

Forma jurídica de Estado en Chile en perspectiva constituyente

Por Rodrigo Pérez Lisicic

Universidad de Atacama

I. Introducción. La conveniencia de erigir la forma jurídica de Estado en función de los derechos fundamentales.

Una auténtica experiencia constituyente, entendida como proceso político dentro del cual la ciudadanía ejerce en plenitud -es decir, sin la intervención de órganos constitucionales- la soberanía popular, constituye el medio donde mejor se exhiben las buenas razones a favor del sentido y significado de los derechos fundamentales en general y, en lo particular, de los derechos vinculados a la comunicación y participación ciudadana. El principio de soberanía popular contiene un modo atractivo de concretarse, toda vez que se devela necesariamente a través de un procedimiento cuyas reglas son, en un contexto ideal de diálogo, aceptadas por todos los participantes que pudieran verse afectados por ellas¹. En esto reside la relevancia de los derechos de naturaleza política (derecho de reunión, de asociación política, de sufragio activo y pasivo, la libertad de expresión) en el contexto de procedimientos democráticos en la toma de decisiones políticas: son derechos que determinan no sólo la posición jurídica de los ciudadanos frente al Derecho, sino también permiten al ciudadano adoptar una posición reflexiva frente al sistema en su totalidad². En consecuencia, un proceso de cambio constitucional que disocie el propósito de los derechos fundamentales vinculados al ideario de autogobierno y autonomía política del debate acerca de la conveniencia de adoptar una determinada forma jurídica de Estado (federal, unitaria, regional o autonómica) es un fracaso político del ejercicio del principio democrático, precisamente porque se juega y se resuelve en ella el especial modo que tiene la estructura

¹ Habermas piensa que el valor del principio de soberanía popular reside en su calidad o aptitud para fundamentar la cuestión de la legitimidad del orden político, pues «(...) establece un procedimiento que, en razón de sus propiedades democráticas, fundamenta la posición de resultados legítimos». Ver: Habermas, Jürgen. (2000 b). *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, p. 150.

² Habermas, Jürgen. (2000 a). *Facticidad y validez*, p. 143.

formal escogida para realizar la dominación sobre nosotros mismos. Derechos fundamentales y forma jurídica de Estado expresan la intensidad de la relación existente entre principio de autodeterminación política y estructura y organización del poder.

La decisión sobre la forma de organizar la distribución de las potestades estatales con el propósito de superar la centenaria tradición del centralismo jurídico y político chileno es una decisión soberana y popular, puesto que si no fuera de este modo toda estructuración del poder en clave de conservar la centralidad del Estado unitario en su esencia significa disminuir la experiencia del derecho de los pueblos a la autodeterminación política o autogobierno. No perseverar en este ideario es perseverar en la autodeterminación política de las corporaciones en vez de los miembros de la ciudadanía.

En torno a los años '20 del siglo XX, Harold J. Laski redactó su *Introducción a la política*. En ella, manifiesta su admiración por la forma jurídica federal de los Estados Unidos de Norteamérica donde sostuvo que cuanto más disperso se halla el poder en un Estado, tanto más efectivas serán sus funciones. Nos recuerda Laski tres razones básicas que hacen posible la aserción anterior. En primer lugar, parte del fundamento utilitario por el cual cuantos más hombres tengan responsabilidad por el resultado de la ley, tanto más probable es que esos hombres se sientan interesados en el resultado de la ley. Por esa razón la obediencia es pocas veces creadora en un Estado altamente centralizado, donde los sentimientos de cooperación social son menos intensos. En segundo lugar, Laski da cuenta de una condición consustancial a toda clase de centralización, cual es, su tendencia a la uniformidad al resolver los asuntos de la periferia, recibiendo estos territorios las soluciones que resultan mejor y afines para aquellas zonas más próximas al centro del poder. La ciudadanía de la periferia experimentan con impotencia la falta de sensibilidad para con los asuntos locales y regionales debiendo soportar la indiferencia de las autoridades de sus singularidades, es decir, la comprensión existencial que viene determinada por los medios de vida y los factores medio ambientales que nunca resulta posible asimilarlos u homologarlos mediante soluciones aparentemente universalizables para todos por igual. Laski sostiene que esa uniformidad es “falta de genio del tiempo y del lugar”, que aquello que molesta y es tedioso para el poder central es la necesidad de “experimentar”, asumiendo *ex ante* el costo elevado del fracaso que eventualmente se puede incurrir ante las gestiones de nuevos administradores de la cosa pública. Por último, Laski comprende que el régimen centralizado significa incapacidad para

