establece que los cargos directivos de importancia serán seleccionados mediante el Sistema de Alta Dirección Pública: es decir que será el poder central que seguirá decidiendo quién debe ocupar el cargo. Si el procedimiento de selección no es malo en sí y garantiza un cierto nivel, quizás sería preferible favorecer un sistema de elección o de selección por los elegidos territoriales que garantizaría un cierto compromiso particular con la región, en lugar de designar a alguien desde Santiago.

En fin, el proyecto que transfiere competencias a los Gobiernos Regionales busca, en primera instancia, fortalecer su gestión y autonomía, siendo lo más trascendente, la definición de distintos mecanismos para el traspaso de competencias, funciones, atribuciones y programas desde los ministerios y/o servicios públicos a uno o más Gobiernos Regionales. Pero, las

---

<sup>279</sup> La figura de Administrador Regional fue creada en la Región Metropolitana el año 2006 y tiene como tarea la de colaborar directamente con el Intendente en materias de coordinación y gestión del Gobierno Regional, además de cooperar con la elaboración y seguimiento en la política regional de desarrollo

mayorías de las transferencias se realizan mediante decretos presidenciales<sup>280</sup>, siendo dependiente de su arbitrio y no de la voluntad del congreso. Así, nada asegura a las regiones la perennidad de las competencias transferidas, pues lo que da el ejecutivo de una mano, lo puede recuperar de la otra en cualquier momento.<sup>281</sup> Este escenario viene a confirmar la afirmación según la cual la desconcentración se realiza principalmente por decreto, a la inversa de la descentralización que se expresaría más generalmente por la ley.

El tipo de descentralización deseada y la manera de ponerla en aplicación implica que las elecciones y opciones políticas tengan una traducción jurídica adecuada. Conviene entonces explorar los diferentes sentidos jurídicos posibles dados al objeto “descentralización”, como medio de la autonomía.

### **Sección 3. Discursos jurídicos sobre la descentralización**

La noción misma de descentralización es muy borrosa. Ya A. de TOCQUEVILLE afirmaba que “la centralización es un palabra que se repite sin cesar y que nadie, en general, busque precisar el sentido”<sup>282</sup>. Esa imprecisión tiene sus razones políticas y sus consecuencias jurídicas.

Del punto de vista político, G. BURDEAU señaló que al fin del siglo XIX y principios del XX, “cuando ligando la derecha tradicionalista y la izquierda anarquizante en un mismo odio al Estado jacobino y a la Administración napoleónica, [la descentralización] aparecía a los unos como un medio de derribar la República y a los otros, como la promesa de un libre gobierno de los hombres por ellos mismos. (...) Esa ambigüedad, que hizo el éxito de la idea descentralizadora, fue también una causa de la insuficiencia de sus realizaciones prácticas.”<sup>283</sup>

---

<sup>280</sup> Los otros dos mecanismos de transferencia se hacen mediante la ley de presupuesto cuando se pide la transferencia de unos programas administrados normalmente por un ministerio o un servicio público o mediante una ley especial cuando se solicita la creación de un servicio público regional

<sup>281</sup> Cf. *Infra* cap. 4

<sup>282</sup> TOCQUEVILLE, A. de., *De la démocratie en Amérique*, op. cit. De mismo modo, en 1895, uno de los más importantes turiferarios de la descentralización, contestó a la cuestión de saber qué significa este término: “Es un término un poco vago y que sin embargo se debe conservar puesto que expresa un deseo intenso, un sentimiento general: es como un grito salido de pechos oprimidos, pero es una palabra cuyo sentido no es definido.” MARCÈRE, “Lettre sur la décentralisation”, *Revue politique et parlementaire*, 1895, p. 1. citado en REGOURD, S., « De la décentralisation dans ses rapports avec la démocratie », op. cit., p. 962.

<sup>283</sup> BURDEAU, G., *Traité de science politique*. Paris, LGDJ, 1967, Tome 2, p. 409. En el mismo sentido M. ROIG afirma que la reivindicación descentralizadora se encontraba donde los tradicionalistas

La descentralización es una de esas nociones modernas que evocan la idea de una solución diferente de las relaciones entre órganos centrales y órganos no centrales. Pero, no es la única modalidad para resolver la relación centro-periferia: los conceptos concentración, desconcentración, libre administración o federalismo también entran en juego. Entonces, la segunda consecuencia, es que la descentralización se debe entender como una adaptación centrífuga de dicha relación. La descentralización se presenta de manera muy general como el problema de la transferencia de un poder desde un centro hasta una periferia, implicando así la anterioridad del poder central sobre el periférico. La descentralización sería solo una tendencia a alejar el poder del centro y, efectivamente, etimológicamente, la “des-centralización” no implica exclusión del centro, sino solo separación.

Del punto de vista jurídico, la concepción del Estado determina la del poder territorial. Los dos países solo conciben una descentralización de la Administración y no una descentralización del Estado (o política). Sin embargo, conviene preguntarse si, y en qué medida, el concepto de descentralización es bien el mismo en los dos países, puesto que cada uno vincula la descentralización a un otro concepto que tiene consecuencias fundamentales sobre la autonomía territorial. La **libre-administración** para Francia (§ 1) y la **regionalización** del lado chileno (§ 2). Es entonces necesario, para una mejor comprensión de los discursos del legislador, que se traducen mediante sus actos normativos, conocer cómo **la doctrina** les traduce y les explica. Porque las discusiones teóricas sobre el derecho de la descentralización informan aquella sobre la identidad y los usos políticos del derecho.<sup>284</sup> Muestran como el derecho y los que aseguran su producción, reproducción e interpretación piensan el Estado y, por consiguiente, la autonomía siempre relativa de sus colectividades territoriales.

### § 1. La distinción entre descentralización y libre administración en Francia

La descentralización es estudiada por la doctrina jurídica francesa desde el siglo XIX y puede ser clasificada en corrientes (A). Estas han debido adaptar sus discursos al concepto de libre administración inscrito en la constitución de 1958 (B).

---

(BONALD) y los conservadores (TAINÉ), de igual manera que donde los liberales (TOCQUEVILLE, PRÉVOST-PARODOL) y los socialistas (PROUDHON). Esa convergencia resultaba del hecho que cada uno encontraba lo que quería en la descentralización. ROIG, Ch., “Théorie et réalité de la décentralisation”, *R.F.S.P.*, 1966, p. 455.

<sup>284</sup>CAILLOSSE, J., *Les “mises en scène” juridiques de la décentralisation*, LGDJ, Série politique n° 52, 2009, p. 102

## **A. Las grandes corrientes doctrinales francesas relativas al estudio de la descentralización**

Las aproximaciones doctrinales francesas de la descentralización administrativa permiten distinguir **varias grandes corrientes**. Las dos primeras permanecen sobre el terreno “estrictamente” jurídico porque fundan sus análisis sobre y en función de nociones jurídicas<sup>285</sup>, la tercera, sin hacer la economía de las primeras, intenta vincular los diferentes discursos sobre la descentralización con el derecho.

**La primera, mayoritaria, podría ser calificada de descriptivo-formalista o clásico-positivista.** Para S. REGOURD<sup>286</sup>, la concepción borrosa de la descentralización y lo que le confiere un carácter relativo, proviene del método empírico y descriptivo adoptado desde el origen. Consistió más en comentar la descentralización que en teorizar el concepto. La noción de descentralización es compleja y sus diferentes elementos no coinciden exactamente de un autor a otro. Una mirada no exhaustiva de los principales criterios utilizados para intentar delimitar la noción jurídica de descentralización acercará de los de la autonomía territorial.

En cuanto a la problemática, para los “iniciadores”, la descentralización es una *manera de ser del Estado* (HAURIOU), es decir una forma particular de la organización administrativa de éste. DUCROCQ dirá que la noción de descentralización se confunde con una ordenación particular de la centralización. En cuanto a su contenido, es la idea de pluralismo que está consagrada por la doctrina “antigua”<sup>287</sup> (hasta 1930) y que será recogida más tarde mediante la idea de personalidad jurídica distinta del Estado o de repartición (principalmente de competencias). Hay descentralización a partir del momento que todas las competencias administrativas no son ejercidas por el Estado, sino que algunas de ellas están confiadas a entidades secundarias, autónomas de aquel.

Para la doctrina contemporánea<sup>288</sup>, la noción de pluralismo sigue siendo el corazón, y las mismas grandes ideas de los “antiguos” sirven para explicar la descentralización<sup>289</sup>. Este

---

<sup>285</sup>Para esa breve presentación de esas dos primeras corrientes, me inspiré de los trabajos de REGOURD, S., *L'acte de tutelle en droit administratif français*, L.G.D.J., 1982.

<sup>286</sup>REGOURD, S., *L'acte de tutelle en droit administratif français*, L.G.D.J., 1982.

<sup>287</sup>BERTHELEMY, *Traité Élémentaire de Droit administratif*, Paris, 1901, éd. Rousseau, p. 79; Rolland, *Précis de droit administrative*, 1932, 4<sup>o</sup> éd..Paris Librairie Dalloz

<sup>288</sup>Es decir pos segunda guerra mundial.

<sup>289</sup>Por ejemplo, se habla de “centros de decisión relativamente independientes de los órganos del Estado” BURDEAU, *Traité de science politique*. Tome 2 Paris, LGDJ, 1967, p. 393 y s., de “procedimientos de repartición de los poderes entre las personas administrativas” AUBY, J.-M. y DUCOS-ADER, R., *Institutions administratives*, Dalloz, 1966.



horizonte, por el momento aparentemente insuperable, se funda sobre el postulado de la autonomía que permite este pluralismo y busca en los textos los instrumentos jurídicos de aquella.

En general, los autores enumeran criterios de la descentralización y han encontrado, más o menos, un consenso sobre los que son necesarios y/o suficientes. Difieren, sin embargo, sobre el instrumento jurídico sobre el cual cada uno insiste o privilegia en desmedro de otros. Podemos sin embargo, notar que la mayoría de esa doctrina clásica<sup>290</sup> privilegia el análisis de la descentralización, y en general de la organización territorial del poder bajo el prisma de la noción de poder jerárquico. Así, va a satisfacerse de toda relación que no sea jerárquica para explicar la descentralización. Es el caso de los poderes de tutela y de control. Pero, los elementos de la personalidad moral, del poder reglamentario, la noción de “asuntos locales” o de “interés local”<sup>291</sup> son también citados.

Esa idea de pluralismo es sancionada y garantizada por procedimientos jurídicos precisos que son los medios de la descentralización: la elección para HAURIOU<sup>292</sup>, la personalidad moral (o jurídica) para MASPETIOL y LAROQUE, mientras que el último límite de todo proceso descentralizador reside en el Estado y su control.<sup>293</sup>

**Por otra parte, como una segunda corriente, se deben mencionar los trabajos de Ch. EISENMANN<sup>294</sup> que provocaron vivas controversias, pues el autor no dudó en oponerse a lo que llamaba la doctrina clásica<sup>295</sup> de la descentralización.<sup>296</sup> EISENMANN refuta, desde el**

---

<sup>290</sup>CHAPUS, R., *Droit administratif général*, Tome 1 & 2, Paris, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> edition, 2001; DE LAUBADERE, A. *Traité de droit administratif*, 9<sup>ème</sup> éd., 1984; MODERNE, F., *Principios generales del derecho público* [trad. cast. de A. VERGARA B.], Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005; PACTET, P., *Institutions politiques Droit constitutionnel*. 12<sup>o</sup> edit. Paris, Masson, Paris-Milan-Barcelone, 1993; RIVERO J., *Droit administratif*, 9<sup>ème</sup> éd. DALLOZ 1980; VEDEL G et DELVOLVE, P., *Droit administratif*, Tome II, P.U.F. Coll. Thémis, 1990; WALINE, M., *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey 1950

<sup>291</sup> Esas diferentes nociones serán examinadas a medida del desarrollo de la tesis.

<sup>292</sup>“Si l’on me demande à quel point précis commence la décentralisation, je serai assez disposé à m’attacher à ce critérium de l’origine électorale des autorités locales, il est plus significatif que l’autonomie du pouvoir de decisión” HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 7<sup>o</sup> éd. Paris, Sirey, 1911, note 2 p. 140

<sup>293</sup>REGOURD, S., *L’acte de tutelle en droit administratif français*, L.G.D.J., 1982, p. 77

<sup>294</sup>EISENMANN Ch., “Centralisation - décentralisation, principes d’une théorie juridique”, L.G.D.J.1948; *Cours de droit administratif*. 2 Tomes, LGDJ, 1983)

<sup>295</sup> EISENMANN reagrupa aquí autores como BONNARD, HAURIOU, JÈZE, MASPETIOL, LAROQUE y WALINE

<sup>296</sup>Las principales razones del divorcio entre la doctrina clásica y EISENMANN son de orden metodológico: mientras la primera funda su análisis sobre realidad administrativa observada,

derecho y a partir de una crítica de la tutela como criterio de la descentralización<sup>297</sup>, la oposición centralización/descentralización que es la respuesta comúnmente dada y tomada por verdadera (o variable) por la doctrina al problema de la estructura territorial del Estado. Hace presente la necesidad de un tercer modelo explicativo, una tercera respuesta jurídica a los problemas de organización territorial de la administración, la “semi-descentralización”, que niega el binomio centro-periferia y combina o presta rasgos de cada uno de los dos elementos sin reducirla a uno o a otro termino. A partir de un análisis jurídico de las relaciones entre administraciones del Estado y administraciones locales, EISENMANN se esfuerza de demostrar la existencia de éste tercer modelo: la semi-descentralización cuyo principio es el consentimiento. La fórmula descansa sobre el principio de asociación, de participación de dos autoridades al poder de decisión.

EISENMANN, después de haber planteado que el problema de la descentralización gira en torno a la alternativa órganos centrales-órganos no centrales, señala que este problema es un problema de competencia y que esa competencia debe ser entendida como una competencia personal, y propone sus soluciones. Sin entrar aquí en detalles, el autor nos dice que el criterio sobre el cual fundar la *summa divisio* de esas soluciones, es el órgano al cual es atribuido el poder supremo relativo a una actividad considerada y destaca que hay tres soluciones posibles: sea *central* sea *no-central*, sea en fin *mi-central mi no-central*. Esas se declinan sobre una división tripartita suprema que comprende la *centralización*, la *descentralización* y la *semi-descentralización*.

Le ha sido reprochado que si todos los órganos no centrales son absolutamente distintos y no dependen de alguna colectividad y ningún aparato estatal comunes, entonces no existe ningún elemento de unidad y ya no hay más Estado descentralizado, sino una multiplicidad de Estados. La descentralización no parece susceptible de realización sin que unos poderes efectivos sean atribuidos al órgano estatal.<sup>298</sup>

El poco uso actual de la teoría de EISENMANN se explicaría por el hecho que su análisis estaba pensado en una época en que la descentralización podía aun ser concebida “sobre

---

EISENMANN construye una teoría y sólo después la confronta con el derecho positivo. Cf REGOURD, S., *L'acte de tutelle en droit administratif français*, L.G.D.J., 1982, op. cit., p. 29

<sup>297</sup>Es decir la concepción de la doctrina clásica evocada arriba.

<sup>298</sup>REGOURD, S., *L'acte de tutelle en droit administratif français*, L.G.D.J., 1982, op. cit. p. 30

la base exclusiva de la teoría de los actos unilaterales y de la jerarquía de las normas »<sup>299</sup>, mientras que esas concepción habrían caído en desuso desde un cierto tiempo.

Pero, EISENMANN tenía seguramente razón cuando hacía de las condiciones institucionales de producción de la decisión territorial, una herramienta de análisis privilegiado del estado de la descentralización de un sistema administrativo. Esa lectura “realista” del derecho de EISENMANN no ha perdido su razón de ser. Tal denominación para un jurista tan positivista e investigador de conceptos como él puede parecer sorprendente y merece aclaraciones. Se trataba para EISENMANN “de ir lo más cerca de la experiencia jurídica, sin caer en las trampas de los cortes *a priori* que la doctrina clásica usa para ordenar la materia jurídica. Para él, la centralización o la descentralización no deben ser caracterizadas en bloque, en un sistema de administración, una vez por todos y en el absoluto. Por eso, insiste en la necesidad de proceder con análisis “microscópicos”.<sup>300</sup>

Para no alejarse demasiado del sentido de la teoría, sería mejor una aproximación más sectorial (por ej., policía e urbanismo ofrecen una materia, un ámbito adecuado), sino “microscópico”. Así, para cada ámbito material de acción de los entes territoriales se puede examinar el modo de producción de la norma: el ente territorial será entonces alternativamente un órgano desconcentrado o descentralizado de acuerdo al problema estudiado.

Este marco teórico permite, no solo una aproximación dogmática de una situación de descentralización dada, sino también práctica para examinar el porqué de ciertas situaciones, así como pensar en eventuales proposiciones. Las tesis de EISENMANN no perdieron entonces toda su pertinencia<sup>301</sup> merecen ser consideradas al momento de adoptar (o construir) una herramienta teórica válida para el análisis del poder territorial.

**En fin**, al lado de esas aproximaciones positivistas – que busca (ría)n en el derecho positivo, aplicable *hic et nunc*, lo que es la descentralización, pero que no permitirían dar cuenta de otros tipos de relaciones que no quedan de ser jurídicas (esto es situaciones miradas desde un punto de vista real o realista), se puede agregar **una tercera corriente**.

---

<sup>299</sup>MOREAU, J. cité par CAILLOSSE, Jacques, *Les “mises en scène” juridiques de la décentralisation*, op. cit. p. 53.

<sup>300</sup>CAILLOSSE, J., *Les “mises en scène” juridiques de la décentralisation*, op. cit. p. 61

<sup>301</sup>Éstas no han totalmente desaparecido de la doctrina. Cf. THALINEAU, J., *Essai sur la centralisation et la décentralisation. Réflexions à partir de la théorie de Ch. EISENMANN*, Thèse, Université François RABELAIS - Tours Faculté de droit, d'économie et des sciences sociales, 1994

Esta llama a un encuentro **entre derecho, política y sociología**.<sup>302</sup> Desde las grandes reformas de los años 80 en Francia, la mirada sobre la descentralización ha cambiado en beneficio de aspectos relativos a las políticas públicas, a la toma de decisión a nivel infra-estatal y al acercamiento del poder del ciudadano. Hasta la década de los 80, el derecho había quedado relativamente ausente de las políticas públicas; la época fue marcada por el enfrentamiento entre los politólogos y los juristas.<sup>303</sup> Las ciencias políticas y el derecho eran definidos como sistemas cerrados, sus relaciones marcadas por intereses opuestos. En éste contexto, la práctica y el análisis normativo e institucional de los sistemas jurídicos y políticos llevaban de manera muy limitada a la interacción de las disciplinas jurídicas y políticas. Una visión así cerrada, no permitía concebir (o mejor dicho, se obstinaba en no ver) la naturaleza política del Derecho y el brazo jurídico de las políticas públicas. Las políticas públicas reservaron entonces al Derecho un estatuto menor, sin reconocerlo como un producto de las realidades políticas.<sup>304</sup> Así, los politólogos buscaron, antes que todo, a sustraer el derecho del análisis social y político.<sup>305</sup> Según J. CAILLOSSE, “es siempre la vanidad del derecho considerado como simple sistema de reglas cerrado sobre él mismo, que es estigmatizado”<sup>306</sup>.

La influencia kelseniana no está exenta de crítica en la formación de una concepción del Derecho como una ciencia pura, cerrada y racional, sin contacto con la realidad de las conjeturas sociales, forzando la legitimación de las relaciones de poder sobre la norma escrita.<sup>307</sup> Ese derecho choca con la realidad, a razón de su rigidez respecto del análisis de la norma, y por su debilidad respecto de la práctica y de la realidad social. Hoy, no es más posible ignorar que “si la

---

<sup>302</sup>Después décadas de estudios de la descentralización sobre los modos normativos kelsenianos – entiendo por eso la aproximación normativista y formalista propia de muchos autores que se han limitado a describir más que a explicar o comprender – emergió toda una corriente de análisis cuyos referentes pertenecen más a las ciencias administrativa, política y la sociología administrativa. Los autores en cuestión pusieron de manifiesto lo que los textos parecen decir: ya no se trataría tanto más del poder jerárquico o de tutela, sino más bien de negociación, colaboración, convergencia, cooperación, cogestión, coadministración, codecisión, con-responsabilidad, e incluso el contrato. GAUDIN, J.-P., *Gouverner par contrat. L'action publique en question*, Presses de Sciences Po, 1999.

<sup>303</sup> Sobre este punto, ver por ej. RENARD D., “brèves remarques sur un débat”; J.CAILLOSE, “Le Droit comme méthode? Réflexions depuis le cas français » en *L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit*, Coll. Droit et Société, MSH, LGDJ, Paris, 2000, n°30, pp.9-23 et 27-68 respectivamente y la bibliografía citada en los dos artículos. También: CAILLOSSE, J., *Les “mises en scène” juridiques de la décentralisation*, op. cit. p. 17

<sup>304</sup>CAILLOSE, J., “Le Droit comme méthode? Réflexions depuis le cas français”, en *L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit*, , LGDJ, Paris, 2000, p.38.

<sup>305</sup>Idem, p. 38-46.

<sup>306</sup>Idem, p.38.

<sup>307</sup>Ver en ese sentido, por ej.,FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*. Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 200, 1998

política se define como el poder legítimo de introducir nuevas significaciones en las regulaciones sociales, la epistemología jurídica debe tomar eso en cuenta, para integrarlo en la dimensión del Derecho, concebido como un proceso permanente de producción de las normas, y no como el reagrupamiento fijo de reglas generales imperativas<sup>308</sup>. El derecho regresa entonces al análisis de la acción pública, como planificación fundamental de construcción y de desarrollo de las relaciones sociales y de reconfiguración de los aparatos del Estado. Y los análisis políticos hacen hoy parte del análisis jurídico al tiempo que la dimensión jurídica en el seno de las relaciones sociales se hace más importante.

En esa corriente, un autor como J. CAILLOSSE pregunta si se puede “ignorar sin daño que ésta política territorial se enuncia inevitablemente en los términos del derecho” y afirma que “todos, partidarios como adversarios de la descentralización, deben para defender su causa usar algo de derecho”.<sup>309</sup> En una obra más reciente<sup>310</sup>, considera “el único registro de la *representación*” gracias al cual el derecho puede instalar su(s) territorios. A partir de la noción de representación aparecen dos vertientes: la primera tiene que ver con la descripción del ordenamiento jurídico y cómo el derecho da a ver el territorio, la segunda toma en cuenta *el imaginario jurídico* del territorio.<sup>311</sup>

Esa aproximación supone un método que puede dar cuenta, desde el derecho, de las relaciones territorio-juridicidad y se compone entonces de dos movimientos que se retro alimentan, se podría decir, y que privilegia “la interrogación sobre el estatuto jurídico del territorio más que la descripción metódica de los componentes jurídicos del objeto territorial”<sup>312</sup>: uno que va del derecho hacia el territorio (*el derecho como modo de lectura del territorio*), otro que “vuelve a subir” del territorio al derecho (*el territorio como modo de lectura del derecho*).

El enfoque de J. CAILLOSSE se desmarca del positivismo exacerbado<sup>313</sup> y privilegia una aproximación más cercana a la sociología del derecho a partir de la cual “el jurista aún

---

<sup>308</sup>MOOR, P. *Pour une théorie micropolitique du droit*, Puf, Paris, 2005, p.30.

<sup>309</sup>CAILLOSE, J., “Le Droit comme méthode? Réflexions depuis le cas français” op. cit. p. 63.

<sup>310</sup>CAILLOSSE, J., *Les “mises en scène » juridiques de la décentralisation*, op. cit.

<sup>311</sup>Es decir las “représentations que se forment les acteurs sociaux” participant à l’élaboration de « ces grands récits que prennent en charge les appareils publics, depuis l’attachement de la commune, ou au département, jusqu’à l’ amour de la patrie, sans omettre les variations locales sur le thème de l’intérêt général et l’actuel engagement pour la « proximité » CAILLOSSE, J., *Les “mises en scène » juridiques de la décentralisation*, op. cit., p. 84.

<sup>312</sup>CAILLOSSE, J., Idem., p. 87.

<sup>313</sup>En el mismo sentido, J.-B. AUBY privilegia lo que llama el “positivisme critique”, “qui s’efforce de combiner deux préceptes. Le premier, positiviste, imposant de n’émettre aucune proposition qui ne puisse s’appuyer sur la référence à un texte, une décision de justice, une pratique contractuelle..., bref une

puede intentar **hacer del derecho un modo de lectura de la realidad.**”<sup>314</sup> El enfoque positivista puede aplicarse, en un primer tiempo, a la primera manera de considerar la representación jurídica del territorio (*el derecho como modo de lectura del territorio*) puesto que describirá, por ejemplo, como son repartidas materialmente, funcionalmente, orgánicamente las competencias, pero se vuelve insuficiente cuando se trata de explicar la “juridicización” del territorio, es decir “los efectos determinantes, *edificantes* en el sentido propio de la palabra, del derecho cuando se hace cargo de un territorio”<sup>315</sup> y que se encuentra en nociones de origen regularmente doctrinales tales como los “asuntos locales” o la “cláusula general de competencia”.

Esas nociones o categorías jurídicas vienen entonces “construir”, explicar y justificar, el porqué y el cómo del ordenamiento jurídico<sup>316</sup>

El derecho describe y construye a la vez el territorio. Pero, “el jurista no ignora que la sustancia del derecho es también cada vez más dependiente del potente ascenso de los territorios infra y/o supra estatales. En fin, a la “juridicización” de los territorios responde la “territorialización” del derecho”.<sup>317</sup>

## **B. El alcance de la distinción descentralización-libre administración**

Los autores contemporáneos no están siempre de acuerdo sobre los alcances y límites de la descentralización, lo que le da su carácter eminentemente político y polémico, según el tipo o nociones que uno se hace de la descentralización. Principio de organización administrativa para unos, la descentralización es más que eso para otros: es un principio de organización política que consiste en la transferencia de competencias del Estado hacia asambleas locales que deberían ser elegidas por sufragio universal, lo que le conferiría su carácter eminentemente político.

---

illustration dans le droit positif : prendre le droit au sérieux pour paraphraser Dworkin. Le second, critique, qui consiste à ne pas prendre pour argent comptant le discours que le droit tient sur lui-même (...) Appliqué à notre système, ce précepte signifie qu'on doit toujours rester circonspect devant la manière dont le législateur « parle » la décentralisation”. AUBY, J., *La décentralisation et le droit*, Paris, LGDJ, 2006, pp. 10-11.

<sup>314</sup>CAILLOSSE, J., *Les “mises en scène » juridiques de la décentralisation*, op. cit., p. 87

<sup>315</sup> Idem., p. 88. Si se prefiere, la juridicización de las relaciones (pero también de los hechos) sociales puede ser definida como un recurso creciente al derecho en sus definiciones y sus organizaciones.

<sup>316</sup>“Il ya donc construction, à partir du territoire vécu et structuré par les échanges sociaux, d'une topographie juridique qui (...) est conventionnelle et n'obéit nullement à la “nature des choses”. “Le droit ainsi fait fonctionner son propre système territorial...il met le territoire en état d'être lu à la façon d'un texte».CAILLOSSE, J., Idem., p. 89.

<sup>317</sup>CAILLOSSE, J., *Les “mises en scène » juridiques de la décentralisation*, Idem., p. 88. Sobre la territorialización del derecho, v. también: AUBY, J., *La décentralisation et le droit*, Paris, LGDJ, 2006, op. cit. Capítulo 1, pp.15-30

Para Louis FAVOREU<sup>318</sup>, el Estado unitario descentralizado no comporta, sobre su territorio, más que una sola organización jurídica y política dotada de los atributos de la soberanía. Las colectividades territoriales (comunas, provincias, regiones...), componentes del Estado, constituyen no más que una modalidad de la organización administrativa. Existen solo por voluntad del Estado y no aparecen en el orden político. Especialmente, no disponen de un poder legislativo, contrario a las regiones italianas o las Comunidades autónomas españolas. La descentralización, tal como es practicada tanto en Francia como en Chile, no conduce a una verdadera división del poder normativo en el seno del Estado. La autonomía de las colectividades locales es de naturaleza administrativa, y no política.

De la misma manera, para P. PACTET, la descentralización se inscribe en el marco de un Estado unitario y se caracteriza por la negación de cualquier carácter estatal a las colectividades territoriales, que se pueden beneficiar de una autonomía más o menos extendida, pero que no tienen su propia constitución, su propio gobierno, su propio sistema jurisdiccional y que no participan, como tales, en la toma de decisiones estatales. Sobre estos dos puntos se diferencia profundamente del federalismo. Pero luego, el mismo autor afirma que “la descentralización es una de las formas más eficientes, más seductoras de la autogestión administrativa, aspira a asegurar una mejor democracia y es por eso que podemos considerar las colectividades descentralizadas como verdaderos contra-poderes. Su verdadera naturaleza es entonces política y no solamente técnica.”<sup>319</sup>

Si su esencia contiene una aspiración política, su práctica en Francia corresponde a una descentralización administrativa. Sin embargo, su asociación formal a la noción de libre administración<sup>320</sup> desde 1958, pero sobre todo desde las decisiones del *Conseil constitutionnel* a partir de 1979<sup>321</sup>, ha provocado los comentarios más variados sobre el alcance de la descentralización, pero sobre todo respecto de la libre administración a la cual estaría ahora sujeta la descentralización.

---

<sup>318</sup>FAVOREU, L. (coord.). *Droit constitutionnel*, op. cit. p. 459 y s.

<sup>319</sup>PACTET, P., *Op. cit.* p. 50

<sup>320</sup>La libre administración de las colectividades territoriales es recogida en el artículo L1111-1 du Code General des Collectivités Territoriales (CGCT en adelante): “Les communes, les départements et les régions s’administrent librement par des conseils élus.”

<sup>321</sup>CC, Décision n° 79-104 DC du 23 mai 1979, *Loi modifiant les modes d’élection de l’Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l’aide technique et financière contractuelle de l’État.*

Así, L. FAVOREU afirmaba que “la **descentralización** expresa esencialmente un enfoque del Estado que consiente a reducir sus atribuciones ya transferirlas parcialmente a autoridades elegidas, conservando una tutela sobre el ejercicio de las atribuciones así traspasadas. La **libre administración** no implica una transferencia del Estado hacia las colectividades territoriales porque éstas ya detentan, en ellas mismas, o por ellas mismas, un cierto número de atribuciones o de competencias que les son consustanciales”. Y agregaba, “**la primera depende del legislador**, que puede aportarle las modificaciones necesarias, se sitúa en el orden administrativo y depende esencialmente del juez administrativo; **la segunda depende del constituyente**, se sitúa en el orden constitucional y puede ser modelada e interpretada por el juez constitucional”.<sup>322</sup>

La situación parece al fin resuelta – por el momento - por la constitucionalización de la noción de descentralización en 2003 y el análisis que propuso F. PRIET<sup>323</sup>. Su posición me parece la más clara respecto de las relaciones entre las dos nociones y otorga un marco coherente de trabajo sobre la descentralización.

F.-P. BENOIT<sup>324</sup> explicaba que la racionalidad de la descentralización contiene dos elementos: un movimiento de transferencia de atribuciones del estado hacia colectividades internas y una competencia discrecional del Estado en lo que concierne el reconocimiento o la creación de tales colectividades.

En cambio, la libre administración descansaría sobre tres pilares: una comunidad de habitantes teniendo una existencia real, animado de un espíritu local; una libertad de administración, es decir de determinación de prestación y reglamentación local; en fin, más allá de la igualdad de los regímenes jurídicos aplicados, algunas diferencias en las situaciones de hecho. Se pueden constatar las desigualdades de hecho entre colectividades. En cambio, hay dificultades en constatar los dos primeros elementos que solo son contingentes.

---

<sup>322</sup>FAVOREU, L., “Les bases constitutionnelles de la décentralisation”, en *Revolution et décentralisation*. Colloque de Besançon, 1989, pp. 83-88, part. p. 86-87

<sup>323</sup>PRIET, F., “Sur une notion désormais constitutionnalisée: la décentralisation”, en *Mélanges en l'honneur de Yves Jégouzo. Terres du droit*, Dalloz, 2009, pp. 249-267. También el artículo de FERSTENBERT, J., «La libre administración des collectivités territoriales: principe juridique ou notion juridique?», en *Mélanges en l'honneur de Henri Jacquot*, PU d'Orléans, 2006, pp. 223-252.

<sup>324</sup>BÉNOIT, F.-P., “Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la philosophie du droit de Hegel”, en *Mélanges Gustave Peiser*, PUG, 1995, pp.23-38



Sea como sea, la racionalidad de los dos conceptos deberá llevar a concluir la prevalencia de la libre administración sobre la descentralización. Ahora bien, dos elementos impiden llegar a tal conclusión: primero, mientras la libre administración se sitúa en el marco del Estado unitario, solo puede acercarse a cualquiera autonomía por decisión estatal; luego, los términos de libertad y administración son contradictorias y mientras que el administrativo prevalece, la libre administración se inscribe dentro de la descentralización.

F. PRIET mostró, a continuación de J. FERSTENBERT que ese pseudo-principio<sup>325</sup> de libre-administración es solo un avatar de algo que solo puede ser la descentralización. Pero, no su esencia, en todo caso.

Mostrando toda la importancia del discurso doctrinal<sup>326</sup> en “la depreciación sufrida por la noción de descentralización respecto de la libre administración”<sup>327</sup> en nombre del carácter puramente técnico de la primera y de la nobleza que inspiraría la segunda por su referencia a las libertades locales, desmonta también su construcción.

Primero, incluso donde los autores clásicos, la descentralización no se refería forzosamente a la libertad de gestión, pero podía revestir un simple aspecto funcional de gestión de los servicios públicos.<sup>328</sup>

Luego, afirma que incluso “si debe haber una distinción entre descentralización y libre administración, ésta no resulta de una diferencia conceptual, pero únicamente de una diferencia de enfoque de las relaciones entre el Estado y las colectividades territoriales, la libre administración poniendo el acento sobre las libertades locales. El hecho que solo la libre administración haya tenido un valor constitucional hasta 2003 ha podido hacer creer que tenía un sentido sustancialmente diferente de la noción de descentralización.”<sup>329</sup>

La constitucionalización de la descentralización, en un orden lexical<sup>330</sup> superior a la libre administración, vino entonces recordar que “las colectividades locales no disponen de un poder

---

<sup>325</sup>FERSTENBERT, J., “La libre administration des collectivités territoriales: principe juridique ou notion juridique”, op.cit.

<sup>326</sup>Principalmente de parte de lo que llama la escuela o la “doctrine aixoise” conducida por L. FAVOREU.

<sup>327</sup>PRIET, F., “Sur une notion désormais constitutionnalisée: la décentralisation”, op.cit., p. 251.

<sup>328</sup>HAURIOU, M., art. “Décentralisation” en *Répertoire Béquet du droit administratif*, 1891, t. 9, p. 471.

<sup>329</sup>PRIET, F., “Sur une notion désormais constitutionnalisée : la décentralisation”, op. cit. p. 254.

<sup>330</sup>Sobre el uso de la noción de orden lexical, ver por ej. J. RAWLS que la llama también orden serial y cuyo “le terme correct est “lexicographique” (...). C’est un ordre qui demande que l’on satisfasse d’abord le principe classé premier avant de passer au second, le second avant de considérer le troisième, et ainsi de suite. On ne fait pas entrer en jeu un (nouveau) principe avant que ceux qui le précèdent aient été

de auto-organización, ni de un poder normativo autónomo, y que son sujetadas al respeto de las prerrogativas del Estado.”<sup>331</sup> Dicho de otra manera, permanece “una manera de ser del Estado”.<sup>332</sup>

La descentralización aparece hoy por lo que es: una noción global que da coherencia a los elementos de la autonomía territorial enunciados en los artículos 72 inciso 72-2 de la Constitución. La libre administración no es más entonces que uno de ellos.<sup>333</sup> Una vuelta al texto del artículo 34 de la constitución les pone en evidencia y les distingue bien<sup>334</sup> “la ley determinará los principios fundamentales: 1) de la *libre administración* de las entidades territoriales, 2) de sus *competencias* y 3) de sus *ingresos*.”<sup>335</sup> Es solo después y recientemente que fueron agregadas las modalidades de *democracia local participativa* que, de todas maneras, podrían ser reagrupadas en la categoría relativa a la libre administración.

En fin, esa relación de subordinación de la libre administración a la descentralización es ratificada a nivel legislativo: la noción “*Libre administration des collectivités territoriales*” es objeto de un título único del libro primero relativo a los “*Principes généraux de la décentralisation*” de la primera parte del Código general de las colectividades territoriales.<sup>336</sup>

---

entièrement satisfaits ou bien reconnus inapplicables. Un ordre lexical évite, donc, d’avoir jamais à mettre en balance des principes. Ceux qui se trouvent placés plus tôt dans la série ont une valeur absolue, pour ainsi dire, par rapport à ceux qui viennent après, et n’admettent pas d’exception ». RAWLS, J., *Théorie de la justice*, Ed. du Seuil, col. Points n° 354, 1997, p.68. En este sentido, la libre administración no puede referirse a una mínima autonomía puesto que se inserta en las reglas *estatales* de *puesta en aplicación* de la descentralización.

<sup>331</sup>PRIET, F., « Sur une notion désormais constitutionnalisée: la décentralisation », op. cit. p. 254

<sup>332</sup>HAURIOU, M. art. “Décentralisation”, op cit. p. 471. Voir sur ce point FOURNIÉ F., *Recherches sur la décentralisation dans l’œuvre de Maurice Hauriou*, Préface de J.-A. MAZERES, Avant-propos de J. MOREAU, Paris, LGDJ, 2005 T. n° 245, part. p. 87 et s.

<sup>333</sup>Es decir que es la descentralización que puede implicar la libre administración y no lo contrario como lo afirma A. JUSSIAUME, “Droit constitutionnel local”, Jurisclasseur Fasc. 1442, n° 8, Cote : 04,2011

<sup>334</sup>Una vuelta necesaria para regresar sobre el “phagocytage” de las cuales fueron objeto las competencias y los recursos por la proclamación, primero doctrinal luego jurisprudencial, del “principio” de libre administración. El término de “phagocytage” es de FERSTENBERT, J., “La libre administration des collectivités territoriales: principe juridique ou notion juridique?”, op. cit. p. 230.

<sup>335</sup>La numeración y las cursivas son propias.

<sup>336</sup>El CGCT puede ser consultado sobre el sitio <http://www.legifrance.gouv.fr>

Lo que muestra bien, por una parte, que la descentralización es una noción más “englobante” o “globalizante” que la libre administración y, por otra, que no está descartada la existencia de otros principios generales relativos a la descentralización.<sup>337</sup>

## § 2. El binomio descentralización-regionalización en Chile

En Chile, la bibliografía relativa a la descentralización es relativamente más joven, en desarrollo, y ha sido regularmente el objeto de trabajos más de sociólogos<sup>338</sup>, economistas<sup>339</sup>, urbanistas<sup>340</sup> e historiadores<sup>341</sup> que de juristas, los que a menudo se han limitado a un aspecto puramente formal y descriptivo.

Desde las reformas iniciadas por la dictadura militar, hay que distinguir la descentralización de las municipalidades– asociada al término de autonomía – (A) de la regionalización que está a mitad de camino entre descentralización y desconcentración (B).

### A. El enfoque de la descentralización (municipal) por la doctrina chilena

Los desarrollos relativos a la descentralización que se encuentran a veces en los manuales y tratados de derecho constitucional y administrativo son en general sucintos. Los autores dan algunas definiciones generales semejantes a sus pares franceses cuya influencia no ha sido despreciable en la formación del sistema administrativo chileno. La idea de pluralismo que caracteriza a la descentralización a través de la idea de personalidad jurídica distinta del Estado o la de repartición de competencias está presente así como la del control del Estado.

---

<sup>337</sup>Se notará que la redacción del código no es muy feliz. Si la descentralización por el momento cuenta con un solo principio general, sería lógico suprimir una subdivisión inútil de titular el libro 1<sup>ero</sup>: *principe général de la décentralisation* y no *principes généraux*.

<sup>338</sup>Por ej.: WAISSBLUTH, M., “La Reforma del Estado en Chile 1990-2005: De la Confrontación al Consenso”, p. 65, *Boletín Electrónico de la ESADE*, Barcelona PUBLIC ([www.esade.edu/public](http://www.esade.edu/public)), Marzo, 2006, [http://www.mariowaisbluth.com/descargas/reforma\\_estado\\_chile\\_1990\\_2005.pdf](http://www.mariowaisbluth.com/descargas/reforma_estado_chile_1990_2005.pdf).

<sup>339</sup>Por ej.: BOISSIER E., S., “Chile: la experiencia regionalista del gobierno militar”, *Estudios Sociales*, 104 (trimestre 2), 2000, CPU.

<sup>340</sup>Por ej.: ABALOS, J. “La descentralización en Chile : antecedentes históricos y reformas actuales”, en *La cuestión regional en la transición a la democracia en el caso de Chile*, Instituto de Estudios Urbanos, Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 1993.

<sup>341</sup>Por ej.: SALAZAR, G. y BENÍTEZ, J (compil). *Autonomía, espacio y gestión. El municipio cercenado*. Santiago, LOM. Universidad Arcis, 1998; ARIAS Y., K., “Revisión de las estructuras político-administrativas territoriales en el Chile del siglo XIX”, *Universum*, vol.25, n.1, 2010, pp. 44-59.

Así, J.C. FERRADA B. afirma que la descentralización supone “simplemente la atribución o el traslado de potestades en un órgano administrativo personificado [diferente del Estado], al que le imputan, por tanto, las consecuencias jurídicas de sus actuaciones”.<sup>342</sup>

J.L. CEA E., dice justamente que se trata de un sistema de organismos administrados y dotados, cada uno al menos de las características copulativas siguientes: a) la personalidad jurídica propia de derecho público; b) un estatuto o un régimen jurídico propio; c) un patrimonio propio; d) la sumisión a las normas del derecho común; e) un régimen de control estatal externo –o heterónimo- de naturaleza flexible; f) una relación de tutela o supervigilancia.<sup>343344</sup>

H. NOGUEIRA A. y F. CUMPLIDO C., por su parte, definen la descentralización como el traslado de competencias de la administración central del Estado hacia nuevas personas jurídicas de derecho público, las cuales son dotadas de un patrimonio propio y sometidas a un control de tutela sobre sus actos.<sup>345</sup>

Una parte de la doctrina chilena, influenciada por las doctrinas española<sup>346</sup> e italiana<sup>347</sup>, funda la descentralización administrativa sobre el principio de *autarchia*.<sup>348</sup>

Según H. NOGUEIRA ALCALÁ y F. CUMPLIDO CERECEDA, el uso del concepto de *autarchia* es preferible al de autonomía administrativa, porque jurídicamente es más preciso y unívoco en cuanto a su alcance que el de autonomía que se presta a equivocaciones por el hecho

---

<sup>342</sup>FERRADA B., J. C., “El Estado regional chileno: un modelo de descentralización administrativa sin participación política”, *RIAP*, ISSN 1139-3750, N° 6, 2001, p. 183

<sup>343</sup>CEA E., J.L. *Teoría del Gobierno. Derecho chileno y comparado*. 1a. ed. act. Santiago, Chile, Eds. Universidad Católica de Chile, 2000, p. 150

<sup>344</sup>Algunos de estos criterios me parecen redundantes o discutibles. Así, la sumisión a las normas del derecho común no es obligatoria y países como Francia someten los entes territoriales mayoritariamente al derecho administrativo. Por otro lado, los puntos e) y f) pueden repetirse: que el control estatal sea externo o resulte de una relación de tutela, se trata en los dos casos de una vigilancia ejercida por el Estado.

<sup>345</sup>NOGUEIRA A., H. y CUMPLIDO C., F., *Instituciones políticas y teoría constitucional*, 2 T., Editorial Universidad de Talca, 2001, p. 318

<sup>346</sup>LLORENS E. L., *La autonomía regional en la integración política. La autonomía en el Estado moderno. El estatuto de Cataluña. Textos parlamentarios y legales*, Madrid, 1932; FERRANDO B., J., *El Estado Unitario, el Estado federal y el Estado Regional*, Madrid, Tecnos, 1978, pp. 50 y s; GARRIDO F., F., *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, Madrid, 1950cit., p. 14.

<sup>347</sup>ZANOBINI, G., *La amministrazione locale*, Padua, 1936; VIRGA, P., *La regione*, Roma, 1948.

<sup>348</sup>Por ejemplo, ver NOGUEIRA A., H. y CUMPLIDO C., F., *Instituciones políticas y teoría constitucional*, 2 T., Editorial Universidad de Talca, 2001, op cit., p. 319; o aún más, ZÚÑIGA U., F., “Jurisprudencia acerca del notable abandono de deberes del alcalde”, *Revista de Derecho*, vol. XII, 2001, p. 250.

de su conexión directa con el concepto de potestad legislativa y de *imperio* del Estado.<sup>349</sup> Supone la personificación de entes sobre la base de criterios de orden territorial o material, y que ejercen sus competencias de forma independiente respecto de la administración central, y no sujetos a lazos de dependencia jerárquica, si no solamente de tutela o vigilancia. Es decir la definición tradicional de la descentralización territorial o funcional. Entonces, la descentralización se fundaría sobre... ¡la descentralización!

No se trata de la autarcía que la RAE define como el “estado o condición de quién se basta a sí mismo”. Un ente territorial nunca es autárquico. Además, la autarcía, en términos institucionales, es el autismo, el repliegue sobre sí. Y no se trata tampoco de una noción de origen español o italiana.

En los hechos, como lo ha señalado S. FLOGAÏTIS, el concepto de *autarquía* «fue lanzado por SANTI ROMANO [y] encuentra su origen en la teoría alemana», más particularmente con LABAND. Es un concepto históricamente condicionado. A éste propósito, dice que «no hay que confundir «autarquía (autarchia) y «autarcía» que corresponden respectivamente a los términos griegos...de (auto-mando) y...de (autosuficiencia). Hay que distinguir autarquía y autogobierno para evitar la confusión hecha por la «escuela política» que se remonta a las obras de GNEIST».<sup>350</sup>

Dice además que «la autarquía siempre ha sido una noción muy controvertida, discutida»<sup>351</sup> y que hay dos épocas del concepto. La primera corresponde a SANTI ROMANO y la contemporánea está marcada con el sello de G. ZANOBINI y S. CASSESE<sup>352</sup>.

Mientras SANTI ROMANO había fundado el concepto sobre la capacidad de tomar a cargo unos intereses públicos y sobre la atribución de la personalidad jurídica a una persona no soberana, la *autarquía*, según ZANOBINI «es la capacidad reconocida a una persona moral de

---

<sup>349</sup>NOGUEIRA A., H. y CUMPLIDO C., F., *Instituciones políticas y teoría constitucional*, 2 T., Editorial Universidad de Talca, 2001, p. 319

<sup>350</sup>FLOGAÏTIS, S., *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, Paris, LGDJ, 1979, p.169.

<sup>351</sup>Idem-

<sup>352</sup>“La contribución de S. CASSESE a son propos est le travail le plus complet et le plus profond” dice FLOGAÏTIS, S., *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, Paris, LGDJ, 1979, p.169.

ejercer una actividad administrativa que tiene la misma naturaleza y los mismos efectos que una actividad de la administración estatal »<sup>353</sup>.

Por un lado, « no se trata de actos administrativos equivalentes a los actos del Estado como se decía antiguamente; se trata de actos administrativos pura y simplemente »<sup>354</sup>. Eso contraría la afirmación de equivalencia del poder entre los entes territoriales y el Estado para aplicar las leyes del Estado, que por lo demás no se verifica en absoluto en la realidad.

Por otra parte, si se admite que la descentralización supone la atribución de la personalidad jurídica, pero al mismo tiempo « autarquía y personalidad jurídica de derecho público no son nociones que coinciden »<sup>355</sup>, la autarquía puede aplicarse a la descentralización, pero no la puede fundar. Lo que matiza las afirmaciones de H. NOGUEIRA A. et F. CUMPLIDO C.

En fin, « las formas características de la autarquía son los poderes estatutario »<sup>356</sup>. Lo que no tienen ni los entes territoriales chilenos ni franceses.

Sobre todo, « las diferencias de definición se deben a la diversidad de las ideologías políticas. La concepción estatal no reconocía la existencia de fines e intereses propios de las personas públicas autárquicas. Al contrario, la concepción moderna acepta y reconoce la diversificación de los intereses públicos llevados por las personas públicas autárquicas y pone así el acento sobre la independencia que debe ser asegurada en contra del Estado-persona. »<sup>357</sup>

Más interesante aún es la afirmación del mismo autor que refuerza que « la autarquía institucional (*autarchia istituzionale*), [que] es formada por instituciones o más generalmente por algunas personas de derecho público sin base territorial, concierne de ningún modo la cuestión de la descentralización. »<sup>358</sup>

De resultas, la ambigüedad permanece y haber reemplazado autonomía por *autarquía* quizás no era lo más juicioso.

Los autores chilenos precitados tal vez no han percibido la idea original de esa *autarchia* o al menos sus escritos no permiten pensarlo, porque no se expanden mucho sobre sus

---

<sup>353</sup>Ibíd., p. 170.

<sup>354</sup>Ibíd., p. 171.

<sup>355</sup>Ibíd., p. 171.

<sup>356</sup>Ibíd., p. 171.

<sup>357</sup>Ibíd.

<sup>358</sup>Ibíd., p. 145.

referencias. No se percibe *a priori* el interés de ir a buscar conceptos extranjeros cuando la cultura jurídica nacional dispone de los elementos suficientes. En efecto, los argumentos dados no aportan nada de nuevo y mejor a la realidad y al debate chileno. Incluso, lo complican inútilmente<sup>359</sup>.

La doctrina española, siguiendo a la italiana, utilizó un tiempo<sup>360</sup> el término *autarquía* para diferenciar la descentralización administrativa de sus sistemas autonómicos e intentar de crear una teoría del Estado regional<sup>361</sup>: «Los entes autónomos se diferencian de los entes autárquicos en que, además de tener una potestad legislativa igual a la del Estado, tienen una potestad reglamentaria en aplicación de sus propias leyes. El ente autárquico sólo goza de la potestad administrativa y de la reglamentaria, en ejecución de las leyes estatales.»<sup>362</sup> Si se puede explicar el uso de los autores españoles, en la medida que su sistema constitucional caracteriza por excelencia el Estado autonómico, recurrir a esa noción para explicar la realidad chilena parece incongruente.

FERRANDO B. precisa además «que la esencia de los entes autárquicos radica en una potestad reglamentaria ejercida en nombre propio para el cumplimiento de fines públicos. Es, pues, la naturaleza de los poderes ejercidos lo que diferencia los entes autárquicos — descentralización administrativo-institucional — de los demás entes con descentralización

---

<sup>359</sup>Por ejemplo, la definición dada por F. ZÚÑIGA U. del Municipio como “una **corporación autónoma y autárquica**, lo que supone autogobierno, autonormación y administración de sus propios recursos materiales y humanos, quedando inserta en los cuadros orgánicos de la Administración del Estado sin reconocer relación jerárquica, sino sometido a los dispositivos de tutela – control jurídico y contable que el ordenamiento jurídico disponga”. ZÚÑIGA U., F., “Jurisprudencia acerca del notable abandono de deberes del alcalde”, *Revista de Derecho*, vol. XII, 2001, p. 250. El autor cita autores españoles como F. ALBI: “Derecho Municipal Comparado”, Aguilar, Madrid, 1955, en especial p. 75-79, 277-295; *idem*. PAREJO A., L.: “Derecho Básico de la Administración Local”, Edit. Ariel S.A., Barcelona, 1988, en especial pp. 97-141).

<sup>360</sup>Parece en efecto que esté en desuso.

<sup>361</sup>El objetivo de FERRANDO B. es, “buscar en el campo estrictamente jurídico elementos que nos permitan encontrar una definición jurídica de autarquía, autonomía y de Estado-miembro. Basándonos en ellos, analizaremos si existen o no diferencias esenciales entre esos términos. Si existen, nos apartaremos de las teorías clásicas acerca de que no existen más formas de Estado que la unitaria y la federal, y habremos encontrado el punto de partida para la teoría que afirma que el Estado regional goza de una entidad jurídica independiente y, además, nos habremos adentrado más profundamente también en el campo de la tipología del Estado unitario.” Lo que parece contradictorio. FERRANDO B., J. “El Estado unitario. Las formas de Estado y formas de gobierno. Distinción entre las formas de gobierno, las formas jurídicas de Estado y las llamadas» formas políticas de estado”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1974, núm. 195-96, pp. 26-27

<sup>362</sup>*Idem*, p. 33.

administrativo-jerárquica, es decir, de la desconcentración administrativa, por una parte, y, por otra, de los entes autónomos y Estados-miembros —descentralización política».<sup>363</sup>

En fin, la afirmación según la cual la descentralización administrativa se funda sobre el principio de *autarquía*, es desmentida por FERRANDO B mismo que afirmaba que «la autarquía es una de las especies de descentralización administrativa»<sup>364</sup> y que “la descentralización autárquica es, para VIRGA, una subespecie de la institucional»<sup>365</sup>, la cual se opone a la burocrática, es decir la desconcentración<sup>366</sup>. El género no es formado de una especie, menos aún de un sub-especie.

Desde éste momento, salvo encontrarse en un sistema similar al español o italiano en los cuales se puede entender el uso de éste concepto, convendría más utilizar los que ya existen para situaciones claramente establecidas.

R. PANTOJA B., en cambio, propone un enfoque interesante de la descentralización chilena. Según él, esa, que solo concierne las municipalidades<sup>367</sup>, releva de una categoría *sui generis*: la *acentralisation*.

Fundándose sobre el acápite 2° del artículo 21 de la LOCGBAE, estima que la Constitución chilena permite afirmar “la consagración, frente a los sistemas centralizado y descentralizado de organización administrativa, de la *acentralisation*, en el seno del sistema público”<sup>368</sup>, en cuanto considera la existencia de servicios públicos que, al mismo tiempo de pertenecen a la Administración del Estado en sentido amplio, no dependen – sin embargo – del Gobierno ni le están vinculado por una relación de supervigilancia o de tutela.<sup>369</sup>

Esta *acentralisation sui generis* concerniría las Municipalidades que gozan “de personalidad jurídica, no reconocen vínculo alguno de relación respecto del Presidente de la República, al ser sus autoridades de elección popular, ni de dependencia ni de supervigilancia. Su creación responde más bien al propósito de liberar a este tipo de organizaciones de la

---

<sup>363</sup> Idem, pp. 28-29.

<sup>364</sup> Idem, p. 28.

<sup>365</sup> En P. VIRGA: *La regione*, cit., p. 3, nota 1, citado por FERRANDO B., J. op. cit. Nota de pie n° 26, p. 26

<sup>366</sup> Prueba suplementaria de la dificultad de tratar el asunto en derecho comparado, FERRANDO B. explica que la doctrina jurídica italiana ignora el término desconcentración. p. 28

<sup>367</sup> Cf. infra.

<sup>368</sup> PANTOJA B., R., *Tratado de Derecho administrativo. Derecho y administración del Estado*. Tomo 1, AbdeledoPerrot –LegalPublishing, 2010, p. 21.

<sup>369</sup> Idem, p. 22.



sujeción jerárquica del Supremo Administrador del Estado, o de su supervigilancia o tutela”<sup>370</sup>, lo que es reforzado por la Constitución cuando señala que “las municipalidades gozaran de autonomía para la administración de sus finanzas” (Art. 122 CPR)<sup>371</sup>.

Salvo esas presentaciones generales<sup>372</sup>, hay que remitirse a algunos artículos de doctrina para encontrar algunos ítems particulares tratados con más detalles, como por ejemplo las funciones de gobierno y de administración en el ámbito regional.<sup>373</sup>

### **B. El objeto de la regionalización chilena**

La Constitución chilena introduce en su artículo 3 inciso 2 después de tratar la descentralización territorial de la administración del Estado, el concepto de regionalización. Como el texto fundamental francés, la Constitución chilena no define lo que hay que entender por descentralización. Lo que es cierto es que algunos principios y medios de aplicación corresponden a cada uno de los dos términos. La reflexión de los parlamentarios y de algunos autores padece de una cierta confusión respecto de la descentralización y de la regionalización que entienden promover. Éste última nada tiene que ver con los movimientos regionalistas o autonomistas: solo se trata de una desconcentración a nivel regional. Fluye de eso una incoherencia respecto de las competencias materiales y normativas de los dos niveles de entes territoriales.<sup>374</sup>

Cuando se habla hoy de procesos descentralizadores, es de costumbre referirse a la noción o a la figura del Estado regional. Desde que Italia y España iniciaron respectivamente su “regionalización” o “autonomización”, varios Estado han decidido emprender una fuerte descentralización, también llamada “descentralización política”. Es decir que decidieron atribuir, de manera permanente, a los entes descentralizados, entidades de derecho público dotadas de la

---

<sup>370</sup> Idem, pp. 22-23.

<sup>371</sup> Ver, sin embargo, el dictamen de la CGR n° 18646 de 29.07.1992 que señala que la «referida "autonomía municipal" constituye un principio de descentralización administrativa».

<sup>372</sup> La descentralización administrativa ocupa, por ejemplo, 3 páginas donde: NOGUEIRA A., H. y CUMPLIDO C., F., *Instituciones políticas y teoría constitucional*: pp. 318-321.

<sup>373</sup> FERRADA B., J.C., “Las funciones de gobierno y administración en el ámbito regional: algunos alcances de la distinción y sus problemas actuales”, en *Jornadas Chilenas de Derecho Público* (30ª. 1999. Valparaíso): Asociaciones intermedias, Estado y bien común, Universidad de Valparaíso, FAC. de Derecho y Ciencias Sociales, 2000.

<sup>374</sup> Se puede notar sin embargo que un poder reglamentario es reconocido a las regiones, lo que cuestiona la manera de ver que solo concibe tal poder en beneficio de los entes descentralizados.

personalidad jurídica y de un patrimonio propio, no solamente algunas competencias administrativas, sino también unas competencias “legislativas” e, incluso a veces, judiciales.

El Estado regional es un modelo intermedio, “una modalidad del Estado unitario que admite cierto grado de descentralización política o un tipo de Estado compuesto distinto del Estado federal [que] se caracterizaría porque las regiones que lo componen son categorizadas como entidades autónomas, dotadas de personalidad jurídica no originaria ni soberana, que goza de una potestad legislativa y de administración limitada, condicionada y subordinada a la potestad de gobierno del propio Estado”<sup>375</sup>.

Se debe distinguir regionalización y regionalismo. Los procesos español e italiano corresponden al segundo término, y atestiguan una organización político-administrativa impuesta por las necesidades de una unidad política tardía y/o de esas famosas realidades territoriales, históricas y culturales determinadas. Pero, no se puede ignorar la imprecisión terminológica y la “confusión mantenida voluntariamente entre regionalización y regionalismo. Ahora bien, se trata de dos situaciones diferentes. El regionalismo, es la posesión del poder por unas comunidades culturalmente identificables, caracterizadas por un reconocimiento constitucional de su existencia y su competencia. La regionalización, es la atribución por el Estado de poderes y de competencias a unas colectividades que crea y que no poseen ninguna identidad fuerte. De un lado, una protección constitucional y un estatuto elaborado localmente, del otro, una simple ley sometida a la buena voluntad del legislador. De un lado, una comunidad caracterizada por su cultura y, en particular, por su idioma, del otro, un recorte administrativo englobando unos individuos que no se identifican como perteneciendo a una comunidad regional. De un lado, un control de la repartición de las competencias entre regiones y el Estado confiado a una Corte constitucional, del otro un control por autoridades administrativas y un juez administrativo”<sup>376</sup> o judicial.

A menudo, incluso, la regionalización designa la puesta en marcha a nivel regional de la acción pública decidida al nivel nacional. La región entonces no es más que un relevo del poder central y la regionalización un “procedimiento de adaptación de la centralización”. Es decir que es la desconcentración aplicada a nivel regional.

---

<sup>375</sup>FERRADA B., J. C., “El Estado regional chileno: un modelo de descentralización administrativa sin participación política”, op. cit. p. 178.

<sup>376</sup>VIGUIER, J., “La décentralisation: d’une manière d’être de l’État vers une manière d’être hors de l’État”, REGOURD, S.; CARLES, J. ; GUIGNARD, D. (*dir.*), *La décentralisation 30 ans après*. IFR – Mutation des Normes Juridiques, IDETCOM (EA 785) Presse de l’Université Toulouse 1 Capitole –LGDJ 2013, p. 55.

La “regionalización a la chilena” nada tiene que ver, o está muy lejos, con el regionalismo practicado en los Estados emblemáticos donde “la regionalización, que en esencia es un concepto técnico de orden jurídico-político coincide idealmente con una realidad territorial, histórica y antropológica cultural determinada”.<sup>377</sup> Corresponde más bien a la última solución evocada y no es finalmente más que una otra manera de disfrazar una centralización en la continuidad.<sup>378</sup>

Sin embargo, la doctrina chilena, aunque consciente (a veces) de las incoherencias del sistema existente, ve la regionalización de otra manera, es decir como un proceso que podría acabar con el famoso Estado regional.

Bajo este ángulo, se entiende mejor la afirmación de T. RIBERA N.<sup>379</sup>, según la cual “la regionalización corresponde al proceso de descentralización y de desconcentración del poder estatal iniciado desde 1974”.

Es en ese contexto que se inscribe la afirmación de O. OELCKERS C. según la cual la regionalización, en Chile, sería el concepto que permitiría hacer evolucionar el antiguo sistema ultra centralizador hacia y hasta el Estado regional<sup>380</sup>. Por su parte, CEA E. afirma, en apariencia más lógicamente, que la descentralización administrativa hace parte del proceso mismo de regionalización del Estado unitario, pero no tiene la importancia necesaria para incluir éste último, por ella misma, en la forma del Estado regional.<sup>381</sup>

H. NOGUEIRA A. et F. CUMPLIDO C. precisan que de hecho la regionalización puede ser analizada de dos maneras que pueden ser consideradas también como etapas distintas en el tiempo de un mismo proceso. La primera está constituida por el conjunto de las medidas e instrumentos de desconcentración y descentralización del Estado en el ámbito particular de las

---

<sup>377</sup>TAPIA V., J., “Las reformas constitucionales de 2005, un triunfo del centralismo”, en NOGUEIRA A. H, *La Constitución Reformada de 2005*, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Librotecnia, Santiago, 2005, p. 45

<sup>378</sup>FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*. Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 200, 1998, p. 195

<sup>379</sup>“La regionalización en Chile – Reflexiones sobre un proceso estancado”, en *Derecho público en el siglo XXI: reforma y modernización del Estado / XXXVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público*; Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Fondo de Publicaciones, [2010], v.1., pp. 315-333

<sup>380</sup>OELCKERS C., O., “Los necesarios avances en el proceso de regionalización a través de los principios jurídicos que la sustentan”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVII (1996), p. 339

<sup>381</sup>CEA E., J.L., *Teoría del Gobierno. Derecho chileno y comparado*. 1a. ed. act. Santiago, Chile, Eds. Universidad Católica de Chile, 2000, p. 150

regiones. La segunda implica la descentralización política territorial. En esa etapa, la regionalización se presenta como un proceso más completo e integral que el de la descentralización administrativa puesto que implica la creación de personas jurídicas dotadas de poderes de decisión sobre algunos aspectos de la política del Estado.<sup>382</sup> La regionalización chilena está bloqueada por el momento al primer estadio.

En definitiva, es bien la explicación siguiente de J.C. FERRADA que hay que retener:

*En suma, el proceso de regionalización del gobierno militar no fue como señalan algunos autores y lo afirma el propio preámbulo del DL 573/1974, una descentralización y desconcentración administrativa territorial del poder, sino sólo una desconcentración limitada, cuyo aporte fue radicar en todo el territorio nacional órganos administrativos representativos de los ministerios y servicios públicos y generar algunos instrumentos económicos y financieros que apoyaran el proceso regionalizado*<sup>383</sup>.

Todo eso fue confirmado con rango constitucional con la constitución otorgada en 1980 que incluye ligeras modificaciones, con un mandato para la legislatura para que desconcentre territorialmente en las regiones los ministerios y servicios, y remite al legislador y a las materias de leyes orgánicas constitucionales el desarrollo de las normas fundamentales en esas materias<sup>384</sup>. En resumen, se trata de un mecanismo de instauración nacional de un régimen dictatorial, con objetivo de someter, por la vía administrativa, la totalidad del territorio al gobierno de hecho, replicando la figura del Jefe a nivel regional (Intendente), provincial (Gobernador) y comunal (Alcalde), todos siendo nombrados, trasladados y destituidos de sus funciones por voluntad del dictador.

Los criterios jurídicos que implica la regionalización chilena, como sistema de organización administrativa descentralizada del Estado, son cinco según OELCKERS C.<sup>385</sup> y sintetizan o corresponden al conjunto de las atribuciones y facultades que despliegan los entes regionales : 1) el *principio de la separación de las funciones de gobierno y administración interiores*, 2) el *principio de la autonomía decisional de los entes descentralizados*, 3) el

---

<sup>382</sup> NOGUEIRA A., H. y CUMPLIDO C., F., *Instituciones políticas y teoría constitucional*, T1, Editorial Universidad de Talca, 2001, p. 322.

<sup>383</sup> *Ibíd.* Pág. 189.

<sup>384</sup> *Ibíd.* Pág. 334-335

<sup>385</sup> OELCKERS C., O., “Descentralización administrativa y regionalización”, *RCD*, Vol. 24 n°2, 1997, pp. 353-367.

*principio de la personalidad jurídica de derecho público del gobierno regional*<sup>386</sup>, 4) el *principio de un patrimonio propio* y, en fin, 5) el *principio del control* al cual debe ser sometido.

Estos criterios corresponden en su conjunto a las condiciones establecidas por la doctrina francesa para que se pueda hablar de descentralización. Las diferencias notorias residen en los principios n° 1 y 3 y en la puesta en aplicación del quinto<sup>387</sup>. Es sin duda por eso que ciertos de sus principios jurídicos confieren a la « descentralización-regionalización » chilena su carácter particular que la diferencia, por el momento, de la descentralización a la francesa así como de los Estados llamados regionales como Italia u autonómico como España, por ejemplo.

Estaría entonces tentado en sostener que existen dos sistemas paralelos de descentralización en Chile. Uno corresponde a lo que los legisladores y ciertos autores consideran como la regionalización y mezcla, hoy<sup>388</sup>, unos elementos de desconcentración y de descentralización. En hecho, como lo señala H. NOGUEIRA A., “lo que realmente se descentraliza es la función de administración superior de cada región, para cuyos efectos se crea la institución y órgano denominado “gobierno regional”.<sup>389</sup>La otra que se aplica a las municipalidades y que en un sentido es más profundizada que la primera e incluso, teóricamente, que la descentralización francesa.

S. BOISSIER es uno de los autores que más se ha interesado a la descentralización en Chile.<sup>390</sup> Examinó el proceso de regionalización operado por la dictadura militar, subrayando el peso del centralismo en la formación del Estado chileno, y ha mostrado que éste pensó la descentralización como el marco institucional necesario a una abertura a los mercados sin

---

<sup>386</sup>Se notará que la terminología "gobierno regional" remite más a la federalista que al del Estado unitario y por otro lado que el gobierno regional está encargado de la administración superior de la región y en ningún momento del gobierno. (art. 111 al. 1 et 2).

<sup>387</sup>Estos puntos son desarrollados en los capítulos siguientes.

<sup>388</sup>Principalmente desde la elección por sufragio universal de los consejeros regionales.

<sup>389</sup>NOGUEIRA A., H., “El régimen jurídico-constitucional del gobierno y la administración interior del Estado en Chile”, En: BERCHOLC, J. O. Dir., Autores ALVES, J. (Filho) *La organización política del territorio en América y España: federalismo e integración*; Ciudad de Buenos Aires. Lajouane, [2008] 1a. ed. marzo 2008. Congreso Internacional sobre Organización Política del Territorio, Federalismo e Integración (2008: Buenos Aires, Argentina), p. 209.

<sup>390</sup>BOISSIER E., S., “Chile: la experiencia regionalista del gobierno militar”, *Estudios Sociales*, 104 (trimestre 2), 2000,CPU; “Desarrollo territorial y descentralización. El desarrollo en el lugar y en manos de la gente”, *Estudios Sociales*, 105 (trimestre 3), 2001,CPU; “Desarrollo (local): ¿De qué estamos hablando?”, *Estudios Sociales*, 107 (trimestre 1);, 2003,CPU; “La doctrina (oculta) de la descentralización chilena”, Documento preparado en respuesta a una invitación del Ministerio de Planificación y Cooperación (MIDEPLAN) para colaborar al libro: *Desarrollo Regional. Balance de una década de Gobiernos Regionales*).

referencia a la dimensión territorial de dicho proceso. Se trata de una visión no integral y sistémica que aún no ha sido superada. Al respecto, autores como H. VON BAER y C. PALMA T.<sup>391</sup> han denunciado la inexistencia de una política de Estado en la materia.

Así, CARRASCO D.<sup>392</sup> ha mostrado las dificultades de los intentos de reforma de parte de los parlamentarios y presidentes chilenos durante la constitución de 1925. Dificultades no superadas por la Constitución de 1980 que, como lo ha contado H. POZO<sup>393</sup>, instrumentalizada por el gobierno dictatorial de PINOCHET, perseguía una regionalización únicamente orientada hacia un control de hierro del espacio y a una participación local puramente ‘ceremonial’.

Conviene señalar aquí algunas diferencias entre los autores. Así, J.L. CEA E.<sup>394</sup> como J.C. FERRADA<sup>395</sup>, llaman a la constitución de un Estado descentralizado regionalmente. Este último pone el acento sobre la débil representatividad de las instituciones descentralizadas chilenas.

De su lado, H. NOGUEIRA A.<sup>396</sup> y F. CUMPLIDO C., consideran que la Constitución asegura una descentralización adecuada de la administración del Estado.<sup>397</sup>

---

<sup>391</sup>BAER, H. von y PALMA T., C., “Hacia una política de Estado en descentralización y desarrollo local y regional: fundamentos para la construcción de una agenda concordada”, en *Rompiendo Cadenas del Centralismo en Chile*, Santiago, Instituto Libertad y Desarrollo, 2008.

<sup>392</sup>CARRASCO D., S., “Iniciativas sobre descentralización y regionalización durante el periodo de vigencia de la Constitución política de 1925”, *RCD*, Vol. 24, n°2, 1997, pp. 321-335.

<sup>393</sup>POZO, H., “La participación en la gestión local para el régimen autoritario chileno”. Documento de trabajo FLACSO-Santiago de Chile, N° 287, marzo de 1986.

<sup>394</sup>CEA E., J. L., “Hacia el Estado regional en Chile”, *RCD*, Vol. 24, n° 2, 1997, pp. 337-351,

<sup>395</sup>FERRADA B., J.C., “El Estado administrador de Chile: de unitario centralizado a descentralizado y desconcentrado”, *Revista de derecho Valdivia*, 10, pp. 15-123; también: “El Estado regional chileno: un modelo de descentralización administrativa sin participación política”, *RIAP*, 6: 183 y ss., 2001; “Las actividades de investigación de las universidades y el fortalecimiento institucional de los GR. España, Francia, Italia, Chile: experiencias de descentralización y desarrollo regional”, en *Seminario realizado en Valparaíso, 27 al 29 de Junio de 2001* Este último se puede consultar en línea: [http://www.subdere.gov.cl/1510/articles-70196\\_recurso\\_1.pdf](http://www.subdere.gov.cl/1510/articles-70196_recurso_1.pdf)

<sup>396</sup>NOGUEIRA A., H., *El gobierno regional en Chile y la experiencia comparativa*, Cuadernos universitarios. Serie Debates / Universidad Nacional Andrés Bello; 2; “Un modelo de Estado unitario descentralizado administrativa y políticamente para Chile: reflexiones prospectivas de los gobiernos regionales a mediano plazo. Reflexión y análisis sobre el proceso de descentralización en Chile”, Santiago, Ministerio de Planificación y Cooperación, Ministerio del Interior-Subdere y PNUD, 1998; “El régimen jurídico-constitucional del gobierno y la administración interior del Estado en Chile”, En: BERCHOLC, J.O. (Dir.); ALVES, J. (Filho) ... [et al.] *La organización política del territorio en América y España: federalismo e integración*; Ciudad de Buenos Aires. Lajouane, [2008] 1a. ed. marzo 2008. Congreso Internacional sobre Organización Política del Territorio, Federalismo e Integración (2008: Buenos Aires, Argentina); con CUMPLIDO C., F., *Instituciones políticas y teoría constitucional*, 2 T., Editorial Universidad de Talca, 2001

<sup>397</sup>NOGUEIRA A., H. y CUMPLIDO C., F., *Instituciones políticas y teoría constitucional*, T1, Editorial Universidad de Talca, 2001, p. 335.

En fin, en una postura más radical, autores como M. TOBAR<sup>398</sup> y D. BENAVENTE M.<sup>399</sup>, se refieren a la necesidad de que el proceso de descentralización asuma una seria reforma política que la lleve hasta lo que nombran el Estado Regional, para el primero, o democracia regionalista, para el segundo, que se apoyaría sobre liderazgos políticos territoriales bien enraizados.

Las consideraciones y conclusiones provisionarias de A. VIERA-GALLO<sup>400</sup> sobre el proceso chileno de descentralización son claras: el Estado chileno no se inscribe en ningún modelo conocido de descentralización. Su forma actual vio la luz después del trabajo realizado por el gobierno militar bajo impulsos reformistas que no obedecieron a un objetivo claro a alcanzar. Además, del hecho del doble carácter del Intendente y de las atribuciones disfuncionales existentes ente el Consejo Regional y el Parlamento, no hay coherencia entre el Gobierno central y el regional. Al mismo tiempo, por tradición y peso, la municipalidad es en comparación más fuerte que el gobierno regional (por ejemplo en materia de educación y de salud municipal). Conjuntamente, existe una disfunción entre la concepción política de los gobiernos regionales y sus autonomías efectivas, en especial en materia financiera donde se nota un papel preponderante de los ministros de Hacienda y del Interior. En fin, el traslado de competencia es simplemente programático (art. 114 CPR) y queda por definir lo que serían algunos gobiernos de las aéreas metropolitanas.

Como se ha visto, los escollos terminológicos y conceptuales no son la exclusividad de Chile. Las contorsiones a las cuales la doctrina francesa dio lugar a propósito de la distinción (o no) entre descentralización y libre administración, entre el carácter globalizante de la una o de la otra, etc. son una demostración más de la dificultad del asunto tratado. En definitiva, el de la autonomía territorial.

---

<sup>398</sup>TOBAR, M., “Estado Regional y Democracia Participativa: dos caras de una misma moneda”, en *Pensando Chile desde sus Regiones*, Temuco, Ediciones Universidad de la Frontera, 2009.146-164 pp.

<sup>399</sup> BENAVENTE M., D., *Descentralización: la revolución olvidada*, Temuco, Editorial UC Temuco, 2010 (2° éd.).

<sup>400</sup> Entrevista realizada con A. VIEIRA-GALLO.

## **Conclusión del capítulo 1. Los modos de acceso jurídico del poder territorial en Chile y en Francia**

En resumen, en los dos sistemas la doctrina está relativamente de acuerdo sobre los elementos fundamentales de la descentralización. Pero, en los dos sistemas, el constituyente y/o el legislador ha instaurado variantes o matices prácticos que deben ser distinguidos: “descentralización-libre administración” para Francia, “acentralización” municipal y “regionalización” para Chile.

El término descentralización entonces no se puede invocar de modo tan fácil para describir situaciones diferentes, y hay que remontarse al fundamento político proclamado de esas soluciones técnicas: una cierta autonomía, a plazos, de los entes territoriales de cada país.

Hay varias maneras de estudiar jurídicamente la “descentralización en general”: positivista, “realista”, y socio-jurídicamente. No son exclusivas las unas de las otras. Como lo subrayó J. CAILLOSSE, no existe *a priori* ninguna jerarquía de valor entre éstas y no hay entonces, en absoluto, una buena o mejor razón de escoger una por sobre otra, y sobre todo una contra las otras. En cambio, las circunstancias pueden informar la elección<sup>401</sup>. Y la mía está en intentar combinar esos diferentes enfoques en un método que debe aspirar a ser - en la medida de lo posible y conforme mis medios - lo único que puede ser: el *análisis de una política pública desde la perspectiva del derecho*.

Hay que tomar en cuenta esos diferentes parámetros y privilegiar un enfoque jurídico y no solo descriptivo y estático. En efecto, la descentralización, como sistema de administración, es “una forma de organización teorizada en torno a unos principios de funcionamiento y de acción, e incluso que remite a técnicas jurídicas particulares, utilizadas en conformidad con una representación idealizada de la organización del Estado”<sup>402</sup>.

Se puede entonces estudiar jurídicamente la descentralización a través de uno o varios de sus instrumentos jurídicos. El marco siguiente, basado sobre algunos de estos, permite una primera comparación entre Chile y Francia respecto del estudio del poder territorial.<sup>403</sup>

---

<sup>401</sup> CAILLOSSE, J., *Les “mises en scène » juridiques de la décentralisation*, LGDJ, Série politique n° 52, 2009, p. 87.

<sup>402</sup> FÉRAL, F., p. 115

<sup>403</sup> Un estudio exhaustivo de los diferentes instrumentos (por ejemplo, la personalidad jurídica, la tutela, el poder jerárquico, etc.) parece imposible. Incluso, más allá del marco de esa tesis.



Principales normas constitucionales francesas relativas a la descentralización	Principales normas constitucionales chilenas relativas a la descentralización
<p><b>Principios relativos a la <i>libre administración</i> de las colectividades territoriales (72 inc. 3)</b></p> <p>A. autonomía institucional : Designación de los órganos de las colectividades por elección (72, inc.3)</p> <p>B. autonomía de gestión : relativa Depende de la jurisprudencia constitucional y administrativa</p>	<p><b>Principios relativos a la <i>autonomía</i> de los entes territoriales (solo para las municipalidades: art. 118, inc. 4)</b></p> <p>A. autonomía institucional : Designación de los órganos de las colectividades por elección (arts. 113 inc. 2 y 5 y 119 inc. 1)</p> <p>B. autonomía de gestión: - relativa para los municipios - inexistente para las regiones. Depende de las jurisprudencias constitucionales y ordinarias.</p>
<p><b>Principios constitucionales relativos a la repartición de las competencias</b></p> <p>A. principio de subsidiariedad: se pretende (72 inc. 2)</p> <p>B. Libre administración en las condiciones previstas por la ley (72 inc. 3)</p> <p>C. Principio de la experimentación-traslado (37 inc. 1)</p> <p>D. Prohibición del ejercicio de una tutela entre</p>	<p><b>Principios constitucionales relativos a la repartición de las competencias</b></p> <p>A. Para los cuerpos intermedios, no para los entes territoriales (art. 1, inc. 2 y art. 3)</p> <p>B. Ejercicio de funciones y atribuciones definidas por la ley (art. 118 inc. 5 y 113, inc. 1)</p> <p>C. Sin principio de experimentación-traslado, pero posibilidad (controvertida) de traspasar competencias a las regiones por decreto (art. 114 inc. 1)</p> <p>D. NO</p>

<p>colectividades (72 inc. 5)</p> <p>E. Posibilidad del “líder” (<i>chef de file</i>) (72 inc.5)</p> <p><b>Títulos jurídicos de determinación de las competencias</b></p> <p>I. La ley (art. 72, inc. 2)</p> <p>II. El decreto (experimentación-derogación: art. 37-1)</p> <p>Existencia de disposición constitucional relativa a una <b>cláusula general de competencias: NO</b></p>	<p>E. No mencionado, pero existe en práctica</p> <p><b>Títulos jurídicos de determinación de las competencias</b></p> <p>I. La ley (art. 118 inc. 5 y art. 113 inc. 1)</p> <p>Existencia de disposición constitucional relativa a una <b>cláusula general de competencias: SÍ</b> (arts. 118 inc.3 y 111 inc. 2)</p>
<p><b>Condiciones de la autonomía financiera</b></p> <p>A. Autonomía de gestión encuadrada por la ley (72-2 inc. 1)</p> <p>B. Cierta autonomía fiscal (72-2 inc. 3)</p> <p>C. Protección mínima de los recursos (72-2 inc. 3 a 5)</p>	<p><b>Condiciones de la autonomía financiera</b></p> <p>A. Autonomía de gestión encuadrada por la ley(arts. 113 inc. 7 y 122)</p> <p>B. Posible autonomía fiscal( art. 115 inc. 2)</p> <p>C. Protección mínima de los recursos (art. 115 inc. 2)</p>
<p><b>Modalidades de democracia local participativa</b></p> <p>1. petición (72-1 inc. 1)</p> <p>2. referéndum (72-2 inc. 2)</p> <p>3. consulta (72-2 inc. 3)</p>	<p><b>Modalidades de democracia local participativa<sup>404</sup></b></p> <p>A. NO</p> <p>B. Referéndum (art. 118 inc. 5)</p> <p>C. consulta (art. 118 inc. 5)</p>

Parece ahora que el poder reglamentario es solo uno de los instrumentos de la autonomía de los entes territoriales y que entra en relación principalmente con las tres primeras series de

<sup>404</sup> Solo para las municipalidades art. 118 inc. 2: “La ley orgánica constitucional respectiva establecerá las modalidades y formas que deberá asumir la participación de la comunidad local en las actividades municipales”.

elementos que tratan no solamente de las competencias atribuidas (la manera con la cual son atribuidas<sup>405</sup> y su efectividad<sup>406</sup>), pero también como son ejercidas (por órganos representativos o no, totalmente libremente o no<sup>407</sup>).<sup>408</sup>

Estos puntos son tratados en los capítulos siguientes, porque si no existe definición uniforme y definitiva de la descentralización y la distinción del Estado federal y del Estado unitario no es más de gran ayuda, existe consenso: “lo que es común a todos los sistemas estatales, incluso los más centralizados, es que sus aparatos públicos recogen una parte y modalidades variables de pluralismo territorial. Es decir que las instituciones territoriales<sup>409</sup> – realidad universal – gozan de una autonomía funcional más o menos grande, son más o menos hogares de pluralismo jurídico<sup>410</sup>, se articulan de manera diversa con las instituciones centrales”.<sup>411</sup> El ejercicio de este poder plantea la cuestión de su protección y de su control por el Estado central.<sup>412</sup>

---

<sup>405</sup> Es decir si se reporta al cuadro: 2

<sup>406</sup> También: 1 b) y 3.

<sup>407</sup> Respectivamente: 1 a) y b), 3 a)

<sup>408</sup> Porque, “il semble toutefois que la notion de compétences ne justifie pas la totalité du pouvoir réglementaire reconnu aux collectivités territoriales: celle de libre administration peut également fonder un tel pouvoir”. FERSTENBERT, J., “La libre administration des collectivités territoriales: principe juridique ou notion juridique?”, op. cit. p. 244.

<sup>409</sup> Cf. Capítulos 2 y 3.

<sup>410</sup> Cf. Parte 2.

<sup>411</sup> AUBY, J.-B., préface de GUIHEUX, G. (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation: étude comparée France, Belgique, Canada. Actes du Colloque de la Faculté de Droit et de Science politique de Rennes 18 et 19 novembre 2004*, Bruylant Bruxelles – LGDJ Paris, 2006, p. VIII.

<sup>412</sup> Cf. Parte 3

## Capítulo 2. Naturaleza y características de los entes territoriales chilenos y franceses

Si es difícil aprehender la naturaleza jurídica de un ente territorial, esto se debe al hecho que este concepto hace intervenir elementos extrajurídicos indispensables (sección 1). Parece entonces que se debe renunciar a una definición definitiva y concentrarse sobre sus características propiamente jurídicas (sección 2).

### Sección 1. La naturaleza de los entes territoriales chilenos y franceses

La búsqueda de una definición jurídica exhaustiva del ente territorial parece conducir al fracaso (§ 1) y la doctrina llegó a consagrar y limitarse a su carácter de persona jurídica de derecho público (§ 2).

#### § 1. El imposible encuentro de la noción jurídica de ente territorial

Frente al laconismo de los textos (A), la doctrina está obligada - manteniendo la insatisfacción del jurista dogmático - a hacer intervenir elementos pertenecientes a otras ciencias que la jurídica, y a privilegiar algunos de ellos en desmedro de otros (B).

#### A. Definiciones normativas

Las nociones utilizadas por el constituyente o el legislador reflejan las concepciones respectivas ligadas a la descentralización y a sus binomios respectivos<sup>413</sup>.

Así, los textos franceses son lacónicos y emplean solo el término de colectividades territoriales<sup>414</sup> cuya naturaleza jurídica no está precisada. Si el artículo 72 de la Constitución dice nada en cuanto a la noción misma, el otro inciso de este artículo y de los siguientes

---

<sup>413</sup>Cf. Cap. 1.

<sup>414</sup>Si el uso de los términos “territoriales o “locales” fue objeto de largos debates doctrinales en Francia, ha sido cerrado por el Constituyente para designar de manera genérica todas las colectividades infra estatales francesas. Por ej.: BOURDON, J. “Qu’est-ce qu’une collectivité territoriale?”, *Les cahiers français*, janv.fév. 1989, p. 5 y s.; BOUDINE, J., “La distinction entre collectivités locale et collectivité territoriale. Variation sémantique ou juridique?”, *RDP*, 1992, p. 171. Más recientemente, ha sido afirmado que “le passage de l’appellation utilisée de collectivité locale à collectivité territoriale symbolise le passage d’une manière d’être dans l’État à une possibilité d’évolution vers une manière d’être hors de l’État.” VIGUIER, J., “La décentralisation: d’une manière d’être de l’État vers une manière d’être hors de l’État”, en REGOURD, S.; CARLES, J.; GUIGNARD, D. (dir.), *La décentralisation 30 ans après*, op. cit. p. 43.

permitendibujar un contorno, lo que ha sido emprendido por la jurisprudencia y la doctrina.<sup>415</sup> Y parece que se debe acercar la noción de colectividades territoriales a la de libre administración.

La Constitución chilena no utiliza ningún término genérico para las regiones y las municipalidades, pero da – a primera vista - definiciones más completas de los entes territoriales que las entregadas por la Constitución francesa.

Según el artículo 118 inc. 4 de la constitución, la naturaleza de las municipalidades es de ser una corporación autónoma de derecho público. En cuanto a la región, su aproximación por el texto constitucional es tan delicada como en el caso francés. La constitución no dice lo que es una región, focalizándose sobre el gobierno regional, que está a cargo de la administración superior de la región. Pero aquel no es definido, puesto que todos los elementos mencionados se refieren a “su objeto”, al “ejercicio de sus funciones”, a sus atributos.

## **B. Definiciones doctrinales**

La doctrina intentó aportar elementos de definición más precisos, más finos que las definiciones normativas. Pero, los autores no están obviamente de acuerdo.

Quizás eso se debe al hecho que “la noción de colectividad (o ente) territorial es jurídica en este sentido, y es en tal sentido solamente, que es el “producto” de normas jurídicas o de una doctrina que se situó en el campo del análisis jurídico. Esa noción entonces no es jurídica en sí misma, intrínsecamente, no es un objeto de derecho, sino un objeto al cual se aplica el derecho (normas jurídicas y proposiciones de derecho por recoger la distribución kelseniana), un objeto del derecho”.<sup>416</sup> La idea que predomina es entonces la de incertidumbre jurídica y de imprecisión. De tal suerte que uno se siente obligado a aceptar que “un consenso existe sobre la idea bastante vaga que una colectividad (o ente) territorial es un agrupamiento humano unido por un vínculo territorial y dotado de una organización que le permite de participar a la vida jurídica”.<sup>417</sup>

Se percibe en esa aproximación que las definiciones doctrinales amalgaman elementos que pertenecen a categorías diferentes: algunos elementos constitutivos y algunas condiciones

---

<sup>415</sup> Cf. infra.

<sup>416</sup> MAZÈRES, J.-A., Préface de l'ouvrage de DOAT M., *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, Bibliothèque de droit public, LGDJ, T. 230, 2003, p. XI.

<sup>417</sup> DOUENCE, J.-C., “Le statut constitutionnel des collectivités territoriales” », *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, Vol. 1, Chapitre 1, 1987, p. 63-5, n°27

jurídicas constitutivas de los entes territoriales por recoger la distinción establecida por J. BOURDON, J-M. PONTIER y J-C. RICCI<sup>418</sup>.

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. De misma modo, para B. FAURE, la colectividad territorial se compone de la personalidad jurídica de derecho público, de los asuntos propios y de un control del Estado<sup>419</sup>. Pero percibimos inmediatamente las múltiples aporías que presentan “condiciones jurídicas” tales como los “asuntos propios” o “la autonomía respecto del poder central”.

Si “el reconocimiento de una categoría de asuntos locales, distinta de los asuntos nacionales, es la base de toda descentralización”<sup>420</sup>, aparece primero como una condición socio-histórica y luego como efecto, una consecuencia lógica de la personalidad jurídica.

Además del carácter poco jurídico de los asuntos propios<sup>421</sup>, ¿qué decir de la autonomía? En fin, el control estatal (jurisdiccional, financiero, normativo, etc.) es por definición exterior a la noción de ente territorial.

Así, esas nociones inaprehensibles jurídicamente no participan de la naturaleza jurídica de los entes territoriales, pero ayudan a caracterizarlos.

La doctrina y la jurisprudencia chilenas no escapan a este problema tratándose de las municipalidades<sup>422</sup>. BERNASCHINA, bajo el imperio de la Constitución de 1925, consideraba que “además del territorio y del personal [ es decir el alcalde, los regidores y los funcionarios

---

<sup>418</sup>BOURDON, J., PONTIER, J-M., RICCI, J-C., *Droit des collectivités territoriales*, PUF, col. Thémis, 1<sup>o</sup> éd. 1987.

<sup>419</sup>FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 7. El autor precisa que « c'est la réunion de ces critères [cumulatifs] qui emporte la qualification de collectivité, le défaut de l'un d'entre eux créant la confusion avec l'Etat (qui n'est pas une personne administrative soumise à une tutelle) ou avec l'établissement public (qui n'a pas la compétence générale)”. Idem, p. 7. Sin embargo, esta distinción, genera dudas porque la colectividad territorial tampoco tiene competencia general.

<sup>420</sup>RIVERO, J. *Droit administratif*. Précis Dalloz, Paris, 1971, p. 286.

<sup>421</sup> Que se deben distinguir de las competencias propias que pueden ser definidas por el legislador. Cf. infra cap. 3

<sup>422</sup>No se tratará aquí el caso de las regiones, porque se ha visto, no son más que instituciones desconcentradas y el gobierno regional remite solo a una concepción orgánica de las autoridades regionales y no a un eventual substrato colectivo.

municipales), las Municipalidades tienen los servicios y oficinas municipales, que completan su individualidad orgánica.”<sup>423</sup>

Para J. FERNÁNDEZ R., los cuatro elementos de una municipalidad son el territorio, la población, las autoridades municipales y el patrimonio. Este último –siempre según FERNÁNDEZ R.- es el elemento determinante de la municipalidad por que sin él sería imposible poner en aplicación las acciones materiales necesarias a la persecución de sus fines<sup>424</sup>.

Más recientemente, el Tribunal Constitucional utilizó expresamente el enunciado “elemento constitutivo esencial de la municipalidad” sin el cual no puede existir refiriéndose al territorio y a la población.<sup>425</sup>

Dentro de los elementos fundamentales o constitutivos, se pueden entonces aislar la población y el territorio.

El primero no causa problema porque se percibe intuitivamente que sin el elemento humano, no hay más razón de hablar de colectividad, comunidad o ente, pero la población no es una noción jurídica.

El “concepto de territorio, borroso para los juristas, no puede ser concebido – según J.-CNÉMERY- sin una relación con la representación democrática. Un territorio sin expresión democrática es un simple mapa”.<sup>426</sup> Si esa afirmación es un poco rápida, en el sentido que un señor feudal podía representar un territorio tan bien como lo hacen hoy los elegidos<sup>427</sup>, es bien la

---

<sup>423</sup>BERNASCHINA G., M., *Derecho Constitucional Chileno*. Santiago de Chile, Publicaciones de Derecho Público de la Escuela de Ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, 1944, p. 24 n° 10.

<sup>424</sup>FERNÁNDEZ R., J., *Derecho Municipal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile Ed. 2003, p. 20.

<sup>425</sup>STC Rol 1669-2010, “Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle”, cons. 19: “Los municipios **tienen un espacio físico** donde operan y ejercen sus funciones: la comuna. Esta área geográfica es un **elemento constitutivo esencial del municipio, sin el cual éste no existe**. Para los entes no territoriales, en cambio, el territorio es sólo el espacio físico en que desarrollan sus actividades. **De ahí que el poder de los entes territoriales se entienda sobre la totalidad de la población existente en su territorio**; en cambio, los entes no territoriales actúan con sus poderes únicamente en relación con determinados habitantes. Asimismo, casi nada escapa a lo que suceda a los habitantes de la comuna.”

<sup>426</sup>NÉMERY, J.-C., “Quel avenir pour la relation entre communes et intercommunalités ? », en *Mélanges en l’honneur de Yves Jégouzo. Terres du droit*, Dalloz, 2009, p. 242

<sup>427</sup>Incluso si, “à l’origine, la société féodale s’est construite moins sur une logique territoriale que sur une logique de la réciprocité, de l’échange.” LAVIALLE, Ch., “De la fonction du territoire et de la domanialité dans la genèse de l’État en France sous l’Ancien régime”, *Droits. Revue française de théorie juridique*, Paris, PUF, n° 15, pp.19-31. Pero el territorio aquí está pensado en la lógica de la construcción del poder real preludio al advenimiento del Estado y no como parcela, y reconocida y concedida por el

representación de la población, institucionalizada y organizada mediante autoridades territoriales, lo que importa.

El artículo 113 cap. 2<sup>428</sup> de la constitución chilena, relativo a los elementos estructurantes del consejo regional, se refiere primero a la población y no a la noción de colectividad y cuando se refiere al territorio, es en el marco de la base electoral de los consejeros regionales. En cuanto a las municipalidades chilenas, la Constitución menciona bien la comunidad local <sup>429</sup> y el territorio comunal<sup>430</sup>, pero no los define. La referencia al territorio está en el nombre mismo de las colectividades descentralizadas francesas, pero la constitución no va más allá.

El territorio y la población de los entes territoriales son entonces elementos naturales de estos, pero son aprehendidos por el derecho únicamente en una perspectiva de representatividad de los elegidos territoriales, es decir organizacional<sup>431</sup>. Por un otro lado, el territorio, si permite identificar el cuerpo electoral, define igualmente la competencia *ratine loca* de las autoridades del organismo administrativo territorial, es decir que opera como criterio funcional.

En definitiva, estos elementos, aunque “reales”, y efectivamente útiles para entender la noción de ente territorial, “tienen sin embargo el defecto mayor de ser elementos no-jurídicos, sino simples hechos, de carácter sociológico o geográfico, a los cuales el derecho se aplica, pero que no tienen per se una naturaleza jurídica.”<sup>432</sup>

La noción jurídica de ente territorial es huidiza y se debe componer con elementos no jurídicos pero aprehendidos por el derecho. Sin embargo, ciertos autores han intentado dar algunas definiciones que parecen “más jurídicas” que otras, es decir, que se refieren (o intentan) principalmente a nociones estrictamente jurídicas.

---

Estado moderno a las colectividades territoriales para solo ejercer competencias de administración que aquel ha definido previamente.

<sup>428</sup>Art. 113. inc. 2: “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.

<sup>429</sup>Art. 118 inc. 2: “La ley orgánica constitucional respectiva establecerá las modalidades y formas que deberá asumir la participación de la comunidad local en las actividades municipales.”

<sup>430</sup>Art. 118 inc. 9: “Los servicios públicos deberán coordinarse con el municipio cuando desarrollen su labor en el territorio comunal respectivo, en conformidad con la ley.”

<sup>431</sup>Cf. infra.

<sup>432</sup>MAZERES, J.-A., Préface de l’ouvrage de DOAT M., *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, op. cit. pp. XI-XII.



Esas condiciones jurídicas constitutivas así como su importancia respectiva varían según los autores.

Para Ch. AUTEXIER, “las colectividades locales son personas jurídicas de derecho público cuya competencia es definida en referencia a una porción del territorio de la República”.<sup>433</sup>

R. CHAPUS, a cuyo positivismo jurídico formalista y descriptivo nadie escapó, considera que la colectividad territorial es una persona jurídica de derecho público distinta del Estado, organizada en consejo elegido y disponiendo de una competencia de principio.<sup>434</sup>

Ch. EISENMANN trató la descentralización seguramente del punto de vista jurídico y principalmente del estudio de los actos de las diferentes autoridades – centrales y no centrales- pero la naturaleza de los entes territoriales es silenciada.

En definitiva, esas aproximaciones no pueden evitar recurrir a unos elementos funcionales que no son más del orden de la naturaleza de las cosas y las condiciones jurídicas constitutivas reenvían a las características<sup>435</sup> de los entes territoriales y no a su naturaleza.

## **§ 2. La naturaleza de personalidad jurídica de derecho publico**

Lo hemos visto, “la noción de [entidad territorial] no puede descomponerse en dos o tres elementos independientes. No permite solamente describir un fenómeno social enmarcado por el derecho. Es una noción jurídica que es una multiplicidad”<sup>436</sup> y no hay que perder de vista que la entidad territorial es un “ensamblaje de otras nociones, distintas, heterogéneas y sin embargo no separables”.<sup>437</sup>

El estudio de esa multiplicidad desborda el marco de ese trabajo, pero podemos guardar la personalidad jurídica como criterio fundamental de la naturaleza jurídica, a pesar de la diversidad de las aproximaciones y críticas que puede recibir<sup>438</sup>. En efecto, del punto de vista del análisis jurídico, los dos elementos población y territorio informan menos sobre la autonomía de los entes territoriales que la personalidad jurídica.

---

<sup>433</sup>AUTEXIER, Ch., cit., pág. 620.

<sup>434</sup>CHAPUS, R., *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, Col. Domat, 13<sup>o</sup>éd., 1999, p. 249.

<sup>435</sup>Cf. Infra. b).

<sup>436</sup>DOAT M., *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, op.cit pp. 9-10.

<sup>437</sup>Idem, p. 10

<sup>438</sup>Cf. Infra.

Bien consciente que la personalidad jurídica es una condición principal que no es propia a esas entidades públicas, hay, sin embargo, que guardarla porque **tan histórica como dogmáticamente, sigue siendo el elemento determinante**. En efecto, a la cuestión primera: “¿qué es un ente territorial?”, se contesta primero y unánimemente: “es una persona de derecho público” y luego – según los textos o autores – “cuyas características son...” o “que disponen de...”.

Otros autores en el marco de trabajos específicos se han interesado sobre la variedad de los discursos<sup>439</sup> relativos a los entes territoriales. Hay que reservarlos en mente, y al mismo tiempo retener la aproximación clásica que percibe la entidad territorial como una “institución administrativa **personificada** que representa una población sobre un territorio definido”<sup>440</sup>.

Los discursos sobre la personalidad jurídica, las reglas relativas a su funcionamiento y las consecuencias que ella implica, ilustran la organización del poder en el seno y al exterior de la entidad territorial.

La historia y las doctrinas de la personificación jurídica de la entidad territorial la muestran a la vez **sujeto de** y /luego **del** derecho, y **objeto de** y / luego **de** derecho (A). Esa multiplicidad primero diacrónica y luego sincrónica de sus estatutos llevó durante un cierto tiempo a hacer de esa el alfa y el omega de la descentralización (B).

#### **A. La personificación de las entidades territoriales y su sujeción administrativa**

Los textos, la jurisprudencia y la doctrina han consagrado el papel primordial de la personalidad jurídica en la organización administrativa. Es a partir de la subjetivización del Estado, en un primer tiempo, que serán determinados los otros actores de derecho público<sup>441</sup> (1). De tal suerte que la administración territorial del Estado se define, mediante los conceptos de centralización y descentralización, en función del criterio de la personalidad jurídica (2).

---

<sup>439</sup>Por ejemplo, M. DOAT que estudia los discursos ontológico, administrativo y económico en *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, op. cit.

<sup>440</sup>Idem, p. 15.

<sup>441</sup>Por ejemplo: PANTOJA B., R., *La organización administrativa del Estado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 159: “(...) la personificación de los organismos administrativos ha demostrado ser el eje rector del cuadro de clasificación de la Administración Pública.”

## 1. El origen de los entes territoriales: el criterio corporativo o fundacional

La distinción entre instituciones corporativas y fundacionales es conocida<sup>442</sup>. La historia de las municipalidades y regiones chilenas puede ser situada en paralelo con sus homólogas francesas. El estudio de los dos sistemas jurídicos permite operar la misma escisión tratándose de las comunas o municipalidades por una parte (a), y las otras entidades territoriales por otra (b).

### a) Las entidades territoriales de origen corporativo

Las comunas francesas y las municipalidades chilenas constituyen el primer espacio institucional al cual son confrontados los ciudadanos cotidianamente. Las entidades territoriales de la Edad Media eran corporaciones o asociaciones, pero en todo caso no arrancan su origen<sup>443</sup> de un acto fundador del Príncipe. Éste las reconoce a partir del momento en que las quiere dominar.<sup>444</sup>

En Francia, “el fin del imperio carolingio había conducido al estallido territorial del poder que ningún orden nacional prevaleciendo, contenía eficazmente. En esa ausencia, la sociedad se estructuraba en reagrupaciones espontáneos y limitados en torno a intereses comunes compartidos (económicos, profesionales, religiosos, políticos, sociales...). La noción de corporación o de asociación parecía acaparar toda forma de representación. Al respecto, las ciudades no se distinguían de las comunidades religiosas, de las familias, de los cuerpos

---

<sup>442</sup>Cf. MICHOU, L., *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, LGDJ, 2 Vol., 1906-1909; CONSTANS, L., *Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français*, Paris, Dalloz, 1966; THÉRON, J.-P., *Recherche sur la notion d'établissement public*, Paris, LGDJ, 1976. De mismo modo en derecho comparado, JIMENEZ de CISNEROS CID considera que las corporaciones están formadas en base al principio asociativo y de obligatoriedad para sus miembros, mientras que las personas de derecho público, de tipo institucional, se constituyen en función del principio *fundacional* y de su carácter no asociativo. JIMÉNEZ de C., F.J. (de), *Los organismos autónomos en el Derecho español: Tipología y régimen jurídico*, INAP, Madrid, 1987, pp. 45 et s.

<sup>443</sup>En éste sentido, fuera de su domesticación por el Estado, y de las aproximaciones subjetivistas y objetivistas, la teoría de la institución de HAURIOU interesa particularmente a las entidades territoriales. Se apoya en efecto sobre “une approche pluraliste du droit, en mettant au centre de la production normative, non l'Etat mais l'institution. Sans rejeter la personnalité morale, il [HAURIOU] écarte ce concept afin d'apercevoir des éléments juridiques « prépersonnels et subpersonnels » qui expliquent la fondation pluriel de l'Etat. Il évite aussi le piège du jusnaturalisme en cherchant moins l'origine première du droit qu'en essayant de retracer la généalogie de ce phénomène ». DOAT M., *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, op.cit. p. 106.

<sup>444</sup>V. por ejemplo: DUFÉY, P.J.S., *Histoire des communes de France et législation municipale depuis la fin du XI<sup>e</sup> siècle jusqu'à nos jours*, Genève, 1976, LUCHAIRE, A., *Les communes françaises à l'époque des capétiens directs*, Paris, Hachette & Cie, 1890 ; PETIT-DUTAILLIS, Ch., *Les Communes françaises, caractères et évolution des origines au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, A. Michel, 1947

profesionales (...): todas tenían vocación a gestionar la plenitud de sus intereses propios, a tomar a cargo sus objetivos y sus estructuras. Comprendemos de este hecho la consubstancialidad histórica de las nociones de comuna y de autonomía”<sup>445</sup>

En lo que concierne a las municipalidades chilenas, es cierto que aparecieron más tarde que las comunas francesas, y que las ciudades más grandes fueron objeto de actos fundadores en nombre del rey de España. Su clasificación dentro de los entes de origen corporativo puede entonces ser criticada, pero puede también ser mantenida por las razones siguientes.

A semejanza de las comunas francesas, sus orígenes son anteriores a la caída del Antiguo régimen o del Imperio colonial, lo que les diferencia de las regiones como sus homólogas francesas se diferencian de los departamentos y de las regiones.

Por otro lado, en América latina en general, “la ocupación colonial se hizo primero a partir de los cabildos, aldeas, poblaciones, municipios, municipalidades y otras entidades locales del mismo tipo, que se habían dotado de una autonomía de hecho y escapaban por lo esencial al control de lejanas metrópolis”.<sup>446</sup>

Y si al momento del descubrimiento de América, la municipalidad castellana no era más que la sombra de lo que había sido a la Edad media, esa renace gracias a la fundación de las nuevas ciudades del nuevo mundo.<sup>447</sup> SOTO A. señala “el nuevo entorno geográfico, las distancias de la metrópoli y las nuevas circunstancias sociales, imprimen al Cabildo una vitalidad sorprendente. Los criollos encuentran en él un organismo adecuado para hacer frente a los atropellos de los españoles, en especial en los últimos años del siglo XVIII y en la primera década del XIX.”<sup>448</sup>

En consecuencia, a pesar de los esfuerzos del nuevo Estado moderno y racional, “en Hispanoamérica, sin embargo, la tradición comunal sobrevivió hasta comienzos del siglo XIX”, pues no fue fácil a las autoproclamadas soberanías modernas arrebatar a los cabildos locales las

---

<sup>445</sup>FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*. Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 200, 1998, p. 10

<sup>446</sup>MODERNE, F., “Le *municipio* comme entité politique dans l’organisation territoriale fédérale du Brésil », en *La profondeur du droit local. Mélanges en l’honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 349

<sup>447</sup>SOTO A. escribe “al producirse el descubrimiento de América, no es más que una sombra de lo que había sido en la Edad Media.(...) pero aquí en las Indias, al fundarse alguna ciudad, el viejo y alicaído ayuntamiento reverdece.” SOTO A., A., *La municipalidad*, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 13.

<sup>448</sup>Ibid.

codiciadas “fuentes de legitimidad”. ». <sup>449</sup> En fin, es interesante notar que el carácter corporativo de las municipalidades perduró hasta hoy, puesto que el texto constitucional las califica expresamente de **corporación** autónoma de derecho público. Esa mención, sin embargo, no tiene ninguna consecuencia sobre su autonomía <sup>450</sup>.

### b) El carácter fundacional de las entidades territoriales postrevolucionarias

Tratándose de las otras colectividades territoriales francesas, su emancipación – según F. FÉRAL – se realizó en casi doscientos años, pasando de un estatuto de “colectividades desconcentradas con carácter fundacional” a un estatuto descentralizado con “carácter corporativo” y “lo que constituye lo esencial del fenómeno descentralizado, es que la sociedad civil va a invertir ese marco territorial estatal [desconcentrado de la construcción revolucionaria] para controlarlo progresivamente”. <sup>451</sup> Esa afirmación merece ser matizada, porque en el sistema francés, por ejemplo, “el nivel regional es a la vez el más nuevo -la región se convirtió en colectividad territorial sólo desde 1982 – y el más antiguo en su principio, puesto que la provincia constituía bajo el Antiguo Régimen el territorio de referencia” <sup>452</sup> El caso del departamento pasa a menudo inadvertido o es olvidado, en beneficio del ejemplo más regularmente avanzado de las regiones, porque es mucho más antiguo.

Cierto es que la creación de los departamentos, a la Revolución, se asimila más a un nuevo escalón de la administración del Estado que la comuna, que sigue percibida ante todo como un conjunto de habitantes o una comunidad de ciudadanos <sup>453</sup>, y que la evolución pos revolucionaria ha podido modificar la concepción de entidades territoriales fundadas en primer lugar sobre algunos orígenes comunitarios. Así, “contrariamente a la idea de que la administración presupone una colectividad, la formación del departamento demuestra que una

---

<sup>449</sup>SALAZAR, G., “El Municipio Cercenado” (La lucha por la autonomía de la asociación municipal en Chile, 1914-1973) en SALAZAR, G. y BENÍTEZ, J. (Compiladores), *Autonomía, espacio y gestión. El municipio cercenado*. Santiago, LOM. Universidad Arcis, 1998, particularmente págs.5-16

<sup>450</sup> Cf. infra

<sup>451</sup>FÉRAL, F., *Approche dialectique du droit de l'organisation administrative. L'appareil d'État face à la société civile*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 172

<sup>452</sup>GONOD, P., MELLERAY, F. y YOLKA, PH. (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, T. 1, 2011, p. 285.

<sup>453</sup>Como lo nota justamente J. VIGUIER, là où « la commune se superpose à une **réalité juridique et sociologique** déjà existante...le département est créé de toutes pièces à la Révolution avec **l'intention de briser le découpage** d'Ancien régime, qui n'avait jamais réussi, malgré la volonté royale depuis Philippe le Bel, à supprimer les particularismes locaux. » VIGUIER, J., « La décentralisation: d'une manière d'être de l'État vers une manière d'être hors de l'État », op. cit. pp. 35.

colectividad puede emerger de una administración desconcentrada. De este modo, la perspectiva administrativa da vuelta de una cierta manera al esquema ontológico de desarrollo de la colectividad”.<sup>454</sup>

Tal confusión contribuirá en la dificultad de analizar jurídicamente la descentralización, pues la doctrina olvidó señalar la diferencia original entre las diferentes categorías de entidades territoriales. Ello se aplicará también a la doctrina chilena del siglo XX en su análisis de la regionalización.

Es que, como lo nota J. VIGUIER, “ya en la Revolución, el gusano está en el fruto. El **departamento tenía vocación a quedar no personalizado, la comuna a ser descentralizada desde el origen.** Lo que ha provocado una **perturbación,** es la clasificación en la misma **categoría de dos entidades por naturaleza diferentes, una se enmarca en la manera de ser del Estado y la otra de la manera de ser dentro del Estado.**”<sup>455</sup>

En este sentido, la creación en Francia de la categoría jurídica genérica de colectividad territorial jugó un papel de borrador del carácter ontológico de las comunas. Del mismo modo, la constitucionalización de la noción de descentralización tuvo por efecto, según F. PRIET<sup>456</sup>, reubicar en su justo lugar la libre administración y sus partidarios que veían en ella un justificativo de la existencia de comunidades “naturales” de habitantes. La libre administración reencontraría su papel de modalidad de aplicación de la descentralización, en cuanto noción funcional. El argumento es convincente en que, a diferencia de las comunas, explica la creación de los departamentos y de las regiones y no su simple reconocimiento.<sup>457</sup>

Sin embargo, se debe constatar que los departamentos y luego las regiones francesas, las municipalidades y regiones chilenas (estas últimas en menor medida), van a adquirir rápidamente los caracteres de corporaciones y no más de fundaciones. Pasará seguramente lo mismo con los establecimientos públicos de cooperación intercomunal (EPCI) que están

---

<sup>454</sup>DOAT M., *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, op. cit. p. 166.

<sup>455</sup>VIGUIER, J., “La décentralisation: d’une manière d’être de l’État vers une manière d’être hors de l’État”, op. cit. pp. 36.

<sup>456</sup>PRIET, F., “Sur une notion désormais constitutionnalisée: la décentralisation », en *Mélanges en l’honneur de Yves Jégouzo. Terres du droit*, Dalloz, 2009, p. 259.

<sup>457</sup>KADA, N., “Déconcentration et décentralisation: une fable contemporaine”, en REGOURD, S.; CARLES, J.; GUIGNARD, D. (dir.), *Réformes et mutations des collectivités territoriales. Actes du colloque de Toulouse 2010 – IDETCOM (EA 785) Université Toulouse 1 Capitole, L’Harmattan 2012*, pp. 239-253, part. 242.

redibujando el mapa comunal francés.<sup>458</sup> El sentimiento de comunidad de habitantes y/o la atribución de la cláusula general de competencia son las mejores señales de ello.<sup>459</sup>

La creación de las regiones chilenas es contemporánea con las regiones francesas.<sup>460</sup> Su desarrollo institucional, aunque mucho más lento, va igualmente en el sentido de la acceso al estatuto de entidad territorial completa.<sup>461</sup>

## 2. Las “puestas en escena” jurídicas de las entidades territoriales<sup>462</sup>

La historia de la personificación de las entidades territoriales es tributaria a la del Estado, pero tomó caminos diferentes. Se remonta generalmente<sup>463</sup> a la noción de personalidad jurídica (moral en francés) a la antigüedad romana<sup>464</sup>. Por las fuentes u orígenes latinas, la noción de fisco, que tendrá tanta importancia en la doctrina alemana y en la doctrina administrativa chilena debe ser recordada<sup>465</sup>. Esa como instrumento de distinción entre los

---

<sup>458</sup>Cf. Infra. A ce titre J.-M. AUBY ya señalaba que « il existe des organismes d'origine fondative présentant des traits relevant de la corporation ; il en va effectivement ainsi d'institutions telles que le syndicat de communes ou le district urbain qui, placées dans le cadre juridique des établissements publics n'en demeurent pas moins, à bien des titres, très proches des collectivités publiques » CONSTANS, L., *Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français*, Paris, Dalloz, 1966, préface J.-M., AUBY p. VII.

<sup>459</sup>Los departamentos franceses se beneficiaron de dicha cláusula incluso antes que las comunas por la ley de 1871. Cf. Cap. 6

<sup>460</sup>Cf. supra.

<sup>461</sup>V. la reforma de la ley orgánica regional de junio de 2013 por la ley N° 20.678 *establece la elección directa de los consejeros regionales*, D.O. 19-jun-2013.

<sup>462</sup>Recogiendo el título de CAILLOSSE, J., *Les “mises en scène” juridiques de la décentralisation*, LGDJ, Série politique n° 52, 2009.

<sup>463</sup>Generalmente porque, por ejemplo, M. BOURJOL señala que el derecho romano « avait [déjà] emprunté aux étrusques l'institution de la *communalia* dotée de la personnalité juridique et d'un patrimoine » BOURJOL, M. *Les biens communaux. Voyage au centre de la propriété collective*, Paris, L.G.D.J., 1989, p. 21.

<sup>464</sup>De una manera general, en Roma, « l'existence d'un être humain (notion inconnue à Rome) n'entraîne pas la reconnaissance automatique de l'existence juridique, comme l'institutionnaliserá le christianisme. À Rome, un sujet peut disposer de plusieurs *persona* selon ses domaines d'activité et, inversement, l'ancêtre de la personne morale était une *persona* comprenant plusieurs « sujets ». BIOY, X., « Le droit à la personnalité juridique » *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, catégorie « Théorie des droits fondamentaux », chron. n°12, 7 mai 2012, <http://webu2.upmf-grenoble.fr/rdlf/?p=2145>

<sup>465</sup>Sin embargo, hoy en derecho chileno, la noción de Fisco no se identifica más con la idea de aparición del Estado de derecho o de actividad privada del Estado sometida al derecho común, pero sí con la administración de Estado. GUTIERREZ S., J. R., “El presupuesto procesal de la capacidad en las personas jurídicas, en especial las de derecho público”, *RCD*, vol.36, n.2, 2009, pp. 245-279. El autor recuerda en nota n° 47: “Como hemos visto, en el ámbito europeo la palabra “Fisco” se emplea en su sentido más genuino, para referir en un contexto histórico determinado, a la creación técnica que se utilizó como instrumento de sometimiento del gobernante al Derecho. Esta denominación pasó a nuestra realidad normativa y dogmática para referir al Estado mismo y de manera más precisa **al Estado en cuanto**

bienes del Emperador y los recursos públicos<sup>466</sup> será al origen - más de quince siglos más tarde - de la “fiskustheorie” que postula la sumisión al derecho de una parte de la actividad del Estado absolutista<sup>467</sup> y constituye “el antecedente inmediato de la personificación del Estado”<sup>468</sup>. El pandectismo – movimiento posterior a SAVIGNY<sup>469</sup> - igualmente contribuyó al reconocimiento del Estado como persona pública<sup>470</sup>. La subjetivización del Estado es entonces, un hecho ya antes de la Revolución, pero no explica totalmente la naturaleza jurídica del Estado como las diferentes teorías de la personalidad jurídica sí lo harán en lo que concierna otras agrupaciones, y particularmente, a las entidades territoriales.

Por una parte, la ficción de la personalidad jurídica – pos revolucionaria – no ha sido recibida y utilizada de manera homogénea en Chile y Francia.

---

**administración.** En el mismo sentido, ver CLARO S., L., *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Santiago, Imprenta Cervantes, V. 5, 1927, p. 449. También: AYLWIN, P. y AZÓCAR, E., *Derecho Administrativo*, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1996, p. 179; SILVA C., E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, 1995 p. 138

<sup>466</sup>SOTO K. recuerda que al origen la expresión *fiscus* describía “[...] recipientes o cestos de mimbre, donde posteriormente se guardarían monedas o dineros, sirviendo de arcas”, SOTO K., E., *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, v. 1, p. 175 et s.

<sup>467</sup>“La doctrina del Fisco fue una construcción de los juristas del tiempo del Estado-policía, que hizo posible el sometimiento al derecho de parte de la actividad Estatal. Su fundamento fue la consideración de que en ciertas ocasiones los actos del Estado no se diferenciaban en absoluto de los que hubiera podido realizar un particular. Como consecuencia, se distinguió una actividad privada estatal junto a los actos de poder, estimándose que no había ninguna razón para que aquella no fuese sometida al mismo régimen de los actos particulares. Se arbitró entonces el procedimiento técnico de referir todos esos actos estatales de carácter privado a una persona jurídica, El Fisco, que para responder de ellos, podía incluso ser llevado a los Tribunales”. GARRIDO F., F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Tecnos, 12ª edición, v. 1, 1994, p. 78. Es entonces su carácter técnico, utilitario, el que aparece.

<sup>468</sup>GUTIERREZ S., J. R., “El presupuesto procesal de la capacidad en las personas jurídicas, en especial las de derecho público”, *RCD*, vol.36, n.2, 2009, pp. 245-279.

<sup>469</sup>Como lo subraya, O. JOUANJAN, “le pandectisme peut être considéré d’un côté comme l’accomplissement du programme de SAVIGNY. PUCHTA est le premier disciple de SAVIGNY, et WINDSCHEID en fut l’étudiant à Berlin. Toutefois, le pandectisme est aussi, d’un autre côté, l’expression de l’échec du concept épistémologique savignien » dans la mesure où le droit romain est universel, « ne semble plus un droit quelconque, mais l’incarnation même du droit, un *ersatz* positif au droit naturel”. JOUANJAN, O., art. « Ecole historique du droit, pandectisme et codification en Allemagne (XIX° siècle) » in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2007, p. 576.

<sup>470</sup>Hacia mediados del siglo XIX, los esfuerzos dirigidos a garantizar la autonomía del nuevo Derecho Público, con la necesidad de abandonar las explicaciones personalistas y místicas del feudalismo y el absolutismo, cristalizan en Alemania con una aportación capital, sin duda tomada en préstamo del pandectismo iusprivatista: el reconocimiento del Estado como persona jurídica. El Estado sería, ante todo, una persona jurídica, y esta constatación elemental permite iniciar, justificar y sostener la magna construcción de su comportamiento ante el derecho. La personificación jurídica del Estado se erige así - dice GEBER- en el presupuesto de toda construcción jurídica del derecho público” GARCÍA de ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 6ª edición, v. 1, 1993, p. 26.



Por otra, hubo varias corrientes doctrinales que se posicionaron en referencia a la teoría de la ficción, pero hay que evitar oponerles de manera simplista. Es preferible buscar los puentes que han permitido pasar de las unas a las otras.

#### **a) Algunas interpretaciones a priori divergentes de la teoría de la ficción**

Los entes territoriales, como las otras agrupaciones, han estado sometidos por el derecho. Privados o públicos, esos últimos han sido aprehendidos mediante la ficción de la personalidad jurídica. La teoría de la personalidad fue objeto de una larga evolución desde la Edad Media<sup>471</sup>. Por otro lado, es de costumbre focalizarse para la comprensión de nuestra concepción contemporánea, sobre su renacimiento o su reactualización a partir del siglo XIX por la escuela histórica de SAVIGNY.

La entidad territorial de la Edad Media está diseminada y su personificación al fin del siglo XIII es sólo una máscara puesta por el naciente Estado para controlarlas. Es “a partir del siglo XIV, [que] la palabra “comuna”“entra en el derecho francés...vuelve una noción jurídica”<sup>472</sup>, una persona jurídica del derecho romano nacida de la voluntad del príncipe, cuya secuencia ininterrumpida de edictos y de ordenanzas organiza la domesticación”<sup>473</sup>. La calificación jurídica la hace entrar en el derecho.

En Chile, antigua colonia del imperio español, las comunas no tienen la misma antigüedad que las francesas, pero son tributarias, a su nacimiento al siglo XVI, de la tradición jurídica española y de nuevos parámetros debidos a su alejamiento geográfico.

Tratándose de la primera, “el cabildo indiano es fiel trasplante del viejo ayuntamiento o concejal castellano”<sup>474</sup> y, en España como en Francia, la importancia estratégica que significaba el control de las comunidades para el naciente soberano había llevado a los juristas

---

<sup>471</sup>Le langage atteste cette conception dès le milieu du XIII<sup>e</sup> siècle, puisqu’à partir de l’enseignement d’Innocent IV qui –en 1245, devait proscrire l’excommunication des personnes morales au motif « qu’il s’agit de noms de droit et non pas de noms de personnes »- les juristes multiplient les références aux notions de personne « fictive », « imaginaire », « représentative ». PAYNOT-ROUVILLOIS, A. art. «Personne morale» in *Dictionnaire de la culture juridique*, (sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS), PUF, 2007, p. 1154.

<sup>472</sup>PETIT-DUTAILLIS, Ch. p.112.

<sup>473</sup>BOURJOL, M. *Les biens communaux. Voyage au centre de la propriété collective*, op. cit. p. 28, n°29.

<sup>474</sup>SOTO A., A., *La municipalidad*, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 13:

regios, redescubriendo el derecho romano, a forjar el concepto de *universitas*<sup>475</sup>, que debía escindir la personalidad jurídica del grupo de los miembros constituyendo este.

Se asiste entonces en Europa a la elaboración por los canonistas de la teoría de la **personalidad ficticia**: en cuanto persona separada de sus miembros, implicaba órganos representativos. Las municipalidades chilenas han, sin embargo, adquirido caracteres particulares debido a su alejamiento geográfico.<sup>476</sup>

Al día siguiente de la revolución francesa, el gran debate del siglo XIX sobre la personalidad jurídica toma cuerpo con la oposición de SAVIGNY a los movimientos revolucionarios y de codificación que particularmente pusieron fin al 1<sup>er</sup> Imperio alemán en 1806. De manera más general, “SAVIGNY se relaciona con el movimiento de las ideas contra-revolucionarias y es una política de las comunidades tradicionales y la legitimidad histórica que la soporta que él defiende contra el *hybris* del acto revolucionario de reconstrucción individualista del orden social quien, en desdén del organismo social, solo puede dar luz a esas formas “sin vida” que aborrece”<sup>477</sup>.

Así, la ficción de la personalidad tal como es encarada por la escuela histórica, es una defensa de las agrupaciones y de la colectividad histórica. Y más particularmente de las agrupaciones que necesitan protección. Es decir, de una manera general, casi todas las agrupaciones salvo el Estado.<sup>478</sup> Dos elementos deben ser mencionados.

---

<sup>475</sup>A. NIETO releva así que los "juristas regios, educados en el sistema del derecho romano, empezaron a manejar un concepto inédito para la municipalidad moderna: la *universitas*, la persona moral". NIETO, A., *Bienes comunales*, Madrid, EDERSA, 1964.pág. 192. En el mismo sentido para Francia: MESTRE, J.L. "Historique des collectivités locales: L'apogée de la centralisation et sa remise en cause (1800-1870)", en *Encyclopédie Dalloz des collectivités locales*, n°18.3 fasc. p. 18.9

<sup>476</sup>El nuevo mundo no gozaba de una autonomía total respecto de Castilla, como tampoco estaba enteramente sometido a sus autoridades. En este sentido, el establecimiento de órganos centrales, desconectados en parte de la administración castellana, exclusivamente destinados a regir las relaciones de la península con los territorios de ultra mar (la *Casa de la Contratación*), y la creación de un gobierno distinto del de Castilla (el *Consejo de la Indias*), favorecieron la aparición de un sistema “descentralizado” antes de tiempo.

<sup>477</sup>JOUANJAN, O., A., art. "Ecole historique du droit, pandectisme et codification en Allemagne (XIX<sup>e</sup> siècle)"; en ALLAND, D. y RIALS, S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2007, p. 572

<sup>478</sup>Cf. *Infra*. Por una parte, cuando será evocada la personalidad del Estado, no lo será en un sentido protector de éste, sino más bien de los particulares que podrán citarlo en justicia (*fiskustheorie*), por otra, otras colectividades que el Estado son consideradas como “naturales”.

Tratándose de Chile, GUTIERREZ S.<sup>479</sup> recuerda, citando a HANISCH<sup>480</sup> y a CLARO S.<sup>481</sup>, la influencias de SAVIGNY sobre A. BELLO en materia de personas jurídicas. Este recogió la idea, por una parte, según la cual las personas físicas<sup>482</sup> se imponen al derecho por el solo hecho de ser el fundamento del sistema jurídico y, por otra, que existen personas jurídicas cuya existencia es natural y necesaria, y que no necesitan de la aprobación de una autoridad o de una consagración legal expresa. Dentro de ellas figuran las de derecho público.

Con el Estado cuya cuestión de la personalidad jurídica constituye “la aporía fundamental de cualquier teoría jurídica del Estado de la cual los más grandes teóricos del derecho público no alcanzaron a escapar o evadir”<sup>483</sup>, se agregan la nación, el fisco, las ciudades y las municipalidades que son calificadas de personas jurídicas (morales<sup>484</sup> diríamos en francés) “naturales” o por naturaleza.

Pero, tratándose de las otras personas públicas que el Estado, calificadas de naturales o incluso ficticias, el derecho chileno las encara en términos de reconocimiento para mejor encuadrarlas por el derecho objetivo. Porque BELLO, por ejemplo, señalaba bien que los agrupaciones (públicas) no apuntados por las disposiciones del Código civil, son regidos por leyes y reglamentos especiales.<sup>485</sup>

Por otro lado, la cuestión de la naturaleza de la personalidad jurídica del Estado – parte privada y /o parte pública - está hoy resuelta en doctrina a favor de la unidad de la personalidad de derecho público.

---

<sup>479</sup>GUTIERREZ S., J. R., “El presupuesto procesal de la capacidad en las personas jurídicas, en especial las de derecho público”, *RCD*, vol.36, n.2, 2009, pp. 245-279

<sup>480</sup>HANISCH E., H. "La influencia de Savigny en Bello en materia de personas jurídicas", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Tomo V., 1980, p. 174.

<sup>481</sup>CLARO S., L., *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Santiago, Imprenta Cervantes, V. 5, 1927, p. 447

<sup>482</sup>Así, para HANISCH, en la concepción de SAVIGNY, “La persona jurídica se opone a la persona natural, es decir, al individuo humano, en el sentido que ella, la jurídica, existe sólo para fines jurídicos.” HANISCH E., H. "La influencia de Savigny en Bello en materia de personas jurídicas", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Tomo V., 1980, p. 171.

<sup>483</sup>MAZERES, J.-A., Préface de l'ouvrage de LINDITCH, F., *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 176, 1997, p. XXII. Que se trate de JELLINEK, KELSEN o HAURIUO por citar solo algunos. Se podría decir que es vano buscar la personalidad del creador

<sup>484</sup>HANISCH precisa que “Savigny rechaza el término persona moral, porque ella no toca a la esencia de la persona jurídica, que no tiene nada de común con las relaciones morales y porque la moralidad se opone a la inmoralidad que es un orden de ideas diferente” HANISCH E., H. "La influencia de Savigny en Bello en materia de personas jurídicas", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Tomo V., 1980, p. 171-172

<sup>485</sup>Art. 667, del Proyecto del Código Civil de 1853.

En cuanto a las entidades territoriales, aunque BELLO ha podido considerarlas a veces públicas<sup>486</sup>, a veces mixtas<sup>487</sup> - dejando el lector algo perplejo -, la constitución vigente es clara hoy sobre este punto. Tienen la personalidad jurídica de derecho público.

El sistema francés post revolucionario basado sobre los principios del derecho natural racional y del individualismo del siglo de la Ilustración (autonomía de la voluntad, libertad individual, universalismo del hombre-persona jurídica) va recuperar la figura de la personalidad moral (o jurídica en términos savignianos y chilenos). Si el uso que será hecho por los autores franceses aparece al principio diferente de los autores alemanes o chilenos, el resultado final será el mismo.

La experiencia municipal posterior a la Noche del 4 de agosto y a la Constitución del 24 de junio de 1793, provocó primero la reacción jacobina que insertó las comunas en el aparato administrativo del Estado y que fue confirmada por el Consulado y el Imperio. La desconfianza hacia las entidades territoriales no se difuminó hasta antes de 1830, cuando se les reconoció la personalidad jurídica de derecho público<sup>488</sup>.

Pero, ésta que se apoya sobre las teorías contractualistas, los principios individualistas y la negación de los particularismos territoriales, las encierra en el derecho del Estado. Para la doctrina francesa de la época, no existe otra persona jurídica natural que las de los individuos.

Entonces, si debe existir una personalidad jurídica para las agrupaciones, debe ser definida por los únicos titulares de derecho y creadores del derecho, es decir, los ciudadanos. No hay lugar para una personalidad colectiva inmanente. Así, “el debate abierto por la doctrina clásica adquiere un alcance muy práctico, e incluso político: si las personas jurídicas son

---

<sup>486</sup> Así en el art. 667 del Proyecto del Código Civil de 1853, las municipalidades son “corporaciones o fundaciones de derecho público, como la nación, el fisco”. HANISCH E., H. "La influencia de Savigny en Bello en materia de personas jurídicas", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Tomo V., 1980, p. 174.

<sup>487</sup> En su apéndice de los *Principes du droit Romain* de Savigny, BELLO anota : “Unas son meramente políticas, o pertenecientes al derecho público, v.gr., el Senado; otras pertenecen al derecho privado, en que figuran como verdaderos propietarios, o usufructuarios, contratan, suceden por causa de muerte, demandan y son demandadas (...). Algunas pueden considerarse como mixtas, v.gr., la república, las curias o municipalidades; y serán sólo miradas desde el aspecto de derecho privado.” HANISCH E., H. "La influencia de Savigny en Bello en materia de personas jurídicas", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Tomo V., 1980, p. 173.

<sup>488</sup> Hasta esa fecha, fueron consideradas como simples personas privadas. Tal y como señala HAURIUO, M., citado por ARIÑO O., G., "La Administración Institucional: origen y personalidad", *R.A.P.*, n°63, p. 97.

realidades...el Estado no es libre de crearlas o suprimirlas, se imponen a él. Si al contrario, son puras ficciones, el Estado es su amo”.<sup>489</sup>

Seguramente, la atribución de la personalidad jurídica a las entidades territoriales parece haberles permitido quitar la estricta esfera de objeto del derecho por una de autonomía que les permite existir y realizarse. Pero, se trató más de una empresa de sujeción al derecho administrativo del Estado que de legitimación.

Las fechorías a las cuales ha podido llevar la aplicación de la personalidad ficticia (negación del grupo, dominación legal total, etc.) han provocado varias reacciones, principalmente en Alemania y Francia.

#### **b) Las teorías alternativas y la consagración de la realidad técnica**

Las adaptaciones o la contestación de la teoría estableciendo la alternativa realidad/ficción aparecieron en Alemania y en Francia por razones diferentes. Mientras que el origen de la corriente alemana de la personalidad real se inscribe en una lógica “nacionalista” o “identitaria”, la doctrina francesa tiene unas pretensiones más explicativas y sociológicas.

GIERKE<sup>490</sup>, sobre la base de un estudio de las asambleas y comunidades alemanas de la Edad Medieval, elabora el concepto de “Genossenschaft” cuyo equivalente es el de la corporación o comunidad: la *Corporación* o Genossenschaft se caracterizaba por la unidad de la voluntad surgida de la unión de una pluralidad de voluntades individuales.

El autor alemán partía de una concepción **real** de las personas jurídicas las que consideraba formadas por seres humanos reunidos y organizados por intereses que sobrepasan la esfera de los intereses individuales, y actuando con una fuerza de voluntad y de acción común y única. Así, del mismo modo que la persona física actúa gracias a sus miembros u órganos, la persona colectiva actúa gracias a sus representantes.

---

<sup>489</sup>RIVERO, J., *Droit administratif*, Précis Dalloz, 1980, p. 40.

<sup>490</sup>O. v. GIERKE (1841-1921) fue uno de los principales representantes de la escuela « histórica ». « Germanista tardío », según las palabras de O. JOUANJAN, hizo del redescubrimiento del derecho germánico una de las mayores fuentes de los principios jurídicos que adoptó la Confederación germánica. Sus trabajos contribuyeron a gatillar ultra-Rhin la querrela entre « germanistas » y « romanistas ».

Con la Corporación o *Genossenschaft*, GIERKE hace entrar a las municipalidades prusianas en la categoría de corporaciones de derecho público<sup>491</sup>, mediante la atribución de funciones o competencias sobre un conjunto de actividades que no corresponden al Estado sin por eso ser de la esfera privada.

La obra de GIERKE contribuyó a presentar la atribución del término Corporaciones de Derecho Público a las municipalidades prusianas como una garantía de defensa de los intereses de sus miembros frente al Estado en (re)construcción<sup>492</sup>, todo en una perspectiva dialéctica hegeliana de tensión entre el Estado y la sociedad civil<sup>493</sup>. Esa última se manifestará aquí por la existencia de las municipalidades, de sus miembros y de sus derechos respectivos. La evolución del derecho español, influenciado por la doctrina alemana, se tradujo, por algún tiempo, en la adopción de la **teoría de la realidad** de la personalidad jurídica (o moral) desarrollada por GIERKE.<sup>494</sup> No parece que el derecho chileno haya seguido el ejemplo español y adoptado la significación mencionada del término de corporación de derecho público, puesto que hace de las municipalidades una creación del Estado, mientras que para GIERKE el Estado “es él también una asociación de personas que tiene como miembros las otras asociaciones de personas infra estatal”<sup>495</sup>.

---

<sup>491</sup>ALBERTIN, L., "Les rapports entre les Lander et les communes en Allemagne Fédérale", en *Les pouvoirs locaux a l'épreuve de la décentralisation*, Paris, A. Pedone, 1983.

<sup>492</sup>Hay que ver efectivamente en eso una reconstrucción de las municipalidades y del Estado después de la batalla de Iéna: Como lo recuerda L. DELBEZ: "les Hohenzollern y avaient à peu près complètement détruit les libertés locales, survivance des institutions féodales. Les bourgmestres étaient devenus des fonctionnaires royaux, la police municipale était devenu seul compétent en matière de finances locales. C'est dans ces conditions qu'intervinrent après la catastrophe d'Iéna les réformes de Stein". DELBEZ, L., "Le régime municipal allemand", *RDP.*, n° 47, 1930. La ordenanza del barón Von Stein del 19 de noviembre de 1808 que confiere a las ciudades la autonomía administrativa, se inscribe entonces en el proyecto de regeneración del Estado prusiano después de los fracasos de Iéna y Auerstaedt. Cf. FROMONT, M., "Les compétences du pouvoir local en République Fédérale d'Allemagne", en *La décentralisation en Europe*, Paris, C.N.R.S., 1981, p. 15.

<sup>493</sup>Como lo recordaba S. FLOGAÏTIS, « cette différence entre État et associations infraétatiques a été entièrement fondée par GIERKE sur les idées de HEGEL à propos de l'éminence suprême et la nature universelle de l'État; mais cela n'explique pas pourquoi une structure complètement communautaire est impossible. Le fait que le pouvoir de commandement suprême de l'État doit être respecté comme préexistant montre plutôt la force limitée de l'idée des communautés (*Genossenschaftidee*) soutenue par le mouvement bourgeois, dont le compromis politique avec le traditionnel État monarchique trouve son idéal justification dans le modèle historique-constitutionnel développé de GIERKE.», FLOGAÏTIS, S., *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, Paris, L.G.D.J., 1979, pp. 76-77

<sup>494</sup>Ver por ej: GINER de los RÍOS, F., "Teoría de la persona social . . .", *cit.*, págs. 5 a 31 y 144 a 164, que reconoce haber leído GIERKE agradeciendo HINOJOSA "el conocimiento de ( ...) los libros de GIERKE", p. 30, vid. nota n° 2.

<sup>495</sup>FLOGAÏTIS, S., *op. cit.* p. 76. El otro gran autor de la escuela histórica germánica de las instituciones, también llamada teoría de las comunidades, H. PREUSS ni siquiera aceptaba «la différence de nature

En Francia, la teoría de la realidad encontrará en MICHOU<sup>496</sup> su más ardiente defensor. Abandonando la analogía con la persona humana, JELLINEK y MICHOU operan, a continuación de IHERING<sup>497</sup>, un cambio situando en adelante en el centro el interés colectivo al propio grupo, distinto de los intereses individuales de sus miembros.

El derecho viene a reconocer una realidad sociológica para darle una existencia jurídica necesaria a la organización del Estado moderno antes que esas colectividades se vuelvan unas personas jurídicas (morales) de derecho público distintas del Estado, pero sometidas a su autoridad en la medida que él las va a determinar, es decir, permitirles tener una existencia “autónoma”.

En fin, al principio del siglo XX, la personificación jurídica es negada por algunos autores como DUGUIT<sup>498</sup>, JEZE<sup>499</sup> o VAREILLES-SOMMIERES<sup>500</sup>. Guardar los principios de la *Willenstheorie* que hace del derecho subjetivo un “poder de voluntad”, les obliga efectivamente a rechazar la noción de personalidad jurídica y a explicar los fenómenos colectivos por otros instrumentos jurídicos.<sup>501</sup>

La doctrina chilena no parece tampoco haber sido atravesada por los desacuerdos constatados en Francia y ha adoptado desde el siglo XIX la teoría de la ficción. Se puede sin

---

entre État et communautés infraétatiques soutenue par GIERKE ». Y si « l'État est, d'après lui aussi, le produit d'une construction par étapes dans laquelle plusieurs associations de personnes se rassemblent pour en créer d'autre superposées », l'État reste « de nature purement communautaire et aucun monopole de pouvoir de commandement suprême ne lui est réservé ». Idem, p. 78.

<sup>496</sup>MICHOU, L., *La Théorie de la personnalité morale et son application au Droit français*, L.G.D.J., Paris, 1906, fundamentalmente pp. 235 a 241.

<sup>497</sup>IHERING había definido el derecho subjetivo como “interés jurídicamente protegido” y, entonces, había descartado la voluntad como fundamento de la personalidad jurídica. IHERING, *L'Esprit du droit romain*, T. IV, pp. 323-326. Citado por O. JOUANJAN, p. 1156.

<sup>498</sup>Para L. DUGUIT, se trata de una referencia metafísica que no tiene lugar en derecho positivo. B. DELCROS explica, por su parte, que la negativa de DUGUIT de dotar al Estado de la personalidad jurídica se explica por el hecho que el Estado es una persona soberana, producto histórico "d'une différenciation sociale entre les forts et les faibles dans une société donnée". DELCROS, B., *L'unité de la personnalité juridique de l'Etat. (Etude sur les services non personnalisés de l'Etat)*, Paris, L.G.D.J., 1976, p. 2

<sup>499</sup>Famosa es su expresión: "nunca he almorzado con una persona moral": “Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale”.

<sup>500</sup>“La persona ficticia no es una persona, puesto que es ficticia y lo que es ficticio es nada”. VAREILLES-SOMMIERES, *Les personnes morales*, thèse Paris, 1902, p. 10, cité par DOAT, p. 79, N.p. n°3

<sup>501</sup>La propiedad colectiva para PLANIOL y BERTHELEMY, el contrato de asociación para VAREILLES-SOMMIERES y VAN den HEUVEL.

embargo señalar a un autor como BERNASCHINA, quien negaba la personalidad jurídica del Estado en general y de las municipalidades chilenas en particular<sup>502</sup>. Para él, la municipalidad es un órgano del Estado, es entonces inútil, incluso ilógico otorgarle la personalidad jurídica. Niega la aplicación de la institución de la personalidad jurídica a algunos desmembramientos orgánicos de la administración de Estado. Así, “para nosotros, la Municipalidad no es persona jurídica – de derecho público ni de privado- sino que es un órgano del Estado; es una autoridad u organismo creado por la Constitución Política del Estado, al cual ella misma ha dotado de ciertas atribuciones, derechos y obligaciones, que su Ley de Organización y Atribuciones se ha encargado de reglamentar.

No es necesario recurrir a ficciones para inferir la competencia de los Municipios, ni para buscarles una voluntad distinta de la voluntad de las personas naturales, de los seres humanos que los componen, y que son los únicos capaces de querer (...) las órdenes que una Corporación imparta en algunas de esas materias no derivan de su calidad de persona pública, sino del hecho de haber sido investida de esa competencia por la Ley Fundamental del Estado. Igualmente, no es preciso atribuirles calidad de personas para que puedan realizar sus atribuciones, desde el momento que la misma Constitución dispone que las Municipalidades estarán compuestas de un Alcalde y de varios Regidores, cuyas voluntades particulares decidirán la forme de resolver los asuntos colocados bajo la esfera de poder de la Municipalidad. (...)

---

<sup>502</sup>“La personificación del ente comunal es un derivado de las teorías sobre personalidad del Estado, que tratan de atribuir al ordenamiento jurídico los atributos de los seres humanos, del hombre –personas, como dicen los autores que defienden esa teoría- y entre ellos colocan el patrimonio, la voluntad, el domicilio, la nacionalidad y otros propios...del hombre, que es el único ser capaz de querer desde el punto de vista de la realidad psicológica.

Agregan que este querer es meramente jurídico, que es sólo ficción del legislador –teoría aceptada por el Código Civil chileno- y por tanto las personas jurídicas son personas ficticias; o sea, se le supone la calidad de personas, lo que demuestra que no lo son.

Pues bien, la Municipalidad no ha escapado a ese intento de crear ficciones jurídicas, y con ello atribuye también el carácter de persona jurídica, y con ello se le supone capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones (concepto relativo del Derecho Civil).

Como deriva su competencia del Estado, se dice que la Municipalidad es una persona jurídica de derecho público, porque coopera a la actividad estatal realizando la función administrativa local. El gran argumento de estos autores en apoyo de su doctrina lo encuentran en el inc. 2º del art. 547 del Código Civil chileno, en el que dan algunos ejemplos de personas jurídicas de derecho público, y se incluyen las Municipalidades.

Pero, no satisfechos con buscar una fingida personalidad al Municipio, los mismos autores que entienden del derecho privado, sostienen que las Municipalidades pueden actuar también como personas privadas. Dicen que las Municipalidades pueden contratar una obra pública, por ejemplo, comprar forraje para caballos, etc.” BERNASCHINA, op. cit. p. 25-26, nº12.



En síntesis, la Municipalidad es sólo un órgano estatal, con competencia derivada de la Constitución y de las leyes, sin que se precise buscar ficciones, como la de la personalidad pública del municipio, que no tiene fundamento real alguno, y que los modernos autores entendidos en los problemas y estudios del Estado desechan por inútil y artificial.<sup>503</sup>

Hoy, las posiciones contemporáneas se encuentran sobre una idea simple: las dos teorías encajan o llevan al mismo resultado y “oponer de manera simplista a los realistas contra los partidarios de la ficción no tiene mucho sentido. Razonando a partir de la personalidad moral (o jurídica), el marco jurídico está planteado, la arquitectura diseñada. Que importa entonces saber si el grupo existe independientemente de sus miembros.”<sup>504</sup> El Tribunal Constitucional chileno incluso tuvo la oportunidad de precisar que, tratándose de las municipalidades, “al tener personalidad jurídica de derecho público, **son creadas por el ordenamiento jurídico, no por voluntad de sus integrantes; ejercen potestades públicas y su estatuto jurídico lo define la norma que lo crea.**”<sup>505</sup> El carácter corporativo y auto-organizacional como fundamento de una eventual autonomía está entonces relegado en las mazmorras de la historia.

De una manera general, en Chile como en Francia, la polémica parece pasada y el debate apaciguado: la idea primera de la ficción recupera todo su vigor como medio técnico.<sup>506</sup> De modo que la primacía del positivismo no impide la permanencia de corrientes o aproximaciones con tendencia sociológicas.<sup>507</sup>

CARRE de MALBERG, KELSEN luego EISENMANN compartirán la idea que la discusión doctrinal tradicional que opone la persona física a la persona jurídica (o moral) debe

---

<sup>503</sup>Idem, p. 26-27, nº13.

<sup>504</sup>DOAT M., *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, op. cit. p. 80.

<sup>505</sup>STC Rol 1669-2010, *Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*, cons. 19.

<sup>506</sup>Para M. VARGAS S., “no cabe asomo de duda respecto del municipio, que aunque es una entidad de derecho público, no existe sino en virtud de la ley, a diferencia del Estado que existe por sí solo, no tiene ninguno de los caracteres de la soberanía que distinguen al Estado y lo suelen a veces colocar sobre el derecho.” VARGAS S., M., *Derecho administrativo*, obra póstuma, Imprenta Universitaria, Santiago, 1922, pp. 108-110, citado en HUIDOBRO S., R., “La potestad normativa municipal, estudio histórico-doctrinario para la reconstrucción del derecho municipal chileno”, en PANTOJA B., R. (Coord.), *Derecho administrativo: 150 años de doctrina*, 1a. ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2009., p. 202.

<sup>507</sup>Así, para J.-C. DOUENCE, la Constitución de 1946 hace proceder la existencia de las colectividades territoriales de los derechos y libertades (naturales) del hombre y del ciudadano a establecer relaciones locales. Y de manera general, “les colectivités préexistent à la Constitution qui ne les crée pas mais reconnaît, et donc garantit, leur existence”, DOUENCE, J.-C., «Le statut constitutionnel des collectivités territoriales», *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, Vol. 1, Chapitre 1, 1987, p. 63-4, nº17. Eso es contradicho por los ejemplos recientes de creación ex-nihilo de categorías de colectividades. Y del movimiento intercomunal y de fusión de colectividades.

ser superada porque “(...) un análisis más profundo muestra que es en realidad la « persona física» quien es también, una construcción artificial de la ciencia del derecho, que es también solamente una persona « jurídica »<sup>508</sup>.”

La superación de la polémica no debe, sin embargo, ocultar las diferencias. Hoy más que ayer, la atribución de la personalidad física es una “cuestión de principio, ético o moral porque eso consiste en hacer existir jurídicamente el individuo [mientras que] para la personalidad moral (o jurídica), se trata al contrario de dar el medio de un objetivo diferente, vinculado a la acción colectiva, pública o privada. La personalidad física, en este sentido, releva de **la ontología jurídica**, la forma moral (o jurídica) releva del **funcionalismo**.”<sup>509</sup>

Lo que explica que si la personalidad jurídica induce a la necesidad de mecanismos que permiten imputar derechos y obligaciones, la protección de los derechos de las entidades territoriales no está a la misma altura que la de las personas físicas. Porque, “ficticia, la personalidad moral (jurídica) es una creación arbitraria del legislador y, por consiguiente, puede subordinarla a las condiciones que le gustan, limitar sus derechos, suprimirla eventualmente”<sup>510</sup> Lo que no puede hacer impunemente con las personas físicas. Así, la inserción de la entidad territorial en la organización administrativa mediante su personificación (y cosificación) no ignoró ni Chile ni Francia.

## **B. Una noción jurídica totalizante o sintetizante**

Como lo sintetizó J.-M. PONTIER, la entidad territorial es “una persona pública territorial». La Contraloría General de la República define igualmente la administración, centralizada o descentralizada, en referencia a la personalidad jurídica<sup>511</sup>.

La personalidad jurídica es totalizante: o comprende en su seno otras condiciones jurídicas constitutivas<sup>512</sup> de las entidades territoriales (generalmente presentadas aparte de ella) o

---

<sup>508</sup> KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, op.cit. p. 229.

<sup>509</sup>BIOY, X., “Le droit à la personnalité juridique” *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, catégorie « Théorie des droits fondamentaux », chron. n°12, 7 mai 2012, <http://webu2.upmf-grenoble.fr/rdlf/?p=2145>

<sup>510</sup>BURDEAU, G., *Traité de science politique*. Paris, LGDJ, 1980, T. II, p. 400.

<sup>511</sup>CGR, Dictamen n° 64.792 de 29.09.1970: “los servicios públicos se encuadran dentro del sector fiscal o de la Administración central o del sector autónomo o de la Administración descentralizada, según la personalidad jurídica que posean y atendiendo a la naturaleza de sus recursos”. “Son servicios fiscales o de Administración central los que actúan bajo la personalidad jurídica del Fisco, del Estado en sentido restringido”. “Son entes autónomos o de Administración descentralizada, los servicios públicos que tienen personalidad jurídica distinta del Fisco y manejan su propio patrimonio, pudiendo distinguirse entre ellos, como especies, a las instituciones y a las empresas públicas.”

remite a esas. Es el caso de las nociones de patrimonio, responsabilidad, representación y órgano<sup>513</sup> o aún de competencia(s).

Ya HAURIUO subrayaba “la teoría de la personalidad jurídica, con sus anexos del patrimonio y de la responsabilidad, es el regulador por excelencia de las relaciones jurídicas. Descansa sobre esa idea que cada uno ejerce su derecho por su propia decisión, bajo su propia responsabilidad”<sup>514</sup>

De hecho, “conferir la personalidad, es admitir por anticipado que se va instituir una situación de autonomía jurídica porque un nuevo sujeto de derechos y de obligaciones, dotado de una voluntad y/o de un interés propio accederá así a la vida jurídica.”<sup>515</sup> Es decir que la personalidad implica la capacidad jurídica.<sup>516</sup> Entre los atributos jurídicos vinculados a la capacidad – la cual fluye de la personalidad jurídica – figura el derecho de contratar, de recurrir a un juez, la existencia de un patrimonio propio, de una responsabilidad individualizada.<sup>517</sup> Por lo tanto, el hecho de precisar que las regiones o municipalidades chilenas disponen de la personalidad jurídica y de un patrimonio propio es redundante<sup>518</sup>, pero traduce bien la ambigüedad en la cual esta mantenida la entidad territorial.

Con el siglo XIX, “el sujeto de derecho es solo sujeto en cuanto puede ser considerado como propietario. Si cesa de ser propietario, cesa de existir. El sujeto de derecho solo toma consistencia con su patrimonio, solo atribuyéndose una cosa. Es conocible solo por sus derechos

---

<sup>512</sup> Cf. Supra.

<sup>513</sup> Cf. Infra los desarrollos de la sección 2 de éste capítulo relativos a § 2. *Los acondicionamientos contemporáneos de la personalidad jurídica de las entidades territoriales* y la sección 1 del capítulo 3. *La organización de las entidades territoriales, como manera de ser del Estado*.