resolver el problema del tiempo en la administración de los asuntos públicos, pues un gobierno y una asamblea disponen de determinadas horas al día y la lista de materias de interés de todo el país que debe ser estudiada y debatida se encuentra normalmente sobrecargada. No es extraño, en consecuencia, que los asuntos no logran siempre ser estudiadas y debatidas, provocando la postergación y dilación de las materias o la legislación mediocre de las mismas³.

1. Conceptos básicos sobre la forma jurídica de Estado.

El problema de la articulación territorial del Estado es, al mismo tiempo, el problema espacial del dominio de validez territorial de las normas que conforman un orden estatal⁴. Esta afirmación se corresponde con la tesis de identidad entre Derecho y Estado, es decir, la identidad entre el ordenamiento jurídico o sistema de normas positivas y el sistema político⁵. Lo relativo a la validez territorial de las normas no es más que la cara normativa de la estructura del Estado. Por ello la llamada centralización o descentralización del Estado viene a ser una cuestión no absoluta, sino parcial, pues en el proceso de concreción de normas generales (normalmente, *leyes*), en principio con alcance sobre todo el territorio de un Estado, son los órganos los que, con distinto ámbito territorial, dictan normas con una validez

³ Harold J. Laski. (1946). *Introducción a la política*, pp. 72-73.

⁴ Sostiene Kelsen que «Si el Estado es concebido como un orden de la conducta humana, y, por ende, como un sistema de normas que cuentan con una validez tanto temporal como espacial, el problema de la articulación territorial del Estado en provincias, o en así llamados Estados federales, es un problema especial del dominio de validez territorial de las normas que constituyen el orden estatal (...)». Ver: Hans Kelsen. (1986). *Teoría pura del derecho*, p. 315.

⁵ Afirma Habermas, sin adherir a la tesis monista del jurista vienés, en cuya virtud desaparecen las dualidades del derecho contemporáneo, que «(...) Los Estados modernos se caracterizan por el hecho de que constituyen el poder político en la forma del derecho positivo, esto es, estatuido y coactivo». Ver: Jürgen Habermas. (2000 b). *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, p. 148.

reservada sólo a dicho ámbito⁶. Pero desde una perspectiva teórica-límite sí caben tanto la centralización o descentralización totales del Estado⁷.

Pero junto a los conceptos de centralización y descentralización se encuentra la noción de «autonomía», concepto que recoge una larga tradición práctica en la historia de las formas políticas, ora occidentales, ora orientales. En la cultura política europea la noción de «autonomía» ha estado ligada a las ideas de democracia y descentralización, de modo que un «cuerpo autónomo», al interior de la organización total del Estado, es la mejor expresión de la libertad⁸. Es decir, cuando se exige en la autonomía determinadas condiciones de democracia y descentralización se está apelando a la necesidad de que esa porción de la comunidad total de individuos que integran el orden jurídico central, y que persiguen autonomía, participen en el proceso de creación de las normas a las que quedarán exclusivamente sujetos. Esto es autodeterminación («descentralización por autonomías») en oposición a «descentralización administrativa»⁹. Ese alto grado de libertad presente en la

⁶ Sostiene Kelsen, «(...) Puesto que aún donde las normas legales generales son dictadas con validez para todo el territorio estatal, por lo común la concretización de las leyes en normas individuales se produce, en algún sentido, sólo con validez para partes del territorio, dado que las normas individuales son establecidas por órganos cuya competencia para dictar normas está territorialmente limitada a una parte del territorio. Los Estados históricos, es decir, los órdenes jurídicos positivos correspondientes a cada Estado, no son ni enteramente centralizados, ni totalmente descentralizados; siempre están sólo parcialmente centralizados y, correspondientemente, parcialmente descentralizados, aproximándose tanto más a un tipo, o bien al otro tipo ideal». Ver: Hans Kelsen. (1986). *Teoría pura del derecho*, p. 316.