<sup>514</sup> HAURIUO, M., *Principes de droit public a l'usage des étudiants en licence(3e années) et en doctorat ès-science politiques*, Sirey, Paris, 1910, p. 3.

<sup>515</sup> LINDITCH, F., *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 176, 1997, p. 181.

<sup>516</sup> Como lo señala F. LINDITCH, “leur définition et leur fonction respective en font des concepts situés à des stades chronologiquement – et logiquement – distinct dans le raisonnement juridique. Car loin d’être interchangeable, les deux notions entretiennent entre elles un lien de causalité qui ne peut être inversé. L’acte qui octroie la personnalité juridique déclenche en effet la condition juridique que l’on désigne ici par l’expression capacité juridique”, Idem, p. 180.

<sup>517</sup> Por ejemplo: STC Rol 1669-2010, *Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*, cons. 19: “al tener personalidad jurídica, son sujetos de derecho. Por lo mismo, pueden adquirir derechos y contraer obligaciones, y ejercer las atribuciones que se les confieren. Cada municipalidad actúa en la vida del derecho con esta personalidad, no con la del Fisco, teniendo su propio representante judicial y extrajudicial.”

<sup>518</sup> El propio Tribunal Constitutionnel chileno notó que « la Constitución señala que los municipios tienen personalidad jurídica de derecho público. Ello significa... [que] tienen patrimonio propio. Por lo mismo, pueden tener bienes corporales e incorporales, ingresos, activos, pasivos.” Idem, STC Rol 1669-2010, *Energía del Limarí S.A....*, cons. 19.

subjetivos, sus atributos.”<sup>519</sup> El patrimonio, presentado por ejemplo al lado de la personalidad jurídica en los textos chilenos es en el hecho una de sus manifestaciones. En Francia, al fin del siglo XIX, “no solamente el patrimonio vuelve una manifestación de su individualidad [de la colectividad territorial], pero es, como universalidad, un todo que se confunde con el sujeto.”<sup>520</sup>

Como lo recuerda M. DOAT, “en lo que concierne al departamento, la cuestión del reconocimiento como sujeto de derecho fue planteada al mismo tiempo que la cuestión de saber si disponía de un patrimonio propio.”<sup>521</sup> Pero, se trata aquí de entidades públicas secundarias, diferentes del Estado y esa cuestión depende entonces de su voluntad de reconocer o no la existencia de un patrimonio propio. De una manera inversa, ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC parecen postular el patrimonio antes que la personalidad jurídica, puesto que afirman que la cuestión de saber si el Estado dispone de la segunda, fluye del hecho que detenta el primero.<sup>522</sup>

Tratándose de la responsabilidad, J.C. FERRADA, por ejemplo, afirma que la descentralización supone simplemente la atribución o el traspaso de potestad a un órgano administrativo personificado, al cual se puede imputar, por consiguiente, las consecuencias jurídicas de sus actos.<sup>523</sup>

En fin, la capacidad jurídica tomó también el nombre de competencia en derecho público. Se debe comprender aquí el término de competencia como la adaptación al derecho público de la noción de capacidad jurídica y no de competencias materiales.<sup>524</sup> Esto no impide que no deben tenerse presentes esos derechos subjetivos (derecho de contratar, de recurrir en justicia, derecho de detener un patrimonio) inducidos por la capacidad jurídica y reconocidos a las entidades territoriales - personas jurídicas de derecho público. Pero, también se deben

---

<sup>519</sup> DOAT M., *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, op. cit, p. 73.

<sup>520</sup> Idem, p. 76.

<sup>521</sup> Como lo recuerda M. DOAT, el *Conseil d'État* lo consagra en 1834 (CE, 27 juin 1834, *Préfet du Rhin*). Esa solución jurisprudencial fue consagrada por la ley del 10 de mayo de 1837 que organizaba la gestión de sus bienes de manera autónoma y, luego, por el art. L. 1 del Código del dominio del Estado. DOAT M., op. cit. p. 77, nb n° 3.

<sup>522</sup> ALESSANDRI R., A.; SOMARRIVA U., M. y VODANOVIC H., A., *Tratado de derecho Civil. Partes preliminar y general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 7ª edición, 2005, v. 1. Citado por GUTIERREZ S., J. R., “El presupuesto procesal de la capacidad en las personas jurídicas, en especial las de derecho público”, *RCD*, 2009, vol.36, n.2 pp. 245-279

<sup>523</sup> FERRADA B., J. C., “El Estado regional chileno: un modelo de descentralización administrativa sin participación política”, *RIAP*, ISSN 1139-3750, N° 6, 2001, p. 183

<sup>524</sup> Cf. infra.

considerar las competencias que les son reconocidas en nombre del principio de especialidad de las personas públicas.

Las competencias, como obligaciones, deberán ser controladas<sup>525</sup>. Pero, también cuando se manifiestan como el uso de derechos subjetivos, al igual que las personas físicas. Pero, esos derechos deben ser igualmente defendidos. El patrimonio remite a la autonomía financiera y el recurso al juez a la posibilidad de defender sus intereses y su competencias, es decir a las garantías de la autonomía jurídica de las entidades territoriales.<sup>526</sup>

## **Sección 2. Las características de los entes territoriales, personas jurídicas de derecho público**

Si la personalidad jurídica pudo aparecer como encerrando otras grandes nociones jurídicas vinculadas a la naturaleza de la entidad territorial, hoy no es suficiente por sí misma para explicar la descentralización territorial (§ 2). Entonces, hay que tomar en cuenta otras características vinculadas no más a una cualquiera autonomía respecto del Estado, sino a un estatuto de órganos al servicio la administración territorial del Estado (§ 1).

### **§ 1. Las características vinculadas al estatuto de las entidades territoriales, órganos administrativos del Estado**

La función administrativa de la entidad territorial (A), implica algunas competencias definidas por el Estado (B) que ejerce un control sobre su ejercicio (C).

#### **A. La administración del territorio: primera característica determinante y razón de ser negadora de la autonomía**

J.-C. NÉMERY, afirma que “desde 1789, Francia, contrariamente a otros Estados europeos, siempre ha sido reacia a una concepción utilitarista de sus instituciones territoriales de base. Esa concepción de nuestra organización territorial y de los principios que la fundan, privilegia el aspecto político del poder local, cuya legitimidad es la primera razón de ser.”<sup>527</sup>

Esa posición parece desmentida **históricamente**, al nivel de los **principios y del derecho positivo**.

---

<sup>525</sup>cf. Cap. 8.

<sup>526</sup>cf. Cap. 7.

<sup>527</sup>NÉMERY, J.-C., “Quel avenir pour la relation entre communes et intercommunalités?”, en *Mélanges en l'honneur de Yves Jégouzo. Terres du droit*, Dalloz, 2009, p. 242.

Como lo subraya M. BOURJOL<sup>528</sup>, los postulados jacobinos de la unidad y de la indivisibilidad del Estado contribuyeron a la identificación de las funciones ejercidas por las entidades territoriales a funciones exclusivamente “administrativas”. El término de “administración interior” utilizado hoy por los textos chilenos podría casi parecer un préstamo del vocablo de la Revolución francesa que había calificado desde 1791<sup>529</sup> al departamento como una “administración interior”.

Así, la función de administración territorial para la cuenta del Estado es la primera negación de la autonomía territorial y no es cierto que “la esencia misma del sistema territorial francés ubica como primer valor el concepto de legitimidad rechazando lejos el utilitarismo del *optimum* dimensional”<sup>530</sup> de las políticas de desarrollo del Estado. Esa visión es, entonces, por parte errónea.

Los sistemas constitucionales chileno y francés distinguen la función de gobierno de la de administración al nivel central. De mismo modo que –muestra del régimen presidencial- el Presidente chileno gobierna y administra<sup>531</sup>, en Francia, es el “Gobierno [que] determinará y dirigirá la política de la Nación”<sup>532</sup>, y que “dispondrá de la Administración y de la fuerza armada”<sup>533</sup>. En su seno, es el “el Primer Ministro [que] dirigirá la acción del Gobierno”<sup>534</sup>, aunque sí, se conoce la realidad del poder de dirección y orientación general que los diferentes presidentes de la Vta. República supieron desarrollar a su favor.

Como lo señalo, P. AYLWIN A., “el distingo entre Gobierno y Administración no es una clasificación jurídica. Es, en cambio, un distingo político.”<sup>535</sup> Se puede definir la función de gobierno como la que consiste en la toma de decisión política y la de administración como la ejecución de la primera. Esa subordinación aparece lógica en la medida que el primero caracteriza la razón fundamental de la organización política y la segunda es sola una modalidad de ella: la primera misión de las organizaciones políticas es bien el mantenimiento de la existencia y la cohesión de la comunidad antes que el bienestar de sus miembros.

---

<sup>528</sup> BOURJOL, M., *La réforme municipale. Bilan et perspectives*, Ed. Bergenn-Levrault, Paris, 1975, p. 107.

<sup>529</sup> Art. 1 del capítulo IV, sección 2 de la Constitución de 1791.

<sup>530</sup> NÉMERY, J.-C., “Quel avenir pour la relation entre communes et intercommunalités?”, op. cit. p. 243.

<sup>531</sup> Art. 24 CPR.

<sup>532</sup> Art. 20 inc. 1 Constitución francesa.

<sup>533</sup> Art. 20 inc. 2 Constitución francesa.

<sup>534</sup> Art. 21, inc. 1 Constitución francesa.

<sup>535</sup> AYLWIN A., P., *Derecho Administrativo*, T. 1, Editorial Universitaria S. A., 1959, p. 15.

La función política se caracteriza por su autonomía, su libertad de acción, su carácter discrecional<sup>536</sup> y no es (o muy poco) el objeto de un control jurisdiccional. Su único límite es el control político ejercido por los representantes del pueblo, lo más cercano posible al instante mismo de la acción política, o, posteriormente, por el pueblo directamente al tiempo de las elecciones. En cambio, la acción administrativa es limitada por la Constitución y la ley, y sometida a los diferentes tipos de controles jurisdiccionales, particularmente el contencioso administrativo.

En lo que concierne a Chile, las regiones y municipalidades existen primero para el gobierno y la administración interior del Estado. El capítulo XIV –“Gobierno y Administración interior del Estado”- señala luego, que el gobierno interior solo concierne a las regiones y las municipalidades aparecen bajo el título “Administración Comunal”.

Por lo que concierne a las regiones, la función de gobierno es de competencia del Intendente regional, agente de confianza del poder central<sup>537</sup>. Al gobierno interior concierne el orden, la tranquilidad y la seguridad pública.<sup>538</sup> Ya ha sido subrayado que la actividad de gobierno, en una óptica militar o gerencial, debía a menudo estar centralizada por motivos de eficacia, de reactividad en la toma de decisión, mientras que la administración, ella, no responde forzosamente a tal necesidad y puede entonces ser centralizada, desconcentrada o descentralizada.

La función administrativa regional se refiere al desarrollo económico, social y cultural y depende del Gobierno Regional.<sup>539</sup> Sin embargo, este último está constituido por el intendente regional y un consejo regional<sup>540</sup> presidido por el intendente regional<sup>541</sup> !

---

<sup>536</sup>“La distinción entre la función de gobierno y de administración proviene del constitucionalismo clásico del 1800. Constituyó la fórmula de otorgar al jefe de Estado un ámbito de libre decisión paralelo a su poder ejecutivo”, PANTOJA B., R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y Modernidad*, Editorial Jurídica de Chile, 1994, N° 41, p. 151.

<sup>537</sup>Art. 111 CPR.

<sup>538</sup>“los Títulos I y II de la LOCGAR, diferenciaron el gobierno de lo que llamaron administración superior, concibiendo al gobierno al estilo del Estado gendarme, la antigua impronta del estado liberal individualista de derecho: poder ejecutivo custodio y garante del orden público y de la seguridad de las personas, y por administración, la labor de análisis, formulación, aprobación, ejecución y seguimiento de los planes de desarrollo humano, cultural, físico, social y económico de la región y la provincia” PANTOJA B., R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y Modernidad*, op. cit. N° 41, p. 160.

<sup>539</sup>Art. 111 inc. 3 CPR.

<sup>540</sup>Art. 111 CPR.

<sup>541</sup>Art. 112 CPR

Existen entonces dos sistemas de administración regional según OELCKERS C: uno desconcentrado para el ejercicio de las competencias de gobierno y otro descentralizado para las competencias propias del Intendente (en cuanto ejecutivo del gobierno regional) y del consejo regional que preside. Si se agrega el hecho que el Intendente es, obviamente, el superior jerárquico de los servicios regionales y, por consiguiente, el destinatario de los recursos de reposición contra los actos del Consejo regional, se percibe cómo la proclamada autonomía resulta muy cuestionable.

Tratándose de las colectividades territoriales francesas y de las municipalidades chilenas, sus ámbitos de intervención son formalmente y materialmente administrativos.<sup>542</sup>

La constitución francesa consagra la libre administración de las colectividades territoriales, no su libre gobierno. Las comunas chilenas constituyen, enuncia el *Diccionario de Administración Pública Chilena*, la “Unidad territorial de administración local que permite asegurar que la acción gubernamental llegue a todos los ámbitos del país con el fin de satisfacer necesidades públicas (...) la comuna es la unidad territorial más desagregada dentro de la división territorial para la administración del país.”<sup>543</sup>

¿Se puede sostener la existencia de otras funciones que administrativas justificando una cierta autonomía? Si se considera que “la administración del Estado, en cuanto término de significación institucional en la República, se presenta funcionalmente a nivel regional y comunal como una actividad de servicio orientada hacia el desarrollo físico, social cultural y económico de la región y de la comuna”<sup>544</sup>, es difícil encontrar otras funciones, incluso unas competencias propias, que no sean comprendidas en esa enumeración. Simplemente se puede decir que “globalmente, esa estructura está encargada de misiones administrativas para la cuenta del Estado y puede accesoriamente desarrollar sus propias competencias.”<sup>545</sup>

De modo semejante, BERNASCHINA afirmaba que la restricción legal de las materias a ámbitos propios de la administración local, y a una porción limitada del territorio, no presentaba obstáculo a que el ejercicio de esas competencias propias pueda conducir a una verdadera

---

<sup>542</sup> Salvo las intervenciones en el ámbito de la ley previstas en beneficio de las colectividades de ultra-mar francesas, cf. infra cap. 6.

<sup>543</sup> *Diccionario de Administración Pública Chilena*, Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2ª Edición, octubre 2002: **Comuna: (adm.loc.)**.

<sup>544</sup> PANTOJA B., R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y Modernidad*, op. cit., nº44, p. 186.

<sup>545</sup> DOAT, M., op. cit. p. 134.



administración general.<sup>546</sup>R. NÚÑEZ M. afirma por su parte, que “los municipios no son, como lo dice la ley vigente meros “*órganos de administración comunal*” sino verdaderos poderes locales que en algún instante la norma constitucional deberá recoger.”<sup>547</sup> Esa declaración no es evidente, pues los procesos de regionalización en curso se orientan a que las municipalidades queden bajo tutela de las regiones

Son entonces, en definitiva, las competencias y el grado de libertad en su aplicación que importan para determinar la “autonomía administrativa” de las entidades territoriales.

### **B. Algunas competencias**

Ya evocado, el término competencia, como el de entidad territorial, es múltiple. Puede entenderse como ámbito de intervención o competencia material<sup>548</sup>, pero también como título de competencia a intervenir en dichos ámbitos. Este último sentido, “más jurídico”, remite a la noción de poder normativo en general<sup>549</sup> y reglamentario en particular. Sin embargo, los dos sentidos son indisociables el uno del otro: la competencia material para que sea ejercida con independencia necesita la competencia normativa, y la segunda supone la primera.

Como noción vinculada e inducida por la de personalidad jurídica, la de competencia remite a la capacidad jurídica del derecho privado de la cual es una adaptación. Así, se puede pensar con F. LINDITCH que la “oposición clásica entre las dos nociones debe poder ser sobrepasada...[su] tesis es que la competencia puede ser entonces entendida como la noción que permite a la capacidad jurídica de insertarse en la legalidad administrativa.”<sup>550</sup>

Por consiguiente, la noción de competencia, en el sentido de la doctrina administrativista mayoritaria<sup>551</sup>, ha sido declinada bajo varios aspectos que caracterizan, primero las personas

---

<sup>546</sup> BERNASCHINA G., M., *Derecho Municipal Chileno*, op. cit. p. 17:”a las corporaciones comunales sólo se entrega la administración local; es decir, la resolución de aquellos asuntos que tienen relación con los interés de una porción limitada de nuestro territorio, aun cuando al resolver sus materias propias los esfuerzos de todas ellas se transformen en una verdadera administración general; por ejemplo, el conocimiento de la justicia local, la concesión de patentes y otros”.

<sup>547</sup> NÚÑEZ M., R., “Realidad y desafíos del municipio chileno”, Universidad Autónoma de Chile, Marzo, 2006, p. 18, [http://www.munitel.cl/file\\_admin/archivos\\_munitel/estudios/estudios2.pdf](http://www.munitel.cl/file_admin/archivos_munitel/estudios/estudios2.pdf)

<sup>548</sup> cf. Supra Introducción e infra Parte 2.

<sup>549</sup> cf. Supra Introducción e infra cap. 7 y 8.

<sup>550</sup> LINDITCH, F., *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, op. cit. p. 186.

<sup>551</sup> Según, F. LINDITCH, para la doctrina administrativista mayoritaria, “la compétence ne se comprendrait que dans le cadre de la légalité.” Entonces, la ausencia de la noción de capacidad en derecho administrativo, y particularmente su uso para establecer el principio general de la autonomía jurídica inducido por la personalización, “tient en définitive à la tendance des auteurs à considérer la personnalité morale davantage comme une technique d’organisation de l’Administration ou un critérium

públicas en general y luego, más particularmente, a las entidades territoriales respecto de los otros sujetos de derecho. Los principales ejes de diferenciación están vinculados a los ámbitos de intervención (principio de especialidad), y al ámbito de validez territorial o personal.<sup>552</sup>

El principio de determinación de las competencias es entonces el principio jurídico que pone en aplicación la sumisión de las entidades territoriales a su misión administrativa y que limita su autonomía. En el caso chileno, el principio de *judicialidad* inscrito en 1980 en la Constitución restringe considerablemente la autonomía territorial puesto que todas las competencias deben estar definidas, lo que es imposible. La jurisprudencia ya tuvo la oportunidad de reconocer que siempre queda un margen de acción a las municipalidades.<sup>553</sup> En el caso francés, es “admitido que la libre administración afirmada por el artículo 72 no incluye la libre reglamentación”, la cláusula general de competencia juega un papel de válvula para las colectividades territoriales.<sup>554</sup>

### C. Un control del Estado

En derecho comparado, la tutela es un elemento inherente a la noción de entidad territorial<sup>555</sup>. Seguramente, “la descentralización implica el principio de la autonomía de las personas morales (jurídicas). Eso significa, que salvo reglas expresas en sentido contrario, las personas morales (esto es jurídicas) descentralizadas son libres de actuar a su manera”<sup>556</sup>. Pero, sus competencias son determinadas por la ley y el control del Estado unitario sobre las entidades territoriales es tan evidente que su ausencia de autonomía real.<sup>557</sup>

Sin embargo, el control es un término múltiple que, según sus modalidades, puede dejar una cierta autonomía. Así, no aniquila forzosamente la autonomía proposicional o la

---

de l'indépendance dont jouissent certains services que comme un acte par lequel est institué un nouveau sujet de droits et d'obligations.” “La capacité et les droits subjectifs qu'elle implique seraient par essence affranchis de toute soumission au principe de légalité », y no quedaría entonces a disposición del legislador otra solución que la noción de competencia para “dar vida” a las colectividades territoriales. Ver LINDITCH, F., *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, op. cit. pp. 185 et 187/188.

<sup>552</sup>Sabido es que EISENMANN refutó la expresión kelseniana de la validez territorial en beneficio de la de competencia personal.

<sup>553</sup>Cf. infra cap. 6.

<sup>554</sup>PONTIER, J.-M., “De l'extension (à venir) du pouvoir réglementaire des régions”, in *JCP, La Semaine Juridique*, n°5. 3 février 2014.

<sup>555</sup>FLOGAITIS, op. cit.p. 116.

<sup>556</sup>MASPETIOL y LAROQUE, *La tutelle administrative*, Paris, Sirey, 1930.

<sup>557</sup>Por ejemplo BERNASCHINA, op. cit. n° 22 “no gozan de plena autonomía, en el sentido estricto de este vocablo, pues dependen de otras autoridades centrales, ya sea directa o indirectamente”

iniciativa de los actos.<sup>558</sup> Este criterio del control muestra de nuevo las adaptaciones de las cuales una institución jurídica puede ser objeto, según el marco jurídico general en el cual es utilizada.

Así, sin perjuicio de los desarrollos ulteriores<sup>559</sup>, se puede señalar que en Francia el control será *a posteriori*, pero ejercido por el representante del Estado, la libre administración debiendo combinarse con el Estado unitario (art. 72-5 Constitución).

En Chile, del hecho de la autonomía - o de la *a-centralización*- de las municipalidades, estas son teóricamente dispensadas de un control de legalidad centralizado del tipo francés, para ser entregado a la iniciativa de los ciudadanos, como en el caso español por ejemplo.

En fin, el artículo 111<sup>560</sup> de la constitución chilena relativo al gobierno regional precisa expresamente que está sujeto a la tutela del Presidente de la República a través sus ministros. En este último caso, se constata que la mezcla de medidas de desconcentración y de descentralización no desemboca en más autonomía, sino que favorece la desconcentración.

## **§ 2. Los acondicionamientos contemporáneos de la personalidad jurídica de las entidades territoriales**

Si la personalidad jurídica permite acceder a una cierta autonomía, es importante (a priori) saber quién la detenta dentro de la entidad territorial (A). Salvo que la personalidad jurídica solo sea una trampa de la autonomía que mantenga a la entidad territorial en una relación de sumisión respecto el Estado (B).

### **A. La determinación de los titulares de la personalidad jurídica**

Dos otras cuestiones deben ser planteadas: el titular de la competencia, ¿es la colectividad territorial, en cuanto persona jurídica corporativa, o los órganos definidos por la ley? Y en el segundo caso, ¿estos disponen de personalidad jurídica?

El sistema francés no cabe en el marco de un sistema de categorización de las entidades territoriales según el grado de su personalidad jurídica. El término personalidad moral

---

<sup>558</sup>Sobre este punto ver la tesis de REGOURD, S., *L'acte de tutelle en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, 1982.

<sup>559</sup> Cf. cap. 8.

<sup>560</sup> Art. 111 inc. 1: "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."

o jurídica no aparece en el texto constitucional francés, pero estaría consagrado, según J. BOUDINE<sup>561</sup> por la necesidad porque el artículo 34 de la constitución francesa prevé dotar a las colectividades territoriales de las competencias y medios necesarios para garantiza su libre administración. La personalidad jurídica es atribuida a la colectividad territorial puesto que el alcalde está encargado, por ejemplo, de representarla ante la justicia. Por otro lado, si las colectividades territoriales se administran libremente es por consejos elegidos, órganos administrativos encargados de expresar la voluntad de la persona “colectividad territorial”. El titular de la competencia es entonces la colectividad, en calidad de persona jurídica corporativa, que la ejerce mediante órganos definidos por la constitución y la ley.

La constitución chilena distingue las corporaciones autónomas de derecho público que son las municipalidades y las regiones.

Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público dotadas de la personalidad jurídica (o moral). Es entonces el órgano “municipalidad” - constituida por el alcalde, que es su máxima autoridad, y por el concejo<sup>562</sup> – el que está dotado de la personalidad jurídica y no la colectividad o comunidad de habitantes.

De nuevo aquí, la influencia de la legislación española y alemana del siglo XIX parece clara: la Constitución de Cádiz de 1812 utilizó el antiguo término “corporación” para referirse a los “Ayuntamientos” (es decir en la terminología chilena actual, las municipalidades), pero no a los “municipios” que remiten a la noción de comunidad o colectividad del antiguo régimen, a las *universitos*. Hay entonces un desplazamiento de la comunidad - representándose y actuando como comunidad a través de órganos representativos - hacia representantes separados de ella.<sup>563</sup> De ese modo, el término tradicional de “corporación” asociado al “*corpus*” original ve su personalidad jurídica pasar de la entidad local hacia sus órganos de administración.

---

<sup>561</sup>BOUDINE, J., «La distinction entre collectivités locale et collectivité territoriale. Variation sémantique ou juridique?», *RDP*, 1992, p. 175.

<sup>562</sup>Art. 2° LOCMU “Las municipalidades estarán constituidas por el alcalde, que será su máxima autoridad, y por el concejo.”

<sup>563</sup>MORELL O. L., y LOPEZ-FONT M., J. F., notan, con decepción al parecer que durante la primera mitad del siglo XIX en España, “el tema de la personificación no se ha planteado en el entorno de las entidades locales. La colectividad en cuanto tal es el punto de referencia de toda la problemática jurídica, y la colectividad no está personificada”. MORELL O., L., y LOPEZ-FONT M., J.F., “Las Juntas Municipales en el Régimen local del siglo XIX”, *Revista de Administración Pública.*, n° 100-102, Enero/Diciembre, 1983, pp. 2203- 2237, part. p. 2205.

Tratándose de las regiones, O. OELCKERS C. afirma que es “correcta para Chile la atribución de personalidad jurídica al órgano y no al espacio territorial que es la región.”<sup>564</sup> . Si el autor no explica su punto de vista, un retorno sobre los debates parlamentarios puede aclararnos. Se entiende efectivamente de ellos que el legislador anticipa el miedo de una partición del territorio<sup>565</sup>, pero otras razones de orden estrictamente material o financiero son posibles.<sup>566</sup>

Para la constitución chilena, la personalidad jurídica no es de la esencia de la naturaleza del gobierno regional, pero sí un instrumento jurídico que le ha sido dado para que pueda ejercer sus funciones.

En definitiva, los dos sistemas consagran a través de la personalidad ficticia, una escisión entre el órgano y los miembros de la entidad. Contrariamente a la afirmación de JELLINEK - propia de la teoría de la realidad - según quien, “el grupo y el órgano son y quedan una misma persona”<sup>567</sup> la persona jurídica es construida gracias al mecanismo de la “representación”, no organicista donde las partes se resumen en el todo, pero donde la persona jurídica da la primacía a los individuos y los representa colectivamente.<sup>568</sup> La investidura del órgano ha desposeído totalmente los habitantes, puesto que es él quien está encargado de asegurar la participación de la comunidad, como si ella solo fuera admitida a pronunciarse sobre sus necesidades de manera incidental. Desprovista de capacidad jurídica como el menor, la comunidad necesita de un representante legal para formular sus aspiraciones y de un animador para organizar su participación al debate público.

Sin embargo, ante el desamor de los ciudadanos hacia los representantes políticos, fue necesario instaurar durante los últimos años mecanismos de democracia territorial – a veces calificada además de “participativa” para que la comunidad pueda actuar un poco más en los asuntos que mediante las elecciones. Es el caso de los referendos y plebiscitos locales.

---

<sup>564</sup>“Los necesarios avances en el proceso de regionalización a través de los principios jurídicos que la sustentan”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVII (1996), p. 352

<sup>565</sup>Ver: Historia de la Ley N° 19.097 Modifica la Constitución Política de la República en materia de Gobiernos Regionales y Administración Comunal, 12 de noviembre, 1991, BCN.

<sup>566</sup>Así, reconocer la calidad de colectividades territoriales implicaría un cuerpo de funcionarios, algunos edificios, entonces gastos suplementarios, e incluso quizás recursos propios y una libertad de gestión.

<sup>567</sup>JELLINEK, G., *L'État moderne et son droit*, T. 2, p. 249, citado por M. DOAT, op. cit. p. 200.

<sup>568</sup>BIOY, X., « Le droit à la personnalité juridique », op. cit.

## **B. La personificación: una noción necesaria, pero insuficiente**

La atribución de la personalidad jurídica permite individualizar las colectividades no estatales y en este sentido, ha sido a menudo asociada a la descentralización porque condicionaría la autonomía orgánica y funcional de las estructuras infra-estatales. Así, O. OELCKERS C. señala que “el hecho que la Constitución Política le haya otorgado personalidad jurídica al gobierno regional determina que este pasa a ser un organismo de la Administración del Estado distinto (...) de la personalidad del Fisco que comprende las administraciones centralizadas y/o desconcentradas. Esta atribución de la personalidad jurídica es categórica para afirmar que estamos ante un ente descentralizado”.<sup>569</sup>

Se debe reconocer con F. FÉRAL que la descentralización ha sido de una cierta manera “canibalizada” por la noción de personalidad jurídica que no es nada más que un procedimiento de pura técnica jurídica y el accesorio del fenómeno sociológico de las agrupaciones una vez reconocidos, o personificados: “aquí entonces de nuevo, la sombra de la personalidad se proyecta sobre la concepción de la doctrina: el solo hecho de poseer la personalidad jurídica se volvió el criterio de la autonomía, esa definiendo misma la descentralización. De nuevo aquí el vicio redhibitorio viene de este fetichismo personalista que hace de la personalidad el fundamento mismo de la autonomía y, por consiguiente, de la descentralización”.<sup>570</sup> Ahora bien, eso es atribuir un carácter fundamental a la personalidad, cuando es solo instrumental y funcional.

Si la atribución de la personalidad jurídica bastó, un tiempo, para afirmar la descentralización, no aparece más como el criterio suficiente y necesario sobre el camino de la autonomía territorial.

Por una parte, la personalidad jurídica no garantiza a los entes territoriales los medios materiales de sus acciones. Seguramente, la personalidad jurídica implica la noción de patrimonio propio, pero si este está limitado al mínimo necesario para solo poder funcionar y que su uso es restringido por directivas del poder central, la autonomía es ilusoria.

---

<sup>569</sup>OELCKERS C., O., “Descentralización administrativa y regionalización”, *RCD*, Vol. 24 n°2, 1997, p. 364.

<sup>570</sup>Para un resumen de la discusión sobre el dualismo (sociológico-naturalista *versus* positivista-ficticio) de los fundamentos de la personalidad jurídica y sus consecuencias sobre la concepción de la descentralización, se puede consultar FÉRAL, F., *Approche dialectique du droit de l'organisation administrative. L'appareil d'État face à la société civile*, Paris, L'Harmattan, 2000, pp. 209-214 y 236-249. La cita es particularmente a las pp. 240-241.

Además, para alcanzar o llegar a una descentralización efectiva, es admitido de manera general, que la autonomía orgánica es asegurada cuando los órganos dirigentes de los entes territoriales no dependen del poder jerárquico y disciplinario del poder central.

En fin, desde un punto de vista estrictamente jurídico, se constata que puede haber personalidad jurídica sin autonomía e, inversamente, que la autonomía no implica necesariamente una personalización jurídica.

La primera manifestación corresponde al movimiento de la “descentralización por servicio”. Este “ha sido interesante para desnudar la personalidad jurídica de su hipócrita cobertura de autonomía, puesto que la personalidad jurídica en el marco de esa descentralización por servicios no obsta ni a la subordinación personal de los órganos, ni al dominio por parte de los órganos centrales de la facultad de decidir de aquellos órganos no centrales”<sup>571</sup>.

Por otro lado, la Contraloría General de la República es el ejemplo mismo de la existencia de “órgano autónomo de la administración [central]<sup>572</sup> no personificado”<sup>573</sup>

## Conclusión del capítulo 2

Por una parte, la noción misma de ente territorial no se presta a las definiciones claras y nítidas, como tampoco a elaboraciones doctrinales definitivas<sup>574</sup>.

Por otra, la teoría de la personalidad moral que permite la pluralidad dentro del Estado, no implica la autonomía porque esa supone la alteridad respecto del Estado.

En efecto, “la teoría de la personalidad jurídica muestra cuanto las nociones de autonomía y descentralización pueden obedecer a lógicas distintas (...) Ella [la autonomía] se “analiza como el aspecto positivo de la independencia”, como el derecho a disponer de sí mismo. La autonomía corresponde finalmente a una problemática mono-institucional tal como la había descrito HAURIUO (es decir de una institución que encuentra en su seno todos sus elementos constitutivos: su objeto – «idea de obra o de emprendimiento» - sus miembros, su poder). Al inverso, la descentralización responde a una lógica de relación entre instituciones,

---

<sup>571</sup>THALINEAU, J., *Essai sur la centralisation et la decentralisation reflexions à partir de la theorie de Ch. EISENMANN*, Thèse, Université François Rabelais – Tours, 1994, p. 278.

<sup>572</sup>GUTIERREZ habla de « organismos de la administración centralizada del Estado como la Contraloría General de la República”, GUTIERREZ S., J. R., “El presupuesto procesal de la capacidad en las personas jurídicas, en especial las de derecho público”, *RCD*, vol.36, n.2, 2009, pp. 245-279.

<sup>573</sup>Idem.

<sup>574</sup>LINDITCH, F., op. cit. p. 122.

cuyo carácter negativo había subrayado EISENMANN: la presencia de órganos «no centrales», beneficiando de derechos reconocidos y sometidos a tutela”.<sup>575</sup>

El ente territorial es en definitiva una persona jurídica particular que es a la vez constitutiva del orden jurídico y de otra persona jurídica singular: el Estado.

Después haber entrevisto ciertas características relacionadas con el “objeto social” de la institución “ente territorial”, se puede examinar los elementos estatutarios vinculados a su organización y a su funcionamiento. Es un hecho que “los asuntos locales (territoriales) no son solamente una cuestión de competencias, sino también una cuestión de autoridades (...) porque no tendrían sentido unas autoridades sin competencias o unas competencias sin autoridades para ejercerlas”<sup>576</sup>

La reunión del conjunto de esos criterios puede permitir de avanzar en la determinación del grado de autonomías de los entes territoriales chilenas y francesas.

---

<sup>575</sup>FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit, p. 15-16.

<sup>576</sup>BÉNOIT, F.-P., “L’évolution des affaires locales. De la décentralisation des autorités à la décentralisation des compétences”, en *La profondeur du droit local. Mélanges en l’honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 24.



### **Capítulo 3. La organización de los entes territoriales chilenos y franceses**

Si la naturaleza y las características de los entes territoriales son definidas por los órganos centrales, ¿estos disponen – al interior de esos límites –de la libertad de auto-organización (sección 1) y de la libertad de decidir su funcionamiento (sección 2)? En efecto, el hecho que sus competencias de acción sean definidas, limitadas y controladas no entraña lógicamente, en sí, interdicción de definir su organización y su funcionamiento interno.

#### **Sección 1. El ente territorial, como forma de ser del Estado**

El Estado, cuando reconoce y/o constituye instituciones secundarias, limita no solo sus fines, sino que también establece las reglas fundamentales de su organización.<sup>577</sup> En el Estado unitario, donde los entes descentralizados no tienen competencia en principio para organizar su administración interior, el legislador definió algunos principios de organización (§ 1), reflejos a menudo de la historia constitucional, cuya aplicación se vuelve a veces difícil (§ 2), incluso imposible, a causa del mismo legislador y de la realidad.

#### **§ 1. Los principios de uniformidad y de la elección**

A diferencia de los Estados federales, las constituciones de los Estados unitarios chileno y francés remiten al legislador la definición de las reglas estatutarias de los entes territoriales. Fruto de la historia pos revolucionaria, éste impuso una tipología y una estructura uniforme al conjunto de los entes estatales (A). La (re) introducción del principio electivo de las autoridades territoriales (B) intentará en un primer tiempo atenuar la pesadez de la uniformidad y del dirigismo estatal que se despliegue sin por eso eliminar el control del Estado.

##### **A. La afirmación del principio de uniformidad**

Como lo había subrayado TOCQUEVILLE, la centralización – y con ella la uniformidad- es una obra del Antiguo régimen (1), perfeccionada por la Revolución (2).

---

<sup>577</sup> MOURGEON, J., *La répression administrative*, Paris, LGDJ, 1967, p. 45

## 1. La construcción del Estado unitario

Históricamente, la imposición de una organización similar en todas las ciudades de Francia data del siglo XVIII<sup>578</sup> y comenzó a manifestarse a través de los Intendentes. De hecho, si "el Estado debe dotarse de una administración eficiente (...) se debe entonces establecer estructuras uniformes que permiten extender del Estado."<sup>579</sup>

La introducción de la institución de los Intendentes por la dinastía de los Borbones que llegó al poder en España en el siglo XVIII impondrá la misma lógica en el nuevo mundo, aunque la uniformidad también ha presidido la arquitectura de las nuevas ciudades en el Nuevo Mundo<sup>580</sup> al momento de la conquista española.

Estas debían estar construidas según un esquema claro y estrictamente establecido por unas instrucciones reales: la famosa construcción "en tablero" formalizada por las ordenanzas de 1573 de Felipe II<sup>581</sup>, pero cuya lógica existía en instrucciones anteriores.<sup>582</sup> Es notable también que el representante en la región del presidente de la República en Chile se sigue llamando Intendente.

Pero es con la Revolución Francesa que se afirmó el principio de unidad " que fluye del principio de igualdad. El Estado es la nación, y la nación es indivisible. Esa indivisibilidad implica que cualquier particularismo local se considera perjudicial para el principio de la unidad. Esta es la realización del artículo 3 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (...) La necesidad de homogeneidad y uniformidad sólo son las aplicaciones prácticas del principio de unidad.»<sup>583</sup>

---

<sup>578</sup> Aunque la atribución de la personalidad jurídica a los agrupamientos comunitarios a partir del siglo XIII constituyó una de sus premisas.

<sup>579</sup> DOAT, M., *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, op. cit. p. 125.

<sup>580</sup> V. La "Real Ordenanza para el establecimiento e instrucción de intendentes de exercito y provincia en el virreinato de Buenos Aires" (Madrid, 1782) que fue puesta en vigencia en Chile en 1786. Cfr. BRAVO L., B., "Judicatura e institucionalidad en Chile (1776-1876): Del absolutismo ilustrado al liberalismo parlamentario", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 1976, p. 76 nota 50.

<sup>581</sup> Ver por ej.: MILAGROS DEL VAS MINGO, M., "Las Ordenanzas de 1573, sus antecedentes y consecuencias", *Quinto centenario*, N° 8, 1985, pp. 83-102; WYROBISZ, A., "La ordenanza de Felipe II del año 1573 y la construcción de ciudades coloniales españolas en la América", *Estudios Latinoamericanos*, n° 7, 1980, pp. 11-34.

<sup>582</sup> Particularmente la fundación de Panamá siguió las indicaciones de las instrucciones reales de 1513. Sobre las diferentes influencias del Medioevo tardío español y del Renacimiento italiano: WYROBISZ, A., "La ordenanza de Felipe II del año 1573...", op. cit. pp. 15-16.

<sup>583</sup> VIGUIER, J., "La décentralisation: d'une manière d'être de l'État vers une manière d'être hors de l'État", op. cit. pp. 34-35

## 2. El principio revolucionario de igualdad

Es costumbre afirmar que la lógica de uniformidad es heredada de la aplicación del principio revolucionario de igualdad. Es que, “apenas el Constituyente toma la medida de la sociedad que comienza a construir, apenas saca las consecuencias administrativas del principio de igualdad afirmado por la Declaración (...) el Nuevo Régimen pone el acento sobre el derecho común y solo entonces puede reanudar con el “*trend*” centralizador”<sup>584</sup>

Se recordará las páginas memorables de TOCQUEVILLE afirmando que si la centralización había empezado con el *Antiguo régimen*, sin embargo, queda la herencia más pesada de la Revolución. Esa relegaba las libertades comunitarias<sup>585</sup>, pero también la nueva libertad individual proclamada por la Declaración de 1789, tras la sed de igualdad, “instrumento y símbolo de la abstracción centralizadora en ruptura con los cimientos mismos del antiguo Régimen.”<sup>586</sup>.

A partir de ese momento, el dominio del espacio se vuelve una de las condiciones de la unidad social y “el aporte esencial de la Revolución a la construcción del sistema administrativo francés contemporáneo, el « principio revolucionario» esencial en la materia, fue la afirmación y la construcción de la uniformidad territorial.”<sup>587</sup>

Pero, la gestión o el dominio del espacio no benefician solo al Estado percibido como potestad opresora, sino también a los ciudadanos. M. DOAT mostró la función de normalización de la autoridad pública que juega el principio de uniformidad, mediante la estandarización de las colectividades territoriales. Así, “cualquiera sea el lugar donde uno se encuentre, el ciudadano está en presencia de una misma administración, con las mismas autoridades y el mismo funcionamiento”<sup>588</sup>. El ciudadano no entra entonces en lo desconocido de las estructuras como si se tratara de otro país o Estado. A esa tranquilidad frente a la administración, se agrega la garantía de una administración neutra que aplica reglas válidas para el conjunto del territorio.

---

<sup>584</sup> DUBOIS, J.-P., “Décentralisation, idée révolutionnaire?”, en MOREAU, J. Et VERPEAUX, M. (dir.), *Révolution et décentralisation. Le système administratif français et les principes révolutionnaires de 1789*, Acte du colloque de Besançon 14-15 décembre 1989, Paris, Economica, 1990, p. 18

<sup>585</sup> “Désormais, au nom du principe d’égalité, tout élément de différenciation doit être exclu. L’idée de membre de la collectivité disparaît. Il n’y a plus d’habitant de la ville ou de la campagne, il n’y a que le citoyen...qui bénéficie d’un statut juridique uniforme ». DOAT, M., op. cit. p. 135.

<sup>586</sup> DUBOIS, J.-P., “Décentralisation, idée révolutionnaire?”, op. cit. p. 18

<sup>587</sup> Ibid.

<sup>588</sup> DOAT M., *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, op. cit., p. 170.

Las desviaciones “autonomistas” y potencialmente arbitrarias hacia el ciudadano son entonces contenidas.

Aquí todavía, las diferencias de concepciones se reflejan sobre el poder de organización interna de los diferentes entes territoriales.

En Francia, las colectividades territoriales tienen un cierto margen de maniobra. Por lo demás, el poder reglamentario territorial se manifiesta, en primer lugar, por la posibilidad de elaborar su reglamento interior. Así, el legislador no puede ir hasta imponer la publicidad de los debates de la comisión permanente de una colectividad territorial y debe dejar la determinación del reglamento interior de dicha colectividad a ella misma.<sup>589</sup>

De mismo modo, “el municipio [chileno] siempre ha tenido un grado de autonomía, para poder administrar con eficacia los intereses locales que le han sido confiados. Esta autonomía puede definirse como la facultad que posee el municipio para darse la estructura interna que estime adecuada y para ejercer las funciones que le son propias”.<sup>590</sup> Esa autonomía relativa en su organización supone que no puede ser sometida, de cerca o de lejos, al poder ejecutivo en lo que concierne su organización, pero solamente a la ley orgánica.<sup>591</sup>

Para las regiones chilenas, el Tribunal constitucional estableció claramente que el gobierno regional tiene ninguna libertad en lo que concierne su organización interna<sup>592</sup>. Más, si la repartición de competencias es “lógicamente” un asunto del legislador orgánico – excepción hecha de las competencias atribuidas directamente por el Constituyente – la organización de la estructura institucional regional no puede ser confiada al ejecutivo nacional.<sup>593</sup>

---

<sup>589</sup>CC., n° 98-407 DC, 14 janvier 1999, cons. 26

<sup>590</sup>FERNÁNDEZ R., J., *Derecho Municipal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 28.

<sup>591</sup>Así: “esta Magistratura ya se ha pronunciado, en diversas oportunidades -como en la sentencia de 22 de septiembre de 1989, Rol N° 80-, sobre la necesidad de respetar cuanto se deriva de la naturaleza autónoma que la Carta Fundamental ha asignado a ciertos órganos del Estado (...), autonomía que se proyecta en una triple dimensión: organizativa, institucional y normativa. La referida autonomía implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva.” STC Rol 1501- 2008, *Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, sobre acceso a la información pública*, cons. 37 y 41; también: STC Rol 1669-2010, “*Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*, cons. 18.

<sup>592</sup>Los términos del capítulo XIV de la Constitución, reiterados en la LOCGAR, parecen particularmente claros.

<sup>593</sup>STC, 155-92 de 21.09.1992, *Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley sobre Gobierno y Administración Regional*, cons. 14: “El hecho de delegar a un reglamento la organización interna del

El Tribunal Constitucional estableció que la organización interna de los gobiernos regionales solo puede ser fijada por la ley. Ello concierne igualmente a su estructura administrativa que se compone de tres divisiones<sup>594</sup>. En razón del aumento posible de las competencias de los gobiernos regionales, está prevista<sup>595</sup> una cierta flexibilidad para su organización, pero la creación de nuevos servicios administrativos deberá ser objeto de una solicitud hacia el Estado. La libertad de gestión y de administración quedará entonces limitada.

### **B. El desafío de la elección como principio de organización**

La primera mitad del siglo XIX fue vivida de la misma manera por los entes territoriales chilenos y franceses. Mientras que en Chile, la permanencia de los *cabildos* abiertos confirma la participación de los ciudadanos del nuevo Estado en los asuntos locales, habrá que esperar en Francia los años 1830 para ver la reintroducción del principio electivo al nivel de las comunas y luego, de los departamentos.

El principio electivo puede ser visto como un medio técnico, así como también como el primer paso hacia la descentralización política.

Para R. CHAPUS, por ejemplo, la elección es solo un método útil, porque "como es más probable que sea independiente del Estado que una persona nombrada, es coherente con ese espíritu que las autoridades descentralizadas sean elegidas"<sup>596</sup>. Como instrumento jurídico, se notará que hoy es (casi) siempre el dispositivo de la elección y del sistema representativo «que es utilizado para relanzar la descentralización, sin fracturar la unidad»<sup>597</sup>. La reforma constitucional chilena de 2009 relativa a la elección directa los consejeros regionales<sup>598</sup> lo ilustra.

Desde mucho tiempo, la doctrina y luego la jurisprudencia han considerado la elección como una de las condiciones, y uno de los medios de la descentralización, incluso de la autonomía de los entes territoriales. Así, para HAURIOU, hay descentralización a partir del

---

*gobierno regional es inconstitucional, pues el artículo 102 (actual 113) de la Constitución entrega la regulación de esta materia a una ley orgánica constitucional".*

<sup>594</sup>La futura División de Planificación y de desarrollo regional, la División de análisis y de control de gestión, la División de la administración y de las finanzas.

<sup>595</sup>Proyecto de Ley N° 115-359, de 12 de septiembre de 2011.

<sup>596</sup>CHAPUS, R., *Droit administratif général*, Tome 1, Paris, Montchrestien, 13<sup>ème</sup> ed., n° 557, p. 384.

<sup>597</sup>DOAT, M., op. cit. p. 135.

<sup>598</sup>Reforma Constitucional en Materia de Gobierno y Administración Regional, Ley 20390, art. Único, N° 5, D.O. 28.10.2009.

momento que las autoridades territoriales son elegidas.<sup>599</sup> Ahora bien, la elección es el medio democrático de la representación.

Además parece bastante justo, si se descarta el medio jurídico que constituye – según la doctrina mayoritaria<sup>600</sup> - la personalidad jurídica, que la idea de representación, que presupone la de elección, prime sobre las otras: el hecho de poder dotarse de sus propias autoridades, según sus propios criterios es la primera manifestación de la autonomía, en su sentido original: darse sus propias normas empieza por deliberar y decidir soberanamente la organización de la ciudad. Como lo había ya señalado J.-A. MAZÈRES, “la existencia – constatada o reconocida – de una capacidad a la representación es bien el primer elemento, el dato necesario para la constitución y la definición de cualquier grupo. El que tiene una relación “activa” con la representación, es decir que se representa algo, o que representa algo, se encuentra de esa manera en posición de sujeto, y esa posición es la fuente de su autonomía”<sup>601</sup>

Históricamente, los representantes de las comunas del alto Medioevo no necesitaban de la personalidad jurídica de estas, sino solo de la autorización del conjunto de los miembros de la corporación para representarles. Si el siglo XIX ve la consagración del principio democrático de la elección por diversas leyes descentralizadoras de inspiración liberal<sup>602</sup>, no hay que olvidar que el principio de la elección de una asamblea representativa y en su seno de un órgano ejecutivo existía antes que los reyes empezarán su obra centralizadora.<sup>603</sup>

No es una casualidad si la consagración del principio electivo corresponde a la segunda mitad del siglo XIX con el advenimiento de un concepto clave de la sociedad liberal: todo el derecho es ahora pensado sobre el modelo “natural” de las relaciones interindividuales, al que la comunidad no escapó. Sobre este punto, uno de los elementos esenciales y necesarios de “existencia” de los entes territoriales es seguramente la atribución de la *personalidad jurídica*, pero ésta requiere de los representantes a diferencia de una persona física.

La elección de los representantes les confiere innegablemente una legitimidad que, si no se sitúa a nivel de los diputados y senadores, tiene los atavíos del político. Además, para ciertos

---

<sup>599</sup> ALONSO Ch., *Recherche sur le principe de séparation en droit public français*, Thèse, Université de Toulouse 1 Capitole, p. 381 nota de pie 1399

<sup>600</sup>Cf. supra.

<sup>601</sup>MAZÈRES, J.-A., “Les collectivités locales et la représentation. Essai de problématique élémentaire”, *RDP*, 1990, p. 625.

<sup>602</sup>Particularmente las leyes que instituyen la elección de los consejeros municipales (1831), de los consejeros generales (departamento en 1833), restablecimiento de la elección del alcalde (1882).

<sup>603</sup>V. LUCHAIRE, A., *Les communes françaises à l'époque des capétiens directs*. Paris, Hachette & Cie, 1890.

autores - sistemas como el español o el chileno - la elección es el principio de la descentralización política, mientras que en Francia el concepto de descentralización política sólo comienza con el ejercicio del poder legislativo. Se recordará que el tribunal constitucional español considera que la existencia de un poder legislativo es el criterio distintivo de la autonomía de las Comunidades que es de naturaleza política<sup>604</sup> y no administrativa como la de los entes locales (en el sentido español, es decir infra comunidad). Se puede dudar, por otra parte, que los elegidos locales de las municipalidades españolas ejerzan una autonomía política, en la medida que están totalmente sometidos a las comunidades autonómicas (CCAA).

Hay, sin embargo, una parte de verdad en esa percepción de la descentralización. La exigencia de consejos territoriales elegidos era, para HAURIOU, una exigencia de libertad política en un Estado unitario descentralizado.<sup>605</sup> Por lo demás, remarcaba que “el procedimiento por el cual la descentralización administrativa es realizada muestra que es en el fondo una descentralización de la soberanía. Se sabe que la reforma esencial consiste a hacer elegir por el cuerpo electoral de la circunscripción las asambleas administrativas locales, y el cuerpo electoral es el cuerpo soberano.”<sup>606</sup>

Es bien este riesgo de “descentralización de la soberanía” que inquieta siempre a los espíritus más jacobinos. Una parte de la doctrina francesa ya se había emocionado con la decisión nº 82-146 DC del 18 de noviembre de 1982 del *Conseil constitutionnel* calificando la elección de los consejeros municipales de elección política. Con ocasión de su decisión *Maastricht I* del 9 de abril de 1992, el *Conseil constitutionnel* juzgó incompatible la cláusula del tratado impugnado que otorgaba el derecho de voto y de elegibilidad a los ciudadanos de la Unión europea a las elecciones municipales. Así, “en la decisión N° 82-146 DC del 18 de noviembre de 1982, el *Conseil constitutionnel* había calificado, a la luz solo del artículo 3 de la Constitución, la elección de los consejeros municipales de elección política. Si hubiera querido permanecer fiel a esa interpretación del artículo 3 de la Constitución, el juez constitucional

---

<sup>604</sup>Ver por ejemplo la decisión del tribunal constitucional español STC 4/1981, *cons. 10* : “Es la Ley, en definitiva, la que concreta la autonomía de cada tipo de entes de acuerdo con la Constitución; *cons.11*: La Constitución contempla la necesidad de que el Estado quede colocado en una posición de superioridad, como una consecuencia del principio de unidad y de la supremacía del interés de la nación, tanto en relación a las Comunidades Autónomas, concebidas como entes dotados de autonomía cualitativamente superior a la administrativa, como respecto de los entes locales”

<sup>605</sup>“La liberté politique résulte d’un certain équilibre, entre les organes du gouvernement et l’ensemble de la nation, par rapport à la souveraineté, et en réalité, d’une certaine décentralisation de la souveraineté”, HAURIOU, M., *Principes de droit public*, Sirey, Paris, 2° éd. 1916, p. 602.

<sup>606</sup>HAURIOU, M., *Principes de droit public*, Sirey, Paris, 2° éd. 1916, p. 610.

tendría entonces que haberse limitado a declarar la cláusula del tratado contraria a esa sola disposición. Al haber retenido una contrariedad respecto de las disposiciones combinadas de los artículos 3, 24 y 72 de la Constitución, el *Conseil constitutionnel* ha condenado, a escondidas, su jurisprudencia de 1982 que asimilaba las elecciones locales a elecciones políticas.”<sup>607</sup>

Si los elegidos territoriales son bien los representantes de su comunidad, no tienen la calidad de representantes del pueblo francés, del mismo modo que los diputados o los senadores cuya representación está fundada en el artículo 3 de la constitución. Eso tiene que ver con el hecho que la calidad de representantes, según P. BRUNET, es una noción que permite asegurar la unidad del Estado y una jerarquización de sus funciones normativas, y debe entonces estar negada a las autoridades territoriales<sup>608</sup> si no se quiere arriesgar la supremacía de la ley. En el marco de la doctrina de la soberanía nacional, ello implica parlamentarios que no representen su circunscripción, pero sí a la nación en su conjunto. Reconocer a los elegidos territoriales un carácter político, es decir un poder de la misma naturaleza que quienes votan la Ley, podría llevar a considerar que la soberanía se ejerce en consideración de intereses territoriales y no nacionales.

Es porque, “la lógica de la elección no es llevada a su fin. Si la colectividad disponía de un verdadero estatuto representativo, podría a su nivel, legislar. El acto territorial arriesgaría volverse demasiado potente respecto de la ley. A fin de evitar tal desbordamiento, la elección territorial queda como una elección administrativa”.<sup>609</sup> Además, el régimen de la elección está siempre establecido por el Estado, lo que relativiza dicha autonomía.<sup>610</sup>

Se notará al fin, con B. FAURE, que la elección se hace a menudo por etapas, la del ejecutivo llegando al último. Es que, “el principio electivo fue una conquista tardía de la democratización de las instituciones descentralizadas donde la asociación entre una asamblea elegida y un ejecutivo nombrado por el poder del Estado, ha sido practicada durante mucho

---

<sup>607</sup>DI MANNO, T., “Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel français”, *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 20* (Dossier : Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel) - juin 2006, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-20/les-revirements-de-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-francais.50637.html>, y GENEVOIS, B., “Le Traité sur l’Union européenne et la Constitution”, *RFD adm.*, 1992, spéc. p. 389-390; FAVOREU, L., *GDCC*, 12° éd., n° 45 y en *RFD const.*, 10-1992, p. 341.

<sup>608</sup> BRUNET, P., *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l’État*, LGDJ-Bruylant- PUR, col. Pensée juridique, 2004

<sup>609</sup> DOAT M., op. cit. p. 180.

<sup>610</sup> Cf. *Infra*. Chap. 4.



tiempo en el interés de moderar la autonomía de las asambleas deliberantes”<sup>611</sup>. El paralelo con la situación del gobierno regional chileno es patente. La propuesta de E. FREI, “*La constitución del bicentenario*” preveía mantener el Intendente como ejecutivo regional y la elección de una asamblea regional siempre presidida por él, pero que hubiera podido estar sujeto a revocación popular mediante plebiscito que obligaría al Presidente de la República a designar otro.<sup>612</sup>

Poco se avanza: primero, sólo el nombre de la asamblea cambiaría y luego, es curioso pensar sólo en una revocación popular por plebiscito, y no como primera opción la moción de censura ejercida por la Asamblea. La solución que existe ya de una cierta manera para las municipalidades, podría ser adaptada al marco regional. No es así como se fortalece, democratiza y responsabiliza a los gobiernos regionales como lo pretende esa propuesta.

### **C. La combinación de los principios: una reproducción y una representación del modelo estatal**

Uno de los elementos del régimen constitucional de los entes territoriales chilenos y franceses, tanto orgánica como funcionalmente, es su carácter electivo y representativo, a la imagen de los órganos del Estado. La elección que está resaltada por el Estado no hace forzosamente un uso de la representación en su sentido democrático. Los entes territoriales son una producción del Estado, que hace de ellas una representación de sí mismo: “seguramente este principio no es, en las instituciones positivas, aplicado en su rigor absoluto. Constituye, además, sólo un aspecto de la descentralización y del estatuto de las colectividades locales. Pero es

---

<sup>611</sup>FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 2<sup>e</sup> édition, 2011, n° 289, p. 227.

<sup>612</sup>La proposición “*La constitución del bicentenario*”: preveía en su punto 3.2) Gobierno regional: 3.2.1) Elección de Asamblea Regional y revocación del mandato del Intendente: Se propone que el Intendente y los gobernadores sigan siendo cargos de confianza del Presidente. Sin embargo, se agrega la idea que el Intendente presidirá el gobierno regional, que tendrá como órgano colegiado una Asamblea Regional de delegados elegidos en votación directa con un sistema proporcional semejante al de los Concejales comunales y de acuerdo a la población y el número de provincias o comunas de cada región. El Intendente quedará sujeto a una forma de revocación popular que pueda obligar al Presidente que los designa a su destitución si luego de reunido un número de ciudadanos de la región se pide un plebiscito y en el triunfa la opción favorable a la revocación del cargo. El Presidente podrá designar al reemplazante discrecionalmente. Lo anterior implica introducir una causal de destitución adicional a la pérdida de confianza del Presidente de la República. Este sistema se ha usado respecto de algunos gobernadores estatales en EE.UU. y en otros países y puede ser útil para Chile. Lo importante es democratizar y responsabilizar a los gobiernos regionales / 3.2.2) Transferencia de potestades políticas y recursos: que El gobierno regional formado por la Asamblea Regional, que preside el Intendente ...”

incontestablemente uno de los datos elementales de su régimen y de la situación de esas colectividades.<sup>613</sup>

Los entes territoriales han sido construidos por la combinación de la uniformidad y de la elección. La fuerza del principio de uniformidad “es que no se aplica solamente dentro de una categoría de colectividad. Debe jugar entre las diferentes instituciones territoriales creadas por el Estado. Por eso el modelo será reproducido en cascada cada vez que se decida crear una nueva colectividad. La unidad es así realizada porque hay una regularidad en las administraciones locales y una continuidad sobre el conjunto del territorio de la acción del Estado”.<sup>614</sup>

El esquema institucional de la descentralización francesa es entonces (*a priori*)<sup>615</sup> relativamente simple y homogéneo, puesto que se caracteriza por ser una copia del mismo modelo de la base comunal hasta los niveles departamental y regional. Es con la ley de 2 de marzo de 1982 que el modelo comunal de un concejo deliberante elegido, quien elige a su turno su órgano ejecutivo, ha sido extendido a otras categorías de entes territoriales. Aunque el modelo está algo alterado en las diferentes intercomunalidades<sup>616</sup>, la elección sigue siendo la regla fundamental.

Los entes chilenos se fundan sobre el mismo principio de uniformidad dentro de una misma categoría<sup>617</sup> y de una cierta manera entre las municipalidades y las regiones puesto que el gobierno regional comprende igualmente una asamblea y un ejecutivo.

Hay que entender que detrás de esa reproducción de la unidad se disimula aún el dominio del espacio por parte del Estado. Como lo sintetizó notablemente J.-A. MAZÈRES, “el espacio representado es bien el del poder del sujeto que inscribe en él su potestad, el espacio del poder que garantiza su unidad. Ahora bien, esa **reducción a la unidad o esa multiplicación de la unidad constituye la esencia misma de la jerarquía**. La noción de subordinación en serie corresponde a este objetivo: la serie bien expresa el pluralismo, que la subordinación de cada elemento a aquel que le es superior termina por regresar a la unidad. O mejor dicho, mediante la serie, la unidad se multiplica sin alterar su potestad: cada elemento existe solo por y en la

---

<sup>613</sup>MAZÈRES, J.-A., “Les collectivités locales et la représentation. Essai de problématique élémentaire”, *RDP*, 1990, p. 617.

<sup>614</sup>DOAT M., op. cit. 168.

<sup>615</sup>Cf. infra.

<sup>616</sup>Cf. Infra, p. 14 et s.

<sup>617</sup>BERNASCHINA, op. cit. p. 22 : « las Municipalidades son uniformes, porque todas ellas están regidas por las mismas normas, tanto en lo que se refiere a su organización, como a sus atribuciones.”

relación que tiene con los otros elementos seriales, y esa relación tiene por esencia la unidad. La serie no es el pluralismo real y concreto, ella es la unidad que, de manera falaz, y mediante el artificio de la perspectiva-jerarquía, se extiende en el espacio al mismo tiempo que permanece un punto. Da al punto, de lo que sueña el Poder: la ubicuidad.”<sup>618</sup>

Por otro lado, “al momento de la Revolución, es claro que la uniformidad tiene por función volver más efectivo el principio de igualdad. Permite un igual acceso a los servicios públicos y fija en el espacio los principios del Estado racional. Un siglo más tarde, la uniformidad sirve a reforzar, de un modo, la elaboración de las decisiones públicas. Así, cuando repone en lugar a los consejos elegidos, el Estado de la III<sup>a</sup> República fija sobre el territorio el principio parlamentario. Este tipo de elaboración del derecho por algunas asambleas elegidas no es excepcional. Al contrario, se vuelve “natural” que la regla pública sea el producto de una deliberación”.<sup>619</sup>

En efecto, el carácter electivo sirve igualmente de justificativo al ejercicio de un poder normativo desplegado por otros órganos que el parlamento. Por eso hay que relacionar el régimen representativo con la teoría de la separación de los poderes. La aceptación de un poder reglamentario en beneficio del ejecutivo que detenta “la competencia intuitiva de la decisión ejecutoria”<sup>620</sup> debe estar vinculada con el hecho que el carácter elitista del gobierno es validado por los representantes del pueblo. Solución admitida ya en 1791 por los revolucionarios: si no es posible impedir la existencia de un poder de ejecución rápida y eficaz de las leyes, es necesario entonces que sea legitimado y controlado por algunos representantes elegidos. Es por eso que, transpuesto al nivel infra-estatal y en un contexto de democratización de las instituciones, el ejecutivo debe ser legitimado o controlado de una cierta manera por los elegidos territoriales<sup>621</sup>. De nuevo aquí, la figura del Intendente regional chileno hace problema en tanto parece anacrónica.

---

<sup>618</sup>MAZÈRES, J.-A., “Espace et hiérarchie”, *Psychologie et science administrative*, Actes du colloque organisé par le Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (CURAPP) le 10/05/1985, PUF, 1985, p. 179.

<sup>619</sup>DOAT M., op. cit. p. 170.

<sup>620</sup>BARELLA, X., *Les collectivités et la loi*, Thèse, UT1, 2010, p. 222.

<sup>621</sup>V. Infra, este capítulo, sección 2, §2, B., 1., “Medidas de transparencia de la vida política territorial y de control del ejecutivo.”

En fin, la reproducción uniforme de la estructura organizacional interna de los entes territoriales sobre el modelo del Estado conlleva a una unificación del derecho administrativo en materia de elaboración de los actos administrativos y de los recursos contra éstos.

En esa materia, “la elección no es forzosamente el procedimiento que marca una ruptura en la organización administrativa. Contribuye a su manera a una sujeción de la colectividad. Haciendo fluir la autoridad local de un acto jurídico de naturaleza estatal que le da competencia para representar, la colectividad solo es entendida de una manera instrumental. La elección presenta el carácter de una designación, ubica la autoridad local en una situación legal y reglamentaria fijada por el Estado. Incluso si el sistema local tiende a una “parlamentarización”, participa a este movimiento “de administrativización” de las instituciones locales”<sup>622</sup>, contraria al “ideal” de autonomía orgánica y, *a fortiori*, funcional.

Es que, por otro lado, una de las razones pocas veces evocada por la cual el Estado impone tal reproducción y representación del modelo estatal, es que “cualquier grupo autónomo tiende a secretar algunas relaciones que lejos están de ser espontáneamente democráticas, que son las de la lógica del mando y de la sujeción”<sup>623</sup>. La autonomía de los entes territoriales no es por su propia dinámica generadora de democracia. “Es también de esa manera que debe leerse el artículo 72 de la Constitución<sup>624</sup>: la afirmación de la autonomía de los entes territoriales bien podría permitir a estos prevenirse contra las exigencias de la democracia! Es bien para prevenir tal riesgo institucional que el Estado, a través de su derecho político, les somete a sus modelos representativos.”<sup>625</sup>

En fin, se aprecia como la uniformidad del Estado siempre ha sido un deseo en nombre de la unidad de la nación y contra la desagregación de su territorio: y, “paradojalmente, Francia, que se presenta como Estado unitario, nunca acaba de realizar su unidad. Hablar de unidad, es siempre hablar de unificación. Es un objetivo y no una realidad.”<sup>626</sup> La variedad de las

---

<sup>622</sup> DOAT M., op. cit., p. 170.

<sup>623</sup> MAZERES, J.-A., “Intercommunalité et démocratie” (avec L.ORTIZ), BOURJOL, M. (dir.), *Intercommunalité et développement du territoire*, LGDJ, 1995, p. 172.

<sup>624</sup> Las disposiciones constitucionales chilenas se inscriben en la misma lógica.

<sup>625</sup> CAILLOSSE, J., “Jean-Arnaud Mazères: contribution à une théorie juridique du “local”, *Études en l'honneur du Professeur Jean-Arnaud Mazères*, LexisNexis - Litec, 2009, p. 72.

<sup>626</sup> DOAT, M., op. cit. p. 125.

evoluciones estatutarias contemporáneas muestra una alteración del principio de uniformidad y la consolidación del de la elección.

## **§2. La aplicación de los principios**

La aplicación de los principios se tradujo más bien, regularmente, como una puesta a prueba de aquellos. La uniformidad no resistió a la prueba de los hechos (A) y la organización por la elección, inspirada originariamente del régimen de gobierno nacional, tuvo que tomar en cuenta una diversidad territorial, cada día un poco más reconocida (B).

### **A. La institucionalización de una descentralización asimétrica: ¿atenuación o abandono del principio de uniformidad?**

El primer dato de importancia a tomar en cuenta tiene relación con el número de grados de entes territoriales y su ubicación en el ordenamiento jurídico, puesto que la constitución chilena solo prevé las regiones y las municipalidades<sup>627</sup>, mientras que en Francia “las entidades territoriales de la República son los municipios, los departamentos, las regiones<sup>628</sup>, las entidades con estatuto particular y las entidades de Ultramar regidas por el artículo 74. Cualquier otra entidad territorial se crea por ley, en su caso, en lugar de una o de varias de las entidades mencionadas en este apartado.” (Art. 72 inc. 1)<sup>629</sup>

Como lo subraya J.-C. DOUENCE, “la uniformidad estatutaria de las colectividades territoriales [francesas] era dogmáticamente considerada como inherente al principio de igualdad. No cesó de pulverizarse hasta desaparecer casi totalmente con la revisión de 2003”<sup>630</sup>.

---

<sup>627</sup>Art. 110 inc. 1.

<sup>628</sup>La revisión constitucional de marzo de 2003 elevó entonces primero a la región al rango de colectividad territorial.

<sup>629</sup>No está considerada aquí Nueva-Caledonia que goza de un estatuto tan particular que es objeto del título XIII de la Constitución y que, además, no es una colectividad territorial. Cf. CE 13 décembre 2006, N° 279323: « Considérant, en second lieu, que la Nouvelle-Calédonie n'est pas régie par le titre XII de la Constitution relatif aux collectivités territoriales de la République mais par son titre XIII, qui lui est spécifiquement consacré et que son organisation et ses compétences sont déterminées, dans le respect de l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998, par la loi organique du 19 mars 1999, laquelle ne la qualifie pas de collectivité territoriale ». Para más detalles sobre la organización administrativa del territorio de Nueva-Caledonia, ver J.Y FABERON, "L'Accord de Nouméa du 21 avril 1998: la Nouvelle-Calédonie, pays à souveraineté partagée", Regards sur l'actualité, La Documentation française, n° 241, mai 1998, p. 19-31. ou encore la thèse de PAGE, J., *Du partage des compétences au partage de la souveraineté: des territoires d'outre-mer aux « pays d'outre-mer »*, PUAM, 2001.

<sup>630</sup>DOUENCE, J.-C., “Le statut constitutionnel des collectivités territoriales”, *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, Vol. 1, Chapitre 1, juin 2005, Éd. 2013, n° 203.

Si bien la noción misma de “categoría” no aparece en el texto constitucional francés, es regularmente mencionado por el *Conseil constitutionnel*. La revisión constitucional de 2003 consagró e insistió sobre la diversidad de las categorías de colectividades territoriales. El artículo 72 inc. 1 reconoce sobre todo, al lado de las tres categorías de colectividades de derecho común, algunas “colectividades con estatuto particular” y otras “colectividades de ultramar”. El sistema chileno cuenta igualmente al lado de los entes territoriales de derecho común -las regiones y las municipalidades - los territorios especiales de Isla de Pascua y el archipiélago Juan Fernández, así como proyectos para las grandes ciudades (1).

Por otro lado, los dos sistemas consagran fórmulas de cooperación y/o de fusión interinstitucional (2) cuyas consecuencias -deseadas o no - pueden cambiar el mapa territorial de cada país.

Una comparación cronológica de estos tres grandes ámbitos derogatorios del derecho común es posible y necesaria.

### **1. Los ultra-mar franceses y chilenos, y los estatutos particulares continentales.**

Históricamente hablando, la primera infracción al principio de igualdad proviene de las asimetrías institucionales<sup>631</sup>, en la primera fila de las cuales aparece el “grandioso mosaico” de ultramar<sup>632</sup>.

Los departamentos y regiones de ultramar (**DROM**) regidas por el artículo 73 de la **Constitución** son Guadalupe, Guyana, Martinica y Reunión y, desde marzo de 2011, el departamento de Mayotte.<sup>633</sup>

Pueden ser objeto de disposiciones específicas en cuanto a su organización (institución de una asamblea deliberante única para un departamento y una región de ultramar o reemplazo de esas dos colectividades por una colectividad única<sup>634</sup>). Pueden también ser transformadas o fusionadas en colectividades de ultramar regidas por el artículo 74 de la Constitución. En todos los casos, esas modificaciones están sometidas al consentimiento de los electores. Pero, es bien

---

<sup>631</sup> Voir PORTELLI, H., “La fin du principe d’uniformité. Approche comparative », *Mélanges Ardant*, LGDJ, 1999.

<sup>632</sup> AUBY, J.-B., “Réflexion sur la territorialisation du droit”, *La profondeur du droit local. Mélanges en l’honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, pp. 1-15

<sup>633</sup> Art. L.O. 3511-1 du C.G.C.T.

<sup>634</sup> La ley n° 2011-884 del 27 de julio de 2011 *relative aux collectivités territoriales de Guyane et de Martinique* decide, sobre la base de los artículos 72-4 y 73 inc. 7 de la Constitución, la creación para cada uno de esos territorios, de una colectividad territorial única que ejercerá a la vez las competencias hasta entonces correspondientes al departamento y a la región de ultramar.

el legislador que decide en última instancia<sup>635</sup>, aunque sería poco probable que aquél no actuara conforme el resultado de una consulta que él mismo (o más probablemente el gobierno) hubiera lanzado.

**El artículo 74 de la Constitución establece el estatuto de las colectividades territoriales de ultramar (outr-mer - COM)**<sup>636</sup>. La noción genérica de « *colectividades de ultramar* » permite considerar la diversidad de sus situaciones y elaborar estatutos a medida.

De una manera general, el artículo 74 inc. 1 dispone que “Las entidades ultramarinas regidas por el presente artículo tienen un estatuto [y entonces una organización] que considera los intereses de cada una dentro de la República.”

Este estatuto, según el segundo inciso del mismo artículo 74, es definido por una ley orgánica que fija, entre otros, las reglas de organización y de funcionamiento de las instituciones de la colectividad y el régimen electoral de su asamblea deliberante. Como se ve, el legislador orgánico puede decidir algunas reglas de organización derogatorias a la ley y a los principios generales del derecho y entonces, a la uniformidad de la organización de las colectividades territoriales.

Por otro lado, el artículo 74 inc. 4 dispone que “Las otras modalidades de la organización particular de las entidades a las que se refiere este artículo se determinan y modifican por ley, previa consulta de su asamblea deliberante”.

El marco constitucional del artículo 74 concierne en realidad a dos tipos de colectividades de ultramar: las que están dotadas de la **autonomía, es decir, hoy la Polinesia francesa**, y las otras.<sup>637</sup>

Todas esas disposiciones hacen del estatuto de las colectividades de ultramar el más derogatorio respecto del derecho común, pero una vez más está fijado por el legislador.

**Tratándose de Chile**, las últimas reformas constitucionales que conciernen el **ultramar** han sido operadas por las leyes n° 20.193 de 2007 y n° 20.573 del 6 de marzo de 2012.

---

<sup>635</sup>Tratándose de los *entes territoriales fuera del continente europeo*, el art. 73 inc.7 prevé que “la création par la loi d'une collectivité se substituant à un département et une région d'outr-mer ou l'institution d'une assemblée délibérante unique pour ces deux collectivités ne peut intervenir sans qu'ait été recueilli, selon les formes prévues au second alinéa de l'article 72-4, le consentement des électeurs inscrits dans le ressort de ces collectivités.”

<sup>636</sup> Se trata de las colectividades de ultramar de Saint-Pierre-et-Miquelon, de las islas Wallis y Futuna, de la Polinesia francesa y, desde 2007, de Saint-Barthélemy y de Saint-Martin.

<sup>637</sup> Cf. nota precedente y B. de este párrafo.

La primera introdujo un nuevo artículo 126 bis que señala que Isla de Pascua y el archipiélago Juan Fernández son territorios especiales cuyos gobiernos y administración serán regidos por los estatutos especiales establecidos por su ley orgánica respectiva.

La segunda agregó un nuevo inciso a este artículo limitando la libertad de circulación sobre esa porción del territorio<sup>638</sup> en el sentido que ambos constituyen ecosistemas frágiles y muy vulnerables, que han sido declarados patrimonio de la humanidad (Isla de Pascua) y reserva mundial de la biósfera (archipiélago Juan Fernández) y que el auge de residentes o el afluencia descontrolada de turistas afectan la conservación de sus riquezas naturales, arqueológicas, la sobrevivencia de la cultura rapa ni, y el desarrollo sustentable, etc.<sup>639</sup>

Por otro lado, el *Conseil constitutionnel* admitió que la ley pueda crear tanto **un conjunto de colectividades del mismo estatuto**<sup>640</sup>, **como una colectividad territorial única dotada de un estatuto particular**<sup>641</sup>. Las principales colectividades de metrópolis o continentales con estatutos particulares son, en Francia, París<sup>642</sup>, Marsella, Lyon, y Córcega<sup>643</sup>. Esa última se beneficia de un régimen institucional sin equivalente en metrópoli.

Los proyectos y propuestas legislativas que tienen por objeto modificar la organización administrativa de las ciudades chilenas más grandes -por empezar el Gran Santiago-recuerda a las administraciones comunales con dos niveles, de las tres ciudades francesas más grandes. Así,

---

<sup>638</sup> "Los derechos a residir, permanecer y trasladarse hacia y desde cualquier lugar de la República, garantizados en el numeral 7° del artículo 19, se ejercerán en dichos territorios en la forma que determinen las leyes especiales que regulen su ejercicio, las que deberán ser de quórum calificado."

<sup>639</sup> Historia de la Ley N° 20.573, Mensaje presidencial del 28 octubre de 2009, p. 6.

<sup>640</sup> A la primera categoría correspondió, antes de su constitucionalización, la creación de las **regiones**.

<sup>641</sup> *Décisions n° 82-138 DC du 25 février 1982 et n° 91-290 DC du 9 mai 1991*. La **collectivité territoriale de Corse** (érigée d'abord en région à statut particulier par *Loi n° 82-214 du 2 mars 1982 portant statut particulier pour la Corse* puis transformée en «collectivité territoriale» par la *Loi n° 91-428 du 13 mai 1991 portant statut de la collectivité territoriale de Corse*) tout comme la **Ville de Paris** (*Loi n° 75-1331 du 31 décembre 1975 portant réforme du régime administratif de la ville de Paris, modifiée par la loi n° 82-1169 du 31 décembre 1982 relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale*), **Mayotte** (*Lois n° 76- 1212 du 24 décembre 1976 relative à l'organisation de Mayotte et n° 2001-616 du 11 novembre 2001 relative à Mayotte*) et **Saint-Pierre-et-Miquelon** (*Loi n° 85-595 du 11 juin 1985 relative au statut de l'archipel de Saint-Pierre-et-Miquelon*) relèvent de cette seconde catégorie

<sup>642</sup> Paris es hoy en día la única **comuna en ser también un departamento**: el alcalde de París es así presidente del consejo general, y el Consejo de París es a la vez consejo municipal y consejo general, disponiendo de las dos series de competencias

<sup>643</sup> En su decisión n°82-138 DC du 25 février 1982, el *Conseil constitutionnel* resolvió que la Constitución no excluye la creación de categorías de colectividades territoriales que comprenderían solo una unidad.



el ex-Presidente, el senador E. FREI había propuesto la creación de un *alcalde mayor*, el equivalente de los alcaldes de las grandes aglomeraciones tales como Paris, Lyon o Marsella.<sup>644</sup>

## **2. Los entes de derecho común: entre el “derecho a” la evolución estatutaria y la “obligación de evolucionar” estatutariamente.**

En la actualidad, asistimos a una multiplicación de las posibilidades de evoluciones estatutarias “a la carta”, caracterizadas por el auge de la intercomunalidad y de las cooperaciones interinstitucionales en general (a) y las posibilidades de fusiones de entes territoriales (b).

### **a) La cooperación interinstitucional en Francia y en Chile**

De una manera general, la intercomunalidad designa en Francia<sup>645</sup>, las diferentes formas de cooperación existentes entre las comunas que les permiten reagruparse en el seno de un establecimiento público de cooperación intercomunal (EPCI) y se ha vuelto uno de los fenómenos más transformadores del paisaje institucional francés (1). Tal movimiento se hace presente en Chile desde 2009 (2)

#### **(1) La transformación del paisaje institucional territorial francés**

El conjunto de las disposiciones relativas a *la cooperación intercomunal* o más bien a los tiposdeintercomunalidades francesas presenta una complejidad que sobrepasa el marco de

---

<sup>644</sup> Es el punto 3.2) contenido en las propuestas *La constitución del bicentenario*”:3.2.1) Elección de Alcalde Mayor: Introducir la figura de un Alcalde Mayor electo en votación directa, con atribuciones amplias para que ejerza sus funciones en grandes zonas urbanas, tales como Santiago, Valparaíso y Concepción. El Alcalde Mayor deberá tener un Concejo Metropolitano que se forma con los alcaldes de las comunas que forman su zona y con atribuciones de veto a las decisiones de dicho cuerpo colegiado radicadas en el Alcalde mayor; 3.2.2) Transferencia de potestades y relaciones con otras autoridades: El alcalde mayor se propone como una autoridad metropolitana para coordinar transporte, urbanismo, educación, salud y medio ambiente, seguridad ciudadana etc. La relación entre esta autoridad metropolitana y la Asamblea Regional y los demás alcaldes con los que debe coordinarse debe ser también objeto de la reforma constitucional al régimen de gobierno.

<sup>645</sup>Para un mirada extranjera sobre la intercomunalidad francesa, ver por ejemplo NETTLE C., P., “Disposiciones constitucionales y legales que regulan la facultad de los municipios para emprender iniciativas propias o asociadas con otros, en la Unión Europea y en la legislación de Finlandia y Francia”, Serie de informes N° 18/2008, Biblioteca de Congreso Nacional de Chile, Santiago, pp.10; OJEDA G., R., “Las Políticas de articulación municipal en Francia: los establecimientos públicos de cooperación intercomunal”, *Revista de Estudios Regionales*, N° 82, mayo-agosto 2008, pp. 13-41, Málaga, España.

este trabajo. Su importancia creciente está vinculada al “desmigajamiento comunal”<sup>646</sup>, al tamaño de esas, y al fracaso de las diferentes leyes preconizando la fusión de comunas.<sup>647</sup>

La intercomunalidad se inscribe en la línea del “derecho de asociación de las Entidades”<sup>648</sup> previsto por el artículo 10 de la Carta europea de la autonomía local. No se trata de un fenómeno nuevo<sup>649</sup> puesto que los primeros sindicatos de comunas (con vocación única) aparecieron con la ley del 22 de marzo de 1890<sup>650</sup>. Pero, las intercomunalidades contemporáneas<sup>651</sup> datan sobre todo de la ley de orientación relativa a la administración territorial de la República del 6 de febrero de 1992 “al origen de una de las mutaciones más considerables del paisaje descentralizado”<sup>652</sup> francés. El dispositivo será reforzado por las leyes VOYNET<sup>653</sup> y CHEVENEMENT de 1999<sup>654</sup>, la ley SRU de 2000<sup>655</sup>, la ley del 13 de agosto de 2004 y, en fin, la reforma territorial del 16 de diciembre de 2010 que anunciaba el objetivo de simplificar y acabar el mapa de la intercomunalidad, obligando a las últimas comunas aisladas, a replegarse a una estructura existente. Esa estrategia de “rodeo, consistente en crear estructuras de

---

<sup>646</sup> Francia cuenta más de 36.700 comunas.

<sup>647</sup> Cf. infra.

<sup>648</sup> Carta europea de la autonomía local del 15 de octubre 1985, artículo 10: “El derecho de asociación de las Entidades locales. 1. Las Entidades locales tienen el derecho, en el ejercicio de sus competencias, de cooperar y, en el ámbito de la Ley, asociarse con otras Entidades locales para la realización de tareas de interés común. 2. El derecho de las Entidades locales de integrarse en una asociación para la protección y promoción de sus intereses comunes y el de integrarse en una asociación internacional de Entidades locales deben ser reconocidos por cada Estado. 3. Las Entidades locales pueden, en las condiciones eventualmente previstas por la Ley, cooperar con las Entidades de otros Estados”.

<sup>649</sup> JEGOUZO, Y., “L’intercommunalité de 1958 à 1982, généalogie d’un échec”, en CAILLOSSE, J. (dir.), *Intercommunalités*, Presses universitaires de Rennes, 1994.

<sup>650</sup> “A vrai dire, la nécessité d’organiser une coopération entre les communes et, éventuellement, les autres niveaux de collectivités territoriales, est apparue dès le XIXe siècle: la loi du 22 mars 1890 SIVU qui montra rapidement ses limites car ne concernait qu’une seule compétence” GONOD, P., MELLERAY, F. et YOLKA, Ph. (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, T. 1, 2011, p. 277.

<sup>651</sup> “L’obstacle que représentait la fragmentation territoriale fut particulièrement mis en évidence sous la Ve République, période qui vit se conjuguer un pouvoir politique plus fort, des politiques de modernisation ambitieuses et la volonté de l’état d’en transférer une part croissante de la charge sur les collectivités territoriales” Ibid.

<sup>652</sup> REGOURD, S., “Intercommunalité: continuité des politiques publiques pour une révolution tranquille”, en REGOURD, S. ; CARLES, J. ; GUIGNARD, D. (dir.), *La décentralisation 30 ans après*, op cit. p. 187.

<sup>653</sup> Loi n° 99-533 du 25 juin 1999 d’orientation pour l’aménagement et le développement durable du territoire et portant modification de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d’orientation pour l’aménagement et le développement du territoire

<sup>654</sup> Loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale.

<sup>655</sup> Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains llamada ley GAYSSOT-BESSON-BARTOLONE.

cooperación que se superponen a las comunas, conoció más éxito<sup>656</sup> que la de las fusiones (cf. infra).

En esa materia, “no existe intercomunalidad, pero sí intercomunalidades. Cada intercomunalidad es única. La intensidad de la relación intercomunal trabada sobre el territorio por las comunas miembros, varía en efecto según diferentes parámetros tanto políticos (la tradición y la historia intercomunal, la estrategia de los actores, en términos de relación de fuerzas políticas, o de personalidad del alcalde de la ciudad centro) como jurídicos”.<sup>657</sup>

Las intercomunalidades francesas disponen de la personalidad de derecho público, de órganos deliberante y ejecutivo que funcionan en lo esencial como el consejo municipal (art. L5211-1 CGCT). Los EPCI pueden ser distinguirse según si disponen de recursos fiscales propios, o no. En este último caso, el establecimiento público depende de las contribuciones de las comunas miembros, cuya cuota está en principio fijada por los estatutos del establecimiento.<sup>658</sup>

La inscripción del principio de subsidiariedad a nivel institucional es una manera de justificar o considerar nuevas estructuras, de las cuales la intercomunalidad es el signo actual. Es notable que la ley de 1992 sea anterior por un día de la adopción del Tratado de Maastricht, que consagra formalmente el principio de subsidiariedad como referencia del marco funcional de la Unión europea (UE en adelante). Sin embargo, el parentesco con la UE no es tanto en relación con este principio, sino con “la preocupación de Francia de tomar en cuenta los imperativos económicos y políticos que fluyen del Tratado, que se trate de la racionalización del gasto público o del acercamiento con la identificación demográfica de la colectividad de base en los otros países miembros de la Unión”<sup>659</sup>. De hecho, el legislador retomó el control sobre las fórmulas de cooperación, juzgadas demasiado permisivas, para imponer, primero, la integración de las comunas y luego, hoy, prever la de diferentes niveles de colectividades territoriales dentro de las metrópolis. Esa “lógica integrativa” se expresa bajo la triple forma de una integración fiscal, de una integración de las competencias y por el “ordenamiento del territorio de la intercomunalidad, en el sentido que ésta es ahora concebida de manera global, la escala del

---

<sup>656</sup> GONOD, P., MELLERAY, F. et YOLKA, Ph. (dir.), op. cit. p. 277.

<sup>657</sup> LAVAL-MADER, N., “Le couple communes/communauté : vers un nouvel équilibre des pouvoirs?”, *Revue de Droit administratif*, n° 10, octobre 2007, Étude 15.

<sup>658</sup> Las fórmulas chilenas de cooperación se acercan de este último modelo. Cf. infra.

<sup>659</sup> REGOURD, S., “Intercommunalité: continuité des politiques publiques pour une révolution tranquille”, op. cit. p. 187.

territorio, en el marco de un esquema departamental de la cooperación comunal, cuya configuración es manejada por el Prefecto”.<sup>660</sup>

La intercomunalidad aparece como “la espina dorsal” de los proyectos franceses de descentralización que se fundan, cada día, más sobre la competencia y la eficiencia gerencial que sobre la realización de la democracia local. La ley del 16 de diciembre de 2010 pretende remediar este problema mediante la elección por sufragio universal de los consejeros municipales y comunitarios y, sobre todo, vuelve obligatorio la integración de las comunas en el seno de un EPCI con fiscalidad propia, haciendo pensar en una verdadera reconfiguración del paisaje institucional territorial francés. En este contexto, parece que “el derecho común de la organización municipal francesa será el de la comuna en su comunidad”.<sup>661</sup>

Dentro de la diversidad de las formulas<sup>662</sup>, destacan en estos últimos años las metrópolis instituidas por la reforma de las colectividades territoriales de 2010. La ley del 27 de enero de 2014 de *modernización de la acción pública territorial y de afirmación de las metrópolis*, dicha ley MAPTAM confirma la creación **de las metrópolis que tienen** vocación en substituirse sobre sus territorios a las colectividades preexistentes y a los EPCI íntegramente incluidos dentro de su perímetro. Se trata entonces de un fenómeno de cooperación interinstitucional que sobrepasa el marco intercomunal.

La metrópolis ejerce de pleno derecho, en su perímetro, un cierto número de competencias, en lugar de y reemplaza a las comunas, al departamento y a la región. Por otra parte, como los otros EPCI, puede recibir competencias opcionales, así como competencias suplementarias, que las comunas le transfieren.

La metrópoli percibirá la totalidad de la fiscalidad local y las dotaciones financieras del Estado sobre su territorio. El papel primordial de las metrópolis se sitúa en materia de desarrollo

---

<sup>660</sup>Idem, p. 188.

<sup>661</sup>PORTIER, N., «la coopération intercommunale dans la reforme des collectivités », *AJDA*, 2011, p 80.

<sup>662</sup>Hoy los establecimientos públicos de cooperación intercomunal (EPCI) son los siguientes (art. L5210-1-1 CGCT): los sindicatos de comunas (creados por la ley de 22 marzo de 1890); las comunidades de comunas (creadas por la ley del 6 de febrero de 1992); las comunidades urbanas (creadas por la ley del 31 de diciembre de 1966); las comunidades de aglomeración (creadas por la ley del 12 de julio de 1999); los sindicatos de aglomeración nueva (creadas por la ley del 13 de julio de 1983); las metrópolis (creadas por la ley del 16 de diciembre de 2010).

económico, de innovación, de transición energética, de política de la ciudad. Pero, hay que distinguir a Paris, Lyon y Marsella<sup>663</sup> de las otras metrópolis<sup>664</sup>.

El esquema organizacional de la metrópoli cuenta con tres órganos: una asamblea deliberante (el consejo de la metrópoli), algunas conferencias consultivas locales de los alcaldes y una conferencia metropolitana de los alcaldes encargada de elaborar un pacto de coherencia entre la metrópoli y las comunas.

La ley de 2014 viene a confirmar la ley de 2010 y se inscribe en un “proceso consustancial al cambio de paradigma fluyendo de las lógicas funcionales y gerenciales, las cuales aseguran la prevalencia del área urbana”.<sup>665</sup>

## (2) Los ensayos chilenos.

La reforma constitucional chilena de 2009<sup>666</sup> relativa a las corporaciones, fundaciones y asociaciones municipales (título VI LOCMU) se inscribe en el movimiento de la cooperación intercomunal. Sin embargo, mientras que la intercomunalidad francesa fue al origen concebida como una gestión en común de servicios de base, y se ha transformado en una cooperación intercomunal de proyecto - su carácter “federativo” justificando un régimen de fiscalidad propia-, las disposiciones chilenas permanecen, por el momento, en el orden de esa primera forma de cooperación que nombra Francia, como la intercomunalidad asociativa, es decir sin fiscalidad propia.

Así, dos disposiciones constitucionales chilenas deben ser tomadas en cuenta.

Por una parte, el artículo 118 inc. 6 de la Constitución prevé que las municipalidades podrán asociarse entre ellas, en conformidad a la ley orgánica constitucional respectiva, pudiendo dichas asociaciones gozar de personalidad jurídica de derecho privado. Asimismo,

---

<sup>663</sup> La creación al 1° de enero de 2015 de la metrópoli de Lyon es el símbolo de la diversidad y de la complejidad de los nuevos esquemas. Esa metrópoli será una nueva colectividad territorial de pleno ejercicio que resultará de la fusión de la comunidad urbana de Lyon y de la porción del departamento del Rhône situada sobre su perímetro urbano. Estará dotada de competencias muy extendidas, recuperando las del departamento, principalmente la acción social, pero también ciertas competencias regionales, con sus financiamientos. La metrópoli podrá también recuperar políticas ejercidas por las comunas miembros, pero también delegarlas, por ejemplo, en materia de acción social. El Estado podrá delegar a la metrópoli competencias en materia de vivienda.

<sup>664</sup>El nuevo estatuto de las metrópolis podrá beneficiar a ocho grandes ciudades: Bordeaux, Rouen, Toulouse, Lille, Estrasburgo, Montpellier, Grenoble y Rennes; Niza siendo ya metrópoli había sido la única de pedir este estatuto en el marco de la ley de diciembre de 2010.

<sup>665</sup>REGOURD, S., “Intercommunalité : continuité des politiques publiques pour une révolution tranquille”, op. cit., p. 196

<sup>666</sup> Ley n° 20.346, *Reforma constitucional en materia de asociacionismo municipal*, D.O. 14.05.2009

constituir o integrar corporaciones o fundaciones de derecho privado sin fines de lucro cuyo objeto sea la promoción y difusión del arte, la cultura y el deporte, o el fomento de obras de desarrollo comunal y productivo.<sup>667</sup> Por otra, el artículo 123 de la Constitución, prevé que la ley establecerá fórmulas de coordinación para la administración de todos o algunos de los municipios, con respecto a los problemas que les sean comunes, así como entre los municipios y los demás servicios públicos.

El último inciso del artículo 5 de la ley orgánica de las municipalidades recoge esa modificación constitucional y remite su aplicación a las reglas establecidas en el párrafo 2 del título VI de la misma ley. Destaca que el artículo 5 menciona que las municipalidades podrán asociarse entre sí para el cumplimiento de sus fines propios. Ese objetivo declarado inconstitucional en 1988<sup>668</sup>, se ha vuelto constitucional 20 años más tarde. No encontré explicaciones claras por parte del juez constitucional al respecto, pero parece que se debe atribuir este cambio de perspectiva a la influencia de un contexto político y social renovado.

El 1<sup>er</sup> párrafo del título VI de la ley orgánica<sup>669</sup> se refiere a las **corporaciones y fundaciones municipales** (art. 129 a 136). Estas, cuya creación o participación debe ser aprobada por el consejo municipal<sup>670</sup>, regidas por el derecho privado<sup>671</sup> y que pueden estar constituidas por una o varias municipalidades, con entidades privadas u otras entidades del sector público<sup>672</sup>, tienen por objeto la promoción y la difusión del arte, la cultura y el deporte<sup>673</sup>, o el apoyo, fomento, a obras de desarrollo comunal y productivo.

---

<sup>667</sup>Ley n° 20.346 Art. único, D.O. 14.05.2009

<sup>668</sup>Cf. La decisión del TC de 29 de febrero de 1988, rol n° 50 relativa al proyecto de LOCMU que declara inconstitucional el art. 5°, letra h) “porque “no es constitucionalmente aceptable” autorizar a las corporaciones edilicias para crear corporaciones o fundaciones de derecho privado para desarrollar funciones de aquellas que el municipio puede ejercer directamente o con otros órganos del Estado, en la medida que la “carta fundamental encarga a las “municipalidades” la realización de estas funciones públicas”. El artículo “al facilitar la constitución de personas privadas sin fines de lucro, estaba permitiendo entonces una indebida “traslación de funciones y atribuciones” propias de los municipios a un tercero, proceder inconstitucional” PANTOJA B., R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y Modernidad*, Editorial Jurídica de Chile, 1994, n° 40, p. 149.

<sup>669</sup> La ley N° 20.527, pone en aplicación las medidas ligadas a las Asociaciones y Corporaciones Municipales introduciendo un nuevo título VI *De las corporaciones, fundaciones y asociaciones municipales*.

<sup>670</sup> Art. 130 inc. 2.

<sup>671</sup> Art. 129.

<sup>672</sup> Art. 130 inc. 1.

<sup>673</sup> Sobre este punto, el artículo 131 inc. 3 precisa: “asimismo, entre los fines artísticos y culturales que se proponga la entidad, en ningún caso se comprenderán la administración y la operación de establecimientos educacionales o de atención de menores.”

Excepto los controles administrativos y financieros “internos” ejercidos por las municipalidades<sup>674</sup> y los recursos jurisdiccionales posibles<sup>675</sup>, esas estructuras de cooperación intercomunal son también objeto de un control de legalidad a *posteriori* por parte de la Contraloría General de la República respecto del uso y destino de sus recursos.<sup>676</sup> Se trata en definitiva de órganos de cooperación con competencias determinadas y muy limitadas.

**Las asociaciones de municipalidades (artículos 137 a 150)** pueden estar constituidas por al menos dos municipalidades, perteneciendo o no a una misma provincia, tienen un campo de competencias mucho más amplio puesto que su objetivo general es el de facilitar la solución de problemas que les sean comunes, o de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos disponibles.

Personalidad privada o sin personalidad jurídica<sup>677</sup>, esas asociaciones pueden ser nacionales, regionales, y temáticas y son controladas también por la Contraloría General de la República.

Un sistema de cooperación es también previsto por la ley n° 19.865 sobre el Financiamiento Urbano Compartido en virtud de la cual las municipalidades, entre otros organismos, pueden celebrar contratos con socios privados, con el objeto de adquirir bienes o de ejecutar, gestionar o mantener contratos de obras urbanas, contra una prestación que puede consistir en el otorgamiento de derechos sobre bienes muebles o inmuebles, la explotación de uno o varios inmuebles u obras publicas.

Pero esa forma de cooperación tiene más las características de una concesión, que el de una asociación, corporación o fundación. Eso aparece claramente de la lectura de los artículos 2 y 7 de la ley que prevén una licitación respecto del uso y destino de sus recursos<sup>678</sup>, y del hecho que en cambio la entidad privada puede recibir la explotación total o parcial de uno o más bienes u obras por un período determinado, pudiendo percibir los beneficios de la explotación; el

---

<sup>674</sup> Arts. 135 y 136 inc. 2 LOCMU.

<sup>675</sup> “El personal que labore en las corporaciones y fundaciones de participación municipal se registrá por las normas laborales y previsionales del sector privado” Art. 134 LOCMU.

<sup>676</sup> Art. 136 LOCMU

<sup>677</sup> Art. 138 LOCMU

<sup>678</sup> Ver por ejemplo, el art. 2°: “Para celebrar el contrato de participación regulado en la presente ley, los Serviu o las Municipalidades, según corresponda, llamarán a licitación pública conforme a las normas del Título II de esta ley.”

derecho al uso o goce de uno o más bienes muebles o inmuebles por un período determinado, y la entrega en propiedad de uno o más bienes muebles o inmuebles.

Por último señalamos el “**asociativismo regional**” tratado por el capítulo VII de la ley orgánica regional<sup>679</sup>. Este responde en gran parte a las condiciones de las corporaciones y fundaciones municipales. Su creación o la participación deben ser aprobadas por el consejo regional sobre la propuesta del intendente y están regidas por el derecho privado<sup>680</sup>. A diferencia de las corporaciones y fundaciones municipales, la ley regional no precisa que esas corporaciones y fundaciones regionales puedan ser formadas entre regiones o con otras entidades del sector público, sino solamente con otras personas jurídicas para contribuir al desarrollo regional en los ámbitos social, económico y cultural de la región.<sup>681</sup> Lo que no parece impedirlo, aunque la vocación intrarregional sea evidente. Cualquiera sea el caso, se tratará de entidades de derecho privado fiscalizadas por la Contraloría General de la República por usar fondos públicos.

#### **b) La fusión de los entes territoriales**

Las fusiones de las colectividades territoriales pueden efectuarse al nivel de las comunas pero también entre colectividades de categorías diferentes.

La reforma de 2010 ha previsto que algunas comunas nuevas<sup>682</sup> puedan ser creadas a petición de al menos los dos tercios de los consejos municipales de las comunas de un mismo establecimiento público de cooperación intercomunal (EPCI) o de comunas contiguas, a condición que representen más de los dos tercios de la población total.<sup>683</sup>

Por otro lado, las reagrupaciones de departamentos y de regiones conciernen *a entes territoriales franceses del continente europeo como también en ultramar*.<sup>684</sup>

---

<sup>679</sup> LOCGAR, CAPITULO VII Del Asociativismo Regional, arts. 100 a 104.

<sup>680</sup> LOCGAR, arts. 100 y 101.0

<sup>681</sup> LOCGAR, art.100.

<sup>682</sup> El fenómeno no es nuevo, ya que la ley del 16 de julio de 1971 proyectaba una política de fusión de comunas en una sola. Esa modalidad ha sido reemplazada por la “comuna nueva”, pero las dos operaciones son de la misma naturaleza.

<sup>683</sup> Art. L2113-2 CGCT. Por otro lado, como se ha notado, mediante el artículo L2113-10 CGCT, hábilmente, la ley prevé que las comunas reagrupadas permanecen como comunas delegadas con un consejo y un alcalde, fórmula algo inspirada de la adoptada por la ley PLM del 31 de diciembre de 1982. GONOD, P., MELLERAY, F. et YOLKA, Ph. (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, T. 1, 2011, p. 291.

<sup>684</sup> Cf. supra los departamentos y regiones de ultramar y particularmente el *art. 73 inc. 7 de la constitución*.



*Tratándose de las colectividades territoriales francesas del continente europeo, el mismo legislador decidió abandonar sus competencias en beneficio de las colectividades territoriales de metrópoli, mientras que para el ultramar algunas condiciones mínimas son determinadas por el constituyente y el legislador orgánico.*

La reforma de 2010 prevé la posibilidad de fusionar una región y los departamentos que la componen. Eso sí, solo será posible con el acuerdo de todas las asambleas concernidas y de la población local consultada por referéndum y deberá ser sancionado por ley.<sup>685</sup> Así, en nombre del **principio de experimentación regional que la ley permite de aplicar desde 2010**, los electores deben pronunciarse sobre los proyectos de fusión de colectividades territoriales de misma categoría o de categorías diferentes.<sup>686</sup> Se trata de un dato nuevo – y poco evocado - que puede reforzar la “territorialización” del derecho y llevar, según sus opositores, hacia una “autonomización” normativa que tarde o temprano permitiría una adaptación regional del derecho (aún) nacional. Tal derecho a la experimentación de fusión de colectividades territoriales, puede llevar a ciertas porciones administrativas territoriales a iniciar reformas, sin concertación con los ciudadanos de las otras regiones, poniendo así en jaque la igual aplicación de la ley.

Ya J. VIGUIER había notado que el acercamiento de los artículos 72 inc. 1 y 72-1 permitiría “en el futuro reemplazar las regiones actuales por una decena de grandes regiones dotadas de un asentamiento cultural, reagrupar varios departamentos en el seno de una nueva entidad que les englobe, retomar los países para darles otro lugar, transformar los

---

<sup>685</sup> Art. L4124-1 CGCT: “I. Une région et les départements qui la composent peuvent, par délibérations concordantes de leurs assemblées délibérantes, demander à fusionner en une unique collectivité territoriale exerçant leurs compétences respectives. (...) II. Le Gouvernement ne peut donner suite à la demande que si ce projet de fusion recueille, dans chacun des départements concernés, l'accord de la majorité absolue des suffrages exprimés, correspondant à un nombre de voix au moins égal au quart des électeurs inscrits. - Cette consultation des électeurs est organisée selon les modalités définies à l'article LO 1112-3, au second alinéa de l'article LO 1112-4, aux articles LO 1112-5 et LO 1112-6, au second alinéa de l'article LO 1112-7 et aux articles LO 1112-8 à LO 1112-14. Un arrêté du ministre chargé des collectivités territoriales fixe la date du scrutin, qui ne peut intervenir moins de deux mois après la transmission de la dernière délibération prévue au I du présent article. - III. — La fusion de la région et des départements qui la composent en une unique collectivité territoriale est décidée par la loi, qui détermine son organisation et les conditions de son administration”

<sup>686</sup> Ver por ejemplo, el referendun regional (negativo) del 7 de abril de 2013 sobre la fusión inmediata de dos departamentos y de una región en una sola entidad: la colectividad territorial de Alsacia.

establecimientos públicos territoriales en verdaderas colectividades territoriales. La puerta está ampliamente abierta a las reformas”<sup>687</sup>

El anuncio del Primer ministro, M. VALLS, durante su discurso de política general del 8 de abril de 2014, que incita a las regiones a fusionarse para llegar a la mitad del número actual antes del 1º de enero de 2017 y, en caso de rechazo, proceder por la fuerza de la ley<sup>688</sup> va más allá y afirma la voluntad del Estado de dirigir el proceso de reorganización territorial. En fin, más que una fusión, también es propuesta la supresión de los departamentos para 2021<sup>689</sup>.

Sin ir tan lejos, la ley orgánica municipal chilena prevé la posibilidad para las comunas de compartir los servicios de una municipalidad, con el objeto de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos humanos disponibles.<sup>690</sup>

Se puede señalar que la propuesta de E. FREI preveía la posibilidad para las regiones de crear o fusionar algunas municipalidades sobre el territorio regional.<sup>691</sup> Lo que equivale a instaurar una centralización regional (en realidad nacional, considerando la preponderancia del intendente regional sobre el gobierno regional del cual es el ejecutivo) negando la autonomía constitucional de las municipalidades.

### 3. Lecciones provisorias.

**La primera lección** es que sería un error asociar las formulas de las intercomunalidades francesas y las asociaciones de municipalidades de Chile. El punto común principal que ambas presentan es que todas resultan de una **decisión del Estado**.

Primero, porque los establecimientos públicos de cooperación intercomunal (EPCI) son instituciones de derecho público, mientras las asociaciones de municipalidades chilenas o las formulas asociativas regional, son personas de derecho privado.

---

<sup>687</sup>VIGUIER, J., “La décentralisation: d’une manière d’être de l’État vers une manière d’être hors de l’État”, op. cit. p. 56.

<sup>688</sup>Proyecto de ley *clarifiant l’organisation territoriale de la République NOR : RDX1409402L*, p. 3.

<sup>689</sup> Idem.

<sup>690</sup> Art.18 LOCMU.

<sup>691</sup>La proposición de E. FREI, “*La constitución del bicentenario*” preveía en su 3.2.2) Transferencia de potestades políticas y recursos: que El gobierno regional formado por la Asamblea Regional, que preside el Intendente, tendrá atribuciones políticas para resolver sus materias propias,(...) crear o fusionar municipalidades en su región.

Luego, si las diferentes formas de la intercomunalidad francesa no son aún colectividades territoriales, accederán seguramente en tiempo próximo a este estatuto<sup>692</sup>, lo que parece difícil para una asociación de derecho privado.

En tercer lugar, solo las municipalidades chilenas pueden asociarse; las regiones parecen excluidas de esa posibilidad. Por su parte, el sistema francés prevé casi todas las combinaciones posibles, lo que vuelve el panorama institucional frecuentemente ilegible para el ciudadano. Al “milhojas administrativo” regularmente denunciado, se agrega un amontonamiento de competencias y en consecuencia de las colectividades territoriales. A tal punto, que ciertos autores evocan la necesidad de simplificar y racionalizar la intercomunalidad.<sup>693</sup>

En fin, y sobre todo, las competencias normativas y financieras de las intercomunalidades francesas no guardan relación con las fórmulas chilenas de corporaciones, fundaciones o asociaciones. La misma reflexión vale para la comparación ultramar chileno y francés.

**La segunda conclusión** es que más allá de las diferencias, cuestiones y/o inquietudes similares aparecen porque se perciben, por ejemplo, los riesgos de tutela de un ente sobre los otros y, en consecuencia, el fin de la autonomía de algunas.

En Francia, es el auge de la intercomunalidad que interroga e inquieta a la vez. Se puede considerar con R. HERTZOG, que los establecimientos públicos de cooperación intercomunal (EPCI) constituyen un “nuevo escalón territorial con poder político”<sup>694</sup>. Efectivamente, según este autor, “la verdadera naturaleza de la intercomunalidad va más allá de la cooperación y es ya una forma de fusión. Aunque consagrado por el derecho y los hábitos de lenguaje, el término de cooperación no da cuenta de la naturaleza jurídica y financiera de los EPCI, que son personas públicas autónomas y nuevos centros políticos de decisión y no instancias de cooperación. Las competencias que les son transferidas no pertenecen más a las comunas, pero sí a éstos últimos, que tienen sus propios poderes, órganos, bienes y recursos”.<sup>695</sup>

---

<sup>692</sup>La elección de los elegidos metropolitanos por sufragio universal está así prevista para el 2020.

<sup>693</sup>Cf. SEMPE, F., “La fusion des établissements publics de coopération intercommunale dans la loi du 13 août 2004 », in *La profondeur du droit local. Mélanges en l’honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz, 2006, pp.429-446.

<sup>694</sup>HERTZOG, R., “Réforme des collectivités territoriales: de pressantes causes économiques, d’incertains résultats financiers”, en REGOURD, S, CARLES, J., GUIGNARD, D.(dir.),*Réformes et mutations des collectivités territoriales*, op cit. p.61

<sup>695</sup>Ibid.

Así, el “principio de uniformidad que nunca tuvo ni sustancia ni expresión jurídica sino que arrancaba su fuerza mítica de sus vínculos con el principio de indivisibilidad de la República [se disipa y las reformas recientes] legítima(n) y anima(n) una evolución hacia una diversidad incrementada de la organización territorial con el riesgo de cierto esparcimiento”.<sup>696</sup> Al respecto, convendrá seguramente en el futuro de hablar y poner el acento sobre los niveles y no más en las colectividades o categorías de colectividades. De este modo, se puede pensar en Francia seis niveles para la aplicación de las políticas públicas territoriales: la comuna, las estructuras intercomunales, el departamento, la región, el Estado y la Unión europea.

Como lo subraya J. MONTAIN-DOMENACH, las reformas vinculadas a la intercomunalidad (ordenamiento del territorio, urbanismo, fiscalidad local, etc.) entrañan “una recomposición territorial sin precedente; tienen incidencia directa sobre la naturaleza del poder comunal, tal como se afirmó históricamente, tanto del punto de vista político, como institucional y jurídico. El proceso en curso desemboca, empíricamente, en substituir al poder de las comunas, el de nuevas estructuras, cuya configuración aún es incierta, pero que anuncia la puesta en marcha de una dinámica de "supracomunalidad" y entonces de un poder " supracomunal". Se asiste “no solamente a un ataque real y definitivo al principio” de libre administración de las comunas”, sino también a la naturaleza de la democracia local”.<sup>697698</sup>.

Lo que implica sobre todo una redefinición del mapa administrativo-territorial francés puesto que, por una parte, el “desplazamiento” o “transferencia” de la aplicación del principio de libre administración hacia las estructuras intercomunales implica la cuestión de la legitimidad política e ineluctablemente la elección por sufragio universal directo de los órganos comunitarios

---

<sup>696</sup>DOUENCE, J.-C., “Le statut constitutionnel des collectivités territoriales”, *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, Vol. 1, Chapitre 1, 1987, p. 63-11, n° 88.

<sup>697</sup>MONTAIN-DOMENACH J., “Principe de libre administration et intercommunalité : transition et incertitudes”, *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 12 (Dossier : Le droit constitutionnel des collectivités territoriales) - mai 2002 , disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-12/cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-12.52091.html>.

<sup>698</sup> Como lo notan FRIER y PETIT, “le centre du pouvoir se déplace comme commencent à le montrer les choix fait par certains élus locaux de privilégier la conquête de la présidence de l’établissement public territorial, sans qu’on en tire, à l’heure actuelle, toutes les conséquences en matière de démocratie locale notamment” FRIER, P.-L. y PETIT, J., *Droit administratif*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 8e éd., 2013, p. 204.

y , por otra, “reemplazan ya en la práctica [las colectividades territoriales] en un cierto número de ámbitos, y a las cuales podrían incluso sustituirse completamente durante el siglo XXI”<sup>699</sup>

Para Chile, no es imposible imaginar, más allá de los casos previstos por la Constitución, otras asimetrías institucionales de tipo regional sobre el territorio continental. Así, la Araucanía, por la fuerza de las reivindicaciones mapuches, recuerda el caso de Nueva-Caledonia. Pero, otras regiones, por sus aislamientos (Aysén) o la existencia ya cierta de un núcleo propio de desarrollo (Magallanes) plantean también la cuestión de sus adaptaciones institucionales.

Este reconocimiento de la diversidad de las categorías de colectividades particulares, de la cooperación entre entes territoriales e incluso de su fusión introduce, *de facto*, matices en el derecho común de los procesos de toma de decisión local, pero igualmente en las relaciones que tienen con el Estado y otros entes territoriales<sup>700</sup> y, entonces, con la jerarquía de las normas.

**En fin, el movimiento revela doblemente la territorialización del derecho :** “primero en lo que esconde bien una diferenciación territorial del derecho nacional de la organización administrativa, luego, en que, unos territorios análogos bajo la égida de autoridades locales organizadas de manera diferente, dotadas de competencias diferentes (...), sólo acentúan potencialmente la variabilidad del derecho producido por esas autoridades como también de los efectos concretos provocados por sus intervenciones”.<sup>701</sup> Pero, en el caso de las asociaciones de municipalidades chilenas, ¿nos dirigiríamos acaso hacia una privatización de la “territorialización” del derecho o una “territorialización” privatista del derecho?

Se comprende entonces que en Francia, la unidad “es en gran medida una abstracción de la cual el Estado, pero también la doctrina, se sirven aún hoy para legitimarse”<sup>702</sup> y la única uniformidad que parecería concernir a las colectividades francesas es la de un control formal de legalidad.

En Chile, el discurso no se funda tanto en los grandes principios como los de unidad e igualdad, pero sí sobre la eficacia de la gestión de un territorio con una geografía loca. La ambición asumida en Chile de una descentralización “a la carta” aún no ha tocado demasiado a

---

<sup>699</sup>VIGUIER, J., “La décentralisation: d’une manière d’être de l’État vers une manière d’être hors de l’État », en REGOURD, S., CARLES, J., GUIGNARD, D. (dir.), *La décentralisation 30 ans après*, op. cit, p. 50.

<sup>700</sup>TESOKA, L., *Les rapports entre catégories de collectivités territoriales*, PUAM, 2004

<sup>701</sup>AUBY, J.-B., “Réflexion sur la territorialisation du droit”, en *La profondeur du droit local. Mélanges en l’honneur de J.-C. DOUENCE*, Paris, Dalloz 2006, p. 8.

<sup>702</sup>DOAT, M., op. cit. p. 125.

la organización de las instituciones administrativas territoriales, siendo todo firmemente controlado por el Estado. Este, en cambio, procede mediante intervenciones financieras, caso a caso, lo que introduce distorsiones entre regiones y facilita la eclosión de reivindicaciones.

Francia y Chile - recogiendo las palabras de T. MICHALON - seguramente no son (aún) federaciones que se ignoran<sup>703</sup>, pero no se puede ignorar la “territorialización” del derecho que el legislador practica o autoriza.

### **B. Algunas designaciones de las autoridades territoriales conforme con la diversificación de las instituciones territoriales**

HAURIOU notaba que “una administración local como la comuna posee una organización representativa completa, análoga a la del Estado, con la misma separación de poderes y los mismos órganos, un cuerpo electoral, una asamblea deliberante, un órgano ejecutivo ; los poderes de esos tres órganos son desmembramientos de los poderes análogos del Estado, y sino ¿qué serían?”<sup>704</sup> Esa analogía entre los modos de representación de los órganos territoriales y nacionales puede ser extendida a todos los entes territoriales chilenos y franceses.

Con la afirmación que los entes territoriales son instituciones democráticas en el seno de Estados de tal condición, sus autoridades hoy sólo pueden proceder de la elección. Sin embargo, eso no significa que todas las autoridades deban ser elegidas.

En derecho comparado, de una manera general, el principio es el de la elección de la asamblea deliberante, y el modo de designación de los ejecutivos puede variar según los sistemas jurídicos. Principio constitucionalizado en Francia, para todas las colectividades territoriales, la elección por sufragio universal de las asambleas concierne a las municipalidades chilenas desde el retorno a la democracia y de las regiones desde 2013.

En cambio, las soluciones difieren en cuanto al modo de designación del ejecutivo. Si tuvieron tendencia en el pasado a traducir la reproducción a nivel territorial de la estructura del régimen de gobierno en vigor a nivel nacional, cada nueva ley de descentralización parece introducir excepciones. Eso no significa más autonomía, pues las reglas siguen estando definidas por el poder central.

---

<sup>703</sup>MICHALON, T., “La République française, une fédération qui s’ignore?”, *RDP*, 1982, p. 623.

<sup>704</sup>HAURIOU, M., *Principes de droit public*, Sirey, Paris, 2<sup>e</sup> éd. 1916, p. 610

## 1. De la estructura “parlamentaria” originaria de las colectividades territoriales francesas a su diversificación

El principio de la consagración moderna de la elección que se encuentra establecido en la ley del 28 de pluviôse año VIII, unido a la debilitación progresiva del ejecutivo por el poder central, llevará a lo que J. RIVERO llamó un “régimen parlamentario municipal”<sup>705</sup>. El principio constitucional de la elección concierne solo a la asamblea deliberante que debe disponer de atribuciones efectivas. Eso no obsta a la existencia de una autoridad ejecutiva no elegida<sup>706</sup> o que un consejo ejecutivo esté dotado de poder propio del momento que es elegido.<sup>707</sup> Finalmente, el principio consiste en que no puede haber poder sin elección o atribución de competencias a unos representantes no elegidos.

Las leyes de descentralización de 1982/1983 vinieron a confirmar y afinar un dispositivo institucional que presenta las características siguientes: el consejo municipal es elegido por sufragio universal directo; el poder ejecutivo de la comuna es elegido en el seno del consejo municipal<sup>708</sup>. El ejecutivo es entonces elegido por sufragio universal, pero indirecto, recordando el principio parlamentario tradicional.<sup>709</sup> Siendo así, es la primacía de la asamblea sobre el ejecutivo que se afirma. Las disposiciones relativas a las comunas son aplicables a los departamentos, regiones e incluso a los EPCI que no son jurídicamente colectividades territoriales.<sup>710</sup> El paralelo con el régimen de gobierno central no funciona más desde 1958, cuando Francia ha pasado del régimen parlamentario al régimen semi-presidencial.

Además, no obstante la terminología, no se puede hablar, según ciertos autores, de una separación de poderes en el seno de las colectividades territoriales: “las relaciones entre esos órganos no pueden asemejarse a las que existen entre el Parlamento y el gobierno en un régimen parlamentario. No son dos poderes distintos (...), y no existe ningún mecanismo que rijan las relaciones entre los órganos. Si los órganos ejecutivos son elegidos por los órganos deliberantes y de entre sus miembros, lo son también por la misma duración y no existen ni procedimientos ni mecanismos de control, procedimiento de derrocamiento o medio de disolver el órgano

---

<sup>705</sup>RIVERO, J. “Le maire exécuteur des délibérations du conseil municipal », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1937, p. 535.

<sup>706</sup>CC. n° 85-196 DC, 8 août 1985.

<sup>707</sup>CC. n° 87-241 DC, 19 janvier 1988 o n° 91-290 DC, 9 mai 1991, cons. 32.

<sup>708</sup> Art. L. 2122-4 inc. 1 CGCT.

<sup>709</sup> Cf. infra.

<sup>710</sup> Respectivamente: arts. L. 3122-1; L. 4133-1 y L. 5211-2 CGCT.

colegial”<sup>711</sup> aunque en estos últimos años, se han introducido mecanismos inspirados de los regímenes parlamentarios<sup>712</sup>.

Se deben también mencionar los regímenes derogatorios aplicables al estatuto particular de la Polinesia francesa<sup>713</sup> y a Córcega<sup>714</sup> que definen una organización próxima a un parlamentarismo de asamblea.

## **2. La estructura “parlamentaria” de las regiones y “presidencial” de las municipalidades chilenas**

Conforme las concepciones chilenas relativas a la “regionalización” y a la “a-centralización” de las municipalidades, la estructura de las regiones refleja la desconcentración de la primera y la de las municipalidades, como una suerte de adaptación del sistema presidencial a nivel local. Se constata en los dos casos una primacía del ejecutivo sobre los consejos. Si en los hechos (cf. infra), los sistemas chileno y francés llevan al mismo resultado, éste está previsto expresamente por las normas chilenas.

La evolución del modo de designación o de elección de las autoridades comunales, traduce un cambio de estructura del tipo “parlamentario” hacia un presidencialismo institucional local. En efecto, bajo el régimen de la Constitución de 1925, el sistema parlamentario dominaba, puesto que el alcalde era “por regla general”<sup>715</sup> - nos dice BERNASCHINA – elegido de entre los regidores.<sup>716</sup>

Después de haber sufrido el sistema de las designaciones dictatoriales partir de 1973, la reforma de 1992 de la ley municipal había previsto, en un primer tiempo, que el alcalde sería el concejero municipal elegido sobre la lista que había obtenido más de votos y obtenido la primera mayoría con al menos 35 % de los sufragios. Se trataba entonces de una elección directa, paliada

---

<sup>711</sup> GONOD, P., MELLERAY, F. y YOLKA, Ph. (dir.), *Traité de droit administratif*, op. cit. p. 325.

<sup>712</sup> Cf infra, section 2, B 1 b).

<sup>713</sup> Estatuto fijado por la ley n°2004-192 del 27 de febrero de 2004. El estatuto creó el puesto de “presidente de Polinesia” que tiene una función de representante, dirige la acción del gobierno y de la administración y promulga las “leyes del país”. El gobierno de Polinesia, constituido de 7 a 10 ministros, está encargado de conducir la política de la colectividad. El órgano deliberante es la Asamblea de Polinesia elegida por sufragio universal directo cada cinco años.

<sup>714</sup> El artículo L4422-1 CGCT prevé que “les organes de la collectivité territoriale de Corse comprennent l'Assemblée de Corse et son président, le conseil exécutif de Corse et son président assistés du conseil économique, social et culturel de Corse.”

<sup>715</sup> Porque los alcaldes de las ciudades de más de 100.000 habitantes eran nombrados por el poder central.

<sup>716</sup> BERNASCHINA G., M., *Derecho Municipal Chileno*, op. cit. p.21.



en caso de ausencia de esas condiciones, por una elección indirecta por los concejales de uno de entre ellos. Después de dos elecciones bajo este régimen, vio la luz la solución actual, que establece una elección directa de los alcaldes por sufragio universal, en votación conjunta y cédula separada de la de concejales<sup>717</sup> y funciona desde las elecciones municipales de octubre de 2004.

Hoy, el alcalde es elegido por sufragio universal directo, por cuatro años, al mismo momento que los concejales municipales, pero postula directamente para dicho puesto y no al de concejal. Arranca entonces su legitimidad directamente de los electores y puede oponerla a los concejales. Si no se puede afirmar una relación directa entre la experiencia de la dictadura y la de asentar la idea de un hombre (o de una mujer) fuerte en todos los escalones del poder, seguramente se puede ver en eso la reproducción del sistema presidencial nacional a nivel municipal.

**Las regiones parecen ir en el sentido inverso a las municipalidades. La situación actual de las regiones** chilenas, se parece fuertemente a la de los departamentos franceses antes 1982 cuando el Prefecto era el ejecutivo, y el consejo general la asamblea deliberativa presidida por aquel. Las recientes reformas constitucionales que instauran la elección de los consejeros regionales por sufragio universal directo y un presidente del consejo regional elegido por sus pares, ponían a la región sobre el camino del “régimen parlamentario regional” por recoger la expresión de J. RIVERO<sup>718</sup>. Sin embargo, no es en nada seguro que el nuevo sistema electoral<sup>719</sup> elimine el papel preponderante de los partidos políticos en la designación de candidatos de débil representatividad a nivel regional, y vinculados por relaciones de dependencia estrechas con las directivas nacionales. Es posible, al contrario, que la concretización de la otra gran reforma sobre nuevos trasposos de competencias, desate la codicia de aquellas y de los parlamentarios de la región.

---

<sup>717</sup>La ley n° 19.737 de 6 de julio de 2001 modifica la LOCMU e introduce un nuevo artículo 57.

<sup>718</sup>Habría sin embargo que actualizar ese punto, para considerar los resultados de las discusiones relativas al proyecto de reforma constitucional, que dispone la elección popular del órgano ejecutivo del gobierno regional (Boletín N° 9.834-06, Mensaje N° 1053-362, ingreso al Senado el 05.01.2015). En éste caso, el modelo “presidencial” se repetiría ahora a nivel regional, corroborando de alguna manera las reflexiones sobre el fenómeno de reproducción de la estructura estatal.

<sup>719</sup>Antes de la reforma de 2013, los consejeros regionales eran elegidos por los consejeros municipales de cada región y beneficiaban según mucho de una legitimidad democrática indirecta.

En ausencia de voto de las disposiciones relativas a la elección del Presidente, la Contraloría General de la República<sup>720</sup> ha estimado que no era necesario esperar que la ley que define las funciones del Presidente fuera votada, puesto que el artículo 113 inc. 5 de la Constitución dispone que “el consejo regional, por mayoría absoluta de sus integrantes en ejercicio, elegirá un presidente de entre sus miembros.”

A pesar de la promulgación reciente de dicha ley relativa a las funciones y atribuciones del Presidente del gobierno regional<sup>721</sup>, y algunas modificaciones de las del Intendente, la situación chilena arriesga permanecer aún en un estado similar a la de Francia antes las leyes DEFFERRE. En efecto, mientras que la elección por sufragio universal directo del Presidente de región es vista por algunos como la panacea a los problemas territoriales chilenos<sup>722</sup>, hay que recordar que si el consejo general francés elegía desde 1871<sup>723</sup> su presidente, este solo tenía por función la presidencia del consejo; el ejecutivo departamental quedaba en las manos del Prefecto en el departamento. La “verdadera” descentralización sólo se produjo con el otorgamiento de competencias reales y la desvinculación jerárquica directa entre el Prefecto y el consejo regional.

En definitiva, el esquema del sistema presidencial persiste en la medida que el ejecutivo es (aún) nombrado por el poder central. El Intendente cumple tres misiones principales. Las dos primeras son similares a las del representante del Estado en Francia, puesto que es el representante directo del Presidente de la República en la Región<sup>724</sup> y como órgano administrativo desconcentrado, dispone de los Secretarios Regionales Ministeriales (SEREMI) y de un gabinete regional.

---

<sup>720</sup>CGR, Dictamén 21666 de 26.03.2014, *Consejos regionales, elección Presidente del Consejo*: “procede que los miembros del Consejo Regional de Los Ríos, luego de su instalación, elijan a su Presidente, tal como lo ordena el indicado artículo 113 de la Constitución Política de la República”.

<sup>721</sup>El art. 1 de la Ley 20.757 del 10.06.2014 que *modifica la LOCGAR, disponiendo funciones y atribuciones, para presidente del consejo regional*, modifica las funciones del Intendente e introduce un artículo 30 *bis* relativo a la elección del presidente del CORE y un 30 *ter* relativo a sus funciones y atribuciones.

<sup>722</sup>Algunos apodan la elección popular del Presidente del Consejo regional, “*la madre de todas las reformas de descentralización*”. Cf. *Chile descentralizado...desarrollado. Fundamentos y propuestas para construir una política de Estado (204-2030) y un nuevo programa de gobierno (2014-2018) en descentralización y desarrollo territorial*, BAER, H. VON (edit.), junio 2013, p. 7, 51. Esa aproximación sin ser totalmente errónea, es insuficiente, pues lo importante reside más bien en las competencias del consejo regional y su grado de autonomía para ejercerlas. Que el ejecutivo sea elegido directamente por los electores o por los consejeros es secundario en cuanto a su independencia con respecto al poder central. Aunque fuera el simple ejecutor de las deliberaciones del consejo y no el ejecutivo, su mandato le bastaría para poder enfrentar el representante del Estado.

<sup>723</sup>Ley del 10 de agosto de 1871 sobre la organización y las atribuciones de los *conseils généraux* y de las comisiones departamentales.

<sup>724</sup>Art. 111 inc. 1 CPR.

En cambio, su última atribución vuelve problemática la independencia del gobierno regional respecto del gobierno central, puesto que sigue siendo su ejecutivo<sup>725</sup>. En definitiva, a la imagen del Presidente a nivel nacional, el Intendente controla todos los poderes en la región. Las disposiciones del art. 110 de la Constitución significan que la función de gobierno, es decir la dirección política de los asuntos públicos, sólo concierne a las regiones y provincias, y no a las municipalidades, que solo pueden y podrán quedar acantonadas en el ámbito administrativo. Se entiende entonces por qué el gobierno central rehúsa confiar en el gobierno de la región a una autoridad elegida que gozaría de la legitimidad del sufragio.

## **Sección 2. La repartición de las competencias entre órganos del ente territoriales**

Los riesgos o las incertidumbres ligadas al funcionamiento de los entes territoriales son los mismos que en cualquier institución. Dos cuestiones, al menos se presentan: ¿quién decide y cómo? es decir: ¿cómo se ejerce el poder?

En primer lugar, las normas o actos que adoptan o realizan los entes territoriales deben serlo por la autoridad competente, porque sin determinación previa de un titular (§1), hay inseguridad jurídica y riesgo de arbitrio. Luego, se debe definir la plaza respectiva - por recoger la terminología de MONTESQUIEU- de las facultades de iniciativa, de estatuir (*statuer*), y de impedir de las autoridades respectivas, pero también los mecanismos de control correspondientes, es decir no solamente las reglas de ejercicio, sino también el ejercicio mismo de las competencias (§2).

De una manera general, el derecho comunal, en Francia, constituye un modelo de funcionamiento que puede aplicarse a las otras colectividades territoriales y, en cierta medida, a los EPCI. En ausencia de norma, incluso puede servir para llenar las lagunas del derecho departamental o regional. En el sistema chileno, la situación parece más compleja, aunque no dispone de tantas categorías de entes territoriales, porque incluso una generalización – por definición aproximativa – no es posible por las diferencias ya ampliamente subrayadas entre municipalidades y gobiernos regionales.

---

<sup>725</sup>Art. 111 inc. 2 y 3 CPR.

## **§1. La determinación de los titulares de la competencia normativa en el seno del ente territorial**

El poder territorial en Chile como en Francia es compartido entre la asamblea deliberante y el órgano ejecutivo (A) y traduciría un papel secundario del ejecutivo (B). Su carácter residual varía, sin embargo, considerablemente según el modelo de gobierno en que se inspire y según las concepciones ligadas a la administración territorial.

### **A. La ordenación de la primacía de las competencias de los consejos elegidos**

Las disposiciones constitucionales y legales chilenas como francesas no cuestionan la diversidad de las autoridades reglamentarias dentro de una colectividad. Confirman la competencia legislativa para delimitar esas atribuciones que establece una competencia de principio a favor del órgano colegial y deliberativo (1), y un papel secundario del ejecutivo (2), conforme a la reproducción del esquema estatal moderno<sup>726</sup>.

#### **1. Las adaptaciones del principio de un poder normativo general en manos de la asamblea.**

La competencia plena y general de la asamblea deliberante se funda en Francia, primero en su representatividad, conforme a la transposición de los principios constitucionales liberales. Efectivamente, la relación establecida entre la libre administración de las colectividades territoriales – “cuya función es de transponer al nivel administrativo la ideología política de la democracia representativa”<sup>727</sup> - y las asambleas territoriales, confirma que el texto fundamental ratifica el esquema de administración local con dominante rasgo colegial, pues el ejecutivo ni siquiera es mencionado. Así, “el examen de los fundamentos constitucionales de la descentralización confirma [que] los principios de 1884 están sellados en la Constitución de 1958 donde la investidura del artículo 72 inciso 2 solo beneficia a los “*consejeros elegidos*”.<sup>728</sup>

Por otro lado, la fórmula del artículo 61 de la ley de 1884, hoy codificada, permite a los consejos territoriales actuar en ausencia de textos, la cláusula general de competencia

---

<sup>726</sup>Cf. supra.

<sup>727</sup>TROPER, M., “Libre administration et théorie générale du droit. Le concept de libre administration », MOREAU (J.), DARCY (G.) (dir.), *La libre administration des collectivités locales. Réflexions sur la décentralisation*, Paris, Economica – P.U.A.M., 1984, p. 62.

<sup>728</sup>FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit. p. 81.

traduciendo de cierta manera a nivel legislativo la noción constitucional y legislativa<sup>729</sup> de libre administración. Incluso se trata, para B. FAURE, del fundamento jurídico de la competencia primera y superior de la asamblea deliberante que “vale también como regla de delimitación del poder dentro de la colectividad atribuyendo al órgano deliberante la competencia de derecho común para administrar la colectividad”<sup>730</sup>. De tal suerte que, “de manera general, cualquier otra autoridad en la colectividad es de interpretación estricta”<sup>731</sup>, y las jurisprudencias administrativa y constitucional han estimado que los consejos elegidos disponen de “poderes generales”<sup>732</sup> y “de atribuciones efectivas”<sup>733</sup>.

La constitución chilena no se molesta con un “término vago y vacío (privado de referencia)”<sup>734</sup> como el de libre administración – aunque el de autonomía no se queda a la zaga, y no proclama la superioridad de la asamblea sobre el ejecutivo. Al contrario, el sistema está organizado de tal suerte, que contorna el principio del poder normativo general de la asamblea en beneficio de aquel.

Así, en principio, la competencia normativa a nivel regional pertenece solo al consejo regional para el ejercicio de sus competencias administrativas<sup>735</sup>. De mismo modo, “las ordenanzas requieren el acuerdo del concejo municipal (artículo 65, letra k), de la LOCM). Es decir, de un órgano colegiado (artículo 72), electo directamente por la ciudadanía (artículo 72). La ley establece que el quórum de aprobación es de la mayoría absoluta de los concejales asistentes a la sesión respectiva (artículo 86). Se trata, por tanto, de una resolución dotada de una alta legitimidad.”<sup>736</sup>

Sin embargo, si el concejo municipal ejerce unas funciones normativas (Art. 119 CPR inc. 2), la ley orgánica determinará las materias en que la consulta del Alcalde al concejo será obligatoria, y aquellas en que necesariamente se requerirá el acuerdo de este, postulando *a*

---

<sup>729</sup> Art. L1111-1 CGCT “Les communes, les départements et les régions s'administrent librement par des conseils élus”.

<sup>730</sup> FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 2<sup>e</sup> édition, 2011, op. cit n° 359, p. 270.

<sup>731</sup> Idem, p. 271.

<sup>732</sup> TC, 7 juillet 1975, *Cne Ponts-de-Cé c. Poisson*, Rec. 798

<sup>733</sup> CC. Décision n° 85-196 DC, du 8 août 1985; CC. Décision n° 91-290 DC, du 9 mai 1991, Rec. 1991, p. 50, GDCC n° 44.

<sup>734</sup> TROPER, M., «Libre administration et théorie générale du droit. Le concept de libre administration», op. cit p. 62

<sup>735</sup> Art. 113 CPR.

<sup>736</sup> STC Rol 1669-2010, *Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*, cons. 58.

*contrario* la existencia de materias reservadas a la competencia del Alcalde. La ley orgánica no puede, en ningún caso, eliminar la aprobación del plan comunal de desarrollo, del presupuesto municipal y de los proyectos de inversión respectivos (Art. 119 CPR inc. 3), materias sobre las cuales el acuerdo del concejo es necesario. Como vemos la situación se complica. Salvo las precauciones mencionadas que se refieren solo al acuerdo dado – y no a alguna iniciativa, el sistema chileno consagra en realidad el poder de iniciativa de los actos normativos en beneficio del ejecutivo. (cf. Infra).

Eso permite afirmar que la Constitución chilena prevé expresamente la repartición de las competencias normativas entre la asamblea y el ejecutivo que el legislador orgánico debe poner en marcha. Si la constitución francesa no toma en cuenta esa precaución, el resultado es similar, puesto que el legislador atribuye directamente algunas competencias al ejecutivo. Por otro lado, el ejercicio mismo de las competencias<sup>737</sup> se traduce en una desviación en beneficio del ejecutivo que no es, entonces, un simple ejecutante o ejecutor.<sup>738</sup>

## **2. La existencia de un poder normativo directo del ejecutivo por determinación de la ley**

El alcalde francés es titular de poderes propios en materia de policía administrativa<sup>739</sup>, ya sea general<sup>740</sup> o especial<sup>741</sup>. Aunque proviene su competencia de leyes precisas, la policía es para el alcalde no solamente una competencia natural, sino aún su principal función. F. MOREAU estimaba, al principio del siglo XX, que si el consejo municipal es la autoridad principal, “*sin embargo, sus poderes están disminuidos de todos aquellos que la ley le atribuye al alcalde, especialmente la policía comunal..., y esa excepción sobrepasa en importancia práctica la regla misma, puesto que las materias de policía son aquellas sobre las que la comuna tiene los*

---

<sup>737</sup>Cf. § 2.

<sup>738</sup>Cf. la distinción entre la función de ejecutor y la función ejecutiva, VEDEL, G., *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, Economica/PUAM, 1986

<sup>739</sup>El derecho (administrativo) francés distingue entre la policía administrativa y la policía judicial. La distinción es importante, porque en el primer caso las medidas de policía son de competencia del juez administrativo y en el segundo del juez judicial. Todos los tratados de base de derecho administrativo francés tratan de tal distinción. Remito entonces el lector chileno a éstos.

<sup>740</sup>Art. L. 2212-2 CGCT: “La police municipale a pour objet d’assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. Elle comprend notamment : (...)”

<sup>741</sup>Police de la circulation et du stationnement (art. L2213-1 à L2213-6-1); police des funérailles et des lieux de sépulture (art. L2213-7 à L2213-15); police dans les campagnes (art. L2213-17 à L2213-21); autres polices (art. L2213-23 à L2213-32).

*derechos más considerables*”.<sup>742</sup> Esa competencia mayor del Alcalde, que constituye para él una obligación legal<sup>743</sup>, es protegida por el juez contra las usurpaciones<sup>744</sup> o presiones<sup>745</sup> del consejo municipal. Se beneficia entonces de una autonomía de acción, solamente limitada por las eventuales intervenciones de las autoridades de policía nacionales.<sup>746</sup>

El sistema chileno no prevé poderes generales de policía en beneficio del alcalde<sup>747</sup>. En cambio, el artículo 63 de la ley municipal chilena enumera algunas competencias de las cuales goza el edil sin delegación del consejo municipal, pero por determinación de la ley. Dentro de esas, figura la de dictar resoluciones obligatorias de carácter general o particular<sup>748</sup>. Sin embargo, estas son medidas de concreción y concretización de acuerdos adoptados por el concejo municipal (cf. infra). Así, contrariamente al régimen en vigor bajo la Constitución de 1925, el alcalde chileno no parece gozar de competencias normativas exclusivas.<sup>749</sup>

En cambio, a la imagen del Presidente de la República a nivel nacional, el artículo 24 o) de la ley orgánica regional dispone que “corresponderá al intendente, en su calidad de órgano

---

<sup>742</sup>Citado por FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 200, 1998, p. 107.

<sup>743</sup> Art. L2212-1 CGCT: “Le maire est chargé, sous le contrôle administratif du représentant de l'Etat dans le département, de la police municipale, de la police rurale et de l'exécution des actes de l'Etat qui y sont relatifs”.

<sup>744</sup>Fue así declarada nula la deliberación de un consejo que adopta medidas de policía. CE, 16 juillet 1915, *Abbé Couvenhes*, rec. *Lebon*, p. 239.

<sup>745</sup>De mismo modo, es declarada nula la deliberación que invita de manera insistente al Alcalde a tomar una medida de policía determinada CE, 9 juin 1924, *Abbé de Boissieu*.

<sup>746</sup> Se debe notar, sin embargo, que el artículo L5211-9-2 CGCT prevé que « les maires des communes membres (d'un EPCI) transfèrent au président de cet établissement leurs prérogatives en matière de police » en un cierto número de materias. La ley del 16 de diciembre de 2010 de reforma de las colectividades territoriales, simplificó el procedimiento de transferencia de policías especiales ; transformó el ejercicio conjunto de los poderes de policía entre el alcalde y el presidente del EPCI en una verdadera transferencia a éste; pero, al mismo tiempo, previó que uno o varios alcaldes pueden oponerse a ese traspaso, así como el presidente del EPCI puede rehusar que los poderes de policía especial del conjunto de los alcaldes de las comunas miembros le sean transferidos.

<sup>747</sup>Según E. CORDERO Q., de una manera general, “en la actualidad la defensa de tales cláusulas [cláusula o poder general de policía] es jurídicamente insostenible, en cuanto a que toda posibilidad de limitación de la esfera privada por parte de la Administración debe ser expresamente realizada por la Ley, aún en el caso de las facultades de policía.”CORDERO Q, E., *La potestad reglamentaria en el Derecho Público Chileno*, Valparaíso, -Universidad Católica de Valparaíso, 1995, p. 25.

<sup>748</sup>Art. 63 LOCMU: “El alcalde tendrá las siguientes atribuciones: g) Otorgar, renovar y poner término a permisos municipales; i) Dictar resoluciones obligatorias de carácter general [es decir: “las ordenanzas serán normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad”] o particular [Los decretos alcaldicios serán resoluciones que versen sobre casos particulares]”.

<sup>749</sup>Cf. para la Constitución de 1925, BERNASCHINA G., M., *Derecho Municipal Chileno*, op. cit. n° 102, p. 207: “Cuando actúa el Alcalde interviene un órgano complejo en ciertos casos –al ejecutar los acuerdos municipales- o simple, si el Alcalde asume facultades privativas que derivan de la ley y no de un acuerdo de la Corporación”

ejecutivo del gobierno regional (...) dictar las resoluciones e instrucciones que estime necesarias para el ejercicio de sus atribuciones”. Y el artículo 24 h) de la misma ley se refiere a los actos y contratos de su competencia que puede ejecutar o celebrar.

## **B. El poder normativo secundario de los ejecutivos territoriales**

El alcalde francés tiene un doble estatuto: por una parte, es agente del Estado y, por una otra, es el agente ejecutivo de la comuna y el jefe de su administración. Como agente del Estado, interviene “bajo la autoridad del representante del Estado” (L. 2122-27 CGCT)<sup>750</sup>, y cumple funciones de orden administrativo como la ejecución de las medidas de seguridad general, la publicación de las leyes y de los reglamentos, la organización de las elecciones y de los censos, la legalización de las firmas, etc. Es también responsable del servicio de registro civil y oficial de policía judicial.

El alcalde chileno, aunque es funcionario municipal, no está en la misma situación que su homólogo francés, y solamente ciertas disposiciones del estatuto administrativo de los funcionarios municipales le son aplicables<sup>751</sup>. La aplicación del principio jerárquico sería efectivamente contraria a la proclamada autonomía institucional de las municipalidades.

En lo que concierne a sus competencias normativas como autoridad descentralizada, el ejecutivo territorial chileno, como el francés, interviene tanto como ejecutor de las decisiones del consejo (1) como ejecutivo.<sup>752</sup> Sin embargo, el sistema de las delegaciones de la asamblea deliberante (2) amplía su campo de acción, para darle un cierto margen de maniobra.

### **1. ¿Un deber o un poder de ejecución de las decisiones de la asamblea deliberante?**

Al tiempo en que el legicentrismo se debilita, el positivismo normativo de la primera mitad del siglo XX tomó el relevo para explicar el papel “deliberativo” de la asamblea del mismo nombre y su posición preponderante a la cual es sujeto el ejecutivo. Como lo recuerda B. FAURE, “La existencia de una ruptura respecto de la finalidad entre una norma base

---

<sup>750</sup>Es decir el Prefecto. El último inciso del artículo 72 de la Constitución dispone que: “Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l’État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois. »

<sup>751</sup>LOCMU, art.40 al. 2.

<sup>752</sup> Cf. infra: § 2, A 1. *La desviación « presidencial » de los entes territoriales franceses y chilenos*. Si, como se vio, el alcalde chileno no es titular de poderes de policía, en cambio sí dispone como jefe de la administración comunal de poderes de jefe de servicio sobre la administración local.



(*deliberación*) y una norma de desarrollo (*ejecución*) ha sido expuesta a la luz pública por Ch. EISENMANN en la distinción entre “*normas creadoras de reglamentación*” y “*normas de aplicación*”, distinción ampliamente inspirada de las concepciones de Viena. Las primeras definen un “actuar” general y abstracto, un contenido objetivo según las cuales las segundas intervienen”.<sup>753</sup>

Como agente ejecutivo de la comuna, el alcalde francés está a cargo de la ejecución de las decisiones del consejo municipal y actúa bajo su control y el del Prefecto.<sup>754</sup> Ésta regla, que se aplica a las otras colectividades territoriales, es para el ejecutivo “una obligación positiva que fluye del principio de legalidad”, el cual “exige la aplicación de las deliberaciones regularmente adoptadas”<sup>755</sup> y no tolera ninguna discrecionalidad.

El sistema chileno también está influenciado por los trabajos kelsenianos. En este sentido, los actos del alcalde chileno deben poner en aplicación las políticas, normas y deliberaciones adoptadas por el Consejo que está encargado de fiscalizarlos<sup>756</sup>. Dentro de las atribuciones propias del alcalde - por determinación de la ley orgánica - figura la de dictar resoluciones obligatorias de carácter general o particular<sup>757</sup>, asumiendo con eso su papel de ejecutor de las decisiones del concejo. El alcalde requerirá el acuerdo del concejo para dictar ordenanzas municipales y el reglamento a que se refiere el artículo 31<sup>758</sup>, pero “las materias que requieren el acuerdo del concejo serán de iniciativa del alcalde<sup>759</sup>. Se trata de los actos más importantes, puesto que algunos están establecidos en la misma constitución<sup>760</sup> y repetidos por la ley orgánica que, además, agrega otros.”<sup>761</sup>

Esa exigencia de la expresión de la voluntad de la municipalidad, compartida entre órganos municipales, sirve de protección contra el arbitrio individual y se ve resguardada al

---

<sup>753</sup>FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit. p. 88.

<sup>754</sup>Art. L. 2122-21 CGCT « Sous le contrôle du conseil municipal et sous le contrôle administratif du représentant de l'Etat dans le département, le maire est chargé, d'une manière générale, d'exécuter les décisions du conseil municipal ».

<sup>755</sup>FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., n° 365, p. 274.

<sup>756</sup>LOCMU, artículo 80 inc. 1.

<sup>757</sup>LOCMU, art.63 i).

<sup>758</sup>LOCMU, art.65 k).

<sup>759</sup>LOCMU art.65 inc. 2.

<sup>760</sup>Art. 119 inc. CPR.

<sup>761</sup>LOCMU, artículo 56 inc. 2: “En la condición antedicha, el alcalde deberá presentar, oportunamente y en forma fundada, a la aprobación del concejo, el plan comunal de desarrollo, el presupuesto municipal, el plan regulador, las políticas de la unidad de servicios de salud y educación y demás incorporados a su gestión, y las políticas y normas generales sobre licitaciones, adquisiciones, concesiones y permisos.”

exterior, por el hecho que ninguna otra autoridad administrativa puede abrogar un reglamento municipal, ni siquiera el Presidente de la República porque la Municipalidad es un órgano constitucional autónomo.<sup>762</sup> Además, no son objeto del control previo de legalidad de la “toma de razón”, como es el caso de los reglamentos regionales.

Tratándose del Intendente, se ha visto que la ley le confiere un poder de ejecución discrecional para poner en aplicación sus atribuciones, y que puede “ejecutar los actos y celebrar los contratos de su competencia o los que le encomiende el consejo.”<sup>763</sup>

Dos reflexiones se imponen: primero, el uso de verbo *poder* lleva a interrogarse para saber si se trata de una delegación de parte del consejo. No me parece, porque cuando es así, para las delegaciones de poder por ejemplo, la ley orgánica utiliza expresamente el término (cf. Más abajo).

Luego, nada se dice en cuanto a un eventual *deber de ejecutar las deliberaciones del consejo regional*, excepción hecha con la promulgación de “los planes regionales de desarrollo urbano, los planes reguladores metropolitanos, intercomunales, comunales y seccionales”<sup>764</sup>, estableciendo así además su tutela sobre municipalidades supuestamente autónomas.

La referencia a esa “estimación discrecional de su necesidad” es la misma que la del artículo 38 de la Constitución y consagra bien el poder discrecional del ejecutivo regional, lo que plantea graves problemas. ¿Puede el Intendente vetar un acto votado por el consejo o este entra por sí solo en vigencia? El análisis de las disposiciones normativas, de las discusiones parlamentarias y de la doctrina, da a pensar que salvo en los casos donde la promulgación está expresamente mencionada, el acuerdo del consejo regional basta para dar vida al proyecto de acto y gatillar el control de legalidad previo de la Contraloría General de la República.<sup>765</sup>

---

<sup>762</sup>AYLWIN A., P. y AZÓCAR B., E., *Derecho Administrativo*, Universidad Andrés Bello, 1996, p. 85.

<sup>763</sup>LOCGAR, art. 24 h).

<sup>764</sup>LOCGAR, art. 24 p): “Promulgar, previo acuerdo del consejo regional, conforme a las normas de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.”

<sup>765</sup>Además, el principio de juridicidad de los artículos 6 y 7 de la Constitución militaría en este sentido, puesto que no existen competencias que no hayan sido atribuidas previamente. El intendente no disponiendo, según la ley orgánica, del poder de promulgar los reglamentos regionales, éstos entran en vigencia a partir de su aprobación por la CGR. Cf. CORDERO Q., E., “*La potestad reglamentaria de las entidades territoriales. Los reglamentos regionales, las ordenanzas y los reglamentos municipales*”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 6, 1999, p. 123.

## 2. Por delegación de la asamblea deliberante.

A los poderes propios que el ejecutivo territorial francés puede tener de textos explícitos, se agregan los que el consejo puede delegarle expresamente, pero aquí de nuevo por autorización de la ley para algunas materias que esa misma previó.<sup>766</sup> Permanece el primer beneficiario de cualquier transferencia de competencia o actividad, el ejecutivo estando aquí autorizado para actuar solamente si detenta una autorización formal, resultado de una deliberación del consejo. Esa delegación es revocable y el alcalde debe rendir cuenta al consejo de los actos que toma sobre ésta base.

Pero, “porque revuelve el orden de las competencias y descarta la primacía de la asamblea deliberante, la delegación debe ser concebida de manera limitada”<sup>767</sup>, el juez administrativo vigilando el respeto de las materias que pueden ser delegadas, así como la especificidad de las delegaciones.

Los textos normativos limitan y encuadran entonces fuertemente el poder normativo de los alcaldes. En definitiva, “con el ejercicio de su función de ejecución, el alcalde está llamado a adoptar actos normativos que se integran al orden jurídico, pero ¿a qué nivel de la escala? La Constitución, la ley, el reglamento de ejecución nacional y la deliberación de la asamblea local lo precederán de tal manera que la regla recibida por él arriesga ser suficientemente precisa para impedirle aplicarla mediante una nueva disposición de principio.”<sup>768</sup>

El sistema chileno no prevé delegaciones de competencia en beneficio del ejecutivo de parte de la asamblea territorial, eso en virtud del principio de la determinación estricta de las competencias por la Constitución y la ley.

En cambio, el alcalde puede delegar una parte de sus atribuciones a un funcionario, incluso a un ciudadano de la comuna, con la condición que la delegación sea parcial y sobre materias específicas que deben ser precisadas en el acto de delegación, así como su límite temporal y el ámbito de validez territorial de los actos del delegatario.<sup>769</sup> Se trata aquí de delegación de poder en el seno del ejecutivo, figura que se encuentra también en derecho francés y que no exige aquí desarrollo más amplio.

---

<sup>766</sup>Art. L2122-22 CGCT: “Le maire peut, en outre, par délégation du conseil municipal, être chargé, en tout ou partie, et pour la durée de son mandat: (...)” cf. *Infra*.

<sup>767</sup>FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., n° 370, p. 277.

<sup>768</sup>FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit. p. 81.

<sup>769</sup>LOCMU art.63j) y art. 68.

Sin embargo, se debe ir más allá de las normas y considerar la práctica de los diferentes actores, porque es un dato de la experiencia que los entes descentralizados, al igual que el Estado central, no escapan al dominio del Ejecutivo.

## **§ 2. El ejercicio de las competencias.**

Es un hecho que en todos los regímenes de gobierno, el poder ejecutivo tiende a ocupar el primer lugar. Las razones han sido desde mucho tiempo ya subrayadas y las estructuras infra-estatales no escapan al fenómeno, a tal punto que la afirmación según la cual, en Francia, "el poder político a nivel local parece a un sistema presidencial fuerte"<sup>770</sup> puede aplicarse a las regiones y municipalidades chilenas (A). Más allá de los mecanismos de representación propios a cada sistema, todo parece confirmar que «descentralizar, es ante que todo reforzar la capacidad de actuar de los ejecutivos políticos locales, que constituyen tanto segmentos de la potestad pública, pero que no dependen propiamente de la esfera estatal»<sup>771</sup>. Válida para las colectividades territoriales francesas y las municipalidades chilenas, la afirmación lo es más para las regiones chilenas, considerando el vínculo político y jerárquico existente entre el Intendente regional y el poder central (art. 111 inc. 1 CPR).

Para evitar las desviaciones autoritarias, feudales y entonces la corrupción mientras se satisfacen las demandas de democracia local y de participación, han sido reforzadas en las dos últimas décadas las medidas de transparencia de la vida política local, en general, y de control del ejecutivo, en particular (B).

### **A. La desviación “presidencial” de los entes territoriales franceses y chilenos**

De una manera general, el papel preponderante del ejecutivo tiene que ver tanto con las funciones administrativas que le son confiadas, como a las normas que organizan los procedimientos de adopción de los actos normativos. El ejecutivo está entonces presente en todas partes: de la iniciativa a la elaboración y luego, de la adopción hasta la dictación de los actos normativos por una parte (1), y de sus ejecuciones, al control de los funcionarios territoriales por otra (2).

---

<sup>770</sup>THOENIG, J.-C., "Pouvoir et contre-pouvoir locaux: rendre la démocratie aux citoyens", *La décentralisation en France*, Paris, Institut de la décentralisation, La Découverte, 1996, pp. 131-142.

<sup>771</sup>PALARD, J., «Décentralisation et démocratie locale», en *Problèmes politiques et sociaux*, La documentation française, n° 708, 30 juillet 1993.

## 1. El papel preponderante del ejecutivo en la elaboración y la adopción de los actos normativos.

En su presentación de los órganos de las colectividades territoriales, el sistema francés (CGCT) trata sobre los consejos, antes que a los ejecutivos, mientras que las leyes orgánicas municipales y regionales chilenas dan la primacía al ejecutivo<sup>772</sup>, lo que es lógico puesto que en el caso de la región es bien la función de gobierno que domina<sup>773</sup> y las municipalidades, cuya más alta autoridad es el alcalde<sup>774</sup>, funcionan sobre el modelo presidencial nacional<sup>775</sup>

Más allá del principio de un poder general en beneficio de la asamblea, los ejecutivos territoriales disponen de recursos técnicos jurídicos permanentes, que de hecho los sitúan en una posición prevalente. Esta primacía “natural” en la iniciativa de los procesos normativos, a veces, puede ser consagrada por la norma. Así, las municipalidades chilenas están constituidas por el órgano deliberante y el ejecutivo, de tal modo que cuando ejercen sus atribuciones esenciales (algunas normativas), estas en realidad son compartidas<sup>776</sup> entre el alcalde y el concejo<sup>777</sup> y se establece así una dialéctica entre los dos poderes que termina en beneficio del primero. La ley orgánica municipal chilena trata, por otro lado, en primer lugar de las atribuciones del alcalde y luego de las del Concejo municipal.

La colaboración obligatoria entre los órganos cede regularmente para la ventaja del ejecutivo, porque preside la asamblea deliberante y puede dominar la orden del día. En fin, es el órgano ejecutivo mediante su firma que transforma la deliberación en acto normativo<sup>778</sup>. Esta

---

<sup>772</sup>Así, la LOCMU: TITULO II DEL ALCALDE, TITULO III DEL CONCEJO; y la LOCGAR: TITULO I DEL GOBIERNO DE LA REGIÓN; CAPITULO I Del Intendente, CAPITULO II Del Gobernador TITULO II: DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA REGIÓN.

<sup>773</sup>El art. 2 LOCGAR se refiere a las funciones del Intendente como representante del Presidente de la República en la región, las cuales sobrepasan las de los prefectos franceses.

<sup>774</sup>Art. 2 LOCMU.

<sup>775</sup>Lo que ha sido reforzado por la elección directa del alcalde por los electores. Cf. supra.

<sup>776</sup>Por ejemplo, recordado en STC Rol 1669-2010, *Energía del Limarú S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*, con. 49. “las ordenanzas están sujetas a un procedimiento de dictación. Dicho procedimiento tiene dos etapas. De un lado, corresponde a una facultad compartida del alcalde con el Concejo dictar ordenanzas municipales. En tal sentido, toca al alcalde la iniciativa en la materia. Pero toca al Concejo Municipal su aprobación (artículo 65, letra k), artículo 79, letra b), LOCM). (...) No obstante, la Ordenanza Municipal de Participación puede establecer mecanismos adicionales de participación en su adopción (artículos 93 y 97 de la LOCM).

<sup>777</sup>Arts. 5 y 12 LOCMU.

<sup>778</sup>Salvo, como se ha mencionado antes, parece que para los reglamentos regionales, la ausencia de observación de la CGR en su control de legalidad previo, que permite su entrada en vigencia, el Intendente no puede oponerse, no obstante tener su iniciativa.

responsabilidad<sup>779</sup> entraña para él - y eso parece natural – deberes, pero también derechos o, en termino de derecho público, prerrogativas.

Se puede buscar el origen de esta “desviación de poder democrático” en “la invención genial”<sup>780</sup> de la Constitución del 22 frimario año VIII (13 de diciembre de 1799) – y de BONAPARTE - de conferir el monopolio de la iniciativa legislativa al ejecutivo y que trastornó la teoría constitucional sobre dos puntos.

El primero fue de reinventar el poder ejecutivo, sacándolo de su papel de simple ejecutante donde estaba acantonado, para hacer de él el poder más importante, incluso más importante que el poder por excelencia rey de la época: el poder legislativo.

Luego, obligó a re-concebir la teoría de la separación de poderes, en la medida que desemboca sobre un sistema que, en apariencia, es una aplicación de aquella (hay un poder legislativo y un poder ejecutivo bien separados), pero que, en realidad, es una verdadera desnaturalización porque el poder no detiene más el poder y uno se vuelve servidor del otro.

Se trata incontestablemente de una “obra maestra” según las palabras de Benjamín CONSTANT<sup>781</sup>. Eso porque logra privar de iniciativa a los representantes del pueblo, sin declararlo de manera expresa. El mecanismo tiene eso de admirable de consagrar la democracia vaciándola de su contenido. En apariencia, el gobierno del pueblo es la fundamentación del régimen; los representantes del pueblo están aquí; pueden deliberar, debatir, criticar, conversar, discutir e incluso decidir; pero lo esencial se les escapa porque no gobiernan. No conducen, son conducidos.

El mecanismo imaginado por BONAPARTE es tan ingenioso que ha sido recuperado en casi todos los lugares, ya solo aplicándolo al dominio del orden del día de los debates de las asambleas en beneficio del ejecutivo. Es incluso reforzado cuando, la iniciativa normativa le es expresamente reservada.

---

<sup>779</sup>Art. L2131-1 inc. 3 CGCT: “le maire certifie, sous sa responsabilité, le caractère exécutoire » des actes réglementaires et individuels”.

<sup>780</sup>ZOLLER, E., “Une Constitution pour les Etats européens, pas pour le peuple”, *Commentaire*, N 108, Hiver 2004-2005, pp. 965-969.

<sup>781</sup>ZOLLER, op. cit.

Así, el artículo 65 de la ley orgánica municipal prevé expresamente que “las materias que requieren el acuerdo del concejo serán de iniciativa del alcalde<sup>782</sup>. En este sentido, la ley del 1º de abril 2014 que modifica la ley orgánica, no cambia nada, puesto que si prevé que los concejales podrán someter a consideración del concejo las materias señaladas anteriormente, será siempre que éstas no incidan en la administración financiera del municipio.<sup>783</sup>

Tratándose del gobierno regional, el consejo regional está solo encargado de aprobar, decidir sobre propuesta del intendente, de dar su acuerdo, su opinión, de resolver sobre la base de una propuesta del intendente, etc.<sup>784</sup> En cuanto a este último, le corresponderá (futuro indicativo) “formular políticas de desarrollo de la región, (...) someter al consejo regional los proyectos de planes y las estrategias regionales de desarrollo y sus modificaciones,(...) someter al consejo regional el proyecto de presupuesto del gobierno regional y sus modificaciones, (...) proponer al consejo regional la distribución de los recursos del Fondo Nacional de Desarrollo Regional que correspondan a la región, (...) proponer al consejo regional los proyectos de reglamentos regionales que regulen materias propias de la competencia del gobierno regional”.<sup>785</sup>

Pero, como lo señalaba E. ZOLLER<sup>786</sup>, lo más importante no es tanto el monopolio de la iniciativa normativa, como la independencia del ejecutivo o, dicho de otra manera, en la ausencia de responsabilidad política.

Sobre este punto, la situación del Intendente regional en Chile es el ejemplo más perfecto de ausencia de democracia regional. Porque no hay (o no hay más) democracia cuando el pueblo está gobernado por autoridades independientes, cuando está dirigido “por ellos que hablan por una mayoría, por ellos quienes, sin representarlo, saben cuál que es lo mejor para su bien”<sup>787</sup>. Del mismo modo, la situación de los ejecutivos territoriales franceses – salvo el alcalde cuando actúa en nombre del Estado– es problemática, pues las posibilidades de mociones de censura están muy limitadas hasta hoy.

---

<sup>782</sup>Art. 65 al. 2 LOCMU.

<sup>783</sup>Ley 20742 Art.1 N° 10 (D.O. 01.04.2014).

<sup>784</sup>V el art.36 LOCGAR.

<sup>785</sup>LOCGAR, art. 24.

<sup>786</sup>Seguramente a propósito de la Comisión europea, pero eso puede aplicarse aquí.

<sup>787</sup>TOCQUEVILLE, A., *De la democratie en Amérique*, 2<sup>ème</sup> Partie.

## 2. Las funciones de administración y de control de los funcionarios.

A las prerrogativas normativas, se agregan los poderes sobre la administración y, “ala imagen del régimen presidencial, la unicidad del ejecutivo, «único encargado de la administración », es un rasgo propio del régimen de organización local”.<sup>788</sup>

El alcalde es la máxima autoridad de la municipalidad y en tal calidad le corresponderá su dirección y administración superior y la supervigilancia de su funcionamiento<sup>789</sup>. Para eso, el alcalde debe “ejecutar los actos y celebrar los contratos necesarios para el adecuado cumplimiento de las funciones de la municipalidad y de lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley N° 18.575.”<sup>790</sup> Es lo mismo para el alcalde francés.<sup>791</sup>

Este último, como su par chileno, dispone también de un poder de control de los establecimientos comunales y de medidas de instrucción – como superior jerárquico – para los funcionarios municipales que gozan, de una protección estatutaria.<sup>792</sup> Dispone para eso de un poder general de organización de los servicios<sup>793</sup>.

En cuanto al Intendente regional, no se sorprenderá de la amplitud de sus prerrogativas que hacen de él, el jefe todopoderoso de la región, la réplica del Prefecto napoleónico. No solamente, es el jefe de los servicios administrativos del gobierno regional, sino que también coordina, vigila y controla los servicios públicos desconcentrados en la región.<sup>794</sup>

En definitiva, las derogaciones aportadas por el mismo legislador (existencia de un poder normativo directo del ejecutivo por determinación de la ley, o por delegación de la asamblea deliberante) o las atenuaciones por el poder de ejecución de las decisiones de la asamblea deliberante inherente a la función administrativa, relativizan el principio de la primacía normativa de los consejos elegidos. Eso llevó al legislador a intentar restablecer el equilibrio que la práctica ha(bía) perturbado.

---

<sup>788</sup>FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., n° 324, p. 248.

<sup>789</sup>LOCMU, art.56 inc. 1.

<sup>790</sup>LOCMU, art. 63.

<sup>791</sup>Art. L2122-18 CGCT.

<sup>792</sup>LOCMU, art. 63.

<sup>793</sup>CE, 7 février 1936, *Jamart*, Rec. p. 172.

<sup>794</sup>Ver LOCGAR, art. 24 i); j); k); l); m); n).



## **B. La transparencia de la vida política y la instauración de medidas “parlamentarias” a nivel territorial**

Estas son dirigidas en contra de los excesos del ejecutivo (1), pero también contra las desviaciones mayoritarias (2).

### **1. Medidas de transparencia de la vida política territorial y de control del ejecutivo**

#### **a) Derecho a la información**

El derecho a la información de los elegidos y de los ciudadanos en Francia es un principio “con connotación” constitucional y de valor legal, en la medida que “el derecho de los habitantes de la comuna a ser informados de los asuntos de ésta y a ser consultados sobre las decisiones que les conciernen, indisociable de la libre administración de las colectividades territoriales, es un principio esencial de la democracia local”<sup>795</sup>. De mismo modo, las leyes orgánicas chilenas prevén algunas disposiciones que tienden a la transparencia de los debates que llevan a la adopción de las deliberaciones locales según un procedimiento democrático.<sup>796</sup>

El derecho a la información puede tomar la forma de una obligación para el ejecutivo de informar a los miembros de las asambleas durante su reunión<sup>797</sup>. En lo que concierne a las obligaciones del alcalde, los dos sistemas prevén que debe rendir cuenta anualmente de su gestión<sup>798</sup>. Pero, solo el sistema chileno prevé además una obligación de difusión hacia el conjunto de la comunidad<sup>799</sup> en tanto que el sistema francés parece obligar a los ejecutivos a rendir cuenta a cada reunión del consejo en el caso del sistema de las delegaciones<sup>800</sup>, incluso si

---

<sup>795</sup>Art. L2141-1 CGCT que persigue: « Il s'exerce sans préjudice des dispositions en vigueur relatives notamment à la publicité des actes des autorités territoriales ainsi qu'à la liberté d'accès aux documents administratifs. »

<sup>796</sup>Art. 87 LOCMU por ej.: “Todo concejal tiene derecho a ser informado plenamente por el alcalde o quien haga sus veces, de todo lo relacionado con la marcha y funcionamiento de la corporación. Este derecho debe ejercerse de manera de no entorpecer la gestión municipal. El alcalde deberá dar respuesta en el plazo máximo de quince días, salvo en casos calificados en que aquél podrá prorrogarse por un tiempo razonable a criterio del concejo.”

<sup>797</sup>Art. L2121-7 CGCT: « Le conseil municipal se réunit au moins une fois par trimestre. »

<sup>798</sup>Art. L2121-31CGCT: « Le conseil municipal arrête le compte administratif qui lui est annuellement présenté par le maire. Il entend, débat et arrête les comptes de gestion des receveurs sauf règlement définitif. »

<sup>799</sup>Art. 67 LOCMU.

<sup>800</sup>En virtud del art. L2122-23 inc. 3 CGCT, « le maire doit rendre compte à chacune des réunions obligatoires du conseil municipal » des décisions prises en vertu d'une délégation du conseil municipal, lequel « peut toujours [y] mettre fin » (al. 4).

las modificaciones de la LOCMU por la ley del 1º de abril de 2014<sup>801</sup> y de la LOCGAR por la ley del 10 de junio de 2014<sup>802</sup> refuerzan la información de los consejos.

El artículo 67 de la ley municipal chilena detalla particularmente los *ítems* que el informe debe contener y “el no cumplimiento de lo establecido en este artículo será considerado causal de notable abandono de sus deberes por parte del alcalde” que puede dar lugar a un procedimiento de acusación y juicio político.<sup>803</sup>

Pero el derecho a ser informado puede ser ejercido igualmente, de manera activa o positiva, no solamente por los elegidos<sup>804</sup>, sino también por los administrados.<sup>805</sup> El derecho a la información y las posibilidades de control comienzan por una información adecuada de los elegidos. Eso implica, de modo simple, el respeto de formalidades procedimentales, tales como la citación y con ella el orden del día de la próxima reunión de la asamblea<sup>806</sup>. La ausencia o la insuficiencia de la mención del orden del día en la convocación, puede acarrear la nulidad de las deliberaciones.<sup>807</sup>

#### **b) Las medidas de control del ejecutivo.**

Los elegidos no tienen solamente un derecho a la información, tienen también una misión de control del ejecutivo. Así, los consejos municipales chilenos deben fiscalizar el cumplimiento de los planes y programas de inversión municipales y la ejecución del presupuesto municipal, y en general las actuaciones del alcalde.<sup>808</sup>

El artículo 80 de la ley municipal chilena apunta particularmente a la fiscalización y a la evaluación de la gestión del alcalde, especialmente para verificar que los actos municipales se hayan ajustado a las políticas, normas y acuerdos adoptados por el concejo, en el ejercicio de sus

---

<sup>801</sup>El art. 1 N° 11 de la Ley 20742 del 01.04.2014 introduce modificaciones al artículo 67 de la LOCMU.

<sup>802</sup> El art. 1 N° 3 de la Ley 20.757 del 10.06.2014 que *modifica la LOCGAR, disponiendo funciones y atribuciones, para presidente del consejo regional*, introduce un artículo 30 ter en ese sentido.

<sup>803</sup>Art. 67 LOCMU último inc. Cf. infra.

<sup>804</sup>Art. L2121-13 CGCT: “Tout membre du conseil municipal a le droit, dans le cadre de sa fonction, d'être informé des affaires de la commune qui font l'objet d'une délibération. »

<sup>805</sup>Art. L2121-26 inc. 1 CGCT: « Toute personne physique ou morale a le droit de demander communication des procès-verbaux du conseil municipal, des budgets et des comptes de la commune et des arrêtés municipaux. »

<sup>806</sup>Art. L. 2121-10 du CGCT, e implícitamente, art. L. 3121-19 et L. 4132-18 du CGCT.

<sup>807</sup> Por ej. CE 27 mars 1991, *Cne d'Anneville c. M. Lopparelli*, req. n°76036 cité par JANICOT, L., « Les décisions des autorités locales », *Encyclopédie des collectivités locales*, Chapitre 1 (folio n°4510) – F.-P. BÉNOIT - Refonte par JANICOT, L, juin 2011, n° 31.

<sup>808</sup>Art. 79, j).

facultades propias.<sup>809</sup> La auditoría externa en materia de ejecución del plan de desarrollo comunal es obligatoria durante cada mandato<sup>810</sup>.

El CGCT prevé igualmente, por ejemplo, la creación obligatoria de una comisión consultiva de los servicios públicos locales para el conjunto de los servicios públicos confiados a un tercero por convenio de delegación de servicio público, o que explotan en concesión administrativa (*régie*) dotada de la autonomía financiera (art. L1413-1 CGCT)<sup>811</sup>. En el mismo orden de ideas, a los concejos municipales chilenos les corresponderá solicitar informe a las empresas, corporaciones, fundaciones o asociaciones municipales, y a las entidades que reciban aportes o subvenciones de la municipalidad.<sup>812</sup>

En el ejercicio de este deber de control, los elegidos locales se benefician, además, de medidas directamente inspiradas del derecho parlamentario.

Así, el procedimiento de las “cuestiones orales al gobierno” en derecho francés ha sido transpuesto a nivel territorial<sup>813</sup> y una proposición que sugiere "instaurar el procedimiento de las cuestiones escritas en las colectividades locales", ha sido depositada el 6 de junio de 2013 en el Senado<sup>814</sup>.

---

<sup>809</sup> Art. 80 inc. 1 LOCMU.

<sup>810</sup> Art. 80 inc. 4 LOCMU.

<sup>811</sup> Es comisión concierne a las regiones, los departamentos, las comunas de más de 10.000 habitantes, los establecimientos públicos de cooperación intercomunal de más de 50.000 habitantes y los sindicatos mixtos que cuentan al menos una comuna de más de 10.000 habitantes. – Presidida por el ejecutivo, la comisión está compuesta por los miembros de la asamblea deliberante o del órgano deliberante, designados conforme el respeto del principio de la representación proporcional, y de los representantes de asociaciones locales, nombrados por la asamblea deliberante o el órgano deliberante. La comisión examina, entre otros, cada año el informe de su presidente, un balance de actividad de los servicios explotados en concesión administrativa dotada de la autonomía financiera y es consultada sobre los proyectos de: 1° delegación de servicio público; 2° de creación de una concesión administrativa dotada de la autonomía financiera.

<sup>812</sup> LOCMU, art 79.

<sup>813</sup> Art. L2121-19 CGCT: “Les conseillers municipaux ont le droit d'exposer en séance du conseil des questions orales ayant trait aux affaires de la commune. »

<sup>814</sup> Presentada por P. BERNARD-REYMOND, afirma que "l'exigence de contrôle des exécutifs territoriaux appelle la consécration par la loi d'un pouvoir d'interrogation écrite des élus à l'égard du responsable de l'exécutif, sur l'ensemble du territoire national". Ainsi, tout conseiller municipal (sauf ceux des communes de moins de 5.000 habitants), tout conseiller général et tout conseiller régional, ainsi que tout délégué titulaire d'un syndicat de communes, tout conseiller communautaire d'une communauté de communes, urbaine ou d'agglomération, pourrait "poser des questions écrites au chef de l'exécutif territorial sur un sujet relevant du champ de responsabilité de l'assemblée à laquelle il appartient". Le chef de l'exécutif devra y répondre dans les deux mois "sous peine de voir la question inscrite de droit à l'ordre du jour de la séance de l'assemblée concernée qui suit l'expiration de ce délai". Toutes les questions ainsi que les réponses seront publiées en annexe au registre des délibérations. Toutefois, "pour éviter tout

El alcalde chileno ya debe responder por escrito en un plazo de 15 días a las observaciones del concejo (art. 79 d) LOCMU). Esa facultad está también abierta a cualquier concejal actuando particularmente (79 h) LOCMU).

Además, los consejos municipales franceses pueden decidir la creación de una misión de información y de evaluación.<sup>815</sup> De mismo modo, el concejo municipal chileno puede decidir por mayoría de sus miembros, pero también a requerimiento de cualquier concejal<sup>816</sup>, proceder a una auditoría externa que evalúe la ejecución presupuestaria y el estado de situación financiera del municipio, sea para evaluar la gestión precedente al principio de cada nuevo período alcaldicio o durante cualquier mandato<sup>817</sup>.

El último proyecto de ley enviado al congreso el 22 de agosto de 2013 prevé el reforzamiento de los medios de investigación y de fiscalización de los consejos regionales sobre la gestión del intendente.

En fin, más allá de esas comisiones de investigación o de seguimientos ordinarios o extraordinarios, pueden existir procedimientos, como en Chile, de destitución del ejecutivo por razones políticas. Como he subrayado más arriba, el artículo 60 de la ley municipal considera las figuras de las incompatibilidades e inhabilidades (art. 60 b) por una parte y, por otra, los casos de destitución o juicio político del alcalde (art. 60 c) que puede provocar la prohibición de ejercer un cargo público por 5 años. La responsabilidad política puede ser requerida ante el tribunal electoral regional a petición de un tercio de los concejales municipales, o del concejo<sup>818</sup>, o de la

---

éventuel harcèlement politico-administratif, il est prévu que le nombre de questions soit limité à six par année civile pour chaque conseiller".

<sup>815</sup> Art. L2121-22-1 al. 1 CGCT.

<sup>816</sup> Art. 80 inc. 2 LOCMU.

<sup>817</sup> Nuevo inc. 3 del art. 80 LOCMU introducido por el art. 1 N° 18 de la Ley 20742 (D.O. 01.04.2014).

<sup>818</sup> LOCMU, Art. 60. Los nuevos incisos 4 a 7 del art. 60 nacidos con la ley n° 20742 Art. 1 N° 8 a) (D.O. 01.04.2014) precisan que "La causal establecida en la letra c) será declarada por el tribunal electoral regional respectivo, a requerimiento de, a lo menos, un tercio de los concejales en ejercicio, observándose el procedimiento establecido en los artículos 17 y siguientes de la ley N° 18.593, de los Tribunales Electorales Regionales, para lo cual no se requerirá patrocinio de abogado. En el requerimiento, los concejales podrán pedir al tribunal electoral regional respectivo la cesación en el cargo o, en subsidio, la aplicación de alguna de las medidas disciplinarias dispuestas en las letras a), b) y c) del artículo 120 de la ley N° 18.883, que aprueba el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales. El tribunal electoral regional competente adoptará las medidas necesarias para acumular los respectivos antecedentes, a fin de evitar un doble pronunciamiento sobre una misma materia. El mismo procedimiento descrito en los incisos anteriores se utilizará cuando el Tribunal Electoral Regional estime que uno o más concejales han incurrido en una contravención grave de las normas sobre probidad administrativa o en notable abandono de deberes, lo cual se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 77 de esta ley."

Art. 65 inc. 2: "Las materias que requieren el acuerdo del concejo serán de iniciativa del alcalde. Sin perjuicio de lo anterior, si el alcalde incurriere en incumplimiento reiterado y negligente de las

Contraloría General de la República. Estos casos son: un grave impedimento, contravención grave a las normas de probidad administrativa o por “notable abandono de sus deberes”<sup>819</sup>.

Se puede ver aquí la adaptación a nivel local de los procedimientos de juicio político o acusación constitucional previstos para las autoridades ejecutivas nacionales y los jueces de la Corte Suprema.<sup>820</sup> Sobre el plano jurídico, “la remoción por notable abandono de deberes, atribuida a órganos de Justicia Electoral es coherente - según F.ZÚÑIGA U.- con la racionalización (debido proceso) y judicialización, ya que el alcalde no reconoce jerarca o superior; pero al mismo tiempo si es responsable por incumplimiento de sus deberes fundado en los principios de igualdad, imparcialidad y eficacia.”<sup>821</sup>

---

obligaciones señaladas en el inciso segundo del artículo 56 [“el alcalde deberá presentar, oportunamente y en forma fundada, a la aprobación del concejo, el plan comunal de desarrollo, el presupuesto municipal, el plan regulador, las políticas de la unidad de servicios de salud y educación y demás incorporados a su gestión, y las políticas y normas generales sobre licitaciones, adquisiciones, concesiones y permisos], podrá ser requerido por el concejo para que presente el o los proyectos que correspondan dentro de un tiempo prudencial. En caso de que el alcalde persista en la omisión, su conducta podrá ser considerada como causal de notable abandono de deberes, para los efectos de lo previsto en la letra c) del artículo 60.”

<sup>819</sup> Este último, según A. SILVA, se genera cuando se producen circunstancias de suma gravedad que demuestran, por actos u omisiones, la torcida intención, el inexplicable descuido o la sorprendente ineptitud con que la autoridad abandona sus deberes, olvidando o infringiendo los inherentes a la función pública. SILVA B., A., *Tratado de Derecho Constitucional*, 3 Vols., Edit. Jurídica, Santiago, 1963, Tomo III, pp. 104-08. La ley del 1º de abril de 2014 precisó la noción de abandono de deberes. En efecto, los últimos incisos del artículo 60 (Ley 20742 Art. 1 N° 8 b) D.O. 01.04.2014) precisa hoy que: “Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 51, se considerará que existe notable abandono de deberes cuando el alcalde o concejal transgrediere, inexcusablemente y de manera manifiesta o reiterada, las obligaciones que le imponen la Constitución y las demás normas que regulan el funcionamiento municipal; así como en aquellos casos en que una acción u omisión, que le sea imputable, cause grave detrimento al patrimonio de la municipalidad y afecte gravemente la actividad municipal destinada a dar satisfacción a las necesidades básicas de la comunidad local. Se entenderá, asimismo, que se configura un notable abandono de deberes cuando el alcalde, en forma reiterada, no pague íntegra y oportunamente las cotizaciones previsionales correspondientes a sus funcionarios o a trabajadores de los servicios traspasados en virtud de lo dispuesto en el decreto con fuerza de ley N° 1-3.063, de 1979, del Ministerio del Interior, y de aquellos servicios incorporados a la gestión municipal. El alcalde siempre deberá velar por el cabal y oportuno pago de las cotizaciones previsionales de los funcionarios y trabajadores señalados precedentemente, y trimestralmente deberá rendir cuenta al concejo municipal del estado en que se encuentra el cumplimiento de dicha obligación. Con todo, cuando un alcalde pagare deudas previsionales originadas en un período alcaldicio anterior en el que no haya ejercido funciones como titular de ese cargo, él y los demás funcionarios que intervinieren en el pago estarán exentos de responsabilidad civil por las multas e intereses que dichas deudas hubieren ocasionado.”

<sup>820</sup>Lo que recuerda también el art. 68 de la constitución francesa: « El Presidente de la República no podrá ser destituido sino en caso de incumplimiento de sus deberes manifiestamente incompatible con el ejercicio de su mandato. La destitución será acordada por el Parlamento constituido en Alto Tribunal de Justicia.»

<sup>821</sup>ZÚÑIGA U., F., “Jurisprudencia acerca del notable abandono de deberes del alcalde”, *Revista de Derecho*, vol. XII, 2001, p. 250-251.

Se debe, en fin, mencionar el nuevo artículo 51 bis y las modificaciones aportadas a este y al artículo 60 de la LOCMU introducidos por la ley n°20742 del 1° de abril de 2014 relativa a la probidad y transparencia administrativa, que refuerzan los controles sobre el alcalde de parte de la Contraloría General de la República y a quien pueden ser aplicadas algunas sanciones administrativas, además de los procedimientos de destitución.<sup>822</sup>

En el sistema institucional territorial francés, “a veces cercano de la separación estricta de poderes, un control de destitución sobre el ejecutivo durante su mandato por su mayoría o por los electores es [generalmente] excluido”<sup>823</sup>. Lo que hace decir a ciertos autores que estamos entonces en “un régimen presidencial y no parlamentario, y la pérdida de la mayoría arriesga desembocar sobre algunas situaciones de bloqueo”.<sup>824</sup>

El *Conseil d'État*, solicitado respecto de la adhesión de Francia a la Carta Europea de la Autonomía Local, se ha pronunciado mediante un dictamen negativo de 2004 sobre la cuestión de la responsabilidad de los ejecutivos ante las asambleas locales. Resulta para el gobierno, que las disposiciones de la Carta relativas a la responsabilidad “deben ser interpretadas como reservando a los Estados la facultad de instituir la responsabilidad ante el órgano deliberante de

---

<sup>822</sup>Sobre este punto el mensaje presidencial es instructivo: «Según lo dispuesto en los artículos 40 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, y 1° de la ley N° 18.883, Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, los alcaldes tienen la calidad de funcionarios municipales. Por tanto, en esa condición les son aplicables las normas relativas a los deberes y derechos y la responsabilidad administrativa. Sin embargo, la jurisprudencia administrativa (Dictamen N° 12.282/2000), ha precisado que el ordenamiento jurídico no le ha otorgado a ninguna autoridad la potestad de aplicarle al alcalde alguna de las medidas contempladas en el aludido Estatuto y (...) en función de ello, el presente proyecto de ley consagra la responsabilidad administrativa del alcalde, en términos que los Tribunales Regionales Electorales, a petición de un tercio de los concejales puedan remover al alcalde por notable abandono de sus deberes o contravención grave al principio de probidad administrativa. En caso que los hechos no reúnan la entidad suficiente para proceder a la remoción, se faculta al Tribunal Electoral Regional para que, respetando las reglas del debido proceso, pueda aplicar las sanciones administrativas, que hoy en día establece el Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales, a excepción de la remoción, a saber, censura, multa o suspensión. Por su parte, se precisa el concepto de notable abandono de deberes, en términos de definir que **este se configurara cada vez que se presente una trasgresión reiterada de las obligaciones que le imponen las leyes y demás normas que regulan el funcionamiento municipal, así como también en que los actos u omisiones que le sean imputables, signifiquen un grave detrimento al patrimonio municipal y afectare las actividades destinadas a dar satisfacción a las necesidades básicas de la comunidad.** (...) Adicionalmente, se extiende la responsabilidad del alcalde que ha sido reelegido, por posibles irregularidades acaecidas en el periodo anterior. Además, y para el solo efecto de hacer efectivas las inhabilidades pertinentes, se permite perseguir la responsabilidad de alcaldes y concejales que han cesado en sus cargos, hasta seis meses después del término de su periodo edilicio.”*Historia de la Ley N° 20.742 Perfecciona el rol fiscalizador del concejo; fortalece la transparencia y probidad en las municipalidades; crea cargos y modifica normas sobre personal y finanzas municipales*, BCN, pp. 8-9 Ver también, cap. 8.

<sup>823</sup>FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 2° édition, 2011, n° 323, p. 247.

<sup>824</sup>FRIER, P.-L. et PETIT, J., *Droit administratif*, Paris, LGDJ, Lextenso éd., 8e éd., 2013, p. 183.

una colectividad territorial, del órgano ejecutivo del cual está dotada”. Parece efectivamente que este dictamen negativo debe ser interpretado como la ausencia de obligación para el Estado francés de instaurar tal responsabilidad. Sin embargo, la ley del 13 de marzo de 1991, por ejemplo, introdujo para la Asamblea de Córcega la posibilidad de “cuestionar la responsabilidad del consejo ejecutivo mediante la votación de una moción de desconfianza” que, si es adoptada, provoca la dimisión y el reemplazo inmediato del presidente y de los consejeros ejecutivos.<sup>825</sup> Este procedimiento ha sido extendido a Nueva-Caledonia<sup>826</sup>, a la Polinesia francesa<sup>827</sup> y a la Martinica<sup>828</sup>

La independencia del ejecutivo respecto de su asamblea deliberante reivindicada por los sistemas de “tipo presidencial”, parece mejor asegurada entonces en el sistema territorial francés que en el sistema “presidencial” municipal chileno.

Sin embargo, “el alcalde y sus tenientes solo pueden ser revocados por decreto motivado en consejo de los ministros”, “lo que provoca de pleno derecho la inelegibilidad a las funciones de alcalde y a las de tenientes durante el periodo de un año, a contar del decreto de revocación, a menos que se hay procedido antes a la renovación general de los consejos municipales”(art. L2122-16 CGCT). Esa dependencia respecto del ejecutivo central y no de una decisión de justicia, aboga a favor de una mejor protección del ejecutivo municipal chileno respecto del poder central.

## 2. El estatuto de la oposición política

¿La oposición política es ignorada o protegida? Si durante un tiempo, la cuestión ha sido tratada solo por la jurisprudencia<sup>829</sup>, ciertas medidas han sido adoptadas en Francia,

---

<sup>825</sup>Art. L4422-31 CGCT: « L'Assemblée de Corse peut mettre en cause la responsabilité du conseil exécutif par le vote d'une motion de défiance. (...) Lorsque la motion de défiance est adoptée, les candidats aux mandats de président et de conseillers exécutifs entrent immédiatement en fonction ».

<sup>826</sup>El art. 95 de la ley orgánica n° 99-209 del 19 de marzo de 1999 relativa Nueva-Caledonia instauro el procedimiento de la moción de censura.

<sup>827</sup>Art. 156 de la ley orgánica n° 2004-192 du 27 février 2004 *portant statut d'autonomie de la Polynésie française*

<sup>828</sup>Art. L 7225-2 CGCT.

<sup>829</sup>Dentro de las decisiones jurisprudenciales que vinieron reforzar el papel de la oposición política en las asambleas locales, ver la famosa decisión: CE, 22 mai 1987, *Tête c./ Commune de Caluire et Cuire*, Rec.p. 179, *AJDA* 1987, p. 664, concl. C. VIGOUROUX, en la cual el juez reconoce un “derecho de expresión” de los elegidos locales.

particularmente por la ley del **27 de febrero de 2002 relativa a la democracia de proximidad**<sup>830</sup>, como la de reservar un espacio de información en los boletines de información de las comunas<sup>831</sup> o de facilitar materialmente el trabajo de los diferentes grupos de elegidos o por algunas medidas de recursos humanos.<sup>832</sup> De una manera más general, “ algunos locales comunales pueden ser utilizados por las asociaciones, sindicatos o partidos políticos que lo pidan. »<sup>833</sup>

Más particularmente, el juez administrativo admitió el interés por actuar de los miembros de una asamblea local contra las decisiones de esa asamblea.<sup>834</sup>

La legislación chilena parece prever solamente el pago de dieta por asistencia a las sesiones o viáticos para los miembros elegidos, cualquiera sea sus afiliaciones políticas.<sup>835</sup>

### Conclusión del Capítulo 3

Como lo recordó F. MODERNE, “la autonomía llamada orgánica de una entidad (...) cuenta por lo esencial de dos vertientes: la auto-organización y la auto-administración (auto-gestión)”.<sup>836</sup>

Tratándose de la auto-organización, los entes territoriales chilenos como franceses no tienen la competencia de decidir, por una deliberación de sus asambleas, sobre su organización.

Solo pueden crear un servicio administrativo o adoptar un reglamento interior, pero en ningún caso pueden constituirse ellas mismas. La lógica francesa como chilena de la

---

<sup>830</sup>Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 *relative à la démocratie de proximité*, part. les chap. II: « Droits des élus au sein des assemblées locales » y III: « Fonctionnement des groupes d'élus ».

<sup>831</sup> Art. L2121-27-1: « Dans les communes de 3 500 habitants et plus, lorsque la commune diffuse, sous quelque forme que ce soit, un bulletin d'information générale sur les réalisations et la gestion du conseil municipal, un espace est réservé à l'expression des conseillers n'appartenant pas à la majorité municipale. Les modalités d'application de cette disposition sont définies par le règlement intérieur.»

<sup>832</sup>Art. L2121-28 - II. Inc 2 y 3 CGCT: « Dans les conditions qu'il définit, le conseil municipal peut affecter aux groupes d'élus, pour leur usage propre ou pour un usage commun, un local administratif, du matériel de bureau et prendre en charge leurs frais de documentation, de courrier et de télécommunications. Le maire peut, dans les conditions fixées par le conseil municipal et sur proposition des représentants de chaque groupe, affecter aux groupes d'élus une ou plusieurs personnes. Le conseil municipal ouvre au budget de la commune, sur un chapitre spécialement créé à cet effet, les crédits nécessaires à ces dépenses, sans qu'ils puissent excéder 30 % du montant total des indemnités versées chaque année aux membres du conseil municipal. » Disposition étendue aux départements et aux régions par les arts. L3121-24 et L4132-23

<sup>833</sup>Art. L2144-3 CGCT.

<sup>834</sup>CE, 24 mai 1995, *Ville de Meudon*, Rec.p. 208.

<sup>835</sup>V. por ejemplo LOCGAR, art. 39.

<sup>836</sup>MODERNE, F., “Le *municipio* comme entité politique dans l'organisation territoriale fédérale du Brésil », en *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 355 Nbp. N° 24.



descentralización es una negativa: se des-centra, se sale o se aleja del centro, pero con su permiso: no es cuestión de autonomía en sentido de auto-organización.

La lógica autonomía/heteronimia funda las relaciones Estado-entes territoriales. Se distinguen tradicionalmente dos modalidades de tales relaciones. La primera consiste en la atribución de competencias del centro hacia la periferia. Se trata de competencias de atribución que pueden entonces ser recuperadas en cualquier momento. La segunda, es la autonomía originaria, gracias a la cual las colectividades territoriales están en una relación de auto-organización. Dejar una capacidad de auto-organización a los entes territoriales chilenos y franceses significaría acercarlos al principio de subsidiariedad, porque este implica el reconocimiento de la capacidad y de la especificidad en gestionar sus propios asuntos, lo que no es el caso.

En lo que concierne, la auto-administración, los textos constitucionales y legales prevén cuales son las autoridades a cargo de la gestión de los asuntos corrientes. Salvo el Intendente regional, se trata de órganos elegidos cuyas funciones son repartidas entre un órgano deliberativo y ejecutivo.

### **Conclusión de la parte 1**

Las concepciones de la descentralización de los dos sistemas estudiados (capítulo 1) confirman que los entes descentralizados no tienen de poder de auto-identificación, ni poderes de auto denominación y/o de auto-delimitación<sup>837</sup>(capítulo 2) porque son instituidas y personalizadas por el Estado.

Por otro lado, la ausencia de poder de autonomía orgánica (capítulo 3) repercute sobre la autonomía funcional, en el sentido que los entes territoriales no deciden sobre sus competencias materiales y menos aún del valor jurídico de los actos adoptados para aplicarlas (Parte 2).

---

<sup>837</sup> Idem: « On désigne par « séquence autonome », selon les théoriciens du fédéralisme, les diverses étapes d'un processus complet d'autonomie, depuis le pouvoir d'auto-identification jusqu'au pouvoir d'autodétermination, en passant par les pouvoirs d'autodénomination, d'autodélimitation, d'auto-organisation et d'autogestion. »

## **Parte 2. Los elementos de orden funcional del poder territorial**

El poder territorial se manifiesta principalmente por la potestad reglamentaria territorial. Es por eso que, después de los elementos ligados a los órganos que van a ejercer el poder territorial, conviene interesarse en sus elementos funcionales, es decir las bases que permiten su funcionamiento, su ejercicio.

Para ello, los entes territoriales deben disponer de competencias cuyos modos de determinación y de repartición son fundamentales (Capítulo 4).

Pero, disponer de competencias sin poder decidir cómo aplicarlas, equivale a negar cualquier grado de autonomía territorial y no justificaría siquiera, en rigor, la existencia de entes territoriales dotados de personalidad jurídica – entonces distintos del Estado-, de órganos elegidos y representativos de la comunidad humana que vive sobre sus territorios. Es por eso que la atribución del poder para dictar normas para gestionar esas competencias resulta primordial.

Lo que es menos evidente, es la naturaleza y características de este poder calificado de reglamentario (Capítulo 5), porque el poder reglamentario es quizás, como ley material, una de las nociones más equívocas que existe, y que, cuando se ejerce a nivel territorial, cuestiona siempre la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

Sobre este punto, los debates permanentes relativos a la profundización de la descentralización y la mirada hacia los ejemplos extranjeros – principalmente Estados regionales o autonómicos – alimentan aquellos vinculados a la extensión de su alcance normativo (Capítulo 6).

#### Capítulo 4. Determinación y repartición de las competencias de los entes territoriales

La descentralización es ante que todo un asunto de repartición y de ejercicio de las competencias. Más exactamente, “cualquiera sea la forma del Estado, una respuesta debe estar dada a una cuestión que planeta inevitablemente, porque está vinculada a la pluralidad de personas públicas en el seno del Estado”<sup>838</sup>, es la de la repartición de las competencias entre él y ellas.

Pero sobre todo, “la cuestión de las competencias locales está siempre y en todos lugares en construcción. Lo es por obligación en los sistemas federales y los Estados regionales donde la distribución vertical de los poderes debe estar expresamente reglada por la Constitución. Se plantea también hoy en Francia donde la articulación de la cláusula general de competencias y de las transferencias decididas por vía legislativa, no cesa de ser objeto de interrogaciones recurrentes”<sup>839</sup>. La afirmación vale también para Chile donde uno de los últimos proyectos de ley relativo a la descentralización concierne al traspaso de competencias<sup>840</sup> que convendrá de efectuar para profundizar aquella.

Para R. DRAGO, la reforma constitucional francesa de 2003 se inscribe en la continuidad de las reformas anteriores, en lo que concierne a la definición de los principios de repartición de las competencias, aunque reconoce que algunos matices han sido introducidos.<sup>841</sup> Significa entonces que no son exactamente los mismos. Se puede incluso pensar con G. CHAVRIER que unos micro-procesadores<sup>842</sup> han sido introducidos en el proceso francés de descentralización en materia de repartición de las competencias en general, de ejercicio del

---

<sup>838</sup> PONTIER, J.-M., « Nouvelles observations sur la clause générale de compétence », *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 368.

<sup>839</sup> BRISSON, J.-F., “Présentation » en BRISSON, J.-F. (dir.), *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales*. Actes des journées de l'Association française de droit des collectivités locales organisées les 19 et 20 septembre 2007 à Bordeaux et à Agen, L'Harmattan, 2009, p. 9.

<sup>840</sup> Proyecto de ley relativo al reforzamiento de la regionalización del país (Boletín 7963-06) Disponible en: [http://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=8381&prmBL=7963-06](http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8381&prmBL=7963-06) (Junio, 2012)

<sup>841</sup> DRAGO, G., « Les principes de répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales après la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 : clarification ou continuité ? », en GUIHEUX, G. (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation : étude comparée France, Belgique, Canada*. Actes du Colloque de la Faculté de Droit et de Science politique de Rennes 18 et 19 novembre 2004, Bruylant Bruxelles – LGDJ Paris, 2006, p. 32.

<sup>842</sup> Que recoge la expresión del Primer ministro de la época y explicada por J.-P. DAUBRESSE: « (...) Oui, mettre des microprocesseurs dans la Constitution, c'est-à-dire injecter de nouveaux concepts, qui vont lancer un processus. (...) vous le savez bien, un processus qui sera long, mais irréversible en matière de décentralisation » JOAN, débats, 3<sup>e</sup> séance du mardi 24 février 2004. Cité par CHAVRIER, G., *Le pouvoir normatif local: enjeux et débats*, Paris, LGDJ, Lextenso, éd. 2011, p. 27.

poder reglamentario territorial y de autonomía financiera<sup>843</sup>. Hay que preguntarse cómo opera la repartición de las competencias. Primero, ¿en nombre de qué principios constitucionales (si es que hay) y títulos jurídicos? (Sección 1); luego, ¿según cuale(s) modalidad(s) son repartidas y ejercidas en práctica? (Sección 2)

### **Sección 1. Principios constitucionales y títulos jurídicos de determinación de las competencias.**

El problema de la repartición de las competencias entre Estado y los entes territoriales implica la cuestión de saber quién es competente para descentralizar, y sobre la base de qué título jurídico están determinadas las competencias de los entes territoriales (§ 2). El título jurídico puede ser la Constitución, la ley, a veces, el reglamento, e incluso el convenio. En el Estado unitario, es tradicionalmente la ley, por mandato constitucional. Sin embargo, algunos principios constitucionales pueden guiar (o encuadrar) al legislador (§ 1). En el caso francés, se puede ver desde la reforma constitucional de 2003 una nueva arquitectura en gestación cuyas implicancias aparecerán con las próximas reformas y las decisiones del juez constitucional. Algunos de estos principios o disposiciones constitucionales pueden encontrarse en la Constitución chilena.

A diferencia de la delegación de competencia, debería tratarse de atribuciones definitivas (o concebidas como tales) de competencias a una persona pública o a una categoría de personas públicas por supresión correlativa de la competencia de otra persona pública. Sobre este punto las apariencias son engañosas. En efecto, en los dos Estados los trasposos nunca son definitivos, el legislador permanece siempre decidiendo en última instancia, a nombre de mantener la unidad del Estado.

#### **§ 1. La cuestión de la existencia de principios constitucionales de repartición de las competencias**

La reforma constitucional francesa de 2003 ha inscrito en el “mármol constitucional” ciertos principios. Diez años más tarde, parece que la teoría de los micro-procesadores, evocada

---

<sup>843</sup>Es que la atribucion de un poder normativo no es evidente en terminos de descentralizacion. Se puede incluso concebir el ejercicio de competencias por simples actos materiales, sin que les sea atribuido un valor normativo particular. La contestacion de estos actos se haría antes del representante del Estado. Es por eso que la cuestión del poder reglamentario territorial sera estudiada en el capítulo siguiente como medio de ejercicio de las competencias descentralizadas.

previamente, no es válida y que las profundas transformaciones esperadas del modelo territorial francés no tuvieron lugar. Dentro de las novedades figuraría, según la mayoría de la doctrina, como principio de repartición de las competencias, la noción de subsidiariedad inspirada de la construcción europea<sup>844</sup>. Pero no es el único: el derecho a la experimentación-transferencia reconocido al legislador, la interdicción del ejercicio de tutela entre colectividades, la noción de colectividad líder (*chef de file*), el reconocimiento de un poder reglamentario territorial, de la autonomía financiera de las colectividades, principalmente de las regiones<sup>845</sup>, aparecen, para una parte de la doctrina, como otros medios de repartición de las competencias. Sin embargo, el poder reglamentario es un medio y la autonomía financiera al tiempo de ser medio es garantía del ejercicio de las competencias. Únicamente las primeras, entonces, constituyen unos modos de determinación de aquellas.

En efecto, por una parte el artículo 34 de la constitución francesa distingue las competencias materiales de los recursos puesto que «la ley determinará los principios fundamentales: (...) de la libre administración de las entidades territoriales, de sus competencias y de sus ingresos». Por otra, el artículo 72 inc. 3 de la constitución enuncia que las colectividades “disponen de un poder reglamentario para ejercer sus competencias». Por esa razón, estas dos componentes de la autonomía territorial serán estudiadas en los capítulos siguientes.

La doctrina chilena no habiéndose – por lo que conozco – interesado a esa cuestión, utilizaré el cuadro propuesto al fin del capítulo 1. El estudio de las disposiciones constitucionales chilenas puede permitir igualmente proponer para este país algunas claves<sup>846</sup> o principios constitucionales de repartición de las competencias que autorizan la creación de “hogares de pluralismo jurídico”.<sup>847</sup>

---

<sup>844</sup>CONSTANTINESCO, V., “Le principe de subsidiarité: un passage obligé vers l’Union européenne?”, en *L’Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, p. 35 ss.

<sup>845</sup>Ver: ley de revisión constitucional del 28 de marzo de 2003.

<sup>846</sup>En referencia al título del artículo de BRISSON, J.-F., “Les nouvelles clés constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l’État et les collectivités locales”, *AJDA*, n° 11, 2003.

<sup>847</sup>AUBY, J.-B., prefacio de GUIHEUX, G. (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation: étude comparée France, Belgique, Canada*, op. cit., p. VIII.

## A. Las aporías del principio de subsidiariedad como principio de repartición de las competencias en el Estado unitario

La noción de competencias, en las teorías del Estado, es indisociable de una reflexión sobre el principio de subsidiariedad tan de moda hoy en día.<sup>848</sup> Una primera precisión se impone: la subsidiariedad concierne a la distribución de las competencias y nada tiene que ver con una forma particular de régimen político. En este sentido, puede muy bien concebirse en el marco de un régimen parlamentario, como semi-presidencial o presidencial. Principio más filosófico y político que jurídico (1), parece difícil que pueda constituir un principio de repartición constitucional de las competencias (2). Hay entonces que sacar las consecuencias de este estado de hecho (3).

### 1. Un principio difícilmente aprehensible en términos jurídicos

Principio filosófico<sup>849</sup> de organización social asociado al pensamiento católico<sup>850</sup>, el principio de subsidiariedad esta inaprehensible política y jurídicamente porque “*entraña dos implicaciones bastante diferentes, casi opuestas, que se encuentran además en su etimología latina*”<sup>851</sup>, y que tienen que ver por una parte con *la idea de suplencia*, de secundario, de menos importante y, por otra, con la de *socorro* e implica la idea de *intervención*. “No se trata tanto de medir si la autoridad tiene el derecho de intervenir, sino sobre todo si tiene el deber de hacerlo”<sup>852</sup>.

El principio de subsidiariedad, presentado generalmente como principio nuclear de los sistemas federales<sup>853</sup>, más que una norma jurídica, es un *principio organizacional*<sup>854</sup> que estipula que cada nivel de poder solo debe disponer de las competencias que mejor puede ejercer.

---

<sup>848</sup> MILLION-DELSOL, Ch., *L'État subsidiaire*, PUF, Coll. Léviathan, Paris, 1992.

<sup>849</sup> Su origen sería a buscar en autores como Althusius, e incluso Aristoteles.

<sup>850</sup> En su Encíclica «*Quadragesimo anno*» de 1931, el Papa Pío XI escribió: “conviene, por tanto, que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás perdería mucho tiempo, con lo cual logrará realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que solo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija.” Encíclica *Quadragesimo anno, Actae Apostolicae Sedis* 23 (1931), *Sobre la restauración del orden social en perfecta conformidad con la ley evangélica*, par. 80, v.: [http://w2.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf\\_p-xi\\_enc\\_19310515\\_quadragesimo-anno.html](http://w2.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html)

<sup>851</sup> DELCAMP, A. «*Principe de subsidiarité et décentralisation*», *RFDC* 1995, n° 23, p. 614.

<sup>852</sup> *Idem*, p. 615.

<sup>853</sup> Aplicada al ámbito de las *competencias concurrentes*, la subsidiariedad *permite una actualización de las intervenciones de la Federación o del Estado federal* cuando puede actuar con el objetivo de obtener un mejor resultado que cada Estado tomado de manera aislada.

Ahora bien, si “el principio de subsidiariedad puede ser útil para la elaboración de una construcción federal o actuar como un límite para la repartición y el ejercicio de las competencias (...) en ciertos casos, la repartición de los poderes entre los gobiernos dentro de Estado federal resulta no tanto del principio de subsidiariedad, como de un compromiso histórico (...) podría en principio ser empleado para un Estado unitario descentralizado: no está entonces necesariamente vinculado solo a los sistemas federales”.<sup>855</sup> Sin embargo, para una parte de la doctrina, el principio de subsidiariedad es antinómico de la descentralización. Para J. RIVERO, “en el caso de la subsidiariedad, las competencias se ejercen a la base, con excepción de las que son retenidas a nivel superior. En (la descentralización), las competencias globales están en la cumbre y son solamente las que están confiadas al escalón inferior que este va asumir”.

En el mismo sentido, H. WOLLMANN<sup>856</sup> se pregunta si no existe una contradicción entre el principio de subsidiariedad (y con ello de solidaridad) y el principio de los traspasos de competencias. El hecho de transferir de manera unilateral y, a veces, autoritaria algunas competencias a los entes territoriales (y menos regularmente a petición), ¿no entra en conflicto con una aplicación flexible del principio que supondría una libertad de elección de parte tales

---

<sup>854</sup>Pero, no solo. Fundado sobre la pareja libertad-solidaridad, es también un *principio de ética política* que expresa una visión comunitaria de la sociedad. Así, “en posant la question du respect de l’autonomie individuelle et collective comme celle du maintien de la cohésion sociale, la subsidiarité soulève le problème de la constitution du corps politique à laquelle toute nation cherche à répondre en accordant plus ou moins d’importance à l’État, selon qu’elle privilégie le respect de l’égalité des citoyens ou le respect de leur liberté. Le principe de subsidiarité est étroitement corrélé à la question fondamentale de la philosophie politique qui concerne la détermination du rôle du pouvoir politique: le pouvoir politique n’est-il que l’effet de la collectivité à laquelle on reconnaît une consistance propre (la manifestation des lois immanentes de la société satisfait chacun de ses membres et maintient une cohésion sociale) ou bien est-il la cause du corps politique en ce qu’il fonde la collectivité (le droit naturel ne peut obtenir de positivité que par l’intervention d’un pouvoir politique)? Selon le type de bien public que l’on entend défendre, on limite ainsi l’autorité de l’État en octroyant aux individus des droits-libertés, qui leur garantissent une certaine autonomie d’action et favorisent une citoyenneté active, ou l’on autorise un certain degré d’ingérence étatique pour assurer aux individus des droits-créances, qui comblent certes les inégalités mais induisent plutôt une forme de citoyenneté passive. Dans les faits, ces droit ne sont néanmoins jamais posés dans un jeu d’opposition et font toujours l’objet d’un certain équilibre, dont la variation révèle la particularité du bien commun propre à chaque société. La subsidiarité fait ainsi prévaloir une certaine conception de l’individu et du collectif qui va dans le sens d’une émancipation de la société civile par rapport à l’État et suggère un mode gouvernance qui va du bas vers le haut.” FABRY, E., *Qui a peur de la citoyenneté européenne? La démocratie à l’heure de la Constitution*, P.U.F., Paris, 2005, p. 59 Nous soulignons

<sup>855</sup>JACKSON C., V., « Fédéralisme – Normes et territoires », chap. I du Titre II, *Formes d’État* du 1<sup>er</sup> tome du *Traité international de droit constitutionnel* (dir. de M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD), Dalloz 2012, p. 8.

<sup>856</sup>WOLLMANN, H., « La décentralisation française vue d’ailleurs », en *La décentralisation en mouvement*, Ministère de l’Intérieur et de l’Aménagement du territoire, les travaux du centre d’études et prospective, Paris, La Documentation française, 2006, p. 129.



entes? es que “la subsidiariedad tiende a conciliar esas dos ideas indispensables a la sobrevivencia de cualquier sociedad: la libertad y la autoridad. Quiere asociar la una a la otra. La idea de no intervención de las autoridades superiores, o de una intervención solo en caso de necesidad, deja entender que la libertad de actuar de los individuos y de los grupos concernidos es prioritaria respecto de la autoridad de las instancias superiores. Así, y contrario a la idea comúnmente extendida, es la comunidad, la colectividad más amplia y de un rango más elevado que es subsidiaria en las relaciones a los particulares y agrupamientos de orden inferior.”<sup>857</sup> Ahora bien, el legislador no deja a los mismos entes territoriales libres para determinar lo que pueden, o no, hacer. Sobre todo, que la repartición de las competencias siempre está en el campo de la ley, tanto en Chile, como en Francia.

Por lo demás, no hay que confundir la competencia general (o de principio) con la cláusula general de competencia de los entes territoriales<sup>858</sup> que significa que éstos solo pueden intervenir cuando el Estado ya no lo hizo o no lo ha previsto. Lo que es muy diferente de decir que el Estado solo intervendrá en caso de falta.

#### a) **Los ejemplos supranacionales y extranjeros**

Históricamente, la primera aplicación del principio de subsidiariedad se hizo en el marco del derecho de la Unión europea. Desde el Tratado de Lisboa es objeto de una ordenación normativa y técnica, pero como lo recuerda A. DELCAMP, solo se trata de una versión de dicho principio<sup>859</sup>. El Tratado de Lisboa reconoce expresamente por primera vez, que el principio de subsidiariedad se aplica a nivel europeo, nacional, regional y local, e incluso individual. Como principio político y jurídico, la subsidiariedad es concebida por el Comité de las Regiones (CdR) en su informe de 2013 como “un motor decisivo de la descentralización en el sentido que puede incitar a los gobiernos centrales a conceder los poderes y recursos al nivel en el cual la toma de decisión permitiría obtener resultados óptimos”<sup>860</sup>.

---

<sup>857</sup>BAUDIN-CULLIERE, Frédéric, *Principe de subsidiarité et administration locale*, Université Panthéon-Assas (Paris II), L.G.D.J., E.J.A. Paris, 1995, p. 9.

<sup>858</sup> Como parece hacerlo, por ejemplo, DEROSIER J.-P., “La dialectique centralisation/décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité”, *RIDC*. 1-2007, p. 127

<sup>859</sup> Este autor señala que “un auteur allemand a pu en recenser plus de vingt définitions différentes: H. K. KALBRENNE, *Die Rechtliche Verbuidlich. Keit des Subsidiaritäts prinzip*, p. 518”, DELCAMP, A. “Principe de subsidiarité et décentralisation”, op. cit. p. 614.

<sup>860</sup> Recuerdo que el CdR está instalado por el Tratado de Maastricht que consagra también el principio de subsidiariedad, que es a veces obligatoriamente consultado y que sus miembros deben ser titulares de un mandato electoral regional o local, o políticamente responsables ante una asamblea elegida.

Desde entonces, varios Estados han inscrito el principio de subsidiariedad en sus constituciones<sup>861</sup>, pero su aplicación se traduce generalmente por una recentralización de las competencias<sup>862</sup> de los entes territoriales (las épocas de crisis económica favorecen este fenómeno) que son además, regularmente, solo competencias administrativas<sup>863</sup> y de atribución.

Es por eso que el paralelo o la referencia al principio de subsidiariedad tal como está inscrito en el Tratado de Lisboa es errónea: en efecto, en este último caso el principio solo se aplica porque los Estados son los que tienen la competencia de principio (legislativa) y la Unión competencias atribuidas. El principio solo se aplica a las “competencias compartidas” con la Unión, que debe demostrar, cuando quiere legislar, que “los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.”<sup>864</sup> En fin, incluso en el derecho de la Unión europea la aplicación del principio es incompleta porque “en ningún lugar es mencionado **que la Unión tiene un deber de intervención**. Esa ausencia nunca será colmada por el derecho comunitario y es ella, precisamente, que hace perder de su alcance al principio de subsidiariedad, que nunca se ha beneficiado de una aplicación en todas sus dimensiones de parte del derecho comunitario”<sup>865</sup>.

---

<sup>861</sup>Por ej, Italia (art. 118), Bolivia (art. 270), Ecuador (art. 268).

<sup>862</sup>En Italia “désormais, les fonctions sont d’abord reconnues aux communes, sauf si, sur la base des principes « de subsidiarité, de différenciation et d’adéquation », elles sont attribuées aux provinces, aux métropoles, aux régions ou à l’État. **C’est la loi de l’État qui, en général, effectue cette répartition** dans les matières de sa compétence et la loi régionale dans les autres, dans un cadre où – comme nous l’avons évoqué – la définition des « fonctions fondamentales » des communes, des provinces et des métropoles est réservée à l’État.” VANDELLI, L., “Du régionalisme au fédéralisme”, *Pouvoirs*, 2002/4 (n° 103)

<sup>863</sup>En Italia, el decreto legislativo n° 112/1998 introdujo por primera vez el principio de subsidiariedad en la repartición de las competencias. Hoy, el art. 118 inc. 1 de la constitución prevé que “les [compétences] administratives sont attribuées aux communes, à l’exception des fonctions qui, afin d’en assurer l’exercice unitaire, sont attribuées aux provinces, aux villes métropolitaines, aux régions et à l’État, sur la base des principes de subsidiarité, de différenciation et d’adéquation”. POGGI A., “Les compétences administratives et réglementaires des régions italiennes”, *Revue française d’administration publique* 1/2007 (n° 121-122), p. 99.

<sup>864</sup>Art. 5-3 TUE. Además, “las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo”.

<sup>865</sup>DEROSIER, J.-P., « La dialectique centralisation/décentralisation – Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *Revue internationale de droit comparé*, 2007, n°1, p. 130.

### **b) Las condiciones de la normatividad del principio de subsidiariedad**

Para que el principio de subsidiariedad pudiera ser considerado como normativo y no solo mágico, se necesita que ciertas condiciones mínimas se reúnan: primero que esté señaladamente inscrito en la constitución; luego que esa última consagre la repartición de las competencias concurrentes entre los entes territoriales y el Estado; en seguida, que el principio pueda ser invocado ante alguna jurisdicción; y en fin, que alguna jurisprudencia se pronuncie a fin de poder dibujar sus contornos.

Se puede agregar que el principio puede o podría incluso ejercitarse con una repartición de competencias exclusivas o una competencia de principio (o general) en beneficio de los entes territoriales. En efecto, el Estado u otros entes territoriales superiores solo intervendrían cuando los entes territoriales titulares de tales competencias no puedan resolver solos sus asuntos.<sup>866</sup>

## **2. Los obstáculos a la aplicación del principio de subsidiariedad en Chile y en Francia en beneficio de los entes territoriales**

El principio de subsidiariedad aparece consagrado por las dos constituciones, en el artículo 72 inc. 2 del texto francés, y al artículo 1º de la Constitución chilena, pero únicamente en relación a los cuerpos intermediarios en el ámbito económico<sup>867</sup>. Un reexamen de esas afirmaciones (a y b) permite de mostrar las dificultades de aplicación del principio político de subsidiariedad en el derecho.

Se pueden distinguir algunos obstáculos comunes y otros propios a cada sistema jurídico. Se resumirán aquí los primeros y desarrollarán los segundos (a y b).

En primer lugar, ninguna de las dos constituciones consagra una repartición de las competencias sean exclusivas y/o concurrentes.

Luego, su aplicación sobre el modelo europeo parece difícil, tanto política como jurídicamente, porque no se concibe a los gobiernos someterse al “test de eficacia

---

<sup>866</sup>J. ZILLER recuerda además que si éste principio no es reconocido expresamente en la ley fundamental alemana, la doctrina y la jurisprudencia lo sitúan en el artículo 28, lo que garantiza la *selbstverwaltung* (auto administración) de las colectividades locales. ZILLER, J., “Chapitre III. Le principe de subsidiarité”, en AUBY, J.-M y DUTHEIL de la ROCHERE, J. (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2008, p. 38.

<sup>867</sup>Para una crítica severa de esa concepción puramente económica, por ejemplo: TAPIA, J, «Descentralización, regionalización y neosubsidiariedad» en ZÚÑIGA, F. (coord), *Reforma Constitucional*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2005. pp. 167-187.

comparativa”<sup>868</sup>, al “principio de proporcionalidad”<sup>869</sup>, y al fin, a mecanismos de control tan engorrosos como los previstos en el Tratado de Lisboa.

**a) La Constitución chilena consagra un principio de subsidiariedad que no beneficia a los entes territoriales**

Las disposiciones de la Constitución chilena tradicionalmente citadas para referirse al principio de subsidiariedad son los artículos 1, inc. 2 y art. 3.

El primero anuncia que el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

De la lectura de la historia de la elaboración del artículo 3 de la constitución chilena, se encuentra una referencia al principio de subsidiariedad<sup>870</sup>. En efecto, durante la sesión n° 16 del 13 de noviembre de 1973, el ideólogo del nuevo régimen, J. GUZMAN, había notado “la importancia de consagrar el principio de la descentralización del Poder o del la “subsidiariedad”, entendiendo que la función del Estado es, en primera instancia, la de integrar y coordinar las diversas actividades del país, y sólo, en subsidio, y en segunda instancia, la de asumir en forma directa una tarea específica, cuando, por su importancia, no pueda ser entregada a la órbita de los cuerpos intermedios”.<sup>871</sup>

Sin embargo, el miedo visceral de los partidarios del régimen dictatorial hacia la estatización de la sociedad y a los fenómenos colectivos públicos<sup>872</sup> se tradujo en el hecho que el

---

<sup>868</sup>Lo cual implica la consideración de varios elementos propios de la UE: “effet d’échelle; coût de l’inaction, nécessité de maintenir une cohérence raisonnable, limites d’une action isolée au niveau national, nécessité de respecter les règles de concurrence. Le test d’efficacité comparative doit faire apparaître la “valeur ajoutée” qui pourrait résulter de l’intervention.” DELCAMP, A., n° 23, p. 619-620.

<sup>869</sup>Que demanda que a un nivel de igual eficacia se escoga la intervención que permite la mayor libertad, luego, evitar que una acción indispensable se trasduzca en un exceso de reglamentación; y en fin privilegiar la claridad y concisión de las normas. Idem.

<sup>870</sup>Art. 3: “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”.

<sup>871</sup>Historia de la ley - Constitución política de la República de Chile de 1980 -Artículo 3° Estado de Chile forma, administración y regionalización - Sesión N° 16 del 13 de noviembre de 1973, BCN, pp. 9-10.

<sup>872</sup>“Esta consagración temprana del principio de subsidiariedad en una constitución fue resultado de la influencia y presión conjunta de los sectores neoliberales de inspiración friedmaniana y de los sectores tomistas pero de orientación fundamentalista y con claras conexiones con el neoconservatismo norteamericano y los conservadores de la línea de Donoso Cortés. El objetivo perseguido por el régimen militar y su Constitución era claro y manifiesto: trazar una separación estricta entre economía y política, y

Estado viene a suplir la iniciativa privada en aquellas actividades en que los particulares no pueden, por su naturaleza, intervenir<sup>873</sup>. Como lo había justamente escrito A. DELCAMP, “nada en su enunciado, salvo el reconocimiento de la autonomía de los particulares, hace de la subsidiariedad un principio fundamental de un régimen democrático. Por lo demás, es una de las razones por las cuales pudo suscitar [en Francia] una cierta desconfianza porque [fue] enunciado generalmente en un contexto relativamente tradicionalista.”<sup>874</sup>

Hoy todavía, el principio no es reconocido, ni por el derecho positivo, ni por la jurisprudencia chilena como elemento estructurante de la distribución de las competencias territoriales<sup>875</sup>. Solo se aplica, según la jurisprudencia del tribunal constitucional, a los particulares ya sea personalmente o reagrupados en cuerpos intermedios<sup>876</sup>, lo que es una aplicación *a priori* conforme con la idea primera y católica del principio<sup>877</sup>. Se podría inferir que una municipalidad o una región es un ente territorial reagrupando unos individuos y sugerir

---

entre Estado y sociedad civil; perfectamente acorde no solo con el modelo neoliberal que se empezó a aplicar desde 1975, sino con el ideal de democracia autoritaria y tutelada que se consagró en el texto original de la Constitución de 1980 (hoy parcialmente modificado en la materia). En realidad, a partir de los años 80, la noción de Estado subsidiario paso a ser la norma, puesta en práctica por las políticas económicas de Margharet Thatcher y la «Reaganomics» norteamericana.” TAPIA V., J., Descentralización y subsidiariedad en la época de la Globalización”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Santiago, Chile, Año 1, n°1, 2003, pp. 102-103

<sup>873</sup>Sesión N° 17 del 15 de noviembre de 1973.” Historia de la ley - Constitución política de la República de Chile de 1980 -Artículo 3° Estado de Chile forma, administración y regionalización - Sesión N° 16 del 13 de noviembre de 1973, BCN, pp. 9-10:

<sup>874</sup>DELCAMP, A. « Principe de subsidiarité et décentralisation », op.cit. n° 23, p. 615

<sup>875</sup> Porque la extensión del principio de subsidiariedad al campo de la repartición de las competencias territoriales aun es temida por ciertos defensores del fundamentalismo neoliberal que ven en eso el caballo de Troya de las intervenciones del Estado en la economía.

<sup>876</sup>STC Rol N° 352-02 de 15 de julio de 2002, *Caso “Liceo Manuel de Salas”*, cons. 7: « De acuerdo con el principio de subsidiariedad, al Estado no le corresponde absorber aquellas actividades que son desarrolladas adecuadamente por los particulares, ya sea personalmente o agrupados en cuerpos intermedios”.

<sup>877</sup> “Conviene, por tanto, que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás perdería mucho tiempo, con lo cual logrará realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que sólo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija.” Enciclica *Quadragesimo anno, Actae Apostolicae Sedis* 23 (1931), *Sobre la restauración del orden social en perfecta conformidad con la ley evangélica*, par. 80, v.: [http://w2.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf\\_p-xi\\_enc\\_19310515\\_quadragesimo-anno.html](http://w2.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html) . A lo que no es inútil agregar: “es preciso que las relaciones que median entre la autoridad pública y los ciudadanos, las familias y los grupos intermedios, se regulen y gobiernen por el principio de la acción subsidiaria,» Enciclica *Pacem in Terris, Actae Apostolicae Sedis* LV, 1963, *Sobre la paz entre todos los pueblos que ha de fundarse en la verdad, la justicia, el amor y la libertad*, par. 140, v.: [http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/es/encyclicals/documents/hf\\_j-xxiii\\_enc\\_11041963\\_pacem.html](http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/es/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html)

entonces una aplicación del principio de subsidiariedad. Pero, el tribunal constitucional precisó que “las agrupaciones intermedias son todas las asociaciones distintas al aparato público, es decir, todas aquellas que no sean órganos del Estado en todas sus manifestaciones, esto es, órganos de la Administración del Estado, tribunales, órganos autónomos, corporaciones de derecho público”.<sup>878</sup> Ahora bien, las regiones y las municipalidades son unos organismos administrativos que integran el aparato público.<sup>879</sup>

Se trata una vez más de una lectura parcial y torcida del principio de parte de los constitucionalistas de la junta militar que es recogida por el Tribunal constitucional en una lectura originalita de la Constitución de 1980. En efecto, Pio XI, en la Encíclica « Quadragesimo anno », había antes pretendido que “como no se puede quitar a los individuos y dar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así 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 dárselo a una sociedad mayor y más elevada”<sup>880</sup>. Ahora bien, nada en la expresión “comunidades menores e inferiores” permite descartar los agrupamientos de derecho público, sobre todo que los entes territoriales son bien colectividades o comunidades, y ello permitiría instaurar al lado de una “subsidiariedad horizontal”, una “subsidiariedad vertical”<sup>881</sup>.

---

<sup>878</sup>STC 1295-08- INA de 06.10.2009, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de catorce Compañías de Seguros Generales respecto de los artículos 3° y 4° de l DL n°1.757 de 1977, en recurso de reclamación de que conoce la CA de Santiago, causa rol n° 7910-2008*, cons. 55.

<sup>879</sup> Cf. Art. 1° inc. 2 LOCGBAE, y cap 3.

<sup>880</sup>Punto 79 de la Carta encíclica Quadragesimo annode su SantidadPío XI*sobre la restauración del orden social en perfecta conformidad con la ley evangélica*. Consultada sobre el sitio del Vaticano:[http://www.vatican.va/holy\\_father/pius\\_xi/encyclicals/documents/hf\\_p-xi\\_enc\\_19310515\\_quadragesimo-anno\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_sp.html)

<sup>881</sup>En Italia, el art. 118 inc. 3 trata de la « subsidiariedad vertical » y el art. 118 inc. 4 de la « subsidiariedad horizontal ».ZILLER, J., “Chapitre III. Le principe de subsidiarité”, in AUBY, J.-M et DUTHEIL de la ROCHÈRE, J. (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2008, p. 388.El tema de la subsidiariedad horizontal se aplica respecto de los ciudadanos y de las organizaciones sociales. “Ainsi, la réforme constitutionnelle du chapitre V déjà évoquée attribue à toutes les institutions publiques, de l’État aux communes, l’obligation de favoriser «l’initiative autonome des citoyens, des individus et des associations, pour l’accomplissement des activités d’intérêt général»: cette conception se distingue de celle de la subsidiarité entendue comme critère définissant le rôle des institutions publiques de manière résiduelle, en le cantonnant au seul exercice des activités qui, en général, ne peuvent être convenablement exécutées par des personnes (dans un but lucratif ou pas) privées, dans une conception minimaliste des institutions publiques qui reculent devant des dynamiques externes, en renonçant à réguler, par exemple et en particulier, les dynamiques économiques. La conception que retient la Constitution est au contraire une subsidiarité à forte valeur sociale, et ce n’est donc pas par hasard si la nouvelle disposition a été partagée par différentes composantes de la société civile d’origines culturelles et politiques très variées” VANDELLI, L., “Du régionalisme au fédéralisme”, *Pouvoirs*, 2002/4 (n° 103)

A falta de poder revisar la constitución, el principio de subsidiariedad podría eventualmente aplicarse si el juez constitucional y el legislador fueran consecuentes con el reconocimiento de la existencia de competencias *privativas* en beneficio de las municipalidades (cf. Sección 2).

En fin, el principio podría aplicarse en el marco del Convenio 169 de la ONU relativo a los pueblos indígenas que obliga el Estado chileno a consultar todos los componentes étnicos reconocidos como tales, para cualquier proyecto de ley que les concierne. Así, como lo señalaba G. BURDEAU a propósito de las relaciones instauradas por la ley (o la norma superior en general) entre reglamento nacional y reglamento territorial: “del individuo hasta el Estado, a través la familia, el grupo profesional, la comuna, la región o el departamento, las prerrogativas del grupo superior están limitadas por las que ejerce el grupo inferior en el marco de las funciones que le son reconocidas. Si bien que, por una parte, la intervención de las autoridades correspondiente al grupo superior solo es posible cuando la decisión a tomar excede el ámbito de acción de las autoridades escalonadas más abajo y, por otra, a todos los grados, las decisiones adoptadas lo son en armonía con los representantes jurídicos de la colectividad interesada. Es esa estratificación de los derechos que, a la vez da al poder un asentamiento real en la opinión, y limita sus iniciativas que no encuentran la adhesión de los grupos interesados”.<sup>882</sup> El único criterio que marca entonces la frontera entre la injerencia y la no-injerencia es la capacidad de una entidad en resolver sus problemas.

#### **b) La Constitución francesa no consagra un principio de subsidiariedad en beneficio de los entes territoriales**

La subsidiariedad en Francia sería un principio llamado a regular la repartición de las competencias entre diferentes niveles de administración - desde las instituciones de la Unión europea hasta las comunas - y no un derecho o un principio normativo impuesto al legislador. El inciso 2 del artículo 72 que lo introduciría<sup>883</sup> previo a la libre administración podría hacer creer

---

<sup>882</sup>BURDEAU, G., *Traité de science politique*, 3<sup>ème</sup> éd. Tome II, p. 367

<sup>883</sup>Por ejemplo, un observador extranjero como L VANDELLI estima que, con este artículo, “la Constitution française adopte le principe de subsidiarité au sens “vertical” ou “institutionnel”», ce qui serait « celui qui est employé par le Traité de Maastricht ». VANDELLI, L., « Formes d’État : État régional, État décentralisé », op. cit. p. 69. Como lo nota FRAISSE, R., “Quelle est la portée du “principe de subsidiarité?””, *Droit administratif*, 2005 (8-9), pp. 21-22: la doctrina francesa esta dividida porque algunos autores “se demandaient si cette disposition aurait une portée normative. Certains qualifiaient cette exigence constitutionnelle d’objectif, d’autres de principe, voire des deux. Son appellation variait: le

que hay una prelación de este sobre los otros componentes de la descentralización. Sin embargo, la disposición del artículo 72 inc. 2 debe más bien estar vinculada a la vieja noción imposible a encontrar de “asuntos locales” con quien comparte la debilidad normativa. Al contrario, la libre administración<sup>884</sup> es uno de los elementos de la autonomía local que es protegido por el *Conseil constitutionnel* (cf. infra).

Para J.-B. AUBY, la introducción de este principio en la constitución francesa la acerca a los Estados federales.<sup>885</sup> Seguramente hay que ser más prudente, porque primero no es textualmente mencionado, luego “el federalismo debe ser distinguido de la subsidiariedad”<sup>886</sup> y en fin, el alcance del artículo 72 inc. 2 dependerá del juez constitucional. Este último le cerró la puerta provisoriamente, puesto que en la decisión n° 2005-516 del 7 de julio de 2005<sup>887</sup>, reconoció que el legislador disponía de cierto margen de apreciación para la definición de las zonas de desarrollo de la energía eólica en atención al interés general. En este sentido, conforme la Carta europea de la autonomía local, el legislador define la amplitud y la naturaleza de las tareas confiadas a las colectividades territoriales tomando en cuenta las exigencias de eficacia y de economía.<sup>888</sup>

El artículo 72 inc. 2 traduce al fin de cuentas solo “una visión tecnocrática de la repartición de las competencias, operada sin tener a la vista los intereses de los habitantes, pero en función de las características propias de las materias que se deben gestionar, y en función de consideraciones que tienen que ver con sus modalidades de gestión.”<sup>889</sup> Puede entonces leerse

---

plus souvent, elle était dénommée “principe de subsidiarité”, parfois “principe de proximité” ou “principe d'adéquation des compétences à l'échelon territorial”. Il est d'ailleurs significatif que ni les députés requérants dans leur saisine, ni le Gouvernement dans ses observations, ni le Conseil constitutionnel dans sa décision n'utilisent l'expression “principe de subsidiarité”, préférant se cantonner derrière la circonlocution utilisée par le constituant: principe selon lequel “les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon”.

<sup>884</sup>Así como lo propone DRAGO, G., “Les principes de répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales après la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 : clarification ou continuité?”, en GUIHEUX, G. (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation : étude comparée France, Belgique, Canada*, op. cit, p. 39

<sup>885</sup>AUBY, J.-B., préface de GUIHEUX, G. (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation : étude comparée France, Belgique, Canada*, Idem, p. VIII-IX

<sup>886</sup>JACKSON C., V., « Fédéralisme – Normes et territoires », op. cit., p. 8.

<sup>887</sup>CC., Décis. n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, Rec. 102; *Dr. adm.* 2005, comm. n° 114, note R. FRAISSE.

<sup>888</sup> Art. 4 parágrafo 3 de la Carta europea de la autonomía local.

<sup>889</sup>BÉNOIT, F.-P., « L'évolution des affaires locales. De la décentralisation des autorités à la décentralisation des compétences », en *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 36



de otra manera de cómo lo hace parte de la doctrina: no consagraría el principio de subsidiariedad a favor de las colectividades territoriales, sino una libertad de apreciación más grande del legislador. En efecto, es él que determinará “el conjunto de las competencias que mejor pueden ser aplicadas a sus diferentes escalones”. El *Conseil constitutionnel* parece bien validar esa interpretación, pues está dispuesto a censurar al legislador solo en caso de error manifiesto.<sup>890</sup> Seguramente, la constitución enuncia una regla de fondo, que limita el poder discrecional del legislador, pero el juez constitucional ya lo controlaba por referencia a la libre administración. Además, “contrariamente a lo que sugiere la referencia a la subsidiariedad, la regla de fondo así formulada no tiene necesariamente un alcance descentralizador: debido a ciertas exigencias tales como la igualdad entre los ciudadanos, el análisis podría también concluir la elección del escalón nacional o regional con preferencia a un escalón de proximidad.”<sup>891</sup>

Si, sin embargo, se sigue nombrando a eso subsidiariedad, se puede sostener que el principio ya tenía una traducción en los hechos y en los textos legislativos que consagran la diversidad y la especificidad de los estatutos o recursos acordados.<sup>892</sup>

Un autor pudo escribir que el “conjunto no hace de Francia ni un Estado federal, ni un Estado regional, al menos por su parte territorialmente situada en Europa. Pero, tenemos aquí numerosos ejemplos de “arreglos federativos” que la caracterizan hoy, como Estado unitario descentralizado, y que se ha podido calificar en otro lugar de “descentralización cooperativa”<sup>893</sup>, porque, por una parte, la simple evocación de la noción de federalismo en Francia se debe evitar

---

<sup>890</sup>CC. Décis. n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, Rec. 102 ; *Dr. adm.* 2005, comm. n° 114, note R. FRAISSE, cons. 12 et 13. Además, el *Conseil constitutionnel* estima que ese principio no es un derecho o una libertad que la Constitución garantiza, y que pueda ser invocado en el marco de una cuestión prioritaria de constitucionalidad. No pertenece entonces a los derechos constitucionales de las colectividades territoriales, lo que contribuye a darle un aspecto esencialmente mágico. EVEILLARD G., “Intercommunalité et libre administration des collectivités locales”, *Droit Administratif*, n° 8, Août 2013, comm. 62.

<sup>891</sup>DOUENCE, J.-C., « Le statut constitutionnel des collectivités territoriales », *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, Vol. 1, Chapitre 1., juin 2005, Éd. 2013, n° 183.

<sup>892</sup>Así, del estatuto de los territorios de ultramar (especificidad geográfica y cultural) y el de los casos particulares de Paris-Lyon-Marsella (especificidad demográfica) o de Córcega (especificidad cultural). Eso se aplica hoy en principio al conjunto de las colectividades territoriales, pero está sobre todo consagrado en práctica por la adopción del artículo 72 inc. 5 que recoge las nociones de acción común y de líder (*chef de file*). Cf. infra.

<sup>893</sup>BRIANT (V. de), «La décentralisation coopérative et ses limites», *Pouvoirs locaux*, Institut de la décentralisation, Paris, n° 68, 2006, p. 64-69. Del mismo autor : *L'action commune en droit des collectivités territoriales, contribution à l'étude des compétences exercées en commun par l'État et les collectivités territoriales*, Paris, L'Harmattan, 2009.

porque “la idea federal permanece, por el momento, incomprendible para los Franceses”<sup>894</sup>, a pesar de la pertenencia de Francia a la Unión europea, y por otra, porque esos arreglos son numerosos al nivel local o regional, sea en metrópoli o ultramar, sin hablar del caso de las áreas urbanas o de la intercomunalidad, admitido por todos como de índole federativo, independientemente de la naturaleza del Estado. Esos arreglos tienen entonces un carácter sistémico, al mismo tiempo que permanecen ampliamente ignorados e innominados”<sup>895</sup>.

En fin, se puede recordar que ya algunos textos infra constitucionales relativos a la desconcentración habían consagrado el principio de subsidiariedad<sup>896</sup>. Así de la ley relativa a la administración territorial de la República del 6 de febrero de 1992<sup>897</sup> y del decreto del 1º de julio de 1992 de Carta de la desconcentración.<sup>898</sup>

En definitiva, si el artículo 72 inc. 2 pretende “transponer en un Estado que permanece unitario la preocupación que expresa, en derecho comunitario, el principio de subsidiariedad”<sup>899</sup>, este último sigue siendo solo **un objetivo con valor constitucional**<sup>900</sup> cuya persecución “será ahora facilitada por la posibilidad abierta por el artículo 37-1, puesto que las experimentaciones previstas por este artículo permitirán determinar eficazmente el nivel adecuado para el ejercicio

---

<sup>894</sup>LEGENDRE, P., «La marge de manœuvre», *A.J.D.A.*, hors-série 1992, Paris, Dalloz, p. 137.

<sup>895</sup>BRIANT, V. de., «Contribution à l'étude des «arrangements fédératifs», de l'État fédéral à l'État unitaire décentralisé», *Fédéralisme Régionalisme*, Volume 9 : 2009 Numéro 2 - Le fédéralisme sans l'État fédéral : <http://popups.ulg.ac.be/federalisme/document.php?id=841>

<sup>896</sup>KADA, N., «Déconcentration et décentralisation : une fable contemporaine », en REGOURD, S. ; CARLES, J. ; GUIGNARD, D. (*dir.*), *Réformes et mutations des collectivités territoriales*. Actes du colloque de Toulouse 2010 – IDETCOM (EA 785) Université Toulouse 1 Capitole, L'Harmattan 2012, p. 245.

<sup>897</sup>Loi n° 92-125 du 6 février 1992 *relative à l'administration territoriale de la République*, JO du 8 février 1992, p. 2064.

<sup>898</sup>Décret n° 92-604 du 1<sup>er</sup> juillet 1992 portant Charte de la déconcentration (JO du 4 juillet 1992, p. 8898)

<sup>899</sup>Informe destinado a presentar al Parlamento el proyecto de ley constitucional, citado por VIGUIER, J., «La décentralisation : d'une manière d'être de l'État vers une manière d'être hors de l'État », in REGOURD, S. ; CARLES, J. ; GUIGNARD, D. (*dir.*), *La décentralisation 30 ans après*, op. cit., p. 45.

<sup>900</sup>En un sentido diferente, v. Par ex FRAISSE, R., “Quelle est la portée du "principe de subsidiarité?”, *Droit administratif*, 2005 (8-9), pp. 21-22: “La décision (de 2005 évoquée) du Conseil constitutionnel est claire : le deuxième alinéa de l'article 72 de la Constitution énonce un principe et non un objectif à valeur constitutionnelle ; ce principe a une portée normative ; il signifie qu'il appartient au législateur de confier l'exercice d'une compétence à la collectivité qui, eu égard aux caractéristiques de cette compétence et aux intérêts concernés, est le mieux à même de l'exercer ; toutefois, le caractère peu contraignant des termes utilisés par le constituant lui laisse une grande marge d'appréciation ; en conséquence, son choix ne saurait être remis en cause par le Conseil constitutionnel qu'en cas d'erreur manifeste.” Se observa sin embargo que la normatividad de ese pseudo principio es bien ligera: a diferencia de la libre administración, ni siquiera está mencionado en la Constitución.

de tal o cual competencia”.<sup>901</sup> La definición por el Estado del “nivel adecuado” es contraria a la idea misma de subsidiariedad, incluso a sus modalidades de aplicación en derecho de la Unión europea y solo se podría concebir sobre la base de la existencia de competencias concurrentes (incluso exclusivas) en beneficio de las colectividades territoriales. Por otro lado, el principio de subsidiariedad tal como es aplicado a nivel europeo, conduce a veces a una recentralización, particularmente tratándose de la transposición de las directivas.

En Francia, es un objetivo con valor constitucional – y no un principio normativo – que toma forma a través de diversas disposiciones constitucionales como la libre administración, el recurso a la experimentación, la prohibición de la tutela entre colectividades, la colectividad líder (*chef de file*) o aún la autonomía financiera<sup>902</sup> que hacen objeto de una jurisprudencia del *Conseil constitutionnel* que permite poco a poco dibujar sus contornos.

### 3. Conclusión

Complejo, ambiguo y doble tal Jano<sup>903</sup>, el principio de subsidiariedad “puede ser útil como principio de organización con diversos niveles de autonomía concebidos ya sea en términos funcionales de eficacia o de economías de escala, o lo sea en términos “democráticos” para acercar la toma de decisión al ciudadano, pero la subsidiariedad no es más que “un principio técnico y democrático útil para legitimar tanto a la centralización como a la descentralización”.<sup>904</sup> Es entonces a la vez, una regla de buena gobernanza más que un verdadero principio jurídico<sup>905</sup> y un principio de explicación de la dialéctica centralización/descentralización<sup>906</sup>. En realidad, el principio de subsidiariedad, no es ni un principio centralizador, ni un principio descentralizador. Puede llevar a uno como al otro de los tipos de organización, según el sentido en el cual se ejerce. Es un principio dinámico que vuelve

---

<sup>901</sup>Informe destinado a presentar al Parlamento el proyecto de ley constitucional, cité par VIGUIER, J., « La décentralisation: d’une manière d’être de l’État vers une manière d’être hors de l’État », op. cit., p. 45.

<sup>902</sup>Cf. Capítulo 7, la jurisprudencia relativa a las transferencias de cargas o gastos.

<sup>903</sup>LEURQUIN-DE VISSCHER, V. F. “Existe-t-il un principe de subsidiarité?”, en DELPÉRÉE, F.(dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 2002 : “À l’instar du dieu Janus, la subsidiarité présente deux aspects qui ne peuvent être dissociés l’un de l’autre.”, p. 23,

<sup>904</sup>FERRAN, R., “Fédéralisme et groupes nationaux”, *Revue internationale des sciences sociales* 1/ 2001 (n° 167), p. 43-51.

<sup>905</sup>BRISSON, J.-F., “Les nouvelles clés constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l’État et les collectivités locales”, en *AJDA*, n° 11, 2003.

<sup>906</sup>DEROSIER, J.-P., “La dialectique centralisation/décentralisation” op. cit.

a trazar el equilibrio de las fuerzas en presencia y los objetivos de los responsables de los entes que participan al sistema”<sup>907</sup>.

No es entonces forzosamente útil querer de modo absoluto consagrar constitucionalmente el principio de subsidiariedad, mientras se permanece en el marco del Estado unitario. Por una parte, el juez constitucional elaboró una jurisprudencia sobre la libre administración y la autonomía y, por otra, tal inscripción solo cobraría sentido con una repartición constitucional de las diferentes competencias.

### **B. El principio de una autonomía encuadrada por la ley.**

El artículo 72 inc. 3 de la constitución francesa dispone que “en las condiciones previstas por la ley, las colectividades territoriales se administran libremente ». La libre administración es a la vez un título de competencia para el legislador (cf. infra § 2) previsto por los artículos 34 y 72, pero también una exigencia sustancial que no se puede desconocer.<sup>908</sup>

El artículo 72 pone entonces tanto una regla de fondo, la definición del contenido de la libre administración de las colectividades territoriales, como una **regla de procedimiento**, puesto que confía a la ley la tarea de fijar sus condiciones de existencia y ejercicio, como también sus garantías. Ahora bien, como lo notaba A. ROSS<sup>909</sup>, las normas de competencia, no son otra cosa que normas de conducta indirectamente formulada, puesto que son las que crean un órgano habilitado a dictar normas de conducta. Una de las diferencias del sistema francés con el chileno es, entonces, seguramente, la consagración de esa referencia constitucional que hace entrar el derecho de las colectividades territoriales en su conjunto en la lógica del Estado de derecho, donde se acepta que una autoridad diferente (o superior, según el caso) al legislador mismo se encargue de imponer el respeto.<sup>910</sup>

Esta noción con valor constitucional es protegida atentamente por el *Conseil constitutionnel*. Según el Decano FAVOREU “la **descentralización** expresa[ría] esencialmente

---

<sup>907</sup>MATHIS-CALVET, C., *Décentralisation et subsidiarité: les germes d’une évolution*, Thèse, Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, 2004, p. 11.

<sup>908</sup>VERPEAUX, M., “Les métropoles devant le Conseil constitutionnel”, *Commentaire de CC, Décision n°2013-687 DCdu 23janv. 2014, Loi de modernisation de l’action publique territoriale et d’affirmation des métropoles, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 8, 24 Février 2014, 2046

<sup>909</sup>ROSS, A., “Sur les concepts État et Organes d’État en droit constitutionnel”, en *Introduction à l’empirisme juridique*, Bruylant – LGDJ, 2004, pp. 167-182. Également du même auteur: *On Law and Justice*, University of California Press, 1959.

<sup>910</sup>FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., n° 21 p. 26. Ver también cap. 6.

un enfoque del Estado que consiente en reducir sus atribuciones y transferirlas parcialmente a autoridades elegidas, conservando una tutela sobre el ejercicio de las atribuciones así transferidas. La **libre administración** no implica una transferencia del Estado hacia las colectividades territoriales porque éstas detienen ya, en ellas mismas, o por ellas mismas, un cierto número de atribuciones o de competencias que les son consustanciales”. Y agregaba, “**la primera depende del legislador**, quien puede introducirle las modificaciones necesarias, se sitúa en el orden administrativo y depende esencialmente del juez administrativo; **la segunda depende del constituyente**, se sitúa en el orden constitucional y puede ser moldeada e interpretada por el juez constitucional”.<sup>911</sup>

Este enfoque parece que debe ser matizado porque el artículo 34 de la constitución dispone que es la ley la que “ *fija las normas referentes al régimen electoral de las Cámaras parlamentarias y las Cámaras locales*” y “*determina los principios fundamentales de la libre administración de las entidades territoriales, de sus competencias y de sus ingresos*”<sup>912</sup> Como se ha señalado<sup>913</sup>, hoy sería más bien la inversa: la organización de la República francesa es descentralizada<sup>914</sup> y se **impone al legislador que la pone en aplicación mediante (entre otras) la libertad de administración** de las colectividades territoriales.

Se ve, sin embargo, como lo subraya L. FAVOREU, cómo al problema inicial de una repartición de las competencias descentralizadas hacia las colectividades territoriales, se agrega un problema de competencia jurisdiccional. Porque la noción constitucionalizada limita la intervención del legislador y, *a fortiori*, la del ejecutivo, entonces del poder reglamentario general, pero no implica por eso la autonomía total de la administración territorial.

El sistema chileno no conoce el principio de libre administración propio al sistema francés, pero consagra el principio de autonomía<sup>915</sup> en beneficio solo de las municipalidades (art. 118 al. 4), en cambio las regiones son órganos administrativos mitad-desconcentrados mitad-

---

<sup>911</sup>FAVOREU, L., “Les bases constitutionnelles de la décentralisation”, en *Révolution et décentralisation*, colloque de Besançon, 1989, pp. 83-88, part. p. 86-87

<sup>912</sup>El *Conseil constitutionnel* tuvo la oportunidad de recordar que depende de la ley la determinación de los principios fundamentales de la libre administración de las colectividades territoriales y de sus competencias así como los del régimen de la propiedad (*CC., 28 janv. 2011, déc. n° 2010-95 QPC*).

<sup>913</sup> Cf. Cap. 1

<sup>914</sup>Art 1<sup>ero</sup> de la Constitución.

<sup>915</sup>En derecho comparado, el concepto de libre administración corresponde generalmente a ello de autonomía local. V. MARCOU, G., “Une approche comparative des compétences des collectivités locales en Europe », en PAVIA, M.-L.(dir), *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales : aujourd’hui et demain? Actes du colloque de Montpellier des 29 et 30 juin 2007*, Paris, L’Harmattan, 2010, pp. 199-220.

descentralizados. Esa autonomía impone al legislador ciertas obligaciones en términos de competencias, particularmente normativas<sup>916</sup>. Si este principio de autonomía en beneficio de las municipalidades les asegura una protección superior a las regiones, eso no cambia en nada el hecho que las dos categorías de entes gozan de funciones y de atribuciones definidas por la ley (art. 118 inc. 5<sup>917</sup> y 113 inc. 1<sup>918</sup>), porque la autonomía de la cual gozan las municipalidades existe para que se “*autoregulen dentro del marco de la función y las atribuciones que les fijan la Constitución y las leyes*»<sup>919</sup>.

### C. El principio de la posibilidad de transferir competencias mediante decreto

Otro principio jurídico en nombre del cual el legislador o ejecutivo francés pueden transferir competencias es por la experimentación-transferencia (de competencias) del artículo 37-1 de la constitución, la que se distingue de la experimentación-derogación (de normas legislativas o reglamentarias nacionales) del artículo 72 inc. 4<sup>920</sup>.

El artículo 37-1<sup>921</sup> habilita al legislador y el gobierno a proceder a experimentaciones en términos de transferencia de competencias. Destinada a probar la pertinencia de nuevas normas, dándoles un campo de aplicación territorial o material restringido, la experimentación constituye, en particular, un instrumento de reforma del Estado. A esa altura de este trabajo<sup>922</sup>, basta señalar que la experimentación-derogación, por su parte, autoriza a las colectividades territoriales a derogar, a título experimental y para una duración y fin limitados, las disposiciones legislativas o reglamentarias que rigen el ejercicio de sus competencias.<sup>923</sup> No se trata entonces de la experimentación de una nueva competencia delegada<sup>924</sup> por el legislador, como en el caso

---

<sup>916</sup>STC 1051/2008, *Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, sobre acceso a la información pública*: la autonomía municipal es triple, pues abarca la dimensión organizativa, institucional y normativa.

<sup>917</sup>“Una ley orgánica constitucional determinará las funciones y atribuciones de las municipalidades”

<sup>918</sup>“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.”

<sup>919</sup>SILVA B., A., *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo 10, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 130-131.

<sup>920</sup>Cf. Cap. 6.

<sup>921</sup>Art. 37-1: «La ley y el reglamento pueden contener disposiciones de carácter experimental para una duración y un fin determinados.»

<sup>922</sup>Para más desarrollo cf. cap. 6.

<sup>923</sup>Ver los arts. LO1113-1 y siguientes del CGCT por sus modalidades de aplicación

<sup>924</sup>El término de delegación parece más apropiado que ello de transferencia porque la delegación no es definitiva y siempre puede ser retirada por el delegante. Lo que no es normalmente el caso de una

del artículo 37-1, sino de ejercer un poder normativo “propio” sobre competencias ya transferidas.<sup>925</sup>

La experimentación de nuevas competencias se efectúa por la ley o el reglamento.

En el primer caso, se trata de una ley particular derogatoria de las leyes generales de repartición de competencias. En el segundo, se hablará de una modalidad de organización interna a la administración que se efectuará por decreto. Según la fórmula de F. CROUZATIER-DURAND<sup>926</sup>, “el método experimental descansa sobre la observación de un fenómeno a fin de sacar una teoría general de éste”. El artículo 37-1 es un reconocimiento, en la Constitución, de las prácticas de las experimentaciones por el Estado. Por una parte, aunque la técnica de la experimentación ha sido ampliamente utilizada desde bastante tiempo para el traspaso de competencias, su consagración constitucional tuvo muchos problemas para imponerse en Francia donde la omnipotencia de la ley es un dogma. Si entonces no revolucionan las prácticas anteriores, “admitir la experimentación legislativa supone reconocer que la ley no es o no es más, todopoderosa, es decir, que puede ser objeto de una evaluación.”<sup>927</sup>

Este derecho a la experimentación debe relacionarse con el principio de subsidiariedad ya evocado. Así, el ministro de justicia de la época afirmaba que la persecución del objetivo con valor constitucional que constituye el principio de subsidiariedad «estará ahora facilitado por la posibilidad abierta por el artículo 37-1, puesto que las experimentaciones previstas por este artículo permitirán determinar eficazmente el nivel adecuado para el ejercicio de tal o cual competencia. Es entonces un conjunto de disposiciones coherentes que están introducidas en la Constitución, a fin de servir de instrumentos para la reforma del Estado”.<sup>928</sup>

---

transferencia. Aunque, en términos de descentralización, el legislador siempre puede recuperar una competencia transferida.

<sup>925</sup>Se puede entonces igualmente calificar las experimentaciones del artículo 37-1 de experimentaciones normativas estatales y las del artículo 72 inc. 4 de experimentaciones normativas locales como lo hace F. CROUZATIER-DURAND: « Le succès des expérimentations normatives étatiques face aux échecs de l'expérimentation normative locale », en BRISSON, J.-F. (dir.), *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales*, op. cit. pp. 223-231.

<sup>926</sup>Idem.

<sup>927</sup>CROUZATIER-DURAND, F., “L'expérimentation juridique”, en PAVIA, M.-L. (dir), *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales: aujourd'hui et demain?*, op. cit. p. 119

<sup>928</sup>*Exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République*, Texte n° 24 (2002-2003) de M. Dominique PERBEN, garde des Sceaux, ministre de la justice, déposé au Sénat le 16 octobre 2002, N° 24 rectifié Sénat, session ordinaire de 2002-2003, Annexe au procès-verbal de la séance du 16 octobre 2002. <http://www.senat.fr/leg/pjl02-024.html>

Desde su constitucionalización, es posible hablar de un éxito relativo de esas experimentaciones<sup>929</sup> mientras que las experimentaciones-derogaciones se traducirían por un fracaso.<sup>930</sup> Quizás eso es debido al hecho que es bien percibida como la búsqueda de clarificación de las competencias y no como una habilitación legislativa de un poder normativo local interviniendo en el campo de la ley. Se trata solamente de confiar una nueva competencia a una colectividad, procedimiento normal de la descentralización. Luego, las experimentaciones-transferencias no son nuevas, puesto que las primeras de este tipo tuvieron lugar entre los años 60 y 70. En fin, las capacidades y medios (recursos) usados sin duda juegan un papel. De un lado, es el Estado el garante, del otro, la colectividad.<sup>931</sup>

Las cuestiones levantadas por la experimentación –transferencia del artículo 37-1 no parecen haber sido aclaradas en su totalidad.<sup>932</sup> La práctica de la experimentación había sido admitida solo en algunos límites estrechos por el *Conseil constitutionnel* y el juez administrativo que estimaban que arriesgaba chocar con el principio de igualdad. Su inscripción en la Constitución permite utilizarla en un ámbito más amplio y en mejores condiciones de seguridad jurídica. Sin embargo, su acoplamiento con el artículo 72 inc. 4 de la constitución sigue interrogando.<sup>933</sup>

Se sabe que esas transferencias crean un problema de compatibilidad con el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, consagrado dos veces en el “bloque de constitucionalidad”.<sup>934</sup> Pero, también que el *Conseil constitutionnel* consideró que las diferencias de tratamiento pueden ser efectuadas en razón de diferencias objetivas de situación, si son justificadas por un objetivo de interés general.<sup>935</sup>

---

<sup>929</sup> El legislador permitió por ejemplo el traspaso de la gestión de ciertos fondos estructurales europeos a las colectividades territoriales (art. 44 de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales).

<sup>930</sup> CROUZATIER-DURAND, F., “Le succès des expérimentations normatives étatiques face aux échecs de l’expérimentation normative locale”, op. cit., pp. 223-231

<sup>931</sup> Para un inventario, forzosamente provisorio, de las experimentaciones aplicadas ver por ej.: CROUZATIER-DURAND, F., “L’expérimentation juridique”, op. cit., p. 123-125

<sup>932</sup> DESPOIX, J., “L’expérimentation comme mode ambigu de répartition des compétences entre l’État et les collectivités territoriales”, en BRISSON, J.-F. (dir.), *Les transferts de compétences de l’État aux collectivités locales*, op. cit. pp. 215-222.

<sup>933</sup> Ver el desarrollo del cap. 6 sobre la “experimentación-derogación”.

<sup>934</sup> Arts. 6 DDHC 1789 e inciso 3 del preámbulo de la Constitución de 1946.

<sup>935</sup> CC, Déc. n° 79-107 DC 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, Rec. p. 31.



Sea como sea, el sistema se caracteriza por su precariedad, su lado facultativo<sup>936</sup>, las dudas legítimas que suscita en cuanto al respeto del principio de igualdad y, en fin, no aclaró las competencias de las colectividades locales.<sup>937</sup>

Por su parte, el artículo 114 de la constitución chilena prevé que la ley orgánica relativa al gobierno y a la administración regional determinará la forma y el modo según los cuales el Presidente de la República puede transferir a uno o más gobiernos regionales, de manera temporal o definitiva, una o varias competencias.

Se puede ver en esa disposición un parentesco con la experimentación, puesto que como ella, el traspaso puede concernir solamente a ciertas regiones y ser solamente temporal. Los parlamentarios como la doctrina chilena, no parecen, sin embargo, haberse inquietado, como fue el caso en Francia, de la ruptura del principio de igualdad de los ciudadanos ante la aplicación de la ley.

Esos traspasos de competencias conciernen al ordenamiento del territorio, el fomento económico y el desarrollo social y cultural. Estas materias estando ya las previstas por la ley orgánica regional, se trataría nada más que de una profundización del estado existente.

#### **D. La existencia o ausencia de un principio de tutela entre entes territoriales**

Otra llave de determinación de las competencias es en Francia la prohibición del ejercicio de una tutela entre colectividades (art. 72 inc. 5)<sup>938</sup> y la posibilidad de designar una colectividad líder (*chef de file*)» (72 inc.5)<sup>939</sup>.

---

<sup>936</sup>CE, 9 mars 2007, *Département de la Vendée*; du même jour *Syndicat CFDT Culture*.

<sup>937</sup>Porque de mismo modo que para el principio de subsidiariedad, el alcance descentralizador de la medida debe estar relacionada con su razón de ser original, que es permitir una reforma del Estado. Así, incluso si esas disposiciones se inscriben en una reforma de la descentralización, “están destinadas al Estado para las necesidades de sus propias reformas y, además, le dan una fuente constitucional suplementaria para su desconcentración, al lado de la referencia clásica hecha de los prefectos”. FAURE, B., “L’intégration de l’expérimentation au droit public français”, en *Mélanges en l’honneur de F. Moderne. Mouvement du droit public*, Dalloz 2004, p. 179. V. un ejemplo reciente constituido por el decreto n° 2013-880 du 1<sup>o</sup> octobre 2013 *relatif à l’expérimentation de la «garantie jeunes» et l’arrêté du 1er octobre 2013 fixant la liste des territoires concernés par l’expérimentation de la garantie jeunes*, *JORF* du 2 octobre 2013.

<sup>938</sup>“Ninguna entidad territorial podrá ejercer una tutela sobre otra.”

<sup>939</sup>“Sin embargo, cuando el ejercicio de una competencia necesite la ayuda de varias entidades territoriales, la ley permite que una de esas entidades o agrupaciones organice las modalidades de su acción común”.

Como lo subraya J.-B. AUBY, la cuestión de una jerarquización (o no) entre entidades sub estatales “es seguramente un umbral decisivo a partir del cual los aparatos públicos se alejan del modelo unitario para evolucionar hacia el federal”.<sup>940</sup>

La lógica de la descentralización territorial francesa está fundada sobre los principios de igualdad y de uniformidad. Iguales entre ellas desde el punto de vista institucional y jurídico, las colectividades territoriales no conocen *a priori* de diferencia de estatuto. No hay, como en los Estados regionales y *a fortiori* los Estados federales, algunas colectividades locales (provincias, comunas, etc.) con carácter administrativo inferiores a las Regiones (Italia), Comunidades Autónomas (España) o Estados (Federación) que son entidades con carácter político y que ejercen poder legislativo.

La prohibición de la tutela entre colectividades constituye bien un criterio de repartición de competencias. Este principio está hoy constitucionalizado y se “independentiza”<sup>941</sup> de otras nociones tales como la libre administración.<sup>942</sup> Su relación con la problemática de la repartición de competencias ha sido desde mucho tiempo notada.<sup>943</sup>

En Chile, la afirmación del principio de igualdad no es tan fuerte como en Francia. Si no hay uniformidad de estatuto entre regiones y municipalidades chilenas, no hay tampoco oficialmente tutela entre entes territoriales, porque las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público.

Sin embargo, como en Francia, dos elementos destacan: el primero es que la igualdad entre categorías de colectividades y entre colectividades de una misma categoría es algo ilusorio

---

<sup>940</sup>AUBY, J.-B., préface de GUIHEUX, G. (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation: étude comparée France, Belgique, Canada*, op. cit., p. X

<sup>941</sup>Cf. FERSTENBERT, J., “La libre administration des collectivités territoriales: principe juridique ou notion juridique?”, en *Mélanges en l’honneur de Henri Jacquot*, PU d’Orléans, 2006, p. 244.

<sup>942</sup>No comparto entonces la afirmación del Pr. DRAGO según la cual esa prohibición «est encore une expression du principe de libre administration». DRAGO, G., «Les principes de répartition des compétences entre l’État et les collectivités territoriales après la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003: clarification ou continuité? », op. cit. p. 40

<sup>943</sup>Art. L 1111-3 CGCT: CC, Decisión n° 83-168 DC, 20 janvier 1984; Rec. CC. 38; n° 84-174 DC, 25 juillet 1984, parag. 5; Rec. CC. 48; *RDP* 1986. 395, note FAVOREU; *AJDA* 1984. 619, note FERSTENBERT; CC, Decision n° 2001-454 DC, 17 janvier 2002, paragr. 29; Rec. CC.70; *AJDA* 2002.100, note SCHOETTL; *RFDC* 2002.410, note FAVOREU, 414, note VERPEAUX; n° 04-490 DC, 12 février 2004, parag. 59; CE ass. 12 février 2003, *Dép. des Landes*; *AJDA* 2004.195, chron. DONNAT et CASAS; *RFDA* 2004.518, note DOUENCE; TA Montpellier 20 juin 1983, *Commune de Narbonne c/ Région Languedoc-Roussillon*; Rec. 561; *AJDA* 1983.678, note DUGRIP.

y artificial por razones de tamaño, de recursos<sup>944</sup> y en razón de las competencias mismas atribuidas por el legislador. De hecho, la prohibición de la tutela del artículo 72-1 “da la espalda a la realidad, tan evidente es que en el estado actual de las cosas, la mayoría de las comunas no pueden ejercer sus competencias sin la asistencia de los departamentos y regiones. Es lo que admitió el juez al considerar, por ejemplo, que un departamento puede modular la tasa de las subvenciones acordadas a las comunas según el modo gestión de los servicios públicos que éstas escogen.”<sup>945</sup>

El segundo, es la proliferación en Francia de las estructuras intercomunales (EPCI) que no pueden esconder el peso preponderante de las comunas-centros. Chile, de un cierto punto de vista está sobre la misma tendencia puesto que ha sido votada recientemente la ley de asociación de las municipalidades que aplica el artículo 118 inc. 6 de la Constitución.<sup>946</sup>

Constatando la incapacidad de una sola colectividad de hacerse cargo a veces de una competencia, el constituyente francés de 2003 consagró la noción de colectividad líder (*chef de file*). Lo anterior acontece “cuando el ejercicio de una competencia necesite la ayuda de varias entidades territoriales, la ley permite que una de esas entidades o agrupaciones organice las modalidades de su acción común” (art. 72 inc. 5). Esta segunda frase del inciso 5 del artículo 72 de la constitución parece en contradicción con la primera que enuncia que “ninguna entidad territorial podrá ejercer una tutela sobre otra”.

Hay que comprender esas formulaciones como el hecho que solo el legislador puede derogar, bajo el control del *Conseil constitutionnel*, al principio de igualdad. Además, el *Conseil* tuvo la oportunidad de precisar que las colectividades no pueden designar por contrato la cual de ellas será el líder porque esa responsabilidad incumbe al legislador.<sup>947</sup>

Tratándose de Chile, no se encuentra tal disposición en la Constitución, pero su artículo 122 prevé por ejemplo, que si las municipalidades gozarán de autonomía para la administración

---

<sup>944</sup>Sobre éste punto, las agencias departamentales, previstas por el artículo L. 5511-1 CGCT, pueden asociar el departamento, las comunas y establecimientos públicos intercomunales, están destinadas a ayudar a las pequeñas comunas, respetando en apariencia el principio de la prohibición de la tutela.

<sup>945</sup>GONOD, P., MELLERAY, F. y YOLKA, PH. (dir.), *Traité de droit administratif*, op. cit., p 293. Los autores se refieren al fallo CE, *ass.*, 12 décembre 2003, n° 236442, Concl. F. SENEERS, *RFDA*, 2004, p. 518 ; F. DONNAT et D. CASAS, *Chr.*, *AJDA* 1995, p. 195 ; J.-C. DOUENCE, “La prohibition de la tutelle d’une collectivité territoriale sur une autre”, *RFDA* 2004, p. 525. Solucion confirmada por CC, Décision 2011-146 QPC du 8 juillet 2011, *Dept des landes*.

<sup>946</sup>Cf. cap 3.

<sup>947</sup>CC., Décision n° 94-358 DC, 26 janvier 1995, cons. 57.

de sus finanzas, la Ley de Presupuestos de la Nación podrá asignarles recursos para atender sus gastos, sin perjuicio de los ingresos que directamente se les confieran por la ley o se les otorguen por los gobiernos regionales respectivos.

Por otro lado, el art. 18 b) de la ley orgánica regional precisa que una de las funciones del gobierno regional de fomento al sector productivo, será “*establecer prioridades* de fomento productivo en los diferentes sectores, preocupándose especialmente por una explotación racional de los recursos naturales, *coordinando a los entes públicos competentes* y concertando acciones con el sector privado en los estamentos que corresponda”<sup>948</sup>.

De mismo modo, el artículo 19 relativo al desarrollo social y cultural, precisa en su letra d) que el *gobierno regional deberá distribuir entre las municipalidades de la región los recursos* para el financiamiento de beneficios y programas sociales administrados por éstas, en virtud de las atribuciones que les otorgue la ley<sup>949</sup>.

El artículo 20 f) prevé, en fin, que el gobierno regional aprobará, entre otros, los planes regionales de desarrollo urbano, los planes reguladores metropolitanos e intercomunales, y los planes reguladores comunales y seccionales.

Se puede ver en esas disposiciones una suerte de tutela financiera como política de las regiones sobre las municipalidades. Estando dirigidas por el representante del Estado, se trata más en los hechos una tutela del Estado que de la región. La situación es, sin embargo, contradictoria con la condición de autonomía constitucional de las municipalidades proclamada por la Constitución. Habrá que seguir de cerca esas disposiciones, en la hipótesis de una desvinculación orgánica y funcional del Intendente de los órganos regionales. Si este “control” es comprensible del punto de vista del Estado central en un Estado unitario, porque como se ha visto esa autonomía corresponde a la libre administración de las colectividades francesas, parecería algo chocante que perdure entre entidades infra estatales. Sobre todo, si la que se encuentra bajo control, es supuestamente autónoma.

## **§ 2. Los títulos jurídicos de determinación de las competencias.**

Más allá de los principios constitucionales que pueden guiar la acción del legislador, se pueden identificar competencias directamente atribuidas por la Constitución (A). Salvo algunos

---

<sup>948</sup>El destacado es propio.

<sup>949</sup>Las cursivas son propias.

de esos casos, la definición y la extensión de las competencias de los entes territoriales, están en principio, en el ámbito de la ley en los dos países (B). Es decir, que principios constitucionales encuadran la acción del legislador en materia de transferencia y este les aplica por la ley, de manera que las colectividades locales se administren “libremente” o de manera “autónoma”.

Solución inusual para un Estado unitario, pero en plena expansión, el sistema chileno prevé la posibilidad de transferencia hacia y entre entes territoriales por el reglamento y el contrato. Pero, la experiencia existía ya o está en curso igualmente en Francia (C).

#### **A. La atribución de competencias a los entes territoriales directamente por la Constitución**

La atribución directa de competencia por los textos constitucionales es una situación bastante anómala en los Estados unitarios que practican una descentralización administrativa.

Se debe considerar, sin embargo, siguiendo en eso S. REGOURD<sup>950</sup>, que las dos constituciones atribuyen directamente a los entes territoriales competencias electivas, pues el legislador no tiene la posibilidad de derogar por una ley y debe aplicar este mandato constitucional. En efecto, las dos constituciones disponen que los habitantes que constituyen los entes territoriales tienen como primera competencia la de elegir sus órganos<sup>951</sup>.

En este sentido, la Contraloría General de la República<sup>952</sup> estimó recientemente que no era necesario esperar que la ley defina las funciones del presidente del gobierno regional, puesto que el artículo 113 inc. 5 de la Constitución dispone que “el consejo regional, por mayoría absoluta de sus integrantes en ejercicio, elegirá un presidente de entre sus miembros”.

Luego, las dos constituciones otorgan un poder reglamentario (o normativo) a los entes territoriales.<sup>953</sup>

---

<sup>950</sup>REGOURD, S., *L'acte de tutelle en droit administratif français*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, 1982.

<sup>951</sup>72 inc. 3 Constitución francesa; CPR: art **113 inc. 2 y 5** para las regiones, y art. 119 inc. 1 para las municipalidades.

<sup>952</sup> CGR, Dictamen n°21666 de 26.03.2014, op. cit: “procede que los miembros del Consejo Regional de Los Ríos, luego de su instalación, elijan a su Presidente, tal como lo ordena el indicado artículo 113 de la Constitución Política de la República.”

<sup>953</sup>Constitución francesa: art. 72 inc. 3; CPR art. 113 inc. 1 para el consejo regional y art. 119 inc. 2 para el concejo municipal.

Por otro lado, el artículo 3 inc. 2 de la constitución chilena menciona la necesidad de promover “el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional.” Parece difícil ver en este enunciado un principio constitucional de repartición de las competencias, sino más bien una fórmula mágica.

Sin embargo, en el capítulo XIV relativo al gobierno y a la administración del Estado, ciertas disposiciones parecen atribuir directamente competencias precisas a las regiones y municipalidades, sin que la intervención de una ley de aplicación (orgánica o no) sea necesaria. Así, para las regiones, el artículo 113 inc. 7 prevé que el consejo regional será encargado de aprobar el proyecto de presupuesto y el artículo 115 inc. 3 que el gobierno regional deberá repartir los fondos de inversiones sectoriales de asignación regional.

Las municipalidades no se benefician de disposición constitucional directa tan clara del tipo precedente<sup>954</sup>, lo que da que pensar sobre la concepción de la autonomía en derecho chileno cuando se piensa que son ellas los órganos constitucionalmente autónomos y no las regiones.

En fin, según el artículo 74 inc. 3-2 de la constitución francesa, la asamblea deliberante, puede modificar una ley promulgada con posterioridad a la entrada en vigor del estatuto de la entidad (de ultramar), cuando el *Conseil constitutionnel*, requerido sobre todo por las autoridades de la entidad, haya comprobado que la ley se aplicó en el ámbito de la competencia de esta entidad. Se trata de una posibilidad ofrecida directamente a esas colectividades por la constitución.

## **B. El fundamento legal de la determinación de las competencias: ¿un principio tradicional común?**

En los Estados llamados unitarios, existen pocas excepciones a la determinación por la ley de las competencias materiales. Esta “se entiende como la operación legal consistente en conferir a una colectividad territorial una competencia que dependía precedentemente de la administración del Estado”.<sup>955</sup> Es un fenómeno general a nivel europeo esa definición de las

---

<sup>954</sup>Se puede ver sin embargo en el inc. 3 del art. 119 un paralelo con el art. 113 inc. 7 relativo a las regiones. En efecto, si “**La ley orgánica de municipalidades determinará las normas sobre organización y funcionamiento del concejo y las materias en que la consulta del alcalde al concejo será obligatoria y aquellas en que necesariamente se requerirá el acuerdo de éste. En todo caso, será necesario dicho acuerdo para la aprobación del plan comunal de desarrollo, del presupuesto municipal y de los proyectos de inversión respectivos.**” El subrayado es propio.

<sup>955</sup>FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 2<sup>e</sup> édition, 2011, n° 624 p. 475.

competencias por la ley.<sup>956</sup> Este fundamento legal tomará diferentes formas según la solemnidad o la importancia que se presta a los trasposos de competencias del Estado hacia los entes territoriales.

Así, en Francia y Chile, la determinación de la distribución de competencias tiene ya sea un fundamento legal (artículo 34 y 72 inc. 3 de la constitución) sea legal orgánico (art. 118 inc. 5 y art. 113 inc. 1)<sup>957</sup>, respectivamente.

El tercer inciso del artículo 72 de la constitución francesa dispone que *las colectividades territoriales* “se administran libremente a través de consejos elegidos en las condiciones previstas por la ley”. La noción de libre administración, constituye el fundamento constitucional primero de una regla de competencia legislativa<sup>958</sup>.

J.-C. DOUENCE habla a propósito de la libre administración, como de un criterio de repartición de las competencias entre la primacía de la ley y el carácter subordinado del poder reglamentario nacional en la aplicación de la descentralización.<sup>959</sup>

Jurídicamente, incluso entendidos de manera extensiva, los principios fundamentales, “hubieran debido dejar un lugar al poder reglamentario. Pero, este límite desaparece cuando la ley está llamada a fijar las condiciones de la libre administración, es decir en último análisis, la totalidad de las reglas que tocan a la libre administración” (Francia)<sup>960</sup> o la autonomía (Chile). Entonces, “puesto que en materia de libre administración de las colectividades locales, la competencia legislativa es el principio, no hay lugar para un poder reglamentario nacional que sería autónomo respecto de la ley. »<sup>961</sup>

---

<sup>956</sup>MARCOU, G., “Une approche comparative des compétences des collectivités locales en Europe”, en PAVIA, M.-L., *Les transferts de compétences aux collectivités territoriale: aujourd’hui et demain?*, op. cit., p. 201.

<sup>957</sup>En Chile, (art.66 inc.2 CPR), “las normas legales a las cuales la Constitución confiere el carácter de ley orgánica constitucional requerirán, para su aprobación, modificación o derogación, de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio.”

<sup>958</sup>La literatura sobre éste punto es plétórica. Ver por ejemplo MODERNE, F. (dir.), *La nouvelle décentralisation*, Sirey, 1983 ; MOREAU J.et DARCYG. (dir.), *La libre administration des collectivités locales, Réflexion sur la décentralisation*, Économica, 1984; AUBY, J.-M., « La libre administration des collectivités locales : un principe à repenser ? », en *Quel avenir pour l'autonomie des collectivités locales*, Éditions de l’Aube, 1999.

<sup>959</sup>Para una historia de la jurisprudencia constitucional de la inversión de los ámbitos de competencias legislativos y reglamentario en materia de colectividades territoriales, ver DOUENCE, J.-C., « Le statut constitutionnel des collectivités territoriales », *Encyclopédie des collectivités locales*, Chapitre 1 (folio n°60), n° 134-161, juin 2005

<sup>960</sup>Idem, n° 142.

<sup>961</sup>Ibid., n° 150.

Eso es lógico porque, “como para las otras libertades, el constituyente francés hace de la aplicación de la libre administración un principio de competencia legislativa, y deja entonces a la amplia discreción del Parlamento la tarea de delimitar el grado de autonomía local”<sup>962</sup>

El *Conseil constitutionnel* evoca de manera general “las disposiciones que consagran la libre administración de las colectividades territoriales”<sup>963</sup> y juega un papel de guardia de la competencia legislativa en la materia. Así, pudo afirmar temprano que la determinación y la repartición de competencias entre Estado y colectividades territoriales, tanto como la extensión de las competencias es una competencia legislativa.<sup>964</sup>

Eso significa que el poder reglamentario, autónomo o de ejecución, no tiene ninguna vocación natural a intervenir en la definición de éstos “principios fundamentales”. El legislador podría, además, verse sancionado por incompetencia negativa.

En fin, si la libre administración -de rango constitucional- se impone al legislador y a todas las autoridades administrativas, la descentralización está sin embargo limitada en la medida que el legislador quiere preservar la concepción francesa del Estado unitario. Este “principio” no puede entonces tener un alcance general y absoluto. Según el artículo 72 de la constitución, “estas entidades se administran libremente”, *pero precisa bien* “en las condiciones previstas por la ley”.

Tratándose de Chile, no se encuentra en el texto constitucional, la jurisprudencia o la doctrina, de referencia a un concepto constitucionalizado similar al de libre administración, como fundamento de la competencia legislativa para distribuir las competencias entre el Estado y los entes territoriales.

Sin embargo, el resultado es el mismo y la jurisprudencia tuvo la oportunidad de recordar “la necesaria consideración de las normas tanto constitucionales como legales que gobiernan el principio de primacía de la Constitución y de la ley en el ámbito de las atribuciones y competencias de los distintos Órganos y Autoridades públicas.”<sup>965</sup>

---

<sup>962</sup>FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit. p. 273

<sup>963</sup>CC. Décision n° 79-104 DC du 23 mai 1979, op. cit.

<sup>964</sup>CC, Déc. n° 67-47 L du 12 décembre 1967, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 1er de l'ordonnance n° 59-151 du 7 janvier 1959 relative à l'organisation des transports de voyageurs dans la région parisienne*, Rec. 1967, p. 3; CC, Déc. n°91-290 DC du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, Rec.p. 50.

<sup>965</sup>SCA Santiago Rol 7676-2008 de 01.10.2009, *Sociedad Inmobiliaria Aseg Grevia Ltda. c/ Municipalidad de Independencia*, cons. n° 6.



La referencia a la ley orgánica en el caso de Chile, como modo de determinación de competencia, es relativamente clara. Relativamente, porque hay que distinguir entre las regiones y las municipalidades.

Para las regiones, casi no existen remisiones a la ley ordinaria para la determinación de las competencias. En efecto, el artículo 113 inc. 1 remite a la ley orgánica la tarea de determinar las atribuciones del Consejo regional y el acápite 6 la determinación de las funciones y atribuciones del Presidente del mismo Consejo. Es entonces, la ley orgánica la que determinó originariamente las competencias materiales de las regiones y éstas evolucionan mediante modificaciones de la ley orgánica. De cierta manera, se puede ver la ley orgánica como el equivalente del CGCT francés cuyos artículos son modificados por las leyes sucesivas de descentralización.

En cambio, debe concentrarse sobre el artículo 114 de la Constitución. Este se refiere a la determinación por la ley orgánica constitucional de la forma y modo en que el Presidente de la República podrá transferir 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 decir en las materias transferidas inicialmente por la ley orgánica. Se trataría solamente de una profundización de competencias ya transferidas.

Así, si las primeras competencias han sido determinadas por la ley orgánica, la Constitución autoriza luego a ésta a fijar el (o los) título(s) jurídico(s) de determinación de las competencias.

La ley orgánica regional tiene (o tenía) entonces la elección. Podía ser una ley normal, un acto reglamentario nacional o un contrato. O una combinación de los tres. La ley orgánica optó por la última solución. De tal suerte que se puede sostener que, en lo que concierne a las regiones chilenas, no es la ley el título jurídico directo que permite descentralizar las competencias. Esa modalidad se estudia en el punto siguiente, porque plantea la cuestión de los trasposos por vía reglamentaria y por contrato.

Tratándose de las municipalidades chilenas, existen disposiciones constitucionales similares en cuanto al fundamento legal de determinación de sus competencias. El artículo 118 inc. 5 de la constitución dispone que “una ley orgánica constitucional determinará las funciones y atribuciones de las municipalidades. Dicha ley señalará, además, las materias de competencia

municipal que el alcalde, con acuerdo del concejo o a requerimiento de los 2/3 de los concejales en ejercicio, o de la proporción de ciudadanos que establezca la ley, someterá a consulta no vinculante o a plebiscito, así como las oportunidades, forma de la convocatoria y efectos”. Y el artículo 118 inc. 9 dispone que “la ley determinará la forma y el modo en que los ministerios, servicios públicos y gobiernos regionales podrán transferir competencias a las municipalidades, como asimismo el carácter provisorio o definitivo de la transferencia”.

La misma reflexión que para las regiones puede ser sostenida aquí, agregando esa particularidad que es el traspaso de competencias de las regiones a las municipalidades. Por la misma razón evocada precedentemente, esto es tratado en el punto siguiente.

En fin, otra particularidad chilena debe ser mencionada: las transferencias de competencias materiales (o funciones) se efectúan hacia el gobierno regional y las municipalidades y los traspasos de atribución, y dentro ellas el poder reglamentario (o normativo), hacia los consejos: consejo regional (art 113 CPR<sup>966</sup>) y el concejo municipal (119 CPR<sup>967</sup>).

El constituyente y el legislador orgánico mezclan e invierten los términos de competencia, función y atribución<sup>968</sup>, pero se puede guardar la simplificación señalada más arriba (cf. introducción).

La referencia a los diferentes términos parece hacer eco al artículo 24 de la ley francesa del 21 de marzo 1831 que, tratándose de las competencias, disponía que el consejo municipal “puede ocuparse de todas las materias que entran en sus atribuciones” y a la ley del 18 de julio de 1837. Esa última “define las atribuciones del consejo municipal distinguiendo las que el consejo municipal “regla mediante sus deliberaciones”, para las cuales dispone de un poder

---

<sup>966</sup> Art. 113 CPR “El consejo regional será un órgano de carácter normativo, resolutorio y fiscalizador, dentro del ámbito propio de *competencia del gobiernoregional*, encargado de hacer efectiva la participación de la ciudadanía regional y ejercer las *atribuciones* que la ley orgánica constitucional respectiva le encomienda”

<sup>967</sup> Art. 119 inc. 2 CPR: “El concejo [municipal] será un órgano encargado de hacer efectiva la participación de la comunidad local, ejercerá *funciones normativas*, resolutorias y fiscalizadoras y *otras atribuciones* que se le encomienden, en la forma que determine la ley orgánica constitucional respectiva.”

<sup>968</sup> Sin entrar en el detalle aquí, recuerdo que los textos y la doctrina distinguen atribuciones normativas, resolutorias, financieras, de fiscalización. Regreso sobre el carácter normativo de las atribuciones resolutorias o financieras en el capítulo siguiente.

propio de decisión , y las sobre las cuales el consejo municipal “delibera”, para las cuales las deliberaciones solo son válidas después de la aprobación por el prefecto”.<sup>969</sup>

### **C. Las posibilidades de determinación de las competencias por vía reglamentaria y/o convencional**

El artículo 114, ya mencionado, de la Constitución chilena se refiere a la determinación por la ley orgánica constitucional de la forma y modo en que el Presidente de la República podrá transferir 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 decir, en materias transferidas inicialmente por la ley orgánica.

Para eso, la ley orgánica, en su artículo 16 h) relativo a las funciones generales del gobierno regional, remite al artículo 67 de la misma ley. Este<sup>970</sup> prevé que los gobiernos regionales, para efectos de lo previsto en el artículo 103 (hoy 114<sup>971</sup>), de la Constitución Política de la República, podrán solicitar al Presidente de la República el traspaso de competencias y recursos que estén a cargo de organismos o servicios de la administración central o funcionalmente descentralizada, acompañando al efecto los estudios y antecedentes que demuestren su aptitud para asumir tales responsabilidades<sup>972</sup>. Luego, el procedimiento prevé que los antecedentes serán analizados por los ministerios y servicios públicos involucrados, los que deberán evacuar un informe dentro de los sesenta días siguientes a la recepción de la documentación respectiva. Dicho informe y el que, a su vez, deberá expedir el Ministerio del Interior, serán entregados al Presidente de la República para su consideración sobre la materia.<sup>973</sup>

Pero, la originalidad chilena no se detiene aquí, puesto que el artículo 107 de la ley regional prevé que esas transferencias pueden efectuarse por vía de convenio entre los gobiernos

---

<sup>969</sup>BÉNOIT, F.-P., « L'évolution des affaires locales. De la décentralisation des autorités à la décentralisation des compétences », en *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 30.

<sup>970</sup>Art. 67.

<sup>971</sup>Se notara que la numeración de los artículos no está actualizada.

<sup>972</sup> HERNANDEZ O., L., "Algunos Aspectos de la Reforma regional en la Constitución Política del Estado, *Revista Gobierno Regional y Local*, N° 13, 1994. pp 17-38

<sup>973</sup>HERNANDEZ O., L.“Convenios administrativos de transferencia de competencias a los gobiernos regionales: antecedentes jurídicos y modalidades de ejecución”, *Revista de derecho (Valdivia)*, dic. 1996, vol.7, p.53-74.

regionales y el ministerio titular de la competencia. Eso, obviamente, no puede ocurrir sin el acuerdo del Presidente de la República, figura tutelar de la Administración y de la vida pública chilena.

Sin embargo, este mecanismo nunca concretizado no goza del favor de la Contraloría General de la República que consideró que el artículo 67 de la ley regional no autoriza el traspaso de competencias por vía reglamentaria. La Contraloría General de la República estima que este artículo es solo un mecanismo que permite a los gobiernos regionales pedir al Presidente de la República utilizar su facultad exclusiva de iniciativa de las leyes en este ámbito.<sup>974</sup>El dictamen de la Contraloría General de la República del año 2000 está en total contradicción con el espíritu y el texto de la ley. No se aprecia efectivamente lo que le permite afirmar tal conclusión. Una reforma constitucional de amplitud de la organización del sistema jurisdiccional chileno parece entonces necesaria para no seguir en tolerando, aceptando o sufriendo algunas jurisprudencias paradójicas de un órgano no jurisdiccional, pero constitucionalmente autónomo y al cual se someten las dos cámaras del Congreso y el Presidente de la República.

Para las municipalidades, el artículo 118 inc. 9 de la Constitución dispone que “la ley determinará la forma y el modo en que los ministerios, servicios públicos y gobiernos regionales podrán transferir competencias a las municipalidades, como asimismo el carácter provisorio o definitivo de la transferencia”. Las mismas reflexiones referidas al traspaso del Estado a las regiones por vía reglamentaria parecen entonces que deben aplicarse a las municipalidades. En cambio, la vía contractual no está jurídicamente confirmada, puesto que la ley aún no ha sido votada.

Está también previsto que los gobiernos regionales puedan transferir competencias a las municipalidades, pero por la misma razón no se sabe si sería por contrato o por un acto reglamentario del consejo regional.

---

<sup>974</sup> CGR, Dictamen n° 1013-2000 de 12.01.2000, *Traspaso de Serplac* : «...para traspasar competencias de las SEREMI a los GORE se requiere que ello sea dispuesto a través de una norma de rango legal, debiendo tenerse en cuenta que el artículo 67 de la mencionada ley n° 19.175, (...) debe necesariamente entenderse en relación con la atribución exclusiva que posee el ejecutivo para presentarla iniciativas legales correspondientes, sin que, a juicio de esta Entidad Fiscalizadora, resulte jurídicamente posible admitir que el Primer Mandatario se encuentre facultado para disponer, administrativamente, el traspaso de competencias a los GORE.”

En fin, la Constitución menciona la ley y no la ley orgánica, lo que instala más dudas. Pero, se trata seguramente de un error de redacción del constituyente y hay que entender que siempre se refiere a la ley orgánica.

Para el sistema francés, N. KADA afirma que “desde la repartición de competencias operada por los artículos 34 y 37 de la Constitución, pertenece al reglamento proceder a la desconcentración de los poderes de decisión, a diferencia de lo que existe para la descentralización”.<sup>975</sup> J.-C. DOUENCE<sup>976</sup> en el mismo sentido recuerda la solución de principio si la ley intentaba contra el texto de la Constitución, de dar competencia al ejecutivo en materia de determinación de las competencias descentralizadas: “Para el *Conseil constitutionnel*, si la ley invita al poder reglamentario en penetrar en el ámbito legislativo, so pretexto de ejecución, comete una incompetencia negativa que debe ser censurada (v. por ej. Con., 29 mi 1990, ya citada). Será el caso si la ley no define con suficiente precisión las modalidades de aplicación que el reglamento está encargado de fijar”. B. FAURE recuerda también el carácter *a priori* inconcebible de un fundamento reglamentario de determinación de las competencias: “eso sería precarizar las competencias descentralizadas puesto que serían susceptibles de ser revocadas a cualquier momento por el gobierno según la regla del paralelismo de las competencias y de los procedimientos”.<sup>977</sup>

Sin embargo, con la constitucionalización de las experimentaciones-transferencias del artículo 37-1, hoy el poder reglamentario puede también descentralizar competencias. La ley entonces no es más todopoderosa, puesto que además el fundamento del poder reglamentario es la Constitución misma. Seguramente, las mismas garantías que para las experimentaciones legislativas<sup>978</sup> están aseguradas y particularmente la transmisión al representante del Estado, así

---

<sup>975</sup>KADA, N., « Déconcentration et décentralisation : une fable contemporaine », en REGOURD, S. ; CARLES, J. ; GUIGNARD, D. (dir.), *Réformes et mutations des collectivités territoriales*. Actes du colloque de Toulouse 2010 – IDETCOM (EA 785) Université Toulouse 1 Capitole, L’Harmattan 2012, p. 247

<sup>976</sup>DOUENCE, J.-C., « Le statut constitutionnel des collectivités territoriales », *Encyclopédie des collectivités locales*, Chapitre 1 (folio n°60), n° 156, juin 2005

<sup>977</sup>FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 2<sup>e</sup> édition, 2011, n° 619, p. 470.

<sup>978</sup>En su decisión CC., Décision n°2004-503 DC du 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, el *Conseil constitutionnel* precisó que, « d’une part, l’article 37-1 de la Constitution, issu de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 permet au Parlement d’autoriser, dans la perspective de leur éventuelle généralisation, des expérimentations dérogeant, pour un objet et une durée limités, au principe d’égalité devant la loi ; que, toutefois, le législateur doit en définir de façon

como las posibilidades de suspensión<sup>979</sup>, pero la novación es notable y el acercamiento con Chile merece intentarse.

Se puede también subrayar con V. de BRIANT que si la jurisprudencia constitucional “conduce por lo esencial a dejar solamente al poder reglamentario la responsabilidad de la aplicación [de las] transferencias (...) el reglamento, en sentido amplio, constituye bien el instrumento secular de las transferencias de competencias, a partir del momento que precisa sus contenidos particulares, y contribuye entonces a su puesta en marcha”.<sup>980</sup> La protección de las colectividades territoriales es, en este contexto, bastante frágil si se tiene en cuenta la aplicación de la teoría de la pantalla legislativa por el juez administrativo, que no parece aún haber considerado la Carta Europea de la Autonomía Local como elemento de control de convencionalidad.<sup>981</sup>

Conviene, en fin, notar que el sistema francés practica igualmente las transferencias convencionales de competencias<sup>982</sup>. Al lado de esos trasposos “clásicos”, la ley MAPTAM ha venido a agregar unas disposiciones específicas relativas a las metrópolis de derecho común, que se aplican también a la metrópoli de Aix-Marseille-Provence y cuenta con disposiciones propias a la de Lyon.<sup>983</sup> El proyecto de supresión de los consejos generales<sup>984</sup> podría traer una modificación de la arquitectura actual de las competencias entre colectividades territoriales.

Los modos de transferencias evocados confirman bien, sin embargo, dos aspectos de los procesos chileno y francés de descentralización. El primero, común a todos los Estados unitarios

---

suffisamment précise l'objet et les conditions et ne pas méconnaître les autres exigences de valeur constitutionnelle ; (cons. 9) et, d'autre part, que cette possibilité d'expérimentation est offerte de plein droit à toute collectivité territoriale qui en ferait la demande dans les conditions prévues par la loi » (cons. 12).

<sup>979</sup>Art. LO1113-4 CGCT.

<sup>980</sup>BRIANT (V. de), *L'action commune en droit des collectivités territoriales, contribution à l'étude des compétences exercées en commun par l'État et les collectivités territoriales*, Paris, L'Harmattan, 2009.

<sup>981</sup>Por ejemplo: CE, 7 août 2007, *Département de Haute-Garonne*, req. 290587, *AJDA*, p. 1565.

<sup>982</sup>El artículo L. 1111-8 du CGCT permite, de manera general, a una colectividad territorial de delegar a una colectividad territorial perteneciendo a una otra categoría o a un EPCI con fiscalidad propia una competencia de la cual es tributaria.

<sup>983</sup>El artículo L. 5217-2 du CGCT prevé que las metrópolis de derecho común pueden recibir en delegación, mediante convenio, un cierto número de intervenciones en el ámbito de la vivienda, que dependen normalmente del Estado. Algunas transferencias convencionales también son posibles del departamento hacia la metrópoli. Las metrópolis pueden también recibir transferencias de competencias por parte de la región (CGCT, art. L. 4221-1-1). Tratándose de la metrópoli de Lyon, delegaciones están previstas entre las comunas del territorio y la metrópoli en los dos sentidos (arts L. 3633-4 y L. 3641-3 del CGCT).

<sup>984</sup>Proyecto de ley *clarifiant l'organisation territoriale de la République*, NOR : RDX1409402L/Rose-1

es el carácter contingente y siempre provisorio de los traspasos de competencias. El segundo, es el incremento de las vías reglamentaria y/o contractual, pero más aún las transferencias entre entidades infra-estatales.

Sobre este punto, las apariencias son engañosas. En efecto, si el traspaso podía hacerse de manera deliberada y autónoma, se podría considerar que estamos en un sistema regionalista que se acercaría eventualmente a un federalismo.

Pero como el funcionamiento de la región chilena está en las manos del Intendente regional, se trata bien de transferencias decididas por el escalón central y su aplicación al escalón regional. Este último punto prueba bien que las regiones no pueden ser consideradas como entidades descentralizadas, sino como una circunscripción administrativa desconcentrada.

En lo que concierne a las metrópolis y regiones francesas, sus márgenes de acción están igual de limitados, incluso impuestos<sup>985</sup> por el legislador y vigiladas por el ejecutivo.

Así, los dos sistemas que aparecen bien diferentes bajo varios aspectos, se acercan. Si se debe entender la autonomía local como el hecho que los entes territoriales disponen de una esfera de competencia determinada y garantizada a nivel constitucional, en la cual el Estado o cualquier otro ente territorial no puede inmiscuirse, como es el caso en los Estados federales o regionales, las colectividades francesas no la tienen, como tampoco los entes chilenos.

Conviene entonces estudiar como el legislador y/o el gobierno utilizan los diferentes instrumentos jurídicos a su disposición para organizar la acción de los entes territoriales.

---

<sup>985</sup> Así las transferencias convencionales previstas por el departamento hacia la metrópoli por el artículo L. 5217-2 deben ser aplicadas mediante convenciones firmadas en un plazo de dieciocho meses a contar de la recepción de la petición hecha por la metrópoli (salvo la competencia vial que debe obligatoriamente ser objeto de una convención a partir del 1º de enero de 2017. Si no, será transferida de pleno derecho a la metrópoli.

## **Sección 2: Las modalidades de repartición y de ejercicio de las competencias**

Cualquiera sea la forma del Estado estudiado, la doctrina jurídica distingue la repartición de las competencias entre una entidad superior y entidades inferiores que opera según la distinción competencia general (o de principio) y competencias de atribución.

En el Estado unitario descentralizado, es el Estado (legislador y gobierno) quien detenta la primera y determina las segundas que son las de los entes territoriales (§ 1)

Estas últimas se dividen principalmente<sup>986</sup> entre competencias exclusivas y competencias compartidas, y se tratará luego de comprender cómo los diferentes entes territoriales ejercen las suyas (§ 2). En fin de cuentas, la afirmación siguiente de A. ROUX puede aplicarse tanto a Francia como a Chile: “si los límites constitucionales relativos a las transferencias de competencias propiamente dichos son trazados con suficientemente precisión, los límites relativos al ordenamiento de las competencias entre diferentes niveles de colectividades permanecen borrosos, la Constitución, incluso revisada, otorga aquí solamente respuestas evasivas, de mismo modo que la jurisprudencia constitucional”.<sup>987</sup>

### **§ 1. Las modalidades de repartición de las competencias**

Si se acepta que en el Estado unitario descentralizado, es el Estado que detenta la competencia general, hay que preguntarse ¿cómo reparte las competencias de atribución entre las diferentes entidades subestatales?, ¿cuál(es) es (son) su o sus estrategias? (B). Permanece, sin embargo, un escollo que se presenta cualquiera sea la forma de Estado: la competencia general o de principio no borra las inevitables competencias implícitas (A). A esta etapa, la comparación de las materias de competencias descentralizadas se revela fastidiosa, incluso inútil si los otros parámetros relativos a su ejercicio no son tomados en cuenta (C).

#### **A. Competencia general y competencias implícitas**

La presentación de las nociones de competencia general y competencias implícitas (1) conduce a deslindar una tercera utilizada en doctrina francesa, pero no solo en Francia, que

---

<sup>986</sup>Veremos en el § 2 que a pesar de la proliferación de la terminología relativa a las competencias, éstas pueden resumirse a esa dicotomía.

<sup>987</sup>ROUX, A., “Les limites constitutionnelles à une nouvelle évolution de la décentralisation”, en PAVIA, M.-L. (dir), *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales: aujourd’hui et demain?*, op. cit. p. 144.



caracteriza el grado de libertad – o autonomía– de los entes territoriales en un Estado descentralizado la cláusula general de competencia (2).

### **1. Las nociones de competencia general o de principio y de competencias implícitas**

La primera de las cuestiones concierne a la competencia de principio.

El término es generalmente utilizado por los Estados federales o regionales, pero puede aplicarse al Estado unitario. En los primeros, la teoría jurídica quiere que la competencia de principio pertenezca generalmente a entidades distintas que el gobierno federal o el Estado central, en la medida que son competentes para todo lo que no ha sido atribuido a este último.

En el Estado unitario, esa cuestión fundamental no hace normalmente problema. Por definición, en ausencia de textos constitucionales que atribuyen competencia sobre una materia a un nivel territorial particular, esa atribución corresponde al Estado. Los problemas aparecen en caso de duda sobre el titular de una competencia porque los textos pueden ser contradictorios, borrosos o presentar un vacío jurídico. ¿Quién de entre dos agentes (o más) tiene el derecho o debe ejercer tal actividad, dictar tal acto jurídico?

No es solamente una cuestión teórica. Al contrario, el problema de la competencia de principio en el Estado unitario, interroga de una manera más fuerte que en otro lugar la cuestión de las competencias implícitas de las colectividades infra estatales.

La noción de competencias implícitas, emparentada erróneamente, según E. ZOLLER a las competencias “implicadas”<sup>988</sup>, remite en general a las del gobierno federal de los Estados Unidos<sup>989</sup>. En una federación de Estados o Estado federal, tal como es entendido comúnmente<sup>990</sup>, no es como en el Estado unitario, el gobierno central el que dispone de la plenitud y de la exclusividad de la competencia, pero el conjunto de las entidades gobierno federal-Estados miembros que la ejercen de manera compartida. Es decir, que el gobierno federal no puede

---

<sup>988</sup>Para una crítica de la traducción dada en Francia al término *implied powers* por *poderes implícitos* en lugar de *poderes implicados* y el restablecimiento del sentido adecuado, ver: ZOLLER, E., « Aspects internationaux du droit constitutionnels. Contribution à la théorie de la fédération d'États », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Tome 294 (2002), pp. 41-166.

<sup>989</sup>Es conocido la jurisprudencia de la Corte suprema de los EE.UU justificando el incremento de los poderes federales en desmedro de los poderes de los Estados federados. En su decisión *McCulloch vs. Maryland* (1819), la Corte suprema creó, sobre la base de la «cláusula final» la jurisprudencia llamada de los «poderes implicados» (*implied powers*) que afirma que el gobierno federal es libre de los medios que emplea para lograr los objetivos que la Constitución le asignó.

<sup>990</sup>Para una crítica de la teoría continental europea del «Estado federal», ver ZOLLER, E., «Aspects internationaux du droit constitutionnels. Contribution à la théorie de la fédération d'États », op. cit.

reducir los Estados al estatuto de colectividades descentralizadas por la extensión unilateral de su potestad (o de sus competencias). Sin embargo, los Estados federales tienen tendencia a la centralización o a centralizar las competencias, y eso, contra el texto de la Constitución federal. La teoría de las competencias “implicadas” o implícitas aplicada a la teoría del Estado federal permite justificar movimientos centrípetos de competencias de los Estados federados hacia el gobierno federal.

Parece entonces inadecuado referirse a la noción de competencias implícitas, en lo que concierne a las relaciones Estado unitario-entes territoriales. El Estado tiene por definición el monopolio de todos los poderes, y es solo porque lo quiere que consiente en hacer ejercer una parte de aquellos por entes territoriales que él mismo crea, o reconoce en su seno.

Conviene sin embargo resituar los debates: el Estado federal, como el Estado unitario, son unos tipos-ideales weberianos, a partir del momento que están constituidos “de una serie de acontecimientos contruidos por el pensamiento que se vuelven a encontrar muy raramente con la pureza ideal en la realidad empírica y a menudo nunca, pero que otro lado, como sus elementos están tomados de la experiencia y solamente acentuados por el pensamiento hasta lo racional, sirven tanto de medios heurísticos al análisis como de medios constructivos a la exposición de la diversidad empírica”<sup>991</sup>.

En el sistema federal estadounidense, la teoría de los poderes implicados permitió al gobierno federal extender sus poderes. En los Estados unitarios descentralizados, el vacío o el silencio a veces dejado por el legislador para aplicar la ley, y/o la necesidad de hacerse cargo, en emergencia de una actividad cuando el interés general local lo exige, dejan sitio al ejercicio de competencias implícitas de parte de los entes territoriales.

Estos poderes o competencias implícitas han sido teorizados por la doctrina francesa bajo la forma de la noción de *cláusula general de competencia*<sup>992</sup>. Su presentación es fundamental para la comprensión de la autonomía territorial en Francia y su comparación con Chile.

## **2. La cláusula general de competencia, como competencia de principio implícita**

Como lo señalaba L. CONSTANS, “competencia “de principio” no es sinónimo de competencia ilimitada (...) además, un mismo organismo puede acumular una competencia de

---

<sup>991</sup>WEBER, M., *Essais sur la théorie de la science*, Paris, Agora, 1992, p. 396-397.

<sup>992</sup>La noción se encuentra también en derecho comparado. Cf. Cap. 6.

principio y una competencia de atribución (...) la situación, en lo que concierne a la delimitación de las competencias de las colectividades territoriales, es, *mutadis mutandis*, absolutamente semejante. El Estado, los departamentos y las comunas están encargados, cada uno en lo que lo concierne, de la representación del conjunto de los intereses colectivos de la población fijada en sus circunscripciones respectivas”.<sup>993</sup> Se puede entonces afirmar que los entes territoriales tienen una competencia de principio.<sup>994</sup>

Sin embargo, esa competencia de principio, apodada en Francia como cláusula general de competencia, es solo segunda: “de hecho, la cláusula general de competencia no significa que las colectividades territoriales son competentes para reglar cualquier asunto que concierne a su territorio y su población, pero implica que tienen una competencia de principio para eso, en la medida que la ley no les prohíbe tal o cual forma de intervención (por ej. en aplicación de ciertos principios generales como la libertad del comercio y de la industria), o no reserva la competencia al Estado o a otro nivel de colectividad territorial”.<sup>995</sup>

La cláusula general de competencia “permanece el sistema retenida para determinar las competencias de las colectividades locales”, pero “hay bien que reconocerlo, es bastante molesta para el jurista en razón de su imprecisión”.<sup>996</sup> Veinte dos años más tarde, J.-M. PONTIER escribía que “la cláusula general de competencia no se desprende del campo de las técnicas, sino del ámbito de los principios”.<sup>997</sup> Me parece de hecho que es, a la vez, una técnica y un principio.<sup>998</sup>

Es efectivamente una técnica, en el sentido que el legislador puede a sabiendas quedar mudo o evasivo en sus textos de leyes a fin de dejar un margen de acción a los entes territoriales para adaptar las leyes a las realidades locales. La apelación de cláusula general de competencia

---

<sup>993</sup>CONSTANS, L., *Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français*, Paris, Dalloz, 1966, p. 15

<sup>994</sup>Ya en la sentencia CE, 29 mars 1901, *Casanova*, Rec. Lebon, p. 333, S. 1901.3.73, nota HAURIUO.