⁷ Piensa Kelsen que «(...) El grado de centralización o descentralización se encuentra determinado por la proporción relativa del número e importancia de las normas centrales o locales. De acuerdo con este criterio podemos distinguir entre descentralización y centralización totales y parciales. La centralización es total si todas las normas son válidas para la totalidad del territorio. La descentralización es total cuando las normas solamente son válidas para partes distintas del territorio, para subdivisiones territoriales. En el primer caso, la descentralización es de grado cero, mientras que en el segundo puede decirse lo mismo de la centralización. Cuando ni la centralización ni la descentralización son totales hablamos de descentralización parcial y de centralización parcial, lo que equivale a lo mismo. La descentralización y la centralización totales son sólo polos ideales. Hay un cierto mínimo al cual no puede descender la centralización, y un cierto máximo que la descentralización no puede rebasar sin que se produzca la disolución de la comunidad jurídica; una norma cuando menos, la básica, tiene que ser norma central, es decir, tiene que ser válida para todo el territorio, ya que de otro modo éste no sería el territorio de un sólo orden jurídico, ni se podría hablar de la descentralización como una división territorial de la misma comunidad jurídica. El derecho positivo sólo conoce la centralización y la descentralización parciales». Ver: Hans Kelsen.(1979). *Teoría General del Estado*, pp. 220-229; Hans Kelsen. (1979b). *Teoría General del Derecho y del Estado*, pp. 363-364.

⁸ De este modo Kelsen piensa que «(...) Al hablarse de «autonomía» se piensa en un orden parcial descentralizado, cuyas normas son creadas mediante métodos democráticos, y cuyo contenido no es meramente administrativo sino también jurisdiccional; además, la descentralización no debe referirse tan sólo a las normas individuales, sino a las generales, en particular a las «leyes» en sentido formal». Véase: Hans Kelsen.(1979). *Teoría General del Estado*, p. 238.

⁹ Por tanto, «(...) Si la democracia es el principio de la autodeterminación y, por eso, implica necesariamente el hecho de que las normas sean creadas por los mismos que han de ser sus súbditos, con exclusión de todo influjo extraño, parece que este principio de la democracia coincide, en efecto, con la tendencia característica

comunidad de individuos miembros de la autonomía se restringe, necesariamente, si en el mencionado proceso de elaboración de las normas autónomas participan un número de individuos tal que no llegan a ser súbditos y destinatario de las mismas¹⁰. Desde esta perspectiva resulta fácil comprender el sentimiento de imposición autocrática de aquellas comunidades religiosas o nacionales integrantes de una comunidad jurídica central. Para autores como Carl Joachim Friedrich esta concepción de la autonomía se corresponde típicamente con la idea kantiana de libertad y de autonomía individual¹¹.

Hasta ahora sólo se ha abordado la «autonomía» desde su vertiente más contemporánea, como proyecto ideal de la Ilustración para favorecer condiciones adecuadas de libertad y autodeterminación. Sin embargo, y aunque pudiera resultar contradictorio, la «autonomía» históricamente se ha correspondido con métodos autocráticos de creación de las normas locales. La descentralización se efectúa, indistintamente, por los cauces democráticos como autocráticos. Democracia y descentralización son, en la teoría y en la práctica, dos conceptos que carecen de exclusiva interdependencia¹². Lo que exige la autonomía es más bien un ordenamiento de normas definitivas e independientes (Kelsen). Lo que está en juego con la elaboración democrática o autocrática de la autonomía es la estabilidad o garantía de la misma. Esta es la idea europea continental de la autonomía. En este sentido la lucha por la Constitución, entendida como *lex fundamentalis*, representa la lucha por la autodeterminación de las comunidades estatales, mientras que las experiencias

de la descentralización, a la que antes aludíamos: independizar la determinación de los contenidos de las normas locales de toda instancia central (...)). Véase: Hans Kelsen.(1979). *Teoría General del Estado*, p. 238.

¹⁰ En consecuencia, «(...) la libertad, en el sentido de la autodeterminación, es tanto menor cuanto mayor es el número de individuos que participa en la creación de normas a las que no están sometidas (...)». Véase: Hans Kelsen.(1979). *Teoría General del Estado*, p. 238.