<sup>995</sup>GONOD, P., MELLERAY, F. et YOLKA, PH. (dir.), *Traité de droit administratif*, op. cit. p. 271. En este sentido: CE 29 juin 2001, *Commune de Mons-en-Baroeul*, Rec. p. 298 ; *AJDA* 2002. 42, note Y. JEGOUZO ; *ibid.* 386, étude D. ROMAN; *D.* 2001. 2559, y las obs.; *RDI* 2001. 366, obs. J.-P. BROUANT; *RDSS* 2002. 81, note M. GHEBALI-BAILLY; *Coll. terr.* 2001, n° 228, note J. MOREAU, recordando la aptitud del consejo municipal a decidir sobre cualquier de interés público comunal “so reserva que no sea atribuida por la ley al Estado u otras personas públicas...”.

<sup>996</sup>PONTIER, J.-M., “Semper Manet. Sur une clause générale de compétence », *RDP*, 1984, pp. 1145 et 1446 respectivement.

<sup>997</sup>PONTIER, J.-M., “Nouvelles observations sur la clause générale de compétence”, op. cit., p. 372.

<sup>998</sup>O modalidad o llave.

es una invención doctrinal.<sup>999</sup> Como técnica, es muy simple y nace del famoso artículo 61 de la ley del 5 de abril de 1884: “el consejo municipal regla, por sus deliberaciones, los asuntos de la comuna”. Ha sido luego extendida a los departamentos y regiones.<sup>1000</sup> Hoy es codificada por el artículo L. 2121-29 CGCT<sup>1001</sup>.

J.-M. PONTIER afirma que no es una técnica porque “no permite decir *cuáles son* las competencias de las colectividades territoriales, es decir, establecer una *lista* de las competencias que deberían ser las de las colectividades territoriales”<sup>1002</sup>, pero se puede sostener al contrario que postula, por derivación del artículo L. 2121-29 CGCT, que todo lo que no está previsto, reglamentado o prohíbe, puede considerarse de la competencia de las colectividades territoriales. Es lo que confirma la aserción de X. BARELLA según quién en el caso de la cláusula general de competencia, “se admite que existe un poder de intervención de las colectividades para todos los asuntos que son de interés de su circunscripción territorial. La competencia aparece como limitada a una dimensión territorial y a la existencia de una verdadera necesidad de la población local”.<sup>1003</sup> Se ven bien aparecer aquí unos criterios de determinación de competencia. Las enumeraciones de elementos a contrario, o al menos su aceptación por el juez, son corrientes.

Además, J.-M. PONTIER no nos dice cual técnica permite establecer una lista precisa y segura (...) posiblemente la Constitución o la ley podrían precisar: “cuando una competencia no ha sido atribuida o cuando una necesidad no ha sido prevista por un texto, la colectividad territoriales informa en los plazos más breves el representante del Estado que toma las medidas adecuadas”. Pero, en este caso, se trataría de una medida de desconcentración. En ciertos aspectos, esta situación existe aun en muchos países. Y es justamente eso que el legislador francés quiso evitar a dar flexibilidad a la acción local.

---

<sup>999</sup> Ibid.

<sup>1000</sup> Art. 3 et 59, respectivamente, de la ley del 2 de marzo de 1982.

<sup>1001</sup> Es verdad que la ley del 16 de diciembre de 2010 entendió limitar, a falta de eliminarla, como lo quería el Presidente SARKOZY, la cláusula general de competencia de los departamentos y regiones. Pero, la nueva redacción de los arts. L. 3211-1 2º y 1 4221 – 1 2º CGCT « reprennent rigoureusement les termes par lesquels le juge administratif accueille les initiatives générales des collectivités et les accepte (« intérêt local ») dans le respect de l’aménagement légal des compétences”. FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., nº 683, p. 527.

<sup>1002</sup> PONTIER, J.-M., “Nouvelles observations sur la clause générale de compétence”, op. cit. p. 377.

<sup>1003</sup> BARELLA, X., “Une prétendue solution contre les maux de la décentralisation. La suppression de la clause générale de compétence”, en REGOURD, S. ; CARLES, J. ; GUIGNARD, D. (dir.), *Réformes et mutations des collectivités territoriales*. Actes du colloque de Toulouse 2010, op. cit. pp. 125-142.

Como principio, si no fluye directa y forzadamente de la libre administración de las colectividades territoriales, eliminar la cláusula general de competencia consistiría en negar ésta e iría en contra de la idea de autonomía territorial, comprendida como otra cosa que la simple ejecución de las disposiciones legales. Es, por lo demás, en este sentido que la Carta europea de la autonomía local entiende la libertad de actuar de las colectividades locales: “las Entidades locales tienen, dentro del ámbito de la Ley<sup>1004</sup>, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad”.<sup>1005</sup>

La importancia de la noción de libre administración en Francia, para la existencia de una cláusula general de competencia, que influye no solo en la repartición de las competencias materiales, como también en la existencia y la amplitud del poder reglamentario territorial<sup>1006</sup> aparece aquí claramente. Además, como lo afirma B. FAURE, “la afirmación regularmente es mirada como una curiosidad simpática de nuestro derecho. Sin embargo, es capital. Excluye toda subordinación de la comuna al Estado para determinar sus fines propios a la persecución de los cuales puede *tomar cualquier decisión o cualquier compromiso de derecho público como de derecho privado*. Y, todo lo que no es legalmente prohibido no puede ser impedido. Así está afirmado un principio fundamental del derecho de las colectividades descentralizadas: la colectividad tiene el derecho de inventar sus propias actividades y de emprender en todos los ámbitos de la acción pública, a partir del momento que no choca contra una prohibición legal (libertad del comercio y de la industria, principio de igualdad, de laicidad...). *La libertad es para ella el principio...*»<sup>1007</sup>. En este sentido, debe ser también relacionada con el principio según el cual las decisiones deben ser adoptadas para “el conjunto de las competencias que mejor pueden ser ejercidas” al escalón de las colectividades.

La expresión no existe en Chile, pero se puede adivinar su existencia o su posibilidad a través de los elementos siguientes:

El primero, es que la idea existe en otros lugares que en Francia, con variantes y bajo otros nombres. Incluso tiene tendencia a propagarse. Como lo señala G. MARCOU, “la vocación

---

<sup>1004</sup>Lo que hay que entender como “en los límites de la Legalidad (o juridicidad)” en sentido amplio y como “insertado en los límites estrictos de las leyes de descentralización”.

<sup>1005</sup>Art. 4-2 de la Carta europea de la autonomía local.

<sup>1006</sup>Este segundo punto está tratado en el capítulo 6.

<sup>1007</sup>FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., n° 683, pp. 526-527.

general de la competencia es cada vez más ampliamente reconocida, bajo la forma de la cláusula general de competencia, o según algunos enunciados que se acercan”.<sup>1008</sup>

Sin embargo, algunos países como Italia o España no la consagran totalmente. En el caso de España, su existencia es discutida y el gobierno la había propuesto en su Libro Blanco de 2005.<sup>1009</sup> Su ausencia en Chile, ¿se debe a la influencia del derecho español? No lo creo: por una parte, en el caso de las regiones, esa ausencia está vinculada con la concepción misma de la regionalización, que es una desconcentración. Por otra, la jurisprudencia la reconoce a medias palabras para las municipalidades que son unos órganos constitucionalmente autónomos.<sup>1010</sup>

En segundo lugar, su existencia no está forzosamente vinculada a la afirmación de un principio de libre administración o su equivalente. Estaría más bien relacionada con la existencia misma de entes territoriales diferentes del Estado y a sus naturalezas *corporativas*. Sería inherente a la idea de comunidad. Seguramente, no se puede decir que los entes dispondrían *por naturaleza* de ciertas competencias, pero a la inversa es difícil negar que una comunidad tenga vocación a hacerse cargo de *las necesidades de sus miembros*<sup>1011</sup>. Es verdad que en esa última expresión, se puede hacer entrar muchas actividades, pero no una lista determinada.

Es por eso que la cláusula general de competencia es más fácilmente *reconocida* a las municipalidades en cuanto célula de base de la vida pública (incluso pre-estatal) y que está *otorgada o negada* a los entes creados por el Estado. Es por esa razón también, que es

---

<sup>1008</sup>MARCOU, G., “Une approche comparative des compétences des collectivités locales en Europe », op. cit., p. 201.

<sup>1009</sup>Mencionado por MARCOU, G., “Une approche comparative des compétences des collectivités locales en Europe », op. cit., p. 201. También del mismo autor : « La « clause générale de compétence » dans les régimes d’autonomie locale des États européens », *Pouvoirs locaux*, février 2006

<sup>1010</sup>Cf. infra.

<sup>1011</sup>Es, según las palabras de J.-M. PONTIER, una idea falsa heredada “de la pensée politique du XIXe siècle qui a imaginé, et idéalisé, les collectivités locales (en fait les communes) en se les représentant comme ayant existé depuis les origines de l’homme, ce qui est évidemment faux. De l’antériorité réelle, de ces collectivités sur l’État certains ont cru pouvoir déduire une sorte de sphère d’intervention des communes sur laquelle l’État n’aurait pas de prise ». PONTIER, J.-M., « Nouvelles observations sur la clause générale de compétence », op. cit., p. 380. Pero, una cosa es reconocer que no hay esfera de intervención que escape al Estado, y otra reconocer que en ausencia de Estado o de interdicción del Estado – constitucional, legal u otra – una colectividad local tiene o tendría una vocación general a hacerse cargo de las actividades que estime necesarias. Es un hecho histórico, sociológico y antropológico. Es el sentido de las dos primeras frases de las *Politiques* de Aristóteles: « Puisque toute cité, nous le voyons, est une certaine communauté, et que toute communauté a été constituée en vue d’un certain bien (car c’est en vue de ce qui leur semble un bien que tous les hommes font tout ce qu’ils font), il est clair que toutes les communautés visent un certain bien, et que, avant tout, c’est le bien suprême entre tous que vise celle qui est la plus éminente de toutes et qui contient toutes les autres. Or c’est celle que l’on appelle la cité, c’est-à-dire la communauté politique. » ARISTOTE, *Les politiques* (Trad. et prés. P. Pellegrin), Flammarion, Paris, 2<sup>o</sup> éd., 1993, p. 85, 1252- a – [1].

“evocada” de una cierta manera por la Constitución chilena para las regiones y municipalidades, sobre todo para esas últimas calificadas de corporaciones autónomas de derecho público.

Así, y en fin, paradójicamente, no es en la ley que se encontrará dicha “evocación” de la cláusula general de competencia, sino que directamente en la Constitución chilena. El artículo 111 inc. 2 relativo a la región declara que “el gobierno regional tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región” y el artículo 118 inc. 3 que las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna.

El problema para los entes chilenos reside en el artículo 7 de la Constitución que dispone que “los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. - Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”. Es decir que los textos atributivos de competencias agotan las competencias de las colectividades territoriales. Sin una atribución expresa, el ejercicio de una competencia es nulo.<sup>1012</sup>

Ante tal rigidez, el Tribunal constitucional tuvo la oportunidad de precisar que “tratándose de la potestad reglamentaria municipal, sin embargo, es necesario considerar que tiene que existir un espacio para los intereses municipales en la complementación o ejecución de la legislación. En ese sentido, la ley debe regular nacionalmente, pero con una uniformidad básica o esencial. El elemento normativo uniforme o común del legislador nacional debe ser, por lo mismo, no especialmente detallado. Por una parte, porque no puede no considerar las realidades diferentes de cada municipio. Las casi 350 municipalidades que existen en nuestro país, no son iguales. Tienen diferencias geográficas, de clima, de realidad económica, de densidad poblacional”.<sup>1013</sup>

Parece entonces que la cláusula general de competencias es inevitable: “cubre, por definición, el conjunto de las competencias que son susceptibles de ejercer las colectividades

---

<sup>1012</sup>Para una crítica más profunda de éste problema, v. Cap. 5.

<sup>1013</sup>STC 1669-2010 de 15.03.2012, “Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle, cons. 56.

territoriales, particularmente en ámbitos que aún no existen o que no son aun reglamentados”.<sup>1014</sup>  
Y, no hay razones para inquietarse por eso.

Seguramente, esa cláusula general es a menudo percibida como una fuente estructural del amontonamiento de las competencias<sup>1015</sup> porque, reivindicada por los tres niveles de colectividades territoriales, sin una jerarquía entre ellos, permite a cada nivel pretender tener una competencia concreta en tal campo que le interesa, a tal o cual momento. Es por eso que los diferentes gobiernos franceses de turno militan por su supresión para otras colectividades que las comunas.

Excepto, la remisión de la Constitución a la competencia legislativa, “el silencio de los textos sobre la repartición de las competencias entre el Estado y las colectividades territoriales explica la existencia de la cláusula general de competencia y, más recién la idea de bloques de competencias”.<sup>1016</sup>

## **B. Las modalidades de repartición de las competencias de atribución.**

Las competencias de atribución intentan, por definición, circunscribir los ámbitos de competencias materiales descentralizadas. De hecho, “mientras que una competencia de principio se define principalmente de un punto de vista personal, una competencia de atribución está caracterizada esencialmente de un punto de vista material”.<sup>1017</sup> Las técnicas de atribución reflejan la imaginación del legislador, y se les reagrupa principalmente en tres rúbricas.

### **1. La ilusión de los bloques de competencias.**

Tratándose de Francia, siendo que cada categoría de colectividad territorial se beneficia de una cláusula general de competencia y que la tutela entre colectividades territoriales está prohibida, se debía afirmar el principio de una repartición por bloques de competencias, o dejar menos espacio a dudas, mediante leyes de atribución de competencias.

En el primer caso, se trata de responder a la cuestión de saber cuál nivel de colectividad es el mejor para ejercer tal tipo de competencia. Esa técnica que suponía asegurar la atribución

---

<sup>1014</sup> PONTIER, J.-M., « Nouvelles observations sur la clause générale de compétence », op. cit., p. 374.

<sup>1015</sup> WOLLMANN, H., « La décentralisation française vue d'ailleurs », *La décentralisation en mouvement*, Ministère de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire, les travaux du centre d'études et prospective, La Documentation française, Paris, 2006, p. 129

<sup>1016</sup> PONTIER, J.-M., « Nouvelles observations sur la clause générale de compétence », op. cit., p. 367

<sup>1017</sup> CONSTANS, L., op. cit., p. 17.



de la totalidad de una competencia, en un ámbito determinado, a una colectividad territorial, estaba viciado desde el principio. Primero, porque eso parece irrealizable. Seguramente, eso satisfacía el espíritu cartesiano del cual quería prevalecerse el legislador francés, que creía de esta forma establecer una repartición racional de las competencias, pero eso no funciona en la vida real contemporánea, marcada por la multiplicación de los actores, de los ámbitos de acción y la globalización.<sup>1018</sup> Luego, porque este principio debía aplicarse desde el inicio, “en la medida de lo posible”<sup>1019</sup>. La excepción a la regla era prevista antes incluso de su entrada en vigencia.

El sistema chileno, más allá de una cláusula general de competencia aceptada solo para las municipalidades (cf. supra), practica también la repartición por bloques de competencias. Las regiones disponen de competencias que pueden ser generales o específicas. Las primeras están enunciadas por el artículo 16 de la ley orgánica regional, las segundas, por los artículos 17, 18 y 19 del mismo *corpus* legislativo. Si las funciones generales corresponden bien a un cajón de sastre, las funciones específicas tienen que ver respectivamente con el ordenamiento del territorio (art. 17), el fomento productivo (art. 18) y el desarrollo social y cultural (art. 19).

Tratándose de las municipalidades, su ley orgánica no precisa si sus competencias son generales o específicas, pero les atribuye competencias precisas.<sup>1020</sup>

En realidad, las regiones constituyen un escalón intermedio entre el proceso de definición de políticas públicas a nivel nacional, y la aplicación concreta de dichas políticas a nivel local (municipal). 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)<sup>1021</sup>. Por otro lado, por una parte el gobierno central continua en controlar todo mediante sus servicios desconcentrados y, por una otra, el legislador chileno dio a las municipalidades solamente unas competencias limitadas, salvo la educación y la salud que privatizó en parte.

---

<sup>1018</sup>Más la construcción de la Unión europea para Francia.

<sup>1019</sup>Art. 3 de la loi n°83-8 du 7 janvier 1983 *relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements et les régions et l'État*.

<sup>1020</sup>Cf. infra.

<sup>1021</sup>“j) Construir, reponer, conservar y administrar en las áreas urbanas las obras de pavimentación de aceras y calzadas, con cargo a los fondos que al efecto le asigne la Ley de Presupuestos.- Para el cumplimiento de esta función, el gobierno regional podrá celebrar convenios con las municipalidades y con otros organismos del Estado, a fin de contar con el respaldo técnico necesario.

## **2. Las leyes de competencias.**

La segunda técnica de las leyes de competencias particulares es más clara, pero en los dos países la situación no es satisfactoria.

Tratándose de Francia, la multiplicación de las leyes particulares vuelve la situación ilegible. En este sentido, la creación reciente del Comité Consultivo de las Normas y la voluntad del legislador de disminuir la inflación normativa aclara una situación difícilmente soportable para los elegidos territoriales.

En Chile, la Constitución remite a la ley orgánica de cada nivel de administración la tarea de determinar las competencias de las regiones y de las comunas. Es decir, que las leyes orgánicas “regionales” y “municipales”, son enmendadas, y algunas leyes particulares con disposiciones insignificantes han venido a dar algunas competencias suplementarias a los entes territoriales<sup>1022</sup>.

Las técnicas de los “bloques de competencias” como de las leyes particulares de competencias, aparecen vanas por la tendencia a la articulación de las competencias y al fenómeno de la intercomunalidad. En este contexto, G. MARCOU preconiza una aproximación funcional y no institucional de la organización territorial en nombre del “pragmatismo con el cual la intercomunalidad se ha desarrollado. Ya, la repartición precisa de las competencias entre las comunidades y las comunas miembros varía mucho de una intercomunalidad a una otra, cuenta tenida de las opciones abiertas por la ley (y sin hablar de las libertades tomadas a veces con ella), en función de consideraciones locales”.<sup>1023</sup>

## **3. “Contractualización”y transferencias de competencias a petición.**

Se puede observar un fenómeno similar en los dos países estudiados y que parece dirigido principalmente hacia el escalón regional, en cuanto nivel adecuado de una nueva gestión pública.

---

<sup>1022</sup>Dentro de las leyes de transferencia de competencias específicas, se pueden citar la ley 19.995 de Bases Generales para la autorización, el funcionamiento y la fiscalización de casinos de juegos (art. 22) o el artículo 8 de la ley 20.066relativa a las violencia intrafamiliar, o aún el artículo 25 de la ley 19.712 sobre el deporte. Como se aprecia el balance es pobre.

<sup>1023</sup>MARCOU, G., « Introduction générale », en *La décentralisation en mouvement*, Ministère de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire, les travaux du centre d'études et prospective, La Documentation française, Paris, 2006, p.24.

Ese movimiento toma en Francia la forma de las experimentaciones ya evocadas, de los “llamados a competencias”, de la “gestión competitiva de competencias” o la figura de las “colectividades líderes (*chefs de file*)”. Implica “romper con los “principios” de administración de indivisibilidad y de igualdad y poner al principio de la uniformidad institucional y material defendido por el *Conseil constitutionnel*, el objetivo de una “gestión pública competente” marcada por la búsqueda de la eficacia, de la eficiencia y de la flexibilidad.<sup>1024</sup>

No se trata más de transferir a los entes unas competencias que no desean o que no pueden asumir, pero hacer de tal manera que la principal palanca de las leyes de descentralización no sea más el traspaso, sino el contrato. Se trata sencillamente de acabar con un “modelo único de descentralización” permitiendo “a las colectividades y al Estado discutir cada 5 años, competencia por competencia, de las modalidades concretas de su ejercicio, en el respeto del principio de no tutela de una colectividad sobre la otra”<sup>1025</sup>.

En Chile, la constitución prevé para las regiones, al lado de los traspasos de competencias por la ley orgánica, la posibilidad de pedir una transferencia de competencias directamente por el Presidente de la República, es decir por vía reglamentaria, en las condiciones fijadas por la ley orgánica. Por otro lado, la ley orgánica regional prevé transferencias entre ministerios y regiones por vía convencional.

Sin duda alguna, la Contratualización se presenta como la refutación de toda política de transferencia por bloques de competencias. Pero, es una nueva imagen de la pérdida de primacía de la ley. “La contratualización afecta, o es susceptible de afectar, la repartición de las competencias, en este sentido que permite no respetarla, liberarse, de cierta manera, de los límites fijados por la ley. Mediante la contratualización las colectividades territoriales se comprometen con el acuerdo del Estado en ámbitos que no son normalmente de sus competencias”.<sup>1026</sup>

---

<sup>1024</sup>CHAVRIER, G., “Les nouveaux mots de la décentralisation. Analyse rhétorique d’une réforme”, en PAVIA, M.-L. (dir), *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales: aujourd’hui et demain?*, op. cit. p. 168.

<sup>1025</sup>Alocución del año nuevo de Mme. LEBRANCHU el 23 de enero de 2014.

<sup>1026</sup>PONTIER, J.-M., « Nouvelles observations sur la clause générale de compétence », op. cit., p. 379.

Las técnicas – chilena y francesa – presentan similitudes y pecan por sus buenas intenciones y desde este punto de vista, es ilusorio intentar “de bosquejar algún criterio jurídico de aplicación de un principio inaprensible por el derecho”<sup>1027</sup>.

### **C. De la dificultad o de la inutilidad de comparar los ámbitos de competencia.**

La enumeración de las competencias de las cuales disponen las colectividades territoriales para conocer sus ámbitos de acción sería, no solo fastidiosa, sino también sin mayor interés para medir sus grados de autonomía.

La utilidad de nomenclaturas de materias “es muy limitada porque nunca indican cuál es la extensión de la competencia territorial en el ámbito considerado, ni tampoco de qué grado de libertad las autoridades territoriales gozan en el ejercicio de esas competencias (poderes, modo de financiamiento, etc.), ni incluso, muy regularmente, si se trata de competencias propias o de competencias delegadas”.<sup>1028</sup>

Es entonces preferible dar una idea de los grandes ámbitos de competencias atribuidas. Se constatará que ellos son (relativamente) semejantes. Sin embargo, Chile disponiendo de dos niveles de administraciones descentralizadas, y Francia tres (si no son cuatro con los EPCI), la comparación por ámbitos y por nivel es aún más delicada.

En Chile, la mayoría de las competencias materiales de las regiones no implican un poder reglamentario propio, es decir decisorio, y los titulares deben, ya sea compartir la competencia normativa, o participar con otros órganos a la decisión final. Por otro lado, ciertas leyes puntuales han agregado unas competencias no incluidas en los cuatro grandes ámbitos iniciales.

Tratándose de las municipalidades, el sistema es más o menos el mismo que para las regiones. El artículo 118 inc. 4 de la Constitución les encarga satisfacer las necesidades de las comunidades locales y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna. El artículo 1º de la ley orgánica municipal recoge palabra por palabra este mandato

---

<sup>1027</sup>FIALAIRE, J., “Le droit à l’expérimentation des collectivités territoriales et la subsidiarité: les apparences et les « faux-semblants » d’une prétendue territorialisation des normes”, en FIALAIRE, J. (dir.), *Subsidiarité infranationale et territorialisation des normes*, PUR, 2005, p. 18. Por ej. plan U3M, plan État-régions.

<sup>1028</sup>MARCOU, G., “Une approche comparative des compétences des collectivités locales en Europe », op. cit., p. 211.

constitucional y enuncia competencias materiales que corresponden más o menos a las de las comunas y departamentos franceses.

G. MARCOU, en el marco de un trabajo para el Consejo de Europa sobre el análisis de las competencias de las colectividades locales<sup>1029</sup>, propone un enfoque por perfiles de competencia que permite una ponderación ulterior que aclararía mejor la amplitud de la autonomía local. Este puede ser definido como “un conjunto de competencias materiales caracterizadas por sus objetos, pero que pueden ser más o menos amplias, o, en otros términos, contener un número más o menos grande de objetos sobre los cuales las colectividades locales disponen de un poder de actuar por los medios jurídicos y materiales que les son atribuidos”<sup>1030</sup>

Pero, como señala el mismo autor, habrá sin embargo que tomar en cuenta el título en nombre del cuál la colectividad actúa (por ejemplo: competencia propia o competencia delegada), cuál es la naturaleza del poder ejercido (normativo o no) y las modalidades del control al cual está sometida (legalidad/oportunidad, a priori/ a posteriori). Es el conjunto de esos elementos que determina el grado de autonomía de una colectividad.

## § 2. Las modalidades de ejercicio de las competencias materiales.

El modo de ejercicio de las diferentes competencias materiales es fundamental. Durante mucho tiempo, la simple mención del nombre dado a una competencia (por el ordenamiento jurídico mismo, la jurisprudencia o la doctrina) permitía saber a qué forma administrativa de Estado uno se refería. Hoy esa claridad desapareció, del hecho de las tendencias contemporáneas que borran las categorías<sup>1031</sup>: primero las experiencias regionalistas y autonomistas, luego el

---

<sup>1029</sup>MARCOU, G., *Les compétences des collectivités locales en Europe*, Strasbourg, Conseil de l'Europe (CDLR), série « Démocratie locale et régionale », 2008.

<sup>1030</sup>MARCOU, G., “Une approche comparative des compétences des collectivités locales en Europe », en PAVIA, M.-L., *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales: aujourd'hui et demain?*, op. cit. p. 214. El autor cita los perfiles siguientes: social, económico, urbanismo/medioambiente, policía/seguridad.

<sup>1031</sup>Sobre eso, J. CHEVALLIER nota qu' « on oppose traditionnellement trois conceptions (...) : le modèle d'administration centralisé à la française, dans lequel l'État est fortement implanté sur le territoire, par l'intermédiaire de services extérieurs puissant, les collectivités locales n'ayant que des compétences résiduelles ; le *self-government* à la britannique, dans lequel l'exécution des politiques nationales est confiée aux autorités locales qui disposent de compétences étendues (police, enseignement, santé, action sociale...) ; le système fédéral dans lequel les compétences sont partagées entre l'État fédéral et les États fédérés, l'essentiel des fonctions administratives étant dévolu aux seconds –*Länder* et *gemeinde* en Allemagne (*Selverwaltung*) ou États, comtés et villes aux États-Unis. Les différences entre ces conceptions ne doivent cependant pas être surestimées, tous les systèmes étant à des degrés divers, mixtes

movimiento descentralizador que parece alcanzar todos los Estados unitarios democráticos y en fin, tratándose de los Estados federales, la tendencia a la centralización de las competencias en beneficio de los gobiernos federales en desmedro de los Estados federados.<sup>1032</sup>

Hay que entregar aquí, sin embargo, algunas precisiones terminológicas. Se debe primero distinguir el nombre de esas competencias, según si la terminología está utilizada en el marco de un Estado unitario, regional, federal, incluso de una organización internacional (así de las competencias exclusivas, reservadas, etc.).

¿No es la referencia a una profusión de competencias diferentes el árbol que esconde el bosque? F.-P. BÉNOIT, afirmaba que en términos de descentralización, cuando “es el elemento competencias que predomina sobre el elemento autoridades, los asuntos locales se vuelven fundamentalmente las que son admitidas o impuestas por el Estado. De este modo, los elegidos locales, de decidores que eran, tienden a no ser más que unos ejecutantes”.<sup>1033</sup>

Dentro de las competencias que el Constituyente o el legislador puede atribuir o aceptar, los textos o la doctrina utilizan los términos más variados, ciertos expresando a veces las mismas realidades. Se puede citar particularmente las competencias implícitas, expresas, obligatorias, facultativas, enumeradas, exclusivas, reservadas, compartidas, concurrentes, etc.

Constatando la incapacidad de los autores así como de la jurisprudencia en acordar una terminología unánime e indiscutida, permitiendo establecer un “cuadro tipológico” igualmente aplicable a todos los órdenes jurídicos –unitarios, regionales o federales–, serán presentadas aquí solamente algunas de esas competencias en obra en Chile y Francia (A). Las múltiples tipologías propuestas en doctrina no parecen tener mayor utilidad en la medida que se constata que en los Estados unitarios, en Chile como en Francia, la tendencia es la articulación o la “mutualización” de las competencias como modalidad de ejercicio (B).

#### **A. Una tipología clásica de las competencias descentralizadas**

---

et l'évolution ayant abouti à leur rapprochement progressif (politique de décentralisation dans les États unitaires, encadrement du *self-government* et « fédéralisme coopératif » ailleurs). » CHEVALLIER, J. *Science administrative*, Paris, PUF, 1994, p. 336.

<sup>1032</sup>Cf. supra y ver la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense relativa las competencias implicadas del gobierno federal.

<sup>1033</sup>BÉNOIT, F.-P., « L'évolution des affaires locales. De la décentralisation des autorités à la décentralisation des compétences », en *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 38-39

Ciertos ordenamientos jurídicos, como el chileno, diferencian nominativamente las competencias a la manera de los Estados federales o regionales. Las normas chilenas diferencian efectivamente las competencias (*funciones*) *generales y específicas* para las regiones, por una parte, y por otra, para las municipalidades las funciones *privativas*<sup>1034</sup> y *facultativas y eventualmente compartidas*<sup>1035</sup>

La presentación de las competencias regionales por la ley orgánica solo concierne al ámbito y objeto de la competencia, pero no su modalidad de ejercicio.

En cambio, las disposiciones relativas a las competencias *privativas y facultativas y eventualmente compartidas* de las municipalidades chilenas parecen más claras.<sup>1036</sup> Las competencias exclusivas o privativas son una apelación “tradicional”, razón por la cual serán tratadas aquí. Las segundas, en cambio, son originales y atañen a la acción comunal.<sup>1037</sup>

El sistema jurídico francés no nombra directamente las competencias, eso es más obra de la doctrina. Se debe entender, sin embargo, sobre lo que son las competencias propias y delegadas por una parte, que parece ser la primera de las distinciones a hacer (1), y luego las competencias exclusivas para compararlas con las competencias privativas de las municipalidades (2).

### 1. Competencias propias y delegadas

No hay que confundir la cuestión de la determinación de las competencias con la noción de competencia propia. La primera se refiere a “la norma jurídica de determinación de la competencia que atribuye competencias materiales y poderes a autoridades que designa”

---

<sup>1034</sup> Art. 3° LOCMU.

<sup>1035</sup> A falta de un sustantivo utilizado por el legislador, propongo esa terminología: Art. 4 LOCMU- Las municipalidades, en el ámbito de su territorio, *podrán* desarrollar, *directamente o con otros órganos* de la Administración del Estado, funciones relacionadas”

<sup>1036</sup> Ciertos autores como F. ZÚÑIGA U. estiman que “la competencia (funciones y atribuciones) de los Municipios se ordenan en privativas, relacionadas, más atribuciones esenciales de administración comunal (arts. 3°, 4° y 5° Ley N° 18.695 orgánica constitucional de Municipalidades).” ZÚÑIGA U. F., “Jurisprudencia acerca del notable abandono de deberes del alcalde”, *Revista de Derecho*, vol. XII, 2001, p. 249. Las atribuciones esenciales están previstas para el cumplimiento de las funciones de las municipalidades. Son entonces medios o herramientas jurídicas, algunos normativos, y no pertenecen al campo de las competencias materiales.

<sup>1037</sup> Cf. infra.

mientras que “la noción de competencia propia se refiere al poder que es ejercido sobre el objeto de la competencia (o competencia material)”.<sup>1038</sup>

La doctrina está dividida en cuanto al sentido a dar al término de competencia propia.

Para G. MARCOU, “la noción de competencia propia es independiente de la existencia o no de una lista de materias atribuidas a la competencia de tales o cuales autoridades; se aplica a las materias en las cuales se ejercer lo que se llama en derecho francés, el principio de libre administración de las colectividades locales, y en el sentido de la Carta europea de la autonomía local el principio de la autonomía local (art. 1<sup>ero</sup>)”.<sup>1039</sup> Lo que remitiría, según este autor, a la noción cláusula general de competencia.

La jurisprudencia constitucional recordó, por su parte, el necesario respeto de las “competencias propias”<sup>1040</sup> de las colectividades territoriales, pero no se sabe muy bien cuál es su verdadero contenido.

Contra la opinión y el sentido dado a las competencias propias por G. MARCOU, M. VERPEAUX, apoyándose también sobre la noción de libre administración, ve más en ellas el caballo de Troya de un federalismo (o regionalismo) rastrero. Esa apreciación remitiría al contrario a las competencias exclusivas o reservadas y no a la cláusula general de competencias: “ésta noción parece indicar que cada colectividad dispondría en la Constitución, de competencias reservadas en función de su tamaño o de su estatuto, y sobre las cuales las otras colectividades, por la intervención del legislador, no podrían usurpar, teniendo cada una alguna suerte de ámbito reservado”. (...) “La expresión al plural [...] sugiere mecanismos de repartición de las competencias que pueden ser los encontrados en los Estados federales, pero no en los Estados unitarios, cuya descentralización solo está protegida por un principio general de libre administración cuyos contornos están dibujados por la ley”.<sup>1041</sup>

La posición de M. VERPEAUX parece más clara, pero merece ser matizada. El carácter propio de una competencia territorial tiene al hecho que está atribuida en propio, y no que es propia porque es inherente a la calidad de comunidad humana que debe satisfacer las

---

<sup>1038</sup>MARCOU, G., “Une approche comparative des compétences des collectivités locales en Europe », op. cit., p. 208.

<sup>1039</sup>Idem., p. 209. El autor precisa incluso que hay competencia propia, « tant que sur un objet déterminé l'autorité compétente dispose du pouvoir d'agir librement sous sa propre responsabilité sous réserve du respect de la légalité, et sans que le contenu concret de ses actes puisse être déterminé par une autorité supérieure. »

<sup>1040</sup>Por ejemplo: CC. Déc. n° 2001-447 DC du 18 juillet 2001 *Prestation vieillesse dépendance* (cons. 6)

<sup>1041</sup>VERPEAUX, M., « la décision du Conseil constitutionnel n°2001-454 DC du 17 janvier 2002. Une décision inattendue? », *RFDA*, 2002, p. 467-468



necesidades de sus miembros. La competencia propia puede entonces resultar de la ley y no forzosamente de la constitución. Hay aquí el uso de un término que se puede prestar a confusión. ¿Quizás existe una posición intermedia o menos equívoca?

En cuanto a la noción de competencia delegada, no es nueva en derecho administrativo, pero su uso en el derecho de la descentralización es más novedoso. Como lo subraya J.-M. PONTIER<sup>1042</sup>, se diferencia sobre tres puntos de la delegación clásica de competencias.

Primero, las “delegaciones de competencias a las colectividades territoriales intervienen en el marco de transferencias de competencias, es decir en el marco de una operación que tiende a modificar la repartición de las competencias existente hasta este momento”.<sup>1043</sup>

Luego, la delegación interviene entre dos personas distintas y no en el seno de una sola.

En fin, no hay, normalmente, vínculo jerárquico entre el Estado y los entes territoriales, contrariamente a la delegación clásica de competentes.

En definitiva, J.-M. PONTIER afirma que “no se puede oponer órganos centrales y órganos locales. *Jurídicamente* no hay ninguna diferencia entre ellos: *la competencia que detienen los órganos centrales, como la competencia que detienen los órganos locales, es una competencia delegada. En cambio una vez operada la delegación, todas las competencias son propias* del punto de vista del órgano que las ejerce. Sin duda se puede decir que las competencias de las colectividades locales son precarias y revocables. Pero, *el problema* no está en saber si la extensión de las competencias de las colectividades puede ser reducida o aumentada. Es verdad también de los órganos centrales. *Es de considerar la existencia de esas competencias, que fluye de la existencia de la colectividad misma. Todas esas competencias, sean ejercidas en nombre de la colectividad local o en nombre del Estado, están revestidas del sello de este último, del mismo valor, de la misma eficacia jurídica*”.<sup>1044</sup>

Así, todos los entes territoriales tienen competencias delegadas, incluso la entidad territorial Estado. Es decir, por recoger una terminología querida de F.-P. BENOIT, que es la colectividad-comunidad Estado-nación que tiene competencias propias, puesto que la soberanía

---

<sup>1042</sup>PONTIER, J.-M., « Nouvelles observations sur la clause générale de compétence », op. cit., pp 365-394.

<sup>1043</sup>Idem, p. 391

<sup>1044</sup> PONTIER, J.-M., *L'État et les collectivités locales*, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque du droit public », t. CXXVII, 1978 (Préface de C. DEBBASCH), p. 309 Las cursivas son propias.

nacional no se divide, no se entrega. Y aquella delega competencias a la colectividad – organización Estado y sus órganos centrales, éstos últimos a cargo de agenciar la organización administrativa y política del territorio.

## 2. Competencias exclusivas y competencias *privativas* de las municipalidades chilenas.

Las competencias exclusivas, competencias de atribución, son la marca teórica de los sistemas federales, porque si se acepta la idea que el gobierno federal pueda apoderarse de cualquier cuestión, no hay más Estado federal, sino un sistema descentralizado. Es lo que pasa cuando la entidad miembro no está al abrigo de un poder de evocación del centro.

De manera general, “el federalismo es de una complejidad infinita puesto que es al principio un sistema de gobierno fundado sobre un principio centrípeto que encuentra su expresión en las competencias reconocidas a la federación, pero que solo puede sobrevivir si postula un principio contrario centrífugo de autonomía en beneficio de sus miembros.”<sup>1045</sup> Este principio de autonomía encuentra su expresión en Europa, en la forma mucho más atenuada del principio de subsidiariedad”.<sup>1046</sup>

El término de competencia exclusiva casi no existe<sup>1047</sup> en el derecho francés de la descentralización porque parece contrario a la concepción unitaria del Estado.<sup>1048</sup>

---

<sup>1045</sup> Lo que evoca también R. HERZOG en los términos siguientes que nos acercan de nuestro tema: « la décentralisation comme le fédéralisme hésite entre deux modèles: la séparation stricte des collectivités et la coopération organisée dans un système multipolaire. » HERZOG, R., « Les relations entre collectivités territoriales dans une administration locale fragmentée: des régimes juridiques variés au service de finalités multiples », Rapport de synthèse du colloque du 28 janvier 2005, *Les relations entre collectivités territoriales*, Université Jean-Moulin-Lyon 3, Institut d'études administratives, L'harmattan, 2005, p. 203.

<sup>1046</sup> ZOLLER, E., “Aspects internationaux du droit constitutionnels. Contribution à la théorie de la fédération d'États”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, T. 294 (2002), pp. 41-166, paragraphe 124

<sup>1047</sup> Por una excepción, ver por ejemplo, el art. 40 de la ley n°84-53 del 26 de enero de 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*. Por otro lado, las disposiciones de la ley del 16 de diciembre de 2010 que habían previsto que competencias serían desde entonces atribuidas de manera exclusiva (al. 2 y 3 L. 1111- 4 CGCT) han sido suprimidas por el artículo 1 de la ley n° 2014-58 de 27 de enero de 2014 de *modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles*. El informe del *projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République* presentado en *Conseil des ministres* le 18 juin 2014 evoca sin embargo, de nuevo, las competencias exclusivas de la región para definir los regímenes de ayuda a las empresas. Cf art. 3 del proyecto, NOR: RDX1412429L/Bleue – 1.

<sup>1048</sup> De mismo modo, la noción de competencia concurrente entre el Estado y los entes territoriales prohíbe *a priori* la idea misma de soberanía y su uso para la descentralización: no puede existir varias personas públicas soberanas en el Estado unitario. Es por ello que su uso terminológico para éstos tipos de Estado

Sin embargo, el término puede aplicarse a la descentralización. Así, según J.M. PONTIER<sup>1049</sup>, la existencia de autoridades que disponen de competencias exclusivas sobre los asuntos locales es, tradicionalmente, uno de los aspectos más originales de la descentralización. Obviamente, aquí no hay que confundir competencias exclusivas y autonomía de medios. Es decir que la Constitución o una ley orgánica, por ejemplo, podrían obligar al Estado a afectar un umbral mínimo de recursos a los entes territoriales.

Se ve aquí como una misma palabra puede recibir sentidos bien diferentes o ser utilizada de manera realmente distinta de un autor a otro. La adjetivación de la palabra competencia que parecía absolutamente necesaria del hecho de su polisemia y acepción diferente según los idiomas, suena un poco irrisoria. En el sistema francés, cuando las competencias exclusivas apuntan a las competencias descentralizadas por el Estado, es decir como “bloques de competencias, pero también y sobre todo la competencia como bloque”, la arquitectura instalada es a menudo efímera.

En efecto, la competencia exclusiva se referiría a un titular único: “*la competencia aquí está atribuida en propio a una sola autoridad administrativa. (...) Eso corresponde a la idea no solamente de los bloques de competencias, pero también y sobre todo, de la competencia como bloque, de la iniciativa a la decisión por una parte y de la decisión a su puesta en marcha, por otra, atribuida a una autoridad particular*”.<sup>1050</sup> Ahora bien, se ha visto, que eso no corresponde a la realidad porque o sea el legislador altera este bloque – por ejemplo con la técnica de la colectividad líder (*chef de file*) - o es la colectividad misma que decide ejercer su competencia en cooperación, como es el caso en materia de acción económica. Se pasa entonces insensiblemente de la competencia exclusiva a la competencia compartida, que puede ser también, y al mismo tiempo, facultativa u obligatoria.

Las competencias exclusivas en cambio conciernen al Estado. Las Constituciones cuentan por lo demás en general con una lista de competencias exclusivas<sup>1051</sup>, incluso cuando no usan el término. En Francia, se puede estimar que las materias de soberanía (*régaliennes*) de la

---

solo puede remitir « à des titulaires par défaut, ou au principe de subsidiarité, dès lors qu'elle permet à l'entité inférieure d'intervenir tant que l'autorité supérieure n'intervient pas. » BRIANT, V. de., *L'action commune ...* p. 206. Elle serait donc liée à la « clause générale de compétence ».

<sup>1049</sup>PONTIER, J.-M., *L'État et les collectivités locales*, op. cit., p. 320.

<sup>1050</sup>BRIANT, V. de., *L'action commune en droit des collectivités territoriales. Contribution à l'étude des compétences exercées en commun par l'État et les collectivités territoriales*, op. cit., p. 206

<sup>1051</sup>Por ej: art. 149 de la Constitución española y 117 de la Constitución italiana.

lista del artículo 73 inc. 4 de la Constitución constituyen las competencias “absolutamente” exclusivas del Estado. Este artículo dispone que los departamentos y regiones de ultramar pueden estar habilitados a intervenir en el ámbito de la ley, salvo en lo que concierne a “la nacionalidad, derechos cívicos, garantías de libertades públicas, estado y capacidad de las personas, organización de la justicia, derecho penal, procedimiento penal, política exterior, defensa, seguridad y orden público, moneda, crédito y cambios, así como al derecho electoral. Esta enumeración se podrá precisar y completar por ley orgánica”. La expresión está también utilizada para designar “la competencia exclusiva del legislador para imponer a las colectividades territoriales un gasto a cargo del Estado”.<sup>1052</sup>

En relación al orden jurídico chileno, el término exclusivo tampoco pertenece al vocabulario de la descentralización. En cambio, se puede acercarse al término de las funciones privativas de las municipalidades.<sup>1053</sup> Sin embargo, esas funciones privativas son solo funciones de ejecución, obligatorias y muy precisamente encuadradas. Se constata el poco espacio dejado a la autonomía municipal, visto que el otro pilar de esa autonomía está constituido por las competencias facultativas y (eventualmente) compartidas (punto siguiente).

### **B. La consagración de la articulación de las competencias.**

La noción de articulación de las competencias<sup>1054</sup> o de acción común<sup>1055</sup> toma cada día más fuerza ante la comprobación del doble fracaso de las transferencias por bloques de competencias (exclusivas o no) y de la “anarquía” provocada por un ejercicio no dominado de la cláusula general de competencia.

---

<sup>1052</sup>CE, 5 janvier 2005, *Commune de Versailles*, note CASSIA, P., *RFDA*, 2005, p. 714

<sup>1053</sup>Art. 3 LOCMU. Por lo demás, H. NOGUEIRA A. asocia las funciones privativas a las funciones exclusivas. Ver NOGUEIRA A., H., “El régimen jurídico-constitucional del gobierno y la administración interior del Estado en Chile”, En: BERCHOLC, J. O. (Dir.; Autores ALVES, J. (Filho) ... [et al.] *op. cit.*, p. 231

<sup>1054</sup>Ver la referencia a la noción de “articulación de las competencias” después de la reforma de 2003 en MOREAU, J., *Administration régionale, départementale et municipale*, Dalloz 2004, 14<sup>ème</sup> éd., p. 17

<sup>1055</sup>Ver por ejemplo la tesis de BRIANT, V. de, *L'action commune en droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*

## 1. Las nociones de acción común en Francia y de competencias facultativas y (eventualmente) compartidas en Chile

V. de BRIANT define la acción común como el “ejercicio en común de competencias entre al menos dos colectividades territoriales o entre al menos una de ellas y el Estado”.<sup>1056</sup> La acción común no es una noción clara del punto de vista jurídico, aunque es inherente a la descentralización por el pluralismo jurídico que implica.

Según G. MARCOU, la decisión del *Conseil constitutionnel* del 24 de julio de 2008 sobre la ley relativa a los contratos de cooperación<sup>1057</sup> “sugiere que es por los procedimientos jurídicos utilizados (competencia entendida en el sentido de poder), más bien que por los ámbitos de acción concernidos (competencia entendida en el sentido de competencia material) que la acción común debe ser aprehendida que el respeto de las prescripciones constitucionales puede ser controlado”.<sup>1058</sup>

Resulta, sin embargo, que la acción común depende únicamente de la voluntad del legislador (la ley “puede” autorizar). Se observa entonces que una lógica de cogestión y de cooperación se ha substituido a la de clarificación de las competencias. Este movimiento tiende finalmente a asociar de manera creciente los entes territoriales al financiamiento y al ejercicio de las competencias del Estado que puede en los hechos analizarse como una tendencia a la recentralización de los poderes.

La expresión competencia compartida no existe como tal en Chile. Ya señalada, la frase del artículo 4 de la LOCMU, “Las municipalidades, en el ámbito de su territorio, podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas **con (...)**”, me incitó a deducir un término o una expresión sintética.

*Competencias facultativas y (eventualmente) compartidas* parece por el momento una expresión satisfactoria.<sup>1059</sup> En mi conocimiento, la jurisprudencia y la doctrina chilena no se han pronunciado sobre una definición de esas funciones. Una parte de la doctrina francesa, en

---

<sup>1056</sup>BRIANT, V. de., *L'action commune en droit des collectivités territoriales...*, op. cit., p. 37

<sup>1057</sup>CC. Déc. n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*.

<sup>1058</sup>MARCOU, G., « L'action en commun des collectivités territoriales selon le Conseil constitutionnel : organiser n'est pas déterminer », en *Mélanges en l'honneur de Yves Jégouzo. Terres du droit*, Dalloz, 2009, p. 230.

<sup>1059</sup>H., NOGUEIRA A. habla de *funciones compartidas o de ejecución coordinada*, lo que confirma bien la idea de ejercicio en común de las competencias. NOGUEIRA A., H., “El régimen jurídico-constitucional del gobierno y la administración interior del Estado en Chile”, op. cit.

cambio, estima que “la *competencia compartida* reúne unos *titulares parciales*. Se trata en efecto de una *competencia fraccionada funcionalmente entre varias autoridades administrativas*. La preparación, la decisión y/o la aplicación dependen de autoridades que actúan mediante actos jurídicamente distintos, porque dependen de la competencia de un solo, pero interdependientes, sea porque se inscriben en el marco de un mismo procedimiento, sea porque lo hacen en una misma operación”.<sup>1060</sup>

## 2. La articulación de las competencias en derecho positivo.

Dentro de los ejemplos franceses del carácter compartido de los ámbitos competentes, se citará el artículo 1<sup>er</sup> de la ley del 7 de enero de 1983, hoy art. L. 1111-2 inc. 2 CGCT que muestra el “*reconocimiento de una acción común que no necesita ser igualitaria para existir jurídicamente*”.<sup>1061</sup>

A propósito de la instalación de los establecimientos públicos de cooperación intercomunal (EPCI), “la idea de bloque de competencia mostrándose impracticable, se inventó una repartición sutil entre equipamientos de interés comunal y comunitaria, de suerte que ninguna misión (cultura, mantenimiento vial, medioambiente, deporte, etc.) tiene fronteras claras”.<sup>1062</sup>

La muy recién ley MAPTAM<sup>1063</sup> instauró en cada región, la conferencia territorial de la acción pública (CTAP), “encargada de favorecer un ejercicio concertado de las competencias de las colectividades territoriales, de sus agrupamientos y de sus establecimientos públicos”. Puede debatir y dictaminar sobre todos los asuntos relativos al ejercicio de competencias y a la conducción de políticas públicas que necesitan una coordinación o una delegación de competencias entre las colectividades territoriales y de sus agrupamientos y puede estar encargada de la coordinación de las relaciones transfronterizas con las colectividades

---

<sup>1060</sup>BRIANT, V. de., *L'action commune en droit des collectivités territoriales*, op. cit. p. 205

<sup>1061</sup>Idem, p. 69.

<sup>1062</sup>HERTZOG, R., “Réforme des collectivités territoriales: de pressantes causes économiques, d'incertains résultats financiers », en *Réformes et mutations des collectivités territoriales* (dir. REGOURD, S, CARLES, J., GUIGNARD, D.), L'HARMATTAN, col. GRALE, 2012, p. 55-77, part. p.62.

<sup>1063</sup>Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles.

territoriales extranjeras situadas en el vecindario de la región. De una manera general, examina cada proyecto de convenio territorial de ejercicio concertado.<sup>1064</sup>

En Chile, se puede mencionar el ejemplo de las materias del artículo 4 LOCMU y, particularmente el ámbito de la enseñanza parvularia. Una parte está privatizada, pero deben quedar en manos del sector público un cierto número de establecimientos que deben asegurar el acceso gratuito y universal a los niños más desfavorecidos. Esa competencia es compartida, como en otros ámbitos, con el Estado central<sup>1065</sup>.

“Hay aquí desigualdad en el alcance jurídico de la competencia ejercida, pero interdependencia entre los actos que constituyen la operación. O sea algunos de ellos no pueden ser dictados, o sea son inoperantes o desprovistos de efectos. La competencia compartida se caracteriza entonces por la facultad de impedir. Se la constata por ejemplo cuando uno dispone de un monopolio de la iniciativa y el otro de la decisión, o que un dictamen conforme es requerido, o aún que una decisión debe ser objeto de una aprobación distinguiéndose de un simple control de legalidad”.<sup>1066</sup>

El problema de la noción de competencia “compartida” es que su utilidad es más que dudosa, porque no informa sobre la repartición de roles de los entes territoriales y del Estado. Es efectivamente muy difícil formalizar tal repartición, o si no, hay que hacerlo caso a caso, acción por acción, o competencia por competencia.

Si las competencias compartidas no son, *a priori*, competencias forzosamente obligatorias, en cambio su ejercicio lo es y V. de BRIANT distingue según que la competencia sea compartida al nivel del acto o de la operación.<sup>1067</sup>

Aunque no está mencionada, la acción común o competencia compartida se aplica, con toda evidencia a las regiones chilenas.

B. FAURE distingue las transferencias plenarias, parciales y colectivas según, el grado de dominio transferido a la colectividad territorial. Así, el primer tipo que corresponde a la idea de las transferencias por bloques “realiza la sustitución pura y simple de la colectividad territorial

---

<sup>1064</sup> Disposiciones codificadas hoy en el artículo L. 1111-9-1 du CGCT.

<sup>1065</sup> Mediante subvenciones de éste último, por ejemplo.

<sup>1066</sup> BRIANT, V. de, *L'action commune en droit des collectivités territoriales...*, op. cit., p. 205. Se reconoce, al parecer, el vocabulario y los instrumentos evocados para la semi-descentralización por Ch. EISENMANN. Cf. Cap.1.

<sup>1067</sup> BRIANT, V. de, *L'action commune en droit des collectivités territoriales...*, op. cit. p. 249 et s.

al Estado administrador”.<sup>1068</sup>El segundo tipo, que concierne al grueso de los ámbitos de competencias transferidas, constituye una superchería porque, por “la naturaleza de la responsabilidad confiada y los controles de todos tipos que pesan sobre su ejercicio”, “el poder local se transforma en ejecutor legal [de las] políticas nacionales y, se ve la descentralización territorial fundamentalmente golpeada de una recentralización por materia”.<sup>1069</sup> Para el último tipo de transferencia, B. FAURE habla de una verdadera “modalidad de centralización “porque cada autoridad interviene solo en un proceso divisional y/o de ejecución”<sup>1070</sup> cuyas etapas han sido dibujadas y decididas desde el centro.

Más ya de los eternos discursos políticos sobre la clarificación de las competencias, seguramente sería mejor ordenar los cruzamientos y entrecruzamientos. Por una parte, no es seguro que la tarea sea fácil, por otra, todo deja pensar que eso llevaría a una recentralización más fuerte.

#### **Conclusión del Capítulo 4**

Las tipologías de competencias solo tienen una virtud didáctica en los Estados unitarios chileno y francés puesto que en práctica, es el amontonamiento de las competencias que domina. Lo que hay que tomar en cuenta, son las combinaciones posibles entre las modalidades de transferencia y las modalidades de ejercicio de las competencias

La explosión de la intercomunalidad en Francia y sus balbuceos en Chile plantea cada día más cuestiones relativas al ejercicio de las competencias. Tratándose de los “nuevos” EPCI, “en lugar de una fusión general de las competencias y estructuras produciendo una nueva comuna que se sustituye a las antiguas, operaron fusiones funcionales y parciales que dejan subsistir todos los poderes territoriales y agregan nuevos. No son las comunas las que cooperan entre ellas, en sus esferas de competencias y por el intermediario de sus órganos, es el EPCI que actúa con las comunas según un ordenamiento específico debido a la representación de los consejos municipales en el consejo del EPCI”.<sup>1071</sup>

---

<sup>1068</sup>FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., n° 625-1° p. 476. Se debe luego distinguir según que la competencia es obligatoria o facultativa para apreciar la libertad real de la colectividad.

<sup>1069</sup>Idem.

<sup>1070</sup>Porque una colectividad puede verse limitada en un simple papel de ejecutante sin participar a la decisión.

<sup>1071</sup>HERTZOG, R., “Réforme des collectivités territoriales: de pressantes causes économiques, d’incertains résultats financiers », en *Réformes et mutations des collectivités territoriales*, op. cit., p.66



En Chile, la puesta bajo tutela de las municipalidades por las regiones en términos económicos, urbanísticos, etc., atestigua una autonomía irrisoria y una recuperación por el Estado en el marco de sus políticas públicas.

La constatación incluso es más temible a la hora del reconocimiento constitucional de ciertos principios, en primer rango de los cuales se situaría el de la subsidiariedad. Como lo nota justamente J.-B. AUBY, “la acción pública territorial en todas partes se hace cada vez más de manera conjunta, lo que se combina mal con las preocupaciones de subsidiariedad, que llaman un cierto nivel de protección de las competencias”.<sup>1072</sup> Por otro lado, este desarrollo de una política territorial de varios niveles de “gobierno” o de gestión para cumplir fines comunes, trae como consecuencia política que la ilegibilidad es la regla para el ciudadano, como para el observador extranjero, incluso advertido.<sup>1073</sup>

J.M. PONTIER ha demostrado desde mucho tiempo las dificultades de una definición *a priori* de la competencia material<sup>1074</sup> de las colectividades territoriales y subrayó incluso la inanidad de un intento de sistematización de los mecanismos de repartición de las competencias: “la repartición de las competencias entre el Estado y las colectividades locales es un problema falsamente técnico. Es una cuestión de filosofía política que traduce el sitio reconocido a las colectividades locales en la nación”. Es entonces una cuestión eminentemente contingente.

A partir de eso, la consagración de la noción de articulación de las competencias cuestiona los procesos de descentralización de los Estados unitarios. ¿Se trata de una técnica de recentralización? o ¿se debe ver el reconocimiento de un sistema evocado en otro lugar<sup>1075</sup>? la descentralización cooperativa.

---

<sup>1072</sup>AUBY, J.-B., « La question des compétences locales, vue d'ailleurs », en BRISSON, J.-F. (dir.), *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales*, op. cit. p.19.

<sup>1073</sup>Así, para E. FERRARI, eso « ne veut pas dire que l'Italie a un système moins compliqué ou plus clair que la France, et peut-être la confusion en Italie est-elle encore plus grande, mais il faut dire que quand nous avons transféré des compétences de l'État aux régions et aux collectivités locales, on l'a fait plus ou moins selon un certain dessein d'ensemble, une certaine idée globale. La différence que je remarque, par rapport à la France, c'est que je n'ai pas compris quelle est l'idée directrice que le législateur français a présenté aux collectivités locales, aux élus, aux citoyens pour l'organisation locale française. » FERRARI, E., « La décentralisation française vue d'ailleurs », en *La décentralisation en mouvement*, Ministère de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire, les travaux du centre d'études et prospective, *La Documentation française*, Paris, 2006, p. 129

<sup>1074</sup>J.M. PONTIER habla de " la perte de signification de la notion de répartition matérielle des compétences pour désigner l'autorité disposant du pouvoir de décision..." PONTIER, J.M., *L'Etat et les collectivités locales - La répartition des compétences*, p. 572 et s.

<sup>1075</sup>Italia, por ejemplo.

Solo se podrá hablar de descentralización cooperativa a condición de reconocer un poder normativo territorial “relativamente” pleno y entero a los entes territoriales, en lugar de escindir y fraccionarlo. En este sentido, no es seguro que la reafirmación del “poder reglamentario reconocido a la región en el marco de sus competencias”<sup>1076</sup> cambie muchas cosas al panorama francés actual, tal poder estando consagrado en la constitución desde 2003. Tratándose de las regiones chilenas, los debates actuales no parecen dirigirse hacia una autonomía más grande, a pesar de los anuncios de la Presidenta BACHELET. La tendencia a la articulación de las competencias entre nivel central y regiones y municipalidades, en cambio, debería salir reforzado, en desmedro de la autonomía municipal<sup>1077</sup>.

---

<sup>1076</sup>El *Exposé des motifs du projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République* presentado en Consejo de ministros el 18 de junio de 2014 evoca sin embargo unas competencias exclusivas de la región. Cf supra.

<sup>1077</sup>En su programa presidencial, la Presidenta Bachelet anunciaba que “se deberán realizar los cambios normativos necesarios para establecer las condiciones que permitan que los Gobiernos Regionales tengan relaciones más estrechas de cooperación con las Municipalidades de la Región para el cumplimiento de objetivos comunes o complementarios, incluyendo presupuestos de inversión. La participación de las Municipalidades en la Elaboración de las Estrategias de Desarrollo Regional (EDR) y en el Plan Regional de Ordenamiento Territorial (PROT) debe ser obligatorio, e igualmente la asesoría del GORE en la Elaboración de los Planes de Desarrollo Comunal (Pladecos) para asegurar la coherencia de las inversiones locales y regionales.” *Chile de todos. Programa de Gobierno. Michelle Bachelet 2014-2018*, pp. 115-116.

## **Capítulo 5. Naturaleza y características comunes del poder reglamentario territorial**

De manera general, las mismas cuestiones, y soluciones semejantes, se presentan en los ordenamientos jurídicos estudiados. Así, los dos sistemas consagran un poder reglamentario en beneficio de los entes territoriales para el ejercicio de sus competencias. Las dificultades aparecen cuando se trata acotar la naturaleza de este poder, su contenido en el sentido kelseniano<sup>1078</sup>, es decir ¿cuáles son los actos de los entes territoriales que pueden ser calificados de normativos? (Sección 1) A nivel europeo, “las autoridades locales disponen de un poder reglamentario para el ejercicio de sus competencias. Este poder reglamentario territorial es fundamentalmente semejante, en todos los países, en cuanto a su naturaleza jurídica, su lugar en la jerarquía de las normas del orden jurídico interno y en cuanto a su objeto.”<sup>1079</sup>

El derecho positivo chileno se caracteriza por comportar disposiciones a la vez cercanas al derecho francés (reglamentos de ejecución de las leyes), y al mismo tiempo originales (carácter autónomo de los reglamentos municipales). Por otro lado, a pesar de su particularismo – todo relativo, pues algunos dirán que es el derecho francés el particular- no escapa(rá) a los grandes debates relativos al poder reglamentario territorial que trastornan todavía y siempre a legisladores y doctrinas en cuanto a sus características, sobre todo su grado de autonomía respecto con los otros poderes normativos (Sección 2).

### **Sección 1. El común reconocimiento constitucional de un poder reglamentario territorial**

Si las dos constituciones reconocen un poder reglamentario en beneficio de los entes territoriales (§ 1), su naturaleza, existencia y manifestaciones siguen planteando problemas de orden teórico-político, como también jurídico-práctico (§ 2).

#### **§ 1. La consagración constitucional de un poder reglamentario de los entes territoriales chilenos y franceses**

---

<sup>1078</sup>KELSEN, *Théorie pure du droit*, p. 200

<sup>1079</sup>MARCOU, G., “Une approche comparative des compétences des collectivités locales en Europe », op. cit., pp. 199-220

El poder reglamentario de las autoridades territoriales es antiguo<sup>1080</sup> y la comuna de los siglos XI y XII se caracteriza por “su tendencia comunitaria y autárcaica, que ningún principio supiera seriamente contrariar, [y que] parece conferirle un poder legislativo y constituyente ordinarios.”<sup>1081</sup>

Al fin del Medioevo, las comunas francesas, a menudo por sus propios “errores de gestión”, son desvalijadas de sus funciones principales y de sus privilegios<sup>1082</sup> y sometidas progresivamente a la voluntad del Estado naciente y solo dispondrán desde entonces de un poder subalterno propio a las misiones de administración de las instituciones secundarias.

En Chile, “desde su orígenes, durante el periodo colonial, una de las principales fuentes del derecho Municipal era la potestad normativa municipal, junto a la costumbre y a la voluntad del monarca”, afirma CORDERO Q. “Si bien ningún texto legal escrito la consagró expresamente, su ejercicio fue habitual y abundante, basado en el Derecho consuetudinario y de acuerdo a los usos y costumbres. En un comienzo esta potestad normativa se ejerció en forma amplísima, pero posteriormente fue limitada por la Real Audiencia y la Real Ordenanza de Intendentes.”<sup>1083</sup>

En Francia como en Chile, el reconocimiento de un poder normativo asusta porque es la figura simbólica del Soberano que está amenazado. Eso explica que con el advenimiento de la representación y de la soberanía nacional, “el pensamiento y la práctica jurídicas han servido en Francia a la causa de la Unidad, sino la de la Unicidad y de la Uniformidad. El derecho se encontró implicado en la reducción de las diferencias volviendo el lugar privilegiado de la realización simbólica de la Igualdad. Esos valores son inseparables de un orden jurídico jerarquizado”<sup>1084</sup> que deja poco espacio a los otros poderes.

---

<sup>1080</sup>M. BOURJOL, ve por ejemplo en el derecho de bando que regía los bienes comunales al Medioevo, uno de los orígenes del poder reglamentario territorial. BOURJOL, M., *Les biens communaux*, L.G.D.J.,1989, p 159. Ver también MOREAU F., *Le règlement administratif*, 1902, citado en AUBY, J.M. “Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales », *AJDA*, 1984. p. 468.

<sup>1081</sup>FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit. p. 11.

<sup>1082</sup>LUCHAIRE, A., *Les communes françaises à l'époque des capétiens directs*. Paris, Hachette & Cie, 1890.

<sup>1083</sup>CORDERO Q., E., “*La potestad reglamentaria de las entidades territoriales. los reglamentos regionales, las ordenanzas y los reglamentos municipales*”, *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, año 6, 1999, p. 128.

<sup>1084</sup>CAILLOSE, J., “Le Droit comme méthode? Réflexions depuis le cas français”, *L'analyse des politiques publiques aux prise avec le droit*, Paris, LGDJ,2000, p. 56.

Se sabe la prohibición hecha al ejecutivo y a los jueces franceses al principio de la Revolución de “hacer reglamentos”. Su abandono rápido por el artículo 44 de la Constitución del año VIII, no consagra sin embargo un poder normativo autónomo en beneficio de las municipalidades, a pesar de la consagración de la expresión de *poder municipal* (Cf. infra.)

El Estado siendo el que detenta el poder de ordenamiento de las estructuras públicas, es origen de la aptitud de las personas territoriales de decidir (cualquiera sean sus extensiones), de la misma manera que les otorgó un estatuto, una personalidad jurídica, circunscribió un territorio.<sup>1085</sup>

Durante el siglo XIX, varias leyes han consagrado en Francia la competencia normativa territorial y ello de manera amplia, como fue el caso de la cláusula general de competencia establecida por la ley del 5 de abril de 1884 sobre las comunas.

En el Chile republicano, la participación a la elaboración de las ordenanzas municipales está reconocida a partir de 1823<sup>1086</sup> a las municipalidades como lo era ya al tiempo de la Colonia, señala A. VALDEBENITO I.<sup>1087</sup>

Las constituciones de 1828 (art. 122 n° 8), 1833 (art. 128 n° 10), y 1925 (art. 105, n° 6) así como varias leyes<sup>1088</sup> contenían disposiciones en este sentido, traduciendo cierta continuidad.

Con el siglo XX, la “crisis de crecimiento” del derecho administrativo<sup>1089</sup>, ligada al desarrollo del Estado bienestar, provocó una extensión del poder reglamentario central en desmedro del territorial. Es solo reciente, con los procesos de descentralización contemporáneos<sup>1090</sup>, que el legislador confió poderes normativos nuevos a los entes territoriales.

---

<sup>1085</sup>FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit. p. 17.

<sup>1086</sup>El art. 218 de la Constitución de 1823 señala que “corresponde a las Municipalidades en sus respectivos distritos: (...) formar sus ordenanzas municipales sujetas a la aprobación del Senado, y atender a todos los objetos encargados en general al Consejo Departamental: entendiéndose con estos consejos y la Dirección de Economía.” Sin embargo, no se trata aquí de un poder normativo real, puesto que las ordenanzas elaboradas por las municipalidades debían ser aprobadas por el Senado para producir efectos de derecho. Es entonces éste último quien, mediante su sanción, detentaba realmente el poder normativo.

<sup>1087</sup>VALDEBENITO I., A., *Evolución Jurídica del Régimen Municipal en Chile* (1541- 1971), Editorial Jurídica de Chile, 1973.

<sup>1088</sup>Cf. La ley de las Municipalidades de 1854 (art. 31, n° 1° y 2°, 103, 110 a 114, 120 n° 3); la ley de 1887 (art. 29, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96 y 104) ; la ley de 1891 (art. 28, 83, 99 y 102); el decreto-ley n° 740 de 1925 (art. 49, 90 y 119); la ley n° 11.860 (art. 55, 93 y 115); o aun el decreto-ley n° 1.289 (art. 6 et 13).

<sup>1089</sup>P. WEIL citado por FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit. p. 120.

<sup>1090</sup>MODERNE, F., Avant-propos, *La nouvelle décentralisation*, Paris, Sirey, 1983, p. 1

El poder reglamentario de las comunas francesas, reconocido por la jurisprudencia<sup>1091</sup>, ha sido extendido a las otras colectividades territoriales. La consagración constitucional del poder reglamentario territorial en Francia en 2003 es, según X. BARELLA, “la consecuencia de una política jurisprudencial que se podría calificar de pedagógica de la parte del *Conseil constitutionnel*”<sup>1092</sup> y particularmente de su decisión sobre el tercer estatuto de Córcega.

En Chile, el poder reglamentario de la comuna, “constitucionalizado” desde los inicios de la República (Constitución de 1823), ha sido reemplazado por atribuciones normativas del concejo municipal y su ejercicio se encuentra hoy regulado por la ley orgánica de las municipalidades, al igual que las regiones. Así, la constitución menciona las funciones “normativas” del concejo municipal y confía a la ley orgánica municipal determinar “las funciones y atribuciones de las municipalidades”<sup>1093</sup>.

Las dos constituciones reconocen entonces poderes reglamentarios, pero remiten a la ley la tarea de organizar su ejercicio.<sup>1094</sup> Lo que vuelve hipotético, pero no imposible, la existencia de un poder reglamentario territorial “autónomo”.

## § 2. Los problemas planteados por la existencia de un poder reglamentario territorial

Si la existencia de un poder reglamentario territorial se benefició de justificaciones teóricas y/o políticas variadas (A), son las relaciones entre acto reglamentario y acto administrativo que pueden causar problema para la comparación de los derechos (B), porque puede llevar a dificultades para identificar el régimen jurídico de los diferentes actos de los entes territoriales (C).

---

<sup>1091</sup>En relación a las colectividades territoriales, la cuestión del reconocimiento de un poder reglamentario territorial era solamente jurisprudencial, pero real, hasta la revisión de 2003. Ver CC, Déc. n° 82-137 DC du 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, Rec., p. 38; CC. Décision n° 86-223 DC, du 29 décembre 1986, *Loi de finances rectificative pour 1986*, *JORF* du 30 décembre 1986, Rec. p. 15802; L. FAVOREU, *RDP*, 1989, p. 399. Tratándose de Chile, la constitución de 1980 utiliza el término de atribución normativa.

<sup>1092</sup>BARELLA, X., *Les collectivités et la loi*, Thèse pour le doctorat en droit UT1, 2010, p. 257

<sup>1093</sup>STC Rol 1669-2010, *Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*, cons. 51: “no puede sostenerse que la potestad normativa municipal no tenga sustento constitucional. Esta es reconocida de dos maneras. En primer lugar, en las funciones “normativas” del concejo municipal (artículo 119); y, en segundo lugar, cuando la Constitución le entrega a la Ley Orgánica de Municipalidades determinar “las funciones y atribuciones de las municipalidades”.

<sup>1094</sup>Idem, STC Rol 1669-2010, cons. 47: «En primer lugar, tiene rango constitucional. Se afianza en el artículo 119, inciso segundo, de la Carta Fundamental. Sin perjuicio de ello, toda su configuración es de rango legal.”

## **A. Las teorías relativas a las fuentes y a la naturaleza del poder reglamentario territorial**

Sin regresar sobre el nacimiento del poder reglamentario<sup>1095</sup>, es necesario recordar brevemente las grandes doctrinas que se han interesado al poder reglamentario territorial y que han influenciado los dos órdenes jurídicos estudiados.

Dentro de las teorías de las fuentes del poder reglamentario territorial, variadas y conocidas, se cita tradicionalmente la teoría fisiocrática, la ideología del *poder municipal*, el papel de las teorías institucionales, o aún la teoría de la “estructura fundamental del acto jurídico”<sup>1096</sup>.

Aunque lógicamente influenciados por sus orígenes hispánicos, el legislador y la doctrina chilena no han recibido, al parecer, la construcción jurídica de la autonomía municipal del derecho español contemporáneo. Éste último, influenciado por las doctrinas italiana y sobre todo alemana a partir de la teoría de las garantías institucionales<sup>1097</sup>, no aparece como una referencia en Chile en términos de descentralización. El carácter tanto unitario y centralizado de Chile volvía efectivamente difícil la implantación de una noción elaborada en el marco de dichos Estados descentralizados políticamente o llamados federales.

Ciertas de las doctrinas aquí evocadas pueden aun ser retenidas, pero deben ser combinadas con las acepciones modernas de la teoría de los poderes implícitos o del principio de subsidiariedad.<sup>1098</sup>

Las concepciones políticas y económicas de los fisiócratas franceses son regularmente presentadas como el punto de partida de la concepción moderna de la autonomía administrativa

---

<sup>1095</sup>VERPEAUX, M., *La naissance du pouvoir réglementaire, 1789-1799*. Paris, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1991

<sup>1096</sup>FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit., p. 184 et s.

<sup>1097</sup>Sobre este punto, la teoría institucional de HAURIOU constituye seguramente una de las fuentes de inspiración de C. SCHMITT, en *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (trad. fr. *Le Nomos de la Terre*, Paris, 2001), C. SCHMITT califica a HAURIOU de "grande dentro de los juristas por la claridad de su pensamiento y la sabiduría de su persona" y de "maestro de nuestra disciplina". O. BEAUD recuerda que si es verdad que Carl SCHMITT se inspiró de Maurice HAURIOU, fue después de haber expurgado toda su dimensión liberal (cf. O. BEAUD, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », préface in Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, (traduction de *Verfassungslehre*), Paris, Presses universitaires de France, collection Léviathan, 1993.

<sup>1098</sup>Eso dos últimos puntos están desarrollados en el capítulo 6.

por exigir, en reacción al mercantilismo, la liberación de la vida económica y de sus actores – individuos y colectivos- cuyas comunas debían beneficiar.

Sin embargo, hay que matizar las recuperaciones rápidas de las ideas de TURGOT en el sentido de una lectura únicamente destinada a justificar la autonomía de los territorios<sup>1099</sup> porque “su acción no se limitó a la abrogación o a la supresión de leyes y de instituciones que trababan la libertad. La lectura de sus escritos (o de lo que CONDORCET o DUPONT de NEMOURS han escrito sobre él) muestra que a todas las épocas de su vida, no cesó de proponer las medidas de intervención pública las más diversas”.<sup>1100</sup> La idea era de reforzar las decisiones administrativas a nivel local, mediante una “devolución de las competencias” del Estado, que de regresar a la autonomía de las comunas feudales. Se pueden entonces ver aquí las premisas de un poder reglamentario de ejecución de las leyes, pero no las de un poder normativo autónomo.

Con la Revolución, la creación de un poder municipal autónomo por los revolucionarios, además de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, apuntaba a tomar en cuenta el hecho de que ciertos asuntos dependen por su naturaleza de la colectividad local, como colectividad humana que se organiza (arts. 49 a 51 del Decreto del 14 de diciembre de 1789). Sin embargo, la noción de *pouvoir municipal* no tuvo la importancia esperada y será rápidamente eclipsada hasta la ley del 5 de abril de 1884 (art. 61). Se ha notado su dimensión privada y patrimonial, incluso familiar ligada a su carácter de asociación vecinal y su relación con la noción posterior de asuntos locales.<sup>1101</sup>

Si el análisis institucional de HAURIUO es a menudo desconocido, su conocimiento es sin embargo útil a la comprensión de la noción de poderes inherentes o implícitos. Así, permite sobrepasar, sin negarlos, la sola explicación histórica de la preexistencia “natural” o “normal” de la comuna sobre el Estado<sup>1102</sup> o la legitimidad democrática del poder normativo local.<sup>1103</sup>

---

<sup>1099</sup>Cf. Por ejemplo : GARCIA de ENTERRIA, *Revolución francesa y administración contemporánea*, 2ª ed. Madrid, edit. Taurus, S.A., 1981.

<sup>1100</sup>VERGARA, F. « Intervention et laisser-faire chez Turgot (Le rôle de l'État selon le droit naturel) », *Cahiers d'économie Politique / Papers in Political Economy* 1/2008 (n° 54), p. 149-169. URL : [www.cairn.info/revue-cahiers-d-economie-politique-2008-1-page-149.htm](http://www.cairn.info/revue-cahiers-d-economie-politique-2008-1-page-149.htm).

<sup>1101</sup>CHAPUISAT, L.-J., *La notion d'affaires locales en droit français*, Thèse Paris II, 1972

<sup>1102</sup>En 1818, ROYER-COLLARD hizo ante la Cámara de los diputados la famosa declaración: « La comuna como la familia existe antes del Estado, la ley política la encuentra y no la crea.» Cité par L. AUCOC, *Controverse sur la décentralisation administrative*, Paris, 1895, p. 32.



Para el Decano de Toulouse, toda producción normativa es de origen institucional y la referencia al Estado ya no más el alfa y la omega de la teoría del derecho<sup>1104</sup>. La institución, “*idea de obra o de empresa*”<sup>1105</sup> desarrolla un poder natural, necesario a su misión, a la organización y a la vida del grupo, criticando así las concepciones objetivistas del derecho: “se trata de saber donde se encuentra en la sociedad el poder creador, si son las reglas de derecho que crean las instituciones o si no son, en realidad, las instituciones que crean las reglas de derecho, gracias al poder de mando que contienen”<sup>1106</sup>. La lógica de esa concepción es que el poder reglamentario no necesita de la técnica de la habilitación para existir porque es espontáneo e inherente a la organización social. Independientemente de cualquier referencia al Estado, sería natural reconocer a las entidades un poder propio, reflejo de su libertad de auto-organización y auto-administración.

B. FAURE<sup>1107</sup>, por otro lado, expuso en su tesis la importancia de la teoría de la “estructura fundamental del acto jurídico”. Fundada sobre “un préstamo de una teoría general del acto jurídico construida en derecho privado”, un examen analítico de la construcción del reglamento hace aparecer y evalúa “la influencia respectiva de los *elementos objetivos* (regla de competencia, determinación legal) y *subjetivos* (voluntad, libertad de acción) dentro de la organización legal”<sup>1108</sup> de éste. La conjunción de esos diferentes elementos – sobre todo los análisis relativos al poder discrecional – conduce a una noción de *normatividad permisiva en derecho de las colectividades territoriales* que, además, sobrepasa el simple marco de la noción de poder reglamentario territorial para iluminar con una nueva luz la problemática de la

---

<sup>1103</sup>HAURIU, M., “Étude sur la centralisation », *Répertoire de droit administratif Béquet*, Paris éd. Dupont, 1892.

<sup>1104</sup>Para B. FAURE, es justamente éste aspecto de la teoría de la institución que vuelve problemática su aplicación a la descentralización. Explica la creación del derecho en un marco jurídico cerrado sobre sí mismo y no toma en cuenta las relaciones verticales y desiguales existentes en derecho positivo entre el Estado y los entes territoriales. La realidad muestra que las normas territoriales no son nada más que unas normas secundarias y no originarias, que derivan de una habilitación previa. FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit., p. 183

<sup>1105</sup>Recordamos de manera sumaria que dicha teoría plantea que existe primero una base social, un agrupamiento humano reunido para la realización de una “obra” común. Luego, para la realización de esa idea, un poder se organiza que le da órganos, y en fin entre los miembros del grupo social se implanta una organización interna animada por los órganos motores y generadora de un derecho específicamente dirigido a la concretización de los intereses del grupo.

<sup>1106</sup>HAURIU, M. “La théorie de l’institution et de la fondation”, *Aux sources du droit (Les Cahiers de la Nouvelle Journée)*, 1933, p. 89 y s. p. 94.

<sup>1107</sup>FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit., p. 184 et s.

<sup>1108</sup>Ibid.

autonomía local. En definitiva, concluye B. FAURE, “no es necesario introducir una teoría de la autonomía de la voluntad en derecho público (...), ya existe. Manifiesta en el uso del poder discrecional, en la teoría de la personalidad jurídica y de la descentralización, se expandiría incluso en todas partes, hasta el poder jerárquico”.<sup>1109</sup>

Se pueden retener de esas diferentes teóricas que “la existencia de un poder reglamentario en beneficio de las colectividades territoriales debe ser aprehendida como una necesidad tanto del punto de vista jurídico como institucional”.<sup>1110</sup>

### **B. Las dificultades planteadas por las nociones de acto administrativo y de acto reglamentario**

El acto reglamentario es, por definición, normativo porque “el fundamento del acto reglamentario es su capacidad a crear derecho, modificar el ordenamiento jurídico”<sup>1111</sup>. La dificultad reside en la definición del poder reglamentario y con su relación (o distinción) con la noción de acto administrativo: **¿es o no el acto reglamentario un acto administrativo?**

La cuestión es importante para entender las tensiones que existen aún en el derecho chileno a propósito de la naturaleza de los reglamentos. Y entonces, de la posibilidad de compararles con los reglamentos del derecho francés.

Pero, la cuestión es sobre todo fundamental, porque marca una ruptura en derecho administrativo comparado planteando la cuestión de un *suma divisio* - o no - entre el acto administrativo y el acto reglamentario. Si la respuesta es negativa, el acto reglamentario dependerá del régimen de los actos administrativos.<sup>1112</sup> Si no se trata de un acto administrativo, ¿cuál es su naturaleza y su régimen?

La primera rama de la alternativa, representada por el derecho francés, considera que el reglamento es un acto administrativo unilateral, al igual que los actos administrativos individuales, pero que se diferencia de ellos por el hecho que es general, impersonal y que

---

<sup>1109</sup>Idem, p. 201.

<sup>1110</sup>BARELLA, X., *Les collectivités et la loi*, Thèse, UT1, 2010, p. 223.

<sup>1111</sup>POIROT-MAZERE, I., “Les décisions d’espèces », *RDP*, 1992, p. 446

<sup>1112</sup>Sobre las andadas de la jurisprudencia administrativa chilena, ver por ej: CORDERO V., L., “Limitando la Ley de Procedimiento administrativo: una interpretación intolerable”, *RCD*, Vol. 30, n° 3, pp. 549-552

modifica el ordenamiento jurídico e implica una decisión ejecutoria en virtud del “*privilège du préalable*” según la formulación de M. HAURIOU<sup>1113</sup>.

A pesar del aporte de las concepciones clásicas<sup>1114</sup>, la doctrina francesa contemporánea no es siempre unánime sobre los criterios del poder reglamentario.<sup>1115</sup> J.-C. DOUENCE ya había anotado en su tesis que “la realidad sociológica conduce a admitir como punto de partida una concepción extensiva del poder reglamentario”<sup>1116</sup> que lo entienda “como la competencia de tomar disposiciones de naturaleza general e impersonal”.<sup>1117</sup>

DUGUIT, defensor de la “primacía del derecho objetivo sobre las situaciones jurídicas individuales que fluyen de aquel”<sup>1118</sup>, ha sido el paladín de la concepción material del reglamento como “ley material”<sup>1119</sup> en cuanto “disposición por vía general emanada de un órgano distinto del Parlamento, o, si se quiere, toda disposición por vía general es dictada en otra forma que la legislativa”<sup>1120</sup>. Seguramente, la posición de DUGUIT no concita unanimidad porque niega el carácter formal u orgánico, es decir institucional. Pero, se puede guardar la importancia del aspecto material para estudiar el poder reglamentario territorial. CARRÉ de MALBERG reconocía que “está claro que no es por sus contenidos que esas reglas difieren: porque puede ocurrir que la misma regla sea emitida por una ley, o por un decreto reglamentario. Tampoco es en razón de particularidades relativas a sus maneras de disponer que la ley y el reglamento son opuestos: porque el reglamento estatuye *generaliter*, como lo hace habitualmente la ley”.<sup>1121</sup>

En lo que concierne, a su criterio orgánico, es al positivismo de CARRÉ de MALBERG que se puede remontar. Diferencia el reglamento de la ley en que, por una parte, el primero está subordinado a la segunda, luego, que no tiene su potestad inicial e incondicionada y, al fin, que

---

<sup>1113</sup>Maurice Hauriou, note sous CE, 30 mai 1913, Préfet de l’Eure, n° 49241, Rec. CE 1913, p. 583.

<sup>1114</sup>Principalmente DUGUIT, CARRÉ de MALBERG y HAURIOU.

<sup>1115</sup>Así X. BARELLA recuerda los autores que lo definen solamente por su carácter general (RIVERO, WALINE), los que insisten sobre su carácter impersonal (DOUENCE, HECQUARD-THERON) o los que acumulan los dos criterios (POIROT-MAZERES). BARELLA, X., *Les collectivités et la loi*, op. cit. p. 196.

<sup>1116</sup>DOUENCE, J.C. *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l’administration*, op. cit., p. 55.

<sup>1117</sup>Idem, p. 131.

<sup>1118</sup>Idem, p. 46.

<sup>1119</sup>DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel*, T. II, *La théorie générale de l’État*, Paris, éd. de Boccard, 3<sup>ème</sup> éd., 1928.

<sup>1120</sup>DUGUIT, L., *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, éd. de Boccard, 4<sup>ème</sup> éd., 1923, réed. Paris, LGDJ, coll. Les introuvables, 2007, p. 104

<sup>1121</sup>CARRÉ de MALBERG, R., *Confrontation de la théorie de la formation par degrés*, Paris, Sirey, 1933, p. 18.

no escapa, como los otros actos administrativos, al control de legalidad. El reglamento entonces es “un acto [administrativo] subalterno [a la ley], que en principio y por definición misma solo puede intervenir en ejecución de las leyes”<sup>1122</sup>. Su posición ha sido en parte desmentida por la historia y más particularmente por la jurisprudencia<sup>1123</sup> primero, y luego por la consagración de los reglamentos autónomos de la Constitución de 1958, pero el criterio orgánico permanece.

En definitiva, se pueden sumar los dos criterios y definir, con M. VERPEAUX, el poder reglamentario como “el poder, para algunas autoridades administrativas, de dictar reglas de derecho, es decir decisiones jurídicas que tienen un carácter general e impersonal. Es, así caracterizado a la vez por un criterio orgánico, los titulares de éste poder solo pueden ser algunas autoridades administrativas, y por un criterio material definido por el contenido de estos actos, distinguiéndose así de los actos nominativos o individuales. Así, el poder reglamentario es poco disociable del reglamento”<sup>1124</sup>.

Parece que hay que agregar, o al menos subrayar, el carácter coactivo u obligatorio que refuerza su carácter normativo. Los reglamentos en derecho francés son actos administrativos y “no siendo leyes, están sometidos al régimen de los actos administrativos”<sup>1125</sup>.

La otra rama de la *suma divisio* considera que el reglamento es distinto del acto administrativo y está fundado sobre una concepción esencialmente material. De origen alemán<sup>1126</sup>, la distinción se encuentra en una parte de la doctrina chilena contemporánea que va, además, contra el derecho positivo más nítido. Es la doctrina española actual que, después un travestismo del concepto italiano de reglamento expuesto por ZANOBINI<sup>1127</sup>, ha influenciada

---

<sup>1122</sup>CARRÉ de MALBERG, R. *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, T 1, Sirey 1920, rééd., Paris, Dalloz, 2003, p. 575.

<sup>1123</sup>CE, 8 août 1919, *Labonne*, GAJA.

<sup>1124</sup>VERPEAUX, M., art. « Pouvoir réglementaire », en ALLAND D. y RIALS, S. (dir.) *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2007, p. 1177.

<sup>1125</sup>Idem, p. 1178.

<sup>1126</sup>Como lo recuerda L. CORDERO, « en Alemania el tema del origen de la potestad reglamentaria está íntimamente ligado a los avatares del principio monárquico. Este último constituye un elemento estructural decisivo del periodo que explica el reparto de la potestad normativa entre los Parlamentos y los monarcas, a favor de estos últimos, por consiguiente, juega una presunción de competencianormativa residual en virtud de la cual les corresponde la regulación de todas aquellas materias que no hubiesen sido expresamente atribuidas a los Parlamentos.” CORDERO V., L., “Ley de procedimiento administrativo y reglamentos”, *La Semana Jurídica*, año I, n° 50, semana del 3 al 7 de junio de 2013, p. 3, nbp. n° 5 [www.legalpublishing.cl](http://www.legalpublishing.cl)

<sup>1127</sup>“GARCÍA de ENTERRÍA (...) sostiene, con T. RAMÓN FERNÁNDEZ, en su “Tratado de Derecho Administrativo”, que las figuras del reglamento y del acto administrativo son radicalmente diferentes e irreductibles, (...) al definir el acto administrativo, tomando y corrigiendo la definición de Zanobini,

esa corriente de la doctrina administrativista chilena<sup>1128</sup>, aunque esa adoptaba al origen la concepción francesa.<sup>1129</sup>

En la concepción de origen alemán, el reglamento, como en el derecho francés, dicta normas abstractas y generales, es decir derecho objetivo, mientras que el acto administrativo solo aplica dicho derecho objetivo. Su contenido, así como sus destinatarios, son de carácter particular. Corresponde entonces al acto administrativo individual del derecho francés. La diferencia de apelación no haría problema en sí, si no implicaba un régimen jurídico diferente. Y es, en efecto, el escollo que pretendió resolver la ley n° 19.880 de 2003 que *establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración*.<sup>1130</sup>

Desde entonces, según su art. 3 “se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”. La importancia del criterio orgánico (o formal) está entonces afirmado de inmediato.<sup>1131</sup>

El mismo artículo persigue precisando que los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones. El decreto supremo es la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro “Por orden del Presidente de la República”, sobre asuntos propios de su competencia. El término corresponde entonces a los decretos reglamentarios del Primer

---

excluye expresamente a la potestad reglamentaria del concepto.” Pero, “con anterioridad a García de Enterría, parte importante de la doctrina española pensaba diferente.” PIERRY A., P., “Concepto de acto administrativo en la ley de procedimiento administrativo. El reglamento. Dictámenes de la Contraloría General de la República”, *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, agosto 2005, n° 13, p. 71.

<sup>1128</sup>PIERRY señala que “ha sido el derecho español reciente, de las últimas décadas, el que ejerciendo una gran influencia en Chile, considera únicamente dentro del concepto de acto administrativo, al acto unilateral y particular”. Y que “en los últimos años (...) ha sido tan categórica la posición de los jóvenes profesores de Derecho Administrativo formados en España, que se ha venido aceptando que el concepto de acto administrativo se reserva únicamente para los actos unilaterales de contenido particular. Sin embargo, con ocasión de la dictación de la Ley de Procedimiento Administrativo la situación ha cambiado, y el derecho chileno, al parecer, se ha distanciado en este punto del actual derecho español.” Ibid.

<sup>1129</sup>Para un resumen, ver: PIERRY A., P., “Concepto de acto administrativo en la ley de procedimiento administrativo. El reglamento. Dictámenes de la Contraloría General de la República”, op. cit.

<sup>1130</sup>De mismo modo L. CORDERO V., L., nota n°6 p. 3: “las Comisiones unidas (Constitución y Gobierno del Senado) dejaron expresamente establecido que “ésta es la primera oportunidad en que una norma de rango legal define el acto administrativo, los agentes que lo generan y su ámbito de aplicación dentro de la Administración con un criterio amplio; es decir, concibiendo tales actos no sólo como decretos y resoluciones”, *Diario de Sesiones del Senado*, sesión Ordinaria 22°, 14 de agosto de 2001, Anexo de Documentos, p. 29.

<sup>1131</sup>Como lo sintetiza PIERRY: “Decisión formal de un órgano de la Administración, que contenga declaración de voluntad, en el ejercicio de una potestad pública.” PIERRY A., P., “Concepto de acto administrativo en la ley de procedimiento administrativo. El reglamento. Dictámenes de la contraloría general de la república”, op.cit., pp. 71-82

ministro francés y manifiesta el carácter político-administrativo de su autor que lo distingue bien de los otros actos administrativos adoptados por **simples autoridades administrativas, los cuales toman el nombre de resolutivos.**<sup>1132</sup>

Hay que señalar que la ley considera que constituyen, **también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento** que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias.<sup>1133</sup> Eso significa que todos los actos administrativos no producen forzosamente efectos de derecho. J. BERMÚDEZ evoca aquí una extensión y ruptura del concepto de acto administrativo porque “hasta ahora se estimaba que los dictámenes eran interpretaciones formales que hacía, sobre todo, el órgano controlador (...) en todas estas actuaciones está ausente el elemento decisorio que contiene todo acto administrativo”. Como “cuesta imaginarse que una actuación formal (no una material, por cierto) por parte de la Administración del Estado que no quede en alguna de las declaraciones”, todo (o casi) es o será impugnabile.<sup>1134</sup> Se puede entender que los dictámenes de la Contraloría General de la República sean visados, porque estos dictámenes son elementos de jurisprudencia administrativa.<sup>1135</sup>

Por lo que interesa más particularmente, “las decisiones de los órganos administrativos pluripersonales se denominan acuerdos”, es decir las deliberaciones de los órganos colegiales franceses, “y se llevan a efecto por medio de resoluciones de la autoridad ejecutiva de la entidad correspondiente”<sup>1136</sup>, lo que corresponde a los *arrêtés* municipales franceses por ejemplo.

Bajando en la cadena normativa, la Contraloría General de la República en el dictamen n° 43.085 de 1976 tuvo la oportunidad de precisar que “las ordenanzas y los reglamentos municipales son resoluciones administrativas obligatorias de carácter general y permanente y los decretos son resoluciones municipales de particular aplicación. Los primeros concretan el ejercicio de la potestad reglamentaria.”<sup>1137</sup>

---

<sup>1132</sup>“**Las resoluciones son** los actos de **análoga naturaleza** que dictan **las autoridades administrativas** dotadas de poder de decisión.”

<sup>1133</sup>Art. 3° Ley n° 19.880.

<sup>1134</sup>BERMÚDEZ S., J., *Derecho Administrativo General*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot / Legal Publishing, 2010, p. 125.

<sup>1135</sup>Art. 6° LOGR : “de acuerdo con lo anterior, solo las decisiones y dictámenes de la Contraloría General de la República serán los medios que pueden hacerse valer como jurisprudencia administrativa en las materias a que se refiere el artículo 1°”.

<sup>1136</sup>Art. 3° LBPA n° 19.880.

<sup>1137</sup>CGR, Dictamen n° 43.085 de 24.06.1976. Citado en PANTOJA B., R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y Modernidad*, Editorial Jurídica de Chile, 1994, n° 39, pp. 146-147.

Mediante dictamen n° 72.049 de 1977, la Contraloría General de la República había enunciado que “se entiende por resolución municipal, todo acto administrativo que se dicte en uso de las potestades imperativa o de mando, reglamentaria, ejecutiva o sancionadora”.<sup>1138</sup>

Se puede deducir de todo eso – más allá de la redacción confusa de los dictámenes y decisiones susceptibles de tener graves consecuencias<sup>1139</sup> - que **los actos con carácter reglamentario finalmente son actos administrativos al igual que los actos administrativos individuales emitidos por el ejecutivo territorial, puesto que unos y los otros** son calificados de resoluciones por la Contraloría General de la República y, que las resoluciones son actos administrativos por determinación de la ley.

No se puede entonces, seguir distinguiendo en derecho chileno, el acto administrativo del acto normativo so pretexto que el primero concerniría solo a los actos administrativos individuales y el segundo los actos de alcance reglamentario. En efecto, los actos administrativos individuales y los actos administrativos reglamentarios están hoy unificados como actos administrativos.

### **C. Los actos pertenecientes al poder reglamentario territorial**

Si se aprehende el poder reglamentario territorial como el poder de dictar un acto administrativo unilateral de alcance general e impersonal que crea una regla de derecho obligatoria para sus destinatarios, eso importa una consecuencia y algunas interrogaciones.

Primero, los actos de los entes territoriales chilenos como franceses tienen **siempre una naturaleza administrativa**<sup>1140</sup>, en el sentido que no son constitucionales o legislativos y dependen entonces, de las jurisdicciones ordinarias.

En derecho chileno, quizás más aún que en derecho francés, la afirmación de separación entre función de gobierno y función de administración interior<sup>1141</sup>, permite acantonar de manera radical el poder reglamentario de los entes territoriales en el ámbito administrativo. Para O.

---

<sup>1138</sup>Idem, n° 39, p. 147.

<sup>1139</sup>Por ejemplo, ¿porque la CGR distingue en el dictamen n° 72.049 de 1977 el carácter reglamentario de y ejecutivo de las resoluciones municipales? Que la resolución sea particular o general, siempre es de ejecución: o de la ley directamente o de un acuerdo del concejo municipal.

<sup>1140</sup>Incluso la modalidad de la experimentación o las « leyes del país » de Polinesia francesa no escapan a tal constatación. Cf. infra.

<sup>1141</sup>Cf. Capítulo 2. Esa separación proviene según R. PANTOJA de la tradición francesa; ver también: FERRADA B., J. C. « Las funciones de gobierno y administración en el ámbito regional: algunos alcances de la distinción y sus problemas actuales », Jornadas Chilenas de Derecho Público(30ª. 1999. Valparaíso): Asociaciones intermedias, Estado y bien común, Universidad de Valparaíso, 2000.

OELCKERS C., la separación de las funciones de gobierno y de administración explica que “esta autonomía divisional debemos siempre vincularla con atribuciones y competencias administrativas, y muy restringidamente con competencias normativas. Estas últimas se ejercen por el consejo regional en la aprobación de reglamentos regionales, subordinados a la ley y a los reglamentos supremos nacionales.”<sup>1142</sup>

Una vez establecida la naturaleza administrativa de los actos de los entes territoriales, cuestiones permanecen: por una parte, ¿solos los actos calificados de normativos por los textos constitucionales y legislativos lo son, u otros actos pueden reivindicar dicha calidad y deber ser considerados? Por otra, ¿cuáles son los actos de los entes territoriales que, correspondiendo a la definición propuesta, deben ser considerados?

En primer lugar, la competencia tomó en Francia una concepción un poco “todo terreno”, al punto que todas las competencias materiales implican el ejercicio de un poder reglamentario reconocido a las colectividades territoriales. A razón que éste se caracteriza por su aptitud en modificar situaciones de derecho, todas las competencias dependen entonces de la aplicación de un poder reglamentario y no hay que buscar calificaciones textuales como “reglamentario” o “normativo”. La situación es diferente en el sistema chileno. A primera vista, parece semejante puesto que el artículo 5 d) de la LOCMU y el artículo 16 d) de la LOCGAR disponen, respectivamente, que « para el cumplimiento de sus funciones las municipalidades tendrán las siguientes atribuciones esenciales: d) dictar resoluciones obligatorias con carácter general o particular” y que dentro de las funciones generales del gobierno regional será la de dictar normas de carácter general para regular las materias de su competencia.<sup>1143</sup> Sin embargo, los artículos 113 y 119 inc. 2 de la Constitución prevén que el consejo regional será un órgano con carácter normativo, resolutivo y fiscalizador y que el concejo municipal ejercerá funciones normativas, resolutivas y de fiscalización. La diferencia de las formulaciones utilizadas (“órgano con carácter” y “ejercerá funciones”) no debe engañar y no lleva consecuencias diferentes. Esas disposiciones son reiteradas por los artículos 28 y 71 de las leyes orgánicas regional y municipal, respectivamente. La dificultad reside en el hecho que en ninguna parte, ya sea en el texto constitucional, como en las leyes orgánicas, se precisa que tal atribución sería normativa y cual

---

<sup>1142</sup>OELCKERS C., O., “Los necesarios avances en el proceso de regionalización a través de los principios jurídicos que la sustentan”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVII (1996), p. 345.

<sup>1143</sup>LOCGAR, art. 16 d).



otra no. Hay que considerar como actos normativos de los entes territoriales no solo los actos expresamente calificados de reglamentarios, sino también las normas con carácter reglamentario que carecen de tal nombre y también los actos presupuestarios.

En segundo lugar, si solo el consejo regional chileno dispone como competencias normativas las que son calificadas como tales, habría que solo considerar las disposiciones del artículo 36 de la LOCGAR. Éste último utiliza generalmente la palabra “aprobar”, “fiscalizar”, “dar su acuerdo”, “dar o emitir su opinión/ dictamen”. Entonces la doctrina chilena se encargó de atribuir calificaciones relativamente variadas a las diferentes atribuciones. Pero, se puede sostener que las competencias normativas no corresponden a la que menciona “fiscalizar”<sup>1144</sup> “dar o emitir su opinión”. Para la “fiscalización”, el constituyente como el legislador orgánico la distinguió de la acción normativa. Para el hecho de “emitir su opinión”, a partir del momento que no se trata de un dictamen conforme<sup>1145</sup>, no participa a la adopción de un acto normativo.

O. OELCKERS C. distingue las atribuciones según su titular<sup>1146</sup> y separa las atribuciones del gobierno regional del artículo 20, las del intendente de artículo 24 y las del Consejo regional del artículo 36.

En cambio, no se entiende porque H. NOGUEIRA A.<sup>1147</sup> disocia las atribuciones de las letras a) y b) del artículo 36 de las señaladas en las letras c), d), f), e incluso h). Efectivamente, salvo la última, las atribuciones citadas utilizan bien la palabra “aprobar”. ¿Por qué entonces, las dos primeras tendrían un carácter normativo y las tres siguientes no? seguramente porque para este autor, son las únicas dos letras que incluyen el término “reglamento”.<sup>1148</sup>

---

<sup>1144</sup>Art. 36 g) LOCGAR, por ejemplo.

<sup>1145</sup>Art. 36 i) LOCGAR: “Emitir opinión respecto de las proposiciones de modificación a la división política y administrativa de la región que formule el gobierno nacional, y otras que le sean solicitadas por los Poderes del Estado”.

<sup>1146</sup>Se distingue entonces entre las atribuciones del GORE, del Intendente y del Consejo regional: art. 20, 24 36 respectivamente LOCGAR). Y tratándose del Intendente, por ejemplo, reagrupa sus atribuciones en: a) de planificación y propuesta presupuestaria; b) de ejecución; c) de representación; d) de coordinación u de fiscalización; y e) de administración (...); OELCKERS C., O., “Descentralización administrativa y regionalización”, *RCD*, Vol. 24 n°2, p. 358 et s.

<sup>1147</sup>NOGUEIRA A., H., “El régimen jurídico-constitucional del gobierno y la administración interior del Estado en Chile”, op. cit. pp. 386 y s., donde distingue: una atribución resolutoria compartida, dos atribuciones normativas de carácter administrativo, una de fiscalización y dos consultivas.

<sup>1148</sup>Art. 36 LOCGAR.- Corresponderá al consejo regional: a) Aprobar el reglamento que regule su funcionamiento, en el que se podrá contemplar la existencia de diversas comisiones de trabajo; b) Aprobar los reglamentos regionales;

Ahora bien, no se puede negar que son actos de alcance general, impersonal y obligatorio para sus destinatarios los actos siguientes: aprobar los planes regionales de desarrollo urbano, los planes reguladores metropolitanos y los planes reguladores intercomunales<sup>1149</sup>, aprobar, modificar o sustituir el plan de desarrollo de la región y el proyecto de presupuesto regional,<sup>1150</sup> aprobar los convenios de programación<sup>1151</sup>. Parece que se puede decir la misma cosa del hecho de “resolver, sobre la base de la proposición del intendente, la distribución de los recursos del Fondo Nacional de Desarrollo Regional”<sup>1152</sup> o aún, dar su acuerdo al intendente para enajenar o gravar bienes raíces que formen parte del patrimonio del gobierno regional.<sup>1153</sup>

Abunda en nuestro sentido, el *Diccionario de Administración Pública Chilena* que precisa que las funciones normativas de los consejos regionales se refieren a las “funciones relacionadas con la aprobación de determinadas resoluciones que norman la actividad regional” y que “están contenidas en las letras a), b), c), d) y f) del Art. 36 de la LOC sobre Gobierno y Administración Regional”.<sup>1154</sup>

J.C. FERRADA<sup>1155</sup> considera igualmente la aprobación de los planes de desarrollo urbano, de los planes reguladores comunales e intercomunales como reglamentos regionales. Incluye también, con razón, las “normas de carácter general” del artículo 16 d), las “normas reglamentarias regionales” del artículo 20 a) y los reglamentos internos de organización de los servicios administrativos del gobierno regional del artículo 27. Se constata aquí, de manera incidental, que el consejo regional no es el único órgano normativo de la región, visto que las normas aquí evocadas apuntan al gobierno regional. En cambio, J.C. FERRADA parece

---

<sup>1149</sup>Art. 36 c) LOCGAR.

<sup>1150</sup>Art. 36 d) LOCGAR.

<sup>1151</sup>Art. 36 f) LOCGAR.

<sup>1152</sup>Art. 36 e) LOCGAR.

<sup>1153</sup>Art. 36 h) LOCGAR.

<sup>1154</sup>*Diccionario de Administración Pública Chilena*, Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2ª Edición, octubre 2002, “Consejo Regional (CORE): (adm.reg.)”: a.) Aprobar el reglamento que regule el funcionamiento, en el que se podrá contemplar la existencia de diversas comisiones de trabajo; b.) Aprobar reglamentos regionales; c.) Aprobar los planes reguladores comunales, previamente acordados por las Municipalidades, y los planes reguladores intercomunales que le proponga la SEREMI de Vivienda y Urbanismo; d.) Aprobar, modificar o sustituir el plan de desarrollo de la región y el proyecto de presupuesto regional, así como sus modificaciones, sobre la base de la proposición del intendente; f): “Aprobar, sobre la base de la proposición del intendente, los convenios de programación que el gobierno regional celebre”.

<sup>1155</sup>FERRADA, J. C., “La potestad reglamentaria de los gobiernos regionales: algunas notas preliminares”, XXIII Jornadas de Derecho Público, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, 2002, Vol. II.

descartar los otros actos sin embargo normativos, como por ejemplo el presupuesto, porque estos no han sido declarados como tales por la jurisprudencia.

Es un argumento de derecho positivo válido, pero se puede proponer evoluciones a las concepciones jurídicas. Además, las normas del artículo 36 c) a las cuales se refiere J.C. FERRADA no son designadas por el término de “reglamento” o de “norma con carácter general”. El empleo de estos términos no es entonces fundamental, son su generalidad y efecto obligatorio que lo son.

Así, al lado de los cuatro tipos de reglamentos regionales deslindados por ejemplo, por J.C. FERRADA, hay que incluir los actos expresamente previstos por los textos como también cualquier acto administrativo del consejo regional que tienen las características señaladas.

El artículo 113 inc. 7 de la Constitución prevé que el consejo regional será encargado de aprobar el proyecto de presupuesto y el artículo 115 inc. 3 que el gobierno regional deberá repartir los fondos de inversiones sectoriales de asignación regional. Y la LOCGAR dispone que el consejo regional procede a la repartición de los recursos del Fondo Nacional de Desarrollo Regional.

Según una parte de la doctrina chilena, el presupuesto no aparecería como un acto normativo. Ahora bien, por su alcance y sus consecuencias sobre los administrados, presenta bien los caracteres de un acto normativo<sup>1156</sup>. Es, incluso, por esencia, el acto más característico y fundamental de la autonomía territorial, puesto que es su elaboración, adopción y ejecución que materializan las acciones en favor del “desarrollo económico, social y cultural” del ente territorial y que implican efectos de derecho en la situación jurídica de los habitantes.

Además, si las decisiones del consejo regional son ejecutorias, es que tienen un carácter normativo. Y sobre éste punto, incluso el Intendente regional no puede derogarlas, a pesar de su estatuto particular, y debe aplicarlas fielmente.<sup>1157</sup> Es notable que éste tipo de actos sea sobre los cuales la Contraloría General de la República hizo y sigue pronunciando el número más importante de sus dictámenes. En fin, el acto presupuestario nacional se manifiesta también por

---

<sup>1156</sup>Además, es adoptado por un órgano administrativo.

<sup>1157</sup>CGR, Dictamen n° 26212 de 25.08.1995, *Facultades de Consejo de Aysén*; Dictamen n° 13.116 de 29.04.1997, *Estudios inversion fondos gobierno regional, FNDR, DESAR*.

una ley<sup>1158</sup>, la aprobación del presupuesto municipal es bien una atribución normativa del concejo municipal (cf. infra). Entonces, se explicaría con dificultad que al nivel regional, este acto no tenga alcance y “obligatoriedad” general.

**Se debe, en fin,** para confirmar si un acto de carácter general es normativo o no, **examinar si puede ser recurrido directamente ante un juez** conforme la teoría de los actos administrativos. En efecto, cuando se trata de un acto individual, la anulación solo puede ser pedida por su o sus destinatarios directos. Ahora bien, el artículo 108 a) LOCGAR dispone que las resoluciones o acuerdos ilegales de los gobiernos regionales serán reclamables por cualquier particular ante el intendente contra las resoluciones o acuerdos cuando los estime ilegales, o cuando éstos afecten el interés general de la región o de sus habitantes. En caso de rechazo por el Intendente, un recurso puede ser interpuesto ante la Corte de Apelación. Los textos no precisan entonces, si tal acto es “más” normativo que otro, pero se refieren aún y siempre a sus efectos.

Por otro lado, el control de legalidad de la Contraloría General de la República sobre el poder resolutivo del gobierno regional en materia presupuestaria está particularmente desarrollado.<sup>1159</sup> En derecho francés, las decisiones presupuestarias pueden ser objeto de un recurso por exceso de poder, muestra de su carácter normativo.

Tratándose de las municipalidades chilenas, el artículo 119 inc. 2 de la Constitución precisa que el concejo municipal ejercerá funciones normativas, resolutivas y de fiscalización. El artículo 79 de la ley orgánica municipal enuncia las atribuciones del concejo municipal, pero precisa aún menos que en el caso de la región cuales son las atribuciones normativas y las otras. Las mismas cuestiones que para la región se plantean entonces. Sin embargo, la situación parece más simple puesto que el artículo 12 de la misma ley orgánica señala que las resoluciones que adopten las municipalidades se denominarán ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios o instrucciones y que las primeras serán normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad y las segundas serán normas generales obligatorias y permanentes, relativas a

---

<sup>1158</sup>Las leyes de finanzas en Francia que deben estar adoptadas conforme las disposiciones de la LOLF y las Leyes Anuales de Presupuestos en Chile conforme las disposiciones de la Ley de Administración Financiera del Estado.

<sup>1159</sup>Inmuebles de Poder Judicial - Dictamen n° 2.661/1994; Inmueble de Sename – Dictamen n° 603/1998; Facultades Consejo de Atacama – Dictamen n° 20791/1998Aeródromo privado – Dictamen n° 4.049/2000; Equipos computacionales – Dictamen n° 34.351/2002; Prestamo de INDAP 2 – Dictamen n° 53.149/2003; Pago de internet -Dictamen n°65.143/2009; Dictamen n° 43.533/2006, etc.

materias de orden interno de la municipalidad. Las atribuciones o funciones llamadas normativas y resolutivas, así como el acto presupuestario municipal, deben entonces ser tomadas en cuenta.

En definitiva, la solución ha sido dada por el Tribunal constitucional en su decisión *Energía del Limarí S.A. contra Municipalidad de Ovalle* de 2012 y confirma nuestro punto de vista. Concluye que el poder reglamentario municipal y los actos que de él dependen están consagrados y mencionados por los artículos 5° d), 12, 53, 65 k), 79 b), y 82 y, entonces, por ejemplo, que la aprobación del presupuesto municipal es bien una atribución normativa.<sup>1160</sup>

En fin, tratándose del control jurisdiccional, la misma reflexión que para las regiones puede ser hecha respecto de los recursos contra los actos normativos de la municipalidad que afecten el interés general de la comuna.<sup>1161</sup>

## **Sección 2. Las características del poder reglamentario territorial**

El poder reglamentario territorial en los sistemas jurídicos estudiados, y conforme el modelo del Estado unitario, no es autónomo, en el sentido de fundarse directamente sobre la Constitución (§ 1). La cuestión se plantea de saber si puede solamente ejecutar la ley o si también puede aplicarla directamente (§ 2).

### **§ 1. La ausencia de carácter autónomo del poder reglamentario territorial**

En las democracias occidentales “modernas”, incluso el poder constituyente derivado no es autónomo, gracias o a pesar – según - de su obligación de respetar un bloque supra constitucional (o iusnaturalista).<sup>1162</sup> Salvo la hipótesis de revolución o golpe de Estado<sup>1163</sup>, todos los poderes deben ser legitimados constitucionalmente y luego aplicarse en condiciones legales.

La ausencia de carácter autónomo del poder reglamentario territorial encuentra su fundamento en los textos de derecho positivo (A), pero es también exigencia política, cuyos argumentos pueden ser buscados en la teoría general del derecho y del Estado (B)

---

<sup>1160</sup>STC Rol 1669-2010 de 15.03.2012, “*Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*”, cons. 44.

<sup>1161</sup>Art. 151 LOCMU.

<sup>1162</sup>Ver sobre este punto el debate entre L. FAVOREU et G. VEDEL, « Soveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, pp. 71-97.

<sup>1163</sup>Como lo escribió M. TROPER, “...on ne peut imaginer d’empêcher à jamais toute modification de la constitution, celle-ci risque de se produire en dehors des formes et par d’autres organes que ceux auxquels est confié le pouvoir de révision (...). Les doctrines de la supraconstitutionnalité ont (...) pour fonction de justifier le recours à la force ou au fait accompli.» TROPER, M., « La notion de principes supraconstitutionnels », *RIDC*, 1993, p. 351.

### **A. El argumento positivista: el fundamento legal del ejercicio del poder reglamentario territorial**

De una manera general, como lo escribió EISENMANN, “la descentralización nunca puede afectar la actividad normativa suprema de una colectividad y sus elementos; sólo puede empezar con una actividad normativa secundaria”.<sup>1164</sup>

Tratándose de Francia, si la competencia normativa territorial está directamente prevista por la Constitución, no es inicial –en el sentido de CARRÉ de MALBERG, es decir, liberada de la ley - y en consecuencia no es autónoma tampoco: “en las condiciones previstas por la ley”. Hay bien en el caso francés una inanidad del debate<sup>1165</sup> sobre el carácter autónomo del poder reglamentario territorial respecto de la ley. Como lo recuerda X. BARELLA, la lectura de los artículos 1, 34 y 72 de la constitución por el *Conseil constitutionnel* ha confirmado que las colectividades territoriales disponen solo de “un poder reglamentario de aplicación (...) que se expresa solamente en un marco predefinido por las autoridades centrales”.<sup>1166</sup>

Además, el hecho que “en las entidades territoriales de la República, el representante del Estado, que lo es también de cada uno de los miembros del Gobierno, velará por los intereses nacionales, el control administrativo y el respeto a las leyes”<sup>1167</sup> implica bien un poder secundario, visto que aquellas *deben respetar las leyes*.

La libre administración ha podido ser presentada para fundar directamente el poder reglamentario territorial. Pero, “la Constitución organiza un procedimiento mediatizado por el legislador donde el principio de la libre administración se realiza en las condiciones previamente definidas por el derecho legislativo. De modo que los papeles están así distribuidos: la Constitución es fuente de competencia legislativa y la ley fuente de competencia reglamentaria”.<sup>1168</sup> Así, “la noción de libre administración, contrariamente a la opinión de una

---

<sup>1164</sup>EISENMANN, Ch., *Centralisation – décentralisation*, L.G.D.J. 1948, p 161. Escribía previamente: «si consideramos un orden jurídico globalmente, en su totalidad, nunca puede ser única y enteramente descentralizado, que todo orden jurídico comprende necesariamente una parte de centralización, dicho de otra manera que la descentralización no puede existir absolutamente pura de toda aleación, de todo elemento de centralización (...) Ahora bien, necesariamente ese minimum concierne al principio mismo del orden jurídico, la base jurídica de la colectividad, es decir el grado supremo de las normas ».

<sup>1165</sup>CHAVRIER, G., *Le pouvoir normatif local : en jeux et débats*, op. cit. 2011, p. 105 et s.

<sup>1166</sup>BARELLA, X., *Les collectivités territoriales et la loi en droit public français*, op. cit p. 243.

<sup>1167</sup>Art. 72 inc. 6 Constitución francesa.

<sup>1168</sup>FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit., p. 160.

parte de la doctrina, no puede analizarse como el fundamento del poder reglamentario local, la ley permanece siempre el fundamento directo de las decisiones locales”.<sup>1169</sup>

Por otro lado, “tampoco se puede considerar que los actos tomados en el ejercicio de la cláusula general de competencias fluyen de un poder autónomo en la medida que aquella también está reconocida por la ley”<sup>1170</sup>

La Constitución chilena dispone que el consejo regional será un órgano de carácter normativo, encargado de ejercer las atribuciones que la ley orgánica constitucional regional el encomiende.<sup>1171</sup>

El declarado carácter autónomo de las municipalidades<sup>1172</sup> podría dejar creer en un poder reglamentario autónoma. Sin embargo, las “funciones y atribuciones de las municipalidades” están determinadas por una ley orgánica constitucional<sup>1173</sup>. De tal modo, que si se trata de un poder autónomo, se ejerce conforme a su ley orgánica<sup>1174</sup> y a las leyes de descentralización específicas o a ciertas disposiciones de leyes que tienen una incidencia directa sobre la gestión municipal.<sup>1175</sup> El Tribunal constitucional recordó que “no hay asuntos que legislativamente estén reservados por la Constitución a las entidades locales; por lo mismo, no se generan normas legales nacionales y locales”<sup>1176</sup>

El poder reglamentario municipal solo será (eventualmente) autónomo respecto del poder reglamentario nacional autónomo.

---

<sup>1169</sup>Idem, p. 287.

<sup>1170</sup>CHAVRIER, G., *Le pouvoir normatif local: en jeux et débats*, op. cit. p. 108.

<sup>1171</sup> Art. 113 CPR

<sup>1172</sup> Art. 118 inc. 4 CPR.

<sup>1173</sup> Art. 118 inc. 5 CPR.

<sup>1174</sup> Art. 119 inc. 2 CPR.

<sup>1175</sup> Por ejemplo: Ley 18.883, Aprueba estatuto administrativo para Funcionarios Municipales; Ley 19.925, Ley sobre expendio y consumo de bebidas alcohólicas; Ley 19.803, Establece asignación de mejoramiento de la gestión municipal; Ley 19.754, Autoriza a las municipalidades para otorgar prestaciones de bienestar a sus funcionarios; Ley 19.070, Estatuto de profesionales de la educación; Ley 19.418, Juntas de Vecinos y demás Organizaciones Comunitarias; Ley 3.063, Rentas Municipales; Ley 19.378, Estatuto de atención primaria de salud; Ley 18.290, Ley de tránsito; Ley 18.287, Procedimiento ante juzgados policía local.

<sup>1176</sup>STC Rol 1669-2010, *Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*, cons.34.

No existe entonces reglamentos territoriales “autónomos” apoyándose sobre la Constitución que se ejercerían independientemente del poder legislativo, “solo limitados, en sus existencias como en sus contenidos, por unas disposiciones de naturaleza constitucional.”<sup>1177</sup>

En fin, este poder reglamentario territorial ni siquiera es general, sino especializado. Como lo nota G. DRAGO, para el caso francés, la redacción de la reforma constitucional de 2003, “es importante porque el artículo no dice que las colectividades territoriales disponen *del* poder reglamentario, sino de *un* poder reglamentario para el ejercicio de sus competencias”<sup>1178</sup>, lo que significa, conforme los principios tradicionales del derecho público francés, que no disponen de un poder reglamentario general que pertenece solo al jefe del gobierno según el artículo 21 de la Constitución<sup>1179</sup>, pero que disponen de un poder de reglamentación en el marco establecido por el ejercicio de sus competencias, es decir la ley”<sup>1180</sup>

En el mismo sentido, y quizás incluso más claramente, la constitución chilena no establece que los gobiernos regionales y las municipalidades disponen del poder reglamentario, pero sí de atribuciones normativas que la ley orgánica determina. En efecto, los términos utilizados confirman bien por una parte su carácter funcional y secundario y, por otra, la confusión a veces cultivada entre el poder de ejecutar la ley y la detención de un verdadero poder reglamentario general, que implica poder crear normas generales e impersonales de la misma naturaleza que el poder reglamentario nacional del Presidente de la República.

Con certeza se puede hablar de un poder reglamentario territorial directamente previsto por las Constituciones, pero ni inicial ni autónomo, en el sentido de liberado de la ley y apoyándose directamente sobre una repartición constitucional de materias.

---

<sup>1177</sup>FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 426.

<sup>1178</sup> Art. 72 inc. 3

<sup>1179</sup> Art. 21 inc. 1 y 2: « El Primer Ministro dirigirá la acción del Gobierno. Será responsable de la defensa nacional. Garantizará la ejecución de las leyes. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13, ejercerá la potestad reglamentaria y nombrará los cargos civiles y militares. Podrá delegar algunos de sus poderes en los ministros.»

<sup>1180</sup> DRAGO, G., « Les principes de répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales après la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 : clarification ou continuité ? », en GUIHEUX, G. (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation : étude comparée France, Belgique, Canada*, op. cit. pp. 34-35.



## **B. Las justificaciones teóricas**

Las justificaciones teóricas tienen su punto de partida en un análisis desde el punto de vista de la teoría general del derecho. Del mismo modo que, por un movimiento regresivo, la legalidad encuentra su fundamento en la noción de legitimidad, y esta a su vez se construye sobre la noción de soberanía.

### **1. La legitimidad funda la legalidad**

N. BOBBIO, a través del análisis de la idea de legitimidad, quería hacer aparecer “las conexiones entre la teoría general de la política y la teoría general del derecho, más específicamente entre la teoría del poder, objeto principal de la primera, y la teoría de la regla, objeto principal de la segunda”.<sup>1181</sup> Señalaba que el jurista utiliza de hábito los dos términos de “**legitimidad**” y “**legalidad**”, como atributo del poder, como sinónimos, en el sentido que significan lo que es conforme a las leyes establecidas.

Ahora bien, la primera corresponde a la **calidad del título**, en tanto que la segunda a la **calidad del ejercicio del poder**: “cuando se exige que un poder sea legítimo, se pide que él que lo detenta tenga un título justo para detentarlo; cuando se invoca la legalidad de un poder, se pide que sea ejercido justamente, es decir según las leyes establecidas”.<sup>1182</sup>

Esa distinción entre legitimidad y legalidad, relacionada con la noción de competencia normativa, ilumina la dialéctica de las relaciones del Estado con sus entes territoriales.

**Por una parte, da una clave en cuanto al título en nombre del cual actúan los diferentes actores y en cuanto a la calidad del poder que ejercen:**

¿A qué título el legislador puede decidir descentralizar tales o cuales atribuciones?, La Constitución. ¿Lo hace justamente y según qué Ley establecida? La Constitución.<sup>1183</sup>

En lo que concierne a los entes descentralizados, ¿a qué título actúan y cuando lo hacen, lo hacen correctamente? En general, en los Estados unitarios, es en nombre de la ley.

---

<sup>1181</sup>BOBBIO, N., “Sur le principe de légitimité », *Droits*, PUF, n° 32, 1992, pp. 147-155, part. 148 (réédition d’un article consacré à « L’idée de légitimité », paru dans le n°7 des *Annales de philosophie politique*, PUF, 1967). Más precisamente su propósito era de hacer « une analyse du principe de légitimité, qui est une idée fondamentale de la théorie générale de la politique, au point de vue de la théorie générale du droit, par l’emploi de quelques notions générales par la théorie du droit. » Idem.

<sup>1182</sup>Idem, p. 148.

<sup>1183</sup>Se pueden agregar las normas internacionales y por lo que concierne las colectividades francesas la Carta europea sobre la autonomía local.

La calidad del título del legislador, es decir la calidad de la norma que lo habilita o lo legitima, es constitucional; mientras que la de los entes territoriales es legislativa.

**Por otra**, informa sobre la **calidad de los actores**. Es decir, permite responder a la cuestión de la diferencia entre esas dos concepciones que son la **“competencia-legitimidad”** y la **“competencia-legalidad”**. Parece que la respuesta en eso es que “la legitimidad es la perspectiva donde se sitúa de hábito el **títular** del poder; en tanto que la legalidad es la perspectiva donde se ubica de hábito el **sujeto**. Aquí donde el poderoso invoca la legitimidad, el sujeto invoca la legalidad. (...) En cuanto al soberano, la legitimidad es lo que su derecho, la legalidad lo que establece su deber; en cuanto al sujeto, al contrario, la legitimidad del poder es el fundamento de su deber de obediencia, la legalidad del poder es la garantía principal de su derecho de no ser oprimido”.<sup>1184</sup>

**En fin**, esa distinción que remite a aquella entre « **regularidad del título** » y **“regularidad del ejercicio”** nos interesa particularmente porque puede ser proyectada a “todos los niveles del orden jurídico: leyes, actos administrativos, decisiones judiciales, pueden ser impugnados e invalidados como ilegítimos (o ilegal), sea por falta del título, sea por falta (o exceso) en el ejercicio”.<sup>1185</sup>

Se ve entonces, en primer lugar, que un ente territorial posee sus “títulos” de decisión y de acción<sup>1186</sup> de la ley, y no puede ser considerado como autónomo respecto de ella, menos aún respecto de una Constitución, incluso si arranca directamente de ella su existencia y un eventual poder normativo.

En segundo lugar, su calidad de titular de competencias materiales y de un eventual poder reglamentario, la tiene solo en su condición de sujeto del orden estatal (Cf.: « *en cuanto al sujeto, al contrario, la legitimidad del poder es el fundamento de su deber de obediencia, la legalidad del poder es la garantía principal de su derecho de no ser oprimido* »).

En fin, la regularidad y la legalidad de la acción del ente territorial se encuentran también explicadas. La regla fundamental que domina el funcionamiento de nuestra Administración según la cual, ningún agente puede realizar un acto jurídico en nombre de una

---

<sup>1184</sup>BOBBIO, N., “Sur le principe de légitimité », *Droits*, PUF, n° 32, 1992, p. 149.

<sup>1185</sup>Ibid.

<sup>1186</sup>Aunque hoy, la mayoría de las Constituciones consagran la existencia de los entes territoriales, no sería ilógico en sí que arranquen su «título de existencia» de la ley.

colectividad administrativa si no está investido previamente de la competencia correspondiente se aplica totalmente a los entes territoriales.<sup>1187</sup>

## 2. La soberanía como fundamento de la legitimidad: su carácter indivisible

La legitimidad explica y entonces funda la legalidad, pues lo político crea el derecho.

Ahora bien, en algunos ordenamientos jurídicos como Francia o Chile, el carácter unitario del Estado postula, como fundamento de todo poder legítimo, la soberanía y su indivisibilidad. Es que la indivisibilidad de la República<sup>1188</sup> y/o de unidad del Estado<sup>1189</sup> es efectivamente posible porque un solo soberano ejerce su poder sobre un territorio dado, a falta de eso, hay varios Estados.<sup>1190</sup>

Afirmada en el artículo primero de la Constitución francesa, **la indivisibilidad de la República** constituye el corolario del carácter unitario del Estado ya mencionado. Remite a la indivisibilidad de la soberanía por que **reconocer que la soberanía puede ser dividida, es negar la igualdad entre los ciudadanos**, puesto que ciertas partes del territorio podrían ser regidas por soberanías diferentes, y entonces, por leyes distintas. Y la indivisibilidad de la soberanía implica una unidad mínima, un umbral que no se puede traspasar.

En éste sentido, L. FAVOREU afirmó que el “principio de indivisibilidad de la República...prohíbe dividir la fuente normativa o atentar de cualquiera modo al monopolio normativo del legislador y del ejecutivo nacionales”<sup>1191</sup>

J. HUNEEUS, en el mismo sentido, afirmaba que el carácter unitario del Estado chileno en la constitución de 1833 significaba que “todo nuestro territorio está sujeto a unas mismas

---

<sup>1187</sup>BENOIT, F.-P., *El derecho administrativo francés*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, p. 574

<sup>1188</sup>DEBBASCH, R., *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, Paris, Economica, PUAM, 1988. Par ailleurs, « il est à rappeler que la mention traditionnelle de l'unité de la République a disparu en 1958, à moins que la notion ne se soit fondue dans celle d'indivisibilité. » DOUENCE, J.-C., «Le statut constitutionnel des collectivités territoriales», *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, Vol. 1, Chapitre 1., juin 2005, Éd. 2013, n° 197.

<sup>1189</sup>En el mismo sentido que la nota precedente, la Constitución chilena establece que Chile es un Estado unitario (art. 3) al igual que la Constitución de 1925 (art.1°), mientras que las Constituciones de 1833 (art. 3°) y 1823 señalaban que “El Estado de Chile es uno e indivisible” (art. 1). Se podría entonces plantear la hipótesis inversa que para Francia, es decir, que la noción de indivisibilidad se hubiera diluido en la de unidad.

<sup>1190</sup>Es decir que « *la République se rapproche de l'idée de Nation et l'indivisibilité de la République est alors étroitement liée à l'indivisibilité de la souveraineté* ». GREWE, C. « L'unité de l'État : entre indivisibilité et pluralisme », *RDP*, 1998, p. 1351.

<sup>1191</sup>FAVOREU, L., *La nouvelle décentralisation*, Paris, Sirey 1983, p. 20.

leyes, y porque todas las autoridades administrativas están subordinadas a un solo Poder Ejecutivo central”.<sup>1192</sup> Lo anterior también afirmado por A. SILVA B. y G. AMUNATEGUI tratándose de la constitución de 1925, para quienes “el Estado unitario quiere decir que hay en Chile un solo ordenamiento jurídico positivo, que se genera en los órganos centrales del Estado y se aplica a todas las personas y a lo largo del territorio entero, sobre la universalidad de las materias o aspectos que puede comprender el poder político”<sup>1193</sup> y que “la soberanía, bajo sus aspectos internos y externos, es ejercida por un solo gobierno”.<sup>1194</sup> La doctrina contemporánea no difiere y pone a menudo el acento sobre la unidad del impulso político<sup>1195</sup> que forja un orden jurídico único<sup>1196</sup>.

Esos enfoques – político y jurídico - de la soberanía en el Estado alcanzan “la doble e indisoluble significación” que le da O. BEAUD. Este autor rechaza la idea de un cierto positivismo normativo para quien la soberanía solo sería un asunto de filosofía política y no jurídica.

En efecto, “de un lado, [la soberanía] traduce la facultad que tiene el Estado de crear derecho de manera absolutamente originaria; sus normas no necesitan ser legalmente fundadas sobre otras normas jurídicas. Además, jerarquiza las normas y cierra el orden jurídico en su

---

<sup>1192</sup>HUNEEUS J., *La Constitución ante el Congreso*, T. 1, 2ª ed., Imprenta Cervantes, Santiago, 1890, p. 65.

<sup>1193</sup>SILVA B., *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo II, vol. 1, Ed. Jurídica de Chile, 1963, p. 109.

<sup>1194</sup>AMUNATEGUI G., *Manual de Derecho Constitucional*, Ed. Jurídica de Chile, 1950, p. 288.

<sup>1195</sup>VERDUGO M., M., PFEFFER U., E. y NOGUEIRA A., H., *Derecho Constitucional*, T1, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p. 115: “*el Estado chileno tiene un solo centro de impulsión política, que está dado por los órganos del gobierno central; sólo el Gobierno y el Congreso desarrollan la función legislativa, no hay ningún otro organismo que tenga competencia legislativa*”. Para VERDUGO M., M. y GARCÍA B., A. M., *Manual de Derecho Político*, tomo I, 3a. ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 152-153: “*Estado unitario es aquel que no posee más que un solo centro de impulsión política y gubernamental. Es servido por un titular único, que es el Estado. La estructura de poder, la organización política es única, en tanto que un solo aparato gubernamental cumple todas las funciones estatales. Los individuos obedecen a una sola y misma autoridad, viven bajo un solo régimen constitucional y son regidos por una legislación común. El poder estatal se ejerce sobre todo el grupo humano que habita el Estado, se dirige a una colectividad unificada. Las decisiones políticas obligan por igual a todos los gobernados. Además, el Estado unitario se caracteriza porque la organización política abarca todo el territorio estatal y rige para todo su ámbito sin entrar a considerar las diferencias locales o regionales que pudieren existir. El Estado unitario, por tanto, es aquel en que el poder conserva una unidad en cuanto a su estructura, al elemento humano y al territorio sobre el cual recae*”.

<sup>1196</sup>MOLINA H., *Derecho Constitucional*, Santiago, Ed. Lexis Nexis, 6a. ed., 2006, p. 65: “el Estado unitario se caracteriza por tener un gobierno político que ejerce el poder sobre todo el territorio estatal con un solo ordenamiento constitucional y legislativo”. Para CEA J.L., *Derecho Constitucional Chileno*, T. 1, Santiago, Ed. PUC, 2ª. ed., 2008, p. 196. La unidad del Estado se manifiesta sobre cuatro planos: del ordenamiento jurídico, de las autoridades gubernamentales, de los gobernados y del territorio. También : SILVA B. A., *Tratado de Derecho Constitucional*, T. IV, Ed. Jurídica de Chile, 1997, p. 79

conjunto con la norma suprema. Por eso, expresa una juridificación del poder político. La validez jurídica de esa norma (el acto de soberanía) no deriva de ninguna norma de derecho positivo. De otro lado, es inevitablemente atraída hacia más allá del derecho positivo, porque el Soberano no puede fundar su acto sobre una norma de derecho positivo y pretender entonces ejercer la prerrogativa soberana en nombre de un principio superior al derecho positivo (...) se puede entonces decir que la soberanía presupone un *principio de legitimidad*. [Y] a ese título, su estudio es materia de filosofía política. La ambivalencia estructural de la soberanía proviene entonces de la dualidad de sus elementos: es a la vez una prerrogativa jurídica y un llamado a un principio de legitimidad (sin *ser* un principio de legitimidad)<sup>1197</sup>. Este principio de legitimidad -la Soberanía- en el Estado constitucional contemporáneo no reside más en la potestad pública, sino que en el pueblo, los ciudadanos. Formalmente, los electores.

La respuesta a *la cuestión de la divisibilidad de la soberanía* depende entonces del sentido atribuido a la palabra misma.<sup>1198</sup> Al respecto, M. TROPER agrega, a las tres primeras significaciones identificadas por CARRÉ de MALBERG<sup>1199</sup>, una cuarta<sup>1200</sup> acepción del concepto de soberanía: “es la calidad del Ser a nombre del cual es ejercida la soberanía en los

---

<sup>1197</sup>BEAUD, O., *La puissance de l'Etat*, Paris, P.U.F., Coll. Léviathan, 1994, p. 20.

<sup>1198</sup>TROPER, M., « Le titulaire de la souveraineté », en *La Théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 283-298 ; « L'Europe politique et la souveraineté des États », en GOYARD-FABRE, S. (dir.), *L'État au XXe siècle* Paris, Vrin, 2004, p. 181-194

<sup>1199</sup>CARRÉ de MALBERG había deslindado tres significaciones principales y distintas del concepto de soberanía: « *Dans son sens originnaire, il désigne le caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante*[Souveränität], *et en particulier de la puissance étatique. Dans une seconde acception, il désigne l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'Etat*[Staatsgewalt], *et il est par suite synonyme de cette dernière. Enfin il sert à caractériser la position qu'occupe dans l'État le titulaire suprême de la puissance étatique, et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe* [Herrschaft]» CARRÉ De MALBERG, R., *Contribution à une théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, tome I, reéd., C.N.R.S., 1962, p. 79. La doctrina francesa, recuerda O. BEAUD, no siguió la doctrina alemana representada por LABAND y JELLINEK que distinguía la noción de soberanía como *potestad independiente* de la de *potestad pública* para definir el Estado y los poderes en obra en la estructura estatal. Esa distinción, operada por las necesidades de la causa del Estado federal, entre *potestad plenamente independiente*[Souveränität] del Estado federal y *potestad de Estado*[Staatsgewalt] federado, no corresponde a la concepción francesa que asocia soberanía y potestad pública cuya “expresión alemana de Staatsgewalt era al origen una traducción” señala además O. BEAUD, en el sentido “que les utilizaban Jean Bodin y los teóricos del Estado monárquico”. Ver BEAUD, O., *La puissance de l'État*, p. 18

<sup>1200</sup>En otros artículos, los cuatro conceptos de soberanía son presentados en número de cinco, el tercero se subdivide. V. cap. XVIII, « Le titulaire de la souveraineté » et chap XX, « Souveraineté de l'État et hiérarchie des normes », en TROPER, M., *La théorie du droit, le droit, l'État*. Paris, Ed. PUF Léviathan, 2001.

tres primeros sentidos”<sup>1201</sup>, es decir, el pueblo soberano en las democracias representativas. Lo que nombra *la soberanía como principio de imputación*<sup>1202</sup>. Se tiene así proposición siguiente.

La *Souveränität*, como carácter supremo del Estado es indivisible, pero la soberanía en el sentido del conjunto de los poderes dentro de la potestad del Estado [*Staatsgewalt*] es absolutamente divisible, “la separación de poderes consiste precisamente en una repartición de esa potestad entre varias autoridades distintas”.<sup>1203</sup>

El poder normativo entendido como manifestación del ejercicio de la soberanía por los órganos de soberanía se encarna en la Ley, la cual además está “definida de manera circular por la soberanía”.<sup>1204</sup> Se puede entonces conjeturar que el poder normativo en general puede ser objeto de adaptaciones y consagrar la existencia de normas territoriales, del momento que no afecten la soberanía como principio de imputación: la unidad del pueblo soberano. Este constituiría entonces el límite infranqueable de las adaptaciones de la soberanía.

Sin embargo, la soberanía siendo el (fundamento del) poder normativo originario, una eventual participación de los entes territoriales – creados o aceptados por el Estado – al poder normativo en general, solo puede ser secundaria y limitada por el concepto de indivisibilidad de la soberanía. Resultan acantonados en un papel definido por otro, pues es soberano aquel que tiene el poder de repartir las competencias.

### 3. La distinción soberanía – competencia

Es aquí que la distinción entre soberanía y competencia toma todas sus significaciones. La soberanía es una noción polisémica y polémica que permitió entre otras cosas de “salir del orden político feudal luchando contra el poder señorial y pluralidades de los poderes”.<sup>1205</sup>

---

<sup>1201</sup>TROPER, M., «L'Europe politique et le concept de souveraineté», in O. BEAUD, A. LECHEVALIER, I. PERNICE et S. STRUDEL (dir.), *L'Europe en voie de Constitution, Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 117-140, spéc. p. 122

<sup>1202</sup>TROPER, M., «La souveraineté comme principe d'imputation», in MAILLARD DESGRÉES du LOU, D. (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Montchrestien, 2006, pp. 69-82

<sup>1203</sup>TROPER, M., *La théorie du droit, le droit, l'État*. Paris, Ed. PUF Léviathan, 2001, p. 284.

<sup>1204</sup>Idem., p. 289. El autor anota que es “au moment où apparaît un pouvoir législatif qu'apparaissent en même temps les théories de la souveraineté au sens moderne ».

<sup>1205</sup>BEAUD, O., «Compétence et souveraineté», en *La compétence*. Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy, Litec, LexisNexis, p. 12.

Pero, sobre todo, es bien el binomio soberanía-competencia que permite distinguir el Estado o uno de sus órganos, y el ente territorial o uno de sus órganos, porque “una competencia puede ser atribuida a cualquier colectividad pública – ya sea el Estado o bien una colectividad descentralizada. En cambio, la soberanía supone un solo beneficiario ya que es el Estado o eventualmente un órgano de este Estado. Se encuentra aquí una diferencia importante [para] la definición de la competencia”.<sup>1206</sup> En el mismo sentido, O. GOHIN<sup>1207</sup> mostró la oposición entre la indivisibilidad de la soberanía y la divisibilidad de la competencia. Distingue en el seno de la soberanía nacional, la soberanía de competencias que puede ser interna o externa y las competencias de soberanía que pueden vincularse con la distinción entre soberanía interna y externa.<sup>1208</sup>

La soberanía de competencias corresponde a la famosa expresión de “competencia de la competencia”, de la potestad originaria suprema. Y, “a título de la soberanía interna de competencias, pertenece al Estado – y a él solo– determinar, por su Constitución, las competencias de cada uno de los órganos constituido en el seno del Estado, pero también de las colectividades territoriales y de las otras personas de derecho público, autónomas respecto del Estado, salvo remitir esa determinación de las competencias a la legislación orgánica u ordinaria que son el ejercicio de la soberanía nacional”.<sup>1209</sup>

El autor considera que la descentralización territorial preserva la soberanía nacional de Francia, porque incluso las reformas ligadas al ultramar y a la Nueva-Caledonia, solo contradicen en apariencia la soberanía de competencia del Estado francés así como sus competencias de soberanía. En cambio, la construcción europea sí cuestiona la soberanía del Estado francés, ya sea se trate de competencias de soberanía como soberanía de las competencias. De mismo modo, en Chile, la ratificación del Convenio 169 de la OIT podría

---

<sup>1206</sup> Ibid.

<sup>1207</sup> GOHIN, O., « Souveraineté et compétences en droit constitutionnel français depuis 1946 », en MAILLARD DESGRÉES du LOU, D. (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, op. cit. pp. 101-117

<sup>1208</sup> Como lo señala O. GOHIN, « cette double approche de la souveraineté : souveraineté de compétences et compétences de souveraineté rejoint la définition qu'en donnait Carré de Malberg qui assimilait la souveraineté à la puissance étatique : [d'une part], la conception négative de la souveraineté-indépendance qui correspond au « caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante », c'est-à-dire à la souveraineté de compétences, et, d'autre part, la conception positive de la souveraineté-pouvoir qui correspond à « l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance de l'État », c'est-à-dire aux compétences de souveraineté. » GOHIN, O., « Souveraineté et compétences en droit constitutionnel français depuis 1946 », op. cit., p. 104.

<sup>1209</sup> Idem, p. 102.

cuestionar la soberanía del Estado, más que las reformas descentralizadoras que se pretenden.(cf. infra).

Coincidiendo con BOBBIO, “la competencia siempre está fundada sobre un Derecho que preexiste, y es por eso, cualquiera sea el sentido con el cual se aborde, supone siempre una habilitación. En cambio, la soberanía tiene por particularidad no descansar sobre una habilitación. Es ella que la funda los poderes públicos, que **funda la legalidad**, de modo que no puede ser reducida a pura normatividad. Es por esa razón que se dice regularmente que es a la vez un **título de poder y un poder, mezcla de legitimidad y de legalidad**”.<sup>1210</sup> Los entes territoriales, no siendo soberanos, no tienen legitimidad en sí mismos. A partir de eso, “la existencia de tal poder [normativo autónomo territorial] intercalaría una pantalla entre el ciudadanos y la República, un cuerpo intermedio que no solo afectaría la unidad de la soberanía, sino también la igualdad indivisa de los ciudadanos”.<sup>1211</sup>

La competencia normativa autónoma a veces ha sido calificada de *inicial* para distinguirla de la competencia normativa *subordinada*, según que arranque su origen directamente de la Constitución, o que deba ser mediatizada por un texto de segundo rango (ley orgánica, ley ordinaria, decreto-ley). Esa distinción proviene de la definición de la ley de CARRÉ de MALBERG según quien “la ley se caracteriza, no por la naturaleza especial de su objeto, pero sí por la potestad de iniciativa que solo le pertenece. Mientras que el administrador solo puede hacer un acto reglamentario o particular sobre la base de una disposición legislativa que lo autoriza, la ley, a contrario, está hecha en virtud del poder propio del legislador; en éste sentido es que el legislador no necesita ser habilitado por ningún texto para tomar una medida; al respecto posee un poder general, que proviene de la Constitución misma. En éste sentido, la ley tiene un carácter inicial.”<sup>1212</sup>

M. JOYAU<sup>1213</sup> distingue entre un *poder normativo autónomo inicial* porque es independiente en cuanto a su fuente y un *poder normativo autónomo* (porque es independiente en cuanto a sus condiciones de ejercicio).

---

<sup>1210</sup>BEAUD, O., « Compétence et souveraineté », in *La compétence*, op. cit., p. 14

<sup>1211</sup>GREWE, C. « L'unité de l'État : entre indivisibilité et pluralisme », *RDP*, 1998, p. 1353.

<sup>1212</sup>CARRÉ de MALBERG, R., *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, T 1, Sirey 1920, réédition C.N.R.S., 1962, p. 362.

<sup>1213</sup>JOYAU, M., *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises: Essai sur les libertés du pouvoir normatif local*, Paris, Bibliothèque de droit public, T. 198, LGDJ, Février 1998.



Precisa que el primero es inicial porque es “*original*” e “*incondicionado*”. Es decir, por una parte, su “originalidad” fluye de una ausencia de delegación necesaria y, por otra, su “incondicionalidad” viene del hecho de que éste poder puede ejercerse directamente sobre el fundamento de la Constitución y en ausencia de la necesidad de todo otro texto.

Esta presentación de M. JOYAU no parece muy oportuna.

Primero, ¿porqué uno de los poderes autónomo es adjetivado y el otro no? Eso no ayuda a la claridad de su demostración. ¿Acaso, ¿no había otro término posible? Luego, porque parece un poco alambicada y prestar a confusión<sup>1214</sup>.

Hay que entender entonces la noción de poder autónomo en el sentido de inicial que el da CARRÉ de MALBERG, es decir un poder que puede ejercerse sobre el fundamento de la Constitución, sin otra mediación. En cuanto a la expresión de poder *autónoma* (simplemente) en el sentido de M. JOYAU, parece más justo hablar de condiciones de ejercicio del poder reglamentario territorial.

Contrariamente lo que afirmaban autores como KELSEN<sup>1215</sup> o DUVERGER<sup>1216</sup>, descentralización y federalismo obedecen a dos lógicas diferentes. No se trata finalmente de una cuestión de grado, pero sí de naturaleza ligada a la concepción misma de la soberanía dentro del Estado.<sup>1217</sup> Por esa razón, no es posible hablar de autonomía para una entidad infra-estatal, pero sí de grados de autonomía. La autonomía real tiene que ver con la soberanía, es decir el poder de hacer la ley, o como la definía BODIN, *El poder* « de dar ley a todos en general, y a cada uno en particular ».<sup>1218</sup>

---

<sup>1214</sup> Ya el tema fue ampliamente abordado por los debates que tuvieron lugar en 1983 sobre el carácter directo, inicial, autónomo, residual o reservado del poder reglamentario territorial y los diferentes sentidos que habían podido dar a cada uno de esos adjetivos los diferentes autores.

<sup>1215</sup> KELSEN, H., *Teoría general del derecho y del Estado*. (trad. E. García Maynez) 1ª ed. México, DF, Imprenta Universitaria, 1949, p. 333: “lo único que distingue a un Estado unitario dividido en provincias autónomas, de un Estado federal, es el grado de descentralización. (...) En la escala de la descentralización, el Estado federal ocupa un lugar intermedio entre el Estado unitario y una unión internacional de Estados.

<sup>1216</sup> DUVERGER, M., *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, PUF, Thémis. 6a ed. 1962, p. 71: « en definitiva no existe ninguna diferencia de naturaleza, sino solamente de grado: la descentralización es un federalismo atenuado; el federalismo, una descentralización muy avanzada.”

<sup>1217</sup> V. la contribución ya clásica de ZOLLER, E. *Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'États*, op. cit, § 23 et s.

<sup>1218</sup> BODIN, J., *Les six livres de la République*, Paris, Librairie générale française, Coll. « Le Livre de poche », n° 4619, 1993, p. 160.

La norma suprema del Estado moderno – la expresión de su soberanía - o del orden jurídico por recoger la terminología kelseniana, es la constitución. En 1789, el Abad SIEYES definió el Estado como “*un cuerpo de socios que viven bajo una ley común y representados por la misma legislatura*”<sup>1219</sup>. Pero, el reino de la ley ha sido reemplazado por la Constitución y las diferentes competencias normativas, desde el período revolucionario y el constitucionalismo moderno, están definidas directamente por la Constitución, luego por la ley. En definitiva, la “competencia de la competencia”<sup>1220</sup>, es decir la competencia que define las competencias segundas, reside en la Constitución.

Ahora bien, “si consideramos un orden jurídico de manera global, en su totalidad, nunca puede ser única y enteramente descentralizado, (...) que todo orden jurídico comprende necesariamente una parte de centralización, (...) dicho de otra manera (...) la descentralización no puede existir absolutamente pura de toda aleación, de todo elemento de centralización (...) Ahora bien, necesariamente ese *mínimum* concierne al principio mismo del orden jurídico, la base jurídica de la colectividad, es decir el grado supremo de las normas”.<sup>1221</sup>

El poder reglamentario territorial es entonces, por esencia, derivado y limitado, indisociable de una delegación estatal. No es autónomo y solo ejecuta o aplica la ley. ¿Cuál es entonces su sitio en la jerarquía de las normas? ¿Puede aplicar y/o ejecutar la ley directamente o necesita la dictación previa de reglamentos nacionales? ¿Cuál es su grado de autonomía?

## § 2. Las vicisitudes de los debates sobre el poder de ejecución y/o de aplicación de las leyes

Si la existencia de una autonomía del poder reglamentario territorial respecto de la ley es hoy<sup>1222</sup> desmentida por los textos constitucionales<sup>1223</sup>, controversias doctrinales subsisten en cuanto a la extensión del poder reglamentario de ejecución o de aplicación de las leyes, y también en cuanto a la posibilidad de conferir a los entes territoriales un poder de aplicación

---

<sup>1219</sup>SIEYES, E., *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?*, éd. R. Zapperi, 1970, p. 126.

<sup>1220</sup>Según B. NABLI, la noción, elaborada en el marco de la distribución de competencias entre niveles fédération y fédéré, atribuida por error a LABAND se debería de hecho a Hugo Heinrich Albin Böhlau, autor de *kompetenz-kompetenz*, Leipzig, Veit, 1869, 79 p. NABLI, Bélich., “l'État membre : l'« hydre » du droit constitutionnel européen”, Communication dans le cadre du *VIIe Congrès de l'Association Française de Droit Constitutionnel*, 2008, consultable à l'adresse suivante : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC1/NabliTXT.pdf>

<sup>1221</sup>EISENMANN, Ch., *Centralisation – décentralisation*, L.G.D.J. 1948 p 161

<sup>1222</sup> Este “hoy” es una referencia al debate doctrinal que aportó sobre el carácter directo, inicial, autónomo, residual o reservado del poder reglamentario territorial sobre el cual no regreso aquí. Ha sido tratado y expuesto en todas la tesis francesas sobre la descentralización y numeroso tratados. Cf. infra.

<sup>1223</sup>Art. 72 inc. 3 constitucion francesa y 113 y 119 inc. 2 CPR.

directa de las leyes sobre el cual el poder reglamentario no podría actuar (B). Se deben sin embargo, aclarar previamente los términos del debate (A).

#### A. La distinción de las nociones de ejecución y de aplicación

La distinción, aunque conocida, esta importante, incluso fundamental para la comparación porque su problemática, tal como se ha presentado en derecho francés, puede ser transpuesta a la situación chilena. La cuestión es saber si los entes territoriales pueden aplicar directamente la ley, o deben esperar un decreto de aplicación de la ley para aplicarla o ejecutarla conforme dichas disposiciones reglamentarias.