¹¹ Sostiene Friedrich que «Dicha autonomía es en realidad el fundamento de los derechos individuales, y así la interpretaron algunos, en favor de los individuos y dentro del orden constitucional; así la vio el mayor filósofo del mismo (...)». Se refiere Friedrich a Immanuel Kant y su obra *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (Fundamentación de la metafísica de las costumbres), de 1785. Ver: Carl Joachim Friedrich. (1975). *Gobierno constitucional y democracia*, p. 388.

¹² Es destacable el hondo conocimiento histórico (no sólo teórico, sino también práctico) que despunta en las aseveraciones del jurista vienés: “El tipo histórico del *self-government* inglés -del cual adoptó el continente no sólo el nombre, sino también, en gran parte, la idea misma de la «autonomía»- representa originariamente un caso de descentralización, en el sentido autocrático a que antes nos referíamos. A la cabeza de los condados - que durante largo tiempo constituyeron el modelo de la autonomía- se hallaban funcionarios honoríficos nombrados por el rey, los cuales, en su función de autoridad, es decir, en cuanto creadores de normas, se hallaban ligados únicamente a las leyes centrales, no a las normas individuales, a las órdenes disciplinarias del poder central. Sin embargo, en la misma administración inglesa hay elementos democráticos contrapuestos al elemento autocrático (por ejemplo, las asambleas de los condados). El *self-government* representa, en realidad, una forma mixta”. Ver: Hans Kelsen.(1979). *Teoría General del Estado*, p. 239.

autocráticas han tendido hacia una política de anulación de esa capacidad de autonormación local-regional (v. gr. España, Alemania, Bélgica, Italia)¹³.

Cuando la teoría sobre la estructura del Estado hace referencias, como hemos visto, al concepto de «autonomía», usualmente comprende las llamadas «autonomías locales o municipales» y «autonomías provinciales o regionales». Estas entidades pueden ser comprendidas bajo la denominación de «cuerpos autónomos»¹⁴. Estas entidades logran desarrollar una competencia administrativa en un determinado sector territorial que queda fuera del alcance de la administración central. De este modo se plantean estos cuerpos autónomos antitéticamente a la administración del Estado. Se piensa, por lo general, que el Estado ordena por ley una materia administrativa que acaba siendo ejecutada por estas unidades autónomas en el respectivo ámbito territorial de aplicación de sus normas. Mas, los cuerpos autónomos no se limitan, necesariamente, a ejecutar normas individuales, con alcance particular. Es el caso de los municipios los cuales quedan habilitados no sólo para emitir normas particulares sino también para dictar normas generales que, sin ser llamadas «leyes», podrían serlo si se adoptaran por la reunión de cuerpos colegiados de carácter representativos o concejiles. A toda esa variedad normativa, propia del ente local autónomo se le denomina «estatutos autónomos»; pero, además, un cuerpo autónomo puede corresponder a una entidad que rebase los márgenes territoriales tradicionales de un municipio y abarque, en consecuencia, un número variado de éstos, configurándose una comunidad más amplia que el de la entidad local. Se está en presencia de provincias o regiones autónomas cuyas normas generales reciben el nombre de «leyes regionales» al ser

¹³ Guardando las evidentes ampliaciones del lenguaje utilizado por el autor, éste nos señala: «(...) Dicha firme protección de la autonomía de unos y otros contra las intromisiones de cada nivel del orden político, obviamente no se puede lograr a menos de encontrarse inserta en la Ley. He ahí por qué esta especie de orden político solamente podrá conseguirse dentro del marco de una Constitución. En realidad, es precisamente la encarnación de la división territorial del poder, en unas normas legales de índole constitucional, lo que distingue un orden federal de otro imperial. Pues los imperios han permitido a menudo, e incluso respaldado y apoyado, un amplio grado de autonomía regional (o a nivel local). De hecho bien puede discutirse, por el teórico de la ciencia política dedicado a comparar los antiguos imperios con las modernas estructurales federales, si amplias regiones de imperios como el otomano, o los de la antigua China, o de la India, no tenían un grado mayor de autonomía sustantiva que las unidades componentes de países actuales, como Norteamérica o Suiza. La diferencia estriba en que dicha autonomía podía ser, en todo momento, anulada, borrada literalmente, por el simple capricho de las autoridades centrales de tales imperios, mientras que la autonomía constitucionalmente protegida de cualquier unidad en un sistema federal, por muy limitada que resulte, está protegida contra tan arbitrarias intrusiones en su esfera por los procedimientos constitucionales apropiados». Ver: Carl Joachim Friedrich. (1975). *Gobierno constitucional y democracia*, pp. 388-389.