En Francia, J.-M. AUBY<sup>1224</sup> distinguió, al lado de los reglamentos autónomos del artículo 37 de la constitución y sobre la base de las disposiciones del artículo 21 relativo a los reglamentos de ejecución de las leyes, entre los reglamentos “en ejecución” y los “en aplicación” de la ley.<sup>1225</sup>

Tratándose de los primeros, “**el reglamento de ejecución** de la ley es entendido tradicionalmente como el que fija las medidas complementarias de la ley, que determina, dentro de ciertos límites jurídicos, las modalidades de aplicación de la ley sin las cuales ésta es a menudo inaplicable”<sup>1226</sup>

Se estará en presencia de **reglamentos en aplicación de la ley** “cuando el legislador se restringe a formular en beneficio de una autoridad una competencia reglamentaria *limitándose a indicar el objeto o estableciendo algunos principios relativos a su ejercicio*. Eso acontece, por ejemplo, “cuando la ley encarga al alcalde administrar las propiedades comunales, los reglamentos comunales dictados para dicha misión son reglamentos dictados en aplicación de la ley, no reglamentos de ejecución de las leyes”<sup>1227</sup>. Tratándose de los actos dictados “en aplicación”, si el monopolio del poder reglamentario establecido por el artículo 21 de la

---

<sup>1224</sup>AUBY, J.M. “Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales », *AJDA*, 1984, p. 468

<sup>1225</sup>Más específicamente sobre el debate al principio de los años 80 entre partidarios de un poder reglamentario territorial de ejecución de las leyes reservado y los de un poder reglamentario de ejecución de las leyes supletivo o residual, cf. B infra B. La bibliografía la más citada siendo: BOURJOL, M., « Statut constitutionnel », Fascicule 93 du *JCL Collectivités territoriales*, 1994, n° 59; más matizado : LUCHAIRE, F., « Les fondements constitutionnels de la décentralisation », en *RDJ*, 1982.FAFOREU, L., «La réforme des collectivités territoriales: principe de libre administration et statut du personnel», *Cahiers du CFPC*, n°13, oct. 1983, p. IX

<sup>1226</sup>AUBY, J.M. “Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales», op. cit. p. 470

<sup>1227</sup>Ibidem, p. 470

constitución en beneficio del primer ministro, puede ser entendido como referido al poder reglamentario de ejecución de las leyes, y el poder reglamentario autónomo –si se admite que debe ser distinguido del primero– el de intervenir fuera del ámbito de la ley-, entonces, no se puede excluir expresamente la existencia y el traspaso de un poder reglamentario, “en aplicación de la ley”, *ex lege*, pues éste no sería *ni un poder de reglamentación autónomo, ni un poder de ejecución de las leyes, entendido como el cumplimiento de la misión de completar la ley, sino el poder de fijar las modalidades de aplicación*”.<sup>1228</sup>

La distinción entre “en ejecución” y “en aplicación” “es delicada –como lo reconoce J.M. AUBY – porque existen situaciones intermediarias entre esas dos categorías de reglamentos”.<sup>1229</sup> Salvo esos casos, se aprecia bien la utilidad de tal distinción, que permite al legislador privar al ejecutivo nacional del poder de aplicación en beneficio de autoridades administrativas territoriales.

La función de completar la ley, en el sentido del “**reglamento de ejecución**”, existe también en derecho chileno<sup>1230</sup>. En virtud del artículo 32 n° 6 de la Constitución, el Presidente de la República ejerce la potestad reglamentaria y está habilitado para dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”. Estos, tienen por objeto completar las leyes y regular sus aplicaciones<sup>1231</sup> garantizando al mismo tiempo la

---

<sup>1228</sup>AUBY, J.M. “Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales », op. cit. p. 474.

<sup>1229</sup>Idem, p. 470.

<sup>1230</sup>La literatura es abundante sobre el tema. Para una visión general, se puede consultar: CORDERO Q., E., “El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria.”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII*, Valparaíso, Chile, 1° Semestre de 2009, pp. 409-440; del mismo autor: “Las garantías normativas y sus alcances en el ordenamiento jurídico nacional”, *XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público* (Valparaíso, Edeval, 2000), III pp. 100-120; CARMONA S., C., “Tres problemas de la potestad reglamentaria: legitimidad, intensidad y control”, en *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado* (2001); CAZOR A., K., “La potestad reglamentaria autónoma en la Constitución chilena”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, 10 (1999), pp. 75-79; “La reserva legal y el problema de la relación ley-reglamento en la Constitución chilena”, *Revista de Derecho Universidad Católica de Temuco* 2 (2001), pp. 25-61; “Comentario crítico a la reforma constitucional del artículo 82 número 12”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* 212 (2002) 1, pp. 105-114; “La esfera de la función legislativa del Congreso Nacional a la luz de la relación ley-reglamento en la Constitución chilena”, *Revista de Derecho Público* 65 (2003), pp. 14-27; “Comentario sentencia sobre inconstitucionalidad de decreto supremo en caso “Plan de Impacto Vial” (Tribunal Constitucional, Rol N° 370)”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 16 (2004), pp. 2003-228; PIERRY A., P., “El ámbito de la ley”, *Proceso Legislativo en Chile*, Valparaíso, CEAL-UCV, 1991, VV.AA.

<sup>1231</sup>Como lo expuso claramente la STC 480-06de 27.07.2006, “*Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Iberoamericana de Energía Ibener S. A., cons. 13*: “En efecto, teniendo presente que la Carta de 1980 consagra el sistema de dominio legal máximo en el artículo 63 y además otorga al Ejecutivo la facultad de dictar reglamentos, decretos e instrucciones en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal en el artículo 32 N° 6, resulta evidente que la potestad reglamentaria de ejecución no

seguridad jurídica de los destinatarios<sup>1232</sup>, y están sometidos a una suerte de control de proporcionalidad de la parte del Tribunal Constitucional.<sup>1233</sup>

No obstante, esa función de completar la ley puede ser confiada a otras autoridades que el Presidente de la República. Así, A. BASCUÑÁN V. evoca al Banco Central, los tribunales Supremos y las Municipalidades. “Esta práctica, escribe, es usualmente respaldada por la propia potestad legislativa mediante el establecimiento de los así denominados “mandatos de regulación complementaria”, que consisten en remisiones normativas en virtud de las cuales el órgano que ejerce una potestad normativa de rango jerárquico superior se refiere a otro órgano, que ejerce una potestad normativa de rango jerárquico inferior, para que regule la misma materia en todo lo no previsto por la regulación de rango jerárquico superior, complementándola”.<sup>1234</sup>

Por otro lado, es posible ver en las remisiones efectuadas por las leyes orgánicas regionales y municipales chilenas a diferentes ámbitos materiales de competencias, la atribución de un poder reglamentario ejercido “en aplicación de la ley”. Se trata bien de formulaciones en beneficio de una autoridad de competencia reglamentaria “que se limita a indicar el objeto o que fija algunos principios relativos a su ejercicio”<sup>1235</sup>. Así, por ejemplo, el artículo 17 de la LOCGAR, relativo a las funciones del gobierno regional en materia de ordenamiento territorial,

---

puede sino dar aplicación a los preceptos legales en las mismas materias reservadas al dominio legal. Este es el único entendimiento armónico de lo dispuesto por la Carta Fundamental en los artículos 63 y 32 N° 6 ya referidos: el primero establece las únicas materias que pueden y deben ser reguladas por la ley (materias de reserva legal), mientras el segundo distingue dos categorías excluyentes de decretos: los autónomos, llamados a regular “todas aquellas materias que no sean del dominio legal” y los de ejecución, consagrados a través de la facultad de dictar “los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”. De la sola lectura de los dos preceptos resulta evidente que la potestad reglamentaria de ejecución sólo puede darse en materias reservadas al dominio legal, pues en las demás el legislador está vedado y deben ser reguladas por la potestad reglamentaria autónoma.”

<sup>1232</sup>Ver por ejemplo, la decisión TC Rol N° 370/2003, cons. n° 23: “[...] la potestad reglamentaria, en su especie o modalidad de ejecución de los preceptos legales,(...) puede ser convocada por el legislador, o ejercida por el Presidente de la República, nada más que para reglar cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercanas a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular. Tal intervención reglamentaria, por consiguiente, puede desenvolverse válidamente sólo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevada a la práctica”.

<sup>1233</sup>STC 370-03 de 09.04.2003. En esa oportunidad, el TC señaló que esta forma de regulación es plenamente constitucional, en la medida que exista “una apropiada adecuación entre los fines postulados por la ley y los medios que planifica el reglamento para lograrlos”, pues existe “una correspondencia entre las obligaciones que la norma impone y los propósitos que la ley quiere alcanzar”.

<sup>1234</sup>BASCUÑÁN V., A., *Los modos de creación de las normas jurídicas en el derecho chileno*, Materiales de estudio del *Curso de Introducción al Derecho* del Pr. BASCUÑÁN V. (sin publicar), 3era versión corregida y complementada por A. BASCUÑÁN R., Universidad de Chile – Facultad de Derecho, Santiago, Marzo de 1998, n° 48.

<sup>1235</sup>AUBY, J.M. “Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales », *AJDA*, 1984, p. 470

prevé que deberá fomentar y velar por el buen funcionamiento de la prestación de los servicios en materia de transporte intercomunal, interprovincial e internacional fronterizo en la región, cumpliendo las normas de los convenios internacionales respectivos, y coordinar con otros gobiernos regionales el transporte interregional, aplicando para ello las políticas nacionales en la materia, sin perjuicio de las facultades que correspondan a las municipalidades. Los ejemplos, quizás más cercanos al dado por J.-M. AUBY, son el art. 20 b) de la LOCGAR que precisa que “para el cumplimiento de sus funciones, el gobierno regional tendrá las siguientes atribuciones: adquirir, administrar y disponer de sus bienes y recursos, conforme a lo dispuesto por la ley” o los de las letras e) y f) del art. 63 de la ley orgánica municipal.<sup>1236</sup>

La doctrina francesa ha utilizado terminologías diferentes para intentar identificar las distintas configuraciones que puede tomar el poder reglamentario de ejecución de las leyes. E implican más confusión para el debate que claridad.<sup>1237</sup> G. CHAVRIER<sup>1238</sup> por su parte distingue el poder reglamentario territorial “para completar las normas generales” establecidas por la ley y el “que consiste en la dictación de normas generales e impersonales para aplicar las competencias”. Reconoce que el primero corresponde bien a lo que la Constitución califica de poder “de ejecución de las leyes”, pero que la práctica – o más bien una parte de la doctrina – lo designa como “poder de aplicación de las leyes”.

X. BARELLA, siguiendo en eso X. MAGNON, prefiere la expresión “de ejecución de las leyes” para designar el poder reglamentario territorial, más bien que la “de aplicación de la ley” que parece demasiado amplia y no corresponde a la realidad del poder reglamentario<sup>1239</sup> porque, por ejemplo, los jueces también aplican la ley.

---

<sup>1236</sup> LOCMU, artículo 63: “El alcalde tendrá las siguientes atribuciones: e) Administrar los recursos financieros de la municipalidad, de acuerdo con las normas sobre administración financiera del Estado; f) Administrar los bienes municipales y nacionales de uso público de la comuna que correspondan en conformidad a esta ley”.

<sup>1237</sup> Así, J.-C. VENEZIA, después de J.-M. AUBY, propuso distinguir entre las medidas tomadas “par application” (por aplicación), las tomadas “pour l’application” (para la aplicación) y las “en application”, VENEZIA, J.-C., “Les mesures d’application”, en *Mélanges R. Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 674

<sup>1238</sup> CHAVRIER, G., *Le pouvoir normatif local : en jeux et débats*, op. cit. p. 117.

<sup>1239</sup> BARELLA, X., *Les collectivités et la loi*, Thèse, UT1, 2010, p. 246. El autor cita X MAGNON : « toute concrétisation ou « application » de la loi n’est pas manifestation d’un pouvoir réglementaire. Il convient ici de distinguer au sein des organes qui assurent « l’application » de la loi dans un sens large. Seul le pouvoir d’exécution des lois, le « pouvoir exécutif » et non celui chargé de juger, « le pouvoir judiciaire », peut être qualifié de pouvoir réglementaire. » MAGNON, X., «Le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales», *RRJ*, 2003-4, p. 2761.

Los puntos de vista pueden ser conciliados. Estoy de acuerdo con que el poder reglamentario territorial, aplicando siempre la ley, de cierta manera también la ejecuta siempre. Sin embargo, opté por guardar la distinción entre *ejecución* y *aplicación* porque, en el marco de la comparación de los derechos, “solamente las teorizaciones que descansan sobre una distinción entre las normas adoptadas “en aplicación” y “en ejecución” de una norma superior”, porque «descansan sobre la independencia de las condiciones de dictación de esas normas, permiten dar cuenta de la autonomía o de la ausencia de autonomía del poder que ha dictado esas normas secundarias”.<sup>1240</sup>

La primera remitirá a la noción de poder de ejecución residual o supletorio del poder reglamentario nacional y la segunda, el poder de aplicación, se referirá a los casos o hipótesis de ejecución directa o reservada (o aún autónoma del poder reglamentario nacional de ejecución) de la ley. En éste contexto, plantear la cuestión de saber si “mañana como antes, el poder reglamentario local de aplicación de las leyes ¿permanecerá (...) exclusivamente residual?”<sup>1241</sup>, equivale a plantear el problema de las habilitaciones legislativas directas en beneficio de los entes territoriales. Sobre éste punto, las soluciones varían de un derecho al otro e incluso en el seno del sistema chileno.

### **B. Algunas variadas soluciones de derecho positivo.**

Como en muchos países cuyas Constituciones declaran a sus Estados como unitarios y descentralizados, el poder reglamentario territorial en Chile y Francia es siempre ejercido en ejecución de las leyes. Es un imperativo constitucional claro. El poder reglamentario territorial está excluido en materia legislativa por razones relacionadas con los principios de la soberanía nacional y de indivisibilidad de la República en Francia y a la unidad del Estado en Chile (cf. supra).

Es entonces la cuestión fundamental de la repartición ley-reglamento nacional-norma territorial de derecho común<sup>1242</sup> y la articulación de sus relaciones que está planteada. ¿Cuál es la

---

<sup>1240</sup>JOYAU, M., *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises*, op. cit. pp. 123 et 125.

<sup>1241</sup>FRIER, P.-L., «Le pouvoir réglementaire local: force de frappe ou puissance symbolique?», *AJDA* 2003 p. 559 et s.

<sup>1242</sup>Reservo para otro desarrollo los problemas relativos al ultramar francés y a la experimentación-derogación porque tienen por rasgo común instaurar una ruptura en la jerárquica clásica de las normas y sobre la aplicación uniforme de la ley en el espacio y en el tiempo.

calidad o la jerarquía de esa última respecto del poder reglamentario nacional, poder reglamentario natural<sup>1243</sup> de ejecución de las leyes?

Mientras que en Francia el debate está cerrado (por el momento) por las normas y la jurisprudencia constitucionales, como por la doctrina, no es el caso en el sistema chileno.

### **1. Los debates franceses sobre el carácter reservado o residual del poder reglamentario territorial**

En Francia, el debate se presentó bajo la forma de los partidarios de un poder reglamentario territorial de ejecución de las leyes, reservado<sup>1244</sup> y los de un poder reglamentario de ejecución de las leyes supletorio o residual<sup>1245</sup>.

La primera corriente consideraba excluida la intervención del poder reglamentario nacional para las competencias descentralizadas. Las colectividades territoriales se veían entonces investidas de un poder de aplicación de las leyes que les concernían, ya sea por habilitación expresa del legislador, o en concepto de la libre administración sobre el fundamento del artículo 72 de la constitución. Es decir, que militaba a favor de una dualidad del poder reglamentario y confería una competencia de principio a las colectividades territoriales para los asuntos de sus competencias.

La segunda postulaba que las colectividades territoriales solo pueden intervenir para ejecutar las competencias descentralizadas si gozan de una habilitación expresa del legislador en desmedro del Primer ministro, o la doble condición copulativa del silencio de la ley y de la abstención del poder reglamentario nacional, “puesto que el gobierno tiene por el artículo 21 un título constitucional que le permite tomar medidas de ejecución de la ley sin habilitación del parlamento”.<sup>1246</sup> Se puede relacionar esa segunda hipótesis con el ejercicio de la cláusula general de competencia o a la aplicación de poderes implícitos.<sup>1247</sup>

---

<sup>1243</sup>Lo que es diferente de la cuestión de un *ámbito reglamentario nacional por naturaleza*. Ver por ej. FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 2<sup>e</sup> édition, 2011, n° 562, p. 429

<sup>1244</sup>Particularmente BOURJOL, M., « Statut constitutionnel », Fascicule 93 du *JCL Collectivités territoriales*, 1994, n° 59; más matizado: LUCHAIRE, F., « Les fondements constitutionnels de la décentralisation », *RDP*, 1982.

<sup>1245</sup>FAVOREU, L., « La réforme des collectivités territoriales principe de libre administration et statut du personnel », *Cahiers du CFPC*, n°13, oct. 1983, p. IX; AUBY, J.M. “Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales », *AJDA*, 1984, op.cit ;

<sup>1246</sup>AUBY, J.M. “Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales », op. cit. p. 476.

<sup>1247</sup>Cf. Capítulos 4 y 6.



Hoy, el debate está zanjado en favor de los segundos. Primero fue el *Conseil d'État*<sup>1248</sup>, luego el *Conseil constitutionnel*<sup>1249</sup>, y la reforma constitucional de 2003 nada ha cambiado al respecto.

Al lado de la ley, votada por el Parlamento, y del reglamento, por lo esencial entre las manos del Primer ministro, autoridad reglamentaria de derecho común en virtud del artículo 21 de la Constitución<sup>1250</sup>, la competencia normativa de las colectividades territoriales aparece muy reducida. Al igual que otros países europeos “se trata siempre de un poder reglamentario subordinado al poder reglamentario de las autoridades superiores, cuando éstas intervienen, y a veces con su necesaria aprobación (Reino-Unido)”.<sup>1251</sup>

Primero, porque “el poder reglamentario local es fundamentalmente distinto de aquel del Primer ministro, porque el primero [o su ejercicio] fluye solo de la ley, y no directamente de la Constitución como el segundo, que no necesita habilitación legislativa. Además, su ámbito está limitado a las competencias de las colectividades, mientras que el Primer ministro posee un campo de intervención general”.<sup>1252</sup>

Luego, se agrega a menudo a esta justificación formal – con razón me parece-, el argumento de fondo de la unidad de aplicación de la ley. Esta reclama, generalmente, una intervención del poder reglamentario central para aplicar disposiciones legislativas “a partir del momento que no sean suficientemente precisas para que su aplicación sea posible antes” que un decreto determine las condiciones de aplicación “para el conjunto de las colectividades territoriales”<sup>1253</sup>.

---

<sup>1248</sup>CE, 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de la Ville nouvelle de Cergy-Pontoise, Lebon*, p. 37 ; *AJDA*, 1985, p. 271, note J. MOREAU ; *RFDA*, 1985, p. 366, note J.-C. DOUENCE.

<sup>1249</sup>CC, Décisions : n° 85-195 DC du 10 juillet 1985, *Loi organique modifiant le code électoral et relative à l'élection des députés*, *JORF* du 11 juillet 1985, p. 7835 ; n° 90-274 DC du 29 mai 1990, *Loi visant à mettre en œuvre du droit au logement*, *JORF* du 1<sup>er</sup> juin 1990, p. 6518 ; n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*, Rec. p. 70

<sup>1250</sup>So reserva de las prerrogativas reconocidas al Presidente de la República por el artículo 13.

<sup>1251</sup>MARCOU, G., “Une approche comparative des compétences des collectivités locales en Europe », op. cit., p. 202

<sup>1252</sup>FRIER, P.-L., “Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique? », op. cit. p. 560

<sup>1253</sup>CE Dictamen 20 de marzo de 1992, *Préfet du Calvados*, Rec. p. 123 ; *AJDA* 1992, p. 293, concl. H. TOUTEE ; *JCP* 1993, II, n° 22100, note O. JOUANJAN ; *RFDA* 1994, p. 770, note B. FAURE. En éste caso, aunque la ley confiaba a cada asamblea deliberante la tarea de fijar el régimen indemnizador de los funcionarios territoriales; V. también CE 27 novembre 1992, *Fédération Interco CFDT*, Rec. p. 426 ; *AJDA* 1993, p. 208, note F.-X. AUBRY ; *RFDA* 1994.

La competencia reglamentaria territorial entonces existe, pero es solamente de ejecución<sup>1254</sup> y regularmente de ejecución de tercer rango (es decir en realidad de cuarto rango en la escala normativa que desciende a partir de la constitución), puesto que aplica las directivas reglamentarias nacionales.

Se plantea entonces la cuestión del margen de maniobra que queda a los entes territoriales. Es admitido cierto margen de discrecionalidad por la jurisprudencia constitucional y administrativa en materia reglamentaria, a título residual, en ciertas condiciones y bajo reservas estrictas. Desde 1984, el *Conseil constitutionnel* consideró que **podían ser fijadas por decreto las modalidades de aplicación de las reglas y principios fundamentales determinados por la ley**<sup>1255</sup> y dejaba entonces posibilidad de acción a las colectividades territoriales, solo si el **poder reglamentario no aplicaba realmente la ley.**

El poder reglamentario territorial interviene solo como una actividad “formadora”, al mínimo de tercer rango incluso si el poder reglamentario nacional no se ejerce<sup>1256</sup>. Así en Francia, **la reforma constitucional de 2003 no modificó fundamentalmente las cosas: las colectividades territoriales disponen de un poder reglamentario residual y subordinado.** Como si fuera para preparar esa reforma, el *Conseil constitutionnel* había indicado en su decisión n° 2001-454 DC del 17 de enero de 2002 sobre *la ley relative à la Corse*, que el poder reglamentario de las colectividades territoriales resultaba del segundo inciso del artículo 72. Sin embargo, había precisado que permanecía encuadrado en la forma y en el fondo.

Por una parte, “el poder reglamentario del cual dispone una colectividad territorial conforme el respeto de las leyes y de los reglamentos, solo puede ejercerse en el marco de las competencias que le son atribuidas por la ley; que tiene no por objeto, ni por efecto cuestionar el poder reglamentario de ejecución las leyes que el artículo 21 de la Constitución atribuye al

---

<sup>1254</sup>Para B. FAURE, « la collectivité ne reçoit que des compétences d’exécution dont le droit détermine, pour chaque domaine, la répartition et les conditions d’exercice. » FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit. n° 624 p. 475.

<sup>1255</sup> CC, Déc. n°83-168 DC du 20 janvier 1984, *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*, Rec. p. 38.

<sup>1256</sup>Decimos “al mínimo” porque se puede ver en la jurisprudencia del Conseil constitutionnel relativa a la libre administración, «l’existence d’un degré supplémentaire de hiérarchisation en matière de décentralisation » FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit. p. 209. De mismo modo, las jurisprudencias administrativas del *Conseil d’Etat* o de la Contraloría General de la República forjan en gran parte el derecho territorial.

Primer ministro, so reserva de los poderes reconocidos al Presidente de la República por el artículo 13 de la Constitución”.<sup>1257</sup>

Por otra, éste poder reglamentario territorial no puede cuestionar el ejercicio de una libertad individual o de un derecho fundamental. Esta disposición de fondo ha sido constitucionalizada por el artículo 72 inc. 4 de la carta fundamental.<sup>1258</sup>

## **2. El poder de aplicación de las municipalidades y el poder de ejecución de las regiones en Chile**

Como se ha visto, la técnica de las remisiones de materias visadas por las leyes orgánicas establecidas en Chile parece cercana al ejemplo dado por J.-M. AUBY en lo que concierne a las medidas de aplicación. Ahora, ¿cómo se ejercen? ¿Funciona el sistema?

### **a) El carácter autónomo de las municipalidades, garantía de un poder de aplicación limitado**

La autonomía normativa de la municipalidad chilena, aunque constitucionalmente reconocida, es relativa. Sus ámbitos de competencia están fijados por su ley orgánica y las leyes especiales de atribución de competencia o artículos de leyes especiales que les reservan una competencia sobre tal punto particular (cf. supra). Resulta que disponen bien de un poder directo y reservado de ejecución o de aplicación de las leyes. Esta solución está consagrada desde hace mucho tiempo en derecho chileno, puesto que M. VARGAS afirmaba en la primera mitad del siglo XX que las ordenanzas y reglamentos municipales de la ley de 1891 “constituyen...una verdadera legislación de carácter secundario y supletorio, porque no pueden disponer de manera general sino a falta de precepto legal y nunca en contraposición a éstos”.<sup>1259</sup>

---

<sup>1257</sup>CC. Decisión n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*, Rec. p. 70; JORF du 23 janvier 2002, p. 1526; P. FERRARI, *AJDA*, 2002, p. 86; J.-E. SCHOETTL, *AJDA*, 2002, p. 100; J.-B. AUBY, *Droit Administratif*, 2002, p. 3; B. FAURE, *RFDA*, 2002, p. 469; M. VERPEAUX, *RFDA*, 2002, p. 459; F. LUCHAIRE, *RDPA*, 2002, p. 885; L. FAVOREU, *RFDC*, 2002, p. 410; X. MAGNON, *D.*2003, p. 1124.

<sup>1258</sup>El texto menciona precisamente «las condiciones esenciales para el ejercicio de una libertad pública o de un derecho garantizado por la Constitución».

<sup>1259</sup>VARGAS S., M., *Derecho administrativo*, obra póstuma, Imprenta Universitaria, Santiago, 1922, pp. 108-110, citado en HUIDOBRO S., R., “La potestad normativa municipal, estudio histórico-doctrinario para la reconstrucción del derecho municipal chileno”, *Derecho administrativo: 150 años de doctrina*, PANTOJA B., R. (Coord.), 1a. ed., Santiago: Jurídica de Chile, 2009., p. 202.

Esa autonomía obsta a que estén sometidas al poder reglamentario nacional o a órganos autónomos previstos por la Constitución para el ejercicio de sus competencias privativas. La solución está normalmente reglada por el principio de competencia. Las ordenanzas o reglamentos locales entonces solo deben someterse a la Constitución, la ley orgánica municipal y a las eventuales leyes particulares, pero en ningún caso a un principio jerárquico entre ellos y otra norma reglamentaria, salvo prescripción legal expresa.<sup>1260</sup>

Ahora bien, esa ejecución reservada es en realidad bien limitada, porque concierne solo a las competencias privativas y debe expresamente respetar “las normas técnicas de carácter general que dicte el ministerio respectivo”<sup>1261</sup> para su aplicación. Este poder reglamentario no resulta más amplio que las disposiciones del CGCT relativas a las comunas francesas.

Esa subordinación al poder reglamentario nacional se debe al hecho que al municipio sólo se le asigna por la Constitución “*la administración local*” mientras que la administración nacional depende del Presidente de la República, de modo que la ejecución de la ley debe estar asegurada con “una uniformidad básica o esencial, propia del Estado unitario” .<sup>1262</sup>

Al igual que en el sistema francés, se plantea la cuestión del margen de maniobra que queda a las municipalidades chilenas. Se precisará desde ya que la doctrina, pero sobre todo la jurisprudencia, les reconoce una “cláusula general” de competencia (cf. infra, cap. 6) ligada a las funciones de carácter universal que les confiere la ley.<sup>1263</sup> El conjunto de esos datos explica seguramente el débil interés de la doctrina para las cuestiones relativas al poder reglamentario de las municipalidades, la cuestión aparece reglada. El ámbito de validez material y territorial del poder reglamentario de las municipalidades está, sin embargo, limitado y es objeto de los desarrollos ulteriores.<sup>1264</sup>

---

<sup>1260</sup>CORDERO Q., E., “*La potestad reglamentaria de las entidades territoriales. los reglamentos regionales, las ordenanzas y los reglamentos municipales*”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 6, 1999, p. 134.

<sup>1261</sup>Art. 3 d) LOCMU.

<sup>1262</sup>V. por ej.: STC Rol 1669-2010, *Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*, cons. 47.

<sup>1263</sup>CORDERO Q., E., “*La potestad reglamentaria de las entidades territoriales...*”, *op. cit.*, 131.

<sup>1264</sup>Cf. cap. 6.

### **b) El triple obstáculo a la existencia de poder reglamentario regional residual**

Aunque la constitución reconoce atribuciones normativas y que reciben, como las municipalidades, competencias directamente por su ley orgánica, las regiones permanecen subordinadas al poder reglamentario central. Esta solución no es satisfactoria, porque el hecho que dispongan solo de competencias administrativas de ejecución de las leyes<sup>1265</sup>, no debería implicar forzosamente su sumisión al poder reglamentario central.

Los obstáculos provienen principalmente de dos disposiciones de la ley orgánica regional que se refieren de modo explícito al carácter supletorio y terciario, respecto de la Constitución, del poder reglamentario regional. Las interpretaciones jurisprudenciales confirman esa situación, lo que divide a la doctrina. Se pueden resumir los puntos de dificultad, antes de explicarlos, de la manera siguiente: una jurisprudencia administrativa incoherente favorable a la necesidad (o no) de habilitaciones legislativas expresas previas, a la cual se agregan o que explican disposiciones orgánicas contradictorias y, además, las consecuencias de la aplicación de los artículos 6 y 7 de la Constitución encierran la libertad de acción de las regiones. Difícil es luchar en esas condiciones de luchar contra tal confluencia de factores desfavorables.

El problema proviene de los de los artículos 16 d) y 20 a) de la ley orgánica regional. El artículo 16 d) de la LOCGAR dispone que dentro las funciones generales del gobierno regional figura la de “dictar normas de carácter general para regular las materias de su competencia, con sujeción a las disposiciones legales y a los decretos supremos reglamentarios”. Por su parte, el artículo 20 a) de la misma ley dispone que “para el cumplimiento de sus funciones, el gobierno regional tendrá las siguientes atribuciones: a) 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”.

#### **(1) El debate sobre la necesidad de habilitaciones legislativas expresas previas y la posición jurisprudencial de la Contraloría General de la República.**

Si el poder reglamentario regional debe respetar las leyes y los reglamentos nacionales, ¿necesita la mediación de habilitaciones legales específicas para ejercer las competencias

---

<sup>1265</sup>OELCKERS C., O., “Los necesarios avances en el proceso de regionalización a través de los principios jurídicos que la sustentan”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, XVII (1996), p. 345: “Pues bien, la autonomía decisional -así le llamaremos- conforme a sus estatutos legales tiene un contenido eminentemente administrativo, correspondiente a competencias de ejecución.”

enumeradas en la ley orgánica o puede aplicarlas directamente<sup>1266</sup>, en caso de ausencia de medidas reglamentarias del ejecutivo? La cuestión es saber si es necesario, para cada competencia descentralizada, esperar una ley de aplicación de la ley orgánica o si las regiones pueden actuar por su propia iniciativa.

La doctrina chilena está dividida entre aquellos que ven en el poder reglamentario de las regiones un simple poder de ejecución de leyes de aplicación de la ley orgánica, que especifican las competencias (o funciones) enumeradas en aquella, y los que lo consideran como un poder de aplicación y de ejecución directa de esas mismas competencias.

Los primeros<sup>1267</sup> se fundan en el artículo 20 a) de la ley orgánica y sobre un informe de la propia Presidencia de la República que afirma que “el reglamento sólo puede abordar aquellos aspectos que una norma legal, por la vía de la habilitación y remisión previas, le encomienda regular, y que se inserten dentro de la esfera de la competencia asignada por la Ley Orgánica Constitucional respectiva». Por otro lado, “la intromisión del reglamento regional en otras materias, o incluso, en otros aspectos de una materia que los expresamente remitidos, determinaría su nulidad.”<sup>1268</sup> Se podría agregar por otra parte que el hecho que el artículo 20 a) de la ley orgánica enuncie que el gobierno regional no puede “establecer en ellas, para el ejercicio de actividades, requisitos adicionales a los previstos por las respectivas leyes y los reglamentos supremos que las complementen”, milita fuertemente contra la existencia de un poder reglamentario regional, que sería otra cosa que medidas administrativas de ejecución de reglamentos nacionales. Lo que confirma, si aún fuera necesario, su carácter desconcentrado.

Los segundos<sup>1269</sup>, en cambio se basan en el artículo 16 d) de la misma ley orgánica que conferiría una habilitación general<sup>1270</sup> al gobierno regional para tomar los actos necesarios para

---

<sup>1266</sup>Para la noción de “loi d’application d’une autre loi”, ver L. FAVOREU et L. PHILIPP, *G.D.C.C.*, Sirey, 1991, pp. 18 (n°9), 627 (n°2), et 633-635 (n°14 a 18)

<sup>1267</sup>OELCKERS, C., O., “Problemas jurídico-políticos que deben abordarse en el proceso de regionalización”, presentación en la Jornadas del Programa de Gobiernos Regionales y Universidades organizadas por la SUBDERE los días 29 y 30 de abril de 1988 sobre la “Reforma Regional”, Universidad de Antofagasta, p. 14; CONTRERAS E., R. citado en FERRADA B., J.C., “La potestad reglamentaria de los gobiernos regionales: algunas notas preliminares”, *Revista de Derecho de la Universidad católica de Valparaíso*, XXIII (Valparaíso, Chile, 2002, Vol II), p. 304

<sup>1268</sup>ARÉVALO, C., « Los reglamentos regionales », Seminario de Consejos Regionales, Segunda Región Antofagasta, n° 3, Serie Seminarios, Universidad de Antofagasta, 1996, p. 21.

<sup>1269</sup>RENDON, L. M., « Informe sobre las facultades normativas de los gobiernos regionales », en *Gobierno Regional y Municipal*, año IV, 3, n° 30, oct. 1996, pp. 76-80; TOBAR L., M., « Los Gobiernos Regionales

el ejercicio de sus competencias. JC FERRADA utiliza el término *de cuasi autónomo*<sup>1271</sup> porque no necesita una habilitación legal específica y puede ejercerse directamente sobre el fundamento de la ley orgánica y no sobre el texto constitucional. De tal suerte, afirma que “se puede sostener como jurídicamente cierto que la potestad reglamentaria regional es un poder autónomo que no requiere habilitación legal expresa para su ejercicio en un caso concreto y, por consecuencia, le basta la habilitación general prevista por la ley orgánica”.<sup>1272</sup>

La posición de éstos últimos parecía confortada por la jurisprudencia del Tribunal constitucional<sup>1273</sup> y la propia Contraloría General de la República.

El primero, al referirse precisamente a las disposiciones del artículo 20 a), invocado por los opositores a un poder de aplicación directa, precisó que “las referencias a las leyes o a la ley (...) deben entenderse como una referencia a la ley orgánica respectiva”.

Por otro lado, consideró que estaba en la imposibilidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la frase “y los reglamentos supremos que las completan” en razón a que no se pronuncia sobre las remisiones que un proyecto de ley hace a otras disposiciones las que, por no estar incluidas en el proyecto, no tienen el rango de normas orgánicas.<sup>1274</sup> Sin embargo, una parte del tribunal (los jueces JIMÉNEZ y GARCÍA) era de la opinión de declarar esa disposición

---

en la Década 1990-2000, en *La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000*, Universidad de Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 2000, pp. 259-300; FERRADA “La potestad reglamentaria de los gobiernos regionales...”, op. cit., pp. 304-306

<sup>1270</sup>“En ese contexto, afirma JC FERRADA, el ámbito de actuación de dicha potestad va a estar determinada por el sistema de reserva legal que establezca el ordenamiento constitucional en cada caso, lo que en el caso chileno, de acuerdo a lo establecido en la Constitución de 1980, se reduce a un sistema de “dominio legal máximo” (art. 60 CPR). De este modo, lo no reservado a la ley, en principio al menos, puede ser abordado por el reglamento, no requiriéndose para ello ley expresa que autorice a la autoridad político-administrativa a actuar en una materia.”, FERRADA B., JC., “La potestad reglamentaria de los gobiernos regionales: algunas notas preliminares”, op. cit., p. 305.

<sup>1271</sup>“La potestad reglamentaria de los gobiernos regionales se configura como una potestad reglamentaria cuasi autónoma, al menos en términos de excluir la exigencia de habilitaciones legales específicas”. Idem, p. 306

<sup>1272</sup>Ibid., p. 307.

<sup>1273</sup>STC 155-1992, *Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley sobre Gobierno y Administración Regional*, cons. n° 36: Que este Tribunal aprueba la constitucionalidad de las disposiciones que a continuación señala haciendo **una prevención general** en cuanto a que las referencias a las “leyes” o a la “ley” que en ellas se hacen, deben entenderse a la ley orgánica constitucional respectiva, por ser ésta la encargada de establecer, correspondientemente, **las atribuciones y funciones del gobierno regional, las del intendente y gobernador como órganos propios del gobierno regional y las del consejo regional. Tales disposiciones son las contenidas en los artículos 20 letra a).**”

<sup>1274</sup>STC 155-1992, cons n° 60.

inconstitucional porque sería lo mismo que delegar al ejecutivo materia que, en virtud del artículo 61 de la Constitución, no pueden ser delegadas.<sup>1275</sup> En fin, los reglamentos supremos visados solo podrían precisar, según la jueza BULNES, como deben ejercerse competencias transferidas por la ley orgánica y no transferir directamente competencias suplementarias.<sup>1276</sup>

Por extensión, si la ley orgánica – y solo ella - debe reglamentar todas las disposiciones relativas a las regiones, es claro, como lo señala el Tribunal, que se trata solo de la ley orgánica y no de leyes posteriores que precisarían cuales son las competencias que la ley orgánica entendió transferir.

A menos que una disposición de la ley orgánica regional precise que tal ámbito específico estará sometido a una ley y reglamentos particulares, como es el caso para las municipalidades.<sup>1277</sup>

Por eso mismo, rechazo la interpretación de la doctrina que pide la intervención de leyes ordinarias de aplicación de la ley orgánica y luego, no se pronunció sobre las disposiciones del artículo 16 d).

La Contraloría General de la República, con oportunidad de sus primeros controles de legalidad previos de los reglamentos regionales, validó aquellos dictados sin que una ley específica previa lo autorice, pero también, sin que haya existido una ley que regulara las materias en las cuales fueron adoptados.<sup>1278</sup> Sin embargo, operó un giro de jurisprudencia en 2006, a propósito del control de legalidad del reglamento de planificación de la región de Aysén.<sup>1279</sup>

El organismo de control establece por una parte que el artículo 16 de la ley regional no determina por sí mismo las competencias generales del gobierno regional y que hay que

---

<sup>1275</sup>STC 155-1992, Parte: opinión disidente o precisión: “f). Que, si se aceptare el criterio de que una ley orgánica constitucional puede prescribir que debe ser complementada o completada por un reglamento que dicte el Presidente de la República, significaría que se estarían delegando en ese órgano constitucional materias que no pueden ser objeto de delegación, conforme el artículo 61 de la Constitución Política que señala que las materias "que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales" no se pueden delegar.”

<sup>1276</sup>STC 155-1992, Parte: opinión disidente o precisiones: “La Ministro señora Bulnes concurre a la sentencia sobre la constitucionalidad de la expresión "y los reglamentos supremos que las complementen" que forma parte del literal a) del artículo 20 del proyecto de ley en análisis, en el entendido de que se trata de reglamentos que regulan cómo se ejecuta la ley orgánica constitucional y en caso alguno de reglamentos que agreguen otras atribuciones a los consejos regionales.”

<sup>1277</sup>V. por ej. LOCMU, Art. 3°.

<sup>1278</sup>CORDERO Q., E., “La potestad reglamentaria de las entidades territoriales. Los reglamentos regionales, las ordenanzas y los reglamentos municipales”, op. cit., pp. 116-117.

<sup>1279</sup>CGR, Dictamen n° 59316 de 11.12.2006, *Reglamento Regional de Planificación de Aysén*.



reportarse al detalle de los artículos 17, 18 y 19 para conocer sus competencias precisas y verifica que el objeto de los reglamentos regionales se refiere precisamente a ellos.

Al lado, afirma que el plan regional de desarrollo urbano (instrumento legal), no puede ser completado –a falta de precisiones legales o de reglamentos nacionales de aplicación- por disposiciones reglamentarias regionales.

De este modo, no solo un poder de aplicación directa de las disposiciones de la ley orgánica es negado a las regiones, cuando sí está reconocido a las municipalidades, sino que es también la posibilidad de disponer de un poder residual, como en el caso de las colectividades territoriales francesas.

## **(2) Algunas disposiciones contradictorias de la ley orgánica**

E. CORDERO Q., considera que el artículo 16 d) “rompe una regla de lógica jurídica en cuanto a que esta forma de atribución permite dictar normas reglamentarias que no están jerárquicamente subordinadas a las leyes y a las normas inferiores que conforman su sistema (entre ellas, los reglamentos presidenciales), sino sólo a la norma atributiva de competencia y a las superiores a ella, operando un desapoderamiento de la función de reglamentar la ley al Presidente de la República e incluso del propio Parlamento”.<sup>1280</sup>

Ahora bien, la lógica jurídica no impone que los reglamentos territoriales sean dictados solo después de reglamentos nacionales. Tampoco exige que todas las leyes sean completadas por reglamentos nacionales, el legislador pudiendo justamente decidir lo contrario.

Además, si, como lo escribió SCHIESSLER Q., el ejercicio discrecional es una de las dos características del poder reglamentario de ejecución del Presidente de la República<sup>1281</sup>, eso

---

<sup>1280</sup>CORDERO Q., E., “*La potestad reglamentaria de las entidades territoriales. Los reglamentos regionales, las ordenanzas y los reglamentos municipales*”, op. cit., p. 121.

<sup>1281</sup>Conforme a lo expuesto, la potestad reglamentaria de ejecución tendría dos características: i) Le corresponde una función de desarrollo o complemento de la ley. Por lo demás, cualquier modificación de la ley repercutirá necesariamente en el reglamento ejecutivo, así como su derogación significaría la no vigencia de esta disposición secundaria. ii) El ejercicio de esta potestad es discrecional. Será el jefe de Estado el que la ejercite dentro de los marcos fijados por la ley cuando, en su concepto, sea conveniente o necesaria. En este sentido, y siguiendo a SCHIESSLER, la discrecionalidad permite al Presidente de la República, como titular de tal potestad reglamentaria: apreciar si una ley determinada requiere o no para su adecuada ejecución de la emisión de uno o más reglamentos; ii) en caso afirmativo, la oportunidad de su emisión; iii) la variedad de materias a que el reglamento debe referirse en su regulación y la mayor o menor extensión que esta regulación complementaria de la ley deba alcanzar, y iv) finalmente, en qué han de consistir las reglas precisas que el reglamento haya de contener; pero éstas naturalmente no deben vulnerar el sentido de las disposiciones de la ley reglamentada. SCHIESSLER Q., G., “*Algunas cuestiones técnico-jurídicas relativas a la potestad reglamentaria presidencial en el marco de una nueva*

puede llevar como consecuencia bloquear totalmente el funcionamiento de las regiones, lo que no es tolerable.

Es justamente la cuestión de la necesidad de reconocer la existencia de reglamentos territoriales de aplicación o de ejecución reservada lo que está en juego. Se podría incluso avanzar que el legislador orgánico actuó así para evitar justamente usurpaciones del poder reglamentario nacional sobre el de las regiones. De hecho, como lo subraya JC FERRADA, la consecuencia de los efectos combinados de los artículos 16 d) de la ley orgánica y 6 y 7 de la Constitución es que “ni el Presidente de la República, ni el Parlamento, ni ninguna otra autoridad del Estado, pueden inmiscuirse en la regulación de esas materias conferidas a los gobiernos regionales”<sup>1282</sup>. En fin, lo que el legislador ha dado, siempre lo puede retomar. Entonces, no se ha desposeído de su potestad.

### **(3) Las consecuencias de la aplicación de los artículos 6 y 7 de la CPR**

Loopuesto a esa reserva de competencias que la Constitución consagra, las consecuencias de una aplicación estricta en un sentido restrictivo de los mismos artículos 6 y 7 de la Constitución, conduce a un cierre total de la libertad de acción de las regiones y aniquila cualquier poder reglamentario, incluso residual.<sup>1283</sup>

El problema no es entonces solo uno de jerarquización de las normas, sino también un conflicto ligado a la aplicación del principio de competencia que abarca dos aspectos.

El primero tiene que ver con la reglamentación nacional que resta todo margen de maniobra e iniciativa al gobierno regional. Todo ya está decidido. “Por lo tanto, - las competencias reglamentarias regionales chilenas - no constituyen una posibilidad real de generar directamente una normativa de origen regional. Su campo es muy limitado. Se referirán principalmente a aspectos administrativos internos del propio gobierno regional y muy

---

institucionalidad”, *Décimas Jornadas de Derecho Público* (Valparaíso, Edeval, 1980). Citado por CORDERO Q., E., “El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria.”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII*, Valparaíso, Chile, 1er Semestre de 2009.

<sup>1282</sup>FERRADA, J.C., “La potestad reglamentaria de los gobiernos regionales: algunas notas preliminares”, op. cit, p. 308.

<sup>1283</sup>Según O. OELCKERS C., “el Derecho Administrativo comporta un postulado fundamental, el de la sumisión de la Administración al Derecho, lo cual constituye una formulación muy general del principio de la legalidad, reconocido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política y en el artículo 2° de la ley 18.575” OELCKERS C., O., El principio de la legalidad, en *La Administración del Estado de Chile 1990-2000*, 2000, p. 455. El “principio de competencia” es reiterado en el art. 2° de la LOCBGAE 18.575.

excepcionalmente permitirán esa auto normatividad regional de relación con los administrados”.<sup>1284</sup> El ejemplo de los reglamentos regionales adoptados es de hecho sintomático y más bien folklórico.<sup>1285</sup>

El segundo factor es quizás la concepción misma del poder reglamentario y el uso que hacen de él los propios gobiernos regionales, inhibidos sin duda en eso por el Ministerio del Interior, los propios tribunales y una parte de la doctrina. El conjunto de las materias descentralizadas es relativamente importante y la remisión a la misión de desarrollo social, cultural y económico de la región permitiría el ejercicio, al igual que la cláusula general de competencia en Francia, de un poder reglamentario en el silencio o la ausencia de normas, es decir de un poder reglamentario residual.

Sin embargo, una parte de la doctrina justifica las restricciones impuestas a las regiones en nombre del principio de competencia y de la aplicación de los artículos 6 y 7 de la Constitución condenando la posibilidad de un poder reglamentario regional residual.<sup>1286</sup> No se comprende porque estos criterios se aplican a las regiones y no a las municipalidades, salvo si se invoca la palabra “mágica”: autonomía. Si se evacua las soluciones ilógicas, las disposiciones normativas contradictorias y las interpretaciones estrictas relativas a las regiones que se acaban de señalar, los instrumentos jurídicos son los mismos para ellas y para las municipalidades.

Así, si E. CORDERO Q., reconoce a las municipalidades una cláusula general de competencia en nombre de la generalidad de sus fines, las disposiciones que encargan a las regiones el desarrollo social, cultural y económico de la región no lo justifican menos.

---

<sup>1284</sup>OELCKERS C., O. “Los necesarios avances en el proceso de regionalización a través de los principios jurídicos que la sustentan”, *Revista de Derecho*, de la Universidad Católica de Valparaíso, XVII (1996), p. 345.

<sup>1285</sup>Ver los ejemplos citados por E. CORDERO Q: normas relativas a la numeración y publicación de los reglamentos regionales (Nº1 du GORE de Atacama); a la promoción del patrimonio natural e histórico de Atacama y al dibujo de la bandera regional y su simbología gráfica (Nº2 du GORE de Atacama), etc. CORDERO Q., E., “*La potestad reglamentaria de las entidades territoriales. Los reglamentos regionales, las ordenanzas y los reglamentos municipales*”, *op. cit.* p. 117.

<sup>1286</sup>Así CORDERO afirma: « algunos han entendido que la potestad reglamentaria regional sería residual, es decir, está permitiría al Gobierno Regional regular todos aquellos aspectos tratados en la LOCGAR como funciones de su competencia, en cuanto no esté considerado en las leyes y reglamentos respectivos y tenga por objeto el interés de la Región. Sin embargo, conforme lo establecen los artículos 6 y 7 de la CPR y el artículo 2 de la LOCBGA, en concordancia con el artículo 32 n° 8, 60 y 100 y 102 de la misma Carta fundamental, las competencias normativas están debidamente asignadas, de manera que no se puede ejercer tales potestades sobre un ámbito residual sin infringir abiertamente las dos primeras normas citadas.” *Idem*, p. 120.

Convendría entonces suprimir estos diferentes obstáculos o, por lo menos, agenciarlos lógicamente.

### **Conclusión del capítulo 5**

Hoy, el poder reglamentario territorial en Chile y Francia, salvo el de las municipalidades chilenas, permanece residual y subordinado y no puede excluir la aplicación del poder reglamentario general del ejecutivo nacional. No obstante, es imaginable, estima P.-L. FRIER, “que el espíritu de descentralización lleve al juez a admitir más regularmente que la ley es suficientemente precisa para que las colectividades territoriales puedan decidir directamente sus modalidades de aplicación”.<sup>1287</sup> Las soluciones intermedias están también entre las manos de los jueces chilenos.

En definitiva, las nociones de ejecución y de aplicación se alcanzan. En nombre de la realidad de los hechos, la idea de un poder de aplicación de la Constitución y de las leyes a la vez autónomo e implícito, en ausencia de normas superiores es aceptada. Los asuntos o el interés local (o regional) no pueden esperar, en caso necesidad urgente, que una norma superior exista para paliar a las deficiencias o fallas del derecho. A la naturaleza, no le gusta el vacío, dice el proverbio. Eso, aún, no ha cambiado.

Pero, sobre éste punto, la administración de las regiones chilenas sigue esclerosada, encarcelada por una jurisprudencia administrativa rígida. La aplicación de la constitución que “reconoce directamente una potestad normativa (...) a los consejos regionales y a los concejos municipales, sin subordinarlos –al menos constitucionalmente – a las reglas emitidas por el Jefe del Estado, pero limitando cada órgano a un ámbito material de competencias bien delimitado”<sup>1288</sup> está entonces pisoteada.

Tratándose del sistema francés, lo que podría evolucionar, en cambio, es la consagración textual – y no jurisprudencial a posteriori – de un poder territorial de aplicación permanente.<sup>1289</sup>

---

<sup>1287</sup>FRIER, P.-L., « Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique ? », op. cit., p. 559 et s.

<sup>1288</sup>FERRADA, J.C., “La potestad reglamentaria de los gobiernos regionales: algunas notas preliminares”, op. cit. p. 308.

<sup>1289</sup>El último proyecto de ley presentado por el gobierno de M. VALLS va en éste sentido puesto que entiende consagrar un poder de aplicación de las leyes en beneficio de las regiones en lo que concierne sus competencias.

De manera incidental, si el argumento es garantizar una aplicación más o menos igual de la ley sobre el conjunto del territorio<sup>1290</sup>, las tecnologías actuales podrían justificar la supresión del poder reglamentario de ejecución de los entes territoriales y la recentralización de la administración del territorio. El envío del decreto de aplicación por internet y su publicación en los lugares habituales bastaría. Si, en cambio, la necesidad de un reglamento territorial complementario está comprobada, la existencia de un poder de aplicación también lo es.

---

<sup>1290</sup>Es lo que recuerda J. PETIT cuando afirma que el poder reglamentario nacional viene a « préciser le cadre dans lequel s'exercera le pouvoir réglementaire local et par là même limiter la liberté d'appréciation des organes des collectivités locales dans l'exercice de ce pouvoir. L'objectif est évidemment d'éviter que la loi ne soit mise en œuvre de manière trop différente d'une collectivité à une autre, c'est-à-dire de garantir l'unité d'application territoriale de la loi et, par là-même, l'égalité devant celle-ci ». PETIT, J., "Fondements et portée du pouvoir réglementaire local en France", communication au Colloque «Décentralisation: perspectives de droit comparé», organisé par la Faculté de droit de l'Université Rennes 1, les 11 et 12 novembre 2004, Bruylant-LGDJ, 2006, p. 133.

## Capítulo 6. Los debates relativos a la extensión del poder reglamentario territorial

La distinción entre la extensión material y del ámbito de validez territorial de las normas es artificial porque los dos criterios son indisolubles. Si la reglamentación de tal materia es reservada a las regiones, estará aplicada a nivel de la circunscripción regional y (podrá serlo) de manera distinta de una región a otra, teniendo entonces una repercusión sobre su ámbito de validez territorial. Es entonces la igual aplicación de la ley que está también en cuestión.

A la inversa, si una norma es aplicada sobre tal porción del territorio por tal autoridad, es necesario precisar la materia, o si se prefiere el objeto, sino eso no tiene ningún sentido: “toda norma de derecho apunta a arreglar una situación”.<sup>1291</sup>

Quizás sería entonces más juicioso hablar de competencia personal<sup>1292</sup>. Más allá de la situación expuesta hasta aquí, ¿está el escenario fijado? ¿Puede evolucionar?

Ya, esbozadas, existen soluciones en derecho positivo tales como el sistema de las *habilitaciones legislativas expresas* y no suscita en sí demasiadas dificultades<sup>1293</sup>. Otra solución,

---

<sup>1291</sup>FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit., p. 29.

<sup>1292</sup>Para EISENMANN, en una primera aproximación, “*el problema de la centralización o de la descentralización de los Estados es el problema del carácter central o no central de sus órganos – o, visto bajo el ángulo de la legislación: de la creación de órganos centrales o de órganos no centrales. Es el problema de la competencia personal de los órganos. Se condensa en la alternativa: órganos con competencia personal ilimitada (o total), u órganos con competencia limitada (parcial).*” EISENMANN Ch., « Centralisation - décentralisation, principes d’une théorie juridique », op. cit., p. 37. Dans cet énoncé, apparaissent déjà deux concepts fondamentaux de la théorie proposée par EISENMANN.

Tratándose de la distinción entre las nociones de órganos centrales y órganos no-centrales por una parte y, por otra, la noción de competencia personal, conviene, a pesar de su aparente simplicidad, recordar ciertas formulaciones: *Una autoridad será central si sus normas pueden concernir sea todos los miembros de la colectividad tomados en conjuntos (para una autoridad “legislativa”) o, sea cualquiera de algunos de estos miembros tomado individualmente (por una autoridad “ejecutiva”). Si las normas que dicta una autoridad pueden solamente concernir –según la misma distinción– sea solamente una fracción global de los miembros de la colectividad, sea solamente algunos de sus miembros, esa autoridad no será central.* » (op. cit. p. 30.) Dicho de otra manera, la distinción de los órganos centrales y de los no centrales concierne la extensión, la magnitud, el alcance del círculo de las personas hacia quienes los órganos pueden actuar: los órganos que tienen calidad para actuar hacia todos los miembros de la colectividad sin distinción son centrales; los que tienen poder de actuar hacia una sola parte de ellos son “no centrales”.

Un segundo aporte, de la definición citada, es que el carácter central o no central de las autoridades tiene que ver con el círculo de personas cuyas normas pueden fijar la condición. Es decir a quien pueden sea prescribir una conducta (“imponer obligaciones”), sea permitir una conducta (“conferir derechos”) o “reconocer libertades” o “poderes”. Es aquí, con el criterio de la *competencia personal*, que este autor rompe una primera vez con todos los otros autores que de manera esquemática, se dividen entre partidarios de la *competencia territorial* y de la *competencia material*.

de derecho positivo también - *la cláusula general de competencia* en el silencio de la ley -, suscita más preocupación porque es fluctuante, su existencia está incluso a veces amenazada o ignorada. Parece sin embargo, difícil de eliminar y suscita siempre numerosos debates (Sección 1).

Solución de buen sentido o de necesidad, la cláusula general de competencia sin embargo, no trastorna el orden jurídico establecido. Es diferente el caso de las derogaciones explícitas a las reglas de repartición del poder normativo (Sección 2).

### **Sección 1. La noción de cláusula general de competencia (o asimilada)**

Si ningún texto de derecho positivo chileno como francés, menciona expresamente la fórmula “cláusula general de competencia”, ésta dispone bien de fundamentos constitucionales y legales (§ 1) sobre los cuales las jurisdicciones pueden apoyarse. Esta ausencia de mención expresa traduce, sin embargo, la voluntad de los constituyentes de no cambiar la forma unitaria del Estado. A partir de eso, la doctrina intentó encontrarle fundamentos fuera del derecho (§ 2)

#### **§ 1. El estado del derecho positivo**

Desde el artículo 61 de la gran ley municipal del 5 de abril de 1884, las comunas francesas están habilitadas a arreglar mediante sus deliberaciones sus asuntos<sup>1294</sup>. Es lo que la doctrina ha llamado la “cláusula general de competencia”. La disposición ha sido generalizada,

---

<sup>1293</sup> Así, según el *Conseil constitutionnel*, « les dispositions de l'article 21 ne font « pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'Etat autre que le Premier ministre le soin de fixer...des normes mettant en œuvre une loi » CC. Décision n°86-217 DC du 19 septembre 1986, *Liberté de communication*. Los riesgos residen más bien en un uso – sin generalización – inmoderado del método para competencias particulares que volvería incoherente el sistema de administración descentralizada del hecho de una extrema parcelación del poder reglamentario. Además, en ausencia de un dibujo global del sistema, la habilitación expresa, por una parte no siempre evita la necesidad de intervención del poder reglamentario nacional y, por otra, no la prohíbe tampoco siempre. Ver por ejemplo, en derecho francés, el dictamen del *Conseil d'Etat* -CE, avis, sect. 20 mars 1992, *Préfet du Calvados, Lebon*, p. 123 – considérant que les dispositions de « l'article 88 de la loi du 26 janvier 1984 ne sont pas suffisamment précises pour que leur application soit possible avant l'intervention d'un décret en Conseil d'Etat déterminant notamment les conditions dans lesquelles doit être mise en œuvre, pour l'ensemble des collectivités territoriales et établissements publics intéressés,... ». Voir : *AJDA*, 1992, p. 293, concl. H. TOUTEE, *RFDA*, 1994, note B. FAURE.

<sup>1294</sup> Aunque el 5º del artículo 48 de la ley del 10 de agosto de 1871 relativa a los consejos generales precisaba: « Le conseil général délibère: [...] 5º/ sur tous les autres projets sur lesquels il est appelé à délibérer par lois et règlements, et généralement sur tous les projets d'intérêt départemental dont il est saisi, soit par une proposition du préfet, soit sur l'initiative d'un de ses membres ».

extendida a las otras colectividades<sup>1295</sup>, pero la expresión misma de “cláusula general de competencia” no figura en los textos de derecho positivo. Desde la Constitución de 1958, encuentra un fundamento constitucional en la libre administración. Pero, este fundamento indirecto, no la protege contra el legislador que define las condiciones de la libre administración. El hecho que las colectividades territoriales deba disponer de un mínimo de atribuciones, no obsta *a priori* a la estricta delimitación de su competencia reglamentaria.

Aunque muchas competencias estén atribuidas a una categoría precisa de colectividad territorial, el amontonamiento de las competencias de las colectividades territoriales francesas es una de las características principales de la repartición o del ejercicio de las competencias materiales y la mayoría son compartidas entre colectividades territoriales o entre ellas y el Estado<sup>1296</sup>. Esto llevó a algunos a afirmar que en ausencia de clarificación, cada colectividad territorial podía invocar la cláusula general de competencia y complicar así un panorama ya confuso.

La ley del 16 de diciembre de 2010, pretendía haberla suprimido para las regiones y los departamentos y mantenido en beneficio de las comunas. Pero, aquella preveía que los departamentos y las regiones estatúan sobre todos los objetos sobre los cuales están llamados por las leyes y reglamentos a deliberar, y generalmente, sobre todos objetos de interés departamental y regional.<sup>1297</sup> Lo que restaba mucha pertinencia a esa supresión<sup>1298</sup> que el gobierno de J.-M. AYRAULT abrogó por la ley del 27 de enero de 2014 de modernización de la acción pública territorial y de afirmación de las metrópolis. Sin embargo, su sucesor M. VALLS anunció de nuevo su supresión para les regiones y los departamentos durante su discurso de política general del 8 de abril 2014.

---

<sup>1295</sup>Hoy para las comunas (art. L. 2121-29 du CGCT), para los departamentos (art. L3211-1), y para las regiones (art. L. 4221-1).

<sup>1296</sup>Comité pour la réforme des collectivités locales – « Il est temps de décider »- Rapport au Président de la République, 5 mars 2009. BALLADUR E. (Pres.), Paris ; La Documentation française, Fayard, consultable en : [http : www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/09000097/index.shtml](http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/09000097/index.shtml)

<sup>1297</sup> Art L3211-1 para los departamentos y L4221-1 y L4433-1 para las regiones.

<sup>1298</sup>Un cierto número de autores afirma al contrario que la decisión del *Conseil constitutionnel* n° 2010-618 DC du 9 décembre 2010 « n’est pas des plus claires, mais il semble résulter que le principe de libre administration a comme conséquence pour les collectivités territoriales « de se saisir de tout objet » d’intérêt régional, départemental ou communal, dès lors que la loi n’a pas réservé la question à une autre personne publique. », et « reconnaît indirectement l’existence de cette clause de compétence générale » GONOD, P., MELLERAY, F. et YOLKA, Ph. (dir.), *Traité de droit administratif*, op. cit. p. 272 y p 271, respectivement. Dans le même sens, FAURE, B., « La nouvelle compétence générale des départements et des régions », *RFDA*, 2011, p. 240. Y la bibliografía citada en ese artículo.



Por otro lado, algunos textos internacionales recogen la idea. Así, la redacción del acápite 2 del artículo 4 (« Alcance de la autonomía local ») de la Carta europea de la autonomía local es la expresión misma de la cláusula general de competencia, tal como la enuncia la doctrina o la jurisprudencia: « Las Entidades locales tienen, dentro del ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad. » Ratificada por Francia, se puede considerar que la cláusula general de competencia dispone hoy de un fundamento supra legislativo claro en derecho positivo francés, así como también puede apoyarse sobre el artículo 72-2 de la constitución. Sin embargo, este fundamento supra legislativo no cambia el hecho que su iniciativa se ejerce en el marco de la ley.

Si se puede estimar que la “cláusula general de competencia” tiene, en Francia, un fundamento constitucional en el *principio de libre administración*, se podría entonces afirmar que es la misma cosa en derecho chileno y que está repetido a nivel orgánico.

Así, tratándose de la región, la administración de su gobierno “tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región”<sup>1299</sup> y, por su parte, la municipalidad tiene por “finalidad la satisfacción de las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna”.<sup>1300</sup> El Tribunal Constitucional del mismo modo estimó que los “instrumentos de configuración social” de los cuales disponen las municipalidades les “permiten no sólo ejecutar disposiciones, sino también crearlas y con ello contribuir a “*crear las condiciones sociales*” que permitan la “*mayor realización material y espiritual posible*” de las personas (artículo 1º constitucional).”<sup>1301</sup>

Por otro lado, la preocupación de una buena administración llevó al Tribunal Constitucional a reconocer que “dicha potestad normativa, en algunos casos, será de ejecución; pero en otros, puede abordar asuntos locales que son propios de la gestión municipal, y en que no estará pormenorizando o detallando lo señalado en la normativa nacional.”<sup>1302</sup>

Es incluso una exigencia que la ley no sea demasiado detallada y que permanezca un “un espacio para los intereses municipales en la complementación o ejecución de la

---

<sup>1299</sup> Art. 111 inc. 2 CPR y art. 13 LOCGAR.

<sup>1300</sup> Art. 118 inc. 4 CPR y art.1 inc. 2 LOCMU.

<sup>1301</sup> STC Rol 1669-2010, *Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*, cons. 21.

<sup>1302</sup> *Idem*, cons. 47.

legislación”<sup>1303</sup>. Por una parte, porque el legislador “no puede no considerar las realidades diferentes de cada municipio” y, por otra, porque “el municipio cuenta con órganos representativos de los intereses comunes en su estructura organizativa (el Concejo Municipal, el alcalde)”<sup>1304</sup> encargados de “diseñar y aprobar las normas cuyos destinatarios son los habitantes de la comuna.”<sup>1305</sup>

La afirmación según la cual las municipalidades “se caracterizan por la universalidad de sus fines, ya que en principio, nada de lo que afecte los intereses de quienes habitan dentro de su territorio les puede resultar ajeno”<sup>1306</sup>, debería poder aplicarse a las regiones puesto que tiene los mismos fines.<sup>1307</sup> La diferencia de tratamiento proviene entonces de las incoherencias jurisprudenciales y doctrinales.<sup>1308</sup> Es no es muy sorprendente a partir del momento que un autor relevante como R. PANTOJA parece ignorar la existencia en derecho francés de la cláusula general de competencia. Así, escribe que “la potestad normativa municipal propiamente tal, esto es, referida a todo el ámbito jurídico comunal, es extraordinariamente amplia, aunque a primera vista puede inducir a pensar lo contrario la aparente técnica francesa de la enunciación-atribución de que vale el artículo 4° de la LOCM para consultar las “funciones” que los municipios pueden desarrollar en su ámbito territorial”. En efecto, sigue, “el art. 4 letra 1) consagra “como función propia o compartida de la Municipalidad, a toda actividad que tienda a desarrollar iniciativas de interés común en el campo territorial asignado al respectivo Municipio, superando así la técnica enumerativa francesa para inclinarse en definitiva por la conocida cláusula general alemana, conforme a la cual, consiguientemente, corresponde a la Municipalidades preocuparse y ocuparse, en general del “desarrollo de actividades de interés común en el ámbito local”. En estas circunstancias, el ámbito de la potestad normativa edilicia tiene el dominio extraordinariamente amplio”.<sup>1309</sup>

La referencia a la cláusula general de la doctrina alemana resulta apresurada por dos razones. Primero, se trata de un préstamo de la doctrina española la que antes había tomado y

---

<sup>1303</sup> Idem, *cons.* 56.

<sup>1304</sup> Idem.

<sup>1305</sup> Idem.

<sup>1306</sup> CORDERO Q., E., “*La potestad reglamentaria de las entidades territoriales. los reglamentos regionales, las ordenanzas y los reglamentos municipales*”, op. cit., p. 110.

<sup>1307</sup> La diferencia entre los términos “desarrollo” y “progreso” mencionados por los textos es sobre este punto sin consecuencia.

<sup>1308</sup> Cf. Capítulo 5.

<sup>1309</sup> PANTOJA B., R., *Tratado de Derecho administrativo. Derecho y administración del Estado*. Tomo 1, AbdeledoPerrot –LegalPublishing, 2010, p. 185.

adaptado la *teoría* alemana de las *garantías institucionales* iniciada por C. SCHMITT, y que no tiene los mismos fundamentos histórico-constitucionales. Segundo, la doctrina chilena hubiera podido inspirarse desde hace mucho tiempo de la “cláusula general de competencia contenida ya en la vieja ley municipal del 5 de abril de 1884 en donde sólo se aludía de forma general a los “asuntos del municipio”.<sup>1310</sup> Es que, de modo ordinario, la cláusula general de competencia está consagrada por los diferentes órdenes jurídicos. Simplemente tomó nombres diferentes, según los países y las doctrinas.<sup>1311</sup>

Debatida, resistida y a la vez reivindicada, ¿cuáles son los fundamentos de esta cláusula general de competencia?

## § 2. Las interpretaciones y creaciones doctrinales

Las diferentes justificaciones de la existencia de la cláusula general de competencia pueden leerse cronológicamente y en derecho comparado (A). El principio de subsidiariedad está a veces presentado como su última versión (B).

### A. Evolución de las nociones invocadas

La autonomía o el grado de libertad de acción más amplio que han conocido los agrupamientos colectivos públicos se desarrolló ante la consolidación del Estado moderno. Y, “en definitiva, la cláusula general de competencia del artículo 61 [de la ley de 1884] no es otra cosa que la afirmación explícita del principio implícitamente admitido del Medioevo hasta 1789: la amplia competencia del consejo municipal para asegurar la satisfacción de las necesidades colectivas de los habitantes”<sup>1312</sup>.

En Chile, la “domesticación” de los entes territoriales ha estado un poco desfasada respecto con los procesos europeos, de tal suerte que, según BERNASCHINA, es realmente con la Constitución de 1833 que los *Cabildos* pierden toda su autonomía y la “plenitud de su

---

<sup>1310</sup>CARROFERNÁNDEZ-VALMAYOR, JL., “El debate sobre la autonomía municipal”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al Profesor Dr. Don Ramón Martín Mateo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 578.

<sup>1311</sup>Cf. *Infra*.

<sup>1312</sup>BÉNOIT, F.-P., « L'évolution des affaires locales. De la décentralisation des autorités à la décentralisation des compétences », en *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 30

competencias”.<sup>1313</sup> Sea como sea, la expresión “satisfacción de las necesidades colectivas de los habitantes” no está muy lejos de la utilizada actualmente por la constitución chilena.

La visión clásica del poder reglamentario descansa sobre la exigencia del Estado de derecho cuya institucionalización del poder postula que no pueden existir normas sin investidura previa por un texto formal. Ahora bien, una tal concepción no permite asegurar y hacerse cargo a tiempo de las misiones que exige el interés general.

Desde entonces, incluso antes que el necesario reconocimiento de una competencia implícita (3) de los entes territoriales por parte de los tribunales y de la legislación, el argumento del interés general local o de los asuntos locales (1) estaba avanzado para justificar la existencia de un poder reglamentario territorial, de alguna forma autónomo, del momento que no contraviene otras normas de naturaleza superior o equivalente. El examen de las nociones e instituciones jurídicas desarrolladas en derecho comparado (2) parece llevar al mismo resultado.

### **1. La fragilidad de la noción de asuntos locales**

Si la noción de poder municipal fue rápidamente eclipsada, la idea de asuntos de la comunidad de habitantes gestionados a la vez en común y por un (buen) padre de familia<sup>1314</sup>, reaparecerá bajo la Restauración. Inicialmente el carácter patrimonial de derecho privado de los bienes comunales traduce bien la idea de asuntos propios a una comunidad reducida sobre ella misma.<sup>1315</sup> Sin embargo, J. CHAPUISAT ha señalado desde mucho tiempo la imposibilidad de encontrar un criterio definitivo del asunto local.<sup>1316</sup>

---

<sup>1313</sup> “En una primera época de la organización de las Municipalidades, frente al Estado que se preocupaba de problemas puramente políticos, los órganos locales tenían atribuciones sobre todos los problemas públicos; (...) A medida que el estatismo se hace presente en la organización jurídica de los pueblos, van disminuyendo las atribuciones municipales, conservando solamente el ejercicio de ciertos problemas municipales propiamente tales, en el sentido que pueda diferenciarse un contenido municipal independiente de la potestad estatal. A menudo coexisten atribuciones que ejercen paralelamente con organismos centrales, con una tendencia de éstos cada vez más centralizadora. En Chile, los Cabildos Coloniales tenían la plenitud de su competencia, que va disminuyendo poco a poco, hasta la dictación de la Constitución de 1833, eminentemente política, que acaba con la autonomía comunal.” BERNASCHINA p. 248, nº 118.

<sup>1314</sup> Así, H. de PANSEY escribía que « au-dessous des pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaire, il en est un quatrième qui, tout à la fois public et privé, réunit l'autorité du magistrat à celle du père de famille: c'est le pouvoir municipal. Quoique au-dessous des trois autres, ce pouvoir est cependant le plus ancien de tous ». Citado por CHAPUISAT, L.-J., *La notion d'affaires locales en droit français*, Thèse Paris II, 1972, pp. 300-301.

<sup>1315</sup> Cf. BOURJOL, J., *Les biens communaux*, Paris, L.G.D.J., 1989.

<sup>1316</sup> Salvo su tesis citada, ver CHAPUISAT, L.-J., « Les affaires communales », *AJDA* 1976 p. 470

Para IRRIBAREN, los municipios están “encargados de la gestión de los intereses que son los que derivan de las relaciones de vecindad que se producen entre los individuos que viven en un mismo territorio municipal, sujetos a las acciones y reacciones propias de la existencia en común y que da lugar a vínculo de interdependencia y a situación de solidaridad social”.<sup>1317</sup>

La relación entre interés local y poder de decisión ha sido expuesta a plena luz por HAURIOU como criterio de una entidad descentralizada: “en un país centralizado, se constata (...) que las administraciones locales tienen algunos intereses que no son derechos, porque no tienen los poderes de decisión necesarios para realizarlos por su cuenta y riesgo. Cuando el poder de decisión está acordado a las autoridades locales para la satisfacción de intereses locales, hay descentralización y, al mismo tiempo, creación de derechos departamentales o de derechos comunales. Y es por eso la descentralización administrativa es un régimen más jurídico que la centralización, porque tiende a aproximar los unos de los otros, los intereses y las competencias, para producir derechos, mientras que la centralización que tiende a disociar los intereses y las competencias, enrarece los derechos”.<sup>1318</sup>

No obstante, poco a poco se impuso la idea que el tránsito de la noción de asuntos locales a interés local, remarca aquello de la concepción material por los particulares de sus intereses, hacia una definición finalista por parte del Estado.<sup>1319</sup> Eso está confirmado por el hecho que, en virtud de la cláusula general de competencia, el concejo municipal está habilitado “a decidir sobre todas las cuestiones *de interés público comunal, so reserva que no estén atribuidas por la ley al Estado o a otras personas públicas* y que no hay usurpación sobre las atribuciones conferidas al alcalde”.<sup>1320</sup>

De mismo modo BERNASCHINA en Chile señalaba que “no existe una materia o contenido propio de la administración local, sino que este es un concepto formal, que está ligado al órgano encargado de resolver las correspondientes materias que la ley señala como de competencia de un órgano local, con validez dentro de una comuna o agrupación de

---

<sup>1317</sup> IRRIBAREN, J.A., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Editorial Nascimento, 1936, p. 157.

<sup>1318</sup> HAURIOU, M., *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence (3e année) et en doctorat ès-sciences politiques*, Sirey, Paris, 1910, p. 35.

<sup>1319</sup> AUTEXIER, CH., “L’ancrage constitutionnel des collectivités de la République”, *RDP*.1981, p. 582-620

<sup>1320</sup> CE, 29 janvier 2001, *Commune de Mons-en-Barœul*, Rec. n° 193716, *AJDA*, 2002, p. 42, note Y. JEGOUZO.

comunas”.<sup>1321</sup> Además, “la Constitución Política no ha entregado en Chile a las Municipalidades, una competencia total sobre los intereses locales.”<sup>1322</sup>

Es bien el Estado que debe definir el interés general y esto no puede ser dejado a la apreciación de los entes territoriales. Los autores chilenos han insistido sobre este punto desde el siglo XIX. Así J. HUNEEUS afirmaba que “el derecho de mi vecino es tan sagrado como el mío, y lo es tanto o más el derecho de la sociedad, el derecho de todos, representado por el Estado o Municipio...y [en relación a la propiedad] cuando la utilidad de todos exige la expropiación de lo que a alguien pertenece, la ley, si califica como cierta esa utilidad, declara la expropiación y limita así mi derecho en consideración al interés general”.<sup>1323</sup>

La creación y la definición subsecuente de la noción de interés comunitario en el caso de las intercomunalidades francesas ilustran bien ese apoderamiento por el Estado. Ella confirma por otra parte, que aplicada a las personas públicas, la noción de interés (propio, local, comunitario, etc.) no da una competencia general, puesto que los EPCI solo disponen de competencias especializadas. El simple reconocimiento por el Estado de estructuras administrativas personalizadas que gestionan intereses particulares distintos del interés general, no basta tampoco para caracterizar la descentralización.

La noción de “asuntos locales” o de “interés local”, inicialmente controvertida en cuanto a su contenido y sus límites, lo es hoy en cuanto a su existencia misma. De modo que la cláusula general de competencia sucedió, en Francia, a partir de los años 1970<sup>1324</sup> a la noción de asuntos, de interés local o aún de interés público local.

Imposible a definir, es el juez administrativo que dice lo que hay que entender, a tal época, por interés público local. Si su delimitación externa es relativamente fácil (límites legislativos, respeto de la iniciativa privada y de las libertades fundamentales)<sup>1325</sup>, es su

---

<sup>1321</sup>BERNASCHINA, op. cit. p. 17.

<sup>1322</sup>Ibid., p. 17.

<sup>1323</sup>HUNEEUS, J., *La Constitución ante el Congreso*, 1ª parte, Santiago, Imprenta de los Tiempos, 1879, p. 13. V. también ROLDÁN, A., *Elementos de Derecho Constitucional de Chile*, 2ª edición, Santiago-Valparaíso, Soc. Imprenta Litografía Barcelona, 1917

<sup>1324</sup>Así M. DOAT afirma que a partir de los años 70, « une partie de la doctrine a tenté de maintenir la notion d'affaires locales, après avoir toutefois pris la précaution de la qualifier de clause générale de compétence. », DOAT M., op. cit., p. 214.

<sup>1325</sup>« La définition de l'intérêt local permet de tracer les limites des compétences locales... les collectivités doivent tout d'abord respecter l'initiative privée, car la société française lui laisse une grande place, pour des raisons idéologiques et économiques, ne serait-ce qu'au nom de la liberté du commerce et de l'industrie et de la libre concurrence qui est l'une des bases du droit communautaire.... Les collectivités ne

delimitación interna que es más delicada. “Así, el criterio relativo a las necesidades de la población no debe ser considerado como la piedra angular de la noción de interés público local. El juez admite que la existencia de un « interés particular » permite justificar la presencia de un interés público local”.<sup>1326</sup>

## 2. La similitud de los problemas encontrados y de las soluciones propuestas en derecho comparado

Por sus análisis sociológicos del derecho y sus inspiraciones filosóficas, M. HAURIOU presentado – a veces de manera demasiado caricatural - como el defensor absoluto de la potestad pública, enriqueció la concepción del poder reglamentario por su enfoque institucional<sup>1327</sup>. La institución no se refiere solo al Estado, y el poder normativo puede entonces ser ejercido por otras instituciones, como los entes territoriales. En consecuencia, a diferencia de CARRÉ de MALBERG, el poder reglamentario no sirve solo para asegurar la ejecución de las leyes, pero “primero, [para] gobernar y administrar; luego para ejecutar la ley, lo que significa vivir primero, y luego, vivir regularmente”.<sup>1328</sup> Pero, esta autonomía, este gobierno de la *Polis* bien se comprende insertándose en la estructura estatal.

Por su parte, la doctrina en derecho comparado acepta mayoritariamente que se trata de un poder de “libre gestión” y no de “libre gobierno”<sup>1329</sup>.

Así, si la autonomía territorial esta en el corazón de la reflexión de la doctrina italiana, es una autonomía local que se inserta en el marco de la unidad del Estado<sup>1330</sup>, incluso si algunos

---

peuvent pas non plus empiéter sur les compétences attribuées par la loi à un autre niveau d’administration, et d’abord à l’État. La répartition des compétences entre personnes publiques constitue une autre limite de l’intérêt local » GONOD, P., MELLERAY, F. y YOLKA, Ph. (dir.), op. cit. p. 314

<sup>1326</sup>BARELLA, X., “Une prétendue solution contre les maux de la décentralisation. La suppression de la clause générale de compétence », REGOURD, S.; CARLES, J.; GUIGNARD, D. (dir.), *Réformes et mutations des collectivités territoriales*. Actes du colloque de Toulouse 2010 – IDETCOM (EA 785) Université Toulouse 1 Capitole, L’Harmattan 2012, p. 131. El autor se refiere aquí al fallo CE, 25 novembre 1988, *Dubois, Lebon*, p. 422, *AJDA*, 1989, p. 172, note J.-M. PONTIER.

<sup>1327</sup>HAURIOU, M. “La théorie de l’institution et de la fondation, essai de vitalisme social”, *Cahiers de la nouvelle journée*, n°4 repris en « Aux sources du droit – le pouvoir, l’ordre, la liberté », *Les Cahiers de la Nouvelle Journée*, n°23,1933, p. 89-128.

<sup>1328</sup>CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, Sirey, 1922, IIIème partie, p. 50. Note M. HAURIOU

<sup>1329</sup>FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit. n° 22 p. 26

<sup>1330</sup>Por ejemplo SANTI ROMANO se refiere bien al poder o capacidad de una entidad de dotarse de un ordenamiento jurídico, entero y propio, pero este debe insertarse en un ordenamiento superior, originario o estatal que lo reconoce y lo acepta. ROMANO SANTI, «Autonomía» en *Fragments de un diccionario jurídico*, trad, esp. de S. SENTIS y M. AYERRA, Buenos Aires, 1964, pp. 37 y s.; también *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. I, Cedam, Padova, 1930.

van más lejos reconociendo una cierta capacidad de determinación política<sup>1331</sup>, ésta es siempre limitada por la potestad estatal.<sup>1332</sup>

De la misma manera, la doctrina alemana después de C. SCHMITT intentó definir el *contenido esencial* de la garantía institucional, sin realmente lograrlo. Su influencia sobre el derecho español ha sido subrayada<sup>1333</sup>. Sin embargo, confusiones parecen inmiscuirse en una parte de la doctrina española que tiende a utilizar de manera indiferenciada la noción de cláusula de *competencia general*, como la esencia misma de la autonomía (*Allzuständigkeit*) en la decisión *Rastede*<sup>1334</sup>, y la *cláusula general* de competencia de las municipalidades del artículo 137 de la constitución española.

Conviene entonces, como lo notó X. BARELLA<sup>1335</sup>, distinguir la cláusula de competencia general de la cláusula general de competencia. Existe efectivamente como un cursor que se desplaza sobre una línea cuyos polos serían por una parte competencias mínimas, definidas estrictamente y que prohíben toda apropiación de competencia (incluso en caso de necesidad) y por otra, la cláusula de competencia general que es la marca de la autonomía real. Entre los dos, puede ser tolerada o reconocida (la necesidad hace ley) la existencia de una cláusula general de competencia. El primer caso corresponde al régimen de las regiones chilenas, el segundo al Estado, el tercero a las municipalidades chilenas y a las colectividades territoriales francesas.

En el caso alemán, “se trata de una autonomía funcional, con carácter administrativo, en la medida que corresponde a campos competencias locales, o atribuidas específicamente por la ley del *Land*”<sup>1336</sup>. Pero, esa autonomía funcional implica un cierto “derecho de auto-

---

<sup>1331</sup>GIANNINI, « Autonomía » en *Fragmentos de un diccionario jurídico*, trad, esp. de S. SENTIS y M. AYERRA, Buenos Aires, 1964, p. 365.

<sup>1332</sup>Porque, como lo nota CARROFERNÁNDEZ-VALMAYOR, “ésta afirmación viene enseguida matizada por el autor al observar que, en la medida en que solo el Estado está investido del poder soberano, al ser la comunidad estatal en su conjunto la única soberana, y faltar esta característica a los entes locales, el poder que éstos ejercen es un poder o potestad de orientación político-administrativa y no un poder político en sentido estricto (p. 365).” CARROFERNÁNDEZ-VALMAYOR, op. cit., nbp. N° 10, p. 548-549.

<sup>1333</sup>Para un resumen de los esfuerzos de la doctrina alemana, los conceptos y las técnicas de protección que propuso, y su recepción por la jurisprudencia constitucional española, ver: CARROFERNÁNDEZ-VALMAYOR, op. cit., p. 557 y sgtes.

<sup>1334</sup>Decisión del Tribunal constitucional alemán del 23 de noviembre de 1988, *Rastede*, BverfGE, 79, 1989, pp. 127 y sgtes.

<sup>1335</sup>BARELLA, X., “Une prétendue solution contre les maux de la décentralisation. La suppression de la clause générale de compétence”, op. cit, pp. 125-142.

<sup>1336</sup>Como lo subraya A. NOUREAU « La Loi fondamentale les investit de compétences propres: toutes les affaires de la communauté locale ». Encore faut-il comprendre ce que sont les affaires de la communauté



administración” mínimo que constituye la garantía constitucional de una competencia general “natural” y que el Tribunal constitucional recordó en la decisión *Rastede*. Se trata aquí de la presunción de una competencia general en beneficio de las comunas alemanas.

Se pudo hablar de subsidiariedad, pero es solo un eco de aquella porque es su libertad de acción que no debe ir en contra de las leyes (en general) y no la inversa. La defensa de atribuciones efectivas y mínimas para la aplicación del principio de libre administración por parte del *Conseil constitutionnel* francés contra las usurpaciones del legislador se inscribe en la misma lógica. En el mismo sentido, el Tribunal constitucional chileno afirmó que el “legislador puede precisar cuánta autonomía corresponde a un determinado órgano constitucional; pero no puede establecer interferencias externas incompatibles con dicha autonomía”.<sup>1337</sup> La autonomía territorial “real” reside verdaderamente en los *Länder*, conforme el modelo federal.

Del mismo modo en España, son las comunidades autónomas las que disponen de una “real” autonomía, la autonomía local, aunque enunciada por la Constitución (artículos 140-142), no tiene la misma amplitud que la de las comunas alemanas (*Gemeinden*). Éstas últimas tienen una competencia general de principio, que solo puede ser limitada por el (los) legislador(es) por razones de interés general superior. Las colectividades locales españolas solo están dotadas de competencias propias atribuidas por la ley, o por delegación del Estado o de las Comunidades autónomas y de una cláusula general de competencia residual.<sup>1338</sup>

En definitiva, el problema es saber cuáles son esos asuntos que constituirían el núcleo duro de los intereses locales, de la autonomía territorial, de la garantía institucional, etc. Después de muchos debates, la conclusión es que “por una parte, y eso es fundamental, no existen asuntos

---

locale! La Cour constitutionnelle (*Bundesverfassungsgericht*) a fait correspondre cette notion à l'ensemble des tâches ayant leur fondement et leurs racines dans la communauté locale ou étant dans un rapport spécial avec elle. Toutefois, la plupart des fonctions assumées par les communes reposent principalement sur des chefs de compétences d'origine légale; l'urbanisme, la gestion de l'eau, la construction et l'entretien des écoles, en sont des exemples. » NOUREAU, A., *L'Union européenne et les collectivités locales*, Thèse, Université de la Rochelle, 2011, se puede consultar en: <http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/59/09/66/PDF/TheseNoureau.pdf>, p. 98

<sup>1337</sup>STC 995 – 2007 “Control de Constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que establece un sistema de incentivos al desempeño de los fiscales y los funcionarios del Ministerio Público.

<sup>1338</sup>“En definitiva...la cláusula general se traduce en una de competencia de carácter residual en manos de los municipios para desarrollar toda clase de actividades que consideren de interés para su comodidad, siempre, claro está, que la ley no haya ocupado el correspondiente ámbito de actuación, reservándose a otra Administración pública en virtud de la existencia de un interés público prevalente que así lo exija”. CARROFERNÁNDEZ-VALMAYOR, JL., “El debate sobre la autonomía municipal”, op. cit. p. 577.

locales por naturaleza; por otra, que la clave de comprensión de lo que son los asuntos locales se encontraría en la idea de satisfacción de las necesidades de los habitantes de cada colectividad”.<sup>1339</sup>

En fin, no se puede fundar el poder reglamentario territorial, incluso residual, sobre alguna competencia general de las personas públicas. Ésta sería el equivalente de la capacidad de la personalidad jurídica de las personas físicas y se ha visto, con F. LINDITCH, que la competencia condiciona el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas de derecho público (otras que el Estado) de la cual es sola una adaptación y no una transposición exacta.

Al respecto, la personalidad jurídica de derecho público está ligada al principio de especialidad que, de una manera general, significa que la competencia de las personas morales está limitada al objeto para el cual le está conferida<sup>1340</sup>. A partir de eso, ésta competencia no puede general como lo es la capacidad jurídica para la persona física o la competencia general del Estado<sup>1341</sup>.

¿Pueden entonces las autoridades dictar, en ausencia de una ley, reglamentos, reconociendo así la posible existencia de un poder reglamentario independiente? Sí porque, si no tienen una competencia general, es decir la posibilidad de decidir sobre todos los aspectos de la

---

<sup>1339</sup>BÉNOIT, F.-P., « L'évolution des affaires locales. De la décentralisation des autorités à la décentralisation des compétences », en *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 24. Voir également: PONTIER, J.-M., “Semper Manet. Sur une clause générale de compétence”, *RDP*, 1984, pp. 1443-1472

<sup>1340</sup> « Le principe de spécialité va entraîner trois sortes de conséquences : d'abord, la nullité de tous les actes par lesquels une personne morale administrative déciderait d'entreprendre une activité sans rapport avec son objet, tel que celui-ci a été défini par la loi ou les actes qui l'ont instituée ; ensuite, l'impossibilité d'accepter une libéralité qui serait grevée d'une charge dont l'exécution obligerait la personne morale bénéficiaire à accomplir des actes ne relevant pas de sa compétence; enfin, l'irrecevabilité de la personne morale à défendre en justice des intérêts autres que ceux pour la représentation desquels elle a été créée. » CONSTANS, L., *Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français*, Paris, Dalloz, 1966, p. 12. Sobre la noción de especialidad, ver también: FERTSENBERG, J., *Recherche sur la notion juridique de spécialité des personnes publiques*, Thèse, Paris II, 1976.

<sup>1341</sup> El principio de especialidad no atañe al Estado porque « l'État a pour caractéristique, entre autres, une généralité de sa finalité consistant dans sa vocation à pouvoir assumer et défendre la totalité des intérêts des membres du groupe. Aucun principe de spécialité ne saurait a priori poser des limites à sa fonction. Première en assurant la sauvegarde du groupe, la fonction de l'État l'est encore en accomplissant les tâches les plus étendues et les plus nécessaires. » MOURGEON, J., *La répression administrative*, Paris, LGDJ, 1967, pp. 42-43. Seguramente, la Constitución chilena no se refiere expresamente a este principio, pero la lista tan detallada de las competencias de las regiones y de las municipalidades lo recuerda fuertemente. Es importante señalar este punto porque, por ejemplo, la Constitución francesa habla explícitamente del principio de especialidad de ciertas de sus colectividades de ultramar, pero no se trata para nada del principio de especialidad que acaba de evocarse. Cf. infra.

vida de la esfera pública, tienen la aptitud general a hacerse cargo de manera puntual de las necesidades de su población.

### **3. La teoría de los poderes implícitos y la consagración de la noción de cláusula general de competencia.**

La aplicación de la teoría de los poderes implícitos permite justificar el poder reglamentario territorial por una habilitación normativa general, la cláusula general de competencia, que le da, si no su fuerza, por lo menos un carácter de evidencia<sup>1342</sup>.

En efecto, “se admite la existencia de una competencia implícita cuando la autoridad de ejecución está autorizada a adoptar todas las medidas que implica una buena y completa ejecución de la ley sin haber sido invitada explícitamente por ella a hacerlo. De tal manera que si estos poderes no son formalmente incluidos en los términos de la habilitación legal, sin embargo ya lo están implícitamente”.<sup>1343</sup>

Ligada a los poderes necesarios para el cumplimiento de su misión, encuentra su origen jurisprudencial en Francia en las jurisprudencias *Jamart* de 1936<sup>1344</sup> y *Dehaene* de 1950<sup>1345</sup>, aunque se pueda, cronológicamente, relacionarla con la jurisprudencia anterior relativa al “socialismo municipal”<sup>1346</sup>, e incluso antes.<sup>1347</sup>

Esta extensión del poder reglamentario territorial se explicaría por las razones siguientes: primero, ciertas funciones atribuidas a las autoridades locales comportarían el otorgamiento implícito de un poder reglamentario como es el caso para cualquier autoridad ejecutiva en Francia – y en una institución en general – al título del poder de policía. En efecto, el poder de policía, responsable de “un cierto orden en la *Polis* (...) hace esencialmente parte de la competencia natural del poder ejecutivo”.<sup>1348</sup>

---

<sup>1342</sup>Para Francia, el Conseil d'État reconoció a las colectividades territoriales un verdadero "pouvoir réglementaire local spontané dans l'application des lois", C.E. 31.01.1990, *District urbain de Montbéliard*, A.J.D.A. 1990, p 492.

<sup>1343</sup>FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., n° 701 p. 543.

<sup>1344</sup>CE, sect., 7 février 1936, *Jamart*, Rec.p. 172; *Sirey*, 1937, IIIème partie, p. 113, note RIVERO

<sup>1345</sup>CE, 7 juillet 1950, *Dehaene*, Rec.p. 426; *RDJ*, 1950, p. 691, concl. GAZIER, note M. WALINE; *D.* 1950, p. 538, note GERVAIS.

<sup>1346</sup>CE, Sec., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Rec. p. 583

<sup>1347</sup>CE, 29 mars 1901, *Casanova*, Rec. p. 333, S. 1901.3.73, note HAURIOU.

<sup>1348</sup>TEITGEN, P. H., *La police municipale: étude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, Paris, Sirey, 1934, p. 1 et s.

Luego, está admitido que la norma que encarga a una autoridad de la ejecución de deliberaciones de una autoridad colegial<sup>1349</sup> confiere implícitamente a dicha autoridad ejecutiva el derecho de adoptar des reglamentos de ejecución de dichas deliberaciones<sup>1350</sup>.

En fin, por extensión de la famosa jurisprudencia *Jamart*, la autoridad ejecutiva local, como jefe de servicio, puede tomar reglamentos para la organización y el funcionamiento interno de los servicios<sup>1351</sup> cuando el reglamento nacional no lo hizo<sup>1352</sup>. Se notará que las leyes orgánicas chilenas relativas a las regiones y a las municipalidades prevén esa intervención del Intendente y del Alcalde.

B. FAURE, estimando que « la aplicación de esa teoría hace *que no exista vacío jurídico en derecho de las colectividades territoriales*»<sup>1353</sup>, menciona dos ejemplos; uno que tiene que ver con la organización interna de las colectividades<sup>1354</sup>, el otro ligada a una verdadera acción externa.<sup>1355</sup>

J.-M. AUBY, reconoció ya hace más de veinte años que “en ausencia de una ley, las autoridades locales pueden adoptar reglamentos”<sup>1356</sup>. Si es verdad que esas palabras estaban escritas en el marco de una reflexión sobre el origen legislativo o constitucional del poder reglamentario territorial, el cambio constitucional de 2003 no afecta la justeza de la afirmación, puesto que “esta intervención “inicial” es solo provisoria y debe situarse en el marco de las leyes cuando intervienen.

---

<sup>1349</sup> L. 2122-21 CGCT, pour le maire

<sup>1350</sup> El Conseil d’État francés admite esa solución desde bastante tiempo para el Alcalde, sea sobre petición del consejo municipal (C.E 18 janvier 1935, *Didier*, Rec. p. 67) o espontáneamente (C.E. 10 juillet 1954, *Brouillard*, Rec. p. 453).

<sup>1351</sup> Puede así reglamentar los horarios de atención de los servicios municipales, el ejercicio del derecho a huelga del personal municipal, etc.

<sup>1352</sup> CE 13 février 1985, *Syndicat communautaire d’aménagement de Cergy-Pontoise*, Rec. p. 37 : Si una ley no remite a un decreto de aplicación, « pertenece entonces al órgano de la colectividad local, competente para organizar los servicios de esa colectividad, fijar las reglas de aplicación » de aquella; *AJDA* 1985, p. 271, obs. J. MOREAU; *RFDA* 1985, p. 367, note J.-C. DOUENCE, p. 365 et obs. L. FAVOREU, p. 371.

<sup>1353</sup> FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 2e édition, 2011, n° 701 p. 543

<sup>1354</sup> CE 13 février. 1985, *Syndicat communautaire d’aménagement de l’agglomération nouvelle Cergy-Pontoise*, op. cit. A propósito de la aptitud de las comunas y sus agrupaciones para determinar las reglas de organización y funcionamiento de los comités de higiene y seguridad que la ley les encomendaba, pero sin precisar las condiciones de instalación.

<sup>1355</sup> CE 23 juin 1972, *Société La plage de la forêt*, *RDP* 1972. 1259, concl. F. BERNARD; *AJDA* 1972. 462. La construcción de una piscina en aplicación – implícita – de una ley sobre las instalaciones necesarias a la enseñanza parvularia, no es contraria a la libertad de negocio e industria.

<sup>1356</sup> AUBY, J.-M., “Décentralisation et sources du droit”, *AJDA* 1992, N° spécial: *Décentralisation: Bilan et perspectives*, p. 97.

La doctrina chilena va en el mismo sentido. Así, a la cuestión ¿Puede una autoridad administrativa dotada de potestad reglamentaria dictar normas reglamentarias, aunque no haya ley cuya aplicación se trata de proveer?, P. AYLWIN A. contesta: “entre nosotros se ha entendido que el Presidente de la República puede hacerlo, siempre, eso sí, que no contradiga una ley, ni invada materias propias de ley. Dentro de estas limitaciones, “no se discute la discrecionalidad” que puede asumir el contenido de un reglamento.”<sup>1357</sup>

Incluso más allá de alguna referencia a un ámbito reservado de los reglamentos, E. SILVA C. afirma que “la potestad reglamentaria en nuestro país es mucho más amplia que el simple papel de mecanismo ejecutor de la ley, y determinada en su alcance por la misión esencial de administrar el Estado que se le encomienda al Presidente de la República, ella se extiende aun a los casos no legislados, siempre naturalmente que no se atente contra los principios esenciales y fundamentales que consagra la Constitución, y –como es natural- siempre también que ella no vaya en contra de ley expresa”.<sup>1358</sup>

Estos dos autores refutan entonces la necesidad y la posibilidad absoluta de encuadrar de manera preventiva el ejercicio del poder reglamentario, como lo afirman algunos sobre la base de los artículos 6 y 7 de la Constitución. Tal posición va en contra la necesaria adaptabilidad y mutabilidad del servicio público.

En fin, E. SILVA C. destaca que “la potestad reglamentaria municipal es restringida, pues la Constitución y la ley se han encargado de precisar detalladamente las materias en que ella debe recaer. En otras palabras, a diferencia de la potestad reglamentaria del Presidente de la República que (...) se extiende al amplio campo de la actividad discrecional, los municipios sólo tienen una potestad limitada, es decir, se produce en el orden de las actividades regladas, o sea, con el carácter de ejecutora de la ley”. En eso, siempre según E. SILVA C., “el legislador ha sido en esto consecuente con el principio de que mientras al Presidente de la República le

---

<sup>1357</sup>AYLWIN AZ., P., *Derecho Administrativo*, T. 1, Editorial Universitaria S. A., 1959, pp. 45 a 47, cité por PANTOJA B., R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y Modernidad*, op. cit N° 43, p. 174.

<sup>1358</sup>SILVA C., E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, T. 1, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, éd. 1968, pp. 215-216, citado por PANTOJA B., R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y Modernidad*, op. cit. N° 43, p. 175. también SILVA B., A., *Tratado de Derecho Constitucional*, T 3, vol. II, Editorial Jurídica de Chile, , 1963, p. 260.

entrega la administración del Estado en general, a los Municipios les confía sólo la administración local de cada Comuna o agrupación de comunas”.<sup>1359</sup>

Esta posición de SILVA no obsta a la existencia de la cláusula general de competencia. Primero, como las comunas francesas, las municipalidades tienen atribuciones limitadas y enmarcadas por las leyes. Luego, se podría completar la afirmación de la manera siguiente: si el Presidente de la República está bien a cargo de la administración del Estado en general, las Municipalidades tienen a cargo, de una cierta manera, la administración local *en general* de cada comuna o agrupamiento de comunas y pueden entonces adoptar los actos normativos necesarios a las necesidades de la comunidad local.

En definitiva, la afirmación siguiente debería poder aplicarse a los dos órdenes jurídicos estudiados: “la cláusula general y el principio de especialidad tienden sino a confundirse, por lo menos a articularse: la cláusula de competencia nunca es completamente general, la especialidad de la legislación no encierra completamente la acción local. Pero, mientras la primera lectura es dinámica, la segunda es estática y descriptiva. En los dos casos, la acción local no está definida por la colectividad, pero sí por el Estado que fija la competencia”.<sup>1360</sup>

De tal modo que la renovación del principio de subsidiariedad ha podido dar la idea a algunos de justificar la existencia de una competencia general sobre la base de su aplicación.

## **B. Un intento de justificación “renovada” por el principio de subsidiariedad**

La interpretación y el margen de maniobra existen a todos los niveles de la administración central<sup>1361</sup>, es entonces difícil negarla a las autoridades descentralizadas. El juez administrativo francés siempre reconoció a las autoridades de las colectividades territoriales “el poder de fijar las modalidades de aplicación de la ley, en caso de laguna de la reglamentación y

---

<sup>1359</sup>SILVA C., E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, T.1 1954, p. 152.

<sup>1360</sup>DOAT M., op. cit., p. 215.

<sup>1361</sup>Así, el ex Primer ministro J.-M. AYRAULT, había seguido la sugerencia del informe LAMBERT-BOULARD (que se puede consultar en el sitio de A. Lambert. Consulta realizada el 02 de abril de 2013, p. 12 <http://www.alain-lambert.org/wp-content/uploads/2013/03/rapport-web-normes-final.pdf>), al dirigir a los directores de administración, a los prefectos y a los directores de establecimientos públicos nacionales una circular con fecha de 2 de abril, e indicarles simplemente : "A l'exception des normes touchant à la sécurité, il vous est désormais demandé de veiller personnellement à ce que vos services utilisent toutes les marges de manœuvre autorisées par les textes et en délivrent une interprétation facilitatrice pour simplifier et accélérer la mise en œuvre des projets publics ou privés."

cuando ello es exigido por las necesidades del servicio”.<sup>1362</sup> Se ha visto que el juez constitucional chileno tiene la misma posición.

La necesidad de dejar un margen de maniobra a los entes descentralizados vendría del principio de subsidiariedad. Esta invocación nueva a nivel estatal, después de su consagración a nivel europeo – pero por otras motivaciones –, recuerda bien que las “teorías [o la afirmación de grandes principios] son el resultado de obligaciones ejercidas por una serie de reglas adoptadas por razones políticas y de necesidades prácticas”<sup>1363</sup>. Es decir unas justificaciones *a posteriori*.

El principio de subsidiariedad puede aquí tomar dos formas.

Una concepción *a priori* positiva y abierta que prima en Francia, influenciada por su consagración comunitaria, en el sentido que el Estado debe abstenerse de actuar cuando el escalón inferior puede hacerlo mejor que él, y reconoce así la acción de los grupos, privados como públicos. Así, la cláusula general de competencia permitiría la aplicación del principio de moda de subsidiariedad, que estaría enunciado por el artículo 72 inc. 2 de la Constitución.

Una concepción que se puede calificar de negativa y restrictiva es la que prevale en Chile, en el sentido que “el poder central debe intervenir cada vez que los grupos o autoridades menores carezcan de los medios necesarios para llevar a cabo con eficacia una determinada acción”.<sup>1364</sup> Pero, es también más restrictiva porque reconoce la aplicación del principio de subsidiariedad solo en beneficio de los grupos privados. Por consiguiente, el Estado chileno puede afirmar que *los grupos o autoridades menores no* disponen de la capacidad necesaria y debe decidir por ellos. Esta concepción aún muy presente, impregnada por la figura paternalista de Portales, se potencia con la visión friedmaniana – impuesta por la dictadura de Pinochet- que escinde y debilita la sociedad entera, para empezar por sus manifestaciones colectivas.

En efecto, la ideología del modelo de sociedad impuesto por la dictadura militar ha sido traducida en derecho público por la exaltación del “Estado portaliano”. La re-creación de este modelo, limitado al mantenimiento del orden público y de la seguridad nacionales, sujetado de manera inflexible a la Constitución y a las leyes, condujo a la afirmación por una parte de la doctrina<sup>1365</sup> de un principio de legalidad en el sentido más estricto del término: el principio de la habilitación legal, según el cual cada uno solo puede actuar si ha sido expresamente habilitado

---

<sup>1362</sup>FAVOREU, L., observations sous l’arrêt CE, 13 février 1985, *RFDA*, 1985, p. 371.

<sup>1363</sup>TROPER, M., Préface de la thèse de BRUNET, P., *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l’État*, LGDJ-Bruylant- PUR, collect. *Pensée juridique*, 2004, p. IX.

<sup>1364</sup>TAPIA V., J., “Descentralización, Regionalización y Neosubsidiariedad”, *La reforma constitucional de 2005*, LexisNexis, 2006, p. 179.

<sup>1365</sup>Particularmente SOTO K., E., CALDERA, H.

por un texto constitucional o legislativo. A partir de aquí, no existe más margen de maniobra para cualquiera y la existencia de la cláusula general de competencia en beneficio de las administraciones territoriales resulta irrisoria. Así, la Contraloría General de la República afirmó que “acorde con el principio de que en derecho público sólo puede hacerse lo que está expresamente permitido”, las municipalidades no pueden hacer sino lo que la ley señala”.<sup>1366</sup>

Sin embargo, la afirmación de principio<sup>1367</sup> no resiste a los hechos, al examen de la historia constitucional<sup>1368</sup> y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.<sup>1369</sup>

El argumento de subsidiariedad debe ser relativizado. Primero, porque o es antinómico a la descentralización, o le es indiferente<sup>1370</sup>. Luego, “si uno se interroga (...) sobre la aplicabilidad del principio de subsidiariedad a las relaciones entre el Estado y las colectividades territoriales en el orden jurídico francés, estamos llevados a la conclusión que este principio no es ni pertinente, ni compatible, con el orden jurídico francés (...) porque arriesga fuertemente confundirse con el localismo e ir en contra de las exigencias elementales de igualdad y de solidaridad”.<sup>1371</sup> En realidad, los golpes al principio de igualdad ante la aplicación de la ley bien existen, pero no viene de una competencia de principio de los entes territoriales sino de las derogaciones expresas (constitucionales o legales) a las reglas tradicionales de repartición del poder normativo (cf. sección 2).

En conclusión sobre este punto, las reflexiones siguientes pueden ser rescatadas.

Primero, la constitucionalización de la noción de “asunto local”, que se encuentra al centro de la reflexión sobre la autonomía territorial, “sería un dato nuevo y mayor del estudio de la repartición de las competencias entre el Estado y las colectividades locales, y aproximaría el

---

<sup>1366</sup> CGR, Dictamen n° 23.024 de 15.09.1992, citado por PANTOJA B., R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y Modernidad*, Editorial Jurídica de Chile, 1994, N° 59 B., p. 225.

<sup>1367</sup> Como lo recuerda PANTOJA B., esa afirmación, desarrollada por una parte de la doctrina chilena en “simbiosis intelectual” con la dictadura, no encontró a la época contradictor debido al ambiente político del momento. PANTOJA B., R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y Modernidad*, op. cit. N° 42, p. 168.

<sup>1368</sup> La propia *Comisión de Estudio de la Nueva Constitución* no hizo suya además esa solución de encadenar la Administración.

<sup>1369</sup> STC Rol 1669-2010, “Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle”, *cons.* 21

<sup>1370</sup> Cf. capítulo 4.

<sup>1371</sup> MARCOU, G., « Principe de subsidiarité, constitution française et décentralisation », Paris, Datar & éditions de l’Aube, 1993.



derecho francés de modelos extranjeros”.<sup>1372</sup> Sin embargo, reconocer un “poder local inicial, basado sobre la noción de asunto local del cual dispondrían las colectividades territoriales, estaría a la frontera del derecho y, de este hecho, los actos locales no tendrían bases jurídicas sólidas”.<sup>1373</sup> Es decir a la frontera del derecho del Estado, un derecho definido por el Estado y no por la comunidad local.

Luego, la cláusula general de competencia no constituye la base de una teoría de competencias naturales de los entes territoriales. Su defensa en nombre del principio de subsidiariedad resulta entonces impertinente y técnicamente sería muy compleja. El ejemplo de la aplicación del principio de subsidiariedad a nivel europeo, tal como consagrado en el tratado de Lisboa resulta sobre este punto esclarecedor. En efecto, los diferentes Estados pueden defender sus competencias en el marco de las “competencias compartidas” de la Unión, porque ésta solo dispone de competencias de atribución y son los Estados los que tienen la competencia de principio, de las competencias “naturales”. Se ve bien entonces que el esquema es inverso al de las relaciones Estado-entes territoriales.

Por otra parte, “la vocación de adoptar las decisiones para ciertas competencias evoca la libertad de acción que está a la raíz de la libre administración y podría ser objeto del mismo tratamiento: el poder local de decisión puede ser limitado por la ley, salvo que esas limitaciones tomen un carácter excesivo e injustificado”<sup>1374</sup>. Se percibe bien la complejidad del dispositivo inducido y la discrecionalidad entregada a los jueces.

La cláusula de competencia general, no permite *a priori* determinar el órgano que debe intervenir y “conocer con antelación las competencias. No permite a la colectividad, cualquiera sea, hacer todo, pero no pone prohibición *a priori*”<sup>1375</sup>. Constituye una justificación jurídica *a posteriori* de la competencia que “permite de hacer otra cosa o de manera diferente que lo que hace el Estado, es la garantía del mantenimiento de la iniciativa, de la invención, sin las cuales toda repartición de las competencias estaría destinada a paralizar los papeles”<sup>1376</sup> de los diferentes actores.

---

<sup>1372</sup>FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire*, op. cit. p. 280.

<sup>1373</sup>BARELLA, X., “Une prétendue solution contre les maux de la décentralisation. La suppression de la clause générale de compétence », op. cit, p. 129.

<sup>1374</sup>DOUENCE, J.-C., « Le statut constitutionnel des collectivités territoriales », *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, Vol. 1, Chapitre 1., juin 2005, Éd. 2013, n° 181-183.

<sup>1375</sup>GONOD, P., MELLERAY, F. et YOLKA, Ph. (dir.), *Traité de droit administratif*, op. cit. p. 313.

<sup>1376</sup>PONTIER, J.-M., « Nouvelles observations sur la clause générale de compétence », op. cit., p. 394.

En fin, la especialización y la aptitud general de los entes territoriales reclaman precisiones que pueden variar de un sistema jurídico al otro. El Estado toma en cuenta las demandas territoriales y las adapta. Se pueden distinguir principalmente las demandas ligadas a reivindicaciones autonomistas (Córcega<sup>1377</sup>, Nueva-Caledonia, Mapuche, Isla de Pascua)<sup>1378</sup> y demandas de democratización de las instituciones territoriales, lo que explica la evolución perpetua de los procesos de descentralización. Porque, más allá, de esas peticiones que aparasen a primera vista como sectoriales, es la definición del interés general y de la igualdad que evolucionan y obligan a ordenar las competencias de los diferentes actores.

## **Sección 2. Los arreglos explícitos de las reglas de repartición del poder normativo**

Las alteraciones en la uniformidad de la validez territorial de las normas territoriales, múltiples manifestaciones de pluralismo jurídico, existen desde mucho tiempo y no se oponen forzosamente al carácter unitario del Estado.<sup>1379</sup>

El poder reglamentario territorial tiene la naturaleza de un poder normativo de tercer rango, incluso más bajo en la jerarquía normativa<sup>1380</sup>. En rigor su sujeción en Francia a los poderes normativos nacionales está hoy disminuida en el marco de las experimentaciones como en ciertas hipótesis que interesan el ultramar<sup>13811382</sup>, cuando está autorizado a penetrar en el ámbito de la ley o de los reglamentos nacionales.

Empero, otras nuevas pistas pueden ser consideradas, como la de la instauración de un pluralismo jurídico “étnico”. Se trata de discriminaciones jurídicas entre territorios<sup>1383</sup> y se puede establecer una graduación entre los que van a ser objeto de un estatuto constitucional o supra

---

<sup>1377</sup>Recordemos, por cierto, que son los diferentes proyectos de ley relativos a Córcega que llevaron al Constituyente a tomar posición sobre el poder reglamentario territorial en Francia.

<sup>1378</sup>Cf. infra.

<sup>1379</sup>STC Rol 1669-2010, Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle”, *cons.* 35: “Que en nada se opone al carácter unitario del Estado “*que ciertas normas, por su naturaleza misma, no se apliquen a todos los miembros de la sociedad política, sino a quienes se encuentren en las determinadas circunstancias que el legislador considere*”. Por otra parte, “*tampoco se opone al carácter unitario del Estado que ciertos mandatos puedan dictarse para que rijan únicamente en determinadas porciones del territorio*” (SILVA B., A., ob.cit. p. 79)”.

<sup>1380</sup>Cf. Capítulo 5.

<sup>1381</sup>En sí, este último constituye efectivamente, en algún modo, un derecho particular por sí solo.

<sup>1382</sup>AUBY, J.-B., « Réflexion sur la territorialisation du droit », en *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 13.

<sup>1383</sup>MELIN-SOUCRAMANIEN, F., « Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires », *RFDA*, 1997; MARTIN, R., « Le principe d'égalité face aux discriminations positives territoriales », *Études foncières*, n° 88, automne 2000.

legislativo (§2), y entonces de una protección reforzada y, más recientes, los que son temporales y mucho más enmarcados (§1). Esta verdadera “territorialización” del derecho<sup>1384</sup> postula que se trata de ámbitos dentro de los cuales los poderes normativos nacionales o se prohíben entrar, o para los cuales están obligados negociar.

### **§ 1. Los arreglos legislativos sobre autorización de la constitución**

Más allá de la técnica, común a Chile y Francia, de las leyes especiales derogatorias a la aplicación de normas de manera igual sobre el conjunto del territorio (A), la Constitución francesa ha previsto desde mucho tiempo, hipótesis de descentralización del poder de adaptación de las leyes y/o de los reglamentos para el ultramar (B). Desde 2003, existe igualmente el mecanismo de las experimentaciones-derogaciones normativas (C).

#### **A. Las técnicas de leyes especiales y de las habilitaciones legislativas**

Los ejemplos de leyes de circunstancias que transgreden al principio de igualdad en materia territorial son numerosos. En Francia, las leyes litorales y de montaña son regularmente citadas, pero otras numerosas normas de naturaleza financieras instauran múltiples derogaciones.

El *Conseil constitutionnel* reconoció que el legislador podía establecer modalidades particulares relativas a las condiciones de entrada y estancia de los extranjeros en Francia, para los D.O.M y Saint-Pierre-et-Miquelon, “justificadas por el estado de los flujos migratorios en ciertas zonas concernidas y la existencia de limitaciones administrativas debidas al alejamiento o a la insularidad de las colectividades en causa”<sup>1385</sup>. De mismo modo, aceptó que el campo de aplicación de las directivas territoriales de ordenamiento pudiera ser limitado a ciertas partes del territorio nacional, porque esa “*circunstancia...responde a la consideraciones de situaciones diferentes*”<sup>1386</sup>.

En el mismo sentido, la Constitución chilena ha sido modificada en 2007 y 2012, por las leyes n° 20.193 et 20.573. La primera introduce un nuevo artículo 126 bis que declara que Isla de Pascua y el archipiélago Juan Fernández son territorios especiales que estarán regidos por los estatutos especiales que establezcan las leyes orgánicas constitucionales respectivas. La segunda

---

<sup>1384</sup>MADIOT, Y., “Vers une territorialisation du droit?”, *RFDA*, 1995, p. 947 y s.

<sup>1385</sup>CC. Décision 93-325 D.C. du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l’immigration et aux conditions d’entrée, d’accueil et de séjours des étrangers en France* (cons. n° 66)

<sup>1386</sup>CC. Décision 94-358 D.C. du 26 janvier 1995, *Loi d’orientation pour l’aménagement et le développement du territoire* (cons. n° 3 y 5).

agrega un índice que establece que los derechos a residir, permanecer y trasladarse hacia y desde cualquier lugar de la República, garantizados en el numeral 7° del artículo 19, se ejercerán en dichos territorios en la forma que determinen las leyes especiales que regulen su ejercicio.<sup>1387</sup>

Por otro lado, la geografía extrema de Chile justifica numerosas otras leyes.<sup>1388</sup>

En fin, los proyectos y proposiciones de leyes buscando resolver una situación particular, aparecen a cada movimiento social de connotación amplitud dando la impresión de una improvisación permanente. Al lado de estas leyes específicas a un tema, figuran igualmente las leyes que habilitan directamente a las autoridades territoriales a usar un poder de aplicación de aquellas.<sup>1389</sup>

La discusión acerca de la posibilidad de un poder reglamentario territorial autónomo respecto del poder reglamentario estatal es regularmente reactivada por la doctrina.<sup>1390</sup> El derecho positivo no es hostil a un poder territorial de aplicación de las leyes para ciertos entes territoriales, puesto que la Constitución reconoce que algunos están llamados a aplicar las leyes relativas a sus competencias y puede decidir que una ley (orgánica) definirá las condiciones de ejercicio del poder de aplicación de las competencias descentralizadas. El reconocimiento a todas las autoridades territoriales de un poder de aplicación de las leyes “permitiría acercarse al

---

<sup>1387</sup> Art. 126 bis Constitución.

<sup>1388</sup> Cf. las leyes que prevén beneficios particulares – es decir, derogaciones al igual aplicación de la ley – para las zonas extremas. Por ejemplo: Ley N° 20.655 que establece incentivos especiales para las zonas extremas del país (D.O. de 1 de febrero de 2013); Ley N° 20.093 que establece un régimen transitorio para la aplicación del nuevo impuesto al gas como combustibles en la XII Región y modifica el artículo primero de la Ley N° 19.709. (D.O. de 21 de enero de 2006); Ley N° 20.058 que aumenta feriado anual a veinte días hábiles para los trabajadores que presten servicios en la XII Región de Magallanes y de la Antártica Chilena en la XI Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y en la provincia de Palena (D.O. de 26 de septiembre de 2005); Ley N° 19.946 que modifica la ley Austral en materia de crédito tributario y establece la ampliación de la zona franca de extensión de Punta Arenas a la Región de Aysén para bienes de capital. (D.O. de 11 de mayo de 2004); Ley N° 19.709 que establece régimen de zona franca industrial de insumos partes y piezas para la minería en la comuna de Tocopilla en la II Región. (D.O. de 31 de enero de 2001); Ley N° 19.669 que establece nuevas medidas de desarrollo para las provincias de Arica y Parinacota (D.O. de 5 de mayo de 2000); Ley N° 19.606 que establece incentivos para el desarrollo económico de las regiones de Aysén y de Magallanes y de la provincia de Palena (D.O. de 14 de abril de 1999); Ley N° 19.149 que establece un régimen preferencial aduanero y tributario para las comunas de Porvenir y Primavera de la Provincia de Tierra del Fuego de la XII región de Magallanes y de la Antártica Chilena. (D.O. de 6 de julio de 1992).

<sup>1389</sup> Cf. supra cap. 5.

<sup>1390</sup> G. CHAVRIER, por ejemplo, ha escrito recientemente que « l'intérêt de reconnaître un pouvoir initial au sens de Maurice BOURJOL et Jean-Marie AUBY – c'est-à-dire non subordonné à l'intervention d'une loi l'autorisant – est assez faible, voir négatif. (...) En revanche, la possibilité d'une autonomie du pouvoir réglementaire à l'égard du pouvoir réglementaire étatique – c'est-à-dire la possibilité de disposer d'un pouvoir réglementaire local non résiduel tout étant subordonné à la loi – est cardinale. », CHAVRIER, G., *Le pouvoir normatif local : en jeux et débats*, op. cit. p. 101.

ideal de la unidad en la diversidad y pondría fin a numerosos efectos perversos del acaparamiento de esa competencia por el gobierno”.<sup>1391</sup>

### **B. Las hipótesis de descentralización del poder de adaptación**

Aunque consagrada solamente en derecho francés, esa técnica jurídica puede ser de interés para el legislador chileno. Sin ir tan lejos, el Tribunal constitucional chileno estima sin embargo que, tratándose del poder reglamentario municipal, “la igualdad ante la ley (...) no exige una rigurosa y monolítica uniformidad de ordenamientos. El requirente no puede pretender una regla uniforme de actividad económica en materia de soterramiento, si cada realidad municipal es distinta.”<sup>1392</sup>

El *Conseil d’Etat* había subrayado en un dictamen que la posibilidad, para la colectividad territorial de Córcega, de adaptar medidas reglamentarias, estaba subordinada a la exigencia que no “alcance la competencia que pertenece al Primer ministro de dictar reglas nacionales aplicables al conjunto del territorio”<sup>1393</sup>. Ésta solución consistiría finalmente a la generalización o extensión de las disposiciones relativas al ultramar (art. 73 et 74) – es decir la existencia de una esfera de competencias protegidas de las usurpaciones del ejecutivo nacional – al conjunto de las colectividades territoriales francesas. Pero, esa solución, al igual que otras proposiciones formuladas aquí, necesitaría una revisión constitucional. Se trataría, ni más ni menos, que dé un paso suplementario hacia el abandono de la unidad normativa y de la igualdad de los ciudadanos ante la aplicación de la ley.

El poder reglamentario de las colectividades de ultramar está regido por las disposiciones de los artículos 72-3 a 74-1 de la Constitución.<sup>1394</sup> El artículo 72-3 designa nominativamente cada una de esas colectividades y define dos categorías estatutarias.

Por una parte, las que tienen el estatuto de departamento y de región de ultramar (DROM por su sigla francesa) y que, regidas por el artículo 73 donde se aplican de pleno derecho las leyes y reglamentos en virtud del principio de asimilación legislativa, se pueden beneficiar de un poder de adaptación.

---

<sup>1391</sup>Ibid.

<sup>1392</sup>STC Rol 1669-2010, *Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*, cons. 65.

<sup>1393</sup>Citado por BARELLA, X., *Les collectivités territoriales et la loi en droit public français*, op. cit., p. 260, nbp n° 919.

<sup>1394</sup>La Nueva-Caledonia está regida por las disposiciones del título XIII y no tiene, de todas maneras, el estatuto de colectividad territorial.

Por otra, las colectividades de ultramar(COM por su sigla en francés) regidas por el artículo 74 y el principio de especialidad legislativa (cf. infra).<sup>1395</sup>

El artículo 73 de la Constitución fija el régimen de los departamentos y regiones de ultramar, indicando que están sometidos al principio de la asimilación legislativa<sup>1396</sup>, pero a un principio suavizado. El régimen anterior a la reforma de 2003 entendía la asimilación como implicando la aplicación de pleno derecho del derecho de la metrópoli a esas colectividades territoriales, salvo que una adaptación de las normas se hiciera necesaria en consideración de presiones y características particulares. El artículo 73 autoriza hoy flexibilizaciones que permiten de mejor modo tomar en cuenta la especificidad y las preocupaciones de los departamentos y regiones de ultramar.<sup>1397</sup>

En primer lugar, inspirándose de la redacción del artículo 299-2 del Tratado de Ámsterdam<sup>1398</sup>, se abre de modo más amplio a la posibilidad de adaptar las leyes y reglamentos<sup>1399</sup>, autorizando, no más las solas adaptaciones necesita dadas por la situación particular de esas colectividades, sino que el conjunto de los ajustes que tienen que ver con sus características y obligaciones particulares (art 73 inc. 1)<sup>1400</sup>.

En segundo lugar, permite al legislador o al gobierno, habilitar a la colectividad que lo desea, a fijar ella misma esas adaptaciones, en los asuntos donde se ejerzan sus competencias (art. 73 inc. 2). Esa novedad permite hablar de una *descentralización del poder de adaptación*,

---

<sup>1395</sup>El paso de un régimen al otro está subordinado a la intervención de una ley orgánica, y no podrá efectuarse sin que el consentimiento de los electores de la entidad, o de la parte interesada de esta, haya sido previamente recabado. La consulta se está convocada por una decisión del Presidente de la República (art. 72-4).

<sup>1396</sup>La ley n° 46-451 du 19 mars 1946 ha establecido las reglas de aplicación del principio de asimilación legislativa y reglamentaria (arts. 2 et 3).

<sup>1397</sup>Como lo había indicado Sra. B. GIRARDIN, ministra del ultramar, durante su audición por el Senado, « les règles relatives au transport scolaire en Guyane, qui s'effectue par pirogue, ou les procédures applicables en matière de délégations de service public s'agissant de « taxis brousse » ne sauraient être les mêmes qu'en métropole, et leur inadaptation outre-mer aboutissait à un phénomène de rejet de la part des populations s'estimant être « les grandes oubliées de la République ».

<sup>1398</sup>Hoy artículo 349 del Tratado de funcionamiento de la Unión europea (TFUE).

<sup>1399</sup>Era paradójal que el derecho comunitario hubiera permitido adaptaciones más amplias a los departamentos de ultramar que el derecho constitucional nacional.

<sup>1400</sup>« Dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités »

porque una colectividad se ve dotada de un **poder reglamentario** que le permite **adaptar los textos reglamentarios y legislativos** por deliberación de su asamblea.<sup>1401</sup>

**Sin embargo, dos límites están previstos: se debe tratar de una intervención en sus ámbitos de competencias<sup>1402</sup> y debe haber una habilitación reglamentaria o legislativa previa.**

En tercer lugar, y como en los casos precedentes a su petición, “para tener en cuenta sus particularidades, esas entidades podrán ser facultadas, según el caso, por la ley o por el reglamento, para que ellas mismas establezcan las reglas aplicables sobre su territorio, en un número limitado de materias que podrán pertenecer al ámbito de la ley o del reglamento” (73 inc. 3<sup>1403</sup>). Eso sí, se establece una doble reserva: esas reglas no pueden ejercerse sobre una lista de materias consideradas como de soberanía (*régaliennes*) (73 inc. 4).<sup>1404</sup> Tampoco pueden intervenir cuando se trate de las condiciones fundamentales para el ejercicio de una libertad pública o de un derecho garantizado por la Constitución (73 inc. 6).

---

<sup>1401</sup> Antes de la reforma constitucional, las colectividades disponían solo de un poder de adaptación en el ámbito reglamentario de sus competencias. El artículo 73-2 permite hoy a algunas asambleas territoriales adaptar leyes. Durante su audición por la comisión de las leyes del Senado relativa al proyecto de ley constitucional relativa a la organización descentralizada de la República, M. O. GOHIN estimó que tal posibilidad de proceder a adaptaciones en materias legislativas creaba la confusión con el régimen jurídico del artículo 74 que se aplica a las colectividades sometidas al principio de especialidad legislativa. Audition de M. O. GOHIN, (17 octobre 2002) par la commission des lois du Sénat relative au projet de loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République.

<sup>1402</sup> Recuerdo que además de las competencias normalmente atribuidas a las colectividades metropolitanas, las regiones de ultramar benefician de competencias más amplias, particularmente en materia de desarrollo y ordenamiento y en materia financiera.

<sup>1403</sup> « Par dérogation au premier alinéa et pour tenir compte de leurs spécificités, les collectivités régies par le présent article peuvent être habilitées, selon le cas, par la loi ou par le règlement, à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi ou du règlement. »

<sup>1404</sup> Es decir la reglas a “la nacionalidad, derechos cívicos, garantías de libertades públicas, estado y capacidad de las personas, organización de la justicia, derecho penal, procedimiento penal, política exterior, defensa, seguridad y orden público, moneda, crédito y cambios, así como al derecho electoral. Esta enumeración se podrá precisar y completar por ley orgánica”. M. O. GOHIN había observado que la lista de esas materias insusceptibles de estar transferidas a las colectividades no era semejante a la del artículo 34 de la Constitución, lo que podía ser perjudicial a las libertades públicas. Audition de M. O. GOHIN, (17 octobre 2002) par la commission des lois du Sénat relative au projet de loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République.

### C. Los recursos a las experimentaciones-derogaciones

El establecimiento o el reconocimiento de estatutos específicos es la piedra angular que puede permitir evoluciones normativas, como la de la adaptación, pero la técnica de las experimentaciones-derogaciones normativas, plantea igualmente cuestiones.

El artículo 72 inc. 4 dispone que “en las condiciones previstas por la ley orgánica, y salvo que se trate de las condiciones esenciales para el ejercicio de una libertad pública o de un derecho garantizado por la Constitución, las entidades territoriales o agrupaciones podrán, cuando esté previsto por la ley o por el reglamento, derogar, a título experimental y por una duración y fin limitados, las disposiciones legislativas o reglamentarias que rigen el ejercicio de sus competencias”. Los artículos LO1113-1 a LO1113-7 constituyen el capítulo III: “Experimentación” de la primera parte del Código general de las colectividades territoriales<sup>1405</sup>.

Se trata, sin por eso modificar la repartición normal del poder normativo entre el legislador, el gobierno y las colectividades territoriales, de permitir una aplicación limitada de la ley o del decreto en cuanto al objeto, el espacio y el tiempo.

Ya se ha evocado las experimentaciones utilizadas por el legislador o el gobierno para transferir competencias y, “es obligatorio reconocer que existe entre los dos tipos de experimentación - experimentaciones-transferencias y experimentaciones-derogaciones - una verdadera diferencia de naturaleza; en el primer caso, se trata de confiar una nueva competencia a una colectividad y, en el segundo, de confiar a dicha colectividad un poder normativo que interviene en el campo de la ley. Mientras que el primero representa un episodio habitual de la descentralización, el segundo es una novedad jurídica que modifica la jerarquía de las normas y exige en consecuencia un encuadramiento suficiente”.<sup>1406</sup> Porque, “en esa perspectiva, las colectividades territoriales estarán autorizadas a elaborar ellas mismas las condiciones en las cuales ejercerán sus competencias”.<sup>1407</sup>

Hasta hoy, solo el ultramar conocía las adaptaciones normativas. Con la reforma constitucional de 2003, como la constitución no preveía una posibilidad de adaptación de las reglas a la especificidad de cada una de las colectividades metropolitanas, esa intervención toma la forma de una experimentación<sup>1408</sup>.

---

<sup>1405</sup>Se puede consultar sobre el sitio <http://www.legifrance.gouv.fr>

<sup>1406</sup>Informe de M. PIRON en nombre de la comisión de las leyes de la A.N., n° 955

<sup>1407</sup>BARELLA, X., *Les collectivités territoriales et la loi en droit public français*, op. cit., p. 263

<sup>1408</sup>CHAVRIER, G., *Le pouvoir normatif local : en jeux et débats*, op. cit., p. 72



Tratándose del encuadramiento de las experimentaciones normativas, los textos legislativos y reglamentarios que prevén una experimentación, y limitan para tal efecto el campo de aplicación de la nueva norma, deben fijar un conjunto de condiciones que permiten asegurar un equilibrio entre el interés general que se vincula con la prueba de nuevas reglas y las exigencias del principio de igualdad. El artículo 1º (hoy art. L.O 1113-1 CGCT) de la ley orgánica del 1º de agosto de 2003<sup>1409</sup> precisa que será una ley o un reglamento que deberá autorizar la experimentación, fijar su objeto, precisar las disposiciones a las cuales se puede derogar y la duración que no puede exceder cinco años. Así, el tiempo durante el cual coexistieran las normas antiguas y las normas cuya pertinencia se quiere probar, debe ser fijado con precisión, en función de aquel requerido para que, según la materia en cuestión, los resultados de la prueba puedan ser eficazmente evaluados. Ese periodo expirado, es una regla única que se aplicará, sea porque el legislador o el poder reglamentario habrán decidido generalizar la norma experimentada, eventualmente enmendada, sea la norma antigua que recuperara su entero campo de aplicación porque los resultados no habrán convencido a las autoridades nacionales.<sup>1410</sup>

Al lado de los límites constitucionales fijados para las autorizaciones<sup>1411</sup>, hay que contar sobre aquellos fijados por la jurisprudencia constitucional, particularmente en lo que concierne

---

<sup>1409</sup>Loi organique n° 2003-704 du 1<sup>er</sup> août 2003 relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales, J.O., 2 août 2003, p. 13217 et CC. Décision n°2003-478 DC du 30 juillet 2003, J.O., p. 13302, Rec. 406.

<sup>1410</sup>Ver el informe del *projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République*, Texte n° 24 (2002-2003) de M. D. PERBEN, garde des Sceaux, ministre de la justice, déposé au Sénat le 16 octobre 2002, N° 24 rectifié Sénat, session ordinaire de 2002-2003, Annexe au procès-verbal de la séance du 16 octobre 2002

<sup>1411</sup>Art. 72 inc. 4: « salvo que se trate de las condiciones esenciales para el ejercicio de una libertad pública o de un derecho garantizado por la Constitución ».

el principio de igualdad ante la ley<sup>1412</sup>, y en fin la intervención del representante del Estado que puede ser suspensiva<sup>1413</sup>.

Se está entonces, según B. FAURE<sup>1414</sup>, más bien en presencia de un “derecho a pedir la experimentación” que de un “derecho a la experimentación” porque es el Estado, y ¿quién más podría?, que sigue decidiendo en última instancia.<sup>1415</sup> La ley orgánica n° 2003-704 del 1° de agosto de 2003 prevé que la lista de las colectividades territoriales autorizadas a proceder a la experimentación está establecida por decreto del gobierno. De este modo, el poder reglamentario nacional permanece amo del juego, porque solo él puede autorizar.<sup>1416</sup> Se debe entonces subrayar el carácter residual y subordinado de la experimentación normativa.

Por otro lado, la posibilidad abierta a las colectividades territoriales de derogar, a título experimental, la ley o los reglamentos, “solo puede intervenir para descartar o completar una ley [o un reglamento] existente y únicamente en un ámbito de competencia de la colectividad”.<sup>1417</sup>

Las disposiciones del artículo 72 inc. 4 de la Constitución empezaron a ser aplicadas, por ejemplo del RSA<sup>1418</sup> en la ley del 21 de agosto de 2007 a favor del trabajo, del empleo y del poder adquisitivo (TEPA).<sup>1419</sup> Pero, según F. CROUZATIER-DURAND, “la descentralización

---

<sup>1412</sup> El derecho a la experimentación debe ser conciliado con el principio de igualdad que tiene valor constitucional repitiendo así una jurisprudencia constitucional antigua relativa a la descentralización. CC. Décision n°84-185 DC du 18 janvier 1985, *Rapports entre l'État et les collectivités territoriales*, Rec. 36, cons. 18 : « Si le principe de libre administration des collectivités territoriales a valeur constitutionnelle, il ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi organisant l'exercice d'une liberté publique dépendent de décisions des collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire. Également CC. Décision n° 93-329 DC du 13 janvier 1994, *Conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales*, Rec. 9, cons. 27 ; CC. Décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*, rec. 70, cons. 29.

<sup>1413</sup> Art. 72 inc. 6: « En las entidades territoriales de la República, el representante del Estado, que lo es también de cada uno de los miembros del Gobierno, velará por los intereses nacionales, el control administrativo y el respeto a las leyes. » y art. LO1113-4 CGCT.

<sup>1414</sup> FAURE, B., « L'intégration de l'expérimentation au droit public français », en *Mélanges en l'honneur de F. Moderne. Mouvement du droit public*, Dalloz 2004, p. 184-185.

<sup>1415</sup> Ver art. LO 1113-2 CGCT.

<sup>1416</sup> Pero, parecería que se trata de una competencia ligada u obligatoria del gobierno. ¿será lo mismo para el Parlamento?

<sup>1417</sup> CROUZATIER-DURAND, F., « L'expérimentation juridique », en PAVIA, M.-L. (dir), *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales: aujourd'hui et demain*, op. cit. p. 127.

<sup>1418</sup> El *revenu de solidarité active* (RSA) debe facilitar y volver atractivo el regreso al empleo para los beneficiarios de los subsidios sociales mínimos y reemplazar el RMI.

<sup>1419</sup> Cf. Loi du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat (TEPA), art. 18 à 21; JO 22 août 2007 et le Décret n°2007-1879 du 26 décembre 2007 (JO 30.12.2007, p. 21891) donnant la

tal como está prevista se detiene a las puertas del poder normativo. La emancipación jurídica de las colectividades territoriales no logró darles una autonomía real en la concepción de las políticas que tiene a cargo”.<sup>1420</sup>

Es un hecho que las experimentaciones normativas no han conocido un gran éxito. Según el mismo autor<sup>1421</sup>, eso se puede explicar por la importancia de las transferencias de competencias efectuadas por el Estado sobre la base del artículo 37-1 que bloquearían, de algún modo, la iniciativa de las colectividades territoriales. Pero, eso se debe seguramente también a la importancia y a la cantidad de las condiciones de aplicación. “No obstante, hace falta reconocer que los peligros del método experimental respecto de los principios fundamentales de igualdad de los ciudadanos ante la ley, de indivisibilidad de la República y de soberanía, puesto que supone una delegación de competencia, imponen este marco jurídico”<sup>1422</sup>.

A pesar de todas las precauciones tomadas y los discursos tranquilizadores, dudas permanecen en cuanto a los peligros, o al menos a las consecuencias, de diferenciación de la legislación aplicable sobre el conjunto del territorio. Más importante aún, la experimentación-derogación del artículo 72 inc. 4 puede estar aplicada por agrupamientos de colectividades territoriales. Es decir que las nociones de libre administración, de colectividad territorial o aún de representantes elegidos por sufragio universal directo ya no son más nociones esenciales para fundar la existencia de un poder reglamentario territorial, que puede además derogar a las disposiciones legislativas o reglamentarias.

Las disposiciones sobre la experimentación cuestionan el principio de indivisibilidad del territorio y de igual aplicación de la ley y pueden conducir a reforzar las desigualdades entre colectividades. Así las colectividades más ricas podrán fácilmente emprender experimentaciones que las más pobres. Durante su audición por la comisión de las leyes del Senado, J.-B. AUBY había destacado que las experimentaciones permitirían una diferenciación entre colectividades territoriales y que arriesgaban chocar con el principio de igualdad, agregando que la principal

---

liste des collectivités territoriales autorisées à participer à cette expérimentation, fondée sur la combinaison des art. 37-1 et 72 al. 4 CPR.

<sup>1420</sup>CROUZATIER-DURAND, F., « Le succès des expérimentations normatives étatiques face aux échecs de l'expérimentation normative locale », en BRISSON, J.-F. (dir.), *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales*, op. cit. pp. 227.

<sup>1421</sup>CROUZATIER-DURAND, F., « L'expérimentation juridique », op. cit., p. 127-128

<sup>1422</sup>Idem., p. 128.

dificultad técnica estaría vinculada a la necesaria reversibilidad de las experimentaciones.<sup>1423</sup> El problema planteado por la intangibilidad de las decisiones individuales creadoras de derecho es real. En efecto, si “la habilitación de derogar a las reglas vigentes, de igual modo que el abandono de las reglas derogatorias, se asemeja a una aplicación del principio permanente de adaptación<sup>1424</sup> de la reglamentación administrativa necesaria para hacerla evolucionar según las necesidades del momento o del lugar”; “en cambio, las decisiones individuales que habrán sido tomadas en esa oportunidad, sobre el fundamento de los reglamentos derogatorios, resultarían casi irrevocables si han conferido derechos o ventajas a sus destinatarios”.<sup>1425</sup> Así, la experimentación bien debe analizarse como una derogación al principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley.<sup>1426</sup> Similares disposiciones no existen, según lo que se, en derecho chileno.

Por otro lado, las disposiciones del artículo 72-4 pueden, llegado el caso, estar combinadas con las del artículo 37-1<sup>1427</sup>, de manera a realizar experiencias relativas al traspaso una competencia - hasta entonces detentada por el Estado - a las colectividades territoriales, y al mismo tiempo sobre la evolución de las normas relativas a esta transferencia.

Se trata bien de crear, adaptar o desarrollar un orden jurídico liberado por parte de las trabas de una norma superior de orden estatal. Parece poder resolver el problema constitucional de la conciliación entre el principio de igualdad entre los territorios y su libertad, es decir la unidad del territorio nacional y la autonomía de los territorios. Para resolver esa contradicción, la uniformidad deja el lugar a una nueva definición de la unidad y la igualdad se hace compleja<sup>1428</sup>.

En fin, si se ha podido hablar, para las disposiciones del artículo 73 de la Constitución relativo a los departamentos y regiones de ultramar, de *transferencia de un verdadero poder*

---

<sup>1423</sup>Audición de J.-B. AUBY, (17 octubre 2002) por la comisión de las leyes del Senado relativa al *projet de loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*.

<sup>1424</sup>GUIHEUX, G. evoca una simple declinación del principio de mutabilidad. GUIHEUX, G. (dir.) *La mise en œuvre de la décentralisation : étude comparée France, Belgique, Canada*, “Introduction”, op. cit. p. 8.

<sup>1425</sup>FAURE, B., «L'intégration de l'expérimentation au droit public français», en *Mélanges en l'honneur de F. Moderne. Mouvement du droit public*, Dalloz 2004, p. 177.

<sup>1426</sup>BARELLA, X., *Les collectivités et la loi*, Thèse UT1, 2010, p. 263.

<sup>1427</sup>Ver por ejemplo el artículo 142 de la ley de finanzas para 2007 a propósito del financiamiento de la prima de regreso al empleo para los beneficiarios del RMI y la posibilidad de derogar ciertas disposiciones del Código del trabajo.

<sup>1428</sup>M. WALZER, *Las esferas de la justicia*, FCE, México, 2001, pp. 17-43.

*normativo porque no se trata* más de simples adaptaciones de leyes o reglamentos nacionales, pero de la capacidad de **reglamentar en el ámbito de la ley o del reglamento – entonces de la** competencia del Estado y no más de la colectividad-, la combinación de esas disposiciones con la del artículo 72-4 presenta otra interrogante.

En efecto, los incisos 2 y 3 del artículo 73 **introdujeron muchas interrogaciones porque no recogerían las garantías fijadas por el artículo 74. Los procedimientos establecidos por esas disposiciones, sobreponiéndose a las posibilidades generales de experimentación previstas por el artículo 72 y a las opciones posibilidades de adaptación abiertas al primer acápite del artículo 73, golpean fuertemente el principio de la asimilación legislativa.**

Sin embargo, además de los límites relativos a las materias que pueden ser objeto de tales intervenciones, su lugar secundario, incluso terciario, en la jerarquía de las normas se mantiene. Ello, **en virtud del principio general según el cual, salvo disposición constitucional contraria, las deliberaciones de una asamblea territorial tienen valer reglamentario.**

Como en Francia, en Chile también la cuestión no tardará en plantearse y desarrollarse. El alejamiento y la diversidad de las situaciones no permiten que todo esté solucionado por leyes específicas y decretos presidenciales. El único argumento que aún puede servir a la centralización normativa existente, es la debilidad democrática de las regiones y la exigencia de garantizar una igual protección de los derechos fundamentales. Como todo no puede ser regulado por antelación, quizás sería útil prevenir a nivel constitucional mecanismos de evolución. Al momento de los debates sobre la necesidad de una nueva constitución, puede resultar interesante tomar en consideración las experiencias extranjeras.

## **§ 2. Los arreglos constitucionales de repartición del poder normativo**

L.LEMOUZY hacia la cuestión de saber si ¿es “tan revolucionario, en este periodo de aceleración y entonces de adaptación permanente, introducir una cierta diversificación territorial de las normas jurídicas adoptadas por los elegidos del sufragio universal directo? Es necesario recordar que ejemplos extranjeros ponen en evidencia que es posible, incluso en un Estado unitario, desacoplar las responsabilidades nacionales de las responsabilidades territoriales. El dispositivo normativo francés actual está momificado, como vitrificado por los principios fundadores del Estado republicano. La tradición política jacobina, insistiendo sobre la Unidad

nacional y el principio de Igualdad, chocó durante mucho tiempo con la idea de una diferenciación de la acción pública en función de los contextos territoriales. Hoy, sin embargo, (...) sería bueno reconocer que ha llegado el tiempo que las normas sean dictadas no bajo la «dictadura de la emergencia», pero simplemente con la idea que el Estado no es el único capaz de promover el interés general”.<sup>1429</sup>

Este pluralismo jurídico ya está presente como se ha visto, pero permanece bajo control del juez administrativo u ordinario, porque la repartición normativa está efectuada por el legislador y no por el constituyente.

Al nivel constitucional, se puede deslindar, en una perspectiva creciente de perjuicio a la soberanía del legislador, soluciones ya en obra o en estudio. Así, Francia consagró el principio de especialidad legislativa y las leyes del “país” polinésicas (A). Sin embargo, parece que es del lado de los tratados internacionales que viene la “amenaza” (B). En fin, el examen de soluciones existentes en formas de Estados calificados de regionales u autonómicos (C) puede ayudar a conceptualizar un nuevo dispositivo normativo que beneficie al Estado, pero también a los entes territoriales (D).

#### **A. Las colectividades francesas de ultramar (COM) regidas por el artículo 74: principio de especialidad legislativa y las leyes del país**

El artículo 74 de la Constitución establece el estatuto constitucional de las colectividades de ultramar. Esa categoría, cuyo régimen de aplicación de las leyes no es uniforme, está constituida de **la Polinesia francesa, de las islas Wallis-et-Futuna, Saint-Barthélemy, Saint-Martinyde Saint-Pierre-et-Miquelon.**

Solamente las dos primeras gozan del principio de especialidad legislativa que permite ajustar mejor su estatuto a sus especificidades y sus demandas. El régimen de especialidad impone al legislador mencionar expresamente la aplicación de las leyes metropolitanas a esas colectividades. Disponen de un estatuto particular, aprobado previo dictamen de la asamblea deliberante, que considera los intereses de cada una dentro de la República y que está definido por una ley orgánica. Se establece las condiciones en que son aplicables las leyes y reglamentos, define la extensión de su competencia normativa, so reserva de las materias de soberanía (régaliennes) enumeradas en el inciso 4 del artículo 73 y determina las condiciones según las cuales sus instituciones son consultadas sobre los proyectos y proposiciones de ley y los

---

<sup>1429</sup>LEMOUZY L., Editorial, *Pouvoirs Locaux* N° 86, *Quel pouvoir normatif aux territoires?*

proyectos de ordenanza o de decreto que incluyan disposiciones particulares a la entidad, así como sobre la ratificación o aprobación de compromisos internacionales concertados en materias que sean de su competencia.

Salvo esos estatutos derogatorios, el artículo 74 reserva menciones a las colectividades que gozan de la autonomía, es decir (por el momento) la Polinesia francesa.

Primero, se reconoce la **posibilidad de tomar medidas justificadas por las necesidades locales**<sup>1430</sup> **a favor de la población** de la colectividad en materia de acceso al empleo, de derecho de establecimiento para el ejercicio de una actividad profesional o de protección del patrimonio de bienes raíces. De mismo modo que eso existía ya para Nueva-Caledonia, se trata de permitir a la Polinesia francesa **derogar el principio de igualdad en beneficio de la preferencia local** en esos ámbitos.

Luego, el **Estado puede asociar las instituciones de la colectividad al ejercicio de las competencias conservadas por él**. Estos mecanismos de asociación pueden en particular aplicarse en materia de conducción de las **relaciones exteriores** en su marco regional. Podrán también concernir al **procedimiento penal, para** permitir a una colectividad que tiene competencia para dictar reglamentaciones sobre infracciones, constatar aquellas cometidas, siempre y cuando el personal afectado a esa misión haya sido habilitado por el Estado.

El elemento más simbólico del régimen aplicable a la Polinesia francesa reside en el hecho que puede adoptar “leyes del país”, además de las deliberaciones tradicionales.<sup>1431</sup> Si la alusión a un poder legislativo local ha sido avanzada, eso es verosímil en el caso de las leyes del país de Nueva-Caledonia, porque su contencioso depende del juez constitucional<sup>1432</sup>. En

---

<sup>1430</sup>Se notará que el dispositivo se refiere, como el artículo 56 del Convenio europeo de salvaguardia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, a la noción de « *necesidades locales* ». El control ejercido por el juez administrativo en 1<sup>era</sup> y última instancia sobre los actos de las colectividades de ultramar (art. 74) ofrece así la ventaja de integrar el control de convencionalidad.

<sup>1431</sup>Art. 140 y s. Loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la polynésie

<sup>1432</sup>Art. 77 inc. 1-2: « Tras la aprobación del acuerdo en la consulta prevista por el artículo 76, la ley orgánica, tomada tras dictamen de la asamblea deliberante de Nueva Caledonia, con el fin de garantizar la evolución de Nueva Caledonia conforme a las orientaciones definidas por este acuerdo y según las modalidades necesarias a su aplicación, establecerá: - Las normas de organización y funcionamiento de las instituciones de Nueva Caledonia, de modo especial las condiciones en las cuales ciertas categorías de actos de la asamblea deliberante de Nueva Caledonia podrán someterse, antes de su publicación, a la fiscalización del Consejo Constitucional.»

cambio, esa solución parece más difícil a retener para las “leyes del país” polinésico, porque su contencioso depende del *Conseil d'État*.<sup>1433</sup>

Así, el constituyente da, una vez más, al legislador orgánico una habilitación que le permite establecer una aplicación no uniforme de la ley, considerada ahora no como una derogación al principio de igualdad, sino que como una adaptación de este. Es la igualdad ella misma, entendida como no igualitaria, que permite que la ley pueda ser aplicada de manera diferente. La ley del 27 de febrero de 2004 relativa al estatuto de autonomía de la Polinesia francesa hace una primera aplicación de ésta reforma, puesto que le está reconocida la competencia de fijar, mediante “leyes del país”, para cada tipo y cada sector de actividad, medidas que favorecen a la población local. El artículo 74 de la Constitución, al permitir a las colectividades de ultramar adoptar medidas justificadas por sus situaciones particulares, comporta el riesgo del replanteamiento de los principios fundamentales de la República y la compatibilidad de esas disposiciones con las libertades públicas.

Llamado a pronunciarse sobre ésta ley, el *Conseil constitutionnel* indicó que “nada se opone, bajo reserva de las prescripciones de los artículos 7, 16 y 89 de la Constitución, que el poder constituyente introduzca en el texto de la Constitución disposiciones nuevas que, en los casos que sean, derogan reglas y principios de valor constitucional”.<sup>1434</sup>

Como lo nota G. CHAVRIER, a pesar del carácter gratificante de la denominación de estos actos, las “leyes del país” están siempre citados entre comillas, “para distinguirles de las verdaderas leyes del país de Nueva-Caledonia que tienen valor legislativo”<sup>1435</sup>. Por otro lado, la añadidura “del país”, como para la Nueva-Caledonia, es una manera de marcar que, después de todo, no se les puede clasificar en la misma categoría que las Leyes votadas por el Parlamento de las cuales no pueden pretender tener la misma potestad jurídica.

Nunca se debe perder de vista que este último siempre puede modificar la amplitud material como normativa de las competencias otorgadas. Las “leyes de país”, tienen entonces solamente un valor reglamentario. Y el juez del control susceptible de ser ejercido sobre los

---

<sup>1433</sup> Art. 74, inc. 3 -1 : « La ley orgánica puede igualmente determinar, para las entidades que gozan de autonomía, las condiciones en las cuales: - El Consejo de Estado ejerce un control jurisdiccional específico sobre ciertas categorías de actos de la asamblea deliberante que se efectúan en concepto de las competencias que esta tiene en el ámbito de la ley.»

<sup>1434</sup> CC, Déc. n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. 8.

<sup>1435</sup> CHAVRIER, G., *Le pouvoir normatif local : en jeux et débats*, op. cit., p. 66.



actos de las asambleas deliberantes de las colectividades de ultramar, es el mismo que para los otros actos administrativos.

Sin embargo, su estatuto permanece particular porque ha sido creado un mecanismo de protección de las competencias de la Polinesia francesa por el *Conseil constitutionnel* contra las eventuales intromisiones del legislador<sup>1436</sup>. Eso significa que en esas colectividades de ultramar la norma reglamentaria nacional permanece en segundo plano respecto de la norma local – aunque ésta tenga rango reglamentario y no legislativo – si intervino en el campo de competencias reservadas.<sup>1437</sup> Tienen la facultad de ejercer un poder reglamentario cuya amplitud excede la de las colectividades continentales. En efecto, les está permitido tomar decisiones con carácter general en unos ámbitos en los cuales el legislador como el ejecutivo no puede intervenir. Una vez más, esa reforma y la constitucionalización de medidas calificables de discriminaciones positivas, llevan a interrogarse sobre las transformaciones del principio de igualdad.

## **B. Las consecuencias de la ratificación de tratados internacionales**

Los debates relativos al carácter multicultural y plurinacional del Estado, después de la adopción en 1989 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, retomaron fuerza con la adopción en los países andinos de Bolivia y Ecuador de Constituciones que afirman el carácter plurinacional del Estado.

Por una parte, este movimiento, que se inscribe en uno más amplio de reflexiones sobre un pluralismo jurídico basado en el reconocimiento del derecho a autodeterminación de los pueblos autóctonos<sup>1438</sup>, está vinculado de una manera general al reconocimiento universal de los

---

<sup>1436</sup>Art. 74 inc 9: « l'assemblée délibérante peut modifier une loi promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur du statut de la collectivité, lorsque le Conseil constitutionnel, saisi notamment par les autorités de la collectivité, a constaté que la loi était intervenue dans le domaine de compétence de cette collectivité » ;

<sup>1437</sup>Como lo señala AUBY: “Dans le cas de la Nouvelle-Calédonie, c’est même la loi nationale qui s’inclinera devant la «loi de pays» si celle-ci est bien située dans une matière réservée au territoire. » AUBY, J.-B., « Réflexion sur la territorialisation du droit », en *La profondeur du droit local. Mélanges en l’honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 13.