¹⁴ Hans Kelsen. (1979). *Teoría General del Estado*, p. 240.

votadas por una corporación. Esta especial circunstancia de la técnica de descentralización configura tanto actos de diversa naturaleza a los estatales -denominados como «autónomos»-, como órganos, cuya actuación se imputa no como una actuación del Estado, como «órgano del Estado» sino como órganos públicos de calidad especial, municipal o regional, pero no estatales¹⁵. En breve síntesis, Kelsen efectúa una caracterización de la descentralización por autonomías locales como por provincias autónomas¹⁶:

La llamada autonomía local es una combinación directa y deliberada de las ideas de descentralización y democracia. Los órganos creadores de normas locales son en este caso electos por aquellos para quienes tales normas son válidas. Un ejemplo de unidad local autónoma la encontramos en el municipio y en el alcalde. Se trata de un autogobierno local, descentralizado. La descentralización se refiere solamente a ciertas materias de interés local específico. Y el radio de la autoridad municipal se encuentra restringido a la etapa de creación de normas individuales. Algunas veces el cuerpo administrativo de elección, el consejo municipal, tiene competencia para expedir normas generales, los llamados estatutos autónomos; pero estos estatutos tienen que permanecer dentro del marco de los centrales, expedidos por el órgano legislativo del Estado.

(...)

En el caso de la autonomía local, la descentralización se encuentra en principio restringida a la administración, esto es, a la expedición de normas individuales por órganos administrativos. Pero la descentralización puede ser extendida a la legislación, o sea a la creación de normas generales. Normalmente, esto ocurre en conexión con una esfera de validez territorial comparativamente mayor de las normas de que se trata. Este es el tipo de descentralización por provincias autónomas. Los órganos de las provincias autónomas son un cuerpo legislativo local, electo por los ciudadanos de la provincia, y, posiblemente también, un cuerpo administrativo local, electo por la legislatura local o directamente por el pueblo de la

¹⁵ Es así como Kelsen piensa que “Ni las normas generales, ni los actos de ejecución realizados por los órganos de un municipio en el sentido estricto de normas individuales, suelen ser considerados como actos estatales, como administración del Estado, sino como administración autónoma; y los órganos que los realizan no son, para esa concepción, órganos del Estado, sino órganos públicos de calidad específica, órganos municipales no estatales. El concepto de Estado, que, por esencia, comprende todas las comunidades parciales que constituyen la comunidad jurídica total, rompe todo vínculo con las comunidades locales democráticas y descentralizadas, los «cuerpos autónomos»”. Ver: Hans Kelsen.(1979). *Teoría General del Estado*, p. 241.

¹⁶ Kelsen, *Teoría General del Derecho...*, p. 374-375.

provincia. A menudo el jefe de la administración autónoma de la provincia es un gobernador electo por los ciudadanos o por el cuerpo legislativo provincial. Si el gobernador es nombrado por el jefe del Estado, el grado de descentralización y, por tanto, la autonomía, son más pequeños. El gobernador puede funcionar conjuntamente con el cuerpo administrativo de elección o ser independiente de él. Usualmente no hay órganos judiciales de la provincia autónoma. Los tribunales son considerados como tribunales del Estado, no como tribunales de la provincia. Esto significa que el poder judicial no se encuentra más descentralizado de lo que corresponde al tipo de la descentralización administrativa. Solamente tienen carácter autónomo la legislación y la administración, no el poder judicial; sólo la legislación y la administración encuéntrase divididas entre una comunidad jurídica central y otra local.

Las observaciones de la doctrina de autores antes expuesta sugiere que en la reflexión sobre la forma jurídica de un Estado está presente la preocupación por la creación de órdenes de poder jurídico más democrático y más descentralizado. Para el Estado unitario chileno estas variables de “democracia” y “descentralización” constituyen un desafío cultural y político en el actual proceso de “fortalecimiento regional” que admite una fórmula curiosa de transferencia de competencias que, en absoluto, sugiere la idea de descentralización en los propios términos descritos por la actual Constitución de 1980 en su artículo 3° y artículo 65, inciso cuarto numeral 2°. Sostener que el actual régimen de transferencia de competencias es una acción descentralizadora es, por lo menos, desconocer la legalidad de dicha técnica y, en consecuencia, forzar los términos de una realidad inexistente.

2. Marco jurídico de las reformas constitucionales y legales introducidas al Capítulo XIV de la Constitución Política de la República de Chile.

El régimen de Gobierno y Administración Regional ha avanzado significativamente desde la reforma constitucional N° 19.097, de 12 de noviembre de 1991 que instaura la creación de los Gobiernos Regionales, integrado por un órgano ejecutivo (el Intendente Regional) y un órgano colegiado (el Consejo Regional). Existen tres ideas a destacar de esta

histórica reforma a la Constitución autoritaria de 1980. La primera de ellas, la reforma al esquema de Gobierno y Administración Interior del Estado chileno fue una reforma que pasó inadvertida ante la opinión pública y que, en consecuencia, no tuvo el reconocimiento que se merecía tras haber superado 157 años de centralismo político y jurídico desde la Constitución de 1833, la que había eliminado las asambleas provinciales contempladas por la Constitución de 1828. La Constitución de 1925, que las había contemplado, el Presidente de la República optó mediante Decreto con Fuerza de Ley asignar las atribuciones de las asambleas provinciales dentro de las potestades presidenciales, circunstancias que se mantuvo hasta el 11 de septiembre de 1973. La segunda idea, es la creación de una doble función del Intendente Regional, vale decir, desde el año 1991 el Intendente Regional, es el representante natural e inmediato del Presidente de la República en el territorio de su jurisdicción y ejecuta, por tanto, las competencias propias de gobierno interior; por otra parte, el Intendente es órgano ejecutivo del Gobierno Regional y lo preside desarrollando las funciones propias de administración regional. Este carácter “bicéfalo” de las competencias del Intendente se mantendrá hasta el inicio de la entrada en vigor de la reforma constitucional que contempla la figura del Gobernador Regional, de naturaleza electiva por sufragio universal. Y la tercera idea, se refiere al nuevo ciclo de reforma al modelo de Gobierno y Administración Regional del Estado instaurado por un conjunto de reformas constitucionales que tienden a mejorar la representatividad de las autoridades regionales (Consejeros Regionales y Gobernador Regional) y fortalecer las regiones del territorio nacional.

Entre las reformas constitucionales destacan:

1. La Ley N° 20.390, que establece la elegibilidad de los consejeros regionales por sufragio universal.
2. La Ley N° 20.990, que establece la elección popular del órgano ejecutivo del Gobierno Regional (Gobernador Regional).
3. La Ley N° 20.346, que establece normas sobre Asociacionismo municipal.
4. La Ley N° 20.573, por la cual se crean territorios especiales de Isla de Pascua y del Archipiélago Juan Fernández.
5. La Ley N° 20.644, que crea una Disposición Transitoria 26, en cuya virtud se establece un mecanismo transitorio para la elección de los Gobernadores Regionales y realiza adecuaciones a varios cuerpos legales.

6. Por último, la Ley N° 20.990, que crea una Disposición Transitoria 28, en cuya virtud fija reglas para la elección popular del órgano ejecutivo del Gobierno Regional.

A las reformas constitucionales antes señaladas, se deben agregar las leyes de reforma a la ley orgánica constitucional N° 19.175 sobre Gobierno y Administración Interior del estado, como son:

1. La Ley N° 21.073, de 22 de febrero de 2018, sobre Elección de de Gobernadores Regionales y que adecua y modifica diversos cuerpos legales.
2. Finalmente, se dicta seguidamente una norma del mayor interés, la Ley N° 21.074, de 15 de febrero de 2018, sobre Fortalecimiento de la Regionalización del País.