<sup>1438</sup>Ver por ejemplo, dentro de una literatura abundante: BELLO M., Á. y AYWIN, J (compil.), *Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas*. Chile, Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, 2008; BELLIER, I. (dir.), *Peuples autochtones dans le monde: les enjeux de la reconnaissance*, L’Harmattan, coll. Horizons Autochtones, 2013; BORELLO, R. G., “Ponencia Sobre el pluralismo jurídico”, *XV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social.*, Argentina, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 2001. <http://www.aafd.org.ar/jornadas-15.php>; DE SOUSA SANTOS, B., *La reinención del Estado y el Estado plurinacional*. Alianza Interinstitucional CENDA-CEJIS-DEDIB, 2007; NORBERT, R; PIERRÉ, S. y POUMARÉDE, J., “*Derechos de las minorías y pueblos autóctonos*”.México: Siglo

derechos humanos, a los derechos de las minorías y a los debates relativos a las diferentes formas de ciudadanía “post-moderna”. Por otra, este nuevo pluralismo jurídico cuestiona la soberanía de los Estados de manera más profunda que la territorialización del derecho inherente a los procesos de descentralización.

En efecto, el Convenio 169 es el único instrumento jurídico internacional vinculante<sup>1439</sup> relativo a los pueblos indígenas y tribales porque tiene, una vez ratificado, fuerza de un tratado internacional. Al ratificarlo, los Estados se comprometen a garantizar de manera efectiva la integridad cultural de los pueblos indígenas que viven sobre su territorio y a luchar contra toda forma de discriminación, respetando su forma de organización cultural, política y social. Reconoce la existencia de sistemas jurídicos propios a los pueblos indígenas<sup>1440</sup>.

Sobre todo, reconoce sus derechos colectivos a la tierra y su derecho a autodeterminación<sup>1441</sup>. Aunque sus defensores se defienden perseguir un objetivo político separatista, “es evidente - como lo subraya A. PECHEUL - que el derecho de los pueblos a disponer de ellos mismos, no es finalmente otra cosa que su derecho a la soberanía”.<sup>1442</sup> Aún es demasiado temprano para evaluar su impacto sobre la sociedad chilena, *habiendo ratificado el Convenio Chile en 2009*, pero - potencialmente – es bien su soberanía que está en la balanza.

---

Veintiuno, 1999; SÁNCHEZ CASTAÑEDA, A., “Los Orígenes del Pluralismo Jurídico”. in: ALBA S., O. y CASTRO, S. R. (coord.), *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad*. Sucre-Bolivia, Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente; YRIGOYEN FAJARDO, R., *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999

<sup>1439</sup>Contrariamente a la Declaración sobre derechos de los pueblos autóctonos adoptada por la Asamblea general de las Naciones Unidas en septiembre de 2007 cuyo alcance es puramente simbólico.

<sup>1440</sup>Convención 169, art. 8: 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario; 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio; Art. 9:1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros; 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

<sup>1441</sup> Convención 169, art. 7: 1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

<sup>1442</sup> PECHEUL, A., « Rapport de synthèse », in MAILLARD DESGRÉES du LOU, D. (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Montchrestien, 2006, p. 227.

Francia por su parte se rehúsa a ratificar el Convenio. Primero, es la noción de unidad nacionales que está avanzada por los diferentes gobiernos en nombre del principio de indivisibilidad de la República y de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. Es sobre éstos fundamentos que el *Conseil constitutionnel* se había opuesto a la consagración de la noción de pueblócórcego en su decisión del 9 de mayo de 1991<sup>1443</sup>. Paralelamente a la indivisibilidad de la República, la Constitución afirma, en su artículo 3, **la unicidad** de la **soberanía** que pertenece al pueblo en su conjunto y no a una sección de este. Este artículo recoge el artículo 3 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 según el cual “El principio de toda Soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo ni ningún individuo pueden ejercer autoridad alguna que no emane expresamente de ella”. En su decisión del 9 de mayo de 1991, el *Conseil constitutionnel* había admitido la conformidad con la Constitución de las competencias reconocidas a la asamblea y al consejo ejecutivo de Córcega, en la medida que no se veían “*attribuir compétences que pertencen al ámbito de la ley*”. En su decisión del 17 de enero de 2002, estimó “*que al abrir al legislador, aunque fuera solo a título experimental, derogatorio y limitado en el tiempo, la posibilidad de autorizar la colectividad territorial de Corego a tomar medidas que son del ámbito de la ley, la ley impugnada[había] intervenido en un ámbito que solo depende de la Constitución*”.<sup>1444</sup>

En lo que concierne a su identidad, Francia, según el *Conseil constitutionnel*, no reconoce otros pueblos – como componentes del pueblo francés- que el único pueblo francés que está uniformemente sometido a los principios que constituyen su identidad.

Más, la identificación de grupos en el seno del pueblo francés, equivaldría a negar la igualdad y constatar el fracaso de dicho ideal. Del “principio de la unicidad del pueblo francés, del cual ninguna sección puede atribuirse el ejercicio de la soberanía nacional”, el *Conseil constitutionnel* dedujo el principio de la indivisibilidad y de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.

---

<sup>1443</sup>CC, Déc. n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, Rec. Cons. const. 1991, p. 50, GDCC n° 44.

<sup>1444</sup>CC, Déc. n° 2001-454 DC, du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*, cons. 21, Rec. p. 70 ; JORF du 23 janvier 2002, p. 1526 ; P. FERRARI, *AJDA*, 2002, p. 86 ; J.-E. SCHOETTL, *AJDA*, 2002, p. 100 ; J.-B. AUBY, *Droit Administratif*, 2002, p. 3 ; B. FAURE, *RFDA*, 2002, p. 469 ; M. VERPEAUX, *RFDA*, 2002, p. 459 ; F. LUCHAIRE, *RDP*, 2002, p. 885 ; L. FAVOREU, *RFDC*, 2002, p. 410 ; X. MAGNON, *D.* 2003, p. 1124.

Precisa luego que los principios fundamentales “se oponen a que estén reconocidos derechos colectivos a algún grupo, ya sea, definido como una comunidad de origen, de cultura, de idioma o de creencia”.<sup>1445</sup>

Luego, están avanzadas las diversas disposiciones relativas al ultramar y a la Nueva-Caledonia (art. 73 y s. de la Constitución) que considerarían y garantizarían una protección adecuada de las poblaciones.

Eso no significa que Francia se margine de ese movimiento. La construcción europea que cuestiona las competencias de soberanía así como la soberanía de las competencias, remite igualmente a esa temática y arriesga alcanzar de manera más segura la soberanía del Estado francés. O. GOHIN predecía así que “es evidente que el cuestionamiento de la soberanía del Estado por la construcción europea no permitirá, a largo plazo, la preservación de su soberanía en la descentralización territorial. Con la protección de las *minorías* o, aún, el derecho a la *diversidad cultural, religiosa y lingüística*, armas han sido forjadas en contra del carácter unitario del Estado francés”.<sup>1446</sup>

### C. Los ejemplos extranjeros

Las interrogaciones, vinculadas a la influencia<sup>1447</sup> de los procesos de regionalizaciones “auténticas”<sup>1448</sup> y el posible reconocimiento de un poder legislativo regional, se deben esencialmente a los ejemplos aparentemente exitosos de las constituciones de países europeos, que han consagrado la unidad del Estado o de la nación y el reconocimiento de ciertas formas de autonomía territorial<sup>1449</sup>. Es decir que supieron aceptar descentralizar el poder.<sup>1450</sup>

---

<sup>1445</sup> Voir MARCOU, G., « Le principe d'indivisibilité de la République, *Pouvoirs* n° 100, janvier 2002.

<sup>1446</sup> GOHIN, O., « Souveraineté et compétences en droit constitutionnel français depuis 1946 », op. cit., p. 112, n° 59.

<sup>1447</sup> Es un hecho que «on ne peut négliger l'attrait que peut produire le statut de certaines collectivités infra-étatiques existant en Europe, au moins sur les régions situées à la périphérie du territoire français, entretenant avec elles des réseaux de plus en plus denses de relations de coopération » FIALAIRE, J. (dir.), *principe de subsidiarité, droit à l'expérimentation et organisation territoriale*, rapport de recherche pour le compte du CNADT, février 2003, p.52.

<sup>1448</sup> Cf. Supra cap. 1.

<sup>1449</sup> Así, el artículo 5 de la Constitución italiana que señala: «La República, una e indivisible, reconoce y promoverá las autonomías locales», o el artículo 2 de la Constitución española («La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones»).

<sup>1450</sup> «On peut en effet affirmer que le pouvoir, depuis la fin de l'état de nature, prend la forme d'une puissance normative. Or, c'est cette fonction normative qui peut être décentralisée à divers degrés, à

Cualquiera sea el tipo de Estado, la constatación es la siguiente: las leyes nacionales del gobierno central se imponen a las normas infra nacionales. Pero, en los Estados regionales, existe un juez de la repartición de las competencias que están definidas de una manera más o menos clara. Sin embargo, se aprecia, que es imposible fijar y conservar una repartición de competencias de manera definitiva (de aquí la existencia de competencias compartidas, concurrentes, etc.), incluso en Estados federales como Estados- Unidos, que constituyen el mejor ejemplo, la extensión de las competencias implicadas<sup>1451</sup> (con la ayuda de la Corte suprema) tiene su manifestación más brillante.

En lo que concierne a los Estados regionales o autonomistas, seguramente “las regiones disponen de un poder reglamentario ampliado, incluso de un poder legislativo secundario, que les permite adaptar a las realidades regionales las normas nacionales”<sup>1452</sup>, pero la situación es idéntica. Existe un solo ordenamiento constitucional, un único titular de la autonomía constitucional, pero una pluralidad de fuentes legislativas que provienen del poder constituyente nacional.

La autonomía regional en Italia implica, en el marco superior del Estado, el reconocimiento de la existencia de regiones autónomas, las cuales (tanto las regiones ordinarias como las regiones especiales) gozan de una autonomía amplia que cuenta con diversos poderes: un poder legislativo<sup>1453</sup>, una autonomía administrativa, un cierto grado de autonomía jurisdiccional. La Constitución italiana precisa que las leyes regionales deben respetar los “principios fundamentales fijados por las leyes del Estado “y no estar “en oposición con el interés nacional y el de otras regiones”<sup>1454</sup>. Sobre este plano, las modificaciones introducidas por el *bienio* 1999-2001 son importantes y profundizan el modelo regionalista por incremento de la autonomía de las regiones. La Ley Constitucional 3/2001<sup>1455</sup> ha establecido una nueva

---

l’image de ce qui existe dans d’autres États européens : pouvoir législatif et pouvoir réglementaire d’application des lois des régions en Italie, ou des communautés autonomes en Espagne. » CHAVRIER, G., “Les nouveaux mots de la décentralisation. Analyse rhétorique d’une réforme”, en PAVIA, M.-L.(dir), *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales : aujourd’hui et demain ?*, op. cit.p. 154.

<sup>1451</sup>Cf. supra capítulo 4.

<sup>1452</sup>PASQUIER, R., « 1986-2004 : dix-huit ans de démocratie régionale – Vers une maturité politique des régions françaises ?», *Les Cahiers de l’Institut de la Décentralisation*, N°7 – I/2004, p.29

<sup>1453</sup>El poder de auto-organizarse o poder estatutario esté incluido en él.

<sup>1454</sup>Art.117 Constitución de la República italiana del 27/12/1947.

<sup>1455</sup>En cuanto a la Ley Constitucional 1/1999, ella concentra la totalidad del poder estatutario de las regiones ordinarias en la propia región, eliminando los controles que ejercía antes el Estado central: desde 2001, el nuevo artículo 127 CI prevé como único recurso para el gobierno, cuando estima que una ley regional excede la competencia de la región, de pedir a la Corte constitucional de pronunciarse en los 60

delimitación del poder legislativo de las regiones, introduciendo un elemento propiamente federal: el Estado tiene competencias *exclusivas* en las materias mencionadas en la Constitución. El Estado y las regiones tienen *competencias concurrentes*, para las cuales el primero fija los principios fundamentales y las regiones las normas legislativas particulares expresamente indicadas por la Constitución. En fin, el nuevo artículo 117 prevé una *cláusula de competencia legislativa residual*<sup>1456</sup> y precisa que toda materia no reservada expresamente a la legislación del Estado será de la competencia residual de las regiones.<sup>1457</sup> No se trata, sin embargo, de una auténtica repartición de competencias legislativas análoga a la de los ordenamientos federales, porque está establecido una *cláusula de nivel esencial de las prestaciones relativas a los derechos* (art. 117), afín de mantener ilesa la pretensión universal de los derechos fundamentales<sup>1458</sup>. Así, “el Estado debe definir los niveles mínimos y uniformes para el conjunto del territorio en materia de derechos civiles y sociales, esa competencia siendo un deber de bienestar nacional que se debe de asegurar”<sup>1459</sup>.

En el caso de España, las Comunidades autónomas tienen poder legislativo y reglamentario reconocido en su campo de intervención y amplios ámbitos de competencias garantizados por la Constitución (artículo 148), lo que les asegura una autonomía estatutaria, prerrogativas respecto de las colectividades locales inferiores<sup>1460</sup> y una habilitación a intervenir en cualquier ámbito no exclusivamente reservado al Estado. Los estatutos de las “autonomías” son leyes orgánicas que se integran en el bloque de constitucionalidad. Tratándose de la

---

días que siguen la publicación de la ley. La región beneficia de la misma posibilidad respecto de la ley de una otra región o de la ley estatal. La Ley Constitucional 1/1999 permite también a las regiones no solamente de poder optar entre mantener el sistema de la elección directa del presidente de región o introducir una forma de gobierno parlamentario, pero el Decreto Legislativo N° 267/2000 (art. 4) les da también una función específica en la organización de los gobiernos locales.

<sup>1456</sup>D’ATENA, A., “La reforma constitutionneccional del regionalismo italiano”, *REAF*, N° 4, 2007. Pág. 14-15.

<sup>1457</sup>Las competencias residuales están ejercidas por las regiones gracia al principio de subsidiariedad. La Corte constitucional confirmó esa interpretación estimando que la validez constitucional de una ley regional no implica más « una búsqueda de un titulo constitucional especifico autorizando la intervención regional, pero al contrario la búsqueda de la existencia de reservas de competencias estatales exclusivas o parciales » (decisión N°282, 2002).

<sup>1458</sup>Esa está asegurada por una tutela sobre dicho nivel esencial de prestaciones en materia de derechos que es de competencia exclusiva del Estado. ANGUIA, A., “Reparto de competencias y derecho civiles tras la reforma del título V de la Constitución italiana”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 22, 2008. p. 339.

<sup>1459</sup>ELIE, M.-P., *L’Italie, un Etat fédéral ? A propos des lois constitutionnelles de 1999 et 2001*, *RFD Constit.*, 2002, N°52, p.753.

<sup>1460</sup>Incluso pueden modificar los límites territoriales de las municipalidades establecidas sobre su territorio.

repartición de las competencias, se distinguen las competencias *exclusivas* de las Comunidades; ámbitos donde el Estado tiene una competencia exclusiva para fijar las normas esenciales<sup>1461</sup> (igualmente llamadas competencias *concurrentes*) y en las cuales las Comunidades autónomas pueden intervenir a nivel legislativo y al estadio de la ejecución; ámbitos (como la legislación social) donde el Estado tiene la competencia exclusiva legislativa y reglamentaria, y las Comunidades autónomas disponen únicamente de una competencia de ejecución y de organización de los servicios.

Sin embargo, la Constitución española estableció igualmente, en el caso de competencias concurrentes, el principio de la prevalencia del derecho del Estado sobre aquel de las Comunidades<sup>1462</sup>. De aquí, la superioridad de las leyes “de base” sobre la legislación regional.

Más cerca de los casos chileno y francés, la constitución de Portugal, Estado unitario fuertemente descentralizado, dispone que las regiones autónomas tienen el poder de “legislar, respetando la Constitución y las leyes generales de la República, en las materias que presentan para ellas un interés específico y que no son reservadas a la competencia propia de los órganos de soberanía”<sup>1463</sup>.

Esas diferentes soluciones parecen poder ser adaptadas a las situaciones chilena y francesa.

#### **D. Las leyes territoriales**

Conviene igualmente recordar la proposición de ley constitucional de senadores franceses para el reconocimiento de leyes con vocación territorial<sup>1464</sup>. Más allá de las palabras

---

<sup>1461</sup>Justificadas por la salvaguardia del interés general, tal como la protección del medioambiente (art.149.3)

<sup>1462</sup>Resulta del artículo 149.3 CE que « la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas».

<sup>1463</sup>Art.229 Constitución Portuguesa del 2/4/1976. El Tribunal Constitucional reafirmó el encuadramiento del poder legislativo de las regiones: "le pouvoir législatif régional est un pouvoir conditionné, assujetti à des limites diverses: il peut seulement traiter des matières présentant un intérêt spécifique pour la région concernée et qui n'ont pas été réservées à la compétence propre des organes de souveraineté; outre le fait de devoir obéissance à la Constitution, il ne peut édicter des normes contraires aux lois générales de la République...." Decisión TC portugués n° 190:87 de 4/6/87. Citado por MODERNE, F., « Les régions autonomes dans la jurisprudence constitutionnelle du Portugal », in BON, P. et alii, *La justice constitutionnelle au Portugal*, Économica, 1989, p. 357.

<sup>1464</sup>Texto n° 269 (2001-2002) de P. GIROD, déposé au Sénat le 14 mars 2002 et rattaché pour ordre au procès-verbal de la séance du 21 février 2002

utilizadas por la proposición de ley que asustó seguramente a más de un parlamentario, ésta proposición tenía por objeto, según los autores, “profundizar la descentralización en lo que concierne las condiciones de ejercicio del poder normativo, para habilitar a las colectividades locales, en materias y límites precisamente definidas por la ley, a fijar modalidades de aplicación que toman en cuenta realidades locales”.

La proposición de ley constitucional buscaba inscribir en la Constitución, al lado de las leyes orgánicas y de las leyes ordinarias, una nueva categoría de leyes, las leyes con vocación territorial que habrían sido adoptadas según el procedimiento del artículo 46 de la Constitución, aplicable a las leyes orgánicas.

Una vez adoptada, esas habrían sido aplicadas por los consejos regionales en las condiciones previstas por una ley orgánica, y habrían reconocido un poder reglamentario específico. De este modo, las autoridades regionales habrían elaborado las normas de aplicación en lugar del gobierno. De una cierta manera, las experimentaciones del artículo 72 recogen algunas de esas ideas. El contexto avanzado por los parlamentarios franceses puede fácilmente aplicarse a la situación chilena. En efecto, afirmaban, más allá de la imposibilidad de seguir pretendiendo arreglar de manera uniforme y centralizada situaciones siempre y cada vez más diversas, que “la confluencia de una extensión geográfica y de débil densidad de población forma una particularidad de nuestro país respecto de la situación de Estados vecinos”, “justifica la búsqueda de soluciones institucionales adaptadas y específicas que permiten conciliar la indispensable unidad con la consideración de la diversidad de los territorios”.

### **Conclusión del capítulo 6**

Tratándose de una profundización del poder reglamentario territorial, dos conclusiones provisorias pueden ser hechas: sobre el plano político y sobre el plano técnico.

Las diferentes soluciones a favor de la autonomía normativa modifican el ámbito tradicional de validez de las normas territoriales y, más que la unidad del Estado, es la exigencia de igualdad ante la aplicación de la ley lo que está en juego. Como lo señalaba el decano FAVOREU, “el límite, sin embargo, a la expansión de la libre administración es la indivisibilidad, es decir, en definitiva el principio de igualdad: se puede extender la libre administración hasta el punto donde habrá ruptura manifiesta de igualdad”.<sup>1465</sup>

---

<sup>1465</sup>FAVOREU, L., « Les bases constitutionnelles de la décentralisation », en MOREAU J. et VERPEAUX, M. (dir.), *Révolution et décentralisation. Le système administratif français et les principes*



El Estado que quiere continuar su descentralización, debe navegar entre esa noción de *ruptura manifiesta de igualdad* y la de *administrador manifiesto* de las políticas públicas donde tiende a mantener los entes territoriales.

Para eso, algunos arreglos constitucionales son posibles. Para G. CHAVRIER, “en la medida que la nación descentralizada constituirá siempre una nación única y que permanecerá siempre una “soberanía política primitiva”<sup>1466</sup>, la atribución de un poder legislativo limitado a las colectividades locales puede ser compatible con la unidad del Estado”.<sup>1467</sup>

Tratándose de los medios técnicos, las transferencias de competencias “a la carta” para las regiones chilenas producen, de hecho, una territorialización del derecho. Se aproximan a ciertas modalidades francesas de transferencia, como la diferenciación de las competencias por territorio y por colectividad territorial al interior de una misma categoría.

De mismo modo, “la devolución asimétrica de las competencias por licitación de competencias o la gestión competitiva de esas<sup>1468</sup> son también un medio silencioso de instaurar progresivamente un diferencialismo dentro de la República”.<sup>1469</sup>

G. CHAVRIER en definitiva concluye, por dos razones, que las colectividades francesas deben estar autorizadas a fijar normas reglamentarias y no legislativas, por una parte, y que esas normas pueden ser de aplicación de la ley, por otra. Estas dos razones valen en todo punto para Chile.

La primera, es que para las dos constituciones opera una repartición entre las materias las más importantes (y particularmente las relativas a los entes territoriales) que son de la competencia del legislador y las que lo son menos y dependen del poder reglamentario. Entonces, solo podría existir delegación de la competencia reglamentaria.

La segunda, es que “en un Estado en el cual todos los poderes siempre han sido captados por él, parece impensable pasar directamente de una debilidad normativa local a la existencia de leyes locales. Una etapa intermediaria parece necesaria: la atribución de un poder reglamentario

---

*révolutionnaires de 1789*. Actes du colloque de Besançon 14-15 décembre 1989, Paris : Economica, pp. 83-88, part. p. 88

<sup>1466</sup>La referencia a la « soberanía política primitiva » de HAURIUO puede ser «cotejada con la teoría de CARRÉ de MALBERG tratándose de la potestad territorial que permite distinguir federación y descentralización » CHAVRIER, G., *Le pouvoir normatif local: en jeux et débats*, op. cit., p. 41

<sup>1467</sup>Idem., p. 44.

<sup>1468</sup>A las cuales conviene agregar el derecho a la experimentación y la técnica de la colectividad líder (*chef de file*).

<sup>1469</sup>CHAVRIER, G., “Les nouveaux mots de la décentralisation. Analyse rhétorique d’une réforme”, op. cit., p. 169

de aplicación de las leyes parece imperativa”.<sup>1470</sup> Para el autor, la cuestión puede ser resuelta en dos tiempos.

El primer tiempo, “conceptual”, comprende dos puntos.

El primer punto consiste en “rechazar ésta asimilación entre unidad del Estado y unidad del poder reglamentario” porque la unidad del Estado solo supone la existencia de una Constitución única y de un legislador único. Para G. CHAVRIER, el problema viene de la concepción originaria “exclusivamente estatal del poder normativo” establecida por la Constitución de 1958: “en tal contexto, se repartió el poder de mandar entre dos poderes estatales y cada uno acabó para convencerse que si el Estado disponía de éstos dos poderes normativos, era bien porque la unidad del Estado lo implicaba. Pero, en verdad, existía también la opción de repartir este poder entre las autoridades estatales y las autoridades locales, y en ésta última hipótesis, considerar un poder reglamentario local subordinado y residual, o subordinado y autónomo respecto del poder reglamentario estatal”.<sup>1471</sup> La primera solución es la que fue escogida, pero la segunda era y es todavía posible.

El segundo punto implica “renunciar a fundar una jerarquía entre los actos nacionales y locales sobre una jerarquía orgánica y formal”<sup>1472</sup> y entonces entre poder reglamentario estatal y poder reglamentario territorial, porque las relaciones jerárquicas existen – normalmente – solo en el seno de una misma persona pública. Si se otorga la personalidad jurídica a los entes territoriales, hay que reconocerles el derecho de defender su capacidad jurídica, aunque limitada, otorgada.

Una vez aceptados estos presupuestos, es posible pasar al segundo momento, técnico. Aquí también, dos medidas son propuestas. Una consistiría en identificar unos ámbitos reservados en beneficio de las colectividades territoriales, la otra, en modificar el artículo 21 de la Constitución que da la competencia reglamentaria general y de principio al Primer ministro.

Tratándose de Chile, se puede inspirarse de estas reflexiones y preguntarse por qué y cómo el Presidente de la República, mediante el Intendente, puede seguir a ejercer la tutela sobre las regiones, es decir mantener un vínculo jerárquico. ¿Quizás porque éstas últimas no son personas públicas y que solo el gobierno regional goza de la personalidad jurídica? Aunque en

---

<sup>1470</sup>CHAVRIER, G., *Le pouvoir normatif local: en jeux et débats*, op. cit.,p. 62.

<sup>1471</sup>CHAVRIER, G., *Idem*, p. 112-113.

<sup>1472</sup>*Ibid.*

este caso, un problema permanece: el gobierno regional está compuesto del consejo regional y del Intendente que lo preside.

## **Conclusión de la Parte 2**

El estudio de las reparticiones actuales de competencias materiales y normativas de los dos sistemas jurídicos atestiguan de una situación insatisfactoria, incluso esclerótica. Los múltiples proyectos de profundización de la descentralización, por razones funcionales y gerenciales, como también por exigencias de democracia local, lo demuestran. Conviene sin embargo, tomar la medida de las implicaciones políticas y jurídicas en términos de forma de Estado.

Así, instaurar constitucionalmente reparticiones de competencias por materias solo tendría sentido con una profundización del poder reglamentario territorial. Pero entonces, una tercera medida se impondría: reformar los mecanismos de control de repartición de competencias. Las variaciones introducidas por las modalidades de transferencia de competencias refuerzan aún más el poder del juez constitucional (subsidiariedad, repartición de competencias), lo que puede confirmar una sociedad cada día más “judicializada”, y el problema está más del lado de la indefinición e indeterminación del legislador, que en otro lugar.

Si, “objetivamente hablando, la dificultad de atribuir un poder legislativo limitado resulta más del principio de igualdad que de unidad del Estado”<sup>1473</sup>, es necesario garantizar la protección de dicho principio, no solamente en lo que concierne a las personas privadas, sino también la de los entes territoriales. Es entonces necesario, antes proponer tales modificaciones, tomar la medida del control ejercido, por una parte sobre las usurpaciones del poder central en las competencias de los entes territoriales y, por otra, sobre los actos de aquellas (parte 3).

---

<sup>1473</sup>CHAVRIER, G., *Idem*, p. 60.

### **Parte III. Garantías y límites al ejercicio del poder territorial**

Los entes territoriales, como personas jurídicas, tienen derechos y deberes.

Como personas jurídicas de derecho público secundarias, están en una relación particular con el Estado. El pluralismo jurídico que ponen en evidencia mediante el ejercicio de sus derechos debe conciliarse con la igualdad de los ciudadanos y una cierta unidad del orden jurídico, de lo contrario no habría un Estado descentralizado, pero sí varias entidades soberanas.<sup>1474</sup>

Es complejo estudiar – pero también disociar- la protección de un lado y el control del otro, o viceversa, porque el uno reenvía al otro, de manera circular. Cualquier cuestión que interesa uno remite a un aspecto del otro. Por ejemplo, la protección de las competencias transferidas a los entes territoriales es un control sobre el arbitrario del poder central, pero el control de los actos de los entes territoriales se inscribe en la preservación del carácter unitario del Estado y es una garantía para los ciudadanos contra las actuaciones discrecionales de los poderes territoriales.

El estudio de la autonomía de los entes territoriales debe entonces ser conducido por una reflexión sobre las garantías constitucionales de los entes territoriales (capítulo 7), y la exigencia de unidad del Estado asegurada por los controles de éste último sobre aquellas (capítulo 8).

---

<sup>1474</sup> REGOURD, S., *L'acte de tutelle en droit administratif français*, op. cit. p. 30

## **Capítulo 7. Algunas garantías de la autonomía territorial limitadas**

Si los entes territoriales pueden reivindicar algunos derechos garantizados por la Constitución, es por la aplicación de diferentes conceptos jurídicos vinculados a los derechos fundamentales. La constitucionalización de los ordenes jurídicos post segunda guerra mundial impuso, en casi todos lugares (al menos semánticamente), el primado de la dignidad humana. Los entes territoriales no gozan sin embargo de los mismos derechos que las personas físicas (sección 2). Esta diferencia se traduce, en primer lugar, por mecanismos de protección propios y limitados (sección 1).

### **Sección 1. Naturaleza y mecanismos de protección de las garantías de la autonomía territorial**

Las evoluciones del control de constitucionalidad están marcadas por la declinación del sentido tradicional de la Constitución como sinónimo de separación de poderes en beneficio del sentido de “carta de los derechos y libertades” de los gobernados.<sup>1475</sup> A partir de eso, la “libre administración” de las colectividades territoriales francesas, o el carácter autónomo de las municipalidades chilenas, ¿les otorgan derechos fundamentales y libertades constitucionales (§1) que, como a cualquier gobernado, deberían poder invocarse ante el juez constitucional, incluso por las jurisdicciones ordinarias (§ 2)?

#### **§ 1. La naturaleza jurídica de la libre administración de las colectividades territoriales francesas y de la autonomía municipal chilena**

El derecho de los entes territoriales no escapó a la constitucionalización del conjunto de las ramas del derecho y a la irrupción de los derechos fundamentales. Así, la autonomía individual de los seres físicos, que implica los derechos fundamentales, habría desteñido o alcanzado (o lo podría) a los entes territoriales que se benefician -según los países y las normas – de la autonomía o de la libertad de administración (B). Pero, ¿no son antes que todo principios que se aplican a la organización del Estado y se ubican así sobre un otro plano (A)?

---

<sup>1475</sup>ROUSSEAU, D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 1992, p 373

### A. ¿Algunos principios de organización del Estado?

En derecho francés de la descentralización, siempre debe remitirse a la libre administración de las colectividades territoriales porque ella “constituye -según B. FAURE - la protección avanzada de todas las garantías de la cual las colectividades se deben beneficiar, al igual que la seguridad para el individuo. Es la libertad de base que garantiza todas las otras”.<sup>1476</sup> Aquí está bien la cuestión: pensada al origen como un principio de organización o de funcionamiento del Estado, ha sido transformada en libertad (puesto que la palabra libre está incluido en la expresión), luego derecho, incluso, libertad fundamental.

Erigido en principio con valor constitucional por la primera vez en 1979<sup>1477</sup>, ha sido calificada de “*noción más prometedora que precisa*”<sup>1478</sup>. Esta calificación parecía ordenarla en la categoría de principio de organización del Estado que se imponía al legislador del cual fluirían ciertos derechos o libertades. Al respecto, M. VERPEAUX hace un interesante paralelo entre la libre administración y el principio de separación de poderes por una parte y, por otra, la separación vertical y la separación horizontal de poderes. Es decir que “la una como la otra no son derechos, pero sí medios de asentar derechos o libertades, son medios, no constituyen objetivos”.<sup>1479</sup>

Por su parte, la Constitución chilena prescribe a los órganos del Estado “promover el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional” (art. 3 inc. 2) y consagra la autonomía de las municipalidades chilenas (art. 118 inc. 3). El mandato dado por la Constitución, como el respeto de la autonomía, juega también como un principio de organización del Estado. El

---

<sup>1476</sup>FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit. n° 27 p. 29.

<sup>1477</sup>CC., Déc. n°79-104 DC du 23 mai 1979, *Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État*, Rec. p. 27 cons. 9 donde estima que el legislador «n'a méconnu ni le principe de la séparation des pouvoirs, ni les dispositions constitutionnelles qui le mettent en œuvre ou qui consacrent la libre administration des collectivités territoriales», JO 25.05. 1979 y sobre todo CC., Déc. n° 82-137 DC du 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, Rec., p. 38, y CC, Déc. n° 82-138 DC du 25 février 1982, *Loi portant statut particulier de la région de Corse*, Rec. p. 41.

<sup>1478</sup>BOULOUIS, J., *AJDA*, 1982, p. 304.

<sup>1479</sup>VERPEAUX, M., Note sous CE, Sect., 18 janv. 2001, *Commune de Venelles c/ M. Morbelli*, concl. L. TOUVET, *RFDA*.n° 3, 2001, p. 684.

Tribunal Constitucional ha señalado que la autonomía constitucionalmente reconocida a ciertos órganos o entes se proyecta en tres dimensiones: organizacional, institucional y normativa.<sup>1480</sup>

La comprensión actual de la autonomía municipal deriva directamente de la noción de garantía institucional importada del derecho español, el cual la recogió de la doctrina y jurisprudencia alemana, como ya se ha señalado (cf. Cap. 6). Ahora bien, como se ha visto, la teoría de las garantías institucionales se apoya sobre un “núcleo esencial” casi imposible de encontrar<sup>1481</sup> y la distinción con el reconocimiento de derechos “fundamentales” constitucionalmente garantizados tiende a difuminarse. El movimiento no salvó a Francia y como en otros lugares, los aportes de la jurisprudencia constitucional son primordiales.

### **B. La cuestión de la existencia de derechos o libertades fundamentales de los entes territoriales**

Desde los años 1980<sup>1482</sup>, como lo recuerdan L. FAVOREU y A. ROUX<sup>1483</sup>, el *Conseil constitutionnel* había declarado que “el principio de igualdad [entendido como derecho fundamental y no solamente como principio] no es menos aplicable entre las personas jurídicas que entre las personas físicas”.<sup>1484</sup> Con oportunidad de un “*référé-libertad*”, el *Conseil d'État* había contestado positivamente en 2001<sup>1485</sup> a la cuestión de saber si la libre administración de las colectividades territoriales constituía una libertad fundamental. El *Conseil constitutionnel* tuvo la

---

<sup>1480</sup>STC 80-89 de 22.09.1989, *Requerimiento formulado por la Junta de Gobierno en virtud del artículo 82 N° 2 de la Constitución, respecto del proyecto de ley que establece normas para resolver las cuestiones de competencia entre autoridades administrativas*

<sup>1481</sup>El Tribunal Constitucional español (STC. 32/1981, de 28 de julio de 1981) señala, la primera vez que utilizó la noción de garantía institucional (además fue respecto de la autonomía local) que: “Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar.” Cons. N° 3.

<sup>1482</sup>Uno de los orígenes de la aplicación a los entes territoriales de la noción de derechos fundamentales vendría de la consagración “de los derechos de la persona moral secundaria, al ejercicio regular de la tutela”, CE 27 décembre 1948, *Commune de Champigny-sur-Marne*, D. 1949. III. 408, concl. GUIONON, citado por S. REGOURD, p. 90.

<sup>1483</sup>FAVOREU, L. y ROUX, A. « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale? », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 12, mai 2002

<sup>1484</sup>CC, Déc. n° 81-132 DC du 16 janv. 1982, *Loi de nationalization*, Rec. p. 18, *RJC* I-104; *GDCC*, Dalloz, 11e éd., 2001, n° 31.

<sup>1485</sup>CE, Sect., 18 janvier 2001, *Morbelli, maire de la Commune de Venelles*, Rec. p. 18; *GAJA*, Paris, Dalloz, 14e édition, 2003, p. 836; *RFDA* 2001 p. 378, concl. L. TOUVET y p. 681, note M. VERPEAUX; *AJDA* 2001 p. 153, chron. M. GUYOMAR y P. COLLIN.



oportunidad desde entonces de precisar, y lo recuerda hoy regularmente a través de las cuestiones prioritarias de constitucionalidad (cf. *Infra*), que “la libre administración de las colectividades territoriales es uno de los derechos y libertades que la Constitución garantiza”<sup>1486</sup>.

Se sabe la dificultad de distinguir entre las nociones de derechos del hombre, derechos fundamentales y libertades públicas. Las colectividades territoriales no son personas como las otras y no pueden pretender al conjunto de los derechos fundamentales.<sup>1487</sup> A partir de aquí, si uno quisiera intentar distinguir esas expresiones, habría que concluir, por una parte, que los derechos fundamentales coinciden materialmente con las libertades públicas, pero que las sobrepasan en ciertos aspectos<sup>1488</sup> en éste sentido que, según L. FAVOREU, “las libertades públicas se sitúan en un régimen legictrista a un nivel legislativo y aparecen esencialmente como concesiones o límites obtenidos de la administración”<sup>1489</sup> mientras que la expresión “*derechos fundamentales*” designaría los derechos y libertades constitucionalmente protegidos. Por otra parte, los derechos fundamentales serían más amplios que los derechos del hombre – puesto que según los Estados, algunos de éstos últimos pueden concernir instituciones – pero menos “nobles” (o menos fundamentales en algún modo), porque solo aquellos se fundan sobre la dignidad humana.<sup>1490</sup>

Pero, esta categorización es difícil de mantener, puesto que, tanto el legislador<sup>1491</sup> como el juez (administrativo) utilizan igualmente la expresión de “libertad fundamental”, sea para particulares o para las colectividades territoriales. Parece bien en definitiva que, salvo un núcleo duro de derechos del Hombre correspondiendo a las “libertades clásicas inherentes a la dignidad misma de la persona”, las libertades y/o derechos fundamentales no se distinguen de las libertades públicas. En definitiva, cuando el *Conseil constitutionnel* declara que “la libre administración de las colectividades territoriales es uno de los derechos y libertades que la Constitución garantiza”, el *Conseil* solo reconoce la garantía de poder administrarse libremente en el marco de la ley. Esto no se opone al reconocimiento para los entes territoriales de ciertos

---

<sup>1486</sup>Por ejemplo: CC., *QPC*, 2 juillet 2010, JO du 3 juillet 2010, p. 12121, texte n°92, *cons.* 4

<sup>1487</sup> Como la libertad de circulación o el derecho a llevar una vida familiar normal, por ejemplo.

<sup>1488</sup>RICHER, L., Editorial, *A.J.* 1998, p. 1.

<sup>1489</sup>FAVOREU. L y al., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 21ème éd. 2002, introduction p. 1

<sup>1490</sup>Ver en este sentido la jurisprudencia europea y el tratado de Lisboa que sitúa como primer valor, antes que todos los otros valores, principio y derechos, el respeto de la dignidad humana.

<sup>1491</sup> Ver la ley francesa del 30 de junio de 2000 que insertó en el Código de Justicia Administrativa (CJA), un artículo L521-2 y dado al juez de los *référé*s administrativos el poder de disponer todas medidas a la salvaguardia de una libertad fundamental.

derechos constitucionales habitualmente reservados a los particulares, estableciendo un puente entre garantías y derechos fundamentales, pero que no son equivalentes.<sup>1492</sup>

La expresión de libertades públicas no tiene cabida en derecho chileno que utiliza más fácilmente las de derechos fundamentales y de derechos humanos, los primeros estando generalmente concebidos como algunos derechos humanos positivados, es decir reconocidos normativamente y protegidos por procedimientos. Encuentran igualmente su fundamento en la dignidad humana.<sup>1493</sup> La relación entre garantías institucionales y derechos fundamentales parece hoy de complementariedad, incluso si los términos no aparecen en las diferentes jurisprudencias. Esta solución hace pasar directamente la protección de la autonomía territorial del estatuto de garantía institucional y de protección de repartición de competencias a la protección de los derechos fundamentales en su conjunto. Será la jurisprudencia responsable de precisar los límites de esos derechos.

J. BAÑO LEON<sup>1494</sup> estima que los derechos fundamentales comprenden los derechos subjetivos fundamentales y las garantías institucionales “fundamentales”. Los dos aspectos, subjetivo y objetivo, constituyen las dos caras y los dos procedimientos jurídicos de los derechos fundamentales: “al igual que la oposición antitética entre igualdad y libertad es siempre una falsa alternativa, pues ambos son valores complementarios, también la libertad individual y la función objetiva de los derechos fundamentales han de armonizarse”<sup>1495</sup>. Pero, en definitiva, si el razonamiento está llevado más lejos, “En puridad, la *delimitación del núcleo esencial* de la garantía institucional y del *contenido esencial* del derecho fundamental responden a la misma idea-fuerza: asegurar la primacía de la Constitución sobre el legislador, exigir un límite que

---

<sup>1492</sup> En este sentido, no es seguro que «les libertés locales ont autant de valeur que les libertés individuelles, elles sont de la même essence et ont les mêmes sources idéologiques. Elles sont le fondement d'un pouvoir local qui n'est pas le concurrent du pouvoir central mais son contrepoids», DRAGO, R., «Droits fondamentaux et personnes publiques», *AJDA*, 1998, n° spécial, *Droits fondamentaux*, p. 130.

<sup>1493</sup> NOGUEIRA, H., *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Santiago de Chile, Librotecnia, 3ª Edición 2010, T. I; ALDUNATE, E., *Derechos Fundamentales*, Santiago, Legal Publishing, 2008.

<sup>1494</sup> La influencia de la doctrina española sobre el derecho chileno, inspirada de la alemana es un hecho ineludible esas últimas décadas.

<sup>1495</sup> BAÑO LEÓN, J. M., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 24, septiembre-diciembre, 1988, p. 179.

aquél no puede sobrepasar. Pero en ambos conceptos la precisión de lo *esencial* es igualmente indeterminable en abstracto.»<sup>1496</sup>

Sin embargo, no se trata del mismo control cuando el legislador viola un derecho fundamental subjetivo y cuando se le reprocha no aplicar las condiciones objetivas y procedimentales de realización de un derecho. No son las mismas exigencias para el legislador (obligación de medios y/o resultado; responsabilidad del Estado por falta del legislador) y los mismos criterios (incompetencia positiva o negativa, error manifiesto de apreciación, oportunidad o control “político”) que el juez constitucional debe (ría) aplicar, con el riesgo de transformarse en colegislador o último legislador.

Así, a la cuestión de saber si la libre administración del derecho francés o la autonomía del derecho chileno constituyen verdaderas “libertades” o “derechos fundamentales” o si no se trata más bien principios de organización del Estado de los cuales derivarían ciertos derechos o libertades, optamos por la segunda solución. Recogiendo los términos de M. VERPEAUX, “el principio de libre administración de las colectividades territoriales constituye una garantía, al igual que el principio de la separación de poderes. *El uno como el otro no constituyen derechos, pero pueden estar concebidos como condiciones juzgadas constitucionalmente necesarias*, por el artículo 72 de la Constitución para el uno, por el artículo 16 de la Declaración de los derechos para la otra, *para la afirmación de las libertades reconocidas en otras disposiciones que entonces no son más orgánicas, pero conciernen derechos sustanciales.*”<sup>1497</sup>

## § 2. La existencia o no de un recurso al juez para los entes territoriales

Como lo afirmaba ya L. LE FUR en 1911, las garantías de la descentralización “no pueden consistir en otras cosas que en recursos jurisdiccionales”.<sup>1498</sup> Los conflictos de competencias son generalmente zanjados por una jurisdicción suprema, que no es forzosamente constitucional (A), en referencia a la ley del Estado central quien – sobre mandato de la constitución - ha delegado competencias *administrativas* a los entes descentralizados. La constitucionalización de las nociones de autonomía y de libre administración como principio de

---

<sup>1496</sup> Idem., p. 169.

<sup>1497</sup> VERPEAUX, M., Note sous CE, Sect., 18 janv. 2001, *Commune de Venelles c/ M. Morbelli*, concl. L. TOUVET, *RFDA*, n° 3, 2001, p. 684. Las cursivas son mías.

<sup>1498</sup> LE FUR, L., « a protection juridictionnelle des franchises locales », *Rev. Générale d'Administration*, 1911, Tome 1, p. 6. Citado por REGOURD, S., *L'acte de tutelle...*, op. citp. 43, nbp. N° 35

organización del Estado plantea la delicada cuestión del control de su aplicación por el legislador (B).

#### **A. Contra los ataques a las competencias descentralizadas por el legislador**

El acceso a un juez para sancionar el respeto de las competencias repartidas por el legislador no causa normalmente ningún problema, en aplicación del principio universalmente consagrado de legalidad. Titulares de la personalidad jurídica, los entes territoriales gozan de la posibilidad de hacer respetar sus competencias - principalmente por el juez ordinario – de las actuaciones del ejecutivo, pero también de otros entes territoriales (de mismo nivel o no) o de otros órganos administrativos.

En lo que concierne a Chile, el artículo 126 de la Constitución es equívoco porque remite a la ley la tarea de establecer “la forma de resolver las cuestiones de competencia que pudieren suscitarse entre las autoridades nacionales, regionales, provinciales y comunales. Asimismo, establecerá el modo de dirimir las discrepancias que se produzcan entre el Intendente y el consejo regional, así como entre el alcalde y el concejo”.<sup>1499</sup> En ausencia de adopción de la ley, son entonces los diferentes tribunales, con la participación de la Contraloría General de la República de manera preventiva<sup>1500</sup>, que intervendrán a para garantizar los entes territoriales ante los ataques a sus competencias, derechos y garantías constitucionales, por parte de otros órganos que el legislador. Así, la Corte Suprema acepta que “siendo las Municipalidades personas jurídicas de derecho público autónomas nada obsta a que si sus derechos son vulnerados por actos administrativos de otros órganos de la Administración, tanto activa como de control, puedan recurrir de protección ante los tribunales superiores de justicia”<sup>1501</sup>, con los límites inherentes a su calidad de persona jurídica de derecho público<sup>1502</sup> (Cf. Cap. 2).

---

<sup>1499</sup> Art. 126.

<sup>1500</sup> Mediante el control previo de legalidad de los actos del ejecutivo y de los otros órganos administrativos.

<sup>1501</sup> SCS Rol 2791-2012 con fecha 3 de julio de 2012, *Municipalidad de Zapallar contra Contraloría Regional de Valparaíso*, cons. 3. V. también SCA de Rancagua, confirmada por la Corte Suprema, “*Municipalidad de Marchigüe con Errázuriz y otros*”, *Gaceta Jurídica* N°285, marzo 2004, pp.71-74 et SCA de Santiago, “*Municipalidad de Portezuelo y otros con CONAMA*”, *Gobierno y Administración del Estado*, año IX, N°105, pp.161-193.

<sup>1502</sup> V. SCA de Concepción, confirmada por la Corte Suprema, “*Municipalidad de Santa Juana con COREMA VIII Región*”, *Gobierno y Administración del Estado*, año IX, N°105, pp.123-127. cons. 3: “Que efectivamente la recurrente persona jurídica de derecho público, no puede tener la calidad de afectada en los derechos a la vida, a la salud y a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, por cuanto tales derechos son inherentes a las personas naturales.”

El Tribunal constitucional vigila que el legislador no abandone sus responsabilidades<sup>1503</sup>. El problema principal aparecerá a propósito del ejercicio del poder reglamentario autónomo por el Presidente de la República que solo debe respetar los ámbitos respectivos de la ley y de los reglamentos autónomos. No está tanto obligado por el principio de legalidad inherente a las leyes atributivas de competencias materiales, como por el principio de la autonomía de las municipalidades que prohíbe cualquier relación de subordinación con la administración central<sup>1504</sup>. Dependerá, entonces, del control de constitucionalidad y no de legalidad (cf. Infra).

La autonomía de las municipalidades es solo administrativa. “Es una autonomía - en términos de SILVA B. -para que se “auto regulen dentro del marco de la función y las atribuciones que les fijan la Constitución y las leyes”; limitada “por las facultades que en relación a ella pueden ejercer el legislador, la autoridad administrativa, la judicial, la Contraloría General de la República”<sup>1505</sup>.

En el sistema francés, la protección de la libre administración está proclamada por el juez constitucional, asegurada hoy por él mismo y de manera general por el juez administrativo, pero no escapa totalmente a los ataques del poder reglamentario central. Se trata principalmente de defenderse de las otras autoridades administrativas centrales, pero también de los casos de incompetencia negativa del legislador.

La jurisprudencia del *Conseil constitutionnel* reafirma regularmente la exclusividad de la competencia legislativa en materia de descentralización<sup>1506</sup>. Así, el legislador no puede eludir sus

---

<sup>1503</sup> STC 370-03, op. cit. cons. 19: ***No puede la ley, por ende, reputarse tal en su forma y sustancia si el legislador ha creído haber realizado su función con meros enunciados globales, plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales. Obrar así implica, en realidad, ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica***”.

<sup>1504</sup>V. STC Rol 80-89, op. cit, solución reiterada, v. por ej: STC Rol 1501- 2008, Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, sobre acceso a la información pública, cons. 37 y 41: “La referida autonomía implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva ».

<sup>1505</sup>SILVA B., A., *Tratado de Derecho Constitucional*, T. 10, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 130-131.

<sup>1506</sup>La combinación de los artículos 34 y 72 de la constitución restringe considerablemente las posibilidades de auto-desposeimiento del legislador en beneficio del poder reglamentario en materia de libre administración de las colectividades territoriales. Desde CC, Décision n° 65-34 L du 2 juillet 1965 *Nature juridique des articles 1er, 5 et 6 de l'ordonnance n° 58-1383 du 31 décembre 1958 portant modification de certaines dispositions du régime de retraite des marins du commerce*

**competencias** al remitir a un convenio concluido entre colectividades la tarea de fijar las condiciones de ejercicio de las competencias<sup>1507</sup>.

Tratándose de las eventuales intromisiones del poder ejecutivo nacional en el campo de las competencias transferidas por el legislador, las colectividades territoriales disponen de los recursos abiertos a cualquier persona jurídica: recurso por exceso de poder contra los actos administrativos<sup>1508</sup>, recursos en indemnización<sup>1509</sup>, pero también desde la ley n°2000-597 del 30 de junio de 2000 de los procedimientos de *référé* y, particularmente, del *référé-libertad*<sup>1510</sup>.

No obstante, como consecuencia de la aplicación de la teoría de la pantalla legislativa por el juez administrativo, un decreto de ejecución de la ley no es ilegal si solo completa disposiciones legislativas que vulneran la libre administración de las colectividades territoriales<sup>1511</sup>, provocando, según algunos, un verdadero “fenómeno de inmunidad constitucional” de los decretos de ejecución de las leyes<sup>1512</sup> y una “denegación de justicia”.<sup>1513</sup> Seguramente se debe relativizar hoy esta afirmación y la teoría de la ley pantalla en general porque, como lo recordó fuertemente el *Conseil d’Etat* en su fallo de asamblea *Comuna d’Annecy* del 3 de octubre de 2008<sup>1514</sup>, las disposiciones del bloque de constitucionalidad tienen, para el juez administrativo, un valor constitucional y “se imponen a los poderes públicos y a las autoridades administrativas en sus ámbitos de competencia respetivos”.

---

*Recueil*, p. 75 – *JO du 23 août 1965* : “considérant que selon l’article 37 de la Constitution, les matières autres que celles de la loi ont un caractère réglementaire, et que ce champ est fixé non seulement par l’article 34, mais également par d’autres dispositions de la Constitution, et particulièrement ses articles 72 à 74.”

<sup>1507</sup>CC., Déc. n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, *Loi d’orientation pour l’aménagement et le développement du territoire*, Rec., p. 183.

<sup>1508</sup>CE, 18 avril 1902, *Maire de Nérès-les-Bains c/ Préfet de l’Allier*, S. 1902.3.81, note M. HAURIOU

<sup>1509</sup>CE, 30 décembre 2009, *Département de la Seine-Saint-Denis et département de Saône-et-Loire*, requête n°325824; *AJDA* 2010, p. 389, note P. CASSIA ; *Revue Lamy des collectivités territoriales* 2010, n°55, p. 19, note E. GLASER et n°57, p. 10, note E. LANZERONE ; *LPA* 8 mars 2010, n°47, p. 3, note M-C. ROUAULT.

<sup>1510</sup>CE, 12 juin 2002, *Communes de Fauillet, Montpouillan et Sainte- Marthe*, R. 215 ; *AJDA* 2002 p. 590, chron. F. DONNAT et D. CASAS.

<sup>1511</sup>CE, 18 juin 1965, *Bellet, Lebon*, p. 370

<sup>1512</sup>V. CE, 5 janvier 2005, *Deprez et Baillard*, Rec. 1

<sup>1513</sup>FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit. n° 563 et 564 p. 430.

<sup>1514</sup>CE, Ass, 3 octobre 2008, *Commune d’Annecy*, Rec. p. 322.

## **B. Contra los ataques del legislador a los derechos garantizados por la Constitución.**

A continuación del declive de las concepciones políticas “legicentrista” de la separación de poderes<sup>1515</sup>, el principio históricamente primero de jerarquía de las normas ha sido atenuado por el principio de repartición de competencias normativas. Pero, la sustitución de la omnipotencia de la ley por la omnipotencia de la Constitución atributiva de competencias, no es evidente en los Estados unitarios, incluso descentralizados. Así, a diferencia de las constituciones federales o de los Estados llamados “autonómicos”<sup>1516</sup>, las constituciones chilena como francesa, no cuentan con ninguna repartición material de competencias entre el Estado y los entes territoriales.

La constitución francesa reconoce por una parte el principio de libre administración de las colectividades territoriales (artículo 72 inc. 3) y, por otra parte, el papel preponderante del legislador en la determinación de los principios fundamentales de esta libre administración (art. 34 inc. 13)<sup>1517</sup>. De mismo modo, la constitución chilena consagra la autonomía de las municipalidades y la necesaria intervención del legislador orgánico para establecer sus competencias (art. 118 inc. 4 y 5).

### **1. La ausencia de participación directa de los entes territoriales al control abstracto de constitucionalidad**

La instauración definitiva de la democracia constitucional (o Estado de derecho) implica el control de los actos legislativos conforme los *corpus* constitucionales.

---

<sup>1515</sup>Se sabe, esa concepción que vinculaba la jerarquía de las normas con la jerarquía de las instituciones u órganos en el seno del Estado apuntaba a justificar la supremacía del parlamento, representante de la voluntad general, sobre el ejecutivo. Es decir de lo Político sobre el administrativo. Su representante el más ilustre en la doctrina francesa era CARRÉ de MALBERG, R., *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933, p. 167.

<sup>1516</sup>En España, « la loi autonome a la même force juridique que la loi étatique. Leurs rapports sont résolus non par l'application du principe de hiérarchie, mais par l'application du principe de compétence: prévaut la loi – étatique ou autonome – qui est compétente pour régir telle matière donnée, la loi incompétente étant inconstitutionnelle car méconnaissant la répartition des compétences définies par le bloc de constitutionnalité» BON, P., «Espagne: l'État des autonomies», enC. BIDEGARAY (dir.), *L'État autonome: forme nouvelle ou transitoire en Europe ?*, Economica, 1994, p. 123.

<sup>1517</sup> Ver CC, Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, Rec. p. 50: « Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution la loi "détermine les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources" ; que relèvent par suite du domaine de la loi la détermination des transferts de compétences entre l'État et les collectivités territoriales, de même que la répartition entre plusieurs catégories de collectivités territoriales de leurs attributions respectives »

Los dos sistemas estudiados prevén un control jurisdiccional de las leyes, pero no todas las leyes están obligatoriamente sometidas al examen del juez constitucional. El Tribunal Constitucional chileno ejerce sobre las leyes orgánicas un control preventivo obligatorio de constitucionalidad<sup>1518</sup> y el *Conseil constitutionnel* también.<sup>1519</sup> Solo la constitución chilena considera un control obligatorio de las leyes de descentralización por su carácter orgánico. Sin embargo, los dos sistemas prevén recursos por parte de autoridades estatales determinadas (art. 93 N°3 Constitución chilena y art. 61 de la Constitución francesa).

Por una parte, esta organización de las jurisdicciones constitucionales chilenas y francesa revela una concepción exclusivamente horizontal de la separación de poderes y de la producción normativa de la cual la participación de los entes territoriales está excluida<sup>1520</sup> por “la fuerza del dogma del Estado unitario que mantiene a raya toda forma de injerencia de las colectividades descentralizadas en el proceso de fabricación de la ley del Estado, expresión de la soberanía nacional”.<sup>1521</sup>

Por otra, y en consecuencia, solos los sistemas federales o los Estados autonómicos o regionales<sup>1522</sup> prevén una intervención de las autoridades de sus componentes territoriales. Es decir, salvo raras excepciones<sup>1523</sup>, las comunas como entes territoriales de base no tienen esta facultad.

## **2. La ausencia (en principio) de recursos específicos de los entes territoriales ante el juez constitucional.**

¿Disponen los entes territoriales de una garantía jurisdiccional que les permita hacer respetar la repartición de las competencias atribuidas?, es decir, ¿disponen de recursos en contra de los actos legislativos recentralizadores? ¿Pueden reivindicar “competencias adquiridas” contra el legislador?

---

<sup>1518</sup>Art. 93 CPR.

<sup>1519</sup>Art. 61 de la Constitución francesa.

<sup>1520</sup>DELOOZ, B., “Separación de poderes y Descentralización”, en *Actas oficial de las XL Jornadas de Derecho Público (11 y 12 de noviembre de 2010)*, Editorial Legal Publishing. 2011.

<sup>1521</sup>ALLART L., « la question prioritaire de constitutionnalité, voie d'accès des collectivités territoriales au juge constitutionnel? », VIII<sup>e</sup> Congrès français de droit constitutionnel, atelier 8: « aspects territoriaux », *AFDC, Nancy, 16-18 juin 2011*.

<sup>1522</sup>Por ejemplo, art. 93 de la Ley fundamental alemana, art. 162 de la Constitución española.

<sup>1523</sup>Ver por ejemplo el art. 2 de la ley especial del 6 de enero de 1989 de la Corte constitucional de Bélgica.



En derecho comparado, “las vías de acceso al juez constitucional pueden ser principalmente de tres tipos: el control de las normas (proyecto italiano), la protección de los derechos constitucionales (Alemania y Austria) y la resolución de los conflictos de competencia (España)”.<sup>1524</sup>

En los dos sistemas estudiados, no existen recursos jurisdiccionales específicos previstos en beneficio de las colectividades territoriales para defender las competencias atribuidas y su ejercicio. A partir de eso, incluso si Francia ratificó la Carta europea de la autonomía local<sup>1525</sup> que prevé un derecho de recurso jurisdiccional en beneficio de las colectividades territoriales para hacer respetar su autonomía<sup>1526</sup>, “el derecho constitucional positivo francés no confiere...ninguna garantía respecto de la atribución de competencias a las colectividades territoriales”<sup>1527</sup>, salvo la elección de sus consejos<sup>1528</sup>. Por otro lado, no parece, hasta hoy, que el juez administrativo francés se haya permitido ejercer un control de convencionalidad de las leyes con la Carta<sup>1529</sup>.

En Chile, la Constitución no prevé ningún recurso jurisdiccional específico en beneficio de los entes territoriales. Más, GÓMEZ B. afirma que no está previsto en el sistema ningún mecanismo para dilucidar los conflictos entre el poder central y las pocas entidades descentralizadas que contempla el sistema de gobierno regional y municipal. Ello, muy influido, naturalmente, por el estado unitario vigente y por el poderoso régimen presidencial imperante.<sup>1530</sup>

La ausencia de recursos específicos en Chile está de una cierta manera compensada por la aplicabilidad inmediata y el efecto directo de la Constitución<sup>1531</sup> para y sobre todas las

---

<sup>1524</sup> Ver BON, P., “L'accès des collectivités locales au juge constitutionnel”, en *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, pp. 45-61.

<sup>1525</sup> Adoptada en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985 y ratificada el 17 de enero de 2007 luego de la adopción de la ley n°2006-823 del 10 de julio de 2006, entró en vigencia el 1<sup>er</sup> de mayo de 2007.

<sup>1526</sup> Art. 11 de la Carta: «Las Entidades locales deben disponer de una vía de recurso jurisdiccional a fin de asegurar el libre ejercicio de sus competencias y el respeto a los principios de autonomía local consagrados en la Constitución o en la legislación».

<sup>1527</sup> PRIET, F., « Sur une notion désormais constitutionnalisée: la décentralisation », en *Mélanges en l'honneur de Yves Jégouzo. Terres du droit*, Dalloz, 2009, p. 263.

<sup>1528</sup> Cf. supra cap. 4 e infra éste capítulo, sección 2.

<sup>1529</sup> Eso parece dudoso sobre todo porque los términos de la Carta son vagos y dejan un margen de apreciación al legislador nacional difícil de apreciar por el juez administrativo.

<sup>1530</sup> GÓMEZ B., G., “La justicia constitucional en Chile”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n°1, Enero/Diciembre 1997, p. 121-156, p. 126.

<sup>1531</sup> Art. 6°, al.1: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”.

autoridades públicas y privadas y todos los ciudadanos. Los principios y derechos fundamentales son entonces directamente exigibles sin que sea necesaria una mediación legislativa. Si los actos administrativos pueden estar impugnados *a posteriori* ante cualquier juez con motivo de un litigio mediante los recursos de nulidad de derecho público (por incompetencia) o de protección<sup>1532</sup> (de las garantías constitucionales), so reserva de sus condiciones de admisibilidad, éste último no puede estar utilizado en contra de la ley para la cual existe la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad<sup>1533</sup>. Por otro lado, la incompetencia legislativa es inusual y la posibilidad de apartar un precepto legislativo - antes reconocida al juez ordinario - está hoy en día reservado al juez constitucional que puede incluso declararla inconstitucional *erga omnes* (cf. Introducción e Infra 3).

La incompetencia de principio de las jurisdicciones ordinarias francesas para descartar disposiciones legislativas<sup>1534</sup> concentraba el control de constitucionalidad en las manos del *Conseil constitutionnel* y eso de manera *a priori* sobre el fundamento del artículo 61 inc. 2 de la constitución por desconocimiento del principio de libre administración de las colectividades territoriales.<sup>1535</sup> Así, los entes territoriales como los particulares no podían recurrir

---

<sup>1532</sup>Así, “la acción puede ser interpuesta por cualquier persona natural o jurídica afectada, incluso por entes colectivos, sin personalidad jurídica, o por cualquiera otra persona a su nombre”, NOGUEIRA A., H., “El recurso de protección en Chile”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 3, 1999, p. 157-179, aquí: p. 161.

<sup>1533</sup>Pero ¿*quid* de los decretos-leyes? Para NOGUEIRA “Los Decretos con Fuerza de Ley, por su equivalencia con la ley, nos parece que se encuentran excluidos del recurso de protección” Idem, p. 166.

<sup>1534</sup>El *Conseil d’État* no declara la ley inaplicable, pero declara el acto administrativo impugnado contrario a la constitución. Porque, como lo recordó el Vice-presidente del *Conseil d’État*, J.-M. SAUVE, «le Conseil d’État fait de la Constitution, avant même les engagements internationaux auxquels la France est partie, la norme de référence (...) dans l’exercice de sa mission contentieuse, ainsi que l’a rappelé la décision d’assemblée *Sarran, Levacher et autres* du 30 octobre 1998.» Así, las disposiciones constitucionales son una fuente directa de principios y de normas que el *Conseil d’État* hace oponibles a la administración. Pero, utiliza también, para esquivar la pantalla legislativa, los *principios generales del derecho*, la *técnica de la interpretación conforme de la ley respecto a la Constitución*. El *Conseil d’État* también juzgó que, para la aplicación y al interpretación de una ley, el juez administrativo está ligado por *las reservas de interpretación formuladas por el Conseil constitutionnel* en su decisión estatuyendo sobre la conformidad con la Constitución de la ley en cuestión (CE ass. 11 mars 1994, *SA La Cinq*, Lebon p. 117, avec conclusions P. FRYDMAN). V. SAUVE, J.-M., «L’examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d’État». *Exposé de synthèse de lors de la Journée d’étude organisée au Conseil d’État* par le Centre de recherche en droit constitutionnel de l’Université de Paris I Panthéon-Sorbonne le 1er avril 2011.

<sup>1535</sup>Se notara empero que raros son los casos de invalidación de leyes por violación del principio de libre administración. Ver las cuatro decisiones del CC, Décision n.º 83-168 DC du 20 janvier 1984, *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*, Rec., p. 38, cons. 10; Déc.n.º 92-316 DCdu 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, Rec., p. 14, cons.43; Déc. n.º 98-407 DCdu 14 janvier 1999, *Loi*

(directamente) al juez constitucional (cf. Infra 3). No obstante, la ley constitucional N°98-610 del 20 de julio de 1998 *relativa a Nueva-Caledonia* y la ley constitucional n°2003-276 del 28 de marzo de 2003 *relative à l'organisation décentralisée de la République* habían previsto, respetivamente, ciertos recursos específicos en beneficio de la primera<sup>1536</sup> y de las colectividades de ultramar gozando de la autonomía, es decir, por el momento la Polinesia francesa.

Tratándose de esta última, el inciso 3, guiones 1 y 2 del artículo 74 de la constitución prevé que la ley orgánica puede determinar, para las colectividades dotadas de la autonomía, las condiciones en las cuales: por una parte, el *Conseil d'Etat* ejerce un control jurisdiccional específico sobre ciertas categorías de actos de la asamblea deliberante que se efectúan en concepto de las competencias que esta tiene en el ámbito de la ley; por otra, que la asamblea deliberante puede modificar una ley promulgada con posterioridad a la entrada en vigor del estatuto de la entidad, cuando el *Conseil constitutionnel*, requerido sobre todo por las

---

*relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux, Recueil, p. 21, cons. 26 - JO du 20 janvier 1999, p. 1028 et Décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains, Recueil, p. 176, cons. 47 - JO du 14 décembre 2000, p. 19840*

<sup>1536</sup>Como se ha acotado antes, el caso de la Nueva-Caledonia no es estudiado aquí. Sin embargo, se puede señalar que la ley constitucional mencionada “restableció un artículo 77” en el título XIII de la Constitución que prevé un control por el *Conseil constitutionnel*: “Tras la aprobación del acuerdo en la consulta prevista por el artículo 76, la ley orgánica, adoptada tras dictamen de la asamblea deliberante de Nueva Caledonia, con el fin de garantizar la evolución de Nueva Caledonia conforme a las orientaciones definidas por este acuerdo y según las modalidades necesarias a su aplicación, establecerá: (...) Las normas de organización y funcionamiento de las instituciones de Nueva Caledonia, de modo especial las condiciones en las cuales ciertas categorías de actos de la asamblea deliberante de Nueva Caledonia podrán someterse, antes de su publicación, a la fiscalización del *Conseil constitutionnel*”. Los artículos 104 y 105 de la ley orgánica n° 99-209 del 19 de marzo de 1999, adoptada para la aplicación de los Acuerdos de Nouméa y el artículo 77 precitado de la Constitución, precisan que las *lois du pays* de Nueva-Caledonia son actos que pueden, después de una nueva deliberación, ser impugnados antes de su publicación delante el *Conseil constitutionnel* que dispone de un plazo de tres meses para resolver. Como lo señala P. BON, « on remarquera que la nature politique de l'autonomie accordée à la Nouvelle-Calédonie et qui se matérialise par l'attribution à ce territoire d'un pouvoir législatif (il est vrai limité), si elle a paru au législateur impliquer que les lois du pays relèvent du *Conseil constitutionnel*, n'a pas eu la conséquence inverse de permettre au territoire de déférer au *Conseil constitutionnel* les lois de l'État qui portent atteinte à son autonomie, à la différence de ce qui se passe dans un État régional. » BON, P., “L'accès des collectivités locales au juge constitutionnel”, en *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 50, note de pas de page 9.

Por otro lado, tratándose de los actos administrativos, el artículo 205 de la ley orgánica 99-209 del 19 de marzo de 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie* prevé que el *Conseil d'État* rinde su dictamen cuando el tribunal administrativo le transmite una petición en éste sentido, si debe pronunciarse sobre un recurso por exceso de poder o un recurso en apreciación de legalidad que invocan la inexacta aplicación de la repartición de las competencias entre el Estado, la Nueva-Caledonia, las provincias y las comunas. Éste procedimiento parece inspirado del mecanismo de las cuestiones prejudiciales puesto que “el tribunal administrativo decide en un plazo de dos meses a partir de la publicación del dictamen en el Diario Oficial de la Nueva-Caledonia o de la expiración del plazo concedido al *Conseil d'Etat*”.

autoridades de la entidad, haya comprobado que la ley se aplicó en el ámbito de competencia de esta entidad.

Se trata de una doble garantía jurisdiccional – constitucional y administrativa – de la repartición de las competencias descentralizadas mediante un control de los eventuales conflictos de atribución entre el Estado y la Polinesia francesa.

Se notara que el control del *Conseil d'Etat* sobre las “leyes del país”<sup>1537</sup> de la Polinesia francesa es un control de constitucionalidad y de convencionalidad<sup>1538</sup>, a pesar que aquellas tengan el estatuto de actos administrativos, lo que es comprensible puesto que intervienen en el ámbito de la ley. Pero, se notara sobretodo que ese control de repartición de competencias no está previsto para proteger a esta colectividad territorial de ultramar, pero sí al Estado contra las eventuales usurpaciones de ésta, puesto que solo está previsto el “control jurisdiccional específico de las "leyes del país" ” (título del capítulo II del título VI de la ley orgánica) y no un control de las leyes del Estado.

En cambio, el control ejercido por el *Conseil constitutionnel* permite de desclasificar o deslegalizar una disposición legislativa adoptada por el Parlamento en el campo de las competencias descentralizadas por el legislador orgánico y autorizar a esas colectividades territoriales a modificarla o abrogarla. Salvo esas dos hipótesis, parecía bien que a pesar de la hipotética introducción del principio de subsidiariedad al artículo 72 inc. 2 de la constitución, las colectividades territoriales francesas no podían recurrir al juez constitucional para su protección.

Hoy, entonces, los entes territoriales dependen en caso de ataque por una ley de traspaso de competencias de sus derechos constitucionalmente garantizados, ya sea por parte de las autoridades que pueden recurrir al juez constitucional conformemente cada sistema (y las cuales tendrán que presionar), ya sea de las novedades que constituyen la cuestión prioritaria de

---

<sup>1537</sup> Según el art. 140 de la ley orgánica n° 2004-192 del 27 de febrero de 2004 *portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, « les actes de l'assemblée de la Polynésie française, dénommés " lois du pays ", sur lesquels le Conseil d'Etat exerce un contrôle juridictionnel spécifique, sont ceux qui, relevant du domaine de la loi, soit ressortissent à la compétence de la Polynésie française en application de l'article 13, soit sont pris au titre de la participation de la Polynésie française à l'exercice des compétences de l'Etat dans les conditions prévues aux articles 31 à 36. »

<sup>1538</sup> Art. 176-III de la ley orgánica N° 2004-192: «le Conseil d'Etat se prononce sur la conformité des actes prévus à l'article 140 dénommés "lois du pays" au regard de la Constitution, des lois organiques, des engagements internationaux et des principes généraux du droit. La procédure contentieuse applicable au contrôle juridictionnel spécifique de ces actes est celle applicable en matière de recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat. - Les actes prévus à l'article 140 dénommés "lois du pays" ne peuvent plus être contestés par voie d'action devant aucune autre juridiction. »

constitucionalidad en Francia (*QPC*) y la cuestión de inaplicabilidad (*INA*) y eventualmente una acción de inconstitucionalidad (*INC*) en Chile.

### **3. Las posibilidades de apropiación por los entes territoriales de nuevos recursos destinados a los particulares**

Estos nuevos instrumentos (*QPC*, *INA* e *INC*) han sido previstos al origen para reforzar los derechos fundamentales de los ciudadanos. En los dos casos, el juez constitucional puede hoy ser llevado a pronunciarse sobre textos legislativos que habrían escapado a su control por falta de recursos deducidos por las autoridades estatales habilitadas para hacerlo.

La reforma de la Constitución chilena de 2005 llegó a reunir en el Tribunal constitucional el control *a priori* sobre los proyectos de leyes, semejante al que existe en Francia, y un control *a posteriori* sobre normas legislativas<sup>1539</sup>.

La revisión constitucional francesa del 23 de julio de 2008 ha introducido un artículo 61-1<sup>1540</sup> según el cual “Cuando, con motivo de una instancia pendiente ante una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa perjudica a los derechos y las libertades que garantiza la Constitución, se podrá someter el asunto, tras su remisión por parte del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, al Consejo Constitucional que se pronunciará en un plazo determinado”.

Se pueden señalar las similitudes y las divergencias entre los dos mecanismos en materia de protección jurisdiccional de los entes territoriales, y eso en cuanto al procedimiento, a las normas de referencia y al alcance de las decisiones.

A propósito de los mecanismos de acceso al juez constitucional, la diferencia del sistema francés, el dispositivo chileno no prevé filtro jurisdiccional previo de parte de los tribunales ordinarios. El control de inaplicabilidad del artículo 93 N° 6, concreto y con efectos *inter partes*, prevé que cualquier tribunal ordinario o especial tiene la obligación de someter de oficio al Tribunal Constitucional si estima que, durante un litigio que conoce, uno o varios preceptos legales cuya aplicación puede resultar decisiva para su resolución son inconstitucionales, lo que no obsta a que la cuestión sea también formulada por las partes. Así,

---

<sup>1539</sup>El artículo 80 de la Carta de 1980 preveía hasta 2005 la competencia de la Corte Suprema para determinar la inaplicabilidad de preceptos legales.

<sup>1540</sup>Ver : Ley constitucional n° 2008-724 du 23 juillet 2008 *de modernisation des institutions de la Ve République* y ley orgánica n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 *relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*.

los jueces no pueden descartar ellos mismos normas legales, pero deben plantear la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional o conformarse a los criterios jurisprudenciales determinados en sus decisiones anteriores para casos análogos.

Las condiciones o criterios de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad, fijados por el art. 93 inc. 11 de la Constitución así como la ley orgánica relativa al Tribunal Constitucional<sup>1541</sup> examinados directamente por él alcanzan a siete.<sup>1542</sup> La admisión de la acción de inaplicabilidad suspende de oficio o a petición de las partes el juicio en curso.

En el sistema francés, a diferencia del sistema chileno, una QPC nunca puede ser planteada por el mismo juez. Está reservada únicamente a las partes. En cambio, el mecanismo establece un doble filtro jurisdiccional<sup>1543</sup> a fin de prevenir un atasco del papel del *Conseil constitutionnel*. Ese filtro considera tres<sup>1544</sup> condiciones de admisibilidad y corresponden a las siete examinadas por el Tribunal constitucional chileno. La diferencia de cifra se debe a que una parte de las siete del sistema chileno, son condiciones puramente formales examinadas antes por el juez ordinario francés. Según algunos, el *Conseil d'Etat*, que aprecia en definitiva si la causal de

---

<sup>1541</sup>Ver arts. 47A a 47N, párrafo 6 “Cuestiones de Inaplicabilidad” del título II “De la competencia y funcionamiento del Tribunal Constitucional” La Ley 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

<sup>1542</sup> 1.- Debe tratarse de un precepto legal ; 2.- Que exista gestión pendiente ante otro tribunal ordinario o especial 3.- Que la aplicación del precepto resulte decisivo en la resolución del asunto; 4.- Que la ley contraría la Constitución en su aplicación; 5.- Que lo solicite la parte o el juez; 6.- Que la impugnación esté fundada razonablemente; 7.- Que el requerimiento se promueva respecto de un precepto legal que no haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y que no se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva.

<sup>1543</sup>Este doble filtro se apoya sobre el juez del fondo, y luego sobre la *Cour de cassation* o el *Conseil d'Etat* según la naturaleza de la jurisdicción ante la cual la cuestión ha sido planteada. La jurisdicción del fondo debe proceder sin plazo a un primer examen. Estudia si la cuestión es admisible y si se reúnen los criterios fijados por la ley orgánica del 10 de diciembre de 2009. Si es el caso, la jurisdicción del fondo transmite la cuestión prioritaria de constitucionalidad según el caso al *Conseil d'État* o a la *Corte de cassation*. Éstos proceden a su turno a un examen más profundizado y decide de pedir o no al *Conseil constitutionnel* pronunciarse. El rechazo, por las jurisdicciones supremas, de transmitir al *Conseil constitutionnel* es susceptible de ningún recurso. Cuando la jurisdicción del fondo rehúsa transmitir una QPC, esa decisión solo puede ser impugnada si llega el caso de una apelación o de un recurso de casación.

<sup>1544</sup>El artículo 23-4 de la ordenanza del 7 de noviembre de 1958, introducido por la ley orgánica del 10 de diciembre de 2009 precisa que “dans un délai de trois mois à compter de la réception de la transmission (...), le Conseil d'État se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Il est procédé à ce renvoi dès lors que les conditions prévues aux 1° la disposition législative critiquée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites et 2° la disposition législative critiquée n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux”.

inconstitucionalidad invocada reúne las condiciones de remisión al *Conseil constitutionnel*, podría jugar un papel de protección avanzada de las exacciones del gobierno y del legislador. En fin, la jurisdicción del fondo suspende el procedimiento a la espera de la decisión de las jurisdicciones Supremas, luego, eventualmente, del *Conseil constitutionnel*.<sup>1545</sup>

Los dos sistemas hacen entonces entrar las jurisdicciones ordinarias en el control de constitucionalidad de las leyes. Se notará, empero, que las jurisdicciones ordinarias francesas cuando transmiten disposiciones legislativas impugnadas, se limitan a motivar de manera muy somera e incluso lacónica las decisiones de transmisión sin entrar en una demostración de la inconstitucionalidad de la ley. En cambio, la práctica de las jurisdicciones chilenas, al igual que - por ejemplo - de las decisiones de remisión prejudicial de las jurisdicciones alemanas a la Corte constitucional federal, deben indicar en detalle los motivos que, según ellas, justifican la inconstitucionalidad de la norma y ejercen un real pre-juicio de constitucionalidad.<sup>1546</sup>

Tratándose de las normas de referencias, en los dos sistemas, solo las disposiciones legislativas (o que tienen rango legislativo<sup>1547</sup>) pueden ser objeto de esos recursos.

El artículo 93 n° 6 de la Constitución chilena establece que el tribunal constitucional debe resolver la cuestión de inaplicabilidad de una norma legal cuya aplicación se revelaría contraria a la constitución, mientras que la *QPC* prevé la protección de los “derechos y libertades que la Constitución garantiza”. Seguramente se debe entender el conjunto de los “derechos y libertades “del “bloque de constitucionalidad” es decir, el cuerpo de la constitución del 4 de octubre de 1958, la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789<sup>1548</sup>, el preámbulo de la constitución del 27 de octubre de 1946, y la Carta del medioambiente de 2004.

---

<sup>1545</sup> Salvo si está en juego una medida privativa de libertad o que la ley prevé de estatuir en emergencia o en un plazo determinado.

<sup>1546</sup> GÓMEZ B. señala que los jueces someten la cuestión de inaplicabilidad directamente ante el Tribunal Constitucional, a través de un auto motivado (tal como se conoce en el derecho constitucional español) y que el juez explicita los fundamentos de su impugnación, esto es, las razones que le inducen a pensar que la ley es inconstitucional y por ello inaplicable al caso que debe decidir. Así, por diseño del constituyente los jueces pasan a integrar la jurisdicción constitucional”. GÓMEZ B., G., *Las sentencias del tribunal constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, Santiago, Ed. Universidad Diego Portales, 2013.

<sup>1547</sup> Puede tratarse en Francia, de las ordenanzas ratificadas por el parlamento. Para Chile, es lo mismo para los *decretos con fuerza de ley* y los tratados internacionales.

<sup>1548</sup> El *Conseil* ya había reconocido el beneficio de los artículos 2 y 17 de la Declaración de 1789 relativos al derecho de propiedad en el marco del control *a priori* de la constitucionalidad de las leyes para las personas públicas. CC., Décision n°86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, *Privatisations*, Rec. p. 61; *AJDA* 1986, p. 575, note RIVERO, J.; *AJJC* 1986, p. 427, note GENEVOIS, B.; *RDP* 1989, p. 458, note FAVOREU. L. Également, plus récemment: CC., Décision n°2009-594 DC du 3 décembre 2009, *Loi relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports*, Rec. p. 200

Eso no impide que el marco protector parece menor en Francia que en Chile que da al tribunal constitucional un margen de maniobra *a priori* más amplio.

Tratándose de los poderes del juez constitucional, el Tribunal constitucional puede, con la declaración de inaplicabilidad, en un primer tiempo descartar la aplicación de una disposición légal y, en un segundo tiempo, de oficio o después de una acción de inconstitucionalidad, declarar inconstitucional *erga omnes* esta misma disposición que está entonces abrogada a contar de la publicación de la decisión en el diario oficial.<sup>1549</sup> Si el *Conseil constitutionnel* declara la disposición contestada contraria a la Constitución, la aplicación de la disposición está apartada del proceso en curso<sup>1550</sup> y la disposición está abrogada sea inmediatamente, sea a contar de una fecha ulterior fijada por el *Conseil* mismo. Las decisiones del *Conseil constitutionnel* no son susceptibles de recurso.

En conclusión sobre este punto, se puede destacar que los entes territoriales no disponen de ninguna vía particular de acceso directo al juez constitucional. Sin embargo, pueden utilizar los instrumentos de derecho común para intentar proteger sus competencias y sus derechos. La cuasi imposibilidad de definir con anterioridad y de manera definitiva los contornos de la autonomía territorial, obliga a tomar en cuenta algunos criterios definidos *a priori* y a confrontarlos con la práctica legislativa y su control por el juez constitucional, principalmente. Se dibuja así de manera impresionista el contenido de este cuadro de las relaciones Estado-entes territoriales.

## **Sección 2. El contenido de las garantías constitucionales de la autonomía territorial**

Es la jurisprudencia constitucional que conviene principalmente consultar, pues la doctrina jurídica chilena parece haberse preocupado poco del contenido de la autonomía territorial. Ésta ha precisado que (en general) la “autonomía implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción [organizativa, institucional y normativa] no puede estar supeditado,

---

<sup>1549</sup> El inc. 3° del art. 94 precisa que, « el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 o 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo». Et, l’art. 93-7° enuncia efectivamente que el Tribunal constitucional deberá: “Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”.

<sup>1550</sup> Eso no impide al juez del fondo ejercer un control de convencionalidad.



en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva”.<sup>1551</sup> No está entonces al abrigo del legislador<sup>1552</sup> y es solo una parte de la doctrina que se refiere a las garantías institucionales, inspirándose de las doctrinas españolas y alemanas. Ahora bien, otros lo han señalado antes que nosotros (cf. cap. 6), esas garantías corresponden a las garantías comprendidas en el concepto francés de libre administración.

En Francia, depende del campo de aplicación de la libre administración de las colectividades territoriales, todo lo que conciernen sus garantías “en todos los aspectos de su existencia (carácter electivo de los consejos, recursos suficientes, libertad contractual...)”<sup>1553</sup>. En efecto, engloba la autonomía institucional y la autonomía de gestión así como la autonomía financiera. Se pueden reagrupar esos diferentes componentes en las dos características de toda institución: las garantías vinculadas al órgano (§ 1) y las relacionadas a sus funciones (§ 2). Es por cierto lo que se desprende de las condiciones del respeto por el Parlamento del principio de libre administración de las colectividades territoriales fijado por el *Conseil constitutionnel*. Resulta particularmente que toda colectividad debe “*disposer de un conseil elegido*” y estar dotada “*de atribuciones efectivas*”<sup>1554</sup>. De mismo modo, en la decisión citada del Tribunal constitucional chileno, los tres ámbitos citados (organizacional, institucional y normativo) corresponden sin dificultad a esta presentación en dístico.

En la materia, los límites impuestos al legislador por las Constituciones en estudio son borrosos y es entonces mediante un análisis esencialmente de la jurisprudencia constitucional, que se deben abordar esos dos grandes conjuntos. Una constatación previa puede ser hecha: el juez constitucional francés difícilmente puede oponerse al legislador a quién la Constitución remite justamente la organización de la administración descentralizada del territorio.<sup>1555</sup> Se

---

<sup>1551</sup>STC 80-89, op. cit. Y regularmente recordado: STC 1501-08, *Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, sobre acceso a la información pública*, op. cit. cons. 37 y 41.

<sup>1552</sup>Se notara que el Tribunal constitucional impone solo una protección respecto del ejecutivo nacional. ¿Podría entonces el legislador someter la autonomía municipal a otras entidades territoriales, a establecimientos o empresas públicas?

<sup>1553</sup>FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., n° 27 p. 29.

<sup>1554</sup>CC, Déc. n° 85-196 DC du 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 10.

<sup>1555</sup>Como ha sido recordado por el propio *Conseil constitutionnel*: «le conseil constitutionnel, qui n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du parlement, ne saurait rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé » CC,

tratará entonces aquí de un equilibrio sutil, más cualitativo que cuantificable, que depende del caso a caso y es, entonces, difícil dibujar un marco definitivo de lo que está permitido y prohibido al legislador.

### § 1. El derecho a existir y la libertad “de ser”: las garantías de la autonomía orgánica

Siendo solamente entes administrativos en el seno del Estado unitario, la garantía de existencia de los entes territoriales esa toda relativa (A), la cual se traduce en un número igualmente limitado de atribuciones orgánicas propias y protegidas constitucionalmente (B).

#### A. La garantía constitucional de existencia relativa

Las categorías de entes territoriales existentes en los dos sistemas están *a priori* protegidas constitucionalmente.

En Francia (art. 72 inc. 1), “las entidades territoriales de la República son los municipios, los departamentos, las regiones, las entidades con estatuto particular y las entidades de Ultramar regidas por el artículo 74.” Esas categorías poseen un estatuto privilegiado: **no pueden estar suprimidas sin una revisión previa de la Constitución.**

Se debe agregar, no obstante, que la segunda frase del mismo inciso 1 prevé que “cualquier otra entidad territorial se crea por ley, en su caso, en lugar de una o de varias de las entidades mencionadas en este apartado”. A diferencia de las colectividades territoriales del inciso 1 del art. 72 precitado, las colectividades así creadas pueden entonces también ser **suprimidas por la ley.**<sup>1556</sup> No hay entonces garantía absoluta de existencia de las categorías, puesto que existe la hipótesis de sustituir mediante la ley una nueva colectividad llamada Z, por ejemplo, a un cierto número de comunas (y así hasta agotamiento de todas las comunas) y luego suprimirla por una otra ley. Por otro lado, ya existe la posibilidad de constituir una nueva categoría en lugar de una comuna y de una región, por ejemplo.

La cuestión es de importancia puesto que el gobierno VALLS considera la supresión de los departamentos de aquí al 2020 sin pasar por una revisión constitucional. Sobre ese punto, los análisis jurídicos de los juristas del gobierno se oponen a los elegidos territoriales, así como a una buena parte de los senadores.

---

Déc. n° 2012-660 du 17 janvier 2013, *loi relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social*, cons. 30.

<sup>1556</sup> Pero, mientras existen, su estatuto constitucional no difiere del de las colectividades mencionadas en la constitución.

En realidad, es el alcance del inciso. 3 del art. 72 (ex-inc. 2) que está en el corazón del debate. Los opositores a la reforma hacen valer que en su decisión de 1991 relativa a Córcega<sup>1557</sup>, el *Conseil constitutionnel* recordó: “el segundo inciso del mismo artículo *prescribe* que esas colectividades se administran libremente a través de consejos elegidos y en las condiciones previstas por la ley” (cons. 17), luego, “que el segundo inciso del mismo artículo *implica* que para administrarse libremente, toda colectividad territorial debe disponer de una asamblea deliberante elegida dotada de atribuciones efectivas (cons. 32)”<sup>1558</sup>.

Los partidarios de la reforma avanzan por su parte que no se trata de eliminar los departamentos en unas cuantas circunscripciones administrativas desconcentradas, pero sí de suprimir los consejos departamentales o de considerar retirarles todas sus competencias, lo que volvería su existencia sin objeto.

Sobre ese punto, el presidente de la comisión de las leyes de la Asamblea nacional, J.-J. URVOAS, ha estimado que al condicionar la existencia de la colectividad territorial constitucionalmente protegida con “la existencia de una asamblea deliberante elegida y dotada de atribuciones efectivas”, conforme al principio también constitucional de libre administración de las colectividades locales a través de consejos elegidos (art. 72, inc. 3 de la Constitución), “la jurisprudencia del *Conseil* descarta, por ejemplo, la idea según la cual se podría, sin suprimir el departamento en cuanto tal, hacer solamente desaparecer su instancia electiva (hoy llamada “consejos departamentales”. Conservar la circunscripción administrativa departamental – en sustancia la jurisdicción de las prefecturas – y mantener una asamblea departamental desprovista de todas “atribuciones efectivas” sería entonces contraria al art. 72 tal como ha sido interpretado por el *Conseil constitutionnel*. Sería lo mismo, *a fortiori*, si se suprimía pura y simplemente los “consejos departamentales” antiguamente “consejos generales”.<sup>1559</sup>

Sin embargo, el proyecto de ley parece optar por la primera solución, puesto que pretende transferir las competencias de los departamentos hacia las regiones y las intercomunalidades, y que la absorción de departamentos en unas colectividades con estatuto particular es una realidad.<sup>1560</sup>

---

<sup>1557</sup>Ver CC, Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, Rec. p. 50.

<sup>1558</sup>Lo destacado es propio.

<sup>1559</sup><http://www.urvoas.org/2014/05/07/faut-il-reviser-la-constitution-pour-supprimer-les-departements>; Publicado el 7 de mayo de 2014, consultado el 10 de junio de 2014.

<sup>1560</sup>Esta última solución ha sido iniciada por la metrópoli de Lyon instituida por la ley n°2014-58 del 27 de enero de 2014 en aplicación de la última frase del inciso 1 del art. 72. Ver la decisión del *Conseil* que

En fin las fusiones de comunas o la absorción de diferentes colectividades en el seno de las intercomunalidades atestiguan de su precariedad y su estado de dependencia de la buena voluntad del legislador. Al respecto, la última frase del inciso 3 del artículo 72-1 de la Constitución, según el cual “la modificación de los límites de las entidades territoriales puede también dar lugar a la consulta de los electores en las condiciones previstas por la ley”, “no instituye un derecho o una libertad que pueda ser invocado para apoyar una cuestión prioritaria de constitucionalidad sobre el fundamento del artículo 61-1 de la Constitución”<sup>1561</sup>. A partir de eso, los artículos L. 2113-2 y L. 2113-3 CGCT que prevén un referéndum vinculante ante cualquier fusión de comunas no son contrarios a la constitución<sup>1562</sup>.

La constitución chilena prevé solamente las regiones, las municipalidades<sup>1563</sup> y hoy los territorios especiales de la isla de Pascua y del archipiélago Juan Fernández. El inciso 2 del artículo 110 de la constitución chilena considera la creación, la fusión o la supresión de entes territoriales en el seno de las categorías de las regiones y de las comunas<sup>1564</sup>. La autonomía constitucional de las municipalidades consiste de hecho en la aplicación de la idea de garantía

---

valida esa solución: CC., Décision n° 2013-687 DC du 23 janvier 2014, *Loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles*, cons. 72: « Considérant que, par la loi déferée, le législateur a créé une nouvelle collectivité territoriale à statut particulier au sens de l'article 72 de la Constitution; que cette collectivité se substituera à compter du 1er janvier 2015, non seulement à la communauté urbaine de Lyon, mais également, dans les limites précédemment reconnues à celle-ci, au département du Rhône; qu'à partir de 2020, les électeurs des communes faisant partie de la métropole n'éliront plus de conseillers départementaux dans la métropole de Lyon ni, au moment des élections municipales, des délégués à l'assemblée délibérante de la communauté urbaine de Lyon, mais ils éliront des conseillers métropolitains; que le conseil de la métropole élira le président et les autres membres de la commission permanente» JORF du 28 janvier 2014 page 1622, texte n° 7.

<sup>1561</sup>CC, Décision n°2010-12 QPC, *Commune de Dunkerque*, op. cit.

<sup>1562</sup>La comuna demandante presentaba tres quejas relativas a la inconstitucionalidad de éstos artículos del CGCT: 1) la institución en materia de fusión de comunas de un referéndum vinculante sería contraria al tercer acápite del artículo 72-1 de la Constitución que prevé solamente una consulta; 2) al prever, sin habilitación constitucional, un referendun vinculante en materia de fusión de comunas, el legislador habría violado el principio de libre administración de las colectividades territoriales; 3) al conferir a una sección del pueblo tal poder de decisión, el legislador habría ignorado el principio de la soberanía nacional.

<sup>1563</sup> Art. 110 inc 1 CPR.

<sup>1564</sup> Art. 120 inc. 2: “Asimismo, la ley orgánica constitucional de municipalidades establecerá los procedimientos que deberán observarse en caso de supresión o fusión de una o más comunas.

institucional que debe respetar el legislador, a la inversa de los órganos autónomos creados por el legislador<sup>1565</sup>.

En comparación con el sistema francés, la existencia de los entes territoriales chilenos, y entonces su autonomía, parece mejor protegida porque la Constitución chilena exige una ley orgánica constitucional que requiere, para su aprobación, modificación o derogación el voto de un quórum de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio<sup>1566</sup> para proceder a tales operaciones, mientras que la Constitución francesa exige solamente una ley normal.<sup>1567</sup> Claro, el artículo 118 inc. 1 de la Constitución chilena dispone que “la administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley reside en una municipalidad”, pero todo lo que tiene que ver con las municipalidades (como con las regiones) es del ámbito de la ley orgánica. Se trata simplemente de una imprecisión del texto constitucional.

Eso significa, por otro lado, que incluso si las leyes francesas de descentralización debían ser votadas en forma orgánica, la Asamblea nacional podría tener la última palabra puesto que puede adoptar el texto en discusión en última lectura por mayoría absoluta de sus miembros.<sup>1568</sup> Prueba suplementaria que, en la concepción francesa, solo la nación en su conjunto cuenta.

## **B. Algunas exigencias constitucionales en número reducido y encuadradas**

### **1. De los consejos elegidos dotados de un poder reglamentario**

La Constitución francesa ha fijado como exigencia que las colectividades territoriales “se administran libremente a través de consejos elegidos” (art. 72 inc. 3). Esa disposición constitucional, al usar el presente de indicativo, exige una estructura democrática que el legislador no puede derogar. De mismo modo la Constitución chilena indica que los consejos regional y municipal estarán integrados por consejeros elegidos por sufragio universal<sup>1569</sup>.

---

<sup>1565</sup> Por ej: CORDERO Q. E., “La Administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía”, en *La Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, Santiago, noviembre 2012, pp. 22-23.

<sup>1566</sup> Art. 66 inc. 2 CPR.

<sup>1567</sup> Art. 46 inc. 4: Seules « les lois organiques relatives au Sénat doivent être votées dans les mêmes termes par les deux assemblées », alors même qu’il « assure la représentation des collectivités territoriales de la République » (art. 24).

<sup>1568</sup> Art. 46 inc. 3.

<sup>1569</sup> Arts. 113 inc. 2 y 119, respectivamente.

Los mandatos constitucionales del carácter electivo de las autoridades territoriales corresponden “al ejercicio de una competencia descentralizada de designación de los representantes, y de organización de la colectividad secundaria”.<sup>1570</sup> Es por cierto una de las raras disposiciones de rango constitucional que define un ámbito de competencia (cf. supra cap. 4).

Si en los dos sistemas, el legislador debe aplicarla<sup>1571</sup>, en ausencia de la adopción de las disposiciones relativas a la elección del Presidente del consejo regional, la Contraloría General de la República<sup>1572</sup> ha estimado que no era necesario esperar la ley que defina las funciones del presidente, puesto que el artículo 113 inc. 5 de la Constitución dispone que “el consejo regional, por mayoría absoluta de sus integrantes en ejercicio, elegirá un presidente de entre sus miembros”. Es que aquí el texto constitucional es claro y define él mismo el modo de elección, lo que no es el caso para las municipalidades chilenas o las colectividades territoriales francesas.

Por otra parte, la elección como técnica que permite la independencia orgánica no puede ser objeto de un control administrativo. Esta competencia de designación de los representantes territoriales constituye la manifestación de un poder de aplicación directa de la ley –seguro las condiciones de desarrollo de las elecciones pueden ser precisadas por un reglamento nacional –, pero que, además, es ejercido por una porción del pueblo y no por unas cuantas autoridades administrativas designadas. No puede entonces ser admitido ningún control administrativo (jerárquico o de tutela) sobre las elecciones territoriales, sino solo eventuales controles jurisdiccionales.<sup>1573</sup>

Las concepciones actuales que asocian descentralización y “democracia local”<sup>1574</sup> confirman sobre un punto – el de la elección –la mirada de HAURIOU que pudo escribir que la

---

<sup>1570</sup>REGOURD, S., *L'acte de tutelle...*, p. 108.

<sup>1571</sup>Sabido es que el mandato constitucional de la constitucion chilena de 1925 de crear tribunales administrativos o de las asambleas provinciales, nunca fue cumplido por el legislador.

<sup>1572</sup>Dictamen CGR informe división jurídica n° 21666 du 26.03.2014, op. cit.: “procede que los miembros del Consejo Regional de Los Ríos, luego de su instalación, elijan a su Presidente, tal como lo ordena el indicado artículo 113 de la Constitución Política de la República.

<sup>1573</sup> Cf. Igualmente Cap. 8, el desarrollo sobre el control disciplinario por infracción a los deberes y a la probidad administrativa.

<sup>1574</sup> El uso tan desperdiciado del término de democracia lo asocia a cualquier movimiento emancipador y electivo. Ahora bien, la elección – en sí – no garantiza forzosamente unas instituciones “democráticas” con un funcionamiento “democrático”. La reelección indefinida de potentados locales mediante el juego de diversos favoritismos y actos de corrupción son síntomas de aquel desprestigio. Es entonces necesario, a menudo, que el legislador intervenga para garantizar las condiciones de la elección.

descentralización “se caracteriza esencialmente por la participación directa del cuerpo electoral, es decir del Soberano, al nombramiento de las autoridades administrativas locales o especiales. Las autoridades locales pueden estar constituidas de dos maneras diferentes: o bien están nombradas por el poder central y actúan por delegación de éste, o bien están nombradas por el cuerpo electoral y actúan por delegación del Soberano (...). En el primer caso, hay centralización y en el segundo, descentralización. Es el único signo al cual hay que atenerse”.<sup>1575</sup>

Se notara al fin, que en el sistema francés, la constitución exige solo la elección de los consejeros y que es la ley la que fija el régimen de designación del ejecutivo. Los poderes centrales parecen libres sobre ese punto de decidir si el ejecutivo es nombrado por el Estado, elegido en el seno del consejo, elegido en cédula separada del consejo, si es unipersonal o colegial, etc.<sup>1576</sup>

En cambio, la Constitución chilena exige la elección de los consejos como de los ejecutivos<sup>1577</sup>.

La otra competencia constitucionalmente descentralizada, la otra garantía fundamental de la autonomía municipal “se ve reflejada, dice HUIDOBRO S., claramente en las atribuciones competenciales esenciales de las municipalidades, entre las cuales encontramos la de dictar resoluciones de carácter general y particular”.<sup>1578</sup> Las dos Constituciones en estudio afirman que estos consejos disponen de atribuciones normativas o de un poder reglamentario para ejercer sus competencias.<sup>1579</sup>

---

<sup>1575</sup> HAURIUO, M., *Etude sur la décentralisation*, Paris, éd. Dupont, 1892, pp. 9-10.

<sup>1576</sup> La constitución francesa no da efectivamente consigna sobre éste punto y esas modalidades están decididas a nivel legislativo. Por ejemplo, para las comunas, el art. L2122-1 CGCT prevé qu’ “il y a, dans chaque commune, un maire et un ou plusieurs adjoints élus parmi les membres du conseil municipal” (igual para el departamento: art. L3122-1; y la región: art. L4133-1).

<sup>1577</sup> Por ejemplo art. 119 inc. 1: “En cada municipalidad habrá un concejo integrado por concejales elegidos por sufragio universal en conformidad a la ley orgánica constitucional de municipalidades.(...) La misma ley determinará (...) la forma de elegir al alcalde.” Para las regiones; art. 113 inc. 2 y 5. Cf supra.

<sup>1578</sup> HUIDOBRO S., R., “La potestad normativa municipal, estudio histórico-doctrinario para la reconstrucción del derecho municipal chileno”, en PANTOJA B., R. (Coord.), *Derecho administrativo: 150 años de doctrina*, Santiago, Jurídica de Chile, 1a. ed., 2009, p. 203.

<sup>1579</sup> Para Chile, v. los arts 113 inc. 1: “El consejo regional será un órgano de carácter normativo” y 119 inc.2: “El concejo (...) ejercerá funciones normativas”. Para Francia, las colectividades « se administran libremente a través de consejos elegidos y disponen de un poder reglamentario para ejercer sus competencias » (art. 72 inc. 3).

## 2. La ausencia de un principio a la auto-organización

Como se ha visto, las constituciones imponen- en términos de instrumentos tangibles de la autonomía territorial- solo la existencia de consejos elegidos y un poder reglamentario. Es un principio general que las municipalidades “no tienen libertad para constituirse por sí mismo, sino que deben depender de la ley”<sup>1580</sup> o de la constitución<sup>1581</sup>.

En Francia, luego de la decisión 2010-12 QPC del 2 de julio de 2010 *Comuna de Dunkerque*<sup>1582</sup> que ha consagrado una distinción entre lo que depende de la libre administración de las colectividades territoriales y lo que depende de sus organización, un comentario vino precisar que “*si la constitución permite a las colectividades territoriales administrarse libremente a través de consejos elegidos en las condiciones previstas por la ley, no les garantiza ninguna competencia en lo que concierne a su organización. Ésta depende del poder legislativo*<sup>1583</sup>, para su definición, o del poder ejecutivo, para su aplicación. En efecto, no existe ningún principio de auto organización de las colectividades territoriales”.<sup>1584</sup>

Así, no dependería del principio de libre administración y de su protección respecto del legislador, lo que concierne al nombre y el territorio de una colectividad, la composición, el funcionamiento y las atribuciones de sus órganos, el régimen jurídico de los actos de los órganos, los procedimientos de decisión. Si esta decisión cuestiona la libertad de organización y de funcionamiento de la colectividad, no se puede negar que todos esos ámbitos son en derecho y en hecho de la competencia del legislador, en Chile como en Francia. Es verdad que eso no ayuda a distinguir las diferentes facetas de la autonomía, pero no se puede negar tampoco que

---

<sup>1580</sup>BERNASCHINA, op. cit., cap 6, p. 22.

<sup>1581</sup>Cf. capítulo 2.

<sup>1582</sup><http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/2010-12-qpc/decision-n-2010-12-qpc-du-02-juillet-2010.48551.html>, GEFFRAY, E., « La procédure de consultation des électeurs en cas de fusion de communes », RFDA, 2010, n° 4, p. 713-716 ; PISSALOUX, J.-L., « Constitutionnalité des mécanismes de consultation sur les fusions de communes », *Droit administratif*, 2010, n° 11, p 26-28; PONTIER, J.-M., « Refus de fusion de communes par un préfet : première QPC sur le droit des collectivités territoriales », *Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 2010, n°36 p. 24-28; VERPEAUX, M., « Question prioritaire de constitutionnalité et libre administration des collectivités territoriales », *AJDA*, 2010, n°28, p. 1594-1598

<sup>1583</sup>En efecto, el art. 39 inc. 2 de la Constitución dispone que «los proyectos de ley cuya finalidad principal sea la organización de las entidades territoriales serán previamente sometidos al Senado».

<sup>1584</sup>Comentario en los *Cahiers du Conseil constitutionnel* (Cahier n° 30), consultable sobre el sitio del conseil: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/2010-12-qpc/decision-n-2010-12-qpc-du-02-juillet-2010.48551.html>



eso haga parte de la organización en su sentido más amplio (es decir organización estructural o institucional y organización funcional).<sup>1585</sup>

Es entonces del ámbito de la ley la definición de las reglas orgánicas de las colectividades territoriales y de sus agrupamientos.<sup>1586</sup> Así la libre administración no obsta a que se ha impuesto por ley la obligación para las colectividades de adherir a un establecimiento público<sup>1587</sup> o a un sindicato mixto<sup>1588</sup>. Sin embargo, parece que el *Conseil* se ha decidido en ejercer un control más profundizado del legislador. En efecto, mientras que había decidido en 2013 que el legislador puede implementar matices a la libre administración de las colectividades territoriales en nombre del interés general<sup>1589</sup>, acaba de señalar que hoy controlaría los ataques manifiestamente desproporcionados.<sup>1590</sup>

---

<sup>1585</sup> Sin embargo, se tratará aquí solo la organización de la estructura, puesto que las atribuciones o competencias están vinculadas al poder reglamentario, es decir al poder de decidir (cf. § 2). Que el poder reglamentario esté desprovisto de su sustancia por no tener competencias materiales que aplicar o que sus condiciones de ejercicio estén definidas de manera drástica por la ley, es otro problema. Lo es sin ambigüedad, es que aquellas dependen de la ley y no de la constitución.

<sup>1586</sup> CE, 18 juin 1965, *Bellet*, Rec. CE 1965, p. 370; CC, Déc. n° 64-29 L du 12 mai 1964, *Nature juridique de certaines dispositions relatives à l'administration départementale et à l'administration communale et figurant dans les ordonnances n° 58-937 du 11 octobre 1958, n° 59-29 du 5 janvier 1959, n° 59-30 du 5 janvier 1959, n° 59-33 du 5 janvier 1959 et n° 59-150 du 7 janvier 1959 et dans la loi n° 62-873 du 31 juillet 1962*, Rec. 1964, p. 37; CC, Déc. n° 85-196 DC du 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, Rec. 1985, p. 63.

<sup>1587</sup> CC, Déc. n° 83-168 DC du 20 janvier 1984, *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*, cons. 4 et 5.

<sup>1588</sup> CC., Déc. n° 2007-548 DC du 22 février 2007 *Loi relative aux règles d'urbanisme applicables dans le périmètre de l'opération d'intérêt national de La Défense et portant création d'un établissement public de gestion du quartier d'affaires de La Défense* (cons. n° 12) : « Considérant, toutefois, que l'adhésion obligatoire des trois collectivités concernées à ce syndicat affecte leur libre administration ; qu'elle ne pouvait donc résulter que de la loi ; qu'il appartenait au législateur de définir de façon suffisamment précise les obligations mises à la charge de ces collectivités quant à leur objet et à leur portée »

<sup>1589</sup> Para la obligación de integrar un establecimiento público de cooperación intercomunal CC., Déc. n° 2013-303 QPC du 26 avril 2013, *Commune de Puyravault*, JORF du 28 avril 2013 page 7398, texte n°30, cons. 10: « Le législateur a pu, dans **les buts d'intérêt général** " d'achèvement et de rationalisation de la carte de l'intercommunalité ", apporter ces limitations à la libre administration des communes. Tout maire qui en fait la demande est entendu par la commission départementale de la coopération intercommunale. Dans ces conditions, le grief tiré de la méconnaissance de la libre administration des collectivités territoriales doit être écarté. » FIALAIRE, J., « L'intercommunalité face au principe de la libre administration », *AJDA*, 8 juillet 2013, n° 24, p. 1386-1392 ; De même pour le retrait d'une commune membre d'un EPCI : Déc. n° 2013-304 QPC du 26 avril 2013 *Commune de Maing*, JORF du 28 avril 2013 page 7400, texte n°31, cons. 5 et 6)

<sup>1590</sup> CC., Décision n° 2014-391 QPC du 25 avril 2014, *Commune de Thonon-les-Bains et autre* [Rattachement d'office d'une commune à un EPCI à fiscalité propre], cons. 8 et 9. En la especie, al fin de 2013, unas decenas de comunas han sido incorporadas de oficio por los prefectos a una intercomunalidad con fiscalidad propia, porque no pertenecían aún a alguna estructura intercomunal, o porque estaban enclavadas en el territorio de una otra intercomunalidad que la suya. Las comunas hacían valer que esas

De manera análoga, la organización de las regiones y municipalidades chilenas es objeto de una reglamentación rigurosa. Tratándose de los golpes a la autonomía de las municipalidades chilenas por el legislador, en nombre de la intercomunalidad, la situación no se plantea en los mismos términos. En efecto, se puede, por una parte, considerar que esta se encuentra en un estado embrionario<sup>1591</sup> y/o, por otra, que la intercomunalidad forzada ya tuvo, lugar puesto que “la administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley reside en una municipalidad”.<sup>1592</sup> A partir de eso, el legislador chileno tiene las manos libres para construir y desmembrar las municipalidades.

Esta ausencia o imposibilidad general de auto-organizarse está sin embargo atemperada por una cierta libertad de organización interna.

En Francia, el principio de libre administración se opone a que el Estado intervenga de manera demasiado profunda en el detalle del funcionamiento de las colectividades.<sup>1593</sup>

El constituyente chileno por su parte reformó el texto fundamental que aún espera una modificación de la ley orgánica municipal para ser aplicada. El actual artículo 121<sup>1594</sup> de la Constitución chilena es el resultado de una de las más importantes reformas<sup>1595</sup> en materia municipal, porque priva al Presidente de la República de la exclusividad de las iniciativas en materias de creación y supresión de empleos municipales y de su remuneración<sup>1596</sup>. Otro aspecto fundamental es la posibilidad de adaptar la estructura administrativa interna de cada

---

medidas no están limitadas en el tiempo y que no prevén algún tipo de consulta de la comuna que es objeto de la incorporación. La decisión del *Conseil* está aplicable a los "asuntos nuevos", así como a los litigios "no juzgados definitivamente" al 25 de abril de 2014.

<sup>1591</sup>Cf. Cap. 3 de esta tesis y más generalmente el título VI de la LOCMU: « De las corporaciones, fundaciones y asociaciones municipales »

<sup>1592</sup>Art. 118 inc. 1 CPR

<sup>1593</sup> CC., Dec. n° 98-407 DC du 14 janvier 1999 *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux*: el juez constitucional había censurado, sobre el fundamento de la libertad de administración, una disposición legislativa que imponía la publicidad de las sesiones de las comisiones permanentes regionales, « *plutôt que de laisser au règlement intérieur du conseil régional le soin de déterminer cette règle de fonctionnement* »

<sup>1594</sup>Art. 121: “Las municipalidades, para el cumplimiento de sus funciones, podrán crear o suprimir empleos y fijar remuneraciones, como también establecer los órganos o unidades que la ley orgánica constitucional respectiva permita. - Estas facultades se ejercerán dentro de los límites y requisitos que, a iniciativa exclusiva del Presidente de la República, determine la ley orgánica constitucional de municipalidades.”

<sup>1595</sup> La reforma proviene de una modificación del ex art. 110 por la ley n° 19.526 de noviembre de 1997,

<sup>1596</sup> Actualmente regidos por el art. 65, al. 4 n° 2 de la Constitución.

municipalidad a sus realidades. Sin embargo, esas nuevas competencias deben obviamente ser ejercidas en el marco fijado por la ley orgánica municipal, cuya iniciativa pertenece al Presidente de la República, lo que limita el margen de maniobra de los alcaldes, pero tranquiliza a los funcionarios municipales que temían posibles medidas arbitrarias de éstos.

En definitiva, las jurisprudencias constitucionales defienden la idea de una autonomía institucional, pero censuran raramente al legislador. Las colectividades locales pueden siempre presionar a las autoridades que tienen derecho de someter los actos legislativos que golpean su autonomía al juez constitucional para que lo hagan. En éste sentido, el modo de elección de los representantes nacionales está regularmente presentado como una herramienta de protección avanzada de la autonomía territorial.

Los diputados franceses representan la nación en su conjunto y los senadores franceses aseguran “la representación de las colectividades territoriales de la República”<sup>1597</sup>, es decir de las regiones, de los departamentos y de las comunas cuyo colegio electoral da cuenta.<sup>1598</sup>

En cambio, ni los diputados ni los senadores chilenos representan el conjunto de los entes territoriales chilenos, contrariamente a lo que se sostiene a veces<sup>1599</sup>. En efecto, los diputados están elegidos sobre la base de una circunscripción electoral compuesta de un

---

<sup>1597</sup> Art. 24, al. 3 de la Constitución.

<sup>1598</sup> Art. L280 del Código electoral prevé que «La composition du collège électoral appelé à élire les sénateurs assure, dans chaque département, la représentation des différentes catégories de collectivités territoriales et de la diversité des communes, en tenant compte de la population qui y réside. Ce collège électoral est composé: 1° Des députés et des sénateurs; 2° Des conseillers régionaux de la section départementale correspondant au département et des conseillers de l'Assemblée de Corse désignés dans les conditions prévues par le titre III bis du présent livre; 2° bis Des conseillers à l'assemblée de Guyane et des conseillers à l'assemblée de Martinique; 3° Des conseillers généraux; 4° Des délégués des conseils municipaux ou des suppléants de ces délégués.»

<sup>1599</sup> En este sentido, los autores del proyecto de reforma constitucional (Boletín N° 9143-07 Miércoles 16 de Octubre, 2013) que busca modificar el art. 50 y restablecer la obligación de residencia de 2 años en una región para ser elegidos senadores, parecen confundir la circunscripción electoral y la representación de los intereses regionales, incluso si las dos no son totalmente extranjeras. En efecto, afirman que “el argumento que con más fuerza se esgrimió para realizar la reforma de la Ley N° 20.050, que elimino la obligación de residencia en la respectiva región para los senadores, fue que el Senado a diferencia de la Cámara de Diputados, históricamente ha sido un órgano político central y no requiere una relación más estrecha con las regiones, como los diputados quienes son representantes distritales. El Senado representa a la nación y no a una determinada Región”. Ahora bien, por una parte la cámara de diputados es bien un órgano político central, y por otra, la Constitución no dice que los diputados representan los distritos, pero sí que son elegidos por los distritos electorales: « Art. 47 CPR: “La Cámara de Diputados está integrada por 120 miembros elegidos en votación directa por los distritos electorales que establezca la ley orgánica constitucional respectiva.” La redacción no es muy feliz porque en realidad, son los ciudadanos de las comunas comprendidas en cada distrito que eligen y no los representantes de cada comuna.

conjunto de comunas (el distrito) y los senadores sobre la base de circunscripciones senatoriales<sup>1600</sup>, formadas de varios distritos de una misma región. Pero, en ningún de los dos casos, los unos o los otros tienen por función representar los intereses de las municipalidades y de las regiones.

Por cierto, es bien porque esas dos Constituciones aceptan una concepción solo administrativa de los entes territoriales, que no son representadas individualmente en el seno de una cámara. Los entes territoriales no son sujetos originarios y constituyentes del Estado, contrariamente a los Estados federales regidos por un “principio de representación divisible y fraccionado [donde] es cada Estado, como colectividad específica, como “sujeto” que se encuentra representado”<sup>1601</sup>. Aquellos son objetos constituidos por el Estado que acepta darle el estatuto de sujeto, la personalidad jurídica. Pero, siempre lo puede retirar. Lo que no puede hacer el gobierno federal con los Estados federados.

En fin, hay una inversión de la importancia de los papeles respectivos de las cámaras parlamentarias: mientras que en Francia, es la cámara baja, la Asamblea nacional, que tiene el papel preponderante<sup>1602</sup> y la última palabra sobre la mayoría de los textos de leyes (salvo los textos relativos al Senado)<sup>1603</sup>, en Chile, es el Senado que goza del mayor prestigio. En el caso francés, son entonces los representantes directos de la Nación quienes deciden en última instancia y los senadores no pueden oponerse a la voluntad general.

## **§ 2. La autonomía funcional o el derecho a actuar y la “libertad de hacer”**

Se puede distinguir, en el seno de la autonomía funcional los ámbitos de intervenciones (o competencias materiales)<sup>1604</sup> y los medios que permiten justamente funcionar al ente territorial. Para que éste último funcione de manera autónoma, debe poder decidir de forma independiente sobre las competencias descentralizadas y poder poner en marcha sus decisiones. La autonomía territorial supone entonces la autonomía en la toma de decisión administrativa (A) y la

---

<sup>1600</sup> Así, el artículo 49 inc. 1 de la constitución estipula que “el Senado se compone de miembros elegidos en votación directa por circunscripciones senatoriales, *en consideración a las regiones del país*, cada una de las cuales constituirá, a lo menos, una circunscripción.”

<sup>1601</sup> MAZERES, J.-A., «Les collectivités locales et la représentation», *RDP* 1990, p. 620.

<sup>1602</sup> Art. 39 inc. 2: « Los proyectos de leyes de Presupuestos y leyes de financiación de la seguridad social serán sometidos en primer lugar a la Asamblea Nacional »

<sup>1603</sup> Art 39 inc. 2 ya citado, art. 46 inc. 4: « Las leyes orgánicas relativas al Senado deberán ser votadas en los mismos términos por ambas Cámaras. »

<sup>1604</sup> Cf. Cap. 4.

autonomía financiera (B). Como lo subraya G. MARCOU, “si la entidad territorial no dispone, ni de poder de acción, ni de medios que utiliza libremente, no es más que un agente de la autoridad superior en el ejercicio de la competencia material que le está atribuida. En verdad, no es realmente titular de una competencia”.<sup>1605</sup>

### **A. Las garantías del ejercicio de la facultad de decidir**

Si la garantía de existencia de la entidad territorial está relativamente asegurada, sin embargo es necesario que pueda ejercer las competencias descentralizadas. Sobre ese punto, es el legislador que determina las competencias de los entes territoriales (1), pero también sus condiciones de ejercicio (2).

#### **1. Un campo de competencias materiales limitado por la ley**

El principio de “subsidiariedad” que el artículo 72, ac.2<sup>1606</sup> de la Constitución francesa consagraría supuestamente, no instituye un derecho o una libertad garantizada por la Constitución en beneficio de las colectividades territoriales<sup>1607</sup>. Por su parte, el Tribunal constitucional chileno, como se ha visto, deniega a las regiones como a las comunas el beneficio de tal principio (cf. cap. 4).

La libre administración supone, en virtud del tercer inciso del artículo 72 de la Constitución, el ejercicio del poder reglamentario de las colectividades, pero el *Conseil constitutionnel* descartó la existencia de una cláusula de competencia general de las colectividades<sup>1608</sup> a título de un *principio fundamental reconocido por las leyes de la República* que podría ser invocado ante el juez. Pero aquí, el *Conseil* simplemente ha dicho que no figura dentro de las leyes constitucionales de la III<sup>era</sup> República, no dice que el juez administrativo no la puede considerar.

---

<sup>1605</sup>MARCOU, G., “Une approche comparative des compétences des collectivités locales en Europe », op. cit., pp. 199-220.

<sup>1606</sup>« Las entidades territoriales podrán decidir sobre el conjunto de las competencias que mejor pueden ejercerse a sus respectivos niveles.”

<sup>1607</sup>CC. Déc. n° 2013-304 QPC du 26 avril 2013 *Commune de Maing*, cons. 7

<sup>1608</sup>CC, Déc. n° 2010-618 DC du 09 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales*, cons. 52 à 56, a propósito de la existencia de una tal cláusula en beneficio de los departamentos: las « *dispositions [de la loi du 10 août 1871] n’ont eu ni pour objet ni pour effet de créer une « clause générale » rendant le département compétent pour traiter de toute affaire ayant un lien avec son territoire ; [...] par suite, elle ne saurait avoir donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République garantissant une telle compétence* ».

El Tribunal Constitucional chileno reconoce su carácter inexorable y lo funda constitucionalmente sobre los primeros artículos de la Constitución (cf. Cap. 5). Pero, en los dos casos, no existen “competencias propias” y definitivas de los entes territoriales y permanece en una lógica de autolimitación de la ley por ella misma, que solo puede constatar “la existencia de una reserva de iniciativa de las colectividades en un cierto número de ámbitos considerados como los más apropiados a sus intervenciones y en los cuales la acción local no debería sufrir demasiadas obligaciones”.<sup>1609</sup>

Por otro lado, en Francia, solo el parlamento está capacitado para transferir al Estado competencias anteriormente ejercidas por una colectividad territorial.<sup>1610</sup> Sobre ese punto, las posibilidades ofrecidas por la Constitución chilena son, como se ha visto, diferentes, percibiéndose cuan precarias serían las que se transferirían por decretos presidenciales. Por cierto, la Constitución chilena no oculta que las competencias pueden ser transferidas a título provisorio (art. 114 y 118 inciso 9).

En fin, la libertad contractual de las colectividades territoriales es de las que la constitución garantiza<sup>1611</sup>, que solo el legislador puede restringir<sup>1612</sup> y que no puede sufrir “*sin justificación apropiada una limitación excesiva*”<sup>1613</sup>.

Es lo mismo en Chile donde solo el legislador puede legislar sobre ese derecho de propiedad sacralizado por la Constitución pinochetista y económicamente neoliberal de 1980.

## **2. El carácter discrecional (o no) de la adopción de decisión**

Hay que considerar dos cuestiones.

La primera es saber si el legislador es libre de poner los límites que desea al ejercicio del poder reglamentario de los entes territoriales. El “poder discrecional de la Administración solo puede ser limitado, puesto que siempre está obligada por la ley, de alguna manera; y no es

---

<sup>1609</sup> FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit. n° 648, p. 492

<sup>1610</sup> CC, Déc. n° 71-70 L du 23 avril 1971, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 10, alinéa 3, de la loi du 10 juillet 1964 portant réorganisation de la région parisienne et articles 98, dernier alinéa, et 115, alinéa 2, modifié du code de l'administration communale*, cons. 2, Rec., p. 39 - JO du 25 avril 1971, p. 4017.

<sup>1611</sup> CC, Déc. n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie (GDF-Suez)*, cons. 28 à 31

<sup>1612</sup> CE 6 juillet 1977, *Syndicat Nat. des ingénieurs techniciens agréés*, Rec. 306.

<sup>1613</sup> CC, Déc. n°92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, cons. 43

dentro, sino afuera del derecho administrativo, en una esfera superior de la Administración que se encuentra el paroxismo del poder discrecional, que es el poder soberano”<sup>1614</sup>. ¿Puede limitar la apreciación soberana del legislador, la introducción o la aplicación de las nociones de derechos y/o libertades fundamentales de los entes territoriales?

La organización de los procedimientos de adopción de los entes territoriales en sus ámbitos de competencia es de la competencia del legislador, lo que las leyes orgánicas chilenas como el CGCT dan precisamente cuenta.

En el caso francés, el legislador está relativamente libre y el examen del juez constitucional se limita a un control restringido, que solo censura los ataques desproporcionados que consisten en imponer obligaciones o sujeciones que tienen por efecto restringir la libre administración o autonomía de la colectividad.

Fueron así juzgadas contrarias a la Constitución disposiciones que privaban a las colectividades territoriales del derecho de **pronunciarse libremente sobre las creaciones y supresiones de empleos y de proceder libremente al nombramiento de sus agentes**<sup>1615</sup>. Del mismo modo, el *Conseil* censuró la facultad reconocida al representante del Estado de provocar la suspensión de los actos de las colectividades territoriales durante tres meses.<sup>1616</sup>

En cambio, el legislador pudo prever la intervención del representante del Estado para remediar, bajo el control del juez, las dificultades que resultan de la ausencia de decisión de parte de las autoridades descentralizadas competentes substituyéndose a esas últimas cuando esta ausencia de decisión arriesga comprometer el funcionamiento de los servicios públicos y la aplicación de las leyes.

En efecto, en su decisión n° 2013-309 QPC del 26 de abril de 2013, el *Conseil constitutionnel* validó el ejercicio por el Prefecto del derecho preferencial de compra de las comunas que habían desconocido sus compromisos de construcción de viviendas sociales a fin de remediar el incumplimiento por la comuna del objetivo de construcción o de adquisición de viviendas sociales fijado por el legislador. Por una parte, las disposiciones legales atacadas están

---

<sup>1614</sup> EISENMANN, *Écrits de droit administratif* (édités par S. RIALS), LGDJ, t. II, 1983, p. 673 cité BEAUD, O., « Compétence et souveraineté », en *La compétence*, op. cit. p. 13

<sup>1615</sup> CC. Déc. n°83-168 DC du 20 janvier 1984, *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*.

<sup>1616</sup> CC., Déc. n° 2003-478 DC du 30 juillet 2003, *Loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, cons. 2. Para una decisión más antigua, v. CC. Déc. n° 92-316 DC, du 20 janvier 1993, op. cit.

justificadas por un objetivo de interés general. Por otra, el objeto y el alcance de la competencia así conferida al Prefecto, están precisamente definidos en la adecuación con el objetivo perseguido. El ataque que resulta a la libre administración de las colectividades territoriales no reviste un carácter desproporcionado respecto del objetivo perseguido<sup>1617</sup>.

En el sistema chileno, el legislador parece mucho más libre. Las reglas relativas a la preparación, la adopción y la ejecución de los presupuestos regionales como municipales son manifestación de ello. Así, el capítulo V de la ley orgánica regional (LOGAR)<sup>1618</sup> es una demostración de la contención por los textos legislativos de la “autonomía” de decisión presupuestaria de las regiones. El artículo 71 dispone que “durante el segundo trimestre de cada año y teniendo en consideración los objetivos estratégicos del gobierno regional y de los servicios que operen en la región, el Intendente, con la participación de representantes del consejo regional, de los secretarios regionales ministeriales y los directores regionales de los servicios públicos, elaborará un anteproyecto regional de inversiones, correspondiente al año siguiente, el que deberá ser considerado en la formulación de los proyectos de presupuestos del gobierno regional y de los respectivos ministerios”.

Por otro lado, el artículo 73 dispone que “el presupuesto del gobierno regional constituirá anualmente, la expresión financiera de los planes y programas de la región ajustados a la política nacional de desarrollo y al Presupuesto de la Nación. Dicho presupuesto se regirá por las normas de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado, Decreto Ley N° 1.263, de 1975, y considerará a lo menos los siguientes programas presupuestarios: a) Un programa de gastos de funcionamiento del gobierno regional, y b) Un programa de inversión regional”.

Sabiendo que los gastos de funcionamiento están fijados por la ley de presupuesto y el programa de inversión regional preparado por el intendente que es el representante del gobierno central, solo se puede constatar un encuadramiento verdaderamente fuerte de las regiones. Sobre todo que el proyecto de presupuesto del gobierno regional, propuesto por el intendente al consejo regional para su aprobación, debe luego estar enviado al Ministerio de Hacienda y ser objeto de una evaluación y de discusión entre el nivel central y cada una de las regiones.

---

<sup>1617</sup> CC., Déc. n° 2013-309 QPC du 26 avril 2013 SARL SCMC (Exercice par le préfet du droit de préemption des communes ayant méconnu leurs engagements de réalisation de logements sociaux), cons. 3 a 6.

<sup>1618</sup>Relativo a: “Del Patrimonio y del Sistema Presupuestario Regionales”.



En fin, el ejercicio (cada día más) compartido de las competencias impone una puesta en orden o en marcha de la acción de los diferentes actores que hace lógicamente prevalecer las reglas nacionales sobre las reglas de alcance menor. La problemática del urbanismo, por ejemplo, está directamente vinculada a la política de descentralización y a la repartición de competencias entre las comunas, (los departamentos) y las regiones y el Estado. El legislador puede imponer a las colectividades tener en cuenta los proyectos de interés general para la elaboración de sus documentos locales de urbanismo, puesto que él solo tiene el poder de repartir las competencias en materia de ordenamiento del territorio y de urbanismo entre el Estado y los entes territoriales<sup>1619</sup>.

La segunda cuestión remite al problema ya evocado de la competencia de los poderes reglamentarios nacionales y territoriales y a los límites puestos a éste último por el ejecutivo nacional. ¿Pueden los entes territoriales realmente tomar decisiones sobre las materias descentralizadas o la manera de aplicarlas les está dictada por el poder ejecutivo central?

El Tribunal Constitucional asegura la garantía de ejercicio del poder reglamentario de las municipalidades respecto al poder ejecutivo, puesto que enuncia que “no hay normas que permitan vetar o suspender decisiones que adopten sus autoridades por parte de las autoridades administrativas nacionales”<sup>1620</sup>. Sin embargo, en los dos sistemas jurídicos está consagrada la misión del ejecutivo nacional de ejecutar las leyes, incluso completarlas, incluso para competencias descentralizadas calificadas de exclusivas, lo que “puede llevar a aniquilar sobre el plano normativo una descentralización que había sido instalada al plano institucional por la elección de los responsables locales”.<sup>1621</sup>

En cuanto al juez administrativo francés, controla también las usurpaciones del ejecutivo nacional y hace respetar la repartición de competencias normativas. Consideró así que la modificación de los poderes de los consejos municipales toca a la libre administración de las colectividades territoriales que dependen entonces del ámbito de la ley y no puede ser efectuada

---

<sup>1619</sup> CC, Déc. n° 2010-95 QPC du 28 janvier 2011, *SARL du Parc d'activités de Blotzheim et autre [Projet d'intérêt général]*, cons. 4 y 5.

<sup>1620</sup> STC 1669-10 de 15.03.2012, “*Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*”, cons. 18.

<sup>1621</sup> FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit. n° 561, p. 428.

por decreto<sup>1622</sup>. A la inversa, cuando el poder reglamentario nacional no cuestiona la libre administración de las colectividades territoriales, puede intervenir más libremente<sup>1623</sup>.

En fin, los mecanismos de traspasos en boga hoy y previstos por los legisladores aparecen más como amenazas para la autonomía de decisión de las autoridades territoriales, que un reforzamiento. Primero, los “simples” contratos entre Estado y entes territoriales no esconden la desigualdad de las partes. Luego, en los contratos multi-partes o las acciones comunes, regularmente impuestos por el Estado, los entes territoriales pierden de su libertad de apreciación, puesto que en general las decisiones son adoptadas por mayoría y los derechos de veto escasos.

## **B. El encuadramiento de la autonomía financiera**

El segundo problema fundamental es saber si los entes territoriales disponen de los medios para poner en marcha sus políticas territoriales. En efecto, sin medios materiales y financieros adecuados, el ejercicio “libre” de las competencias materiales por los entes territoriales es irrisorio.

Si la autonomía financiera está a veces presentada como un principio constitucional por sí mismo, seguro se puede aplicar a la situación chilena la afirmación *del Conseil constitutionnel* según la cual no resulta de ninguna disposición constitucional que las colectividades territoriales se beneficien de una autonomía fiscal<sup>1624</sup>, pues reciben recursos del exterior (1). Aunque el artículo 72-2 de la Constitución francesa introducido por la revisión constitucional de 2003 consagra la autonomía financiera de los entes territoriales<sup>1625</sup>; sería ciertamente mejor hablar, como lo hace la Constitución chilena para las municipalidades, de autonomía para la administración de sus finanzas<sup>1626</sup>, es decir ser libre de administrarse como lo

---

<sup>1622</sup> CE, Ass., 21 juillet 1972, *Sieur Saingery*, rec. 555. Sobre otro asunto, ver CE, Ass., 18 juillet 1973, *Département des Hauts-de-Seine*, rec. 500.

<sup>1623</sup> CE, Ass., 13 décembre 1968, *Fédération nationale des élus républicains, municipaux et cantonaux*, p. 644.

<sup>1624</sup> CC, Déc. n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, cons. 60 a 65.

<sup>1625</sup> CC, Déc. n° 90-277 DC du 25 juillet 1990, *Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux* CC, Déc. n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, cons. 19 et 20.

<sup>1626</sup> Art.122. En lo que concierne a los gobiernos regionales, comparados con las experiencias extranjeras, ellos solo tienen una relativa autonomía financiera – no reconocida en la constitución - si se entiende por este término la capacidad de decidir sobre los recursos y gastos regionales. NOGUEIRA A., H., *El*

han decidido las autoridades territoriales elegidas (2). Ahora bien, aquí de nuevo los límites son claros y estrictos.

## **1. Los recursos y sus orígenes: primera condición de la autonomía financiera**

### **a) El principio del poder fiscal de los entes territoriales**

El principio de un poder fiscal territorial existe en los dos sistemas jurídicos, está consagrado expresamente en las constituciones francesa<sup>1627</sup> y chilena<sup>1628</sup> y remite para su aplicación a la ley<sup>1629</sup>.

Los impuestos locales en Chile están constituidos principalmente<sup>1630</sup> de los derechos de aseo, de los impuestos sobre los permisos de circulación, la contribución de patente municipal<sup>1631</sup> y la patente para los establecimientos distribuidores de alcohol<sup>1632</sup>, entre otros. No obstante, su rentabilidad es débil por el hecho de la multitud de exenciones de los inmuebles sometidos al impuesto territorial<sup>1633</sup>, y sobre todo de un máximo de percepción de la patente municipal que proporciona a las municipalidades rentas fiscales limitadas en comparación con el

---

*gobierno y la administración interior del Estado: región, provincia, comuna.* Santiago, Chile: Ed. PARTICIPA (sin fecha), p. 35.

<sup>1627</sup> Ver art. 72 inc.2 : Las colectividades territoriales « pueden recibir la totalidad o parte del producto de los impuestos de cualquier naturaleza. Están autorizadas por ley a fijar la base imponible y el tipo, dentro de los límites determinados por la ley» y art. 72 inc. 3 habla de «las recaudaciones fiscales y los otros recursos propios de las entidades territoriales ».

<sup>1628</sup> De manera general, el art. 19-20º estipula que “la ley podrá autorizar que los (tributos) que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo”. v. también los arts. 113 inc. 7 y 122 que se refieren, respectivamente, a la noción de recursos propios de las regiones y municipalidades.

<sup>1629</sup> El Conseil empieza ahora sus decisiones relativas a la autonomía financiera por este considerando de principio: « Si, en vertu des articles 72 et 72-2 de la Constitution, les collectivités territoriales "s'administrent librement par des conseils élus" et "bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer librement", chacune d'elles le fait "dans les conditions prévues par la loi". L'article 34 réserve au législateur la détermination des principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources. » Para Chile, ver los arts. 113 inc. 7 y 122 ya mencionados.

<sup>1630</sup> No se menciona aquí el Impuesto territorial, puesto que la entidad responsable de administrar ese impuesto, determinar el avalúo de las propiedades, y girar el impuesto respectivo es el Servicio de Impuestos Internos. Se trata entonces de un impuesto centralizado aunque su recaudación esté destinada en su totalidad a los gobiernos locales, constituyendo una de sus principales fuentes de ingreso y financiamiento.

<sup>1631</sup> Decreto Ley nº3.063, de 1979, *Sobre rentas municipales*, arts 7, 12, 23

<sup>1632</sup> Art. 3º de la Ley 19.925 sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas;

<sup>1633</sup> Ver Cuadro Anexo Nómina de Exenciones al Impuesto Territorial de la ley 17.235 *Sobre impuesto territorial*.

beneficio realizado por las grandes empresas<sup>1634</sup>. En lo que concierne a las regiones, la situación es peor: perciben una débil parte de las patentes ligadas a los casinos y a las empresas mineras. Todos esos límites resultan obviamente de decisiones del legislador, único autorizado a *intervenir*.

En Francia, las entidades pueden recibir la totalidad o parte del producto de los impuestos de cualquier naturaleza. Están autorizadas por ley a fijar la base imponible y el tipo, dentro de los límites determinados por la ley. Los otros recursos propios están constituidos de las rentas por servicios públicos municipales, de los productos de los bienes municipales, de las participaciones de urbanismo, de los productos financieros y de las donaciones y legados de bienes raíces cuya ley fija determina, por colectividad, el tipo o una parte de la base imponible.<sup>1635</sup>

Con algunas variantes, la naturaleza de los impuestos de las colectividades territoriales está cercana a la de los entes territoriales chilenos<sup>1636</sup>.

Las diferencias aparecen en cuanto a los titulares del derecho a cobrar el impuesto y a la parte de los recursos fiscales dentro de los recursos propios.

En Francia, es un principio constitucional que el conjunto de las colectividades territoriales (regiones, departamentos, comunas) está habilitado a percibir impuestos y, sobretodo que “las recaudaciones fiscales y los otros recursos propios de las entidades territoriales representan, para cada categoría de entidad, una parte determinante del conjunto de sus recursos”<sup>1637</sup> Mediante esta disposición constitucional, ausente del sistema chileno, si “el legislador puede determinar los límites al interior de los cuales una colectividad territorial está habilitada a fijar ella misma la tasa de una imposición, las reglas dictadas por la ley no pueden tener por efecto disminuir los recursos globales de las colectividades territoriales o de reducir la parte de los recursos fiscales dentro de los recursos al punto de entorpecer sus libre

---

<sup>1634</sup> Art. 24 ac. 2 Decreto Ley n°3.063, de 1979, *Sobre rentas municipales*: “El valor por doce meses de la patente (...) no podrá ser (...) superior a ocho mil unidades tributarias mensuales ».

<sup>1635</sup> Art. LO1114-2 CGCT

<sup>1636</sup> Así, se encuentra el impuesto sobre bienes raíces (sobre propiedades construidas y propiedades no construidas) y el impuesto sobre la actividad profesional (económica). Suprimida por la ley de presupuesto para 2010, esa última ha sido reemplazada por la Contribución Económica Territorial. Existe también la tasa de arrendamiento que no existe en Chile. En fin, al igual que en Chile existen al lado de esos impuestos o contribuciones, otros para el aseo y ornato de la municipalidad.

<sup>1637</sup> Art. 72-2 inc. 3.

administración”<sup>1638</sup>. Pero, el *Conseil constitutionnel* también señaló, con motivo del examen de la ley orgánica del 29 de julio de 2004 relativa a la autonomía financiera<sup>1639</sup>, que “la primera de esas condiciones exige que la parte determinante garantice “la libre administración de las colectividades territoriales dependiendo de tal categoría, habida cuenta de las competencias que les han sido confiadas”[...] la segunda fija un umbral mínimo que corresponde al nivel constatado al título del año 2003”<sup>1640</sup>. Esta definición no impide las diferentes limitaciones que pueden ser impuestas a la autonomía financiera por otras medidas, tales como los gastos obligatorios.

El *Conseil constitutionnel* reconoció que esta *noción de parte determinante de los recursos propios* puede ser invocada por las colectividades territoriales en apoyo de una *QPC* que apunta en hacer constatar una violación del principio de autonomía financiera.<sup>1641</sup> Sin embargo, esta debe ser considerada por categoría de colectividades, y no por cada colectividad separadamente. Si el *Conseil constitutionnel* comprueba que la parte de los recursos propios no es inferior a un cierto umbral (distinta para cada categoría de colectividades), el legislador puede redistribuir sin dificultad, por dispositivos de distribución equitativa, una fracción de un recurso propio de una categoría de colectividad dentro de esta misma categoría de colectividades.<sup>1642</sup>

A modo de conclusión provisoria, se constata que la libertad de administración no es la única disposición constitucional que puede ser invocada por los entes territoriales como derecho y/o garantía constitucional acordados por la Constitución francesa. Luego, esta posibilidad pone al *Conseil* en una posición delicada porque, entre el control de proporcionalidad y el de

---

<sup>1638</sup>CC,Déc. n° 90-277 DC du 25 juillet 1990,*Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux*, Recueil, p. 70, cons. 14, JORF du 27 juillet 1990, p. 9021, Ver también CC,Déc. n° 91-298 DC du 24 juillet 1991,*Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 38.

<sup>1639</sup>Loi organique n° 2004-758 du 29 juillet 2004 prise en application de l'article 72-2 de la Constitution relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales, JORF du 30 juillet 2004, p. 13561

<sup>1640</sup>CC, Déc. n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, Rec., p. 116. El art LO 1114-3 del CGCT recoge, en su último acápite, esa exigencia : « Pour chaque catégorie, la part des ressources propres ne peut être inférieure au niveau constaté au titre de l'année 2003. »

<sup>1641</sup>CC, Déc. n° 2012-255/265 *QPC*, 29 juin 2012, op. cit. cons. 9.

<sup>1642</sup>Idem, cons. 6 : « Il ressort de la combinaison des dispositions des trois premiers alinéas de l'article 72-2 de la Constitution et l'article L.O. 1114-2 CGCT que les recettes fiscales qui entrent dans la catégorie des ressources propres des collectivités territoriales s'entendent, au sens de l'article 72-2 de la Constitution, du produit des impositions de toutes natures non seulement lorsque la loi autorise ces collectivités à en fixer l'assiette, le taux ou le tarif ou qu'elle en détermine, par collectivité, le taux ou une part locale d'assiette, mais encore lorsqu'elle procède à une répartition de ces recettes fiscales au sein d'une catégorie de collectivités territoriales. »

oportunidad, la frontera es delgada. Estimando, con razón, no tener la misma legitimidad y competencia que el Parlamento para juzgar del interés general<sup>1643</sup>, sus posiciones reservadas le valen el fuego de una cierta crítica y particularmente de los elegidos territoriales que le reprochan no definir el umbral por debajo del cual toda nueva supresión de ingresos fiscales estaría considerada como una traba a la libre administración. Parece que por el momento el Conseil se limita solo a sancionar el error manifiesto de apreciación.

De una manera general, la impresión es que la parte de los recursos propios, y dentro ellos, los ingresos fiscales, en el conjunto de los recursos de los entes territoriales, chilenos como franceses, disminuyen.<sup>1644</sup>

### **b) Los otros límites a la obtención de recursos propios**

#### *De las compensaciones financieras de traspasos de competencias limitadas*

El principio de la compensación de los traspasos de competencias existe en los dos países. Su inscripción hoy al artículo 72-2 acápite 4<sup>1645</sup> de la Constitución francesa es para el *Conseil constitutionnel* un derecho constitucionalmente garantizado que le permitiría ejercer eventualmente un control mínimo de proporcionalidad, protección de la cual no goza en Chile, puesto que no aparece en la ley orgánica<sup>1646</sup>.

En el plano normativo, las soluciones no están siempre claras y definitivas en cuanto al (a los) mecanismo(s) de compensación financiera. ¿Deben estar previstos y determinados por la ley y ejecutados por vía reglamentaria, o las leyes de traspaso de competencia pueden simplemente remitir al poder reglamentario su aplicación? La cuestión es de importancia porque

---

<sup>1643</sup> « Si le législateur peut, sur le fondement des articles 34 et 72 de la Constitution, assujettir les collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations, ou les soumettre à des interdictions, c'est à la condition, notamment, que les unes et les autres répondent à des fins d'intérêt général. Le prélèvement sur les recettes fiscales des communes prévu (...) n'a pas pour effet de réduire les ressources globales des communes ni de diminuer leurs ressources fiscales au point de porter atteinte à leur libre administration », CC, Déc. n° 2012-660 DC du 17 janvier 2013, *Loi relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social*, cons. 15, 16, 20 et 21.

<sup>1644</sup> Algunos hablan incluso de un verdadero desmantelamiento de la fiscalidad local francesa, cuya parte en los recursos globales (fuera de préstamo) ha sido reducida a 36 % para las regiones, 43 % para los departamentos y 48 % para las comunas, éstos últimos años.

<sup>1645</sup> « Toda transferencia de competencias entre el Estado y las entidades territoriales 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 las entidades territoriales irá acompañada de los recursos determinados por la ley.»

<sup>1646</sup> Ley N° 18.695 (LOCMU), Art. 5°, inciso quinto: “Cualquier nueva función o tarea que se le asigne a los municipios deberá contemplar el financiamiento respectivo”.

se trata de saber quién va determinar el régimen jurídico (entonces los criterios) de las compensaciones financieras y su nivel de protección. Por otro lado, deben estar tomadas en cuenta las compensaciones, no solamente de los traspasos de competencias, sino también de las creaciones y extensiones de competencias.

La mayoría de los traspasos de competencias a las municipalidades chilenas como a las colectividades territoriales francesas están insuficientemente compensados. Además, los ingresos **transferidos tienen tendencia a aumentar menos rápidamente que las cargas transferidas**. En Francia, ha sido instituida una Comisión consultiva de los traspasos de cargas (CCTC por su sigla en francés), una formación restringida del Comité de las finanzas locales, que debe ser consultada “para cada traspaso de competencias [...] sobre la evaluación de las cargas” financieras nuevas que resulte, con vista a su compensación.<sup>1647</sup>

Sea como fuera lo que sea, esta situación tiene por consecuencia volver necesario la intervención del Estado en la gestión de competencias que él mismo ha descentralizado, particularmente mediante la técnica de los dispositivos de distribución equitativa.

#### Los fondos de distribución equitativa

Incluso si los mecanismos de distribución equitativa financiera se presentan a veces como teniendo por objeto conciliar el principio de libertad con el de igualdad, mediante una redistribución de ingresos repartidos de modo desigual a escala del territorio nacional, el segundo de tales principios es su fundamento. De una cierta manera, los fondos de distribución equitativa tienen por objeto remediar las desigualdades entre entes territoriales, las cuales a menudo se incrementaron por la libertad o autonomía otorgada.

En ese sentido, todas las constituciones modernas consagran un principio de solidaridad mínimo<sup>1648</sup> - exigido por el interés general y la prevención de las explosiones sociales – o lo constitucionalizan directamente mediante el principio de los fondos de distribución equitativa<sup>1649</sup>, pero aquí también es la ley que debe ponerlos en marcha.

---

<sup>1647</sup> Ver su composición, art. L. 1211-4-1 CGCT.

<sup>1648</sup> Art. 115 inc. 1 CPR: “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.

<sup>1649</sup> Art. 72-2 inc. 5 Constitución francesa: «La ley prevé dispositivos de distribución equitativa destinados a favorecer la igualdad entre las entidades territoriales» para Francia. Y para Chile: art 115 inc.

Si su importancia es distinta según los países, de una manera general, en Chile como en Francia, los fondos de distribución equitativa representan cerca del 30% de los recursos de los entes territoriales.<sup>1650</sup>

El escenario más inquietante es, más allá de la dependencia de las municipalidades chilenas para con el FCM, la dependencia de la mayoría de las municipalidades para con las asignaciones recibidas del Fondo Nacional de Desarrollo Regional (FNDR) que les son entonces distribuidas por los gobiernos regionales, órganos dirigidos por el agente de confianza del Presidente de la República.

Las tensiones habituales entre libertad e igualdad no escapan al ámbito de los entes territoriales y sobre ese punto la jurisprudencia del *Conseil constitutionnel* no es muy clara por el instante. En efecto, ha podido juzgar en un primer tiempo que el principio de distribución equitativa del artículo 72-2 último inciso no figura dentro de los derechos o libertades que la Constitución garantiza<sup>1651</sup> y, en un segundo tiempo que las reglas fijadas por la ley sobre el fundamento de esa disposición constitucional no deben restringir los recursos de las colectividades territoriales al punto de desnaturalizar el principio de libre administración de dichas colectividades, tal como está definido por el artículo 72 de la Constitución.<sup>1652</sup>

En fin, las posibilidades de préstamos son nulas en Chile y muy encuadradas en Francia, los tiempos de crisis favorecen una recuperación firme por el Estado.

## 2. Principio y límites a la libertad de utilización de los recursos

En primer lugar, el juez constitucional francés atribuyó la calificación de derecho constitucionalmente garantizado, de manera implícita, al principio de la libre disposición de sus recursos por las colectividades territoriales<sup>1653</sup> consagrado al inciso 1<sup>o</sup>(1654) del artículo 72-2 de la

---

2: “la Ley de Presupuestos de la Nación (...) contemplará una proporción del total de los gastos de inversión pública que determine, con la denominación de fondo nacional de desarrollo regional” y art. 122: « Una ley orgánica constitucional contemplará un mecanismo de redistribución solidaria de los ingresos propios entre las municipalidades del país con la denominación de fondo común municipal. Las normas de distribución de este fondo serán materia de ley.”

<sup>1650</sup>Sin embargo, 90% de las municipalidades y todas las regiones chilenas dependen de manera vital de éstos.

<sup>1651</sup>CC, Déc. n° 2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autre [Instruction CNI et passeports]*, cons. 5.

<sup>1652</sup>CC, Déc. 2012-255/265 QPC du 29 juin 2012, cons. 7.

<sup>1653</sup>CC, Déc. n°2011-149 QPC, op. cit.

<sup>1654</sup>« Las entidades territoriales se benefician de los recursos de que pueden disponer libremente, en las condiciones establecidas por la ley. »



constitución. El artículo 122 de la Constitución chilena evoca la autonomía de las municipalidades para la administración de sus finanzas, pero – al parecer – no hubo conflicto sobre ese punto.

Luego, la libertad financiera del artículo 72-2 de la Constitución francesa autoriza las colectividades a decidir sobre las modalidades según las cuales otorgan una subvención<sup>1655</sup>, posibilidad que no conocen los entes chilenos.

Por otro lado, los límites pueden provenir de los gastos obligatorios impuestos por el legislador o el poder ejecutivo. Es un hecho que la inscripción obligatoria de tales gastos en los presupuestos territoriales reduce por sí su – ya – débil autonomía presupuestaria.<sup>1656</sup> Aquí de nuevo, sobre el fundamento de los artículos 34 y 72 de la Constitución francesa, el legislador puede definir categorías de gastos obligatorios para una colectividad territorial, pero a condición que estén definidos con precisión en cuanto a su objeto y alcance.<sup>1657</sup> Tratándose de Chile, los presupuestos de las regiones como de las municipalidades están estrictamente encuadrados por su ley orgánica respectiva y la ley orgánica financiera del Estado.

En fin, es cierto que las retenciones fiscales, ya evocadas, al título de los fondos de distribución equitativa tienen por consecuencia limitar el margen de maniobra de las colectividades, pero aquí también prima el interés general. Sobre ese punto, el uso de los recursos por las municipalidades chilenas no solo está auditado por la Contraloría General de la República<sup>1658</sup>, sino que también deben rendir a la SUBDERE sus pasivos acumulados<sup>1659</sup> – la cual deberá informar a la Contraloría semestralmente -así como del uso de los ingresos provenientes de su participación en el Fondo Común Municipal (art. 13, c LOCMU), del aporte

---

<sup>1655</sup> CC, Déc. n° 2011-146 QPC du 8 juillet 2011, *Département des Landes [Aides publiques en matière d'eau potable ou d'assainissement]*, cons. 5: « 5. Considérant que, par la disposition contestée, le législateur a entendu interdire aux collectivités territoriales, et notamment aux départements, de moduler les aides allouées aux communes et groupements de collectivités territoriales compétents en matière d'eau potable ou d'assainissement en fonction du mode de gestion du service en cause; que cette interdiction de moduler les subventions, selon le mode de gestion du service d'eau potable et d'assainissement, restreint la libre administration des départements au point de méconnaître les articles 72 et 72-2 de la Constitution ».

<sup>1656</sup> V. PHILIP, L., « Les garanties constitutionnelles du pouvoir financier local », *RFDA*, mai-juin 1992, p. 460

<sup>1657</sup> CC., Déc. n° 90-274 DC, 29 mai 1990: « si le législateur est compétent pour définir les catégories de dépenses qui revêtent pour les collectivités territoriales un caractère obligatoire (...), toutefois les obligations ainsi mises à la charge d'une collectivité territoriale doivent être définies avec précision quant à leur objet et à leur portée et ne sauraient méconnaître la compétence propre des collectivités territoriales ni traverser leur libre administration ».

<sup>1658</sup> Art. 51 a 55 LOCMU.

<sup>1659</sup> LOCMU, art. 27, letras c) a f).

que les otorgue el gobierno regional respectivo (art. 13 b LOCMU) o directamente del presupuesto del Estado.

### **Conclusión del capítulo7**

Los entes territoriales han adquirido una cierta autonomía orgánica, incluso una garantía relativa a existir, pero ello no les sustrae a su dependencia funcional respecto con el poder central que define sus misiones y sus medios.

Si bien destacan ámbitos de competencias más restringidos en Chile que en Francia que permiten ejercer una autonomía (o libre administración) garantizada constitucionalmente, no se puede ignorar que –en los dos casos – muchas otras garantías que aparecen necesarias para una descentralización mínima (poder reglamentario territorial, poder fiscal mínimo, libre disposición de los recursos territoriales, compensación de traspasos de cargas y distribución equitativa financiera) están neutralizadas por el carácter unitario de los Estados en estudio.

Incluso si los efectos tardan en hacerse sentir, no hay duda que los nuevos procedimientos de acceso al juez constitucional (QPC e INA) constituyen una evolución importante. Es sorprendente por cierto, el débil uso que hacen de él los entes territoriales chilenos. Quizás sus autoridades no han percibido todas las posibilidades, particularmente la de contestar las compensaciones financieras o las distribuciones equitativas aseguradas por el Estado.

A la espera de la instauración de una vía de recursos que permiten a las colectividades acceder directamente al juez constitucional, los entes territoriales tienen un papel activo a jugar para la protección efectiva de las reglas fundamentales que garantizan su autonomía administrativa y financiera.

## Capítulo 8. La permanencia de los controles del Estado sobre sus entidades territoriales

La función de control de la Administración puede ser justificada, entre otras, por el interés general por sobre los intereses particulares y comunitarios, por la igualdad ante la ley, o aún por las exigencias de un régimen democrático de gobierno<sup>1660</sup>.

Los controles que el Estado ejerce sobre las entidades territoriales encuentran, en cuanto a ellos, un fundamento suplementario en la exigencia del mantenimiento de una unidad mínima del orden jurídico nacional<sup>1661</sup> o, si se quiere poner el acento sobre los derechos de todos, “en la necesidad de asegurar la continuidad de una vida jurídica regular”<sup>1662</sup>.

Las modalidades son las más diversas, pueden combinarse y son difícilmente sintetizables, porque tanto los elementos a considerar son numerosos<sup>1663</sup>, y sus excepciones o matices, no menores. Son propias a cada país y a las lógicas y técnicas normativas (constitucionales, legislativas y reglamentarias) aplicadas.

El análisis comparado de un cierto número de grandes sistemas jurídicos permite deslindar tres características o tendencias.

Primero, cualquiera sea la forma del Estado, existe siempre<sup>1664</sup> un control de legalidad de los actos de las entidades territoriales cuyas modalidades pueden estar definidas a nivel central

---

<sup>1660</sup>SILVA C., E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. V.3 El Control Público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p. 15. “el control es de la esencia y está íntimamente vinculado a un régimen democrático de gobierno. Bien podríamos expresar que no hay democracia sin control, ni control sin democracia. En efecto, así como para que el control se perfeccione y desarrolle en su amplio sentido es menester la existencia de un sistema que implique garantía de respeto e independencia de su gestión; así también para la acción de las esferas políticas y administrativas de un Estado importe garantía de que ese actuar no caerá en los límites de la arbitrariedad, es necesario un control jurídico fuerte, sereno, eficaz, objetivo e independiente”

<sup>1661</sup> Porque, “la décentralisation ne peut exister dans un ordre juridique donné que sous la condition d’un minimum de centralisation, c’est-à-dire d’unité”. KELSEN, H. Citado por EISENMANN, CH., *Centralisation et décentralisation*, LGDJ, 1948, p. 161.

<sup>1662</sup> FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, n° 784, p. 600.

<sup>1663</sup> Para ser exhaustivo, se debería tomar en cuenta como criterios de estudio de los controles: su número, su naturaleza, los actos controlados, las normas de referencia, el momento de los controles, la naturaleza de los órganos de control, los titulares del derecho a recurrir, la intensidad de los controles, las condiciones relativas a *intérêt à agir* o legitimación activa, las causales o medios intocables, los efectos de los recursos, los poderes del juez, las posibilidades de apelación o casación, etc. El conjunto merecería una tesis propia.

<sup>1664</sup> En ese sentido, SILVA C., E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. V.3 El control público*, op. cit. p. 101: “Es el caso de los Estados, Regiones y Municipios como entidades territorialmente

(caso de Chile y Francia), o federado<sup>1665</sup> y regional (o “autonómico”)<sup>1666</sup>, acercando aún más esas dos formas de Estado<sup>1667</sup>. En los dos últimos casos, el control de legalidad del Estado sobre las regiones o del gobierno federal sobre los Estados federados es reemplazado por un control de constitucionalidad<sup>1668</sup>, con excepción de las ilegalidades que amenazan los intereses superiores de la colectividad nacional.

Luego, tratándose de las entidades territoriales que no gozan de competencias legislativas, la tendencia es a la generalización de los controles *a posteriori*. La ausencia de control *a priori* de los actos tiene por contraparte, teniendo en cuenta la variedad de las tradiciones jurídicas y de las organizaciones administrativas de los Estados considerados, una no menos grande diversidad de las modalidades y del contenido de los controles que se aplican. Sin embargo, aquí también se dibuja una tendencia, la de la desaparición del control de oportunidad en beneficio solo de los controles de legalidad.<sup>1669</sup>

En fin, con raras excepciones, existe en último recurso, un control jurisdiccional de los actos de los entes territoriales. Así, los controles pueden ser solamente administrativos<sup>1670</sup> o solamente jurisdiccionales - como en el caso de Italia<sup>1671</sup>, lo que dejaría pensar *a priori* que el

---

descentralizadas. El control ha de extenderse también a ellos, porque el principio es que ningún organismo de administración quede al margen de él”.

<sup>1665</sup> En Alemania por ejemplo, el derecho local es de la competencia de los *Länder*.

<sup>1666</sup> Es igualmente aplicable a las autoridades escoceses, irlandeses y galeses en lo que concierne los actos locales en virtud del proceso de *devolution*. Pero, no a Inglaterra que permanece centralizada sobre ese punto.

<sup>1667</sup> FOUGEROUSE, J., “La révision constitutionnelle du 18 octobre 2001: l'évolution incertaine de l'Italie vers le fédéralisme”, *RIDC*, Vol. 55 N°4, Octubre-décembre 2003. pp. 923-961.

<sup>1668</sup> Por ejemplo, en Italia, desde la revisión constitucional del 18 de octubre de 2001: “El Gobierno, cuando considere que una ley regional excede la competencia de la Región, podrá promover la cuestión de legitimidad constitucional ante la Corte constitucional dentro de sesenta días contados desde su publicación”. Art. 127 inc. 1 Constitución italiana.

<sup>1669</sup> En el mismo sentido: SILVA C., E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. V.3 *El control público*, op. cit. p. 101.

<sup>1670</sup> Se piensa aquí en el caso de Alemania donde las leyes de los *Länder* confían el control de los actos de las colectividades locales a las autoridades administrativas de tutela del *Land*.

<sup>1671</sup> Ningún control administrativo de legalidad existe más en Italia, los actos de los entes locales están sometidos al control de la jurisdicción administrativa en las condiciones del derecho común. Sin embargo, el Gobierno italiano y la región disponen de un poder de sustitución sobre los actos de las provincias y de las comunas. Para el primero, ese poder es idéntico al que ejerce sobre los actos de las regiones en caso de no respeto de las normas y tratados internacionales, de las reglas comunitarias, de un grave peligro para la seguridad pública o aún para preservar la unidad jurídica o económica, en particular la salvaguardia de los niveles esenciales de las prestaciones que conciernen los derechos civiles y sociales. Para las segundas, se puede ejercer, en las materias que dependen de su competencia, en caso de abstención de las provincias o de las comunas, so reserva que ese poder sea ejercido por un órgano de la región o aplicado sobre la base de una decisión de un tal órgano.

sistema chileno se acercaría a ese último - o mixtos, es decir combinando el administrativo y eventualmente el jurisdiccional, como en Francia o España<sup>1672</sup>.

Por otro lado, las normas de referencia de los controles administrativos y/o jurisdiccionales se aproximan también, abandonando el simple control de legalidad *stricto sensu* para ampliarse a las normas constitucionales, incluso internacionales<sup>1673</sup>, en todo caso al respeto de los derechos fundamentales.

Si una presentación exhaustiva de los sistemas chileno y francés sería fastidiosa, se puede deslindar los rasgos característicos de esas modalidades a partir de la función que le asigna el ordenamiento jurídico, es decir su naturaleza (Sección 1). Pero, los controles sobre las entidades territoriales no se limitan al control sobre los actos y comprenden bien – contrariamente a los “ideales” de la descentralización – controles sobre los órganos (Sección 2).

El análisis jurídico de los controles administrativos<sup>1674</sup> que pesan sobre los actos de las entidades descentralizadas muestra el estado de descentralización de un sistema jurídico y permite ir más allá de los calificativos dados por constituyentes y legisladores, en resumen más allá de los discursos políticos que a veces no se preocupan mucho de precisiones terminológicas. A pesar de las peroraciones descentralizadoras, el dominio estatal sobre las colectividades territoriales persiste.

---

<sup>1672</sup>En virtud del artículo 56 de la *LRBRL* y de los artículos 208 y 196 del decreto real n° 2568 del 28 de noviembre de 1986, una copia de los actos de los entes locales, que son inmediatamente ejecutorios, debe ser remitida al representante del Estado y a la administración de la comunidad autónoma en los seis días después de su adopción. Ver también los artículos 65 de la *LRBRL* y 215 del decreto n° 2568 precitados por el régimen de impugnación.

<sup>1673</sup>En los dos sistemas jurídicos, las jurisdicciones ordinarias y/o administrativas están llamadas a ejercer un control de convencionalidad de los actos administrativos. Según la CJUE, las colectividades territoriales deben respetar el derecho de la Unión, aplicarlo (CJCE, 10 avril 1984, *Von Clon et Kamann*, point 26) y descartar las normas nacionales contraria (CJCE 22 juin 1989, *Costanzo*. En ese último sentido, v. CE, 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône et Loire et Rassemblement des opposants de la chasse* a propósito de la obligación de no aplicar una ley no conforme a una directiva).

<sup>1674</sup>Eso controles administrativos son objeto de un control jurisdiccional, las particularidades eventuales de éste último (por ejemplo el *déféré* Prefectoral en Francia, o los recursos de ilegalidad municipales y regionales en Chile) serán mencionadas de manera incidente en el cuerpo del texto. En efecto, lo que interesa aquí, no son tanto los recursos ofrecidos a los particulares como los controles de las instituciones estatales centrales sobre los entes descentralizados.

## **Sección 1. Naturaleza(s) jurídica(s) de los controles del Estado sobre los actos de las entidades territoriales**

La afirmación según la cual “la permanencia del control de legalidad constituye la marca del carácter unitario del Estado y traza la frontera entre descentralización y federación”<sup>1675</sup> debe ser precisada. La doctrina francesa, por lo menos, es cuasi unánime en reconocer al control del Estado sobre las colectividades territoriales como uno de los criterios que distinguen el Estado unitario, incluso descentralizado, del Estado federal.<sup>1676</sup> Otros autores son menos radicales y si no lo afirman explícitamente, tampoco lo refutan. Así, MM. RIVERO y WALINE subrayan que “la descentralización no excluye, con diferencia del federalismo, el control del Estado”<sup>1677</sup>. El control de los actos administrativos territoriales fluye seguramente de la forma unitaria del Estado, pero esa no implica *ipso facto* un control por (o gatillado por) el poder ejecutivo. Aquel control puede depender de las jurisdicciones, del momento que las modalidades de recurso están correctamente organizadas y que funcionan.<sup>1678</sup>

Las disposiciones de derecho positivo de los dos países estudiados no se prestan *a priori* a un análisis fácil, menos aún a una síntesis (§ 1). La teoría de la tutela, inicialmente desarrollada para explicar la descentralización y el control sobre las entidades territoriales, no correspondería más al derecho positivo. En el hecho, son más bien las modalidades del control de tutela administrativa que han evolucionado, pero la institución no ha desaparecido. Los principios de la institución permanecen (§ 2).

### **§ 1. Las disposiciones de derecho positivo chilenas y francesas**

Conforme la tendencia general en derecho comparado, el sistema francés instauró un control *a posteriori* que se aplica, por principio, de manera uniforme al conjunto de las colectividades territoriales (A). Al contrario, el sistema chileno parece caracterizado por una dualidad de los controles, según el tipo de entidad territorial de que se trata (B).

---

<sup>1675</sup> COUINTET-HAUTIER, C., “La mise en œuvre de la décentralisation”, en PAVIA, M.-L., *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales: aujourd’hui et demain*, op. cit. p. 75.

<sup>1676</sup> Por ejemplo: FLOGAÏTIS, S., *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, Paris, LGDJ, 1979, p. 22 “la collectivité décentralisée est soumise au contrôle de l’État central, fait inexistant dans le cas fédéral”.

<sup>1677</sup> RIVERO, J. y WALINE, J., *Droit administratif*, 15 ° éd., Précis Dalloz, Droit public, 1994, n° 325, p. 272.

<sup>1678</sup> La exigencia de una información correcta y suficiente para los ciudadanos de los actos adoptados por las autoridades locales, de sus derechos de impugnarles y de las vías de recursos, es aquí fundamental.

## **A. El principio de la uniformidad del control administrativo *a posteriori* francés**

Entre los diferentes artículos de la Constitución francesa que se refieren a las colectividades territoriales, solo el artículo 72 inc. 3 trata específicamente de su control. Las prerrogativas del representante del Estado fluyen del principio de indivisibilidad y de igualdad ante la ley. La libre administración de las colectividades territoriales no puede cuestionar la unidad del orden jurídico. Para eso, un cierto número de dispositivos de control han sido previstos por el legislador a fin de prevenir o sancionar el no respeto de las leyes y de los reglamentos nacionales. A pesar de su uniformidad de principio, el control de legalidad del representante del Estado (1) presenta formas alternativas, particularmente en materia de urbanismo y ciertos actos de las colectividades de ultramar (2).

### **1. Los caracteres del control administrativo de derecho común**

El artículo 72 inc. 6 de la Constitución francesa enuncia que “en las entidades territoriales de la República, el representante del Estado, que lo es también de cada uno de los miembros del Gobierno, velará por los intereses nacionales, el control administrativo y el respeto a las leyes”. Ese control administrativo es *un control de legalidad a posteriori que reemplazó - textualmente- la tutela administrativa a priori y que puede desembocar sobre un control del juez administrativo que examinará entonces la pertinencia de la demanda de anulación del acto.*

Se aproxima del clásico recurso por exceso de poder, del cual finalmente es solo una variante. Según R. CHAPUS, “el *déféré* es él mismo un recurso por exceso de poder que solo presenta particularidades en la medida que la ley deroga al derecho común”<sup>1679</sup>. Su particularidad principal es que ha sido previsto en reemplazo del control de tutela que ejercía el Prefecto y permanece entonces esencialmente como una herramienta de control del Estado sobre las colectividades territoriales.

La ley del 2 de marzo de 1982<sup>1680</sup>, al suprimir<sup>1681</sup> la tutela administrativa sobre las colectividades locales, ha (bría<sup>1682</sup>) así reemplazado el procedimiento de tutela<sup>1683</sup> por ese control de legalidad.

---

<sup>1679</sup>CHAPUS, R., *Droit administratif général*, T 1, Montchrestien, 15<sup>e</sup> éd., 2001, n° 999.

<sup>1680</sup>Modificada por la ley del 22 de julio de 1982 luego de la decisión del *Conseil constitutionnel*: CC, Déc. n° 82-137 DC du 25 février 1982, *Lois de décentralisation*, Rec. p. 38

<sup>1681</sup>Es el título del *Chapitre Ier: Suppression de la tutelle administrative du Titre Ier: Des droits et libertés de la commune* de la loi du 2 mars 1982.

<sup>1682</sup>REGOURD, S., “La prétendue suppression de la tutelle”, *Rev. Adm.*, 1982, p. 613

Por su decisión n° 82-137 DC, del 25 de febrero de 1982, el *Conseil constitutionnel* consagró el valor constitucional del control administrativo de legalidad del representante del Estado. Sin embargo, el *Conseil constitutionnel* consideró que el Prefecto debía tener conocimiento del acto antes que este se vuelva ejecutorio en nombre de las “prerrogativas del Estado”. Era inconstitucional prever que los actos de las colectividades territoriales serían ejecutorios de pleno derecho, “incluso antes de su comunicación al representante del Estado, es decir, cuando aún no conoce su contenido y que puede recurrir a la jurisdicción administrativa mediante un recurso acompañado de una eventual petición de suspensión de la ejecución del acto impugnado”<sup>1684</sup>. La ley del 22 de julio de 1982 precisó entonces, las nuevas condiciones de ejercicio del control administrativo sobre los actos de las colectividades territoriales que, ahora, son ejecutorios a la doble condición de haber sido publicados y comunicados al representante del Estado.<sup>1685</sup>

La utilización de los términos “control administrativo” sería mejor para expresar la supresión de un cierto número de poderes apremiantes –símbolos de la tutela- mediante los cuales el Prefecto actuaba directamente sobre los actos territoriales (anulación, aprobación, autorización, sustitución<sup>1686</sup>) en beneficio de un control de legalidad estrictamente *a posteriori* que le permite solo deferir al tribunal los actos administrativos que le parecen ilegales<sup>1687</sup>. Ese

---

<sup>1683</sup> Sobre la tutela, ver los trabajos ineludibles de MASPETIOL, R. ET LAROQUE, P., *La tutelle administrative*, Paris, Sirey, 1930 ; MELLERAY, G., *La tutelle de l'État sur les communes*, Sirey, Bibliothèque des collectivités locales, 1981 ; REGOURD, S., *L'acte de tutelle en droit administratif français*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, 1982.

<sup>1684</sup> CC. Déc. n° 82-137 DC du 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, Rec., p. 38, cons. 6.

<sup>1685</sup> Sobre las derogaciones hechas a esa obligación de transmisión para volver ejecutorios ciertos actos, cf. infra sección 2.

<sup>1686</sup> Sin embargo, para el control presupuestario como en materia de policía, las leyes de descentralización han mantenido un poder de sustitución del Prefecto. Por otro lado, el *Conseil constitutionnel* ha juzgado en varias oportunidades que la instauración de un poder de sustitución del Prefecto no está contrario a la libre administración de las colectividades territoriales en materia de bloqueo de los órganos territoriales de decisión. V. CC, Décisions n° 82-149 DC du 28 décembre 1982, *Loi relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale*, cons. 11 à 13; n° 87-241 DC du 19 janvier 1988, *Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 7; y n° 2007-559 DC du 6 décembre 2007, *Loi organique tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française*, cons. 17 à 19. De una manera general, la tutela no ha sido suprimida en materia de urbanismo o de medioambiente para las cuales permanecen poderes de aprobación o de sustitución.

<sup>1687</sup> Cf. Infra los desarrollos sobre la oportunidad del *déféré*.



principio está temperado por dos excepciones: los referéndums locales<sup>1688</sup> y los actos adoptados en concepto de las experimentaciones- derogaciones normativas<sup>1689</sup> están sometidos al principio del control *a priori* del Prefecto, manifestando la desconfianza, o al menos la preocupación, de controlar una autonomía normativa naciente.

## 2. Los controles sobre las Colectividades de ultramar

La posibilidad para la asamblea deliberante de los territorios de ultramar de adoptar algunos actos en materias que corresponden, en el continente, a aquellas que dependen del ámbito de la ley, está reconocida por el *Consejo constitutionnel* desde 1965.<sup>1690</sup>

Sin embargo, el Constituyente decidió no referirse para esas colectividades a las “*leyes del país*” de Nueva-Caledonia del artículo 77 de la Constitución y dependiendo del *Consejo constitutionnel*.<sup>1691</sup> Seguramente, el temor de entregar un argumento normativo para eventuales

---

<sup>1688</sup> Art. LO1112-3 CGCT: “( ...) l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale, par une même délibération, détermine les modalités d'organisation du référendum local, fixe le jour du *scrutin*, qui ne peut intervenir moins de deux mois après la transmission de la délibération au représentant de l'Etat, convoque les électeurs et précise le projet d'acte ou de délibération soumis à l'approbation des électeurs. *L'exécutif de la collectivité territoriale transmet au représentant de l'Etat dans un délai maximum de huit jours la délibération prise en application de l'alinéa précédent.*

*Le représentant de l'Etat dispose d'un délai de dix jours à compter de la réception de la délibération pour la déférer au tribunal administratif s'il l'estime illégale. Il peut assortir son recours d'une demande de suspension.*

Le président du tribunal administratif ou le magistrat délégué par lui statue dans un délai d'un mois, en premier et dernier ressort, sur la demande de suspension. Il est fait droit à cette demande si l'un des moyens invoqués paraît, en l'état de l'instruction, propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué ou du projet de délibération ou d'acte soumis à référendum.

Lorsque la délibération organisant le référendum local ou le projet de délibération ou d'acte soumis à référendum est de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle, le président du tribunal administratif ou le magistrat délégué par lui en prononce la suspension dans les quarante-huit heures”. El destacado en cursiva es propio.

<sup>1689</sup>CGCT, art. LO1113-3: “Les actes à caractère général et impersonnel d'une collectivité territoriale portant dérogation aux dispositions législatives mentionnent leur durée de validité. *Ils font l'objet, après leur transmission au représentant de l'Etat, d'une publication au Journal officiel de la République française. Leur entrée en vigueur est subordonnée à cette publication*” et art. LO1113-4: “*Le représentant de l'Etat peut assortir un recours dirigé contre un acte pris en application du présent chapitre d'une demande de suspension; cet acte cesse alors de produire ses effets jusqu'à ce que le tribunal administratif ait statué sur cette demande.* Si le tribunal administratif n'a pas statué dans un délai d'un mois suivant sa saisine, l'acte redevient exécutoire”.

<sup>1690</sup> CC, Déc. n° 65-34 DC du 2 juillet 1965, *Nature juridique des articles 1<sup>er</sup>, 5 et 6 de l'ordonnance n° 58-1383 du 31 décembre 1958 portant modification de certaines dispositions du régime de retraite des marins du commerce.*

<sup>1691</sup>En virtud de los artículos 104 y 105 de la ley orgánica n° 99-209 du 19 mars 1999, tomada para la aplicación de los Acuerdos de Nouméa, las “*leyes del país*” de Nueva-Caledonia son actos que pueden,

reivindicaciones independentistas nuevas, explica sin duda, por parte, la posición del constituyente.

En consecuencia, si esas deliberaciones son actos legislativos *rationae materiae*, permanecen formalmente actos administrativos y están entonces sometidos al control del juez por el recurso del exceso de poder. Pero, visto la **categoría particular de las deliberaciones de la cual se trata – el carácter legislativo de las materias – el art. 74 inc. 3 guiones 1 y 2 autoriza que** la ley orgánica puede igualmente determinar, para las entidades que gozan de autonomía, las condiciones en las cuales: el *Consejo d’Etat* ejerce un control jurisdiccional específico sobre ciertas categorías de actos de la asamblea deliberante que se efectúan en concepto de las competencias que esta tiene en el ámbito de la ley.<sup>1692</sup>

En comparación con el principio de la uniformidad del control en Francia (y algunas de sus excepciones), el sistema chileno se caracteriza por disposiciones radicalmente diferentes según que se trate de las regiones o de las municipalidades.

## **B. La dualidad de los controles sobre las regiones y municipalidades chilenas**

La Constitución chilena contiene varias disposiciones que importan directa o indirectamente controles sobre las entidades territoriales. Esos difieren sobre la forma y sobre el fondo – la intensidad del control – según la concepción de la descentralización que el sistema estudiado se propone establecer. Así, contrariamente a la tendencia general en derecho comparado, se mantiene un control preventivo sobre los actos de las regiones (1). Y, aproximándose del sistema italiano, las municipalidades se exoneran de cualquier control administrativo de legalidad (2).

### **1. El control preventivo sobre las regiones**

Los reglamentos regionales están sometidos al control preventivo o previo de jurisdicción<sup>1693</sup> de la Contraloría General de la República, que adopta la forma de la “toma de razón”, y deben conformarse a las normas constitucionales, legales y a los decretos del

---

después una nueva deliberación, ser impugnados previo a su publicación ante el *Conseil constitutionnel*, que dispone de un plazo de tres meses para resolver.

<sup>1692</sup> V. Loi organique n°2004-192 du 27 février 2004 *portant statut d’autonomie de la Polynésie française*.

<sup>1693</sup> Es decir un control de legalidad o constitucionalidad del acto impugnado. Cf. Supra Cap. 1

Presidente de la República.<sup>1694</sup> Ese control jurídico, pero no jurisdiccional - la Contraloría General de la República no es una jurisdicción - calificado de “legalidad”<sup>1695</sup> en derecho chileno es un control que sobre varios aspectos se aproxima a la tutela administrativa<sup>1696</sup>. A la diferencia de un control *a posteriori*, los actos sometidos al control no son ejecutorios de pleno derecho<sup>1697</sup> puesto que el acto no puede producir efectos si la Contraloría lo representa. Frente a la decisión de rechazo por “ilegalidad” de parte de la Contraloría General de la República, el gobierno regional no tiene ninguna posibilidad de apelar<sup>1698</sup> y solo puede conformarse a aquella o abandonar su proyecto, visto que no puede insistir como sí está previsto para los actos reglamentarios del Presidente de la República.<sup>1699</sup> Si la situación, en mi conocimiento, no se ha planteada, parecería lógico que un miembro del gobierno regional pudiera impugnar ante los tribunales la decisión de la Contraloría General de la República, siendo esas decisiones actos administrativos.

Al respecto, es difícil comprender la argumentación de la decisión de la Corte Suprema según la cual « el trámite “de toma de razón” constituye una función de carácter constitucional que es de uso exclusivo y excluyente del Contralor General, razón por la cual no puede ser impugnada a través de un recurso de protección”<sup>1700</sup>. No se percibe efectivamente la relación lógica, causa efecto, entre el carácter reservado de una competencia y el hecho que su ejercicio no pueda ser controlado jurisdiccionalmente.

Ese control previo revela la falta de confianza del constituyente y legislador chileno hacia los gobiernos regionales en lo que concierne a su respeto de la legalidad, pero también su capacidad y su eficacia en administrar los asuntos que les conciernen. Más generalmente, como en Francia antes de 1982, ese control es reductor de la autonomía en materia decisional de las

---

<sup>1694</sup>Cf. Art. 16 letra d) LOCGAR respecto de los art. 87 y 88 CPR, 10 de la ley n° 10.336 LOCCGR y resolución 520/1996 CGR.

<sup>1695</sup>Pero, la doctrina chilena lo califica también de control administrativo. CORDERO Q., E., “*La potestad reglamentaria de las entidades territoriales. Los reglamentos regionales, las ordenanzas y los reglamentos municipales*”, *op. cit.*, p. 123.

<sup>1696</sup>Cf. *Infra* § 2.

<sup>1697</sup>Sin “toma de razón”, “no es posible cumplir ninguna decisión del administrador, no cabe su aplicación; es más, su ejecución, en el supuesto que se pretenda hacerlo, acarrea por ese solo hecho la pérdida del empleo del funcionario ejecutor”. SOTO, E., “La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría”, en *Libro Homenaje a la Contraloría General*, Departamento de Derecho Público, Santiago de Chile, 1977, p. 174.

<sup>1698</sup>Art. 9 ac. 4 LOCCGR: “Las resoluciones definitivas que, tanto en estas materias como en otras de su incumbencia, dicte el Contralor, no serán susceptibles de recurso alguno ante otra autoridad”.

<sup>1699</sup>Cf. los arts. 99 CPR, 13 de la ley n° 10.336 LOCCGR, así como la resolución 520/1996 CGR.

<sup>1700</sup>C.A. de Santiago, Rol N° 2767-2006, confirmado por la C.S., Rol N° 5057-2007.

regiones, puesto que se ejerce *a priori* y por un órgano no jurisdiccional, pudiendo ir en la práctica hasta el control de oportunidad.

Pero, sobre todo, si no hace de la Contraloría General de la República un órgano de co-administración (incluso en caso de rechazo del acto), hace bien de ella una autoridad de tutela, puesto que es por su aprobación de la legalidad del acto que este adquiere validez jurídica.<sup>1701</sup> Así, del mismo modo que el Prefecto francés antes de 1982, la Contraloría General de la República - como las autoridades de tutela tradicionales - “dicta, o participa en la dictación, de normas modificando el ordenamiento jurídico y correspondiendo al ejercicio de un poder reglamentado, es decir, sometido al derecho y fundado sobre una habilitación jurídica”.<sup>1702</sup> Por otro lado, la *toma de razón* solo otorga a los actos normativos de las regiones una presunción de legalidad que puede ser impugnada ante los tribunales.

Hay que concluir que las regiones son objeto de un control de tutela administrativa en la tradición más clásica<sup>1703</sup> cuya pesadez ya podría ser flexibilizada al reducir la lista de los actos sometidos a control<sup>1704</sup>.

Por otro lado, si bien no existe *déféré* en el estilo francés que es aplicado por un representante del Estado *a posteriori*, si se cuenta con un recurso por ilegalidad regional<sup>1705</sup> que

---

<sup>1701</sup>V. contra eso la opinión de VERGARA B., A.: “Se dice, por alguna jurisprudencia, que la toma de razón es un requisito esencial del acto administrativo para el cual se exige, de modo que el acto que no lo cumple carece de eficacia jurídica. Dicho acto no produciría efectos en la vida jurídica, aun cuando se haya notificado o publicado, requisitos que establece la LBPA para tales efectos. Es un trámite que, a nuestro juicio, no forma parte o no contribuye –por lo menos directamente– en la formación de la voluntad de la Administración contenida en el acto administrativo. Aun así, es considerado un requisito esencial de este último, y no como lo que realmente es: un requisito de legalidad del acto administrativo, que no puede provocar por sí mismo la falta de validez y eficacia del acto, pues su falta o ausencia en la tramitación de un acto que lo requiera sólo produce un vicio de ilegalidad del acto, lo que no genera directamente la falta de eficacia o validez del acto jurídico.” VERGARA B., A., “El rol de Contraloría General de la República: desde el control de legalidad a los nuevos estándares de buena administración”, en *La Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, Santiago, noviembre 2012, pp. 103-110. Sin embargo, tratándose de los actos de los gobiernos regionales, se trata bien de una condición de legalidad (externa se podría decir), el acto no vestido de la “toma de razón” no es exigible y los particulares pueden oponerle ese vicio procedimental. No será entonces válido o eficaz jurídicamente.

<sup>1702</sup>S. REGOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, op. cit. p. 91, nbp. N° 14

<sup>1703</sup>Como lo ha notado un ex Contralor General de la República E. SILVA C., el control de legalidad “puede ser previo o a posteriori. En el primer supuesto, se trata de que el acto sea controlado antes de su ejecución y, por lo tanto, de que no llegue a ejecutarse si es ilegal. SILVA, E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, Vol 3., op. cit p. 46.

<sup>1704</sup>La propia Contraloría General de la República, sobre la base del artículo 10 inc. 5 de su ley estatutaria emitió la resolución n° 55 de 31 de enero de 1992 por la cual ha establecido la lista de las decisiones para las cuales el control de legalidad previo no es necesario. El artículo 7 inc. 2 estipula: “El Contralor dispondrá por medio de resoluciones acerca de los asuntos que son de su incumbencia y que él determine en forma definitiva.” Las resoluciones del gobierno regional no están incluidas en esa lista.

puede estar gatillado por cualquier persona contra decisiones que estima ilegales y que golpean el interés general de la región o de sus habitantes. Al igual que el recurso por exceso de poder francés, esta acción prevé una fase administrativa y otra contenciosa. La diferencia entre el recurso francés y el chileno reside en el carácter obligatorio del recurso administrativo previo al segundo. En efecto, ese recurso específico contra los actos de la región no puede ser presentado ante el juez sin haber agotado los recursos posibles - de reposición y jerárquico - ante el Intendente. Ese recurso puede entonces estar presentado por una autoridad pública diferente del intendente.

## 2. La ausencia teórica de control sobre las municipalidades

Es la Contraloría General de la República, organismo constitucionalmente autónomo que ejerce, en virtud del artículo 98 de la Constitución, un control administrativo preventivo de legalidad sobre el conjunto de los actos de la Administración. El artículo 99 de la Constitución remite a la ley la definición de los actos sometidos a ese control obligatorio, así como sus modalidades y el artículo 53 de la ley orgánica de las municipalidades las dispensa de ese control preventivo de legalidad. En el caso chileno, la declaración de la autonomía de las municipalidades impedía hablar de control de tutela.

Hay primero que distinguir dos tipos de órganos autónomos en derecho chileno.

Los organismos *sui generis*, que toman en Chile el nombre de órganos autónomos no descentralizados, porque no gozan de la personalidad jurídica, pero tampoco están sometidos a vínculos jerárquicos como a ningún control de tutela<sup>1706</sup>, y corresponden a las autoridades administrativas independientes (AAI) francesas. Como ellas, disponen de una independencia “orgánica” y de una independencia funcional, están privadas de la personalidad jurídica<sup>1707</sup> y pertenecen a la Administración. Ciertos órganos autónomos chilenos, entre ellas la Contraloría General de la República, gozan de una protección constitucional respecto del legislador.

---

<sup>1705</sup> Art. 108 LOCGAR.

<sup>1706</sup> Es el caso de la Contraloría General de la República o del Ministerio Público.

<sup>1707</sup> Existen excepciones a ese principio. Así la Autorité des marchés financiers (AMF), creada en 2003 y calificada por el legislador de “autorité publique indépendante”, dispone de personalidad jurídica. Del mismo modo en Chile, v. Ley N° 20.285 (D.O. 20.08.2008) art. 31: “Créase el Consejo para la Transparencia, como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio”; o Ley N° 20.405 (D.O. 10.12.2009), art. 1°: “Créase el Instituto Nacional de Derechos Humanos, en adelante también ‘el Instituto’, como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio”.

Luego, existen las municipalidades, órganos administrativos autónomos que gozan de personalidad jurídica y que tampoco estarían sometidos a vínculos jerárquicos, ni a controles de tutela. El Tribunal Constitucional precisó que las municipalidades “son órganos cuyas funciones y atribuciones se ubican en un escalón superior de autonomía respecto del poder central en relación a los órganos descentralizados”<sup>1708</sup> y que no están entonces sometidos a la tutela. Para llegar a esa conclusión, señala primero que “los órganos centralizados están sujetos a un control jerárquico, los descentralizados están sujetos a un control de supervigilancia o de tutela”<sup>1709</sup>. Luego, declara que “ha resaltado el hecho de que estos entes [las municipalidades] no están sujetos al poder jerárquico del Presidente de la República”<sup>1710</sup> (...) Pero, más aún, los órganos autónomos no están sujetos ni siquiera al control indirecto o de tutela propio de los organismos descentralizados”<sup>1711</sup>.

El Estado chileno, sin embargo, no es federal, ni regional, ni autonómico y, “no obstante la autonomía con que la Constitución dota a los municipios, éstos mantienen ciertos vínculos con la autoridad central, que establece la Ley Orgánica de Municipalidades”.<sup>1712</sup> Existe bien entonces un control (cf. *Infra*) y la primera distinción reside en el momento del control.

Por otro lado, de mismo modo que para las regiones, existe un recurso especial de ilegalidad municipal que puede estar incoado por cualquier persona que tenga provecho en salvaguardar el interés general municipal. Prevé una fase administrativa y contenciosa<sup>1713</sup> y no puede estar presentado ante el juez sino hasta haber agotado los recursos posibles- de reposición y jerárquico - ante el alcalde<sup>1714</sup>. Las diferencias con el recurso regional conciernen a los actos impugnables y los plazos<sup>1715</sup>. Se puede entonces deducir, como en el recurso regional, que puede ser presentado por cualquier otra autoridad pública que el alcalde.

---

<sup>1708</sup> STC Rol 1669-2010, “*Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*”, de 15.03.2012, cons. 18.

<sup>1709</sup> Art. 29, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado

<sup>1710</sup> STC Rol 78-1989, STC Rol 216-1995.

<sup>1711</sup> STC Rol 1669-2010, op. cit., cons. 18.

<sup>1712</sup> STC Rol 1669-2010, op. cit., cons. 22.

<sup>1713</sup> Arts. 151 letras d) a i) LOCMU

<sup>1714</sup> Art. 151 d), LOCMU.

<sup>1715</sup> El recurso debe estar presentado en un plazo de 30 días a contar de la publicación de una resolución o de una omisión del alcalde o de un funcionario municipal (Art. 151 a) y b)). El recurso regional prevé 30 días hábiles.

En conclusión sobre las normas chilenas y su interpretación por la jurisprudencia, la situación de los gobiernos regionales chilenos es un buen ejemplo de las confusiones posibles generadas por la utilización del término de tutela en derecho administrativo. Un dictamen de 1996 de la Contraloría General de la República afirma que “los gobiernos regionales no están sometidos a la supervigilancia de las autoridades del poder central. Así se infiere de la propia Constitución política (texto en el cual encuentra su fundamento la ley 19175, sobre gobiernos regionales), que en su artículo 3 se refiere a las regiones y su administración la que es funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso...”<sup>1716</sup>. Primero, es verdad que los gobiernos regionales no están sometidos a tutela, puesto que son órganos en parte desconcentrados. Casi no tienen ninguna iniciativa y están fagocitados y presididos por un órgano desconcentrado: el Intendente regional. Segundo, si fueran descentralizados, estarían sometidos a una modalidad de tutela. O la Contraloría General de la República confirma la posición anterior (órgano desconcentrado), o afirma que los órganos descentralizados no son objeto de un control de tutela (salvo que las regiones están sometidas a tutela como se ha visto). No percibiendo esas incoherencias, la Contraloría General de la República recuerda luego que “en su artículo 100 (hoy 111 inc. 2 y 3) radica la administración superior de cada una de ellas en un gobierno regional constituido por el Intendente y el consejo regional. También de la ley N°18.575 que en sus artículos 37, 38 y 39 desarrolla esos conceptos descentralizadores y, finalmente, de la ley N°19.175 que en su artículo 22 reitera la conformación del gobierno regional”<sup>1717</sup>. Todas esas normas subrayan el carácter de agente natural y de confianza del Presidente de la República, de jefe de la administración regional, de ejecutivo del gobierno regional.

## § 2. El análisis del derecho positivo

Originariamente asociada al control de las entidades territoriales, la tutela vio su virtud explicativa trastornada por la aparición de los fenómenos llamados de descentralización funcional o técnica por una parte, y por otra, por ello de los organismos *sui generis*, sin que ninguno corresponda a algún tipo de descentralización. La tutela, símbolo del respeto de la autonomía territorial ve su campo ampliado al primer fenómeno citado<sup>1718</sup> o, al opuesto, no sirve

---

<sup>1716</sup>CGR, Dictamen n° 11395 de 08.04.1996, *Convenio Gobierno Regional aprobación*.

<sup>1717</sup>Idem.

<sup>1718</sup>Art.28 LOGBAE.

más a explicar las nuevas formas de autonomía del poder ejecutivo central, características del segundo fenómeno.

Por otro lado, los derechos positivos chileno y francés no se prestan a una sistematización fácil porque, más allá de los textos, parecen haber desarrollado concepciones diferentes relativas al poder jerárquico y al poder de tutela (A). Ahora bien, el espíritu de la tutela, característica misma de la descentralización, sigue siendo fundamental para explicar los controles del Estado sobre sus entidades descentralizadas (B).

### **A. Las dificultades planteadas al análisis por la dicotomía control jerárquico-control de tutela**

En derecho comparado y, particularmente en derecho chileno y francés, hay consenso sobre la importancia de las dos nociones en la determinación de los sistemas de administración. Las dificultades son de orden terminológico<sup>1719</sup> y conceptual.

#### **1. Presentación de las concepciones francesas relativas a la tutela**

La noción de poder jerárquico tiene un lugar central en la presentación clásica de la organización territorial de la administración. Es, positivamente, constitutiva de la centralización. A partir de ese postulado, es la ausencia de todo poder jerárquico de las autoridades centrales sobre las autoridades territoriales que les aseguraría la libertad y la autonomía inducidas por la descentralización. La descentralización supone la superación de la estructura jerárquica, porque aquella está considerada como el elemento motor de la centralización. Presume la personificación de entidades diferentes del Estado sobre la base de criterios de orden territorial o material, y que ejercen sus competencias de manera emancipada de la Administración central, es decir, sin estar sujeto a relaciones de dependencia jerárquica sino a relaciones de control.

La descentralización se determina, entonces, por oposición al principio jerárquico –del cual sería la negación– y se referiría a todos los tipos de relación con las autoridades centrales, que no son jerárquicas. Históricamente<sup>1720</sup>, la doctrina francesa utilizó el término de tutela para designar el conjunto de los controles del Estado sobre las entidades descentralizadas.

---

<sup>1719</sup>Como lo notaba S. REGOURD, “comme ce fut déjà le cas, le procès fait à la tutelle ressort avant tout de l'ordre de la terminologie”. REGOURD, S., « La prétendue suppression de la tutelle », *Rev. Adm.*, 1982, p. 619.

<sup>1720</sup>REGOURD, S., *L'acte de tutelle en droit administratif français*, L.G.D.J., 1982, op. cit., p. 21-22.



A. de LAUDABÈRE<sup>1721</sup> en su “análisis jurídica de la descentralización” precisa que existen dos tipos de controles que diferencian la centralización y la descentralización. Para distinguirlos, se les ha dotado de nombres diferentes: el control ejercido por el poder central sobre la actividad de los agentes de tipo centralizado, se llama poder jerárquico, mientras que el control ejercido sobre los actos de las autoridades territoriales, se llama “tutela administrativa.” Para los autores “antiguos” como, por ejemplo, ROLLAND, HAURIUO, MASPETIOL y LAROQUE, la “tutela administrativa” aparece bien como uno de los criterios de la descentralización junto con el poder de decisión o aún la elección<sup>1722</sup>. Para los últimos, “la tutela es la traducción jurídica de la descentralización”<sup>1723</sup>. HAURIUO consagra todo el estudio del régimen jurídico de la descentralización a las reglas de la tutela, a un punto tal que ésta parece manifestarse enteramente en aquella<sup>1724</sup>, parece ser EL criterio de la descentralización.<sup>1725</sup>

Entre los autores más recientes, la mayoría presenta la tutela como un elemento, un componente de la descentralización, susceptible de ser determinante (entonces, no están en definitiva muy lejos de sus predecesores)<sup>1726</sup>, con el riesgo de encerrarse en un impase, una tautología sin virtud explicativa: no hay tutela sin descentralización ni descentralización sin tutela.<sup>1727</sup>

Un segundo grupo adopta una posición más indecisa que sitúa la tutela como “límite” de la descentralización<sup>1728</sup>. Se conoce en fin la posición crítica adoptada por Ch. EISENMANN<sup>1729</sup> - a propósito de la posición clásica sobre la tutela como elemento de definición de la descentralización - y su refutación por S. REGOURD<sup>1730</sup> quien, fundando su análisis sobre el

---

<sup>1721</sup> LAUBADERE, A. (de), *Traité de droit administratif*, 9<sup>ème</sup> éd., 1984

<sup>1722</sup> HAURIUO, M., *Etude sur la décentralisation*, Paris, éd. Dupont, 1892, pp. 9-10. Cf. chapitres 4 et 7.

<sup>1723</sup> MASPETIOL, R. et LAROQUE, P., *La tutelle administrative*, Paris, Sirey, 1930, p. 26. Contra esa afirmación, ver HOUTEER, C. *Les bases constitutionnelles de la décentralisation territoriale*, thèse Toulouse, 1987, 2 vols.

<sup>1724</sup> REGOURD, S., *L'acte de tutelle en droit administratif français*, L.G.D.J., 1982, op. cit., p. 33

<sup>1725</sup> Se sabe la dificultad que hay al pretender fijar el pensamiento de un autor como HAURIUO sobre criterios definitivos. Sobre la descentralización, como sobre otros puntos, su pensamiento siempre ha estado en evolución. Así, el criterio de la descentralización pudo ser también el de la elección de las autoridades locales. Pero, las dos nociones están íntimamente ligadas. Es difícil decir una palabra de una sin mencionar la otra.

<sup>1726</sup> WALINE, Marcel. *Traité élémentaire de droit administratif*. Paris, Sirey 1950; BOULOUIS, “Décentralisation”, Répertoire Dalloz, pero también VEDEL, de LAUBADERE, DUEZ y DEBEYRE, BURDEAU.

<sup>1727</sup> CHAPUS, R. *Droit administratif général*, Tome 1, p. 403

<sup>1728</sup> RIVERO, DEBBASH, AUBY y DUCOS-ADER

<sup>1729</sup> EISENMANN C., *Centralisation - décentralisation, principes d'une théorie juridique*, L.G.D.J. 1948.

<sup>1730</sup> REGOURD, S., *L'acte de tutelle en droit administratif français*, L.G.D.J., 1982, op. cit.

criterio del respeto de la iniciativa de las entidades descentralizadas, muestra que la tutela es un elemento seguramente esencial, pero no el único elemento de su autonomía.<sup>1731</sup>

## 2. Las concepciones vinculadas a la noción de tutela en derecho chileno

De mismo modo que la doctrina francesa, su homóloga chilena considera que los principios que informan los sistemas de administración territorial como funcional son los de la jerarquía y de la tutela<sup>1732</sup>. El primero de esos principios incluso es calificado por un autor contemporáneo de “técnica más elemental de distribución de competencias, propias de un sistema de organización administrativa centralizado”<sup>1733</sup>. H. NOGUEIRA A. y F. CUMPLIDO C., por su parte, definen la descentralización como el traspaso de competencias de la administración central del Estado hacia nuevas personas jurídicas de derecho público, las cuales están dotadas de un patrimonio propio y sometidas a un control de tutela sobre sus actos.<sup>1734</sup>

Ahora bien, si en derecho francés la descentralización - caracterizada por la tutela- implica el control sobre entidades territoriales o funcionales no sometidas a la Administración central, el derecho chileno (legislador como jurisprudencia y una parte de la doctrina) utiliza como sinónimo al término de tutela, no tanto aquello del control, sino el de supervigilancia. Resulta, a nuestro parecer, una variedad de los usos del término de tutela en derecho administrativo<sup>1735</sup> que puede concernir tanto a situaciones de desconcentración, como de descentralización.

Una parte de la doctrina chilena afirma que la tutela concerniría solo la descentralización funcional. La influencia de un autor como SILVA C. no parece extranjera y es por un desvío del concepto y de la terminología francesa originaria que la doctrina chilena llegó a ese resultado:

---

<sup>1731</sup> Cf. *Infra*.

<sup>1732</sup> Ver por ejemplo la doctrina chilena reciente, BERMÚDEZ, *op. cit.* p. 314: “los principios informadores de los sistemas de organización vistos (centralización, descentralización y el subsistema de desconcentración) son la jerarquía y la tutela o supervigilancia.”

<sup>1733</sup> *Idem*, p. 322

<sup>1734</sup> NOGUEIRA A., H. y CUMPLIDO C., F., *Instituciones políticas y teoría constitucional*, 2 T., Editorial Universidad de Talca, 2001.

<sup>1735</sup> Cabe también mencionar que en la tradición hispánica, la palabra *tutela* se refiere hoy más a la protección de los derechos individuales por las jurisdicciones que al control del Estado sobre entidades descentralizadas, y ello incluso en derecho administrativo. Se hablará así de la “tutela efectiva de los derechos de los administrados”.

aquí donde el derecho francés asocia la tutela al control, SILVA C. – y la doctrina que lo siguió<sup>1736</sup> – lo asocia a la supervigilancia. Lo que es diferente.

En efecto, la Academia Real Española (RAE) define el control – precisando su origen francés – como la “*comprobación, inspección, fiscalización, intervención*” es decir que pone el acento sobre la intervención *a posteriori*. En cuanto a la *supervigilancia*, el término no existe en el diccionario de la RAE, pero se encuentra el de *vigilancia* que significa “*cuidado y atención exacta en las cosas que están a cargo de cada uno*” es decir que se refiere a la custodia que cada uno tiene sobre cosas que están a su cargo o que le pertenecen. La *super-vigilancia* solo puede entonces reforzar el carácter de vigilancia de lo que pertenece a cada uno. Se ve entonces aquí la diferencia con la concepción francesa: los órganos bajo vigilancia no son en una situación de alteridad con el controlador, como lo son las colectividades territoriales francesas respecto del Estado, pero forman con él.<sup>1737</sup>

SILVA C. escribe que el control de tutela es “una expresión que proviene también de la doctrina francesa y con ella quiere demostrarse cierto grado de supervigilancia que el Ejecutivo ejerce sobre los institutos autónomos”<sup>1738</sup>.

Pero, prosigue, “en realidad, la tutela implica una suerte de control administrativo interno, pero con la variante de que no se ejerce sobre los servicios de la administración central sino que funcionalmente descentralizados, y como no hay aquí en relación al máximo jerarca del Ejecutivo potestad jerárquica propiamente tal, dado el carácter de organismos autónomos que revisten, es que el control interno pasa a denominarse tutela. Es por eso que parece conveniente no confundir la tutela ejercida por el Ejecutivo sobre institutos funcionalmente descentralizados, con el control, especialmente a cargo de órganos externos”.<sup>1739</sup>

SILVA C. reserva entonces la tutela para los solos organismos administrativos funcionalmente descentralizados y no califica la naturaleza del control – porque obviamente hay uno – sobre las entidades territorialmente descentralizadas.

---

<sup>1736</sup>Por ej: CEA E., J.L. *Teoría del Gobierno. Derecho chileno y comparado*. 1a. ed. act. Santiago, Chile, Eds. Universidad Católica de Chile, 2000, p. 150

<sup>1737</sup>Se encuentra de nuevo esa idea en los arts. 28 y 30 LOCGBAE, puesto que en ese caso, la supervigilancia normalmente asociada al término de tutela lo es a ello de dependencia. Se ve mal como alguien o cual organismo dependiente podría ser autónomo.

<sup>1738</sup>SILVA C., E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. V.3, op. cit. pp. 57-58: “*El llamado control de tutela*”.

<sup>1739</sup>Ibid.

Contrariamente a lo que SILVA C. afirma, la descentralización o la autonomía supone justamente la dualidad institucional y entonces no se puede tratar de un control interno. Por otro lado, la tutela está originariamente asociada al control de la administración territorialmente descentralizada. En fin, estudia la tutela entre los controles internos de la administración activa que no participan del control jerárquico, lo que no es el caso por la razón expuesta precedentemente.

La autonomía de la cual gozan las municipalidades es administrativa y no política. Supone entonces - según E. CORDERO Q. - “la existencia de órganos que forman parte de la Administración del Estado, pero cuya relación con el poder central o las máximas autoridades gubernativas es tenue o casi inexistente [sic], lo cual le permite actuar con independencia al momento de adoptar sus propias decisiones”.<sup>1740</sup> No hay entonces sobre ese punto de diferencia con las colectividades territoriales francesas, que son “solamente” descentralizadas. Y como ellas, las municipalidades chilenas pueden ser – y son – objeto de controles *a posteriori*.

En efecto, “si bien las resoluciones municipales están exentas de la toma de razón (artículo 53, Ley Orgánica de Municipalidades), el organismo contralor puede emitir dictámenes jurídicos sobre todas las materias sujetas a su control”<sup>1741</sup>, en virtud del artículo 52 de ley orgánica de municipalidades. Hubiera sido notable que las municipalidades no estuvieran sometidas a un control de legalidad, cualquiera sea su modalidad.

La autonomía de las municipalidades es entonces solo relativa y su estatuto corresponde bien al de entidades descentralizadas, nada más.<sup>1742</sup> Al igual que las colectividades francesas, su iniciativa está respetada y, al mismo título, sus actos son objeto de un control de legalidad *a posteriori*. Las diferencias son del orden de las modalidades. De un otro lado, su régimen de autonomía está definido -por oposición a los servicios públicos centralizados que están sometidos al control jerárquico -, por... la tutela – también llamada supervigilancia.<sup>1743</sup> Es el

---

<sup>1740</sup>CORDERO Q. E., “La Administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía”, en *La Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, Santiago, noviembre 2012, p. 16.

<sup>1741</sup> STC Rol 1669-2010 de 15.03.2012, “Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle”, cons. 13.

<sup>1742</sup>Es por cierto notable que “del análisis de la normativa de la LBGAE, es posible constatar que ésta no sigue en términos estrictos la nomenclatura utilizada por la Constitución. Así, guarda absoluto silencio respecto de los servicios públicos semifiscales y autónomos, a pesar de ser categorías consagradas por la Constitución”. CORDERO Q. E., “La Administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía”, op. cit. p. 19.

<sup>1743</sup>“Por el contrario, en el caso de la supervigilancia –también denominada tutela– dichos poderes o facultades desaparecen, en razón de que el órgano ya no se encuentra supraordenado al Presidente. En

grado de intensidad de la tutela que da el grado de autonomía de una entidad descentralizada.<sup>1744</sup>No hay entonces aquí nada de nuevo, salvo la utilización de términos diferentes para expresar una misma realidad. Si la utilización en derecho chileno del vocablo autonomía se remonta a la segunda mitad del siglo XIX<sup>1745</sup>, no se puede ignorarlo, pero conviene saber que esa autonomía nada tiene que ver con las autonomías españolas, por ejemplo, pero que describe fenómenos clásicos de descentralización territorial o funcional. Al respecto, cabe recordar un dictamen n° 18646 de 1992 en el cual la CGR señalaba que la “referida "autonomía municipal" constituye un principio de descentralización administrativa” y que las “municipalidades no están sometidas a un vínculo jerárquico o de dependencia del Presidente de la República, a través del ministerio del interior, sino únicamente a supervigilancia de estos órganos y a fiscalización del intendente regional respectivo”<sup>1746</sup>.

El Estado de derecho no puede tolerar instituciones sin control. Si es verdad que las municipalidades chilenas como las colectividades territoriales francesas no están (o no están más) sometidas a la tutela administrativa, es a sus manifestaciones clásicas que ese control no responde más. Esas pretendían distinguir claramente poder jerárquico y poder de tutela. Ahora bien, si la distinción se difuminó, el espíritu de la tutela sigue vivo.

### 3. La (con)fusión del poder jerárquico y de los poderes de tutela

Tres parámetros permiten generalmente distinguir poder jerárquico y poderes de tutela. Los dos primeros (poder de derecho común del control jerárquico<sup>1747</sup> y poder de excepción para

---

razón de lo anterior, este órgano goza de autonomía respecto del poder central”, CORDERO Q. E., “La Administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía”, op. cit., p. 20.

<sup>1744</sup>“**En este contexto, el concepto de autonomía difiere abiertamente respecto de lo que se ha entendido en el ámbito de los Estados compuestos.** Así, la autonomía dice relación con las facultades que tiene el Presidente de la República en relación a determinados órganos que integran la Administración del Estado, respecto de los cuales no existe un vínculo de jerarquía y los mecanismos de tutela o supervigilancia son bastante atenuados.” Idem, p. 21

<sup>1745</sup>“A este respecto, se debe tener presente que en su 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. En efecto, **desde mediados del siglo XIX comenzaron** a surgir en Chile órganos con personalidad jurídica propia, como la Universidad de Chile en 1842, las Cajas de Ahorro y Crédito y las Municipalidades, especialmente con la ley de la comuna autónoma de 1891”. Ibid.

<sup>1746</sup> CGR, Dictamen 18646 de 29.07.1992, *Naturaleza jurídica municipalidades*.

<sup>1747</sup>SILVA C., E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. V.3, op. cit. p. 44 “Es una de sus características que este control se ejercite de oficio, porque es emanación de las facultades de todo jerarca”.

la tutela<sup>1748</sup> por una parte y, por otra, ausencia o existencia de recurso de los órganos controlados contra los actos de la autoridad de control<sup>1749</sup>) 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. Se puede desvelar dos tiempos o dos fases en ese proceso.

Primero, el examen de los criterios inicialmente propuestos por la doctrina muestra que nunca son total y enteramente operacionales para mantener la distinción. Al origen, los autores intentaron bien distinguir la centralización de la descentralización a partir de los poderes usados. El poder jerárquico, característica de la centralización contaba principalmente con el poder de instrucción y de anulación de los actos<sup>1750</sup>. Generalmente, es a partir de una identificación *a contrario* de los procesos jerárquicos, que la doctrina intentó precisar aquellos dependientes solo de la tutela. Así, “la doctrina dominante tiende, más allá de las ambigüedades de diversas formulaciones, a excluir de la tutela, dos técnicas vinculadas de manera específica a la jerarquía: el poder de instrucción y el poder de reformación”.<sup>1751</sup>

Sin embargo, apareció rápidamente que era difícil aislar los procesos como dependiendo exclusivamente del uno o del otro<sup>1752</sup>. Así, por ejemplo, el poder de instrucción o de anulación no es propio a la estructura de la administración centralizada: la autoridad descentralizada “es

---

<sup>1748</sup> BERMÚDEZ, op. cit. p.311: “el control ejercido sobre los organos descentralizados es de tutela o supervigilancia, el cuál sólo se ejerce en los casos taxativamente señalados por la ley” o p. 312: “el control de tutela opera en aquellos casos o materias expresamente señalados por la ley, por el contrario, el control jerárquico se puede ejercer sobre todas las actuaciones de los organos subordinados.”

<sup>1749</sup>A. de LAUBADERE destaca así que “l’authorité décentralisée peut employer le recours pour excès de pouvoir en vue de faire annuler l’acte de contrôle illégal.(...) Au contraire, les recours des agents centralisés sont irrecevables à l’égard des actes de contrôle hiérarchique qui les concernent », *Traité élémentaire de droit administratif*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 1970, p. 94.

<sup>1750</sup>Por ej. R. CHAPUS: “l’authorité déconcentrée est sous la dépendance d’un supérieur hiérarchique aux instructions duquel elle doit obéissance et qui détient de plein droit le pouvoir d’annuler ses décisions ». CHAPUS, R., *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. Domat, 13<sup>ème</sup> éd., 1999, T. 1, p. 369. BERMÚDEZ señala que en general las facultades o poderes de jerarquía incluyen un poder de *impulsión*, un poder de *dirección* que se manifieste a través de instrucciones y directivas, un poder de *inspección*, vigilancia o control que consiste en la facultad de revisar a cualquier momento la acción del órgano inferior, un poder de *anulación* de los actos del órgano inferior, un poder *disciplinario*, un poder de *delegación* de competencias y el poder de *resolver los conflictos de competencias* entre órganos inferiores. De mismo modo y anteriormente: SILVA C., E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. V.3 *El control público*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª ed., 1994, p. 44: “...el jerarca tiene definidas potestades, entre otras la sancionadora o disciplinaria”.

<sup>1751</sup>REGOURD, S., *L’acte de tutelle...*, p. 41.

<sup>1752</sup>FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 11, n°9.

ella misma un superior jerárquico y dispone de un poder de decisión autónomo, que ejerce bajo el simple control de un representante del Estado, la autoridad de tutela”.<sup>1753</sup> De tal modo que “los procesos de tutela más utilizados y, por eso, lo más regularmente citados en doctrina – anulaciones, aprobaciones, autorizaciones, substituciones – no son propios de la tutela”.<sup>1754</sup>

Luego, la asociación por la mayoría de la doctrina – chilena como francesa - de procesos típicamente jerárquicos con ciertas modalidades de tutela, condujo a pasar de manera insensible, según cada caso de una diferencia de naturaleza a una diferencia de grado.<sup>1755</sup> Así, M. DANIEL estima que “mientras más intensos sean los poderes de tutela que la ley establezca, más se acercarán al vínculo jerárquico y en esa misma medida se disminuirá la autonomía del órgano descentralizado, y viceversa”.<sup>1756</sup> De mismo modo, para B. FAURE, “los poderes de control ejercidos por medio de la tutela (autorización, aprobación, substitución de oficio) solo corresponden a su “concepción ideal”, pero es demasiado restrictiva para aprehender el conjunto de las posibilidades permitidas bajo ese concepto. Otras posibilidades (anulación, nombramiento y revocación) van hasta conferir un verdadero poder de dirección a la autoridad “de tutela” que le permite inmiscuirse en la marcha de los asuntos descentralizados”.<sup>1757</sup>

Sin embargo, ese enfoque favorece a los procesos de centralización paradójicamente en nombre de la descentralización, confundiendo la repartición entre competencias centralizadas y descentralizadas con el control sobre las competencias descentralizadas.<sup>1758</sup> Parece que la

---

<sup>1753</sup>CHAPUS, R., *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. Domat, 13<sup>ème</sup> éd., 1999, T. 1, p. 369. En el mismo sentido, BERMÚDEZ nota que “la desconcentración puede darse al interior de cualquier órgano administrativo, sea centralizado o descentralizado, ya que en ambos casos se reproduce en su interior la relación de subordinación o jerarquía”. Sin embargo, de manera incomprensible, ese autor escribe a la pagina precedente que “no habrá jerarquía sobre el asunto objeto de la desconcentración” y que “el superior no podrá anular, rectificar o revisar las decisiones del órgano subordinado en la materias desconcentradas” BERMÚDEZ, op. cit., p. 307 y 308.

<sup>1754</sup>REGOURD, S., *L'acte de tutelle*, op. cit., p. 16

<sup>1755</sup>V. Por ej. SILVA C., para quién la tutela es un “control que se caracteriza, además, por ser específico para cada órgano de que se trate, por lo que su extensión en cada caso particular se encontrará determinada en la correspondiente ley orgánica que regule al ente respectivo.” SILVA C. E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. V.3, op. cit., p. 183.

<sup>1756</sup>DANIEL A., M., *La organización administrativa en Chile. Bases fundamentales*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982, 2ª ed., p. 81.

<sup>1757</sup>FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 597, nº 780.

<sup>1758</sup>En el paso siguiente E. CORDERO Q., parece no darse cuenta por un parte, que explica la diferencia de grado por unas competencias del ejecutivo nacional y, por otra, que introduce en la misma enumeración, el poder disciplinario y los poderes de tutela y jerárquico: “Por el contrario, en el caso de la **supervigilancia –también denominada tutela–** dichos poderes o facultades desaparecen, en razón de que el órgano ya no se encuentra supraordenado al Presidente. En razón de lo anterior, este órgano goza de **autonomía respecto del poder central, salvo en los casos que la ley expresamente le atribuya**

confusión de los procedimientos provenga de lo que se llama por error la “tutela sobre las personas” que no recubre ninguna realidad específica, que no pueda ser explicada por la noción de poder disciplinario. Corresponde a una ficción”<sup>1759</sup>.

BERMÚDEZ afirma así que “en Chile la manifestación más poderosa del control de tutela sobre los órganos descentralizados es la designación de las autoridades superiores de tales órganos. Ejemplo de ello se encuentra en los Gobiernos Regionales (órganos descentralizados territorialmente, con personalidad jurídica y patrimonio propio) cuyo ejecutivo es el Intendente, quien es nombrado por el Presidente de la República y es de su exclusiva confianza”<sup>1760</sup>. La conclusión de tal presentación es por lo menos sorprendente: por una parte, el autor asocia la tutela al nombramiento de un agente. Por otra, la tutela sería ejercida sobre un agente desconcentrado (el Intendente) sometido por definición al poder jerárquico. Entonces, resultan identificados o al menos asociados, tutela y jerarquía y ¡la descentralización con la centralización (desconcentración)!

La tutela es entonces la jerarquía, y la descentralización la centralización (o desconcentración)<sup>1761</sup>.

De mismo modo, para SILVA C.<sup>1762</sup>, son materializaciones de la tutela los poderes del Presidente de la República de designación de los miembros de dirección de las entidades descentralizadas, la aprobación de su presupuesto o la determinación de su planta. Excepto el hecho que solo la aprobación puede comprenderse en el poder de tutela – la designación y el poder de determinar la planta de un servicio son competencias estatales reservadas y no técnicas de control-, se debe recordar que ese autor reserva la tutela para la única descentralización funcional, contrariamente a la letra de la ley orgánica. Es necesario entonces repetir que “el

---

**determinadas potestades al Presidente de la República sobre él, como sería el nombramiento o remoción de su autoridad superior; el ejercicio del control disciplinario; la autorización o aprobación de los actos del servicio descentralizado; la posible revocación de los mismos, entre otros.** Es por tal razón que este vínculo no es uniforme en su intensidad, pues bien puede ocurrir que las potestades de tutela sean un número acotado de facultades, dando al servicio público una amplia autonomía (descentralización real) o sean de tal naturaleza que se acerque plenamente a los poderes propios de la jerarquía “descentralización ficta” CORDERO Q., E., “La Administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía”, op. cit., p. 20.

<sup>1759</sup>REGOURD, S., *L'acte de tutelle*, op. cit., p. 110.

<sup>1760</sup>BERMUDEZ, op. cit., p. 318.

<sup>1761</sup>O como lo subrayaba ya S. REGOURD, respecto de la doctrina francesa, “si l'on voulait reprendre sous forme de syllogismes les diverses propositions avancées, on n'aurait guère de difficulté à établir que la décentralisation n'est autre chose que la centralisation ou vice-versa”. REGOURD, S., *L'acte de tutelle*, op. cit., p. 68.

<sup>1762</sup>SILVA C., E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. V.3, op. cit., p. 183



umbral de la descentralización – y entonces de la tutela –está traspasado cuando la ley otorga a las autoridades de Estado la posibilidad de intervenir en la dirección de los asuntos locales por vía de nombramiento o de sanción disciplinaria”<sup>1763</sup>, entre otras.

Uno estaría entonces tentado, para facilitar la comparación de los derechos, a abandonar toda referencia de cerca como de lejos a la noción de tutela, porque por una parte una definición exhaustiva parece imposible y, por otra, recubriría en los dos países realidades demasiado diferentes e inconciliables. Es sin duda el precio a pagar por el uso de un término tan amplio en derecho administrativo.

La tutela tiene sin embargo larga vida. Si hoy en día, no parece oportuno recurrir solo a la herramienta de la tutela para definir la descentralización, el mantenimiento del concepto de tutela en Francia parece apropiado, a pesar de su supresión oficial en 1982. En Chile, es simplemente el legislador orgánico que ignora la distinción hecha por la doctrina y las vacilaciones de las diferentes jurisprudencias no cambian nada ese estado del derecho positivo. En efecto, el art. 29 de la ley orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado (LOCBGAE), dispone sin ambigüedad que: “Los servicios públicos serán centralizados o descentralizados. Los servicios centralizados actuarán bajo la personalidad jurídica y con los bienes y recursos del Fisco y estarán sometidos a la dependencia del Presidente de la República, a través del Ministerio correspondiente. Los servicios descentralizados actuarán con la personalidad jurídica y el patrimonio propios que la ley les asigne y estarán sometidos a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio respectivo. La descentralización podrá ser funcional o **territorial**”.<sup>1764</sup> Las entidades territoriales están entonces sometidas al control administrativo de tutela que no está reservado, como lo afirma SILVA C., a los servicios o entidades funcionalmente descentralizados. La mayoría de las jurisprudencias y autores contemporáneos han regresado sobre esa visión errónea y se refiere bien a la tutela. Los problemas -hoy como ayer, en Chile como en Francia – se sitúan al nivel de la identificación de los criterios de la tutela respecto de los del poder jerárquico, pero, ciertamente resultaría mejor concentrarse en identificar sus principios permanentes.

---

<sup>1763</sup>FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit. p. 617, n° 820

<sup>1764</sup>Las negritas son propias.

## **B. La inevitable conclusión: el mantenimiento de los principios de la tutela**

Como lo ha escrito S. REGOURD, “más allá de las brechas metodológicas y terminológicas, más de los matices internos a la doctrina mayoritaria, las manifestaciones de la tutela participan a la definición de la descentralización. En todos los casos, el estudio de la tutela, se revela inseparable del de la descentralización. ».<sup>1765</sup>

Al respecto, parece bien que control jerárquico y control de tutela son de naturaleza diferentes y que no se trata solo de una cuestión de grado, pero que proceden de principios diferentes. Corresponde<sup>1766</sup> a un principio de organización - la dualidad institucional que traduce una personalidad jurídica otra que la del Estado – y de un principio de funcionamiento.

En la medida que está “ejercida por el Estado sobre una persona pública descentralizada, aplicada en virtud de una norma y con un objetivo de interés general, la tutela preserva la iniciativa y la autonomía de la persona pública controlada”<sup>1767</sup>. Ese principio de funcionamiento considera entonces, por una parte, el respeto de la libertad, y por otra, el respeto de la ley.

La libertad, es decir la libre administración del derecho francés y la autonomía del derecho chileno – y en los dos casos la defensa y la satisfacción de los intereses locales - debe conciliarse con el respeto de la ley. Este último no debe ser concebido solo a partir del principio de legalidad, de la protección de los intereses nacionales y del general sobre los particulares, en resumen del carácter unitario del ordenamiento jurídico. Debe también entenderse como un mecanismo de protección de las entidades territoriales contra el arbitrio del poder central. El respeto de la ley significa también para el ejecutivo nacional, el control jurisdiccional de la “sanción” administrativa que estaría tentado aplicar a la entidad territorial.

Los dos sistemas jurídicos se encuentran sobre el hecho de haber eliminado de las normas relativas a las entidades territoriales, toda referencia a la noción de tutela. Se preferirá entonces, la afirmación de M. LACHAUME para quién “es consubstancial a toda descentralización en un Estado unitario que exista un control de éste sobre las colectividades locales, pero debe estar ordenado de manera de respetar el principio de libre administración de las colectividades territoriales”<sup>1768</sup> a la antigua según la cual “en un Estado unitario, la descentralización no va sin tutela, ni la tutela sin descentralización”.<sup>1769</sup>

---

<sup>1765</sup>REGOURD, S., *L'acte de tutelle en droit administratif français*, op. cit., p. 35.

<sup>1766</sup>Recojo aquí las grandes líneas y conclusiones de la tesis de S. REGOURD, *L'acte de tutelle*, idem.

<sup>1767</sup>Idem., 1982, p. 201 et s.

<sup>1768</sup>LACHAUME, J.-F., *L'administration communale*, LGDJ, Col. Système, 1994, p. 219.

<sup>1769</sup>MASPETIOL, R. ET LAROQUE, P., *La tutelle administrative*, Paris, Sirey, 1930, p. 9.

Si se acepta, como lo escribía HAURIUO, que “se llama tutela administrativa, un poder de control que ciertas personas administrativas ejercen sobre otras, con el objetivo a la vez de proteger los intereses de la persona en tutela y de mantener el buen orden en la administración”, se pueden examinar las modalidades de control aplicadas en Chile y Francia, deslindar sus grandes líneas y de su calificación resultara la del o de los sistemas de administración vigentes.

## **Sección 2. Las modalidades de los controles del Estado**

A pesar de las dificultades que presenta el empleo del término de tutela, se sigue en parte utilizando – principalmente por la doctrina – para analizar los controles sobre los actos (§ 1) como sobre las personas (§ 2). Aunque la noción de control es “una de las más inconsistentes de nuestro sistema administrativo”<sup>1770</sup>, el derecho positivo utiliza el término de control y confirma que a los recursos ofrecidos a los particulares siempre se suman controles estatales sobre los órganos y/o las personas, y sobre los actos reglamentarios territoriales. No se escapará entonces a la presentación binaria tradicional mencionada. Las relaciones entre Estado y entidades territoriales no deben limitarse a los únicos controles formales y anunciados como tales. La dirección remota de las entidades territoriales siempre existió. Hoy, está reforzada por métodos menos autoritarios en apariencia, pero siempre tan eficaces (§ 3).

### **§ 1. Los controles sobre los actos reglamentarios de las entidades territoriales chilenas y francesas**

La filosofía general de los controles estudiados aquí – *déféré Prefectoral* y control sobre las municipalidades - es bien la del respeto de la autonomía por una fase administrativa *a posteriori* que puede desembocar sobre una fase jurisdiccional. La intervención “neutra” de la autoridad o poder jurisdiccional, como árbitro entre el representante del Estado y la entidad territorial, parece entonces adaptada a las exigencias modernas de la democracia local en el seno de la estructura estatal.

El examen de los titulares del control sobre los actos (A), del objeto del control (B) y, en fin, de sus modalidades prácticas (quizás más que jurídicas) (C), conduce a matizar tal afirmación, al punto que los fenómenos de centralización no están quizás aquí donde las normas podrían hacerlo creer.

---

<sup>1770</sup> RIVERO, J., citado por REGOURD, S., *L'acte de tutelle*, op. cit., p. 22.

## A. ¿Quién? La o las autoridades a cargo del control

Lo que distingue principalmente las formas heredadas de la tutela administrativa de los recursos de los particulares, es el papel que juega el representante del Estado en el respeto de la legalidad general y no los intereses privados de los primeros. Es también el argumento principal para mostrar que el *déféré* permanece bien en la lógica de la tutela, mientras que los controles ejercidos sobre las municipalidades chilenas dependen de un órgano administrativo autónomo, sin vínculo con la administración central y entonces, con la lógica de tutela. La afirmación merece ser verificada.

### 1. El “representante” del Estado en Francia

En el sistema francés, solo el Prefecto defiere al juez<sup>1771</sup> - por su iniciativa o sobre petición - los actos de las colectividades territoriales. En efecto, tratándose de la cuestión importante del interés a actuar (o *legitimación activa*) y de los actos concernidos, uno de los elementos que distingue los recursos del representante del Estado y los del simple particular, es que el primero no tiene que justificar de un interés para actuar para entablar un recurso ante el juez administrativo. Por otro lado, los artículos L. 2131-6 et 2131-8 CGCT son sin ambigüedad: el Prefecto es el único competente para deferir al tribunal administrativo un acto que estima ilegal.

El principio vale tanto en la hipótesis de un *déféré* ejercido espontáneamente por el Prefecto como en la hipótesis de un *déféré* sobre petición de una persona física o jurídica lesionada por el acto atacado. En otros términos, es inadmisibile el recurso que sería entablado por una otra autoridad que el Prefecto mismo.

La jurisprudencia ha precisado algunas consecuencias del mecanismo particular que constituye el *déféré*: primero, el Prefecto no tiene que haber informado inmediatamente a la autoridad territorial de su voluntad de deferir un acto, como tampoco comunicar a la autoridad territorial las ilegalidades invocadas en contra de ese acto<sup>1772</sup>. Tampoco, el Prefecto está ligado por el hecho de haber dado todas sus garantías de que el acto en causa no sería deferido a la jurisdicción administrativa.<sup>1773</sup> De mismo modo, es sin influencia el hecho que la decisión de la

---

<sup>1771</sup> Art. L2131-6 CGCT: “Le représentant de l'Etat dans le département *défère* au tribunal administratif les actes (...) qu'il estime contraires à la légalité dans les deux mois suivant leur transmission”.

<sup>1772</sup> C.E. 24 avril 1985, *Ville d'Aix-en-Provence*, req. 58793, Rec. Leb. p. 522. Aunque el artículo L. 2131-6 CGCT le obliga a respetar esas prescripciones.

<sup>1773</sup> C.E. 14 janvier 1991, *Deranlot*, req. 116145.

autoridad territorial hubiera sido adoptada después haber recibido un dictamen favorable de un servicio del Estado<sup>1774</sup> o que el *déféré* intervenga contra un permiso de construir expedido por una comuna después su dictamen conforme.<sup>1775</sup>

## 2. Las autoridades a cargo del control en Chile

El órgano de control por excelencia de la administración es la Contraloría General de la República. Mediante un ejercicio activo de su misión de control, llegó a jugar un papel que en muchos aspectos se parece al del Prefecto francés en el marco del *déféré*. Sin embargo, no es la única y, contrario a las presentaciones clásicas, el Intendente regional y el Gobernador provincial ejercen un control que atañe a menudo, pura y simplemente a los mecanismos de tutela administrativa.

En efecto, el primero está encargado de velar para que las municipalidades actúen dentro del marco de los planes nacionales y regionales que regulen tal o cual actividad particular<sup>1776</sup>. Si las modalidades de la vigilia no están claramente definidas en la ley orgánica municipal, hay que remitirse a cada ley particular para encontrar las medidas correspondientes.

Por otro lado, el artículo 10 de la ley orgánica municipal reconoce al gobernador provincial un poder de substitución para paliar la falta de acuerdo entre municipalidades y servicios públicos para coordinar sus acciones.<sup>1777</sup> El poder de substitución viene a compensar la autonomía otorgada.

Tratándose de la Contraloría General de la República, la presentación de la doctrina chilena según la cual ese órgano ejerce un control externo podría ser opuesta al control del Prefecto, entendido como control interno a la administración activa. Esta presentación es muy relativa por dos razones. Primero, porque por definición las colectividades territoriales francesas tienen una personalidad jurídica distinta de las otras administraciones y el Prefecto ejerce entonces bien un control externo a la administración territorial. Luego, porque la Contraloría

---

<sup>1774</sup>CE, 25 mai 1988, *Commune de Goult*, req. 66907.

<sup>1775</sup>CE, 30 décembre 2002, *Rémi*, req. N° 239380.

<sup>1776</sup>Art. 9 LOCMU.

<sup>1777</sup>LOCMU, art. 10: “La coordinación entre las municipalidades y entre éstas y los servicios públicos que actúen en sus respectivos territorios, se efectuará mediante acuerdos directos entre estos organismos. **A falta de acuerdo, el gobernador provincial** que corresponda **dispondrá las medidas necesarias** para la coordinación requerida, a solicitud de cualquiera de los alcaldes interesados. En todo caso, la coordinación deberá efectuarse sin alterar las atribuciones y funciones que correspondan a los organismos respectivos.”

General de la República pertenece bien a la Administración del Estado<sup>1778</sup> y la única diferencia – seguramente importante – es que no está sometida a ninguna instrucción del gobierno, contrariamente al Prefecto.

Sin embargo, se advierte que en la práctica ello no protege más a los administrados como a las municipalidades que un control ejercido por parte de un representante del gobierno y que en definitiva la garantía reside en las posibilidades de recurrir al juez. Por otro lado, se puede ver en sus actos de control administrativo (dictamen o controles de reemplazo), procedimientos más rígidos y relaciones más autoritarias que las que se han instalado entre el Prefecto y las colectividades territoriales, puesto que se imponen directamente, no permiten – o poco- el diálogo entre controlador y controlados, y obliga a la confrontación jurisdiccional.

## **B. ¿Qué? Los actos sometidos al control administrativo de legalidad**

### **1. En Francia**

La intervención del Prefecto se ejerce sobre actos ejecutorios de pleno derecho siempre que hayan sido publicados (acto reglamentario) o notificados (decisiones individuales).

El sistema francés establece también un mecanismo de comunicación obligatoria de los actos más importantes o sensibles al Prefecto, los que estarán ejecutorios solo después esa formalidad<sup>1779</sup>. Importante del punto de vista de los plazos de recurso<sup>1780</sup>, la distinción entre los actos sometidos a obligación de comunicación y los otros, no juega desde el punto de vista de su régimen contencioso, pues los dos tipos pueden ser impugnados por el Prefecto.

El *Conseil d'Etat* juzgó así - después haber recordado la misión confiada al Prefecto por el artículo 72 de la Constitución y la ley de 2 de marzo de 1982 – que “el legislador no entendió limitar la facultad que tiene el Prefecto de formar un recurso por exceso de poder en contra de todos los actos de las colectividades territoriales”<sup>1781</sup>. De ese modo, el juez admitió que el

---

<sup>1778</sup>Conforme la clarificación dada por la ley n° 18.575 de 1986.

<sup>1779</sup>La obligación del depósito de las deliberaciones del Consejo municipal a la prefectura o a la sub-prefectura antes que se vuelvan ejecutorias es un principio fundamental. CC, Décision n° 75-84 L du 19 novembre 1975, *Nature juridique de diverses dispositions relatives à l'administration communale, aux syndicats de communes, aux fusions et regroupements de communes, aux districts et aux agglomérations nouvelles*, part. cons. 7. Hoy, se aplica a las comunas, los departamentos y las regiones de los actos listados, respectivamente, en los arts L2131-2, L3131-2 et L4141-2 CGCT.

<sup>1780</sup>Cf. *Infra*.

<sup>1781</sup>CE Sect. 13janv. 1988, req. n°68166, *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales et de leurs établissements*, rec.6; *AJDA* 1988. 142, chron. AZIBERT et BOISDEFFRE.El *Conseil d'État* juzga que el Prefecto siempre puede decidir entablar un acto ante el juez administrativo en el marco del recurso por exceso de poder.

Prefecto podía ejercer un recurso por exceso de poder contra un contrato administrativo no sometido a obligación de comunicación<sup>1782</sup>, que es también admisible para ejercer su *déféré* contra una decisión implícita de rechazo de la autoridad territorial que el mismo había provocado.<sup>1783</sup> De esa forma, “al privilegiar el criterio del autor del recurso, el *Consejo d’Etat* se limita a constatar la misión de control administrativo confiada al representante del Estado por la Constitución y aplicada por la ley de 2 de marzo de 1982. En esa perspectiva, los actos sometidos a ese control pueden ser de naturaleza diferente, sin que eso cuestione la unidad del *déféré Prefectoral* como vía de recurso”<sup>1784</sup> y la unidad de aplicación de las leyes. Eso está confirmado por el hecho que el representante del Estado no tiene que justificar de un interés para actuar y por las facilidades que tiene en materia de suspensión de ciertos actos territoriales.<sup>1785</sup>

El control del Prefecto se ejerce también sobre los actos presupuestarios de las colectividades territoriales, atestiguando por ello mismo su carácter normativo. A pesar de su supresión oficial por la ley de 2 de marzo de 1982, se puede considerar que la tutela presupuestaria subsiste sobre las colectividades territoriales porque el Prefecto dispone de un real poder de sustitución al poder deliberante de la asamblea territorial.<sup>1786</sup> El acto del Prefecto puede, obviamente, ser impugnado mediante un recurso por exceso de poder de parte de cualquier interesado, como de la misma colectividad territorial.

---

<sup>1782</sup>CE 4nov. 1994, *Département de la Sarthe*, req. n° 99643 *Lebon* 1109; *AJDA* 1994. 898, concl. C. MAUGÛE. Voir MARCEAU, A., *Les règles et principes constitutionnels relatifs au contrôle des collectivités territoriales. Étude sur l'article 72 alinéa 3 de la Constitution française du 4 octobre 1958*, Thèse, Université de Bourgogne, 2000.

<sup>1783</sup>CE Sect. 28févr. 1997, *Commune du Port*, req. n° 167483, *Lebon* 61 ; *RFDA* 1997. 1190, concl. J.-H. STAHL, note J.-C. DOUENCE; *AJDA* 1997. 421, chron. D. CHAUVAUX et T. -X. GIRARDOT.

<sup>1784</sup>GOURDOU, J.; BOURREL, A., “Les recours contre les actes des collectivités locales”, *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, Vol. 4, Chap. 3 (folio n° 4570), mars2011, Éd. 2013, n° 7.

<sup>1785</sup>Cf. art. L. 2131-6 du CGCT que permite al Prefecto de combinar al *déféré* una petición de suspensión en materia de urbanismo, de contratación pública y de delegación de servicios públicos.

<sup>1786</sup>Como lo señala F. LAFARGE, el marco del control de legalidad de derecho común y los controles sobre las operaciones contables previstos por el decreto del 29 de diciembre de 1962 “aurait pu suffire en matière budgétaire, mais la méfiance du pouvoir central en ce domaine et la volonté d’éviter d’éventuelles dérives financières des élus locaux, en raison même de la décentralisation, ont conduit à la mis en place...d’un contrôle budgétaire spécifique aux collectivités territoriales venant compléter les précédents. L’objet de ce contrôle, confié aux chambres régionales des comptes, est de permettre à celles-ci de proposer aux autorités locales les mesures financières nécessaires pour résoudre leurs difficultés et, éventuellement, en cas d’inaction, de permettre au représentant de l’État de régler le budget à leur place”. Selon cet auteur, le dispositif s’avère aujourd’hui “tout à fait inopérant” car les juridictions financières n’ont qu’un rôle subalterne, les problèmes étant réglés en amont directement par les préfets. LAFARGE, F., “Le contrôle des actes budgétaires des collectivités territoriales”, *Mélanges DOUENCE*, pp. 287-300.

## 2. En Chile

El sistema chileno establece también una obligación de comunicación de ciertos actos a la Contraloría General de la República. La ley orgánica municipal precisa en efecto, después haber establecido que los actos administrativos de las municipalidades estarán exentos del control preventivo de legalidad, que los actos que conciernen los funcionarios municipales – es decir principalmente los nombramientos y sanciones disciplinarias- sin embargo, deberán estar registrados en la Contraloría (art. 53 inc. 1); para tal objeto, la Contraloría deberá llevar un registro del personal municipal en la forma y condiciones en que lo hace para el resto del sector público, debiendo las municipalidades remitir los antecedentes que aquélla solicite. (inc. 2).

La suerte de esos actos sometidos a comunicación plantea dificultades de otro orden que el de los plazos de recurso en Francia, puesto que la Contraloría no tiene la competencia de poder deferir ella misma actos locales al juez. El problema ha sido desplazado por la Contraloría sobre la naturaleza del acto de registro. Esta ha pretendido que aquel constituía una condición de su legalidad y validez y se autorizó, mediante eso, emitir observaciones de oportunidad acompañadas de conminaciones al alcalde de modificar esos actos en un sentido determinado.<sup>1787</sup>

El comportamiento de la Contraloría General de la República es un buen ejemplo de que la autonomía constitucional dada a un órgano “externo” de la Administración no confiere una garantía superior en la aplicación del derecho. Las diversas “observaciones” de la Contraloría General de la República, si no estuvieran sometidas a revisión jurisdiccional, podrían<sup>1788</sup> producir más daños para los administrados que los actos de tutela administrativa que son desde mucho tiempo revisados por las jurisdicciones.<sup>1789</sup>

Tratándose del carácter ejecutorio de los actos sometidos a comunicación, parece, después de algunos extravíos<sup>1790</sup>, que no está ligado a esa formalidad.<sup>1791</sup>

---

<sup>1787</sup> V. *Hormazábal Gómez c/Contralor Regional XIa.Región* (Corte de Apelaciones de Coyhaique, 28.04.1998, confirmada por la Corte Suprema, 25.05.1998, rol 1.462-98), citado por SOTO KLOSS, E., “El trámite de “registro” y problemas que suscita”, *Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional (1927-2012)*, p. 325.

<sup>1788</sup> Parece que la *Contraloría General de la República* se rindió a las diferentes decisiones de la Corte Suprema puesto que emitió un dictamen 15700 del 16 de marzo de 2012, *Registro, Decretos municipales, anotación material*, según el cual “éste no tiene consecuencias jurídicas y que, por lo tanto, al efectuar el registro de un acto, esta Contraloría General no emite pronunciamiento jurídico alguno.”

<sup>1789</sup> Ver para el derecho francés, REGOURD, S., *L'acte de tutelle....*, p. 381-391 que menciona, entre varios otros fallos, uno de 1839, nbp. N°12, p. 383.

<sup>1790</sup> Así, la Corte Suprema primero afirmó que el nombramiento de un funcionario municipal es ejecutorio a partir de la notificación del decreto a su destinatario y su registro a la Contraloría (Corte Suprema, 24.11.1998, confirma Corte de Apelaciones de Talca, 28.10.1998, en RDJ t. 95/1998, 2.5, 238-246). Sin



En fin, la Contraloría General de la República ha ampliado la lista de los actos obligatoriamente transmisibles a las deliberaciones que aprueban los contratos pasados por las municipalidades. Así, mediante la técnica de los controles de “toma de conocimiento”, la jurisprudencia administrativa decidió que los contratos pasados por la administración debían ser validados o aprobados unilateralmente por un acto administrativo de la misma persona administrativa firmante del contrato. “En materia municipal siguió un predicamento similar. Por dictamen n° 62.237, de 1978, estableció un trámite, que a falta de otro nombre se ha llamado de **conocimiento**, obligando a las municipalidades a remitirle copia de las resoluciones municipales aprobatorias de los contratos que celebren las corporaciones edilicias, con sus antecedentes, a fin de proceder a su control.”<sup>1792</sup>

Es difícil llevar un juicio sobre el control sin tomar en cuenta la práctica. Si no existe en derecho chileno control de tutela jurídica sobre los actos presupuestarios o de procedimiento *ad hoc* previsto para la petición de suspensión de un acto, el uso muy amplio del recurso de protección contrabalanza la organización legislativa del sistema.

Por el momento, se puede constatar que la extensión de los actos sometidos al control de órganos estatales (autónomos o no) desvela una tendencia a limitar la autonomía de las entidades territoriales chilenas y francesas.

---

embargo, un año más tarde, la misma Corte Suprema declaró que “la validez y eficacia del acto [que ponía fin a un contrato de trabajo de derecho privado de un empleado municipal] en ningún caso está subordinada al registro del mismo”. *Alcalde de Los Ángeles c/Contralor Regional (S) del Biobío* (Corte de Apelaciones de Concepción, 23.8.1999, confirmada por la Corte Suprema, 21.10.1999, rol 3.167-99), (consid. 7°), citado por SOTO KLOSS, E., “El trámite de “registro” y problemas que suscita”, *Contraloría general de la república. 85 años de vida institucional (1927-2012)*, p. 325

<sup>1791</sup>JC. FERRADA anota que “lo que no está en duda en la jurisprudencia (...) es la eficacia de los actos administrativos desde su notificación y antes de su registro y, al mismo tiempo, la incompetencia de la Contraloría para paralizar los efectos jurídicos del acto.” FERRADA B., JC., “La evolución del sistema chileno de control de la Administración del Estado: desde el control político y administrativo al control judicial”, BORDALI, A. y FERRADA, JC. (Coord.), *Estudios de Justicia Administrativa*, LexisNexis, Santiago, 2008, p. 33.

<sup>1792</sup>PANTOJA B., R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y Modernidad*, Editorial Jurídica de Chile, 1994, N° 59 B., p. 223-224: “En materia municipal siguió un predicamento similar. Por dictamen n° 62.237, de 1978, estableció un trámite, que a falta de otro nombre se ha llamado de **conocimiento**, obligando a las municipalidades a remitirle copia de las resoluciones municipales aprobatorias de los contratos que celebren las corporaciones edilicias, con sus antecedentes, a fin de proceder a su control.”

### C. ¿Cómo? Las modalidades prácticas del control de legalidad

De los tres grandes modelos de control de legalidad evocados, el sistema francés se caracteriza por la articulación de una fase administrativa y de una fase jurisdiccional.

El sistema chileno combina un control confiado a la administración de una entidad de rango superior<sup>1793</sup> por una parte de sus asuntos y, por otra, un control administrativo de la Contraloría General de la República sin relación aparente con los recursos jurisdiccionales. Esos últimos, no obstante, no están reservados solo al particular y las intervenciones espontáneas o provocadas de la Contraloría General de la República pueden asimilarse a la fase administrativa ante el Prefecto. En efecto, se puede ver en los dictámenes, controles de reemplazo, “observaciones” apremiantes de la Contraloría General de la República, una fase administrativa que provoca un recurso de las municipalidades si no comparten la posición de la Contraloría General de la República, o un recurso de los particulares contra las municipalidades por no haber acatado dicha posición.

Por otro lado, se puede constatar divergencias sobre la oportunidad de la cual dispone el Prefecto de dar curso a una demanda hecha por un particular de deferir, y la obligación que pesa sobre la Contraloría General de la República de pronunciarse sobre las demandas de dictamen.

#### 1. La evolución del *déféré*: de la función de control a las de diálogo y consejo

Originariamente, el Prefecto tenía “un papel mecánico”<sup>1794</sup> porque tenía que deferir al tribunal administrativo los actos que consideraba ilegales<sup>1795</sup> a fin de hacer respetar la ley sobre el conjunto del territorio. La obligación de transmisión parecía justificada por el hecho que el representante del Estado debe siempre estar en condiciones de conocer el contenido de los actos territoriales contrarios a la ley.<sup>1796</sup> Pero, “la Constitución y luego, para su aplicación, la ley, no podían tener por objetivo el ejercicio mecánico y exclusivo de una función de análisis jurídico

---

<sup>1793</sup> A diferencia de las regiones italianas o autonomías españolas, el ejecutivo regional cuando controla, actúa como agente desconcentrado. Cf. *Supra*.

<sup>1794</sup> BRISSON, J.-F., “Le contrôle de légalité dans la loi du 13 août 2004. A la recherche des illusions perdues”, *AJDA* 2005 p. 126

<sup>1795</sup> Cf. l'article L. 2131-6 CGCT: “le représentant de l'Etat dans le département défère au tribunal administratif les actes mentionnés à l'article L. 2131-2 qu'il estime contraires à la légalité dans les deux mois suivant leur transmission”.

<sup>1796</sup> CC. Décision n° 82-137 DC, du 25 février 1982. Part. el 6° cons: “à ce que le représentant de l'Etat soit en mesure de connaître la teneur des actes visés par eux au moment où ils sont rendus exécutoires et puisse, s'il y a lieu, saisir sans délai, la juridiction administrative”.

independiente de toda apreciación de las situaciones y de los contextos”<sup>1797</sup>. Un cierto número de atemperaciones aparecieron entonces en las modalidades del control de legalidad de derecho común.

Primero, debido al número de actos que podían estar deferidos - J.-F. BRISSON habla de un “simulacro” de control en la mayoría de los casos - el juez administrativo supremo como el legislador y el gobierno han introducido verdaderas derogaciones.

Tratándose del *Conseil d’Etat*, éste “ha consagrado el margen de apreciación de los Prefectos en el ejercicio del *déféré*<sup>1798</sup>, [y] además les ofreció – gracias a la prolongación del plazo de *déféré*<sup>1799</sup> - tiempo para negociar con las autoridades locales, confortando al mismo tiempo un uso más político que “jurídico o técnico” del *déféré*, prerrogativa exclusiva del cuerpo Prefectoral<sup>1800,1801</sup>. Esa no-obligación de deferir se explica por el hecho que su rechazo no obsta a la interposición de un recurso directo contra el acto litigioso. En consecuencia, el rechazo del Prefecto de deferir un acto no es susceptible de recurso. Por otro lado, a fin de evitar la fase contenciosa<sup>1802</sup>, el Prefecto puede dirigir a la colectividad algunas observaciones<sup>1803</sup> “que pueden analizarse como un recurso de reposición y dan lugar a una prorrogación del plazo de dos meses

---

<sup>1797</sup>Mission interministérielle, *Rapport de l’audit du contrôle de légalité, du contrôle budgétaire et du pouvoir de substitution*, remis au Premier ministre en juillet 2003, disponible sur le site [www.dgcl.interieur.gouv.fr](http://www.dgcl.interieur.gouv.fr)

<sup>1798</sup>CE Sect. 25 janvier 1991, *Brasseur*, *AJDA* 1991, p. 395; Lebon p. 23, concl. STIRN, B.; *GADD*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., n° 37. Sin embargo, el margen de maniobra no debe conducir al laxismo. Así, la responsabilidad del Estado puede estar comprometida por los incumplimientos del Prefecto. Cf. TA Bastia, 3 juill. 1997, *Cne Saint-Florent: Juris-Data* n° 1997-850486; *Petites affiches* 10 sept. 1997, p. 12, concl. CHIAVERINI, note BRENET, B.; *Petites affiches* 14 janv. 1998, note HOMONT, en ese asunto, un sindicato intercomunal con vocación múltiple se había endeudado excesivamente, gracias en parte al Prefecto que se había abstenido de deferir al juez administrativo actos manifiestamente ilegales.

<sup>1799</sup>CE sect. 13 janvier 1988, *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales*, Lebon p. 7; CE 18 avril 1986, *Commissaire de la République d’Ile-et-Vilaine*, Lebon p. 423; CE 4 novembre 1996, *Département de la Dordogne*, Lebon p. 433; *AJDA* 1997, p. 185, concl. MAUGÜE, C.; *GADD*, Dalloz, n° 34.

<sup>1800</sup>CE Ass. 15 octobre 1999, *Commune de Savigny-Le-Temple*, Lebon p. 309; *GADD*, Dalloz, n° 35.

<sup>1801</sup>BRISSON, J.-F., “Le contrôle de légalité dans la loi du 13 août 2004. A la recherche des illusions perdues”, en *AJDA* 2005 p. 126

<sup>1802</sup>La distinción entre los actos de las colectividades territoriales sometidas a obligación de comunicación y los otros, es importante aquí porque juega sobre la fecha a partir de la cual el acto es ejecutivo y determina, entonces, la activación del plazo de recurso.

<sup>1803</sup>Pero, no está obligado: CE 1<sup>er</sup> févr. 1989, *Commune de Briançon*, req. n° 92875. El hecho que el representante del Estado no habría, antes de recurrir al juez administrativo, llamado la atención del autor del acto que estima contrario a la legalidad sobre las ilegalidades cuyo acto estaría manchado, así como lo prescriben circulares del ministro del interior, es sin influencia sobre la admisibilidad del *déféré Prefectoral*.

a partir de la respuesta de la colectividad”<sup>1804</sup>. El plazo de recurso contencioso abierto al Prefecto está así prórroga<sup>1805</sup> y corre de nuevo por su duración entera a contar de la respuesta – explícita o implícita - de la autoridad territorial.<sup>1806</sup> La particularidad de la ausencia de justificación de un interés a actuar se acompaña por otro lado de la posibilidad de demandas<sup>1807</sup> de suspensión dispensadas de la condición de urgencia<sup>1808</sup>, justificadas por las exigencias constitucionales del artículo 72 inciso 6.

Luego, el legislador decidió “desclasificar” ciertos actos de la categoría de los actos obligatoriamente transferibles.<sup>1809</sup> Sin embargo, los artículos que determinan el régimen de los actos no transmisibles<sup>1810</sup> están completados por un acápite según el cual “el representante del Estado puede pedir comunicación de estos a cualquier momento”. Esa disposición introduce de hecho, una posibilidad de control diferenciado de las normas territoriales según las porciones del territorio y entonces una desigualdad de los ciudadanos ante la aplicación de la ley, según la celeridad o la mansedumbre del Prefecto.<sup>1811</sup>

El gobierno, en fin, intervino recientemente por dos normas: primero, con la circular del

---

<sup>1804</sup>BARELLA, X., “Le contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales: entre nécessité et controverses”, en REGOURD, S.; CARLES, J.; GUIGNARD, D. (dir.), *La décentralisation 30 ans après*, op. cit., p. 110.

<sup>1805</sup>En el caso de los actos sometidos a obligación de comunicación, el Prefecto puede pedir a la autoridad local la comunicación de documentos anexos del acto transmitido útiles al ejercicio de su control de legalidad. La petición del Prefecto tiene también por efecto prorrogar los plazos.

<sup>1806</sup>CE 18avr. 1986, *Commissaire de la République d'Ille-et-Vilaine*, req. n° 62470, *Lebon* 658; *RFDA* 1987. 206, concl. ROUX.

<sup>1807</sup>Al lado de una facultad general respecto de todos los actos, el Prefecto dispone también las de pedir suspensiones específicas al juez que llevan eventualmente a una suspensión automática del acto litigioso. Es así en materia de urbanismo, de obras y delegaciones de servicio público donde la demanda de suspensión formulada por el Prefecto en los diez días a contar de la recepción del acto lleva a la suspensión automática de éste (art. L. 2131-6 du CGCT); en materia de experimentación territorial (art. L.O. 1113-4 du CGCT); en materia de libertades pública o individual (CGCT: arts. L. 2131-6, al. 5; L.3132-1 et L. 4142-1); en materia de defensa nacional (art. L. 1111-7, al. 4 et 5 CGCT); en materia de referendium local (art. L.O. 1112-3 CGCT). Por otro lado, puede también activar los procedimientos de urgencia de derecho común (référés), abiertos al justiciable ordinario.

<sup>1808</sup>Art. L. 2131-6 al. 3 CGCT

<sup>1809</sup>La ley del 13 de agosto de 2004 *relative aux libertés et responsabilités locales pris en application de la révision constitutionnelle de 2003* restringió la lista de los actos sometidos a obligación de comunicación. Los artículos L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 4141-2 du CGCT apuntan esencialmente tres ámbitos: la policía administrativa, la función pública territorial y el urbanismo.

<sup>1810</sup>Art. L. 2131-3, L. 3131-4 et L. 4141-4 CGCT

<sup>1811</sup>El poder discrecional del Prefecto no impide comprometer la responsabilidad del Estado por falta grave. Por ej.: CE 21juin 2000, *Ministre de l'Équipement c. Commune de Roquebrune-Cap-Martin*, req. n° 202058, *Lebon* 236; *RFDA* 2000. 1096, note P. BON; CE 6oct. 2000, *Ministre de l'Intérieur c. Commune de Saint-Florent et autres*, req. n° 205959, *Lebon* 395; *RFDA* 2001. 152, note P. BON; *AJDA* 2001. 201, note CLIQUENOIS.

Primer ministro del 17 de enero de 2006 que moderniza el control de legalidad y le recentra sobre las cuestiones de intercomunalidad, de encargo público, de urbanismo y medioambiente.<sup>1812</sup> Luego, la ordenanza 2009-1401 del 17 de noviembre de 2009 “relativa a la simplificación del ejercicio del control de legalidad” retiró, después del artículo 140 de la ley del 13 de agosto de 2004, cierto número de decisiones de la lista de aquellas sometidas a la obligación de comunicación según los términos de los artículos L. 2131-2, L. 3131-2 y L. 4141-2 CGCT.

Todos esos elementos llevan a pensar, con J.-F. BRISSON, que “la ley n° 2004-809 del 13 de agosto de 2004 ratifica el fracaso de cierta concepción del control de legalidad, que quería ver en el Prefecto una suerte de comisario a la ley obligado de deferir a la censura de los tribunales todos los actos de las colectividades locales contrarios a la legalidad y que opera más bien “desplazamiento del control hacia el consejo [que] agrega aún más confusión a las funciones asignadas al control de legalidad”.<sup>1813</sup> Como para confirmar esa evolución, la circular del 23 de julio de 1993 invitaba ya los Prefectos a preferir el diálogo y los arreglos al control estricto.

El auge de la intercomunalidad que favorece la "mutualización" de las competencias, el desarrollo de las cooperaciones y de los convenios entre colectividades sobre las competencias transferidas, plantea cuestiones nuevas sobre la pertinencia del control de legalidad<sup>1814</sup>. Sobre todo, refuerza no solo el control de gestión y la función de consejo del representante del Estado, pero también una recentralización que no dice su nombre. La imprecisión y la diversidad de los estatutos ponen inexorablemente a aquel en posición de árbitro.

## **2. De la ausencia de control preventivo a la intromisión de la Contraloría en los asuntos locales**

En lo que concierne las modalidades concretas del control sobre las municipalidades chilenas, la exención legal del control administrativo preventivo de legalidad de la cual benefician aquellas, ha sido paliada por la aplicación de disposiciones que permiten un control *a posteriori*.

---

<sup>1812</sup> V. COUINTET-HAUTIER, C., “La mise en œuvre de la décentralisation”, en PAVIA, M.-L., *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales: aujourd’hui et demain?* Actes du colloque de Montpellier des 29 et 30 juin 2007, Paris, L’Harmattan, 2010, pp. 69-75, part. p. 72

<sup>1813</sup> BRISSON, J.-F., “Le contrôle de légalité dans la loi du 13 août 2004. A la recherche des illusions perdues”, *AJDA* 2005 p. 126

<sup>1814</sup> Ver CAILLOSSE, J. « Un déferé préfectoral pour quoi faire? », *Pouvoirs locaux*, n° 44, 2000.

Primero, como se ha visto, en los dos sistemas se establece un mecanismo de comunicación obligatoria de ciertos actos. Sin embargo, si la Contraloría General de la República no debe pronunciarse sobre el fondo y la oportunidad de los actos sometidos a transmisión, ésta ha recordado en su dictamen 15700 del 16 de marzo de 2012 que “corresponde a cada municipio verificar el cumplimiento de los requisitos legales establecidos respecto de los actos administrativos que emitan, sin perjuicio de los controles de reemplazo que pueda llevar a cabo esta Contraloría General, sea con ocasión del ejercicio de la función de auditoría o de la atención de reclamos de los interesados”. La Contraloría General de la República desarrolla entonces su control gracias a las peticiones de dictámenes (que corresponderían aquí a las demandas de deferir “del sistema francés”)<sup>1815</sup>, pero también, por ciertos controles ejercidos de oficio y que pueden ser asimilados a los exámenes de legalidad ejercidos de oficio por el Prefecto sobre el conjunto de los actos.

Mediante la técnica de los dictámenes<sup>1816</sup>, solicitados sobre la base del artículo 19 N° 14 de la Constitución por toda persona que se estima lesionada por la actuación de jefes de servicios públicos o de ministerios, la Contraloría General de la República dispone de las facultades necesarias para interpretar las normas y de esa manera ejercer el control de legalidad previsto por el artículo 98<sup>1817</sup> de la Constitución<sup>1818</sup> y la exención del control preventivo de legalidad no se opone al control *a posteriori*.<sup>1819</sup> La extensión de ese control es particularmente amplia puesto que la Contraloría General puede emitir dictámenes jurídicos sobre todas las materias sujetas a

---

<sup>1815</sup>La circular n°24.841, de 10 de abril de 1974, fijó los criterios para la admisibilidad de una petición de dictamen: “La Contraloría sólo conocerá y se pronunciará sobre las presentaciones deducidas por funcionarios públicos o particulares que se refieren a asuntos en que se haya producido una resolución denegatoria o se haya omitido o dilatado dicha resolución, por parte de la autoridad administrativa, habiéndola requerido el interesado”.

<sup>1816</sup>El dictamen de la CGR es “un acto de consulta formulado por los Ministerios o Jefaturas de Servicios en materias de competencia de la Contraloría General o un acto de respuesta a peticiones de particulares o funcionarios que reclamen el reconocimiento de derechos que les sean desconocidos por la administración y siempre que las situaciones que los afecten importen una violación de normas cuyo cumplimiento corresponda fiscalizar al organismo contralor”. AYLWIN, P., *Derecho Administrativo*, Ed. Universidad Andrés Bello, Santiago, 1996, p. 320.

<sup>1817</sup>En aplicación de los arts 98 y 99 de la Constitución Política y de los arts. 1°, 5°, 6° y 9° de su ley orgánica n° 10.336, la *Contraloría General* ejerce el control de legalidad de los actos de la Administración.

<sup>1818</sup>SCS Rol 4533-09 de 13.10.2009,.

<sup>1819</sup>SCS Rol 5959-10 de 01.09.2010,: “si (...) la exención de la toma de razón que beneficia a los actos municipales no significa que éstos queden al margen del control de legalidad, ya que el Órgano Contralor puede emitir dictámenes sobre todas las materias sujetas a su control, conforme lo reconocen los artículos 98 y 99 de la Constitución Política de la República, artículos 1, 5, 6 y 9 de la Ley N° 10.336 y artículos 51 y 52 de la Ley N° 18.695, sobre Municipalidades”

su control<sup>1820</sup> y, particularmente, sobre todos los asuntos relacionados con la aplicación del estatuto administrativo y al funcionamiento de los servicios públicos sometidos a su control<sup>1821</sup>, entre los cuales figuran las municipalidades.<sup>1822</sup>

Por otro lado, la Contraloría General de la República ha desarrollado controles de reemplazo (a la interdicción legal de ejercer su control *a priori*) autorizados por la ley orgánica municipal que precisa que “Las municipalidades [y entonces todos sus actos] serán fiscalizadas por la Contraloría General de la República, de acuerdo con su ley orgánica constitucional”<sup>1823</sup>.

El efecto de las decisiones, que constituyen la jurisprudencia administrativa<sup>1824</sup> de la Contraloría General de la República, es obligatorio<sup>1825</sup>. Según esa misma jurisprudencia administrativa, el conjunto de las normas del sector público está sometido a una interpretación y un control centralizados única y exclusivamente en el seno de la Contraloría General de la República.<sup>1826</sup>

La Contraloría General de la República ejerce sus controles en oportunidad y discrecionalmente, paliando así la ausencia de un representante del Estado. Estos - controles de “reemplazo” y “toma de conocimiento”, cuyos ciertos autores afirman el fundamento jurídico “dudoso”<sup>1827</sup>- funcionan realmente como controles administrativos de legalidad *a posteriori*.

Las decisiones o resoluciones que adopta la Contraloría General de la República por propia voluntad llevan al mismo resultado que las observaciones informales o formales del Prefecto a las colectividades territoriales a propósito de la legalidad de una decisión local porque

---

<sup>1820</sup> LOCMU, art. 52.

<sup>1821</sup> PANTOJA habla de “la interminable casuística de sus dictámenes” PANTOJA B., R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y Modernidad*, Editorial Jurídica de Chile, 1994, N° 57, p. 218:

<sup>1822</sup> CGR Dictamen 28136 de 22.06.2007, *Recurso protección fuero gremial planta a contrata, municipalidad*.

<sup>1823</sup> LOCMU, art. 51.

<sup>1824</sup> Art. 8°, inc. 3° Ley n° 10.336: “De acuerdo con lo anterior, sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en los casos a que se refiere el artículo 10”. Cf. AZÓCAR A., A., “Algunas reflexiones sobre la Contraloría General de la República”, en *Veinte años de la Constitución chilena, 1981-2001*, Universidad Finisterrae, Editorial jurídica, Conosur, 2001, p. 154

<sup>1825</sup> Por ej.: STC Rol N° 5653-09 de 23.08.2011: “En efecto, de acuerdo a la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades estos entes son fiscalizados por la Contraloría General de la República, la que en el ejercicio de sus funciones de control de la legalidad, podrá ésta emitir dictámenes jurídicos sobre las materias sujetas a su control, los que son obligatorios y vinculantes para los servicios sometidos a su fiscalización.”

<sup>1826</sup> PANTOJA B., R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y Modernidad*, op. cit N° 60 C. p. 226:

<sup>1827</sup> FERRADA B., JC., “La evolución del sistema chileno de control de la Administración del Estado: desde el control político y administrativo al control judicial”, en BORDALI, A. y FERRADA, JC. (Coord.), *Estudios de Justicia Administrativa*, LexisNexis, Santiago, 2008, pp. 32-34.

los dos pueden no ser seguidas por los órganos de las entidades territoriales. Si la municipalidad decide no acatar las decisiones de la Contraloría General de la República, estas pueden estar impugnadas por la municipalidad<sup>1828</sup>, mientras que en el caso francés, es el Prefecto que recurrirá al juez.

Por otra, se puede ver también un paralelo entre las solicitudes de dictámenes dirigidas a la Contraloría General de la República y las de *déféré* de los particulares dirigidos al Prefecto. Efectivamente, la posición adoptada por la Contraloría General de la República sobre la demanda de dictamen puede ser comparada a la decisión del Prefecto de acceder o no a la petición.

El dictamen negativo de la Contraloría General de la República puede ser asimilado al rechazo del Prefecto de dar curso a la solicitud del particular. En los dos casos, los particulares

---

<sup>1828</sup> Cf. La decisión de la Corte Suprema STC Rol N° 2791-2012 de 3 de julio de 2012, *Municipalidad de Zapallar contra Contraloría Regional de Valparaíso*, en la cual la alta jurisdicción recuerda primero “que con respecto a los dictámenes de la Contraloría, y no obstante que la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, en su artículo tercero, los califica como actos administrativos y por lo tanto claramente recurribles por la vía jurisdiccional, [luego que] puede distinguirse entre: dictámenes constitutivos de “decisiones”, que son verdaderos actos terminales; aquellos que pueden dar lugar a actos administrativos posteriores, que constituyen actos de trámite; y por último, dictámenes que no son creadores de derecho y que tienen por objeto instruir a la Administración respecto al alcance o interpretación que debe darse a algún precepto legal, tipo de dictámenes que no cabe dentro de la definición de acto administrativo de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que la alusión de su artículo tercero inciso sexto está referida, cuando habla de “dictámenes o declaraciones de juicio”, a actos o dictámenes de naturaleza particular, y aquellos son equivalentes a verdaderas circulares. Tratándose de estos últimos lo que puede afectar las garantías constitucionales es la aplicación que cada servicio de la Administración haga del dictamen, pero éste en sí mismo no produce tal efecto, salvo en cuanto pueda constituir una amenaza”(cons. 6); *luego que la Corte es competente para recalificar los actos de la CGR en dictámenes incluso si esa les disimula bajo otro nombre* (cons. 6: “El Dictamen N° 648 de 11 de enero de 2012, calificado en autos en todo momento como oficio, pero que técnicamente constituye un dictamen, no obstante provenir de un Contralor Regional y no del Contralor General (...), constituye un acto administrativo terminal que produce efectos jurídicos precisos obligando a la Municipalidad, y no emitiendo solamente una opinión sobre el alcance o interpretación que debe darse a un precepto legal.) y, *en fin, que los dictámenes de la CGR constituyen solamente una jurisprudencia administrativa que debe conformarse a la jurisprudencia judicial* (cons. 7) “Que, en todo caso, la Contraloría General de la República en su actuación debe respetar la Constitución y la ley y se encuentra sometida al principio de legalidad, correspondiendo a los tribunales de justicia verificar y ejercer el control jurisdiccional de sus actos a través de las acciones contencioso administrativas que se interpongan. (...). Al respecto, debe dejarse establecido una vez más que la Contraloría debe inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales, lo que es fundamental para el orden institucional y particularmente válido cuando ésta es uniforme y permanente en el tiempo, por cuanto la jurisprudencia, con mucho mayor énfasis que en otras ramas del derecho, es fuente del derecho administrativo, por lo que si ella establece -interpretando la ley- que las sociedades de inversión deben pagar patente municipal, este criterio jurisprudencial constituye fuente del derecho y como tal integra el denominado bloque de la legalidad, siendo obligatoria para el ente contralor; naturaleza de la que carecen los dictámenes de la Contraloría, que son únicamente constitutivos “de la jurisprudencia administrativa” como señala el artículo 6 inciso final de su Ley Orgánica.)



pueden recurrir directamente a las jurisdicciones. En el caso francés mediante el recurso por exceso de poder y en el caso chileno, directamente también contra el acto de la municipalidad por el recurso de protección o el recurso especial de ilegalidad municipal.

Si el Prefecto da curso a la demanda del particular o que el dictamen de la Contraloría General de la República le es favorable, el litigio se resolverá también ante los tribunales. En Francia, mediante el *déféré* Prefectoral y, en Chile, a través del recurso de la municipalidad contra el dictamen de la Contraloría General de la República o, si la municipalidad lo ignora, por medio de los recursos ya mencionados interpuestos por el particular.

### 3. Intento de apreciación comparada

Se pueden sacar las conclusiones provisionales siguientes: el control de los actos descansa sobre principios comunes y podría ser objeto de arreglos susceptibles de mejorar la autonomía territorial, al mismo tiempo que garantizar los principios de legalidad y de seguridad jurídica.

Primero, los dos sistemas pretenden respetar la iniciativa territorial substituyendo la jerarquía de las normas a la jerarquía de los órganos. En ese sentido, esos controles atañen a la tutela porque protegen las entidades territoriales y sancionan a la vez sus actos ilegales. Ninguno de los dos sistemas de controles estatales impiden un recurso paralelo o conjunto de los particulares y los dos pueden estar provocados por esos mismos particulares.

R. PANTOJA afirmaba que en materia de autonomía territorial, la Contraloría General de la República había tendido una lectura jurisprudencial más estática y centralizadora que dinámica y favorable a la autonomía territorial.<sup>1829</sup> El sistema chileno aparece, en efecto, más estricto puesto que los dictámenes del órgano de control son actos apremiantes para las municipalidades que no tienen otro recurso que el conflicto jurisdiccional. Al contrario, el sistema francés resulta más flexible que lo parecería, puesto que permite instaurar un diálogo entre el Prefecto y la colectividad territorial a través de la fase administrativa del control que se ha transformado en una verdadera fase de negociación.

Sin embargo, en Chile como en Francia se plantea un problema de seguridad jurídica para las entidades territoriales como para los administrados<sup>1830</sup>.

---

<sup>1829</sup>PANTOJA B, R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y Modernidad*, op. cit., n° 67, p. 240.

<sup>1830</sup>La “inteligibilidad” del derecho, de manera general, ha sido erigida en objetivo de valor constitucional por el *Conseil constitutionnel* (CC, Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l’adoption de la partie législative de certains codes*; Rec., p. 136, JO 22 décembre 1999, p. 19041) Y esa es una garantía de seguridad jurídica. Sobre el

Respecto de los actos de las municipalidades chilenas, la ausencia de un filtro previo como el control de legalidad por un representante del Estado garante del interés general nacional, puede afectar la igualdad de los administrados ante la Legalidad, pero también, la buena gestión de las colectividades territoriales. El sistema chileno ganaría ciertamente en que las competencias de la Contraloría General de la República estén mejor o más estrictamente definidas. Por otro lado, siendo un órgano administrativo, sería juicioso que se conforme a las decisiones jurisdiccionales. Su autonomía constitucional, presentada por ciertos autores y ella misma obviamente como la institución perfecta, no justifica posiciones de trincheras que bloquean el sistema entero. Pero, para eso, sería necesario que la Corte Suprema muestre el ejemplo conformándose a los fallos del Tribunal Constitucional y que su autoridad jurídica y técnica pueda influir también de modo más eficaz sobre las Cortes de Apelación y Tribunales de primera instancia.

En Francia, el fracaso<sup>1831</sup> del control jurisdiccional de legalidad instaurado por la reforma de 1982 revela también graves cuestiones. Primero, la preeminencia del Prefecto en un papel de consejero de las colectividades territoriales, más que controlador de legalidad, plantea los problemas de ataques a los principios de unidad de la República, de igualdad ante la ley y finalmente, de seguridad jurídica para los administrados, porque aquel puede decidir de no deferir actos manifiestamente ilegales<sup>1832</sup>. Luego, la inseguridad jurídica concierne también las colectividades territoriales que están expuestas al auge de los recursos de los particulares. En fin, y sobre todo, “ese papel de consejo arriesga a cualquier momento mutar en una regulación

---

reconocimiento del “principio de seguridad jurídica” por el *Conseil d’État*, ver CE, 24 mars 2006, *KPMG* (req. n° 188460), *JCP A*, 1120, 29 mai 2006 n° 22, note BELORGEY, J.-M.

<sup>1831</sup>La tasa de recursos comparativamente con el número de actos transmitidos “montre sur dix ans qu’ils varient à l’intérieur d’une fourchette dont la valeur haute es 0,033% (en 1996) et dont la valeur basse est 0,016% (en 2002)”. *Rapport du Gouvernement au Parlement sur le contrôle a posteriori des actes des collectivités locales et des établissements publics locaux. Vingtième rapport, années 2004, 2005, 2006*, Paris, *La documentation française*, p. 16.

<sup>1832</sup>Las carencias en el ejercicio del control de legalidad de los actos de las colectividades territoriales son susceptibles de comprometer la responsabilidad del Estado solo si son constitutivas de una falta de importancia. Para la apreciación de la falta de importancia (*lourde*) por el juez, criterios han sido deslindados en el famoso fallo CE, 6 oct. 2000, *Commune Saint-Florent*; *Juris-Data* n° 2001-150029 ; *Rec. CE*, p. 395; *Collectivités-Intercommunalité 2000*, chron. n° 11, concl. TOUVET; *AJDA* 2001, p. 201, note M. CLIQUENNOIS). Pueden ser considerados como tales, el carácter fácilmente detectable de la ilegalidad de la decisión de la colectividad, o la gravedad de las consecuencias dañinas de la decisión ilegal (las deliberaciones del sindicato intercomunal condujeron a un endeudamiento de 17 millones de francos) y la duración de la carencia del Prefecto (el Prefecto se había abstenido durante tres años consecutivos de deferir al juez administrativo las deliberaciones litigiosas). V. MOREAU J., « Responsabilité du fait des activités de contrôle » (refondu par BROUELLE C.), *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 918, Cote : 08,2003, Date de fraîcheur : 15 Mai 2003, n°24-26.

política más que jurídica y transformarse en el futuro, en una tutela perniciosa; haciendo del Prefecto el co-autor del acto... [y llevar a] una negación o al menos, a una renuncia de la idea de descentralización”.<sup>1833</sup>

Varias proposiciones de reforma han sido avanzadas. Dentro de ellas, la de suprimir la intervención del Prefecto<sup>1834</sup> – lo que aproximaría el sistema francés del chileno, dejando el papel principal a los ciudadanos, o de regresar al control anterior a 1982<sup>1835</sup>. Se podría también limitar el control Prefectoral a ciertas competencias territoriales sensibles<sup>1836</sup>.

Se puede al fin de cuentas aceptar la constatación de B. FAURE según quien “el poder central siempre se esforzó en combinar descentralización y desconcentración dentro de una misma persona jurídica con el objetivo de limitar la abertura hacia la autonomía que permite el otorgamiento de la personalidad jurídica”<sup>1837</sup>.

## § 2. Los controles sobre los órganos de las entidades descentralizadas

Un control del ejecutivo nacional sobre los elegidos territoriales es *a priori* incompatible con un sistema descentralizado. Sin embargo, el Estado – siguiendo el enfoque kelseniano- como orden jurídico, organiza controles sobre ellos. Después de algunas precisiones conceptuales y metodológicas (A), se propondrá una aproximación sintética de éstos (B).

### A. Precisiones conceptuales

#### 1. Responsabilidad administrativa y sanciones “disciplinarias”

Es difícil negar los controles del Estado sobre los órganos de las entidades territoriales a partir del momento que se constata “un control sobre el ejercicio del mandato”.<sup>1838</sup> Las hipótesis de controles corresponden o a la verificación de la aplicación de sanciones legales en caso que sobrevengan algunos hechos objetivos o a la sanción de faltas de naturaleza administrativa, es

---

<sup>1833</sup>BARELLA, X., “Le contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales: entre nécessité et controverses”, op. cit., p. 117.

<sup>1834</sup>Proyecto de reforma de P. RICHARD, *Le temps de citoyens: pour une démocratie décentralisée*, Paris, PUF, coll. Politique d’aujourd’hui, 1995.

<sup>1835</sup>Proposición de ley de F. ROUSSEL, AN n° 3143, 14 novembre 1996.

<sup>1836</sup>Por ejemplo: los recursos en el interés de la defensa nacional (art. L. 1111-7 CGCT), los *déférés* especiales organizados en materia de referendun local (art. L.O. 1112-3) o de experimentación (art. L.O. 1112-3), o aún las materias para las cuales procedimientos de suspensión automática a petición del Prefecto han sido instituidas por la ley (obras y contrataciones públicas, urbanismo).

<sup>1837</sup>FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op cit. p. 617, n° 820

<sup>1838</sup>ALONSO, Ch., *Recherche sur le principe de séparation en droit public français*, Thèse, Université Toulouse 1 Capitole, 2010, p. 569

decir, de responsabilidad administrativa. La responsabilidad administrativa responde a comportamientos particulares que no son civiles ni penales y que están previstos por un estatuto o por leyes especiales no aplicables al conjunto de los ciudadanos.

El poder disciplinario en su acepción clásica se ejerce al interior de una misma persona pública. Pero, como lo notó S. REGOURD, “cualquier limitación *a priori* del ámbito de las medidas disciplinarias a la estructura centralizada aparece ser arbitrario. Si sigue verdad que el poder jerárquico, como cualquier poder de dirección llama al poder disciplinario como un complemento natural, nada permite establecer que éste no se pueda concebir independientemente de aquel”.<sup>1839</sup> Es por eso que la definición de la falta disciplinaria no “se desprende ni de la jerarquía, ni de la tutela”<sup>1840</sup>. Se trata generalmente de una moral “laica”, traducida en derecho chileno, por ejemplo por la ley sobre la probidad administrativa<sup>1841</sup>.

En ese sentido, la responsabilidad administrativa se desprende de una disciplina de acción en el seno de una organización particular que sanciona las conductas desviadas mediante un poder disciplinario. Del hecho de sus estatutos y funciones, las autoridades territoriales, aunque elegidas y disponiendo a ese título de garantías de las cuales no disponen los funcionarios, están sometidas al respeto de exigencias legales más fuertes que las que pesan sobre los particulares y que comportan sanciones de tipo disciplinario.

## 2. Fundamentos normativos y políticos

Los controles sobre las autoridades elegidas no pueden desprenderse ni de la jerarquía, ni de la tutela, es decir de principios propios a la organización de la administración, pero sí de principios superiores.

Principio, en primer lugar legal<sup>1842</sup>, luego constitucional<sup>1843</sup> en Chile, el principio de probidad administrativa encuentra su fundamento en el funcionamiento democrático de la

---

<sup>1839</sup>REGOURD, S., *L'acte de tutelle*, op. cit., p. 112.

<sup>1840</sup>Idem., p. 114.

<sup>1841</sup>Al respeto SILVA estima que “la probidad administrativa no es otra cosa que la rectitud y moralidad con que debe ejercer la función pública.”, SILVA C., E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, T. IV. *El servicio público*, 1ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 111.

<sup>1842</sup>Ley n° 19.653 Sobre probidad administrativa aplicable a los órganos de la Administración del Estado, de 14 de diciembre de 1999.

<sup>1843</sup>Art. 8 de la Constitución introducido por el art. 1 n° 3 de la Ley N° 20.050 *Reforma constitucional que introduce diversas Modificaciones a la Constitución Política de la República*, 26 de agosto, 2005.

sociedad y al fin de cuentas en el interés general<sup>1844</sup>. De mismo modo, en Francia el fundamento del control sobre los órganos de las personas públicas, cualquiera sea el nombre que le es dado, debe estar vinculado a las exigencias del inciso 6 del artículo 72 de la Constitución<sup>1845</sup> que hacen al Estado responsable del interés general. En los dos casos, es entonces el interés general que justifica esos controles sin necesidad de recurrir a las nociones de sanción disciplinaria, o de poder jerárquico.

Como ese poder no puede estar concebido como disciplinario – en su versión clásica- ya sea que no está nombrado (caso francés), ya sea está rebautizado (la probidad del derecho chileno). El artículo 61<sup>1846</sup> de la LOCBGAE relativo a la responsabilidad y a las sanciones del principio de probidad es por cierto claro: reserva el término de responsabilidad administrativa a las leyes y estatutos especiales y guarda el término globalizante de probidad para toda falta a la ética pública<sup>1847</sup>. Lo que permite, por ejemplo, prever que los consejeros estén sometidos a ese principio, pero sin depender de la responsabilidad administrativa propia de los funcionarios o asimilados (como el alcalde, cf. *Infra*).

## **B. La aplicación de los controles según las sanciones y según los órganos**

Los dos grandes grupos de “sanciones” - sanciones legales de oficio y sanciones “disciplinarias” - ¿se aplican de la misma manera a los ejecutivos y a los miembros de las asambleas territoriales? La cuestión no se plantea respecto de los funcionarios territoriales que están sometidos no solo al poder jerárquico del ejecutivo, sino también a su estatuto y al control

---

<sup>1844</sup> LOCBGAE, artículo 52: “El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular.”

<sup>1845</sup> “En las entidades territoriales de la República, el representante del Estado, que lo es también de cada uno de los miembros del Gobierno, velará por los intereses nacionales, el control administrativo y el respeto a las leyes”.

<sup>1846</sup> “La infracción a las conductas exigibles prescritas en este Título hará incurrir en responsabilidad y traerá consigo las sanciones que determine la ley. La responsabilidad administrativa se hará efectiva con sujeción a las normas estatutarias que rijan al órgano u organismo en que se produjo la infracción.”

<sup>1847</sup> LOCBGAE, art. 53: “El interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley.”

de éste.<sup>1848</sup> Luego, “el ejercicio del poder disciplinario sobre los órganos descentralizados puede estar teóricamente confiado a diversas autoridades, tanto jurisdiccionales como administrativas, así como a los órganos descentralizados sobre sus propios miembros”<sup>1849</sup>

### 1. Las sanciones legales de oficio

Los dos sistemas prevén obviamente algunos casos de incompatibilidad para ejercer ciertas funciones públicas y que tienen por objetivo evitar la corrupción y los conflictos de intereses<sup>1850</sup>.

Los dos sistemas prevén también la dimisión de oficio – pronunciada por el juez – para una causa de inelegibilidad o de incompatibilidad sobrevenida después la elección del consejero<sup>1851</sup>.

### 2. Las sanciones “disciplinarias”

Más allá de las formas que puede tomar, la sanción de “la falta permite al poder central cuestionar por la vía disciplinaria lo que había concedido por la elección, tendiendo así a unificar las posiciones respectivas de los órganos descentralizados y de los agentes centralizados respecto del necesario respeto de la disciplina”<sup>1852</sup>. El aspecto moral predomina porque cualquiera sean

---

<sup>1848</sup> La Corte Suprema confirmó la posición de la *Contraloría General* según quien sus dictámenes son obligatorios para los servicios administrativos de las municipalidades. El carácter obligatorio de los dictámenes está fundado, según la CGR en los artículos 6°, 7° y 98 CPR; 2° de la ley N° 18.575 LOCGBAE; y 1°, 5°, 6°, 9°, 16 y 19 de la ley orgánica N° 10.336 relativa a la CGR. « Por consiguiente, procede que la Municipalidad de Peñaflor... [dé]... estricto cumplimiento a los dictámenes N°s. 50.213, de 2008; y 146 y 73.045, de 2010, toda vez que éstos son obligatorios y vinculantes para los servicios sometidos a su fiscalización (...) por lo que **su no acatamiento por parte** de los funcionarios municipales y **de las autoridades edilicias significa la infracción de sus deberes funcionarios**, comprometiendo su responsabilidad administrativa (aplica criterio contenido en el dictamen N° 14.283, de 2009).” Dictamen CGR N° 49.909 de 09.08.2011, *Mun, cumplimiento de dictámenes, responsabilidad administrativa*. A este título, la LOCGBAE prevé la figura del *sumario administrativo*, cuya apertura e instrucción son decididas libremente por el Contralor General. La fórmula que subrayamos es ambigua porque no todas las autoridades municipales tienen el estatuto de los funcionarios y no pueden entonces violar tales deberes.

<sup>1849</sup> REGOURD, S., *L'acte de tutelle*, op. cit. p. 113

<sup>1850</sup> “Las causales de inhabilidad referidas están vinculadas a casos que configuran las situaciones que doctrinariamente y en la legislación comparada se denominan conflictos de interés” Historia de la Ley N° 19.653 Sobre probidad administrativa aplicable de los órganos de la Administración del Estado, p. 6.

<sup>1851</sup> Código electoral, art. L236 para los consejeros municipales; arts L205 y L 210 para los consejeros departamentales, y L 341 et L 344 al. 2 para los consejeros regionales. Para Chile, ver los arts. 74 a 76 LOCMU y 32 a 34 LOCGAR.

<sup>1852</sup> REGOURD, S., *L'acte de tutelle*..., p. 113

los términos utilizados por el legislador<sup>1853</sup>, el elegido que contraviene las reglas de disciplina arriesga paralelamente sanciones penales<sup>1854</sup>. Las sanciones disciplinarias conciernen a los ejecutivos (a) como los miembros de las asambleas (b) o aún las instancias colegiales (c).

#### **a) Sobre los ejecutivos**

Las lógicas en obra en los dos sistemas son semejantes tratándose de los alcaldes franceses y de los Intendentes regionales chilenos, quienes son a la vez ejecutivo de su entidad territorial y agentes del Estado. En cuanto agentes desconcentrados del Estado, están entonces sometidos a un control disciplinario clásico, es decir jerárquico: ejerciéndose en el seno de una misma persona pública. Se notara, sin embargo que la existencia del control jerárquico del ejecutivo nacional sobre el alcalde francés puede ser objeto de un control de parte del juez<sup>1855</sup>, mientras que el Intendente sigue en función mientras tenga la confianza del Presidente de la República. El control sobre el ejecutivo de las regiones chilenas es entonces, antes que todo, un control político, puesto que es de la confianza exclusiva del Presidente de la República que puede dimitirlo a cualquier, mientras que el alcalde francés estará sancionado como agente del Estado y no como elegido.

En cambio, para los presidentes de las colectividades territoriales francesas (incluso los alcaldes cuando actúan en nombre de la comuna) y los alcaldes chilenos, sus situaciones difieren.

En el sistema francés, los ejecutivos siguen el mismo régimen que los elegidos de las asambleas territoriales, y se les puede aplicar ninguna sanción disciplinaria. Pero, la ley se aplica también a ellos, y quizás más que a las otras personas.

---

<sup>1853</sup>“contravención a las normas sobre *probidad administrativa*” o “*notable abandono de sus deberes*” o aún “*manquement aux devoirs de la loi*».

<sup>1854</sup> BERMÚDEZ, p. 327: “una de las formas más ordinarias de vulnerar dicho principio [de probidad administrativa] lo constituyen los actos de corrupción que se pueden producir dentro de la Administración del Estado.”

<sup>1855</sup> Art. L2122-16 CGCT: “Le maire et les adjoints, après avoir été entendus ou invités à fournir des explications écrites sur les faits qui leur sont reprochés, peuvent être suspendus par arrêté ministériel motivé pour une durée qui n'excède pas un mois. Ils ne peuvent être révoqués que par décret motivé pris en conseil des ministres. - Le recours contentieux exercé contre l'arrêté de suspension ou le décret de révocation est dispensé du ministère d'avocat. - La révocation emporte de plein droit l'inéligibilité aux fonctions de maire et à celles d'adjoint pendant une durée d'un an à compter du décret de révocation à moins qu'il ne soit procédé auparavant au renouvellement général des conseils municipaux”.

El alcalde chileno, por su parte, está considerado en virtud del artículo 40<sup>1856</sup> LOCMU como funcionario municipal a quién se aplican las disposiciones relativas a los deberes y derechos de ese cuerpo de funcionarios y la responsabilidad administrativa correspondiente, así como las normas relativas a la probidad administrativa.<sup>1857</sup>

#### **b) Sobre los miembros de las asambleas territoriales**

Por principio, la responsabilidad disciplinaria de los elegidos territoriales miembros de las asambleas deliberantes es incompatible con su autonomía de decisión. Como lo subraya B. FAURE, “democráticamente designado, no depende de un jefe jerárquico capacitado para infligirle algunas medidas disciplinarias por no haber obedecido a sus instrucciones”.<sup>1858</sup>

En el marco chileno, la aplicación por los elegidos mismos o por un representante del Estado – aquí la Contraloría General de la República<sup>1859</sup>, del respeto de reglas “deontológicas”<sup>1860</sup> se inscribe en un proceso de uniformización de los comportamientos de los elegidos por el legislador. El mismo control de esas reglas seguro está entregado a los tribunales<sup>1861</sup>, pero están bien definidas por aquel. Por otro lado, en el caso chileno, los controles

---

<sup>1856</sup> Art. 40 LOCMU: “Para los efectos anteriores, se entenderá que son funcionarios municipales el alcalde...(...) No obstante, al alcalde sólo le serán aplicables las normas relativas a los deberes y derechos y la responsabilidad administrativa. Asimismo, al alcalde y a los concejales les serán aplicables las normas sobre probidad administrativa establecidas en la Ley N° 18.575.”

<sup>1857</sup> LOCMU, Art. 60: “El alcalde cesará en su cargo en los siguientes casos: c) Remoción por **impedimento grave**, por **contravención de igual carácter a las normas sobre probidad administrativa**, o **notable abandono de sus deberes**; los nuevos incisos 4 a 7 del art. 60 nacidos de la ley n° 20742 del 1° de abril 2014 (*D.O. 01.04.2014*) precisa que “La causal establecida en la letra c) será declarada por el tribunal electoral regional respectivo, a requerimiento de, a lo menos, un tercio de los concejales en ejercicio, observándose el procedimiento establecido en los artículos 17 y siguientes de la ley N° 18.593, de los Tribunales Electorales Regionales, para lo cual no se requerirá patrocinio de abogado. En el requerimiento, los concejales podrán pedir al tribunal electoral regional respectivo la cesación en el cargo o, en subsidio, la **aplicación de alguna de las medidas disciplinarias** dispuestas en las letras a), b) y c) del artículo 120 de la ley N° 18.883, que aprueba el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.

<sup>1858</sup> FAURE, B., *Droit des collectivités...* p. 637, n° 841.

<sup>1859</sup> La ley n° 19.653, de 1999 reforzó el papel de la CGR en cuanto órgano de control de la probidad administrativa de los empleados, funcionarios y agentes públicos. La CGR por cierto puede jugar un papel preventivo en el uso político que opositores políticos quieren hacer de tales disposiciones. Por un ejemplo reciente en periodo de campaña política: Dictamen 71422 de 5.11.2013.

<sup>1860</sup> Cf. Art. 40 LOCMU precitado que prevé la aplicación de las reglas relativas a la probidad administrativa a los concejales.

<sup>1861</sup> Por ej.: CGR Dictamen, n° 69 968 du 08-11-2011, *Sobre aplicación del principio de probidad a los consejeros regionales y a los concejales*: “...cabe hacer presente que el artículo 89 de la citada ley N° 18.695 prescribe que a estos representantes de los ciudadanos no les son aplicables las normas que rigen a los funcionarios municipales, salvo en materia de responsabilidad civil y penal, tal como se ha señalado



financieros o de gestión ejercidos por la Contraloría General de la República pueden llevar a la aplicación de las mismas reglas, incluso si – de nuevo – la decisión administrativa es controlada por el juez<sup>1862</sup>.

En lo que concierne al derecho francés, se prevé la dimisión de oficio del consejero - declarada por el tribunal administrativo –“quién, sin excusa válida, se negó a cumplir una de las funciones que le están atribuidas por las leyes”<sup>1863</sup>.

Más allá de las particularidades de cada sistema, la lógica es bien la de la intervención en última instancia de las jurisdicciones.

### c) El caso de las instancias colegiales

Si el Intendente regional está en una situación claramente jerárquica y subordinada al Presidente de la República<sup>1864</sup>, las relaciones entre los gobiernos regionales y el Estado central no están claramente definidas.<sup>1865</sup> De tal modo que no se sabría decir si están en una situación de tutela o no. Tal dispositivo no es propicio, obviamente, al desarrollo de la autonomía de las regiones.

---

por los dictámenes N°. 20.063, de 2004 y 11.330, de 2010, ambos de este origen, y que conforme con lo establecido en los artículos 76, letra f), y 77 de la aludida ley, **la existencia de una conducta que implique una contravención al principio de probidad administrativa debe necesariamente ser declarada, al igual que en el caso de los consejeros regionales, por el Tribunal Electoral Regional respectivo.**”

<sup>1862</sup> Ver SCS, Rol 1773-2013 con fecha 13 de mayo de 2013 “Lidia Zapata Pasten y otros contra la Contraloría Regional de Coquimbo”, que estima, respecto de un recurso de protección de consejeros regionales contra la decisión del contralor regional de restituir o reembolsar las sumas recibidas en concepto de asistencia a las reuniones de la asamblea deliberante, que “*la decisión del Contralor Regional de Coquimbo en cuanto dispone la obligación de reembolsar las sumas percibidas en exceso por los recurrentes no constituye un acto arbitrario o ilegal, todo lo contrario, importa el cumplimiento de la obligación legal que pesa de velar por el adecuado uso de los fondos públicos, que el principio de probidad administrativa impone a los consejeros regionales*, lo que no puede importar privación, perturbación, o amenaza de los derechos y garantías que denuncian amagadas en el recurso, por lo que éste será rechazado.” Es solución no está aplicable en Francia, incluso si parece quizás demasiado liberal, porque “la asistencia a las sesiones resulta de un “derecho que arrancan de su elección”. Ver la jurisprudencia citada por B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, p. 91, n° 95.

<sup>1863</sup> Arts. L2121-5, L 3121-4 et L4132-2-1 CGCT para los concejales, consejos departamentales y regionales, respectivamente.

<sup>1864</sup> Arts. 1 et 2 LOCGAR: “Corresponderá al intendente, en su calidad de representante del Presidente de la República en la región: d) Mantener permanentemente informado al Presidente de la República sobre el cumplimiento de las funciones del gobierno interior en la región”

<sup>1865</sup> El artículo 16 i) de la LOCGAR dispone que i) Serán funciones generales del gobierno regional (...) **Mantener relación permanente con el gobierno nacional** y sus distintos organismos, a fin de armonizar el ejercicio de sus respectivas funciones”

Por otro lado, existe en Francia la posibilidad para el gobierno de disolver la instancia colegial<sup>1866</sup>. La ley no precisa las razones de tal sanción, pero la jurisprudencia da a pensar que su fundamento se encontraría en el principio constitucional de continuidad del servicio público que una asamblea administrativa no puede poner en jaque.<sup>1867</sup> Es entonces la parálisis de la institución comunal que debe estar evitada. Su aplicación era inusual.

Esa solución no está prevista en derecho chileno: ni para el consejo regional ni para la municipalidad porque el alcalde no está elegido de entre los concejales, pero en cédula separada (cf. Cap. 4). Pero, ¿podría el concejo municipal estar disuelto? A propósito de la renuncia del alcalde de la comuna de Florida el 2 de marzo de 2011<sup>1868</sup>, algunas interrogaciones y demandas de legislar (propuestas por parte de ciertos concejales de dicha municipalidad) vieron luz. Se puede pensar que la falta de cumplimiento de la obligación legal que pesa sobre los concejeros de elegir el alcalde en caso de puesto vacante (art. 62 LOCMU) podría justificar un procedimiento (¿múltiple o colectivo?) de notable abandono de los deberes y de infracción a la probidad.

### § 3. Los controles innominados

El control, en una acepción amplia, es “la operación que consiste en verificar si un órgano público, un particular o un acto, respetan o han respetado las exigencias de sus funciones o de las reglas que se imponen a ellos”<sup>1869</sup>. Toda regla implica un control; los del Estado pueden tomar las formas más diversas. A continuación trataremos las principales.

Se puede, primero, mencionar el conjunto de las situaciones en las cuales el autor del acto es nominalmente una autoridad descentralizada, pero su rango de acción cuasi inexistente. El Estado práctica el *faire-faire* de sus competencias en lugar del *laissez-faire* en el marco de competencias descentralizadas. La única diferencia con la desconcentración – y lo que permite a las autoridades estatales decir que descentralizan – es que el órgano no central no está en una

---

<sup>1866</sup>Art. L2121-6 CGCT: “Un conseil municipal ne peut être dissous que par décret motivé rendu en conseil des ministres et publié au Journal officiel. S’il y a urgence, il peut être provisoirement suspendu par arrêté motivé du représentant de l’Etat dans le département. La durée de la suspension ne peut excéder un mois”; art. L3121-5 pour le conseil général, art. L4132-3 pour le conseil régional.

<sup>1867</sup>FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, p. 94, n° 100, qui cite CE 3 nov. 1989, *Gaillot*, Rec. p. 223; *AJDA* 1990. 425, note. J. MOREAU.

<sup>1868</sup>Después la dimisión, el concejo municipal quedó bloqueado durante 3 meses y medio y es solo después de 15 sesiones extraordinarias que se pudo elegir nuevo alcalde.

<sup>1869</sup>CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Éditions PUF, Quadrige, 9e éd., 2011.

relación jerárquica, pero está obligado actuar conforme las instrucciones del poder central. En ese sentido, se aproxima al *new public management* que confía al Estado central el papel de estratega y de evaluación - sobre la base de indicadores performance - de agencias autónomas a quién ha confiado las misiones previamente ejercidas por las administraciones centrales. Eso corresponde un poco a lo que ha teorizado SCHMIDT-ASSMANN para el derecho administrativo bajo el nombre de “nuevo modelo de dirección”<sup>1870</sup> que, más allá de modelo para las relaciones Estado- entidades territoriales, puede servir a la organización interna de las entidades territoriales mismas o, más interesante, para las intercomunalidades<sup>1871</sup>.

Así, podrá tratarse, primero, del traspaso de una política pública nacional a las entidades territoriales convirtiendo a estas en simples órganos de gestión desconcentrados. Es decir que los criterios y condiciones de aplicación de una política nacional están definidos por los servicios centrales, mientras que la gestión de los gastos relativos a esa política -gastos imputados sobre el presupuesto del Estado - está transferida a nivel de las entidades territoriales. Es lo que pasó en Francia con la “departamentalización” del RMI<sup>1872</sup> o en Chile con la municipalización de la educación primaria y secundaria. En los dos casos, las entidades territoriales han sido convertidas en boletería del Estado y su margen de acción cuasi inexistente.

La generalización de los procedimientos de convenio de delegación de ejercicio de una competencia estatal a una colectividad territorial participa de esa lógica. A ese título, el nuevo artículo L. 1111-8-1 del CGCT nacido de la ley de modernización de la acción pública y de afirmación de las metrópolis (MAPTAM) consagra y acentúa definitivamente la territorialización de la aplicación y de la ejecución de la ley por el legislador mismo y aumenta

---

<sup>1870</sup> SCHMIDT-ASSMANN escribe sobre ese denominado “nuevo modelo de dirección” SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Madrid, Ed. INAP/Marcial Pons, 2003, p. 32-33, n° 41: “El modelo gira en torno a la idea directriz de “la Administración municipal como empresa prestadora de servicios”, y en donde la prestación administrativa es concebida como “producto” y la relación con el ciudadano como “relación con los clientes”. Su objeto consiste en construir una estructura organizativa y de dirección descentralizada, de carácter análogo al modelo empresarial. Uno de sus elementos más característicos reside en el claro deslinde, en el seno de las Corporaciones locales, entre la responsabilidad y las tareas propias del ámbito político, de un lado, y el ámbito propiamente administrativo, de otro. (...) La Administración deberá cumplir los deberes prestacionales previamente establecidos. (...) Frente a esa organización descentralizada se establece un área centralizada, responsable de la dirección estratégica y de las tareas de control.”

<sup>1871</sup> Cf. SCHMIDT-ASSMANN, n° 42, p. 33: “este modelo puede iniciarse fácilmente en el Régimen local sin necesidad de grandes reformas legales”,

<sup>1872</sup> “*Revenu minimum d’insertion*”, hoy RSA: “*revenu de solidarité active*”. Loi n° 2008-1249 du 1<sup>er</sup> décembre 2008 généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d’insertion

el poder del ejecutivo, puesto que le pertenecerá precisar las modalidades de los nuevos convenios de delegación de competencias estatales.<sup>1873</sup>

De una manera general, los fenómenos de “coadministración”, convenios de objetivos, de “competencias compartidas” son a menudo pilotajes a distancia del gobierno central que impone contratos-tipos, pliego de cargos, etc. Un conjunto de medidas contrarias a la autonomía de la voluntad de las personas jurídicas de derecho público que son las entidades territoriales. Esos fenómenos ponen en evidencia, a la vez, los límites de la descentralización entendida como el óptimo de la gestión de proximidad y la desconfianza de un Estado que, al mismo tiempo que proclama las libertades territoriales, cemento de la democracia, etc., mantiene a los entes territoriales bajo un control severo, incluso bajo un régimen de desconcentración disfrazado<sup>1874</sup>. Es, como lo ilustro muy bien un autor, “Napoleón en el país del New Public Management”<sup>1875</sup>.

Luego, se encuentran los fenómenos de las tutelas “técnicas”<sup>1876</sup> que han sido oficialmente suprimidas en Francia por las leyes de descentralización<sup>1877</sup>. Aquellas se entendían como el conjunto de reglas técnicas o documentos tipos confeccionados por los servicios desconcentrados del Estado y las administraciones centrales e impuestas a las autoridades locales. Sin embargo, es difícil no reconocer en Francia como en Chile manifestaciones de aquellas.

---

<sup>1873</sup> Puesto que el art.1 –II al. 3 de la ley n° 2004-809 du 13 août 2004 *relative aux libertés et responsabilités locales* (1).NOR: INTX0300078L, permite una experimentación solo para 5 años en el marco del esquema regional de desarrollo económico experimental. Cuando éste “est adopté par la région, celle-ci est compétente, par délégation de l'Etat, pour attribuer tout ou partie des aides qu'il met en oeuvre au profit des entreprises et qui font l'objet d'une gestion déconcentrée. Une convention passée entre l'Etat, la région et, le cas échéant, d'autres collectivités ou leurs groupements, définit les objectifs de cette expérimentation, les aides concernées, ainsi que les moyens financiers mis en oeuvre par chacune des parties. Elle peut prévoir des conditions d'octroi des aides différentes de celles en vigueur au plan national”. Hoy, el convenio no está encerrado en una duración fijada por la ley, sus modalidades debiendo estar precisadas por decreto en *Conseil d'État*, cf.art. L. 1111-8-1 CGCt

<sup>1874</sup> Lo que se explica también por la falta de personal territorial en general – y de personal calificado en particular, cuyo respeto de los procedimientos no es el menor problemas -, y los posibles fenómenos de clientelismo y nepotismo que se trata de evitar.

<sup>1875</sup> PIERRU, F., “Napoleón au pays du New Public Management: l'exemple de la « déconcentration » de la politique de santé”, *Savoir/Agir*, n° 11, 2010, pp. 29-37.

<sup>1876</sup> MODERNE, F., “Variations sur le mythe de l'autonomie communale: L'État prestataire de services des comunes”, *AJDA* 1976, p. 478 et s.

<sup>1877</sup> Para ver hoy art. L. 1111-5 CGCT.

Para evitar tener que sancionar, el Estado se propone – regularmente con insistencia si no es imponiéndolo<sup>1878</sup> - ayudar de manera preventiva a las entidades territoriales a respetar las reglas que el mismo estableció. Salvo el hecho que se trata aquí de un proceso “de incapacitacionamiento”, estamos en el marco de los controles centralizadores, como se les llaman a veces. Pero, por una parte, en realidad son simplemente medidas de desconcentración y, por otra, no son realmente controles puesto que “todo control supone una acción que controlar”<sup>1879</sup>.

En Chile, es difícil hablar de control o de tutela « técnica » tratándose de las regiones, dada la imbricación y la intervención de los servicios del Estado central en todo lo que concierne la región.<sup>1880</sup> En Francia, existen “otros tipos de intervenciones [menos dirigistas en apariencia], a través las cuales el Estado sigue jugando un papel de impulsión, de orientación y de control<sup>1881</sup>. Es particularmente el caso de las ayudas por parte de los servicios técnicos del Estado, en virtud de convenios concluidos con las colectividades locales”<sup>1882</sup>. Se ha visto, en el caso de las regiones chilenas, que no es posible hablar de convenios, puesto que la intervención de los servicios técnicos del Estado está impuesta por su ley orgánica.

---

<sup>1878</sup>V. Art. 16 a) LOCGAR dispone que “Para efectos de asegurar la congruencia entre las políticas y planes nacionales y regionales, el Ministerio de Planificación y Cooperación asistirá técnicamente a cada gobierno regional en la elaboración de los correspondientes instrumentos, emitiendo, a solicitud del gobierno regional, los informes pertinentes”

<sup>1879</sup>REGOURD, S., *L'Acte de tutelle*, p. 98.

<sup>1880</sup>El capítulo IV de la LOCGAR relativo a “De la Estructura Administrativa del Gobierno Regional y de Otros Órganos de la Administración Pública en las Regiones” da una buena imagen de eso. Primero, “Los ministerios se desconcentrarán territorialmente mediante secretarías regionales ministeriales” (o SEREMI) (art 61). Luego, “Cada secretaría regional ministerial estará a cargo de un secretario regional ministerial, quien, sin perjuicio de su condición de representante del o de los ministerios respectivos en la región, será colaborador directo del intendente, al que estará subordinado en todo lo relativo a la elaboración, ejecución y coordinación de las políticas, planes, presupuestos, proyectos de desarrollo y demás materias que sean de competencia del gobierno regional (art. 62). Por si ya la imbricación no fuera suficiente, el artículo 64 precisa que “A las secretarías regionales ministeriales corresponderá: a) Elaborar y ejecutar las políticas, planes y proyectos regionales, pudiendo adoptar las medidas de coordinación necesarias para dicho fin respecto de los órganos que integren el respectivo sector; [o] Preparar el anteproyecto de presupuesto regional en la esfera de su competencia, en coordinación con el ministerio respectivo”. El resto de los artículos de ese capítulo atestiguan de una estructura de gobierno, gestión y administración totalmente desconcentrada y en nada descentralizada (Cf los artículos 65, 66 y 68 de la LOCGAR).

<sup>1881</sup>BOUYSSOU, F., « Le retour des tutelles techniques », *RFDA*, 1999, p. 590 et s.

<sup>1882</sup>MOREAU J., « Responsabilité du fait des activités de contrôle » (refondu par BROYELLE C.), *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 918, Cote : 08,2003, Date de fraîcheur : 15 Mai 2003, n° 36

En fin, cada día toman más importancia los esquemas regionales que se imponen a las otras entidades, pero que solo adquieren alcance normativo con la aprobación del gobierno central.

En ese sentido, en materia de desarrollo social y cultural, el gobierno regional chileno - el cual está controlado por el representante del Estado - está encargado de “distribuir entre las municipalidades de la región los recursos para el financiamiento de beneficios y programas sociales administrados por éstas, en virtud de las atribuciones que les otorgue la ley”.<sup>1883</sup>

La legislación relativa al ordenamiento del territorio es también un terreno privilegiado para esos procesos que caracterizan verdaderos poderes de tutela sobre las municipalidades por parte de las regiones chilenas y entonces del gobierno. En resumen, la ley regional consagra la aprobación por el consejo regional de los planes reguladores de cada comuna de la región antes de su publicación<sup>1884</sup> y su papel de árbitro (sabiendo que está presidido por el intendente, jefe de los servicios ministeriales en regiones) entre una municipalidad y el ministerio de vivienda en caso de desacuerdo. El proyecto de modificación de la ley orgánica regional que introduce el instrumento del plan regional de ordenamiento territorial (PROT)<sup>1885</sup> reforzará los poderes de las regiones sobre las municipalidades.<sup>1886</sup>

---

<sup>1883</sup> Art. 19 d). LOCGAR.

<sup>1884</sup> La LOCMU prevé en efecto que entre las funciones privativas (entonces *a priori* exclusivas) de las municipalidades figura “la planificación y regulación de la comuna y la confección del plan regulador comunal, de acuerdo con las normas legales vigentes” (art. 3 b) LOCMU), competencia, se ha visto, sobre la cual el intendente regional dispone de un poder de vigilancia. Pero, hay más. El art. 20. f) LOCGAR) prevé que el gobierno regional “Aprueba (...), los planes reguladores metropolitanos e intercomunales, y los planes reguladores comunales y Seccionales” que además están “propuestos por la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo (art. 36 c) LOCGAR). Cuando los planes reguladores comunales y seccionales “no formen parte de un territorio normado por un plan regulador metropolitano o intercomunal, previamente acordados por las municipalidades, esa competencia recae sobre el consejo regional (Art. 36 c) inc. 2. LOCGAR). En fin, es competencia del intendente, de “promulgar, previo acuerdo del consejo regional, los planes regionales de desarrollo urbano, los planes reguladores metropolitanos, intercomunales, comunales y seccionales conforme”. Art. 24 p) LOCGAR.

<sup>1885</sup> Boletín N°5872-06, proyecto de ley introducido el 13 de mayo de 2008. La idea es eliminar el actual *Plan Regional de Desarrollo Urbano* contenido en el art. 32 de la *Ley General de Urbanismo y Construcciones* y reemplazarlo por ese nuevo plan.

<sup>1886</sup> Por otro lado, se puede recordar que el alcalde no es competente para revocar un permiso de construcción otorgado por el Director de Obra de su propia municipalidad, puesto que “la Secretaría Regional correspondiente del Ministerio de Vivienda y Urbanismo podrá resolver las reclamaciones interpuestas en contra de las resoluciones dictadas por los Directores de Obras” (art. 12 LGUC). Esa solución introduce entonces un elemento de desconcentración en el seno del funcionamiento de municipalidades textualmente autónomas.

En el mismo sentido, el proyecto de ley que clarifica la organización territorial de la República<sup>1887</sup> prevé que “el artículo 7 crea un esquema regional de ordenamiento y desarrollo sustentable del territorio (SRADDT por su sigla en francés). Hace de ese esquema un documento de planificación mayor, elaborado por la región, con valor prescriptivo” (p.7), puesto que « el SRADDT está dotado de efectos prescriptivos respecto de los documentos de urbanismo (esquemas de coherencia territorial - SCOT, planes locales de urbanismo - PLU) elaborados por las comunas o sus agrupamientos competentes” (p. 8), pero sobre todo que “está aprobado por decreto (*arrêté*) del representante del Estado en la región. Esa aprobación le confiere su valor prescriptivo respecto de los documentos de planificación de las otras colectividades territoriales”. Se trata nada más, ni nada menos que del retorno de la tutela administrativa.

---

<sup>1887</sup>NOR: RDFX1409402L/Rose-1

## Conclusión del capítulo 8

Varias conclusiones se imponen.

Primero, “si la construcción de una definición jurídica del poder territorial debe lógicamente empezar por una reflexión sobre el principio de legalidad”,<sup>1888</sup> la tutela cumple ese papel, porque no se sitúa sobre el plano de la oportunidad de los actos, pero del derecho y respeta la iniciativa de la entidad descentralizada.

La descentralización implica una territorialización del derecho que afecta la unidad del orden jurídico. La reflexión es válida, incluso en ausencia de reconocimiento de algún poder legislativo o reglamentario territorial. Y los controles son siempre fragmentarios, nunca completos, porque “la autoridad local puede decidir más o menos rápidamente, puede motivar sus decisiones más o menos completamente, puede aceptar el riesgo de contencioso, o temerlo absolutamente, y todo eso crea *in concreto* alguna variedad jurídica, incluso si es solo secundaria”.<sup>1889</sup>

El control sobre autoridades territoriales elegidas democráticamente resulta hoy en día insoportable, porque “la noción de autonomía excluye la subordinación a una autoridad superior, pero autoriza el control de los actos territoriales a fin de verificar que estos estén conformes las normas jurídicas superiores”<sup>1890</sup>.

Ninguna entidad no estatal (territorial o no), incluso calificada de autónoma, lo es realmente puesto que lo será en el marco de su ley estatutaria. Se trata entonces de una autonomía condicionada y siempre provisoria.

---

<sup>1888</sup> FAURE, B., *Le pouvoir règlementaire des collectivités locales*, op. cit., p. 206.

<sup>1889</sup> AUBY, J.-B., “Réflexion sur la territorialisation du droit”, en *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 4

<sup>1890</sup> ALLEMAND, R. “Les modalités de contrôle administratif des actes locaux dans les pays de l'Union européenne (Allemagne, Belgique, Espagne, France, Grande-Bretagne et Italie)”, in *Les contrôles de l'Etat sur les collectivités territoriales aujourd'hui* (sous la dir. de COMBEAU, P.) Paris, L'Harmattan, 2008, p. 246.



### **Conclusión de la parte 3**

Los recursos jurisdiccionales contra el poder central constituyen la garantía fundamental de las entidades territoriales quienes, paradójicamente, existen solo porque aquel bien lo quiere y, actúan solo de la manera como aquel consiente. La paradoja es solo aparente, porque el Estado unitario descentralizado siempre se inscribe en la dialéctica entre unidad y pluralismo. La autonomía territorial en el seno del Estado unitario está siempre condicionada, provisoria y entonces precaria.

Sin embargo, frente a las aspiraciones independentistas o a las tendencias regionalistas, incluso federalistas, el Estado entendió que practicar un “pluralismo ordenado es apostar a que es posible renunciar al pluralismo de separación”, “sin adscribir por eso a la utopía de la [uniformidad] jurídica”<sup>1891</sup>.

La organización de ese “pluralismo ordenado” exige *dar ciertas garantías a las entidades territoriales*<sup>1892</sup> para que puedan expresarse las aspiraciones democráticas territoriales, *garantizando a la vez la igualdad de los derechos de los individuos* y la permanencia de mecanismos de solidaridad inherentes a toda sociedad.

Más allá de las decisiones políticas de ordenamiento de las competencias, esto pasa por el establecimiento de reglas jurídicas claras y estables – es decir transparencia y seguridad jurídica – para todos los actores. En ese sentido, los mecanismos jurídicos de control del Estado sobre las entidades territoriales, como los instrumentos jurídicos de protección de la autonomía territorial, requieren un mejoramiento.

---

<sup>1891</sup> DELMAS-MARTY, M., “Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques”, *Dalloz*, 2006, n° 14, pp. 951-957.

<sup>1892</sup> Entre otros: competencias y margen de acción mínimas garantizadas, poder reglamentario territorial, poder fiscal mínimo, libre disposición de los recursos territoriales, compensación de los traspasos de carga y mecanismos de redistribución equitativa financiera, etc.

## CONCLUSIÓN GENERAL

En Chile como en Francia, los entes territoriales tienen como primera y principal función administrar, es decir hacerse cargo de servicios públicos conforme las políticas públicas decididas a nivel nacional o dentro de los límites establecidos por las autoridades estatales. Si pueden disponer de algún margen de acción, no gozan, contrariamente a ciertos Estados federados y contrariamente a lo que podría pensarse a partir de ciertas expresiones del texto constitucional, de ninguna autonomía constitucional o legislativa.<sup>1893</sup>

No poseen ni una competencia de auto-organización, ni la de definir sus propias competencias. Si algunas se benefician de una autonomía reglamentaria, es en el sentido que pueden aplicar directamente las leyes que les conciernen, pero no detentan un poder autónomo directamente fundado en la Constitución. Los actos que adoptan, incluso cuando puede ocurrir en el ámbito de la ley, siguen siendo actos reglamentarios y el derecho que declaran no se puede entender fuera del derecho originario del Estado.

Los recursos jurisdiccionales de los entes territoriales, cuando existen, contra el poder central, siguen siendo recursos ante las jurisdicciones ordinarias. Sin atribución de competencias realmente exclusivas y de un poder legislativo, la posibilidad de presentar directamente una demanda ante el juez constitucional no está reconocida.

En ese contexto, la estimación de la cualidad o el grado de la autonomía territorial podría detenerse aquí, pero sin duda sería superficial. Al contrario, me ha parecido que, más allá de esa constatación, es posible afinar el método para conocer mejor esa autonomía, a través del despliegue de una batería de criterios dentro de lo que podemos llamar los “invariantes más destacables de la descentralización”.

Ese método progresivo no es y no puede ser fijado, sólo puede ser profundizado. Un mejor conocimiento o evaluación de los diferentes criterios y/o sub-criterios permite mostrar que la observación apurada de la reglamentación de tal país - que puede aparecer como una medida “más” descentralizadora que la de otro país - es a menudo atemperada o compensada sobre otro punto.

Por otro lado, ese enfoque comparativo permite a la vez mostrar en detalle los diferentes elementos que entran en juego en toda política descentralizadora y que habría que considerar, no

---

<sup>1893</sup>Se piensa obviamente a la autonomía de las municipalidades chilenas o a la Polinesia francesa.

solo para constatar, sino también para legislar, como para estudiar el estado de la descentralización en un país dado. Pero, el propósito no es dar respuestas definitivas en materia de descentralización. La visión global deseada es probablemente imposible, sobre todo porque el proceso está sin acabar, hecho de pie delante y marchas atrás.

Si la descentralización es regularmente presentada por sus turiferarios como garantía de libertad y mantillo de la democracia, su nudo gordiano reside en el principio de igualdad, fuente de unidad del Estado, pero también, durante un tiempo, de uniformidad institucional y normativa.

El estudio de los elementos necesarios para la existencia y el ejercicio de un poder territorial muestra que ese puede estar extendido hasta y en el límite que queda circunscrito por el principio de igualdad. El poder en el Estado unitario no se ejerce más en nombre de la unidad del Estado y de la igual aplicación de la ley a través de la uniformización<sup>1894</sup> de las estructuras y de las reglas de comportamientos, es decir de competencias, pero si en nombre de un principio de igualdad renovado. Este toma una forma, negativa o positiva según que uno se sitúa del lado de los partidarios de más autonomía territorial o de los guardianes de una cierta unidad del Estado: la afirmación del necesario mantenimiento de elementos de soberanía (*régaliens*) autoriza la existencia y el ejercicio de dicho poder, así como también fija sus límites en nombre de la cohesión nacional y de la solidaridad, forma renovada de la igualdad de los derechos y de los deberes en el seno de una comunidad humana.

Excepto esas competencias de soberanía (*régaliennes*), el derecho a la diferencia en la igualdad de los derechos autoriza una diferenciación institucional<sup>1895</sup> que solo refuerza la inevitable territorialización del derecho. A la antigua organización piramidal se substituiría La Red.

La diversidad territorial permitiría encuadrar todo, dando al mismo tiempo oxígeno a los fenómenos de diferenciación jurídica.

---

<sup>1894</sup>PORTELLI, H., « La fin du principe d'uniformité. Approche comparative », *Mélanges Ardant*, LGDJ, 1999, p. 453 s.

<sup>1895</sup>MELIN-SOUCRAMANIEN, F., « Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires », *RFDA*, 1997, p. 906 s.

Ahora bien, los dos Estados se encuentran frente (al menos) a una contradicción asumida que se manifiesta de dos maneras: institucional y normativa.

Por una parte, el Estado continúa afirmando la autonomía constitucional de las municipalidades (Chile) y la igualdad jurídica entre categorías de colectividades territoriales (Francia), al mismo tiempo que privilegian las regiones como eje central de sus políticas económicas. La diversificación estatutaria de los entes territoriales “redunda en beneficio” - organizado por el Estado - de las regiones y metrópolis que se vuelven los nuevos vectores de la unidad del territorio.

La organización piramidal del Estado permanece, se reinventa y se recompone sobre las antiguas<sup>1896</sup> y con las nuevas<sup>1897</sup> redes a través de esos nuevos actores (históricamente hablando), de la misma manera que la planta emerge y domina el rizoma que se despliega bajo tierra. Los Estados chileno y francés instalan o refuerzan, según el caso, una jerarquía entre entes territoriales de la cual permanecen los maestros de obra. Bajo el aspecto de mejoras descentralizadoras, el Estado central solo se redespliega, paradójicamente, más cercano del ciudadano. Porque, la diferenciación institucional aparente esconde apenas una regionalización que no golpea tanto la forma unitaria del Estado como se quisiera presentar.<sup>1898</sup> De una cierta manera, parece que la uniformidad institucional de antes, al igual que el principio de igualdad, ha sido renovada o reinterpretada.<sup>1899</sup>

Por otra, al tiempo que el Estado constata la territorialización del derecho que implica la diversidad institucional, la contiene, limitando las aspiraciones a la “libertad” de existir y de actuar de los entes territoriales. Lo hace de varias maneras. No solamente a través de una cierta uniformidad de los controles del Estado sobre los actos de los entes territoriales, pero también y sobre todo, mediante sus políticas legislativas de descentralización.

Las escasas concesiones del Estado central para algunos poderes reglamentarios de aplicación de las leyes, se inscriben en una doble estrategia de contención de las reivindicaciones de sus componentes territoriales aliada a una exigencia de modernización y de eficacia de su

---

<sup>1896</sup>Comunas, departamentos, municipalidades.

<sup>1897</sup>Intercomunalidades, por ejemplo.

<sup>1898</sup>DEPUSSAY, L., « L'unité étatique au moyen des asymétries institutionnelles », *Revue française d'administration publique*, n° 121-122, 1/ 2007, n° 3.p. 35-48

<sup>1899</sup>GUIGNARD, D., *La notion d'uniformité en droit public français*, Thèse, U. Toulouse 1 Capitole, 2002, Lille, ANRT, 2003.

acción<sup>1900</sup>. Por otro lado, la contratualización de los traspasos de competencia solo compromete a los entes territoriales y asegura al Estado la difusión de sus nuevos métodos de *management* del territorio, entonces, de su Derecho.

En fin, incluso cuando se trata de un poder de aplicación directa de las leyes, inclusive si consideraría un poder legislativo regional, permanece la única fuente originaria del poder. Es lo que enseña, más allá de las construcciones teóricas, los procesos regionalistas y autonomistas: la distribución de las competencias controla la del poder normativo, y aquellas siguen definidas por el Estado central.

Entonces, bien podría ser que la afirmación del poder territorial en nombre de una concepción renovada del principio de igualdad, solo sea un cebo, o una manera de ver las cosas – lo que da lo mismo-, y que en definitiva hoy, en Chile como en Francia, “descentralizar, es re-centralizar. Re-centralizar en beneficio de capitales regionales que reconstituyen la norma unitaria”<sup>1901</sup>. Esta nueva unidad – que favorece cierta diversidad sin negar totalmente la uniformidad -confirma la igualdad y esa es una garantía de libertad.

---

<sup>1900</sup>MICHALON, Th., « La République et sa périphérie. La légitimité par la décentralisation ? », *La profondeur du droit local, Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Douence*, Dalloz, 2006, p. 329-346.

<sup>1901</sup>SFEZ, L. « Introduction au colloque » *L'objet local*, SFEZ, L. (dir.), Coll. 10-18, n°1170, 1977, p. 18.

## BIBLIOGRAFÍA

### Obras generales, Tratados, Manuales y Cursos

- AI CAMP, R. (compilador). *La democracia en América Latina*. México, Editorial Siglo XXI, 1997.
- AMUNÁTEGUI G., *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, 1950
- ANDRADE GEYWITZ, Carlo. *Elementos de Derecho constitucional chileno*. Chile, Editorial jurídica de Chile, 1963.
- ARISTOTE, *Les politiques* (Trad. et prés. P. Pellegrin), Flammarion, Paris, 2<sup>o</sup> éd., 1993,
- AYLWIN AZÓCAR, P., *Derecho Administrativo*, 2 T., Editorial Universitaria S. A., 1959
- AYLWIN, P. et AZÓCAR, E., *Derecho Administrativo*, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1996
- BADIE, B. et BIRNBAUM, P., *Sociologie de l'État*, Ed. Grasset, collection *Pluriel*, 1979.
- BENOIT F.P., *Le droit administratif français*, DALLOZ 1968
- BERMAN, H. J. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, FCE, México, 1996. (Edición original: *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1983).
- BERMÚDEZ SOTO, J., *Derecho Administrativo General*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot / Legal Publishing, 2010.
- BERNASCHINA GONZALEZ, M., *Derecho Constitucional Chileno*. Santiago de Chile, Publicaciones de Derecho Público de la Escuela de Ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, 1944.
- BOBBIO N., *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, FCE, México, 1987 (1era ed.)
- BOBBIO N., *Igualdad y libertad*, Pensamiento Contemporáneo n° 24, Ed. Paidós, 1993.
- BORJA y BORJA, R., *Teoría general del derecho y del Estado*. Buenos Aires, Depalma, 1977.
- BURDEAU, G., *Traité de science politique*. Paris, LGDJ, 1967.
- BURDEAU, G., *L'Etat*, París, 1970
- BURDEAU, G., *Traité de science politique*. Paris, LGDJ, 1980, tome I & II.
- BURDEAU, G., *La democracia*. Barcelona, Editorial Ariel, 1992.
- BRAIBANT, G. y STIRN, B., *Le droit administratif français*, 6<sup>o</sup> éd., Paris, Presses de Sciences Po: Dalloz, 2002.

- CALDERA, H., *Tratado de Derecho Administrativo*, Ediciones Parlamento, Santiago, 2001
- CARRÉ de MALBERG, R., *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, Dalloz, 2004
- CARRÉ de MALBERG, R., *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, T 1, Sirey 1920, réédition C.N.R.S., 1962
- CARRÉ de MALBERG, R., *Teoría general del Estado* (prefacio de Héctor Gros Espiel ; traducción de José Lión Depetre). 2a. ed. en español. México, FCE, 1998.
- CARRÉ de MALBERG, R., *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933.
- CEA EGAÑA, J. L., *Derecho constitucional chileno*. 2a. ed. act. Santiago, Chile, Eds. Universidad Católica de Chile, 2008.
- CEA EGAÑA, J. L. *Teoría del Gobierno. Derecho chileno y comparado*. 1a. ed. Santiago, Chile, Eds. Universidad Católica de Chile, 2000
- CHAPUS, R., *Droit administratif général*, Tome 1 & 2, Paris, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> ed., 2001.
- CHAPUS, R., *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> éd., 2004
- CHEVALLIER, J. *Science administrative*, Paris, PUF, 1994
- CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Santiago, Imprenta Cervantes, V. 5, 1927.
- CONSTANTINESCO, L.-J., *Traité de droit comparé*, Paris, L.G.D.J., 1972, vol. I & II.
- DE JOUVENEL, B., *Du pouvoir. Histoire naturelle de sa croissance*, Genève, 1947
- DELMAS-MARTY, M., *Les forces imaginantes du droit (II), Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006
- DUGUIT, L., *Manual de derecho constitucional: Teoría general del Estado, el Derecho y el Estado, las libertades públicas* (traducción, con prólogo y apéndice sobre la representación proporcional en España por José G. Acuña).Granada, Comares, 2005.
- DUVERGER, M., *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, PUF, Thémis. 6a ed. 1962.
- DWORKIN, R., *Los Derechos en serio*. 2ª.edición. España, Editorial Ariel, 1989.
- DWORKIN, R., *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986.Traducción castellana, El imperio de la justicia, Barcelona, Gedisa, 1992.
- EISENMANN, Ch., *Cours de droit administratif*. 2 Tomes, LGDJ, 1983
- EISENMANN, Ch., *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques* (textes réunis par Ch. Leben), Édition Panthéon-Assas, Paris, 2002

ESTEVEZ GAZMURI, C., *Elementos de Derecho Constitucional. Chile*, Editorial Jurídica de Chile, 1949.

FAVOREAU, Louis (coord.). *Droit constitutionnel*. Paris, Dalloz, 1998.

FRIER, P.-L. et PETIT, J., *Droit administratif*, Paris, LGDJ, Lextenso éd., 8e éd., 2013.

FROMONT M., *Droit administratif des États européens*, Presses Universitaires de France - PUF – Coll. Thémis Droit, 2006) pp. 161-162

GARCÍA de ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 6ª edición, v. 1, 1993.

GARCÍA PELAYO, M., *Derecho constitucional comparado*. Madrid, Alianza editorial s.a., 1984

GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Tecnos, 12ª edición, v. 1, 1994, p. 78.

GAUDEMET, Y., *Traité de Droit Administratif*, Paris, LGDJ, t. 1, 2001.

GONOD, P., MELLERAY, F. et YOLKA, PH. (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, T. 1, 2011.

HAURIOU, M., *Principe de droit public*, 1<sup>ère</sup> éd. 1910.  
 .....*Principes de droit public*, Sirey, Paris, 2<sup>e</sup> éd. 1916  
 -----, *Principes de droit public a l'usage des étudiants en licence(3e années) et en doctorat ès-sciences politiques*, Sirey, Paris, 1910  
 -----, *Précis de droit administratif et de droit public : a l'usage des étudiants en licence (2e et 3e années) et en doctorat ~es-science politiques*, 8ème. ed. Paris: Recueil Sirey, 1914.  
 -----*Précis de droit administratif*, 11<sup>o</sup> éd. Paris, Sirey, 1927.  
 ----- *Principios de derecho público y constitucional: (con un prólogo para la edición española/ traducción, estudio preliminar, notas y adiciones por Carlos Ruiz del Castillo)*. 2a. ed. Madrid. Reus, 1927

LAUBADERE, A. (de), *Traité élémentaire de droit administratif*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 1970.

LAUBADERE, A. (de), *Traité de droit administratif*, 9<sup>ème</sup> éd., 1984

NOGUEIRA ALCALÁ, H., *Derecho Constitucional*, Tomo II, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2ª ed. 1993, reimpresión 1997.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. y CUMPLIDO CERECEDA, F., *Instituciones políticas y teoría constitucional*, 2 T., Editorial Universidad de Talca, 2001.



SABINE, G. H., *Historia de la Teoría política*, FCE, México, 1945,(1era edición en inglés, 1937)

TOBAR, M., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Legal Publishing, 2012

**Obras especializadas: Tesis, monografías, Informes, cCloquios y Mélanges.**

ALLIÈS, P., *L'invention du territoire*, Presses universitaires de grenoble, col. « Critique du droit » n° 6, 1980.

ALONSO, Ch., *Recherche sur le principe de séparation en droit public français*, Thèse de doctorat : Droit public : Toulouse 1 Capitole : 2010

AUBY, J., *La décentralisation et le droit*, Paris, LGDJ, Col. Systèmes, 2006.

BACUYANNIS, C. *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Thèse Aix-Marseille 1989 (dactylo.).

BALMACEDA LAZCANO, C., *El Estatuto de las personas jurídicas*, Santiago, Editorial Nascimento, 1943.

BARELLA, X., *Les collectivités territoriales et la loi en droit public français*, Thèse, Université Toulouse 1 Capitole, 2011.

BARTHÉLÉMY, C.e, *Le régionalisme institutionnel en Europe. Droit comparé en Belgique, Espagne, Italie, Royaume-Uni, France*, L'Harmattan, Col. Logiques Juridiques, 2009

BASCUÑAN VALDÉS, A., *Los modos de creación de las normas jurídicas en el derecho chileno*, Materiales de estudio del Curso de Introduction al Derecho del Profesor Bascuñan Valdés (sin publicar) , 3era versión corregida y complementada por el Profesor Antonio Bascuñan Rodriguez, Universidad de Chile – Facultad de Derecho , Santiago, Marzo de 1998

BEAUD, O., *La puissance de l'Etat*, Paris, P.U.F., Coll. Léviathan, 1994.

BELLO M., A. y AYWIN, J. (compil.), *Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas*. Chile, Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, 2008.

BELLIER, I. (dir.), *Peuples autochtones dans le monde : les enjeux de la reconnaissance*, L'Harmattan, coll. Horizons Autochtones, 2013

GÓMEZ BERNALES, G., *las sentencias del tribunal constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, ED. UniversidadDiego Portales, 2013.

BERNASCHINA GONZALEZ, M., *Derecho Municipal Chileno*, Col. Estudios Jurídicos y Sociales, n° XXVI, Editorial Jurídica de Chile, 1952.

BIGOT, G. *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'Administration*. 1800-1872, Paris. 1999.

- BODINEAU P. et VERPEAUX M., *Histoire de la décentralisation*, Paris, 1997PUF, 2eme éd., collection Que sais-je ?
- BOURJOL, M. *Les biens communaux*, Paris, L.G.D.J., 1989
- BRIANT, V. (de)., *L'action commune en droit des collectivités territoriales. Contribution à l'étude des compétences exercées en commun par l'État et les collectivités territoriales.*, Paris, L'Harmattan, col. Logiques Juridiques, 2009.
- BRISSON, J.-F. (dir.), *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales*, Actes des journées de l'Association française de droit des collectivités locales organisées les 19 et 20 septembre 2007 à Bordeaux et à Agen, L'Harmattan, 2009.
- BRUNET, P., *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, LGDJ-Bruylant- PUR, col. *Pensée juridique*, 2004
- CAILLOSSE, J., *Les "mises en scène" juridiques de la décentralisation*, LGDJ, Série politique n° 52, 2009.
- CAPORAL S., *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la révolution française 1789-1799*, Paris : Economica; Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995
- CEA EGAÑA, J. L., *Escritos de justicia constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional n° 35, año 2007.
- CHAPUISAT, L.-J., *La notion d'affaires locales en droit français*, Thèse Paris II, 1972
- CHAVRIER, G., *Le pouvoir normatif local : en jeux et débats*, Paris, LGDJ, Lextenso éd. 2011.
- COLLIER, S., Chile. *La construcción de una República 1830-1865, políticas e ideas*, Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 2° Edición, 2008
- CONAREDE, *Chile descentralizado....desarrollado. Fundamentos y propuestas para construir una política de Estado 2014-2030 y un nuevo programa de Gobierno (2014-2018) en descentralización y desarrollo territorial*, Instituto de Desarrollo Local y Regional, IDER, Universidad de la Frontera, junio 2013.
- CONSTANS, L., *Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français*, Paris, Dalloz, 1966.
- CORDERO QUINZACARA, E., *La potestad reglamentaria en el Derecho Público Chileno*, Valparaíso, Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales)--Universidad de Católica de Valparaíso, 1995
- CORNELOUP, V., *La notion de compétence des autorités administratives en droit français (Contribution à une théorie générale des aptitudes à agir)*, Paris II, dactyl. 2000

- CREUSOT, S., *Une nouvelle organisation décentralisée de la République*, Paris, LGDJ, Col. Systèmes, 2012.
- DANIEL A., M., *La organización administrativa en Chile*, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 1985.
- DEBBASCH, R., *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, Paris, Economica, PUAM, 1988.
- DE LA CUÉTARA, J., *Las potestades administrativas*, Madrid, Tecnos, 1986.
- DELCAMP, A. y LOUGHLIN, J., *La décentralisation dans les États de l'Union Européenne*, Paris, La documentation française, 2002
- DELCAMP, A., *Les collectivités décentralisées de l'Union Européenne*, Paris, La documentation française, 1995;
- DELCAMP, A., *Les institutions locales en Europe*, Paris, PUF, 1980.
- Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2007.
- Diccionario de Administración Pública Chilena*, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo y Facultad de Ciencias Políticas y Administración Pública de la Universidad Central de Chile, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2ª Edición, octubre 2002.
- DOAT M., *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, Bibliothèque de droit public, LGDJ, T. 230, 2003
- DOUENCE, J.C. *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*. Thèse LGDJ 1968
- DUFEY, P.J.S. *Histoire des communes de France et législation municipale depuis la fin du XI<sup>e</sup> siècle jusqu'à nos jours*. Genève, 1976
- DUFFAU, J. *Le pouvoir réglementaire autonome et le pouvoir réglementaire dérivé*. Thèse Paris, 1975.
- FABRY, E., *Qui a peur de la citoyenneté européenne? La démocratie à l'heure de la Constitution*, P.U.F., Paris, 2005
- FAGUET, E., *La politique comparée de Montesquieu, Rousseau et Voltaire*, Paris, Société Française d'Imprimerie et de Librairie, 1902
- FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*. Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 200, 1998.
- FAURE, Bertrand, *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 2<sup>e</sup> édition, 2011

FERRADA BÓRQUEZ, JC (coord.), *La Justicia Administrativa*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2005.

FERRANDO BADÍA, J., *El Estado Unitario, el Estado federal y el Estado Regional*, Madrid, Tecnos, 1978.

FERTSENBERT, J., *Recherche sur la notion juridique de spécialité des personnes publiques*, Thèse, Paris II, 1976.

FIALAIRE, J. (dir.), *Subsidiarité infranationale et territorialisation des normes*, PUR, 2005

FLOGAÏTIS, S., *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, Paris, LGDJ, 1979.

FOUCAULT, M., *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France (1977-1978)*, édition établie, sous la direction de F. EWALD et Alessandra FONTANA, par M. SENELLART, Paris, Gallimard/Le Seuil, coll. « Hautes Études », 2004

-----*Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*.

FOURNIÉ F., *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice Hauriou*, Préface de J.-A. MAZERES, Avant-propos de J. MOREAU, Paris, LGDJ, 2005 T. n° 245.

GARCÍA DE ENTERRIA, E., *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. Madrid, Editorial Tecnos, 1970.

-----*. Revolución francesa y administración contemporánea*. 2ª ed. Madrid, edit. Taurus, s.a., 1981

-----*. Las transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción singular la Plenitud Jurisdiccional. Un Cambio de Paradigma?*, 1ª ed. 2007, Editorial Aranzadi, S.A., Thomson.

GARCÍA RAMÍREZ, S. *Estudios Jurídicos*, 1ª edición. México, Ed. UNAM-IIIJ, 2000.

GOUIRAND, P. *Tocqueville, une certaine vision de la démocratie*, L'Harmattan, 2005

GOYARD-FABRE, S., *La philosophie du droit de Montesquieu*, Kinksieck, Paris, 1973.

GUIGNARD, D., *La notion d'uniformité en droit public français*, Thèse, Université Toulouse 1 Capitole, 2002, Lille, ANRT, 2003

GUIHEUX, G. (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation : étude comparée France, Belgique, Canada. Actes du Colloque de la Faculté de Droit et de Science politique de Rennes 18 et 19 novembre 2004*, Bruylant Bruxelles – LGDJ Paris, 2006.

HAQUET, A., *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, PUF, col. Les grandes thèse du droit français, 2004.

HANSON, M. *La descentralización educacional*. Santiago de Chile. Chile, Preal, 1997.

HART., *El concepto de derecho*( la textura abierta del derecho)

HECQUARD-THERON, M., *Essai sur la notion de réglementation*, L.G.D.J., 1977

HEISE, G., *Historia Constitucional de Chile*, Ed. Jurídica de Chile, 1ª edición s/f, 3ª edición, Santiago 1959.

HELLER. H., *Teoría del Estado*. FCE, México D.F., 6ª ed., 1968 (1era ed. En alemán, 1934)  
 -----, *La soberanía*, UNAM, México D.F., 1965

HERZOG, R., « Les relations entre collectivités territoriales dans une administration locale fragmentée : des régimes juridiques variés au service de finalités multiples », Rapport de synthèse du colloque du 28 janvier 2005, *Les relations entre collectivités territoriales*, Université Jean-Moulin-Lyon 3, Institut d'études administratives, L'harmattan, 2005.

HOUTEER, C. *Les bases constitutionnelles de la décentralisation territoriale*, thèse Toulouse, 1987, 2 vol.

HUIDOBRO SALAS, R., *Derecho y Administración comunal*, Tomo III del Tratado de Derecho Administrativo, Legalpublishing Chile, Ed. Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2011, 200 pp.

HUNNEUS J., *La Constitución ante el Congreso*, tomo I, segunda edición, Imprenta Cervantes, Santiago, 1890

JELLINEK, G., *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Albro, 1973

JELLINEK, G., *L'État moderne et son droit*, 2 T.

JIMÉNEZ CISNEROS, F.J., de., *Los organismos autónomos en el Derecho español: Tipología y régimen jurídico*, INAP, Madrid, 1987

JOYBAUX, M. *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises: Essai sur les libertés du pouvoir normatif local*, Paris, Bibliothèque de droit public, Tome 198, LGDJ, Février 1998.

KELSEN, H., *Teoría general del derecho y del Estado*. (trad. E. García Maynez) 1ª ed. México, DF, Imprenta Universitaria, 1949.  
 -----, *Teoría general del Estado* (trad. L. Legaz). México, DF. Edit. Nacional, 1979.  
 -----, *Teoría pura del derecho* ( trad. R. Vernengo) 10ª ed. . México, DF edit. Porrúa-UNAM, 1998.

LACHAUME, J.-F., *L'administration communale*, LGDJ, Col. Système, 1994.

*La compétence*. Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy, Litec, LexisNexis

*La décentralisation en mouvement*, Ministère de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire, les travaux du centre d'études et prospective, La Documentation française, Paris, 2006.

*La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006

LAURENT, P., *Décentralisation : en finir avec les idées reçues*, Paris, LGDJ, Col. Systèmes, 2009.

LEGENDRE, P. *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, PUF, Thémis 1968.

LEGRAND, P., *Le droit comparé*, Paris, PUF, colec. Que sais-je ? n° 9000, 3° ed. 2009.

LEMOIGNE, M., *Recherche sur les compétences des collectivités territoriales en droit public français*, Thèse, Brest, 2007

LINDITCH, F., *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 176, 1997.

LIPSET S., M. *Algunos requisitos sociales de la democracia: desarrollo económico y legitimidad política*, Barcelona, Editorial Ariel, 1992

LUCHAIRE, A., *Les communes françaises à l'époque des capétiens directs*. Paris, Hachette & Cie, 1890.

LUCHAIRE, F. y LUCHAIRE, Y., *Le droit de la décentralisation*. 2<sup>a</sup> ed Paris, PUF, 1988, 1ed.,1983,

MADOERY, O. y VÁSQUEZ B., A. *Transformaciones globales, instituciones y políticas de desarrollo local*. Ed. Homo Sapiens, 2001.

MAILLARD DESGRÉES du LOU, D. (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Montchrestien, 2006.

[MALO](#), L., *Autonomie locale et Union européenne*, Ed. Bruylant, 2010, 720 p

MAULIN, E., *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, Presses universitaires de France, 2003.

MARCEAU, A., *Les règles et principes constitutionnels relatifs au contrôle des collectivités territoriales. Étude sur l'article 72 alinéa 3 de la Constitution française du 4 octobre 1958*, Université de Bourgogne, septembre 2000.

MASPETIOL, R. ET LAROQUE, P., *La tutelle administrative*, Paris, Sirey, 1930.

MATHIS-CALVET, C., *Décentralisation et subsidiarité: les germes d'une évolution*, Thèse, Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, 2004

MELANIO, F., *Tocqueville et les Français*, Collection Aubier Histoires, 1993

- MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F., *Le Principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. Paris, Economica-PUAM, 1997
- MELLERAY, G., *La tutelle de l'État sur les communes*, Paris, Sirey, Bibliothèque des collectivités locales, 1981.
- MEUNIER, B., *Les règles relatives aux transferts de compétences entre collectivités publiques*, Thèse, Université d'Auvergne, 2006.
- MICHOUD, L., *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, LGDJ, 2 Vol., 1906-1909.
- MILLION-DELSOL, Ch, *L'État subsidiaire*, PUF, Coll. Léviathan, Paris, 1992.
- Mission interministérielle, *Rapport de l'audit du contrôle de légalité, du contrôle budgétaire et du pouvoir de substitution*, remis au Premier ministre en juillet 2003, disponible sur le site [www.dgcl.interieur.gouv.fr](http://www.dgcl.interieur.gouv.fr)
- MODERNE, F. (dir.), *La nouvelle décentralisation*, Sirey, 1983.
- MODERNE, Frank (2005) *Principios generales del derecho público* [trad. cast. de Alejandro Vergara Blanco], Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- MOLINA GUAITA, Hernán. *Derecho Constitucional. Chile*. Concepción, Editorial Universidad de Concepción, Ministerio de Educación, 1998.
- MOLINA G. H., *Derecho Constitucional*, 6a. edición, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2006
- MOLS, M., *La democracia en América Latina.*, España, Editorial Alfa, 1985, 1987.
- MONTESQUIEU *L'Esprit des lois*, GARNIER-FLAMMARION 1979
- MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las leyes* (trad. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega) 2nda ed. Madrid : Tecnos, 1980
- MOREAU, F., *Le règlement administratif*, Fontemoing, 1902.
- MOREAU J. y DARCYG. (dir.), *La libre administration des collectivités locales. Réflexion sur la décentralisation*, Économica, 1984.
- MOREAU J. y VERPEAUX, M. (dir.), *Révolution et décentralisation. Le système administratif français et les principes révolutionnaires de 1789. Actes du colloque de Besançon 14-15 décembre 1989*, Paris : Economica
- MOREAU, J., *Administration régionale, départementale et municipale*, Dalloz 2004, 14<sup>ème</sup> éd
- MOURGEON, J., *La répression administrative*, LGDJ, 1967.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H., *El gobierno regional en Chile y la experiencia comparativa*, Cuadernos universitarios. Serie Debates / Universidad Nacional Andrés Bello; 2.

- NORBERT, R.; PIERRE, S. y POUMARÉDE, J. *Derechos de las minorías y pueblos autóctonos*. México: Siglo Veintiuno, 1999
- NOUREAU , A., *L'Union européenne et les collectivités locales*, Thèse, Université de la Rochelle, 2011, consultable sur : <http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/59/09/66/PDF/TheseNoureau.pdf>
- PACTET, P. *Institutions politiques Droit constitutionnel*. 12<sup>o</sup> edit. Paris, Masson, Paris-Milan-Barcelone, 1993.
- PAGE, J., *Du partage des compétences au partage de la souveraineté : des territoires d'outre-mer aux « pays d'outre-mer »*, PUAM 2001.
- PANTOJA BAUZÁ, R., *Código de Gobierno Regional y Municipal*, Santiago de Chile : Editorial Jurídica Conosur Ltda, 1993.
- , *La organización administrativa del Estado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- , *Concepto de acto administrativo*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1960.
- (Coord.), *La administración del Estado de Chile: decenio 1990-2000*. Santiago de Chile, Jurídica ConoSur, 2000.
- (Coord.). *Derecho administrativo chileno*. México, Porrúa, UNAM, 2007.
- , *El Derecho Administrativo. Concepto, características, sistematización, prospección*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2<sup>a</sup> ed., 2007
- (Coord.), *Derecho administrativo : 150 años de doctrina*, 1a. ed., Santiago : Jurídica de Chile, 2009., 464 p
- (Coord.), *Derecho administrativo : 120 años de cátedra*, 1a. ed., Santiago : Jurídica de Chile, 2008
- , *Tratado de Derecho administrativo. Derecho y administración del Estado*. Tomo 1, AbdeledoPerrot –LegalPublishing, 2010
- PAREJO ALFONSO, L. *La potestad normativa local*. Madrid, Marcial Pons, 1998
- PENDAS GRACIA, B., *Jeremy Bentham: Política y Derecho en los orígenes del Estado Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988., 357 p.
- PETIT-DUTAILLIS, Ch., *Les Communes françaises, caractères et évolution des origines au XVIIIe siècle*, Paris, A. Michel, 1947.



- PLAZA, M., *Desarrollo y perspectivas del asociativismo municipal en Bolivia*. 1ra Edición. Bolivia. Editorial París, 2004
- PONTIER, J.-M., *L'État et les collectivités locales*, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque du droit public », t. CXXVII, 1978 (Préface de C. DEBBASCH)
- Rapport BELOT, « Les normes applicables aux collectivités territoriales », Rapport d'information, Sénat, n° 317, 2011-2011.
- RAVEAU, R., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Chileno y Comparado.*, Santiago, Editorial Nacimiento, 1939.
- RAWLS, J., *Théorie de la justice*, Ed. du Seuil, col. Points n° 354, 1997.
- REGOURD, S., *L'acte de tutelle en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, 1982.
- REGOURD, S. ; CARLES, J. ; GUIGNARD, D. (dir.), *Réformes et mutations des collectivités territoriales*. Actes du colloque de Toulouse 2010 – IDETCOM (EA 785) Université Toulouse 1 Capitole, L'Harmattan 2012
- REGOURD, S. ; CARLES, J. ; GUIGNARD, D. (dir.), *La décentralisation 30 ans après*. IFR – Mutation des Normes Juridiques, IDETCOM (EA 785) Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole – LGDJ 2013
- RENAN, E., *¿Qué es una Nación?*. Discurso (1882). Publicado por Sequitur (edición bilingüe),
- RENDÓN ESCOBAR, M.A y L. M, *La potestad normativa de los gobiernos regionales*. Santiago, TESIS UCH, 2001
- REQUEJO, F. “La acomodación “federal” de la plurinacionalidad: Democracia liberal y federalismo en España”, en: FOSSAS, E. y REQUEJO, F. (Eds.). *Asimetría federal y Estado plurinacional: El debate sobre la acomodación de la diversidad en Canadá, Bélgica y España*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 303-344.
- RIVERO, J. *Droit administratif*. Précis Dalloz, Paris, 1971.
- RIVERO J., *Droit administratif*, 9<sup>ème</sup> éd. DALLOZ 1980.
- RIVERO, J. ET WALINE, J., *Droit administratif*, 15 ° éd., Précis Dalloz, Droit public, 1994.
- ROSS, Alf., *On Law and Justice*, University of California Press, 1959.
- ROSS, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. Trad. G. R. CARRIÓ y O. PASCHERO). 2a. ed. 1993 México, D.F. Distribuciones Fontamara. Ver dentro *Sobre los conceptos de “Estado” y “órganos del Estado” en Derecho Constitucional*, pp. 83 y ss.

ROUQUETTE, Rémi, *Dictionnaire du droit administratif*, Paris, Le Moniteur, 2002.

ROUSSEAU, D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 1992, p 69.

ROUX, A. “Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales », en *RFDA*, 1992.

SABINE, George H. *Historia de la Teoría política*, FCE, México, 1945 (1era edición en inglés, 1937)

SALAZAR, G. y BENÍTEZ, J (compil). *Autonomía, espacio y gestión. El municipio cercenado*. Santiago, LOM. Universidad Arcis, 1998

SARTORI, G., *¿Qué es la democracia? Argentina*, Editorial Taurus, 2003.

SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Madrid, Ed. INAP/Marcial Pons, 2003.

SFEZ, L. (dir.), *L’objet local*, Coll. 10-18, n°1170, 1977

SIEYES, E., *Qu’est-ce que le Tiers Etat ?*, éd. R. Zapperi, 1970

SILVA BASCUÑÁN A., *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo II, vol. 1, Editorial Jurídica de Chile, 1963

SILVA BASCUÑÁN A., *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, 1997

SILVA CIMMA, E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, 6 Vol., 4º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992

SILVA CIMMA, E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, T.1 1954

SOTO ARAYA, A., *La municipalidad*, Editorial Jurídica de Chile, 1992

SOTO KLOSS, E., *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, 2 T., Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 1996.

SOUSA SANTOS, B de., *La reinención del Estado y el Estado plurinacional*, Alianza Interinstitucional CENDA-CEJIS-DEDIB, 2007.

SUEUR, Pierre. *Histoire du droit public français*. Paris, PUF 1985

TAUPIER, M., *La décentralisation dans l’oeuvre d’A. de Tocqueville*, 1977

TESOKA, L., *Les rapports entre catégories de collectivités territoriales*, PUAM, 2004

TEITGEN, P. H., *La police municipale: étude de l’interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, Paris, Sirey, 1934.

- THALINEAU, Joël. , *Essai sur la centralisation et la décentralisation réflexions a partir de la theorie de Ch. EISENMANN*, Thèse pour le Doctorat d'Etat Présentée et soutenue le 21 février 1994, Université François Rabelais – Tours.
- THÉRON, J.-P., *Recherche sur la notion d'établissement public*, Paris, LGDJ, 1976.
- SACCO, R., *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991
- SOTO KLOSS, E., *El Recurso de Protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 1982, 1ª ed.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la démocratie en Amérique*, Gallimard, París, 1951
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *L'ancien régime et la Révolution*, Ed. Gallimard, coll-Folio/Histoire, 1967
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *El antiguo régimen y al Revolución*, Madrid, Daniel Jorro Editor, 1911
- TOURAINÉ, Alain. *¿Qué es la democracia?.* México, Editorial FCE, 2004
- VEDEL, G. *Droit administratif*, 4º ed
- TOUVET, L. ; Ferstenbert, J. et Cornet, C. *Les Grands Arrêts du droit de la décentralisation*, Dalloz, 2000
- TROPER, M., *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris, Ed. PUF Léviathan, 1994.
- TROPER, M., *La théorie du droit, le droit, l'État*. Paris, Ed. PUF Léviathan, 2001.
- VALENZUELA, Esteban. *Alegato Histórico Regionalista*. Ensayo. Santiago, VT. SUR. 2000.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Montesquieu: leyes, gobiernos y poderes*, 1a. ed., Madrid : Civitas, 1986
- VECCHIO Giorgio del., *Teoria del Estado*. Ed. Bosch, Barcelona, 1956.
- VEDEL, G., *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, Economica/PUAM, 1986
- VEDEL, G., *L'égalité, La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ses origines, sa pérennité*, La Documentation française, 1990.
- VEDEL, G.; DELVOLLE, P., *Droit administratif*, Tomes I & II, coll. Thémis P.U.F.1990.
- VÉLIZ, Claudio, *La tradición centralista de América latina*, Barcelona : Ariel, 1984 (1a. ed. En castellano)
- VERDUGO M., M. y GARCÍA BARZELATTO , A. M., *Manual de Derecho Político*, tomo I, 3a. edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004
- VERDUGO MARINKOVIC, M., PFEFFER URQUIAGA, E. y NOGUEIRA ALCALA, H., *Derecho Constitucional*, T1, Edit. jurídica de Chile, Santiago, 1994.

- VERPEAUX, M., *La naissance du pouvoir réglementaire, 1789-1799*. Paris, PUF, 1991
- VERPEAUX M. (resp.), *Les collectivités territoriales*, Paris : La Documentation française, 2008.
- WAISSBLUTH, Mario. La Reforma del Estado en Chile 1990-2005: *De la Confrontación al Consenso*, p. 65, Publicado en el Boletín Electrónico de la ESADE, Barcelona PUBLIC (www.esade.edu/public), Marzo, 2006. Por nuestra parte, hemos consultado este trabajo en [http://www.mariowaisbluth.com/descargas/reforma\\_estado\\_chile\\_1990\\_2005.pdf](http://www.mariowaisbluth.com/descargas/reforma_estado_chile_1990_2005.pdf), Consulta realizada el 03 de agosto de 2010.
- WALINE, Marcel. *Traité élémentaire de droit administratif*. Paris, Sirey 1950
- WALZER. Michael. *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, 2ª ed. México, FCE, 2001.
- WITKER, Jorge., *La investigación jurídica*, .1a. ed., México : McGraw-Hill, c1995
- YRIGOYEN FAJARDO, R., *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999

## Artículos

- ABALOS, J., «La descentralización en Chile : antecedentes históricos y reformas actuales», en *La cuestión regional en la transición a la democracia en el caso de Chile*, Instituto de Estudios Urbanos, Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 1993.
- AGNIEL, G., “Le Parlement et la Nouvelle-Calédonie : du « droit à la bouderie »...à la délégation de souveraineté ? », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 90, avril 2012, PUF, pp. 227-238.
- AGUERREA MELLA, P., “La Contraloría General de la República en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: autonomía, control de legalidad y toma de razón”, en *La Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, Santiago, noviembre 2012, pp. 111-119.
- ALLEMAND, R. « Les modalités de contrôle administratif des actes locaux dans les pays de l’Union européenne (Allemagne, Belgique, Espagne, France, Grande-Bretagne et Italie) », en COMBEAU, P. (dir.), *Les contrôles de l’Etat sur les collectivités territoriales aujourd’hui*, Paris, L’Harmattan, 2008, p. 246

ARÉVALO, C., « Los reglamentos regionales », en *Seminario de Consejos Regionales, Segunda Región Antofagasta*, n° 3, Serie Seminarios, Universidad de Antofagasta, 1996.

ARIAS YURISCH, K., “Revisión de las estructuras político-administrativas territoriales en el Chile del siglo XIX”, *Universum*[online]. 2010, vol.25, n.1 [citado 2010-09-17], pp. 44-59. Disponible sur [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-23762010000100004&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-23762010000100004&lng=es&nrm=iso). ISSN 0718-2376. doi: 10.4067/S0718-3762010000100004.

ARIÑO ORTIZ, G., “Realidad y dogmática de la descentralización. Notas para la delimitación de un concepto”, en *Estudios homenaje al profesor López Rodó*, Madrid, 1972. pp. 174 a 229.

ARIÑO ORTIZ, G., “El Estado de las autonomías: realidad política, interpretación jurídica (contribución a una enigma estatal)” en *La España de las Autonomías: Pasado, presente y futuro*, Madrid, AAVV, tomo II, 1981.

ARIÑO ORTIZ, G., “Principios de descentralización y desconcentración”, *Documentación Administrativa*, n° 214: 15, abril-junio 1988, p.11-34

ARÓSTICA MALDONADO, I., “Los contenciosos administrativos especiales en la legislación chilena”, *Ius Publicum*, n° 20, 2008.

AUBY, J.M. “Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales », *AJDA*, 1984. p. 468

AUBY, J.M., « Contribution » au Colloque de Besançon: MOREAU J.et DARCYG. (dir.), .en *La libre administration des collectivités locales, Réflexion sur la décentralisation*, Économica, 1984, p. 323 y ss.

AUBY, J.-M., “Décentralisation et sources du droit”, *AJDA* 1992, N° spécial: *Décentralisation: Bilan et perspectives*

AUBY, J.-M., « La libre administration des collectivités locales : un principe à repenser ? », en *Quel avenir pour l'autonomie des collectivités locales*, Éditions de l'Aube, 1999.

AUBY, J.-B., « Réflexion sur la territorialisation du droit », en *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, pp. 1-15

AUBY, J.-B., « La question des compétences locales, vue d'ailleurs », en BRISSON, J.-F. (dir.), *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales. Actes des journées de l'Association française de droit des collectivités locales organisées les 19 et 20 septembre 2007 à Bordeaux et à Agen*, L'Harmattan, 2009.

- AYLWIN AZÓCAR, A., “Algunas reflexiones sobre la Contraloría General de la República”, en *Veinte años de la Constitución chilena, 1981-2001*, Universidad Finisterrae, Editorial jurídica, Conosur, 2001.
- BAÑO LEÓN, J. M., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 24, septiembrediciembre, 1988, pp. 155-179.
- BARELLA, X., “Une prétendue solution contre les maux de la décentralisation. La suppression de la clause générale de compétence », en REGOURD, S. ; CARLES, J. ; GUIGNARD, D. (dir.), *Réformes et mutations des collectivités territoriales. Actes du colloque de Toulouse 2010 – IDETCOM (EA 785) Université Toulouse 1 Capitole, L’Harmattan 2012*, pp. 125-142.
- BARELLA, X., « Le contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales : entre nécessité et controverses », en REGOURD, S. ; CARLES, J. ; GUIGNARD, D. (dir.), *La décentralisation 30 ans après. IFR – Mutation des Normes Juridiques, IDETCOM (EA 785) Presse de l’Université Toulouse 1 Capitole –LGDJ 2013*, pp. 107-118.
- BASCUÑAN RODRIGUEZ, A., “El principio de distribución de competencia como criterio de solución de conflictos de normas jurídicas”, *RCD*, número especial, 33-44, 1998b
- BEAUD, O., “La notion d’État”, *Arch. Philos. Droit*, t. 35, 1990, p. 120.
- BEAUD, O., « La souveraineté de l’Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht », *RFDA*, 1993
- BEAUD, O., « Compétence et souveraineté », en *La compétence. Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l’Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy, Litec, LexisNexis, Colloques & débats*, 2008, pp. 5- 31.
- BELLOUBET-FRIER, N., «Vers un modèle européen d’administration locale ? », *Revue française d’administration publique* 1/2007 (n° 121-122), pp. 5-18.
- BÉNOIT, F.-P., « Les attributions générales », *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, Vol. 4, Chapitre 1., 1987, pp. 4010-1 à 4012-36, n°1 à n°161
- BÉNOIT, F.-P., « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la philosophie du droit de Hegel », en *Mélanges Gustave Peiser*, PUG, 1995, pp.23-38
- BÉNOIT, F.-P., « L’évolution des affaires locales. De la décentralisation des autorités à la décentralisation des compétences », en *La profondeur du droit local. Mélanges en l’honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, pp. 23-43

BERMÚDEZ SOTO, J., « El principio de legalidad y la Nulidad de Derecho Público en la Constitución Política. Fundamentos para la aplicación de una solución de Derecho Común », *Revista de Derecho Público*, vol. 70, 2009.

BLANQUET M., « Compétences de l'Union - Architecture générale . – Délimitation », *JurisClasseur Europe*, Traité, Cote : 03,2012, Fasc. 170, 01 Janvier 2012.

BOBBIO, N., « Sur le principe de légitimité », *Droits*, PUF, n° 32, 1992, pp. 147-155, (réédition d'un article consacré à « L'idée de légitimité », paru dans le n°7 des *Annales de philosophie politique*, PUF, 1967).

BOISSIER E., S., « Chile: la experiencia regionalista del gobierno militar », *Estudios Sociales/CPU*, Santiago, Chile, n° 104, 2do trimestre, 2000, pp. 43-76

-----“Desarrollo territorial y descentralización. El desarrollo en el lugar y en manos de la gente”. *Estudios Sociales/CPU*, Santiago, Chile,, n° 105,3er trimestre 2001,

-----Desarrollo (local): ¿De qué estamos hablando? *Estudios Sociales/CPU*, Santiago, Chile, 107, 1° trimestre, 2003.

----- La doctrina (oculta) de la descentralización chilena, En: Documento preparado en respuesta a una invitación del Ministerio de Planificación y Cooperación (MIDEPLAN) para colaborar al libro: Desarrollo Regional. Balance de una década de Gobiernos Regionales.

BON, P., “L'accès des collectivités locales au juge constitutionnel”, en *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, pp. 45-61

BORDALI SALAMANCA, A., “Legitimación activa del Estado para demandar la reparación del ambiente dañado y una indemnización de perjuicios (Corte Suprema), *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. 2010, vol.23, n.2 pp. 225-235. Disponible en:

<[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-)

9502010000200011&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502010000200011>.

BORELLO G., R., “Ponencia Sobre el pluralismo jurídico”, *XV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social.*, Argentina, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 2001.

<http://www.aafd.org.ar/jornadas-15.php#.T1DfAZg6tEQ>

BORJA, J., “Dimensiones teóricas, problemas y perspectivas de la descentralización del Estado”, en “*Descentralización del Estado, movimientos sociales y gestión local* (BORJA J. y otros), ICI-FLACSO-CLACSO, Santiago, 1987

BOUDINE, J., «La distinction entre collectivités locale et collectivité territoriale. Variation sémantique ou juridique? », *RDP*, 1992, p. 171.

BOUSTA R., “Les sages choisissent la prudence”, *Les petites affiches*, 2011, n°14, p. 5-8

BOUYSSOU, F., «Le retour des tutelles techniques», *RFDA*, 1999, p. 590 et s.

BOURJOL, M., «Libre administration des collectivités territoriales de la République», *Jurisclasseur collectivités locales*, 8, 1991, Fasc.2

-----, « Libre administration et décentralisation », *Les cahiers du droit public*, 1985, pp. 62-115

-----, «Élaboration du statut : compétence exclusive de l’État ou compétence partagée?», en les cahiers du C.F.P.C., octobre 1983, n° 13.

-----, «Désétatiser» le pouvoir réglementaire des collectivités locales. Un débat toujours actuel », *Cahiers du Secteur Public*, janvier 1982, n° 3-4.

BOURJOL, M., «Statut constitutionnel », Fascicule 93 du *JCL Collectivités territoriales*, 1994, n° 59

BOURDON, J. «Qu’est-ce qu’une collectivité territoriale?». *Les cahiers français*, janv.fév. 1989, p. 5 y s.

BRAVO LIRA, B., “Judicatura e institucionalidad en Chile (1776-1876): Del absolutismo ilustrado al liberalismo parlamentario”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 1976.

BRISSON, J.-F., «Les nouvelles clés constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l’État et les collectivités locales », *AJDA*, n° 11, 2003.

BRISSON, J.-F., «Le contrôle de légalité dans la loi du 13 août 2004. A la recherche des illusions perdues», *AJDA* 2005 p. 126

BULNES ALDUNATE, L., “Leyes de base y potestad reglamentaria en la Constitución de 1980”, *RCD*, Vol. 6, 1982, pp. 133-153

BULNES de GRANIER, L., “la regionalización y sus antecedentes jurídicos, en BULNES, L.; ERRÁZURIZ, M.; GODOY, H. y al.; *La Regionalización*, Santiago, Chile, Ed. Andrés Bello, 1998.

BURDEAU, F., « Affaires locales et décentralisation : évolution d’un couple de l’Ancien Régime à la Restauration», en *Mélanges offerts à G. Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, p. 765-788.

BURDEAU, F., «L’État jacobin et la culture politique française», *Projet*, n°185-186, 1984, pp. 635-648.



CABRERO MENDOZA, E., “Mexique: les dilemmes de la décentralisation”, *Problèmes d’Amérique latine*, 37, avril-juin 2000,

CACIAGLI, M., “Estado unitario y reformas autonómicas: La descentralización en Italia y Francia”, en NOHLEN D., *Descentralización política y consolidación democrática. Europa-América del Sur*, Madrid 1993.

CAILLOSE, J., « Un déferé préfectoral pour quoi faire ? », *Pouvoirs locaux*, n° 44, 2000.  
 -----« Contribution à une définition juridique de la décentralisation », *Pouvoir locaux*, 49, 2001.

CAMINAL M., “Nacionalismo y federalismo”, en *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*, (Ed de Joan Anton Mellon) Tecnos, Madrid, 1998, pp 89-117.

CARRASCO DELGADO, S., “Iniciativas sobre descentralización y regionalización durante el periodo de vigencia de la Constitución política de 1925”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24 n°2, pp. 321-335 (1997)

CARMONA SANTANDER, C., “Tendencias del Tribunal Constitucional en la relación ley-reglamento”, *Revista de Derecho Público*. 61: 180-193, 1998-1999.  
 ----- “Tres problemas de la potestad reglamentaria: legitimidad, intensidad y control”, *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, Año 1, 3: 29 y ss, 2001.

CARROFERNÁNDEZ-VALMAYOR, JL., “El debate sobre la autonomía municipal”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al Profesor Dr. Don Ramón Martín Mateo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000. p. 545-579

CEA EGAÑA, J. L., “Hacia el Estado regional en Chile”, *RCD*, Vol.24 (2), may./ago. 1997, pp. 337-351.

CEBALLOS, F., “Ensayo preliminar sobre la institucionalidad democrática descentralizada: un sistema político de multiplicidad de centros de decisión”, en *Desarrollo y regionalización*, Fundación LIBERTAS, Santiago de Chile, 1990.

CÉSPEDES, R., “La fuerza vinculante de la jurisprudencia administrativa”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, n° 1, 2001, pp. 149-159

CHAPUISAT, L.-J., “Les affaires comunales”, *AJDA*, 1976.

CHAPUISAT, J. «Libertés locales et libertés publiques». *AJDA*, 1982, p. 349 y ss.

CHAPUISAT, J., « Autonomie territoriale et régionalisation politique », *AJDA*, 1983.

CHAVRIER, G., “Les nouveaux mots de la décentralisation. Analyse rhétorique d’une réforme”, en PAVIA, M.-L. (dir), *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales :*

*aujourd'hui et demain ? Actes du colloque de Montpellier des 29 et 30 juin 2007*, Paris, L'Harmattan, 2010, pp. 149-169.

CHEVALLIER, J., « souveraineté et droit », en *La compétence. Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy*, Litec, LexisNexis, pp. 203- 218.

CONSTANTINESCO, V., “Le principe de subsidiarité: un passage obligé vers l'Union européenne?», en *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991

CORDERO QUINZACARA, E., “La Administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía”, en *La Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, Santiago, noviembre 2012, pp. 15-33.

CORDERO QUINZACARA, E., “La potestad reglamentaria de las entidades territoriales. Los reglamentos regionales, las ordenanzas y los reglamentos municipales”, *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, año 6, 1999, pp. 109-146

CORDERO QUINZACARA, E., “El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria.”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII*, Valparaíso, Chile, 1er Semestre de 2009, [pp. 409 - 440][online]. [citado 2011-03-11], Disponible en:

<[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071868512009000100012&lng=es&nr=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071868512009000100012&lng=es&nr=iso)>. ISSN 0718-6851. doi: 10.4067/S0718-68512009000100012.

CORDERO VEGA, L., “ley de procedimiento administrativo y reglamentos”, *La Semana Jurídica*, año I, n° 50, semana del 3 al 7 de junio de 2013, p. 3, [www.legalpublishing.cl](http://www.legalpublishing.cl)

CORDERO VEGA, L., “Limitando la Ley de Procedimiento administrativo: una interpretación intolerable”, *RCD*, Vol. XXX, n° 3, pp. 549-552

CORDERO, V., L., “La legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo”, en FERRADA, B., JC. (coord.), *La Justicia administrativa*, LexisNexis, Santiago 2005.

COUINTET-HAUTIER, C., «La mise en œuvre de la décentralisation », en PAVIA, M.-L., *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales : aujourd'hui et demain?*, Actes du colloque de Montpellier des 29 et 30 juin 2007, Paris, L'Harmattan, 2010, pp. 69-75

CROUZATIER-DURAND F., « Réflexions sur le concept d'expérimentation législative » (à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République), *Revue française de droit constitutionnel*, 2003/4 n° 56, p. 675-695.

CROUZATIER-DURAND, F., « Le succès des expérimentations normatives étatiques face aux échecs de l'expérimentation normative locale », en BRISSON, J.-F. (dir.), *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales*. Actes des journées de l'Association française de droit des collectivités locales organisées les 19 et 20 septembre 2007 à Bordeaux et à Agen, L'Harmattan, 2009, pp. 223-231

CROUZATIER-DURAND, F., « L'expérimentation juridique », en PAVIA, M.-L. (dir.), *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales: aujourd'hui et demain ?* Actes du colloque de Montpellier des 29 et 30 juin 2007, Paris, L'Harmattan, 2010, pp. 119-129

DARCY, G., « Unité et rationalité dans la construction révolutionnaire », en MOREAU, J. et VERPEAUX, M. (dir.), *Révolution et décentralisation. Le système administratif français et les principes révolutionnaires de 1789*, Acte du colloque de Besançon 14-15 décembre 1989, Paris, Economica, 1990

DELBEZ, L., "Le régime municipal allemand", *RDP.*, n° 47, 1930.

DELMAS-MARTY, M., « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *Dalloz*, 2006, n° 14, pp. 951-957.

DEPUSSAY, L., « L'unité étatique au moyen des asymétries institutionnelles », *Revue française d'administration publique* 1/ 2007 (n° 121-122), p. 35-48

DEROSIER, J.-P., « La dialectique centralisation/décentralisation – Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *RIDC*, 2007, n°1, pp. 107-140

DESPOIX, J., « L'expérimentation comme mode ambigu de répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales », en BRISSON, J.-F. (dir.), *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales*. Actes des journées de l'Association française de droit des collectivités locales organisées les 19 et 20 septembre 2007 à Bordeaux et à Agen, L'Harmattan, 2009, pp. 215-222.

DOAT, M., « L'aménagement des compétences locales », en *La compétence*. Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy, Litec, LexisNexis, pp. 180-192.

DOUENCE, J.-C., « Le statut constitutionnel des collectivités territoriales », *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, Vol. 1, Chapitre 1., 1987, pp. 63-1 à 63-29, n°1 à n°230

DRAGO, R., « Droits fondamentaux et personnes publiques », *AJDA*, 1998, n° spécial, *Droits fondamentaux*.

DRAGO, G., « Les principes de répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales après la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 : clarification ou continuité ? », en GUIHEUX, G. (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation : étude comparée France, Belgique, Canada*. Actes du Colloque de la Faculté de Droit et de Science politique de Rennes 18 et 19 novembre 2004, Bruylant Bruxelles – LGDJ Paris, 2006, pp. 31-48.

DUBOIS, J.-P., «Décentralisation, idée révolutionnaire?», en MOREAU J. et VERPEAUX, M. (dir.), *Révolution et décentralisation. Le système administratif français et les principes révolutionnaires de 1789*. Actes du colloque de Besançon 14-15 décembre 1989, Paris : Economica, pp. 17-24

DUBOS, O., «La subsidiarité», en *La compétence*. Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy, Litec, LexisNexis, pp. 193-218.

EISENMANN, Charles., «L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs» en *Mélanges Carré de Malberg*; SIREY, 1933, p. 163-192.

EISENMANN Ch., « Centralisation - décentralisation, principes d'une théorie juridique », *RDP*.1948.

EISENMANN Ch., «Essai de classification théorique des formes politiques», *Politique*, n°41-44, 1968, pp. 5 y s.

EISENMANN, Ch. «Les fonctions des circonscriptions territoriales dans l'organisation de l'administration», en *Mélanges Waline*, L.G.D.J., 1974.

EISENMANN, Ch., Intervention au Colloque dirigé par Lucien Sfez, *L'objet local*, 1977, Ed. 10-18

-----« La pensée constitutionnelle de Montesquieu », en *Recueil Sirey du Bicentenaire de l'Esprit des lois, 1748-1948 : La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu*, MIRKINE-GUETZEVITCH, B. y PUGET, H. (dir.), Paris, 1952 ; rééd. *Cahiers de philosophie politique*, Université de Caen, n° 2-3, 1985.

EPSTEIN, Renaud, «Gouverner à distance. Quand l'État se retire des territoires», *Esprit*, n° 319, Novembre 2005, ps. 96-112

EVEILLARD G., «Intercommunalité et libre administration des collectivités locales», *Droit Administratif*, n° 8, Août 2013, comm. 62.

FALLETI G, T.; “Una teoría secuencial de la descentralización: Argentina y Colombia en perspectiva comparada”, *Desarrollo Económico*, Vol. 46, n° 183, octubre-diciembre 2006, pp.317-355

FAURE, B., « L’intégration de l’expérimentation au droit public français », en *Mélanges en l’honneur de F. Moderne. Mouvement du droit public*, Dalloz 2004

FAURE, B., «La nouvelle compétence générale des départements et des régions », *RFDA*, 2011, p. 240.

FAVOREU, L., « Décentralisation et Constitution », *RDP*, 1982, p. 1275.  
 -----, « Les règlements autonomes n’existent pas », *RFDA*, 1987, p. 871.

FAVOREU, L., « L’interprétation de l’article 37 al. 2 C par le Conseil d’État », *RFDA*, 2000, p. 664 ;

FAVOREU, L., PHILIP L. [et al.], *Grandes décisions du Conseil constitutionnel 15<sup>e</sup> édition*, Paris, Dalloz, 2009

FAVOREU, L. y ROUX, A. « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale? », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 12, mai 2002

FAVOREU L. y VEDEL, G., « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, pp. 71-97.

FERNÁNDEZ RICHARD, J., “El reclamo de ilegalidad previsto en el art. 140 de la Ley No. 18.695, sólo puede tener por fundamento una infracción de ley y nunca de normas de inferior rango: diferencias con el reclamo del art. 118 del D.F.L. No. 458”, *Gaceta jurídica* (Santiago, Chile). no.280 (2003), p. 7-10.  
 -----, “Improcedencia del reclamo de ilegalidad de la Ley Orgánica de Municipalidades por infracción de normas de un instrumento de planificación territorial.” Ponencia: "XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público". Comisión de Derecho Constitucional, *Revista de derecho público*. T.2, no. 69, 2007, p.100-107  
 -----,“Ausencia de competencia de órgano contralor para pronunciarse sobre materias, que a su vez han sido objeto de un reclamo de ilegalidad municipal”, *Gaceta jurídica* (Santiago, Chile). N°.274, 2003, p. 31-33.

FERRADA BÓRQUEZ, JC.: “El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXV, n°1, julio 2012, pp. 103-126.

FERRADA BÓRQUEZ, JC.: “El sistema de Derecho Administrativo chileno: una revisión crítica desde una perspectiva histórica”, *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, N° 217-218, 2005, pp. 99-118.

-----, “El Estado administrador de Chile: de unitario centralizado a descentralizado y desconcentrado”, *Revista de derecho Valdivia*, Vol. 10, diciembre 1999, pp. 115-123.

-----, “Los procesos administrativos en el derecho chileno”, *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad católica de Valparaíso, Vol. XXXVI, semestre I, 2011, pp. 251-277.

-----, “El Recurso de Protección como mecanismo de control contencioso administrativo”, en FERRADA BÓRQUEZ, JC (coord.), *La Justicia Administrativa*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2005, pp. 129-164.

-----, “La autonomía como técnica de reparto de potestades públicas: el caso del Banco Central de Chile”, *RCD*, n° Especial, 1998, pp. 335-344.

-----, “Las funciones de gobierno y administración en el ámbito regional: algunos alcances de la distinción y sus problemas conceptuales”, *Revista de Derecho*, Universidad de Valparaíso, Edeval, 2000, pp. 217-243.

-----, “El estado regional chileno : lo que fue, lo que es y lo que puede ser” , *Revista de Derecho Público*. no. 63 (2002), t.2, p. 223-248.

-----, “El Estado regional chileno: un modelo de descentralización administrativa sin participación política”, *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, Instituto de Administración Pública, N°6, 2001, pp.175-208.

-----, “La actividad de investigación de las universidades y el fortalecimiento institucional de los gobiernos regionales: algunas reflexiones preliminares”, en *España, Francia, Italia, Chile: experiencias de descentralización y desarrollo regional*, Seminario realizado en Valparaíso, 27 al 29 de Junio de 2001, [http://www.subdere.gov.cl/1510/articles-70196\\_recurso\\_1.pdf](http://www.subdere.gov.cl/1510/articles-70196_recurso_1.pdf) Ministerio del Interior, Programa Gobierno-Universidades regionales, Valparaíso, 2001, pp. 221-233.

----- “La potestad reglamentaria de los Gobiernos Regionales: algunas notas preliminares”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, XXIII (Valparaíso, Chile, 2002, Vol II), pp. 295-311.

----- Los Derechos Fundamentales y el Control Constitucional. *Rev. derecho Valdivia*, 17: 113-137, dic. 2004.

-----, “Potestades y privilegios de la Administración Pública en el régimen administrativo chileno”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XX, N°2, diciembre 2007, pp.69-94.

-----, “Los principios estructurales del Derecho Administrativo chileno: un análisis comparativo”, *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, n° 221-222, Julio-Diciembre, 2007, pp. 99-136

-----, “La evolución del sistema chileno de control de la Administración del Estado: desde el control político y administrativo al control judicial”, en BORDALI, A. y FERRADA, JC. (Coord.), *Estudios de Justicia Administrativa*, LexisNexis, Santiago, 2008, pp. 3-51

FERRAN, R., « Fédéralisme et groupes nationaux », *Revue internationale des sciences sociales* 1/ 2001 (n° 167), p. 43-51

FERSTENBERT, J., « La libre administration des collectivités territoriales : principe juridique ou notion juridique ? », en *Mélanges en l'honneur de Henri Jacquot*, PU d'Orléans, 2006, pp. 223-252

FIALAIRE, J., « Le droit à l'expérimentation des collectivités territoriales et la subsidiarité : les apparences et les « faux-semblants » d'une prétendue territorialisation des normes », en FIALAIRE, J. (dir.), *Subsidiarité infranationale et territorialisation des normes*, PUR, 2005.

FIALAIRE, J., « L'intercommunalité face au principe de la libre administration », *AJDA*, 8 juillet 2013, n° 24, p. 1386-1392.

FIAMMA OLIVARES, G., « Acción Constitucional de Nulidad y Legitimación Activa Objetiva », *Gaceta Jurídica*, n° 123, 1990, pp. 7-12.

-----"Acción constitucional de nulidad y legitimación activa objetiva", *Revista de Derecho Público*, núm. 49, 1991, pp. 91-98.

-----"La acción constitucional de nulidad: un supremo aporte del constituyente de 1980 al Derecho Procesal Administrativo", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 83, 1987, pp. 123-156

FOUGEROUSE, J., «La révision constitutionnelle du 18 octobre 2001 : l'évolution incertaine de l'Italie vers le fédéralisme», *RIDC*, Vol. 55 N°4, Octobre-décembre 2003. pp. 923-961.

FRAISSE, R., “Quelle est la portée du "principe de subsidiarité" ?”, *Droit administratif*, 2005 (8-9), pp. 21-22

- FRIER, P.-L., "Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique ? », *AJDA*, 2003, p. 560 y s.
- FROMONT, M., "Les compétences du pouvoir local en République Fédérale d'Allemagne", en *La décentralisation en Europe*, C.N.R.S., Paris, 1981,
- GARCÍA DE ENTERRIA "La lucha contra la inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (Poderes Discrecionales, Poderes de Gobierno, Poderes Normativos)", *RAP*, n° 38, mayo-agosto, 1962.
- GEFFRAY, E., « La procédure de consultation des électeurs en cas de fusion de communes », *RFDA*, 2010, n° 4, p. 713-716.
- GOHIN, O., «Souveraineté et compétences en droit constitutionnel français depuis 1946», en MAILLARD DESGRÉES du LOU, D. (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2006, pp. 101-117
- GREWE, C. « L'unité de l'État : entre indivisibilité et pluralisme », *RDP*, 1998.
- GUTIERREZ SILVA, J. R., "El presupuesto procesal de la capacidad en las personas jurídicas, en especial las de derecho público", *RCD*, 2009, vol.36, n.2 pp. 245-279. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372009000200003&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372009000200003&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-3437. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372009000200003>. [consulté le 2013-06-09].
- HANISCH ESPÍNDOLA, H. "La influencia de Savigny en Bello en materia de personas jurídicas", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Tomo V., 1980, pp. 167-198.
- HAURIOU, M., "Étude sur la centralisation », en *Répertoire de droit administratif*, Paris 1892, br. In=8°, 62 p. Paris, Paul Dupont. Reprise dans le Répertoire Béquet sous le titre « Décentralisation », pp. 461- 490.
- HAURIOU, M. "La théorie de l'institution et de la fondation", en *Aux sources du droit (Les Cahiers de la Nouvelle Journée)*, 1933, p. 89-128.
- HAUT F., « Réflexion sur la méthode comparative appliquée au droit administratif », *RIDC*, Vol. 41 N°4, Octobre-décembre 1989. pp. 907-914.
- HELIN, J.-C., « Le contrôle de légalité des actes locaux en France », *AJDA* 1999, p. 767.
- HÉRAUD, Guy., « Sur deux conceptions de la compétence », en *Archives de philosophie du droit*, 1959, T. 4, pp. 35-45
- HERNÁNDEZ OLMEDO, L., "La Descentralización en el Ordenamiento Constitucional Chileno", *RCD*, Volumen 20, Santiago 1993., pp. 535-555.



-----, "Algunos Aspectos de la Reforma regional en la Constitución Política del Estado, *Revista Gobierno Regional y Local*, N° 13, 1994. pp 17-38

HERNANDEZ OLMEDO, L.. "Convenios administrativos de transferencia de competencias a los gobiernos regionales: antecedentes jurídicos y modalidades de ejecución", *Rev. derecho (Valdivia)*, dic. 1996, vol.7, p.53-74.

HERTZOG, R., "Les personnes publiques n'ont pas de compétences », en *Gouverner, juger, administrer, Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002.

ILLANES, M. A., "El proyecto comunal en Chile", *Historia*, n° 27, 1993.

JACKSON C., V., « Fédéralisme – Normes et territoires », chap. I du Titre II, *Formes d'État* du 1<sup>er</sup> tome du *Traité international de droit constitutionnel* (sous la dir. de M. Troper et D. Chagnollaud), Dalloz 2012, pp. 6-52.

JARDIN, A., "Tocqueville et la descentralización", en *La décentralisation*, colloque d'Aix-en-Provence, 1964

JEGOUZO, Y., « L'intercommunalité de 1958 à 1982, généalogie d'un échec », en CAILLOSSE, J. (dir.), *Intercommunalités*, Presses universitaire de Rennes, 1994

JOUANJAN, O., art. « Égalité », en ALLAND, D. et RIALS, S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF-Lamy, 2003.

KADA, N. « *L'acte II de la décentralisation et le principe d'égalité* », *RDP*, n° 5, 2005 , pp. 1273-1302

KADA, N., « Déconcentration et décentralisation : une fable contemporaine », en REGOURD, S. ; CARLES, J. ; GUIGNARD, D. (dir.), *Réformes et mutations des collectivités territoriales*. Actes du colloque de Toulouse 2010 – IDETCOM (EA 785) Université Toulouse 1 Capitole, L'Harmattan 2012, pp. 239-253

KELSEN, H.; "Resumen de una teoría general del Estado" (traducción de Luis Oyarzún.), *Boletín del Seminario de Derecho Público*, no.14, 1940, p. 69

LAVIALLE, Ch., « De la fonction du territoire et de la domanialité dans la genèse de l'État en France sous l'Ancien régime », *Droits. Revue française de théorie juridique*, Paris, PUF, n° 15, pp.19-31.

LAUBADÈRE, A. de « Vicissitudes actuelles d'une distinction classique : établissement public et collectivité territoriale. À propos des groupements de collectivités territoriales », en *Mélanges offerts à P. COUZINET*, Toulouse, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1974, pp. 410-447.

LEBEN, Ch., «Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP*, 1982.

LEGENDRE, P., « La royauté du droit administratif. Recherches sur les fondements traditionnels de l'État centraliste en France », *Revue historique de droit français et étranger*, 1974.

LETELIER W., R., "Propiedad y Potestades Urbanísticas", *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, n° 4, p. 79-91.

LEURQUIN-DE VISSCHER, V. F., « Existe-t-il un principe de subsidiarité ? », en DELPÉRÉE, F.(dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 2002, pp. 21-45.

LUCHAIRE, F., « Les fondements constitutionnels de la décentralisation », *RDP*, 1982.

MABILEAU, A, «De la monarchie municipale à la française», *Pouvoirs*, n° 73, *La Démocratie municipale*, avril 1995, p. 7 y s.

MARCOU, G., «Le principe d'indivisibilité de la République, *Pouvoirs*, n° 100, janvier 2002.

-----, *Les compétences des collectivités locales en Europe*, Strasbourg, Etude du Comité européen sur la démocratie locale et régionale (CDLR), Conseil de l'Europe, série « Démocratie locale et régionale », 2008. Disponible en : <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1377655>

-----, « L'action commune des collectivités territoriales selon le Conseil constitutionnel : organiser n'est pas déterminer », en *Mélanges en l'honneur de Yves Jégouzo. Terres du droit*, Dalloz, 2009, pp. 227-240

-----, "Une approche comparative des compétences des collectivités locales en Europe », en PAVIA, M.-L.(dir), *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales : aujourd'hui et demain ? Actes du colloque de Montpellier des 29 et 30 juin 2007*, Paris, L'Harmattan, 2010, pp. 199-220

-----, « La « clause générale de compétence » dans les régimes d'autonomie locale des États européens », *Pouvoirs locaux*, février 2006

-----, "Le Conseil constitutionnel et la réforme des collectivités territoriales", *AJDA*, 2011, n° 3, p. 129.

MARTIN R., «Le principe d'égalité face aux discriminations positives territoriales», *Études Foncières*, n°88, automne 2000, p. 33-36.

MASPÉTIOL, R, "L'État d'aujourd'hui est-il celui d'hier?", *Archives de Philosophie du Droit*, T. 21 *Genèse et Déclin de l'État*, Sirey 1976, p. 3-21.

MAULIN, E., « Compétence, capacité, pouvoir », en *La compétence*. Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy, Litec, LexisNexis, pp. 33-47.

MAZÈRES, J.-A., "Les collectivités locales et la représentation. Essai de problématique élémentaire", *RDP*, 1990, pp. 607 y ss.

-----«Qu'est-ce que la puissance publique?», en RAIMBAULT P. (dir.), *La puissance publique à l'heure européenne*, Dalloz, 2006, pp. 9-35.

-----, « Essai d'analyse archéologique de la décentralisation », *Cahier du L.E.R.A.S.S.*, n° 21, octobre 1990

-----, « La Théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué », en *Pouvoir et liberté, Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, éd. Bruylant, 1998, pp. 239-293

-----, « Région, regionalisme, regionalisation », en *La région en question*, Journées d'études de la section languedocienne de l'IFSA, 23-24 mai 1977, éd. Cujas, 1978, pp. 23-88

-----, "La région: espace du pouvoir ou espace de pouvoirs", en *Centre, périphérie et territoire*, PUF, 1978.

-----, "Espace et hiérarchie", en *Psychologie et science administrative*, Actes du colloque organisé par le Centre univ. de rech. adm et pol de Picardie (CURAPP) le 10/05/1985, PUF, 1985, pp. 176-180.

MAZERES, J.-A., y REGOURD, S., « Du modèle communautaire et territorial au modèle fonctionnel de l'entreprise », en M. BOURJOL (dir.) *La commune, l'Etat et le droit*, LGDJ, 1990, col. Décentralisation et développement local, pp. 292-314.

MELIN-SOUCRAMANIEN, F., « Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires », *RFDA*, 1997.

-----« La différenciation du statut des départements d'outre-mer. Menace ou promesse pour la République française ? », en *Mélanges en l'honneur de P. Pactet. L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, 2003.

MESTRE, J.L. « Historique des collectivités locales: L'apogée de la centralisation et sa remise en cause (1800-1870) », *Encyclopédie Dalloz des collectivités locales*, n°18.3 fasc. p. 24-1.

----- « Historique des collectivités locales », *Répertoire Dalloz des collectivités locales*, Vol I, p. 18-3 n°5

----- «L'idée de libre administration de la Révolution à la fin du XIXe siècle », en DARCY, G. Y MOREAU, J (dir.), *La libre administration des collectivités locales*, Paris, Economica y PU Aix-Marseille, 1984, p. 47-54.

MICHALON, T., «La République française, une fédération qui s'ignore ? », *RDP*, 1982, p. 623

MICHALON, Th., «La République et sa périphérie. La légitimité par la décentralisation?», en *La profondeur du droit local, Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Douence*, Dalloz, 2006, p. 329-346.

MILAGROS DEL VAS MINGO, M., «Las Ordenanzas de 1573, sus antecedentes y consecuencias», *Quinto centenario*, N° 8, 1985, pp. 83-102.

MODERNE, F., «Variations sur le mythe de l'autonomie communale : L'État prestataire de services des communes», *AJDA*, 1976, p. 478 et s.

MODERNE, F., « Les régions autonomes dans la jurisprudence constitutionnelle du Portugal », en BON, P. y alii, *La justice constitutionnelle au Portugal*, Économica, 1989

MODERNE, F., «Le *município* comme entité politique dans l'organisation territoriale fédérale du Brésil », en *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, pp. 347-363.

MONTAIN-DOMENACH J., « Principe de libre administration et intercommunalité : transition et incertitudes », in *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 12 (Dossier : Le droit constitutionnel des collectivités territoriales) - mai 2002 , disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-12/cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-12.52091.html>

MORAGA K., C., « Auto acordados como fuente del derecho público (¿Es la CPR nuestra única y verdadera Constitución ?), <http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/Autos%20acordados%20como%20fuente%20del%20Derecho%20Publico.pdf>., 2007.

MORAGA K., C., «La potestad normativa del Presidente de la República: los decretos con fuerza de ley», *Revista de Derecho Público*, Santiago de Chile, Vol. 70, 2008, pp. 313-335

MOREAU J., « Responsabilité du fait des activités de contrôle » (refondu par BROUELLE C.), *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 918, Cote : 08,2003, Date de fraîcheur : 15 Mai 2003.

NÉMERY, J.-C., «Quel avenir pour la relation entre communes et intercommunalités ? », en *Mélanges en l'honneur de Yves Jégouzo. Terres du droit*, Dalloz, 2009, pp. 241-247.

NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Un modelo de Estado unitario descentralizado administrativa y políticamente para Chile: reflexiones prospectivas de los gobiernos regionales a mediano plazo. Reflexión y análisis sobre el proceso de descentralización en Chile”, Santiago, Ministerio de Planificación y Cooperación, Ministerio del Interior-Subdere y PNUD, 1998

-----, “El régimen jurídico-constitucional del gobierno y la administración interior del Estado en Chile”, En: BERCHOLC, J. O. (dir.) ; *La organización política del territorio en América y España : federalismo e integración*; Congreso Internacional sobre Organización Política del Territorio, Federalismo e Integración, Ciudad de Buenos Aires, Lajouane, 1<sup>a</sup>. ed. marzo 2008.

NÚÑEZ MUÑOZR., “Realidad y desafíos del municipio chileno” ,Universidad Autónoma de Chile, Marzo, 2006, p. 18, [http://www.munitel.cl/file\\_admin/archivos\\_munitel/estudios/estudios2.pdf](http://www.munitel.cl/file_admin/archivos_munitel/estudios/estudios2.pdf)

OELCKERS CAMUS, O. “El principio de legalidad como supuesto de la potestad administrativa”, *RDUCV*, 1977.

-----, “Descentralización administrativa y regionalización”, *RCD*, Vol. 24, n°2, 1997, pp. 353-367.

-----, “Problemas jurídico-políticos que deben abordarse en el proceso de regionalización”, Presentación en la Jornadas del Programa de Gobiernos Regionales y Universidades organizadas por la SUBDERE los días 29 y 30 de abril de 1988 sobre la “Reforma Regional”, Universidad de Antofagasta, p. 14;

PALMA, E., “Una tradición inconclusa: el presidencialismo con descentralización territorial. El caso de Chile”, ILPES, Cepal, Santiago, 1991, pp. 16 y s.

PANTOJA, R., “Organización de los tribunales chilenos de los contenciosos administrativos”, *RDP*, Vol. 11, 1970, pp. 233 y ss.

PEGORARO, L., “Premisas metodológicas para una investigación de derecho comparado de las garantías constitucionales y subconstitucionales de los entes locales”, Disponible en: <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/6/pegoraro6.pdf>. Última visita con fecha 30.06.12

PETIT, J., « Fondements et portée du pouvoir réglementaire local en France », Communication au Colloque « Décentralisation : perspectives de droit comparé », organisé par la Faculté de droit de l'Université Rennes 1, les 11 et 12 novembre 2004, Bruylant-LGDJ 2006, pp. 119-144.

PICARD E., « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *RIDC*, Vol. 51 N°4, Octobre-décembre, 1999. pp. 885-915

-----, “Le droit comparé est-il du droit”, *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, Vol. 1 (2009), Dalloz, 2010, p. 173-251

PIERRU, F., « Napoléon au pays du New Public Management : l'exemple de la « déconcentration » de la politique de santé », *Savoir/Agir*, n° 11, 2010, pp. 29-37.

PIERRY ARRAU, P., “Concepto de acto administrativo en la ley de procedimiento administrativo. El Reglamento. Dictámenes de la contraloría general de la república”, *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, agosto 2005, n° 13, pp. 71-82.

-----, “Nulidad en el Derecho Administrativo”, en *RDUCV*, n° XV, 1993-1994, p. 79.

-----, “Conferencia Inaugural: Lo contencioso administrativo y el Recurso de Protección”, *Revista de Derecho de la Universidad de la Universidad Católica de Valparaiso*, Vol. XIV (1991-1992)

-----, « Recurso de Protección y lo contencioso administrativo », *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, año XLIV , n° 165, enero-diciembre 1977.

PISSALOUX, J.-L., « Constitutionnalité des mécanismes de consultation sur les fusions de communes », *Droit administratif*, 2010, n° 11, p 26-28.

POGGI A., «Les compétences administratives et réglementaires des régions italiennes», *Revue française d'administration publique*, n° 121-122, 1/ 2007, pp. 99-99.

PONTIER, J.-M., “Semper Manet. Sur une clause générale de compétence », *RDP*, 1984, pp. 1443-1472

-----, “Territorialisation et déterritorialisation de l'action publique », *AJDA*, 1997, pp. 723-730

-----, “La notion de compétences régaliennes dans la problématique de la répartition des compétences entre collectivités publiques », en *RDP*, n°1-2003.

-----, «Nouvelles observations sur la clause générale de compétence», en *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, pp. 365-394.

-----, «Refus de fusion de communes par un préfet : première QPC sur le droit des collectivités territoriales», *Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 2010, n°36 p. 24-28

-----, “Requiem pour une clause générale de compétence”, *La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 2011, n° 2, p. 47-55

-----«De l'extension (à venir) du pouvoir réglementaire des régions », *JCP, La Semaine Juridique*, n°5. 3 février 2014

PORTIER, N., «La coopération intercommunale dans la reforme des collectivités», *AJDA*, 2011, p 80.

PORTELLI, H., «*La fin du principe d'uniformité. Approche comparative*», en *Mélanges Ardant*, LGDJ, 1999.

*Pouvoirs*, n° 60, *La Décentralisation*, 1992

*Pouvoirs* n°95, *La commune en France et en Europe* - novembre 2000

PRIET, F., «Sur une notion désormais constitutionnalisée: la décentralisation», en *Mélanges en l'honneur de Yves Jégouzo. Terres du droit*, Dalloz, 2009, pp. 249-267.

*Rapport du Gouvernement au Parlement sur le contrôle a posteriori des actes des collectivités locales et des établissements publics locaux. Vingtième rapport, années 2004, 2005, 2006*, Paris, *La documentation française*.

REGOURD, S., «L'autonomie communale: des vicissitudes de la théorie juridique aux enseignements de l'Histoire », *Pouvoirs locaux*, 1989, n°1, p. 70

-----« De la décentralisation dans ses rapports avec la démocratie. Genèse d'une problématique », *RDP*, 1990, pp. 961-987.

-----, « Fonctionnalisation et déterritorialisation ou les collectivités territoriales à l'heure du marché », *Cahiers du L.E.R.A.S.S.*, n° 20 – mai 1990, pp.33-43.

-----., « La prétendue suppression de la tutelle », *Rev. Adm.*, 1982, p. 613-619

-----, « Intercommunalité: continuité des politiques publiques pour une révolution tranquille», in REGOURD, S. ; CARLES, J. ; GUIGNARD, D. (dir.), *La décentralisation 30 ans après. IFR – Mutation des Normes Juridiques*, IDETCOM (EA 785) Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole –LGDJ 2013, pp. 185-197.

RENDON, L. M., « Informe sobre las facultades normativas de los gobiernos regionales », *Gobierno Regional y Municipal*, año IV, 3, n° 30, oct. 1996, pp. 76-80.

RIBERA NEUMANN, T., “Reserva legal, potestad reglamentaria y Constitución de 1980”, *Revista de Derecho Público*, 63: 471 y ss, 2001.

RIVERO, J., “Le maire exécuter des délibérations du conseil municipal », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1937.

-----, « La décentralisation, Problèmes et perspectives », *Etudes*, Janvier 1950

ROIG, Ch., “Théorie et réalité de la décentralisation”, en *RFSP*, 1966.

- ROLLAND, L., «La démocratie et la décentralisation en France», extraits de « La cité moderne et les transformations du droit », *Cahiers de la Nouvelle journée*, 1925, n°4.
- ROSS, A., « Sur les concepts État et Organes d'État en droit constitutionnel », en *Introduction à l'empirisme juridique*, Bruylant – LGDJ, 2004, pp. 167-182.
- ROUAULT M.-Ch., “La loi de réforme des collectivités territoriales au crible du Conseil constitutionnel”, *La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 2011, n° 2, p. 16-22
- RUIZ-TAGLE, P., «Apuntes sobre la igualdad constitucional en Chile », *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, SELA 1999, año 2000, pp. 19-47.
- ROLLA, G., “El desarrollo del regionalismo asimétrico y el principio de autonomía en los nuevos sistemas constitucionales: un acercamiento comparativo”, *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, N° 8, 2007
- ROUX, A., “Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales», *RFDA*, 1992.
- , «Les limites constitutionnelles à une nouvelle évolution de la décentralisation », en PAVIA, M.-L.(dir), *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales : aujourd'hui et demain ?* Actes du colloque de Montpellier des 29 et 30 juin 2007, Paris, L'Harmattan, 2010, pp. 131-145.
- SÁNCHEZ G., “Tendencias globales. De la descentralización a la regionalización”, *Revista Nueva Sociedad*, Caracas, n° 166, marzo-abril 2000, pp. 96- 110,
- SÁNCHEZ C., A., “Los Orígenes del Pluralismo Jurídico”, en ALBA S., O y CASTRO, S R. (coord.). *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad*. Sucre-Bolivia, Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente.
- SANHUEZA, M. C., «La primera división política-administrativa de Chile, 1811-1826», *Historia*, Santiago Chile, N° 41, Vol. II, 2008.
- SCHIESSLER QUEZADA, G., “Algunas cuestiones técnico-jurídicas relativas a la potestad reglamentaria presidencial en el marco de una nueva institucionalidad”, en *Décimas Jornadas de Derecho Público*, Valparaíso, Edeval, 1980.
- SCHOETTL J.-E., “Le conseil constitutionnel et la Corse», *AJDA* 2002.
- SCHÖNDORF-HAUBOLD, B., « L'émergence d'un droit commun de l'autonomie territoriale en Europe », *Revue française d'administration publique*, n° 121-122, 1/2007 p. 203-218.



SEMPE, F., “La fusion des établissements publics de coopération intercommunale dans la loi du 13 août 2004 », en *La profondeur du droit local. Mélanges en l’honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz, 2006, pp. 429-446.

SERRANO, C. y. FERNÁNDEZ, M.I. “Descentralización del Estado en el Nivel Regional y Local ¿Reformas Paralelas?”, *Serie Estudios Socioeconómicos CIEPLAN* N° 18, 2001.

SIERRA, L., “Urbanismo por decreto: centralismo y confusión institucional en la ciudad chilena”, en *Santiago. Dónde estamos y hacia dónde vamos*, Galetovic Editor, CEP, 2006, p. 324. pp. 299-328

SOLEIL, S., « L’organisation de la France est décentralisée, variations autour d’un thème », en GUIHEUX, G. (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation : étude comparée France, Belgique, Canada*. Actes du Colloque de la Faculté de Droit et de Science politique de Rennes 18 et 19 novembre 2004, Bruylant, pp. 107-116.

SOMMERMANN, K.-P., «Européanisation et transformation de la justice administrative en Europe», en ZILLER, J. (dir.), *Quoi de neuf en droit administratif européen ?*, Institut Universitaire Européen de Florence, rapport n°2005/10.

SOTO KLOSS, E., “La competencia contencioso-administrativa de los tribunales ordinarios de justicia”, *RCD*, n° 3-4, 1971.

-----, “La Nulidad de Derecho Público en el Derecho Chileno”, *Gaceta Jurídica*, n° 125, p. 16 a 23; *Revista de Derecho Público*, n° 47/48, 1990-1991

-----, “La Nulidad de Derecho Público referida a los actos de la administración”, *RDUCV*, n° XIV, 1991-1992.

-----, “La noción de acto administrativo en el derecho chileno : (una perspectiva sustancia)”, *Revista de Derecho Público*, n° 60, 1996, p.86

-----, E., “Recurso de protección y tribunal competente : ¿cuál es la corte de apelaciones respectiva?” *Revista de Derecho Público*, n° 37-38, 1985, p.187

STECKEL, M.-Ch., «La réorganisation territoriale par la recentralisation financière : Une tragédie française ?», en *VIIIème Congrès français de droit constitutionnel*, AFDC, Nancy, 16 - 18 juin 2011, Atelier 8 : Aspects territoriaux.

STREETER, J., “Potestad normativa de los entes públicos autónomos. Materiales de lectura”, Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1986.

TANGUY, Y., “L’institution dans l’oeuvre de Maurice Hauriou- Actualité d’une doctrine”, *RDP*, 1991, pp 61-79.

TAPIA VALDÉS, J., "Descentralización y subsidiariedad en la época de la Globalización", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Santiago, Chile, Año 1, n°1, 2003, pp. 99-111.

-----, "Las reformas constitucionales de 2005, un triunfo del centralismo", en NOGUEIRA ALCALÁ H. (coord.), *La Constitución Reformada de 2005*, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Librotecnia, Santiago, 2005.

TAPIA VALDÉS, J., "Descentralización, Regionalización y Neosubsidiariedad", en *La reforma constitucional de 2005*, Lexis Nexis, 2006, pp.167-205.

TEITGEN-COLLY, C., « Les instances de régulation et la Constitution », *RDP*, 1990, p. 152.

TERNEYRE, Ph., « L'égalité et illégalité des décisions de nature politique des collectivités locales », *Revue Administrative*, 1989, p. 538.

THOENIG, J.-C., "Pouvoir et contre-pouvoir locaux: rendre la démocratie aux citoyens", en *La décentralisation en France*, Paris, Institut de la décentralisation, La Découverte, 1996, pp. 131-142.

TOBAR LEIVA, M., « Los Gobiernos Regionales en la Década 1990-2000, en *La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000*, Universidad de Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 2000, pp. 259-300.

TROPER, M., « La notion de principes supraconstitutionnels », *RIDC*, 1993.

-----, M., « Le concept d'État de droit », *Droits. Revue française de théorie juridique*, Paris, PUF, n° 15, pp. 51-63.

-----, «La souveraineté comme principe d'imputation », en MAILLARD DESGRÉES du LOU, D. (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Montchrestien, 2006, pp. 69-82.

VANDELLI, L., "Du régionalisme au fédéralisme", *Pouvoirs*, n° 103, 2002/4.

VANDELLI, L., « Formes d'État : État régional, État décentralisé », en TROPER, M. y CHAGNOLLAUD (dir), *Traité international de droit constitutionnel*, T. 1 *Formes d'État*, Dalloz 2012, pp. 54-76.

VANDERMEEREN, R., *La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif*, *AJ*, 2000, pp.706-721.

VERGARA B., A., "El rol de contraloría general de la república: desde el control de legalidad a los nuevos estándares de buena administración", en *La Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, Santiago, noviembre 2012, pp. 103-110.

-----, “Reforma constitucional y descentralización administrativa”, *RCD*, Vol. 18, N° 2, 1991, pp. 339-344.

-----, “Marco jurídico de la descentralización administrativa”, *RCD*, Vol. 18, N° 3, 1991, pp. 411-449.

-----, “La descentralización en la organización administrativa y estatal. Logros pendientes”, en Corporación para la Regionalización de Chile. “*las Regiones... ahora*”, X Jornadas Nacionales de Regionalización, 1993.

-----, “La proprietarización de los derechos”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XIV, 1991-1992, pp. 281 et s.

-----, « La décision du Conseil constitutionnel n°2001-454 DC du 17 janvier 2002. Une décision inattendue ? », *RFDA*, 2002.

VERPEAUX, M., art. « Pouvoir réglementaire », en ALLAND D. y. RIALS, S. (dir.) *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2007, p. 1177

-----, « Question prioritaire de constitutionnalité et libre administration des collectivités territoriales », *AJDA*, 2010, n°28, p. 1594-1598.

-----, “Les ambiguïtés entretenues du droit constitutionnel des collectivités territoriales”, en *AJDA*, 2011, n°2, p. 99-106

-----, M., « Constitution, conseil constitutionnel et décentralisation », en REGOURD, S.; CARLES, J.; GUIGNARD, D. (dir.), *La décentralisation 30 ans après*. IFR – Mutation des Normes Juridiques, IDETCOM (EA 785) Presse de l’Université Toulouse 1 Capitole –LGDJ 2013, pp. 59-71

VIGUIER, J., « La décentralisation : d’une manière d’être de l’État vers une manière d’être hors de l’État », en REGOURD, S.; CARLES, J.; GUIGNARD, D. (dir.), *La décentralisation 30 ans après*. IFR – Mutation des Normes Juridiques, IDETCOM (EA 785) Presse de l’Université Toulouse 1 Capitole –LGDJ 2013, pp. 29-57

WYROBISZ, A., “La ordenanza de Felipe II del año 1573 y la construcción de ciudades coloniales españolas en la América”, en *Estudios Latinoamericanos*, n° 7, 1980, pp. 11-34.

ZOLLER E. « Qu’est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *Droits*, PUF, n° 32, 1992, pp. 121-134.

ZOLLER E., « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d’Etats », en *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, T. 294, 2002, pp. 41-166.

ZÚÑIGA U., F., “Jurisprudencia acerca del notable abandono de deberes del alcalde”, *Revista de Derecho*, vol. XII, 2001, pp. 245-257.

ZÚÑIGA U., F., “Estado unitario. Un balance de las reformas constitucionales sobre gobierno y administración en Chile”, en BERCHOLC O., J. (dir.), *La organización política del territorio en América y España : federalismo e integración*; Congreso Internacional sobre Organización Política del Territorio, Federalismo e Integración, Ciudad de Buenos Aires. Lajouane, 1ª. ed. marzo 2008. .

....., “Autonomías constitucionales e Instituciones Contramayoritarias (a propósito de las aporías de la «democracia constitucional»)”, *Revista Ius et Praxis*, Vol. 13, n° 2, 2007, pp. 223-244.

## **Jurisprudencia citada**

### **Chile**

#### **Tribunal Constitucional**

STC 19-83 de 27 .10. 1983, *Requerimiento en contra del Ministro del Interior don Sergio Onofre Jarpa Reyes respecto del artículo 82 n° 10 de la Constitución Política de Fbiola letelier del Solar , Alfonzo Inzunza Bascañan y otros*

STC 50-87 de 29.02. 1988 *Control de constitucionalidad del proyecto de ley orgánica constitucional de municipalidades.*

STC 78-89 de 20.09.1989: *Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley orgánica constitucional sobre el Banco Central*

STC 80- 89 de 22.09.1989 : *Requerimiento formulado por la Junta de Gobierno en virtud del artículo 82 N° 2 de la Constitución, respecto del proyecto de ley que establece normas para resolver las cuestiones de competencia entre autoridades administrativas.*

STC 116-90 de 27.12.1990, “*Viviendas Progresivas*”.

STC 155-92 de 21.09.1992, *Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley sobre Gobierno y Administración Regional*

STC 216-95 de 17.07.1995, *Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que modifica la Ley General de Bancos y otros cuerpos legales, y dispone un nuevo tratamiento para la obligación subordinada de los bancos que señala con el Banco Central de Chile.*

STC 325-01 de 26.06.2001, *Requerimiento respecto del Decreto Supremo N° 20 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia publicado en el Diario Oficial de 12 de abril de 2001:*

STC 352-02-de 15.07.2002, *Caso “Liceo Manuel de Sala”*

STC 370-03 de 09.04.2003, *Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por doce señores Senadores respecto del Decreto Supremo N° 1, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial de 1° de febrero de 2003.*

STC 591-2006 de 11.01.2007, *Requerimiento de inconstitucionalidad de la Resolución Exenta n°584 (Ministeri de Salud) del 01.09.2006, la cual aprueba Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad*

STC 696-06 de 02.01.2007, *Control de constitucionalidad respecto del inciso primero del artículo 3°; inciso primero del artículo 4°; inciso segundo del artículo 7°; e inciso cuarto del artículo 11; del proyecto de ley que permite efectuar anticipos de subvenciones estatales para fines educacionales, en casos que indica.*

STC 740-07 de 18.04.2007, *Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, aprobadas por el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud*

STC 995-2007 de 18.12.2007, *Control de Constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que establece un sistema de incentivos al desempeño de los fiscales y los funcionarios del Ministerio Público*

STC 1032-08 de 04.03.2008, *Control de constitucionalidad del proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional, “que crea el sistema de pensiones solidarias, modifica la institucionalidad para tal efecto, incorpora cambios al sistema de pensiones del decreto ley 3.500 de 1980 y materias relacionadas” (Boletín N° 4742-13).*

STC 1051-08 de 10.07.2008, *Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, sobre acceso a la información pública:*

STC 1669-2010 de 15.03.2012, *“Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*

### **Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (INA)**

STC 480-06 de 27.07.2006, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Iberoamericana de Energía IBENER S.A., respecto del artículo 3° N° 17, inciso 4° y N° 23,*

*inciso 1º , 15, 16 N° 2 y 16 A de la Ley 18.410, en la causa Rol N° 5.816-2004 de la Corte de Apelaciones de Santiago.*

*STC 505-06 de 06.03.2007, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Empresa Eléctrica Panguipulli S.A. respecto del artículo 3º transitorio de la Ley N° 19.940, en la causa 11786-04 de la Corte de Apelaciones de Santiago.*

*STC 781-2007 de 27.09.2007, Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Pablo Silva Martínez respecto del n° 3 del artículo 299 y de os artículos 431 y 433 del Código de Justicia Militar, en la causa Rol 1292-2001, seguida ante el Juzgado Militar de Santiago*

*STC 1295-08 de 06.10.2009, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de catorce Compañías de Seguros Generales respecto de los artículos 3º y 4º de l DL n°1.757 de 1977, en recurso de reclamación de que conoce la CA de Santiago, causa rol n° 7910-2008.*

*STC 1669-10 de 15.03.2012, Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Energía Limarí S.A. respecto de los artículos 5 c) y 12 del DFL N° 1/2006 del Ministerio del Interior, 15, 124 y 221 del DFL N° 4/20.018, de 2006, del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción, en los autos Rol N° 5678-2008 sobre recurso de casación en el fondo interpuesto ante la Corte Suprema.*

*STC 2332-12 del 17-10-2012 Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por CBS Outdoor Chile S.A. respecto de los artículos 41 N° 5 y 42, incisos primero y segundo, del Decreto Ley N° 3.063, Ley sobre Rentas Municipales, en la parte que indica, en los autos sobre recurso de protección, caratulados “CBS Outdoor Chile S.A. contra Alcalde de la I. Municipalidad de Talcahuano y otros”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Concepción, bajo el Rol N° 1787-2012*

*STC 2433-13 del 27-03-2013 Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la I. Municipalidad de La Ligua respecto del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, en relación al artículo 32 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en los autos sobre cobranza laboral y previsional, caratulados “Arancibia González Marianela Ivonne con Ilustre Municipalidad de La Ligua”, de que conoce el Tribunal de Cobranza Laboral y Previsional de La Ligua, bajo el RIT N° C-8-2012.*

*STC 2438-13 del 03-04-2013 Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por INSICO S.A. respecto del artículo 32 de la Ley N° 18.695, modificado por el artículo 1º de la Ley N° 19.845, en los autos ejecutivos, caratulados “INSICO S.A. con Ilustre Municipalidad de Codegua”, del Primer Juzgado Civil de Rancagua, bajo el Rol C-70-2007*

STC 2538-13 del 14-10-2013 *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Cristián Herrera González y otro respecto de la letra b) del inciso segundo del artículo 75 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en los autos Rol N° 1.248-2013, sobre cesación del cargo de concejal de Lautaro, caratulados “Leal Quiroz, Alejandro con Schifferli Díaz Raúl y Herrera González Cristián”, sustanciados ante el Tribunal Electoral Regional de la IX Región de La Araucanía.*

### **Poder Judicial (Corte Suprema & Cortes de Apelación)**

CS, Rol 1462-98 de 25.05.1998, *Ormazábal Gómez c/Contralor Regional XIa.Región*, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 95/1998, 2.5, pp. 179-186.

CS, 3462-98 de 24.11.1998, *Gutiérrez Sánchez c/Contralor Regional del Maule*, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 95/1998, 2.5, pp. 238-246.

CS, Rol 3167-99 de 21.10.1999, *Alcalde de Los Ángeles c/Contralor Regional (S) del Bío-Bío*.

CS, Rol 1203-2006 de 28.06. de 2007, *Eyzaguirre Cid, Germán con Fisco*.

CS Rol 1428-2007 de 16 de octubre 2008, *Sociedad Visal Ltda. con Empresa Portuaria de Arica,*.

CS, Rol 3237-2007 de 27.01. 2009, *Le Roy Barría Marcela María con Esva S.A*

CS, Rol 2858-2008 caratulados *Empresa Eléctrica Pehuenche con Empresa Eléctrica Atacama*

SCS Rol 4533-09 de 13.10.2009

CS, Rol 7618-2009 de 29.12.2009, *Sociedad Educacional Pablo Neruda de Talca Ltda. con Regional Ministerial de Educación de la Región del Maule :*

CS, Rol 2698-2008 de 10.03.2010, *Instituto de Normalización Provisional con Guianatti Leighon Galvarino*.

CS, Rol 4383-2008 de 19.05.2010, *Hotelera Somontur S.A contra Alcalde subrogante municipalidad de Chillan*

SCS, Rol 7412- 2008 de 30.06.2010, *María Correa y Cía Ltda. con Secretario Regional Ministerial de Salud de la región Metropolitana*

SCS Rol 5959-10 de 01.09.2010,:

CS, Rol 2791-2012 de 03.07.2012, *Municipalidad de Zapallar contra Contraloría Regional de Valparaíso,*

SCS, Rol 1773-2013 de 13.05.2013, *Lidia Zapata Pasten y otros contra la Contraloría Regional de Coquimbo*

## CA

CA de Rancagua, “*Municipalidad de Marchigüe con Errazúriz y otros*”, *Gaceta Jurídica* N°285, marzo 2004, pp.71-74 (confirmada por la Corte Suprema)

SCA de Concepción, confirmé par la Corte Suprema, “*Municipalidad de Santa Juana con COREMA VIII Región*”, *Gobierno y Administración del Estado*, año IX, N°105, pp.123-127.

CA de Santiago, “*Municipalidad de Portezuelo y otros con CONAMA*”, *Gobierno y Administración del Estado*, año IX, N°105, pp.161-193.

CA de Temuco Rol 2438-2005 de 30.11.2007, *Benito Taladriz González con Fisco de Chile*.

SCA de Santiago Rol 7676-2008 de 01.10.2009, *Sociedad Inmobiliaria Aseg Grevia Ltda. c/ Municipalidad de Independencia*.

## Contraloría General de la República

CGR, Dictamen 64.792 de 29.09.1970, *Naturaleza jurídica Instituto Laboral Desarrollo social*

CGR, Dictamen n° 43.085 de 24.06.1976, *Análisis de la nueva legislación que rige a municipios, contenida en DL 1289/75*

CGR, Dictamen 18646 de 29.07.1992, *Naturaleza jurídica municipalidades*

CGR, Dictamen n° 23.024 de 15.09.1992

CGR, Dictamen 2661 de 25.01.1994; *Inmuebles de Poder Judicial*

CGR, Dictamen 26212 de 25.08.1995, *Facultades de Consejo de Aysén*.

CGR, Dictamen n° 11395 de 08.04.1996, *Convenio Gobierno Regional aprobación*.

CGR, Dictamen n° 13116 de 29.04.1997, *Estudios inversión fondos gobierno regional, FNDR, DESAR*

CGR, Dictamen 603 de 08.01.1998; *Inmueble de Sename*

CGR, Dictamen 1013-2000 de 12.01.2000, *Traspaso de Serplac*

CGR, Dictamen 4049 de 03.02.2000; *Aeródromo privado*

CGR, Dictamen 34351 de 04.09. 2002; *Proyecto gobierno regional equipo computacion*

–CGR, Dictamen 53149 de 25.11.2003; *Prestamo de INDAP 2*

CGR, Dictamen n° 59316 de 11.12.2006, *Reglamento Regional de Planificación de Aysén*.

CGR Dictamen 28136 de 22.06.2007, *Recurso protección fuero gremial planta a contrata, municipalidad*

CGR, Dictamen 65143 de 20.11.2009; *Gastos recursos públicos, Internet, GORE*



CGR, Dictamen 49909-2011 de 09.08.2011, *Mun, cumplimiento de dictámenes, responsabilidad administrativa*

CGR, Dictamen, n° 69 968 de 08.11.2011, *Sobre aplicación del principio de probidad a los consejeros regionales y a los concejales*

CGR. Dictamen 15700 del 16 de marzo de 2012, *Registro, Decretos municipales, anotación material*

CGR, Dictamen 74.983 de 03.12.2012, *Alcalde de la Municipalidad de Lo Prado*

CGR, Dictamen 49.972, de 07.08.2013, *Alcalde de la Municipalidad de Villa Alemana*

Dictamen 71422 de 5.11.2013. *Mun, alcaldesa, actividad política, jornada, acto oficial, cuenta twitter*

CGR, Dictamen 21666 de 26.03.2014, *Consejos regionales, elección Presidente del Consejo*

## **Francia**

### **Conseil constitutionnel**

CC, Déc. n° 64-29 L du 12 mai 1964, *Nature juridique de certaines dispositions relatives à l'administration départementale et à l'administration communale et figurant dans les ordonnances n° 58-937 du 11 octobre 1958, n° 59-29 du 5 janvier 1959, n° 59-30 du 5 janvier 1959, n° 59-33 du 5 janvier 1959 et n° 59-150 du 7 janvier 1959 et dans la loi n° 62-873 du 31 juillet 1962*, Rec. 1964, p. 37

CC. Déc.n°65-34 DC, du 2 juillet 1965, *Nature juridique des articles 1<sup>er</sup>, 5 et 6 de l'ordonnance n° 58-1383 du 31 décembre 1958 portant modification de certaines dispositions du régime de retraite des marins du commerce*

CC., Décision n° 67-47 L du 12 décembre 1967, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 1er de l'ordonnance n° 59-151 du 7 janvier 1959 relative à l'organisation des transports de voyageurs dans la région parisienne*, Rec. 1967, p. 3

CC, Décision n° 71-70 L du 23 avril 1971, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 10, alinéa 3, de la loi du 10 juillet 1964 portant réorganisation de la région parisienne et articles 98, dernier alinéa, et 115, alinéa 2, modifié du code de l'administration communale*, Rec., p. 39 - JO du 25 avril 1971, p. 4017

CC, Décision n° 75-84 L du 19 novembre 1975, *Nature juridique de diverses dispositions relatives à l'administration communale, aux syndicats de communes, aux fusions et regroupements de communes, aux districts et aux agglomérations nouvelles*

CC. Décision n°79-104 DC, du 23 mai 1979, *Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État.*

CC, Déc. n° 79-107 DC 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, Rec. p. 31.

CC, Déc. n° 81-132 DC du 16 janv. 1982, *Loi de nationalization*, Rec. p. 18, *RJC I-104*; *GDCC*, Dalloz, 11e éd., 2001, n° 31.

CC. Décision n° 82-137 DC, du 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, Rec., p. 38

CC Décision n° 82-146 DC, du 18 novembre 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*, Recueil, p. 66 - JORF du 19 novembre 1982, p. 3475 rectificatif Journal officiel du 20 novembre 1982 [Non conformité partielle]

CC, Décisions n° 82-149 DC du 28 décembre 1982, *Loi relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale*

CC. Déc. n°83-168 DC, du 20 janvier 1984, *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*, Rec. p. 38;

CC, Déc. n° 84-174 DC, 25 juillet 1984, *Loi relative aux compétences des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion*, Rec. p 48; *RDP* 1986. 395, note FAVOREU ; *AJDA* 1984. 619, note FERSTENBERT

CC, Décision n° 84-185 DC, du 18 janvier 1985, *Rapports entre l'État et les collectivités territoriales*, Rec. p. 36.

CC, Décisions : n° 85-195 DC du 10 juillet 1985, *Loi organique modifiant le code électoral et relative à l'élection des députes*, Rec. p. 7835 ;

CC, Déc. n° 85-196 DC, du 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, *AJDA* 1985, p. 605 note L. HAMON ; *R.D.P.* 1986 Chronique constitutionnelle de L. FAVOREU p. 462.

CC, Déc. n° 86-223 DC, du 29 décembre 1986, *Loi de finances rectificative pour 1986*, *JORF* du 30 décembre 1986, p. 15802 ; L. FAVOREU, *RDP*, 1989, p. 399.

CC, Déc. n° 87-241 DC du 19 janvier 1988, *Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie*

CC, Déc. n° 88-248 DC, du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* (à propos du CSA).

CC, Déc. n° 89-260 DC, du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, *JORF* du 1<sup>er</sup> août 1989, p. 9676 ; B. GENEVOIS, *RFDA*, 1989, p. 671 (à propos de la COB).

CC. Déc. n° 90-274 DC du 29 mai 1990, *Loi visant à la mise en œuvre du droit au logement*, *Rec.* p. 6518 ;

CC, Décision n° 90-277 DC du 25 juillet 1990, *Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux*, *Recueil*, p. 70,

CC. Décision n° 91-298 DC du 24 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, *cons.* 38

CC, Décision n° 91-290 DC, du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse* *Rec.* p. 50, *GDCC* n° 44

CC. Décision n° 91-298 DC du 24 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, *rec*

CC, Déc. n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, *Recueil*, p. 14.

CC, Décision 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjours des étrangers en France*.

CC, Décision n° 93-329 DC, du 13 janvier 1994, *Conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales*, *Rec.* 9.

CC, Décision n° 93-336 DC du 24 janvier 1994

CC, Décision 94-358 DC du 26 janvier 1995, *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire*, *Rec.*, p. 183.

CC, Décision n° 96-373 DC, du 9 avril 1996

CC, Décision n° 96-387 DC, du 21 janvier 1997, *Prestation dépendance vieillesse*

CC, Déc. n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux*, *Recueil*, p. 21.

CC, Décision n° 99-421 DC, du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains code* ; *rec.*, p. 136.

CC, Déc. n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, *Recueil*, p. 176.

CC. Déc. n° 2001-447 DC du 18 juillet 2001 *Prestation vieillesse dépendance*

CC. Décision n° 2001-454 DC, du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*, *Rec.* p. 70 ; *JORF* du 23 janvier 2002, p. 1526 ; P. FERRARI, *AJDA*, 2002, p. 86 ; J.-E. SCHOETTL, *AJDA*, 2002, p. 100 ; J.-B. AUBY, *Droit Administratif*, 2002, p. 3 ; B. FAURE, *RFDA*, 2002, p. 469 ; M. VERPEAUX, *RFDA*, 2002, p. 459 ; F. LUCHAIRE, *RDP*, 2002, p. 885 ; L. FAVOREU, *RFDC*, 2002, p. 410 ; X. MAGNON, *D.* 2003, p. 1124.

CC. Décision n°2003-478 DC, du 30 juillet 2003, *Loi organique n° 2003-704 du 1<sup>er</sup> août 2003 relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, *Rec.* 406.

CC, Déc. n° 2004-490 DC, du 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*

CC, Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*.

CC., Décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, *Rec.* p. 144

CC. Décision n° 2005-516 DC, du 7 juillet 2005, *Rec.* p.102 ; *Dr. adm.* 2005, comm. n° 114, note R. FRAISSE

CC, Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie (GDF-Suez)*

CC, Déc. n° 2007-548 DC du 22 février 2007 *Loi relative aux règles d'urbanisme applicables dans le périmètre de l'opération d'intérêt national de La Défense et portant création d'un établissement public de gestion du quartier d'affaires de La Défense*

CC, Déc. n° 2007-559 DC du 6 décembre 2007, *Loi organique tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française*

CC. Déc. n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*.

CC, Décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*.

CC. Décision. 2010-618 DC du 09 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales*

CC, décision n° 2012-660 du 17 janvier 2013, *loi relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social*,

CC., Déc. n° 2013-687 DC du 23 janvier 2014, *Loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles*

### **Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC)**

CC, Décision n°2010-12 QPC du 02.07.2010, *Commune de Dunkerque*

CC, Déc. n° 2010-29/37 QPC du 22 .09.2010, *Commune de Besançon et autre [Instruction CNI et passeports]*

CC, Déc. n° 2010-95 QPC du 28.01.2011, *SARL du Parc d'activités de Blotzheim et autre [Projet d'intérêt général],*

CC., Décision n° 2011-146 QPC du 08.07. 2011, *Département des Landes [Aides publiques en matière d'eau potable ou d'assainissement]*

Décision n°2011-149 QPC du 13.07.2011, *Département de la Haute-Savoie [Centres d'orientation scolaire]*

2012-255/265 QPC, 29 juin 2012, *Départements de la Seine-Saint-Denis et du Var [Fonds national de péréquation des droits de mutation à titre onéreux perçus par les départements]*

CC., Déc. n° 2013-309 QPC du 26 avril 2013 SARL SCMC

CC., Déc. n° 2013-303 QPC du 26 avril 2013, *Commune de Puyravault,*

Déc. n° 2013-304 QPC du 26 avril 2013 *Commune de Maing,*

CC., Décision n° 2014-391 QPC du 25 avril 2014, *Commune de Thonon-les-Bains et autre*

### **Conseil d'État y otras jurisprudencias administrativas**

CE, 29 mars 1901, *Casanova*, Rec. Rec., p. 333, S. 1901.3.73, note HAURIOU.

CE, 18 avril 1902, *Maire de Nérès-les-Bains c/ Préfet de l'Allier*, S. 1902.3.81, note M. HAURIOU

CE, 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, n° 49241, Rec. CE 1913, p. 583, note M. HAURIOU

CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, Sirey, 1922, IIIème partie, p. 50. Note M. HAURIOU

CE, Sec., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Rec. Rec. p. 583

C.E 18 janvier 1935, *Didier*, rec. Rec., p. 67

CE,sect., 7 février 1936, *Jamart*, Rec., p. 172 ; Sirey, 1937, IIIème partie, p. 113, note RIVERO

CE 27 décembre 1948, *Commune de Champigny-sur-Marne* , D. 1949. III. 408, concl. GUIONON

CE,7 juillet 1950, *Dehaene*, Rec., p. 426 ; RDP, 1950, p. 691, concl. Gazier, note M. WALINE ; D. 1950, p. 538, note GERVAIS.

C.E. 10 juillet 1954, *Brouillard*, Rec. p. 453.

CE, 18 juin 1965, *Bellet*, Rec. p. 370.

CE, Ass., 13 décembre 1968, *Fédération nationale des élus républicains, municipaux et cantonaux*, Rec. p. 644.

CE 23 juin 1972, *Société La plage de la forêt*, RDP 1972. 1259, concl. F. BERNARD ; *AJDA* 1972. 462.

CE, Ass., 21 juillet 1972, *Sieur Saingery*, Rec.p. 555.

CE, Ass., 18 juillet 1973, Département des Hauts-de-Seine, Rec. p.500

TC, 7 juillet 1975, *Cne Ponts Ponts-de-Cé c. Poisson*, Rec. 798.

CE 6 juillet 1977, *Synd. Nat. des ingénieurs techniciens agréés*, Rec. 306.

TA Montpellier 20 juin 1983, *Commune de Narbonne c/ Région Languedoc-Roussillon* ; Rec. 561 ; *AJDA* 1983.678, note DUGRIP.

CE 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle Cergy-Pontoise*, Rec.p. 37; *RFDA*, 1985, note J.-C- DOUENCE, p. 365, et obs. L. FAVOREU, p. 371 ; *AJDA* 1985, note J. MOREAU, p. 271.

C.E. 24 avril 1985, *Ville d'Aix-en-Provence*, req. 58793, Rec. p. 522

CE 18 avr. 1986, *Commissaire de la République d'Ille-et-Vilaine*, req. n° 62470, Rec. p. 423; *RFDA* 1987. 206, concl. ROUX.

CE 22 mai 1987, *Tête c./ Commune de Caluire et Cuire*, Rec. p. 179, *AJDA* 1987, p. 664, concl. C. VIGOUROUX

CE Sect. 13 janv. 1988, req. n° 68166, *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales et de leurs établissements*, Rec. p.6 ; *AJDA*, 1988, 142, chron. AZIBERT et BOISDEFFRE.

CE, 25 mai 1988, *Commune de Goult*, req. 66907.

CE 1<sup>er</sup> févr. 1989, *Commune de Briançon*, req. n° 92875

CE 3 nov. 1989, *Gaillot*, rec. 223 ; *AJDA* 1990. 425, note. J. MOREAU

C.E. 31 janvier 1990, *District urbain de Montbéliard*, *A.J.D.A.* 1990, p 492

C.E. 14 janvier 1991, *Deranlot*, req. 116145

CE Sect., 25 janvier 1991, *Brasseur*, req. n° 80969, *Rec.* 23 ; *RFDA* 1991. 587, concl. B. STIRN, note J.-C. DOUENCE; *AJDA* 1991. 351, chron. R. SCHWARTZ et C. MAUGÜE ; *GADD*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., n° 37

CE, avis, sect. 20 mars 1992, *Préfet du Calvados*, Rec., p. 123, *AJDA*, 1992, p. 293, concl. H. TOUTEE, *RFDA*, 1994, note B. FAURE

CE ass. 11 mars 1994, *SA La Cinq*, Rec. p. 117, concl. P. FRYDMAN

CE, 4 nov. 1994, *Département de la Sarthe*, req. n° 99643, Rec. p. 1109; *AJDA* 1994. 898, concl. C. MAUGÛE.

CE, 24 mai 1995, *Ville de Meudon*, Rec. p. 208.

CE Ass. 15 avr. 1996, *Syndicat CGT des Hospitaliers de Bédarieux*, req. n° 120273, Rec. p. 130 ; *RFDA* 1996. 1169, concl. COMBREXELLE.

CE 4 novembre 1996, *Département de la Dordogne*, rec. p. 433; *AJDA* 1997, p. 185, concl. C. MAUGÛE; *GADD*, Dalloz, n° 34

CE Sect. 28 févr. 1997, *Commune du Port*, req. n° 167483, Rec. 61; *RFDA* 1997. 1190, concl. J.-H. STAHL, note J.-C. DOUENCE; *AJDA* 1997. 421, chron. D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT

CE, Ass., du 30 octobre 1998, *M. Sarran, M. Levacher et autres*, *RDFA* 1998, p. 1081, concl. Ch. MAUGÛE, Note D. ALLAND, "Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international ", p. 1094 ; Ch. MAUGÛE - « L'arrêt Sarran, entre apparence et réalité », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 7 (Dossier : La hiérarchie des normes) - décembre 1999 ; D. SIMON, " L'arrêt Sarran : dualisme incompressible ou monisme inversé ", chron., *Europe*, mars 1999, p. 4 ; *GAJA*, 12e éd., commentaire de l'arrêt Sarran, p. 831, J.-F. FLAUSS, note de jurisprudence, *RDP.*, 1999, n° 3, p. 919 ; L. DUBOUIS, " Les trois logiques de la jurisprudence Sarran ", *RFDA*, 1999, p. 57 ; R. RICCI, " Le Conseil d'État et la loi : vers la recevabilité d'une exception d'inconstitutionnalité ? ", *Petites affiches*, n° 200, 7 oct. 1999, p. 11 ; B. MATHIEU y M. VERPEAUX, " À propos de l'arrêt Sarran : le point de vue du constitutionnaliste ", *RFDA*, 1999, p. 67.

TA Bastia, 3 juill. 1997, *Cne Saint-Florent* : *Juris-Data* n° 1997-850486 ; *Petites affiches* 10 sept. 1997, p. 12, concl. CHIAVERINI, note BRENET, B. ; *Petites affiches* 14 janv. 1998, note HOMONT

CE Ass., 15 octobre 1999, *Commune de Savigny-Le-Temple*, Rec. p. 309; *GCADD*, n° 35.

CE, 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône et Loire et Rassemblement des opposants de la chasse*, Rec. p. 381.

CE 21 juin 2000, *Ministre de l'Équipement c. Commune de Roquebrune-Cap-Martin*, req. n° 202058 , Rec. p. 236 ; *RFDA* 2000. 1096, note P. BON.

CE 6 oct. 2000, *Ministre de l'Intérieur c. Commune de Saint-Florent et autres*, req. n°205959, Rec. p. 395; *RFDA*, 2001, p. 152, note P.BON; *AJDA*, 2001, p. 201, note CLIQUENOIS.

CE 29 juin 2001, *Commune de Mons-en-Baroeul*, Rec. p. 298 ; *AJDA* 2002. 42, note Y. JEGOUZO ; *ibid.* 386, étude D. ROMAN; *D.* 2001. 2559, y las obs.; *RDI* 2001. 366, obs. J.-P. BROUANT; *RDSS* 2002. 81, note M. GHEBALI-BAILLY; *Coll. terr.* 2001, n° 228, note J. MOREAU

CE, Sect., 18 janv. 2001, *Commune de Venelles c/ M. Morbelli*, concl. L. TOUVET, *RFDA*.n° 3, 2001, VERPEAUX, M., p. 684.

CE, 12 juin 2002, *Communes de Fauillet, Mont-pouillan et Sainte- Marthe*, Rec. p. 215 ; *AJDA* 2002 p. 590, chron. F. DONNAT et D. CASAS.

CE, 30 décembre 2002, *Rémi*, req. N° 239380.

CE ass. 12 décembre 2003, *Dép. des Landes* ; req. n° 236442, Concl. F. SENERS, *RFDA*, 2004, p. 518 ; F. DONNAT et D. CASAS, Chr., *AJDA* 1995, p. 195 ; J.-C. DOUENCE, « La prohibition de la tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre », *RFDA* 2004, p. 525

CE, 5 janvier 2005, *Deprez et Baillard*, Rec. 1.

CE, 5 janvier 2005, *Commune de Versailles*, note CASSIA, P., *RFDA*, 2005, p. 714.

CE, 24 mars 2006, *KPMG*, req. n° 188460, *JCP A*, 1120, 29 mai 2006 n° 22, note BELORGEY, J.-M.

CE, 9 mars 2007, *Département de la Vendée*

CE, 9 mars 2007, *Syndicat CFDT Culture*

CE, 17 octobre 2007, *Département des Alpes de Haute-Provence*, req. n° 290161, *AJDA*, 2007, p. 2006.

CE, 7 août 2007, *Département de Haute-Garonne*, req. 290587, *AJDA*, p. 1565.

CE, Ass, 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, Rec. p. 322.

CE, 30 décembre 2009, *Département de la Seine-Saint-Denis et département de Saône-et-Loire*, requête n°325824 ; *AJDA* 2010, p. 389, note P. CASSIA ; *Revue Lamy des collectivités territoriales 2010*, n°55, p. 19, note E. GLASER et n°57, p. 10, note E. LANZERONE ; *LPA* 8 mars 2010, n°47, p. 3, note M-C. ROUAULT.

### **Derecho comunitario**

CJCE, 10 avril 1984, *Von Clon et Kamann*

CJCE 22 juin 1989, *Costanzo*



## INDICE DETALLADO

INTRODUCCIÓN .....	1
§ 1. Elección, fundamentos y delimitaciones del tema: .....	2
§ 2. Problemática.....	3
§ 3. La hipótesis .....	3
§ 4. La construcción del método .....	4
A. El derecho comparado como método .....	4
B. El método comparativo construido y adoptado para este estudio .....	7
§ 5. La aplicación del método .....	8
§ 6. Prolegómenos.....	9
A. Precisiones conceptuales y terminológicas .....	9
1. Aproximación de las nociones de competencias, poderes, funciones y atribuciones .....	9
a) ¿La inútil búsqueda de una distinción en derecho francés de la descentralización? .....	10
b) La distinción chilena entre competencias, funciones y atribuciones ..	11
c) Conclusión sobre las dos aproximaciones y la opción retenida para la investigación.....	14
2. Colectividades y entes territoriales .....	16
3. La noción de poder reglamentario territorial.....	17
B. La repartición horizontal de los poderes en Chile y en Francia. ....	20
1. Dos regímenes de gobierno distintos que tienden a aproximarse .....	21
2. Una repartición semejante de los papeles en la producción normativa central	24
a) La preponderancia del ejecutivo en la iniciativa de las leyes .....	24
b) La primacía de la ley en la definición de las políticas territoriales.....	25
c) El lugar del poder reglamentario nacional en la jerarquía de las normas	26
3. La organización del poder jurisdiccional .....	27
a) Un factor de aproximación: el control de constitucionalidad de las leyes	28
(1) Francia: un control de constitucionalidad renovado .....	28
(2) Chile: ¿la consagración de un control de constitucionalidad concentrado y concreto? .....	29
b) Las divergencias en cuanto al control de los actos de la administración	32
(1) En cuanto a las instituciones encargadas del control jurisdiccional de los actos de la administración .....	32
(2) En cuanto al número y a la naturaleza de los recursos.....	35
Parte 1. Los elementos de orden institucional del poder territorial.....	41
Capítulo 1. La separación vertical de poderes en Chile y Francia.....	42
Sección 1. Evolución de la descentralización en Chile y Francia.....	42

§ 1. De la Revolución francesa a los años 1970.....	42
§ 2. Del giro de los años 1970 hasta hoy .....	47
A. La profundización de la descentralización francesa a partir de 1982 .....	48
B. La recuperación democrática de la descentralización chilena .....	50
Sección 2. Discursos y prácticas políticas de la descentralización .....	55
§ 1. Descentralización y Democracia.....	56
§ 2. La influencia de las lógicas de la globalización sobre la administración del territorio .....	61
A. Descentralización funcional y desterritorialización de la acción de los entes territoriales .....	62
B. La “privatización” de los entes territoriales .....	65
C. ¿Inevitables fenómenos de recentralización?.....	69
Sección 3. Discursos jurídicos sobre la descentralización .....	72
§ 1. La distinción entre descentralización y libre administración en Francia .....	73
A. Las grandes corrientes doctrinales francesas relativas al estudio de la descentralización .....	74
B. El alcance de la distinción descentralización-libre administración .....	80
§ 2. El binomio descentralización-regionalización en Chile.....	85
A. El enfoque de la descentralización (municipal) por la doctrina chilena .....	85
B. El objeto de la regionalización chilena.....	91
Conclusión del capítulo 1. Los modos de acceso jurídico del poder territorial en Chile y en Francia.....	98
Capítulo 2. Naturaleza y características de los entes territoriales chilenos y franceses. 102	
Sección 1. La naturaleza de los entes territoriales chilenos y franceses .....	102
§ 1. El imposible encuentro de la noción jurídica de ente territorial .....	102
A. Definiciones normativas.....	102
B. Definiciones doctrinales .....	103
§ 2. La naturaleza de personalidad jurídica de derecho publico .....	107
A. La personificación de las entidades territoriales y su sujeción administrativa ..	108
1. El origen de los entes territoriales: el criterio corporativo o fundacional ...	109
a) Las entidades territoriales de origen corporativo .....	109
b) El carácter fundacional de las entidades territoriales postrevolucionarias	
111	
2. Las “puestas en escena” jurídicas de las entidades territoriales.....	113
a) Algunas interpretaciones a priori divergentes de la teoría de la ficción .....	115
b) Las teorías alternativas y la consagración de la realidad técnica .....	119
B. Una noción jurídica totalizante o sintetizante .....	124
Sección 2. Las características de los entes territoriales, personas jurídicas de derecho público.....	127
§ 1. Las características vinculadas al estatuto de las entidades territoriales, órganos administrativos del Estado .....	127
A. La administración del territorio: primera característica determinante y razón de ser negadora de la autonomía.....	127
B. Algunas competencias.....	131

C. Un control del Estado.....	132
§ 2. Los condicionamientos contemporáneos de la personalidad jurídica de las entidades territoriales .....	133
A. La determinación de los titulares de la personalidad jurídica.....	133
B. La personificación: una noción necesaria, pero insuficiente .....	136
Conclusión del capítulo 2.....	137
Capítulo 3. La organización de los entes territoriales chilenos y franceses.....	139
Sección 1. El ente territorial, como forma de ser del Estado .....	139
§ 1. Los principios de uniformidad y de la elección .....	139
A. La afirmación del principio de uniformidad .....	139
1. La construcción del Estado unitario .....	140
2. El principio revolucionario de igualdad.....	141
B. El desafío de la elección como principio de organización.....	143
C. La combinación de los principios: una reproducción y una representación del modelo estatal.....	147
§2. La aplicación de los principios.....	151
A. La institucionalización de una descentralización asimétrica:¿atenuación o abandono del principio de uniformidad?.....	151
1. Los ultra-mar franceses y chilenos, y los estatutos particulares continentales. 152	
2. Los entes de derecho común: entre el “derecho a” la evolución estatutaria y la “obligación de evolucionar” estatutariamente.....	155
a) La cooperación interinstitucional en Francia y en Chile.....	155
(1) La transformación del paisaje institucional territorial francés.....	155
(2) Los ensayos chilenos. ....	159
b) La fusión de los entes territoriales.....	162
3. Lecciones provisorias.....	164
B. Algunas designaciones de las autoridades territoriales conforme con la diversificación de las instituciones territoriales .....	168
1. De la estructura “parlamentaria” originaria de las colectividades territoriales francesas a su diversificación.....	169
2. La estructura “parlamentaria” de las regiones y “presidencial” de las municipalidades chilenas .....	170
Sección 2. La repartición de las competencias entre órganos del ente territoriales .....	173
§1. La determinación de los titulares de la competencia normativa en el seno del ente territorial.....	174
A. La ordenación de la primacía de las competencias de los consejos elegidos.....	174
1. Las adaptaciones del principio de un poder normativo general en manos de la asamblea.....	174
2. La existencia de un poder normativo directo del ejecutivo por determinación de la ley .....	176
B. El poder normativo secundario de los ejecutivos territoriales .....	178
1. ¿Un deber o un poder de ejecución de las decisiones de la asamblea deliberante? .....	178

2.	Por delegación de la asamblea deliberante.....	181
§ 2.	El ejercicio de las competencias. ....	182
A.	La desviación “presidencial” de los entes territoriales franceses y chilenos .....	182
1.	El papel preponderante del ejecutivo en la elaboración y la adopción de los actos normativos.....	183
2.	Las funciones de administración y de control de los funcionarios. ....	186
B.	La transparencia de la vida política y la instauración de medidas “parlamentarias” a nivel territorial.....	187
1.	Medidas de transparencia de la vida política territorial y de control del ejecutivo .....	187
a)	Derecho a la información .....	187
b)	Las medidas de control del ejecutivo. ....	188
2.	El estatuto de la oposición política.....	193
	Conclusión del Capítulo 3.....	194
	Conclusión de la parte 1 .....	196
	Parte 2. Los elementos de orden funcional del poder territorial .....	197
	Capítulo 4. Determinación y repartición de las competencias de los entes territoriales .....	198
	Sección 1. Principios constitucionales y títulos jurídicos de determinación de las competencias. ....	199
§ 1.	La cuestión de la existencia de principios constitucionales de repartición de las competencias .....	199
A.	Las aporías del principio de subsidiariedad como principio de repartición de las competencias en el Estado unitario .....	201
1.	Un principio difícilmente aprehensible en términos jurídicos .....	201
a)	Los ejemplos supranacionales y extranjeros .....	203
b)	Las condiciones de la normatividad del principio de subsidiariedad .....	205
2.	Los obstáculos a la aplicación del principio de subsidiariedad en Chile y en Francia en beneficio de los entes territoriales .....	205
a)	La Constitución chilena consagra un principio de subsidiariedad que no beneficia a los entes territoriales .....	206
b)	La Constitución francesa no consagra un principio de subsidiariedad en beneficio de los entes territoriales .....	209
3.	Conclusión.....	213
B.	El principio de una autonomía encuadrada por la ley. ....	214
C.	El principio de la posibilidad de transferir competencias mediante decreto.....	216
D.	La existencia o ausencia de un principio de tutela entre entes territoriales .....	219
§ 2.	Los títulos jurídicos de determinación de las competencias. ....	222
A.	La atribución de competencias a los entes territoriales directamente por la Constitución .....	223
B.	El fundamento legal de la determinación de las competencias: ¿un principio tradicional común? .....	224
C.	Las posibilidades de determinación de las competencias por vía reglamentaria y/o convencional .....	229

Sección 2: Las modalidades de repartición y de ejercicio de las competencias .....	234
§ 1. Las modalidades de repartición de las competencias.....	234
A. Competencia general y competencias implícitas .....	234
1. Las nociones de competencia general o de principio y de competencias implícitas .....	235
2. La cláusula general de competencia, como competencia de principio implícita.....	236
B. Las modalidades de repartición de las competencias de atribución.....	242
1. La ilusión de los bloques de competencias. ....	242
2. Las leyes de competencias. ....	244
3. “Contractualización” y transferencias de competencias a petición.....	244
C. De la dificultad o de la inutilidad de comparar los ámbitos de competencia.....	246
§ 2. Las modalidades de ejercicio de las competencias materiales.....	247
A. Una tipología clásica de las competencias descentralizadas.....	248
1. Competencias propias y delegadas.....	249
2. Competencias exclusivas y competencias <i>privativas</i> de las municipalidades chilenas.....	252
B. La consagración de la articulación de las competencias.....	254
1. Las nociones de acción común en Francia y de competencias facultativas y (eventualmente) compartidas en Chile.....	255
2. La articulación de las competencias en derecho positivo. ....	256
Conclusión del Capítulo 4.....	258
Capítulo 5. Naturaleza y características comunes del poder reglamentario territorial ..	261
Sección 1. El común reconocimiento constitucional de un poder reglamentario territorial .....	261
§ 1. La consagración constitucional de un poder reglamentario de los entes territoriales chilenos y franceses.....	261
§ 2. Los problemas planteados por la existencia de un poder reglamentario territorial.....	264
A. Las teorías relativas a las fuentes y a la naturaleza del poder reglamentario territorial.....	265
B. Las dificultades planteadas por las nociones de acto administrativo y de acto reglamentario.....	268
C. Los actos pertenecientes al poder reglamentario territorial .....	273
Sección 2. Las características del poder reglamentario territorial .....	279
§ 1. La ausencia de carácter autónomo del poder reglamentario territorial .....	279
A. El argumento positivista: el fundamento legal del ejercicio del poder reglamentario territorial .....	280
B. Las justificaciones teóricas .....	283
1. La legitimidad funda la legalidad.....	283
2. La soberanía como fundamento de la legitimidad: su carácter indivisible ..	285
3. La distinción soberanía – competencia .....	288
§ 2. Las vicisitudes de los debates sobre el poder de ejecución y/o de aplicación de las leyes.....	292
A. La distinción de las nociones de ejecución y de aplicación.....	293

B. Algunas variadas soluciones de derecho positivo.....	297
1. Los debates franceses sobre el carácter reservado o residual del poder reglamentario territorial .....	298
2. El poder de aplicación de las municipalidades y el poder de ejecución de las regiones en Chile.....	301
a) El carácter autónomo de las municipalidades, garantía de un poder de aplicación limitado.....	301
b) El triple obstáculo a la existencia de poder reglamentario regional residual 303	
(1) El debate sobre la necesidad de habilitaciones legislativas expresas previas y la posición jurisprudencial de la Contraloría General de la República.....	303
(2) Algunas disposiciones contradictorias de la ley orgánica .....	307
(3) Las consecuencias de la aplicación de los artículos 6 y 7 de la CPR	308
Conclusión del capítulo 5.....	310
Capítulo 6. Los debates relativos a la extensión del poder reglamentario territorial.....	312
Sección 1. La noción de cláusula general de competencia (o asimilada) .....	313
§ 1. El estado del derecho positivo.....	313
§ 2. Las interpretaciones y creaciones doctrinales .....	317
A. Evolución de las nociones invocadas.....	317
1. La fragilidad de la noción de asuntos locales.....	318
2. La similitud de los problemas encontrados y de las soluciones propuestas en derecho comparado .....	321
3. La teoría de los poderes implícitos y la consagración de la noción de cláusula general de competencia. ....	325
B. Un intento de justificación “renovada” por el principio de subsidiariedad .....	328
Sección 2. Los arreglos explícitos de las reglas de repartición del poder normativo ....	332
§ 1. Los arreglos legislativos sobre autorización de la constitución .....	333
A. Las técnicas de leyes especiales y de las habilitaciones legislativas .....	333
B. Las hipótesis de descentralización del poder de adaptación .....	335
C. Los recursos a las experimentaciones-derogaciones.....	338
§ 2. Los arreglos constitucionales de repartición del poder normativo.....	343
A. Las colectividades francesas de ultramar (COM) regidas por el artículo 74: principio de especialidad legislativa y las leyes del país .....	344
B. Las consecuencias de la ratificación de tratados internacionales .....	347
C. Los ejemplos extranjeros.....	350
D. Las leyes territoriales .....	353
Conclusión del capítulo 6.....	354
Conclusión de la Parte 2.....	358
Parte III. Garantías y límites al ejercicio del poder territorial.....	359
Capítulo 7. Algunas garantías de la autonomía territorial limitadas.....	360
Sección 1. Naturaleza y mecanismos de protección de las garantías de la autonomía territorial.....	360

§ 1. La naturaleza jurídica de la libre administración de las colectividades territoriales francesas y de la autonomía municipal chilena.....	360
A. ¿Algunos principios de organización del Estado? .....	361
B. La cuestión de la existencia de derechos o libertades fundamentales de los entes territoriales .....	362
§ 2. La existencia o no de un recurso al juez para los entes territoriales .....	365
A. Contra los ataques a las competencias descentralizadas por el legislador .....	366
B. Contra los ataques del legislador a los derechos garantizados por la Constitución. ....	369
1. La ausencia de participación directa de los entes territoriales al control abstracto de constitucionalidad .....	369
2. La ausencia (en principio) de recursos específicos de los entes territoriales ante el juez constitucional. ....	370
3. Las posibilidades de apropiación por los entes territoriales de nuevos recursos destinados a los particulares .....	375
Sección 2. El contenido de las garantías constitucionales de la autonomía territorial..	378
§ 1. El derecho a existir y la libertad “de ser”: las garantías de la autonomía orgánica	380
A. La garantía constitucional de existencia relativa .....	380
B. Algunas exigencias constitucionales en número reducido y encuadradas .....	383
1. De los consejos elegidos dotados de un poder reglamentario .....	383
2. La ausencia de un principio a la auto-organización .....	386
§ 2. La autonomía funcional o el derecho a actuar y la “libertad de hacer” .....	390
A. Las garantías del ejercicio de la facultad de decidir .....	391
1. Un campo de competencias materiales limitado por la ley .....	391
2. El carácter discrecional (o no) de la adopción de decisión .....	392
B. El encuadramiento de la autonomía financiera .....	396
1. Los recursos y sus orígenes: primera condición de la autonomía financiera	397
a) El principio del poder fiscal de los entes territoriales .....	397
b) Los otros límites a la obtención de recursos propios.....	400
2. Principio y límites a la libertad de utilización de los recursos .....	402
Conclusión del capítulo7.....	404
Capítulo 8. La permanencia de los controles del Estado sobre sus entidades territoriales .....	405
Sección 1. Naturaleza(s) jurídica(s) de los controles del Estado sobre los actos de las entidades territoriales .....	408
§ 1. Las disposiciones de derecho positivo chilenas y francesas .....	408
A. El principio de la uniformidad del control administrativo a posteriori francés .	409
1. Los caracteres del control administrativo de derecho común .....	409
2. Los controles sobre las Colectividades de ultramar .....	411
B. La dualidad de los controles sobre las regiones y municipalidades chilenas....	412
1. El control preventivo sobre las regiones .....	412
2. La ausencia teórica de control sobre las municipalidades.....	415
§ 2. El análisis del derecho positivo.....	417

A. Las dificultades planteadas al análisis por la dicotomía control jerárquico-control de tutela .....	418
1. Presentación de las concepciones francesas relativas a la tutela.....	418
2. Las concepciones vinculadas a la noción de tutela en derecho chileno .....	420
3. La (con)fusión del poder jerárquico y de los poderes de tutela .....	423
B. La inevitable conclusión: el mantenimiento de los principios de la tutela .....	428
Sección 2. Las modalidades de los controles del Estado .....	429
§ 1. Los controles sobre los actos reglamentarios de las entidades territoriales chilenas y francesas .....	429
A. ¿Quién? La o las autoridades a cargo del control .....	430
1. El “representante” del Estado .....	430
2. Las autoridades a cargo del control en Chile .....	431
B. ¿Qué? Los actos sometidos al control administrativo de legalidad .....	432
1. En Francia .....	432
2. En Chile.....	434
C. ¿Cómo? Las modalidades prácticas del control de legalidad.....	436
1. La evolución del <i>déféré</i> : de la función de control a las de diálogo y consejo	436
2. De la ausencia de control preventivo a la intromisión de la Contraloría en los asuntos locales.....	439
3. Intento de apreciación comparada.....	443
§ 2. Los controles sobre los órganos de las entidades descentralizadas.....	445
A. Precisiones conceptuales .....	445
1. Responsabilidad administrativa y sanciones “disciplinarias” .....	445
2. Fundamentos normativos y políticos.....	446
B. La aplicación de los controles según las sanciones y según los órganos .....	447
1. Las sanciones legales de oficio .....	448
2. Las sanciones “disciplinarias” .....	448
a) Sobre los ejecutivos.....	449
b) Sobre los miembros de las asambleas territoriales .....	450
c) El caso de las instancias colegiales .....	451
§ 3. Los controles innominados .....	452
Conclusión del capítulo 8.....	458
Conclusión de la parte 3.....	459
CONCLUSIÓN GENERAL .....	460
BIBLIOGRAFÍA .....	464
Obras generales, Tratados, Manuales y Cursos .....	464
Obras especializadas: Tesis, monografías, Informes, cCloquios y <i>Mélanges</i> .....	467
Artículos.....	478
Jurisprudencia citada.....	502
Chile .....	502
Tribunal Constitucional.....	502
Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (INA).....	503
Poder Judicial (Corte Suprema & Cortes de Apelación) .....	505



CA.....	506
Contraloría General de la República.....	506
Francia.....	507
Conseil constitutionnel.....	507
Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC).....	511
Conseil d'État y otras jurisprudencias administrativas.....	511
Derecho comunitario.....	514
INDICE DETALLADO.....	515