3. Funciones imperantes del actual régimen jurídico al Capítulo XIV de la Constitución Política de la República de Chile y contenido efectivo de la descentralización.

Las funciones imperantes actualmente vigentes siguen siendo las mismas, vale decir, funciones reservadas a las competencias de administración regional, que quedan a cargo del Gobernador Regional y del Consejo Regional y las funciones propias de gobierno interior que se reservan para dos figuras nuevas inauguradas con la Ley de Reforma Constitucional N° 20.900, que son el Delegado Regional Presidencial y el Delegado Provincial Presidencial, contemplados en los artículos 115 bis y 116 de la Constitución Política de la República de Chile, respectivamente. Ambos son funcionarios de la exclusiva confianza del Presidente de la República (artículo 32 N° 7) y que se corresponden a las mismas competencias que se prevén tanto para el Intendente Regional como para el Gobernador Provincial.

Mientras tanto, las funciones en la línea de Administración quedan a cargo del Gobierno Regional, integrado por el Gobernador Regional y el Consejo Regional.

Podemos ensayar, en primer lugar que el actual Estado unitario convive con autoridades periféricas o regionales de doble carácter, por una parte un grupo de autoridades como son el Gobernador Regional y los consejeros regionales que gozan de legitimidad democrática; y, por la otra, un par de autoridades disonantes con la

legitimidad democrática como son los Delegados Regionales y Provinciales Presidenciales, a los cuales el artículo 115 bis y artículo 116, la Constitución caracteriza como órganos concentrados y desconcentrados, respectivamente, al primero respecto del segundo. Del mismo modo, “al delegado presidencial regional le corresponderá la coordinación, supervigilancia o fiscalización de los servicios públicos creados por ley para el cumplimiento de las funciones administrativas que operen en la región que dependan o se relacionen con el Presidente de la República a través de un Ministerio” (artículo 115 bis de la CPRCh). Y, tratándose del Delegado Provincial Presidencial, le corresponde “ejercer, de acuerdo a las instrucciones del delegado presidencial regional, la supervigilancia de los servicios públicos existentes en la provincia. La ley determinará las atribuciones que podrá delegarle el delegado presidencial regional y las demás que le corresponden” (artículo 116, inciso final). En segundo lugar, lo anteriormente expuesto da cuenta de una exorbitante presencia del Presidente de la República en los asuntos que los órganos respecto de los cuales él sigue siendo jefe de la Administración Pública, por tanto, con una considerable incidencia del poder ejecutivo en el estado y situación de los servicios públicos de la región.

En estos contextos la única descentralización que ha operado de modo significativo es la creación del órgano Gobernador Regional y la única experiencia de autonomía política para la población regional es el ejercicio del derecho de sufragio para la elección de las autoridades de naturaleza electiva, debiendo tolerarse la presencia de órganos de la administración pública con bajos niveles de legitimidad democrática.

4. Funciones principales que deben ejecutar los Gobiernos Regionales.

La Ley orgánica constitucional de Gobierno y Administración Regional (LOCGAR) ha establecido tres destacadas funciones a ser desarrolladas por los Gobiernos Regionales, siendo su prioridad y punto de referencia para el cumplimiento de sus metas y buena administración regional. Se trata, además, de las funciones que eventualmente pueden ser objeto de las transferencias de competencias por el gobierno central. Estas funciones son las materias de ordenamiento territorial (artículo 17, LOCGAR); las materias de fomento de las actividades productivas (artículo 18, LOCGAR); y las materias de desarrollo social y cultural

(artículo 19, LOCGAR). Respecto de cada una de estas funciones, los Gobiernos Regionales deberán establecer relaciones con cada uno de los servicios públicos creado por la ley y que mantengan vínculos directos con los ministerios, lo que exige disponer y dar cumplimiento a las políticas públicas nacionales que desarrolle el Presidente de la República a través de los Ministerios y demás servicios públicos nacionales. Para ese propósito, el artículo 20 de la LOCGAR entrega las atribuciones concretas con las cuales los Gobiernos Regionales pueden dar cumplimiento a las funciones de los artículos 17. 18 y 19. Dicho en términos muy similares es la cláusula de coherencia, coordinación y unidad de acción que se contempla en el artículo 20 bis LOCGAR, que se enuncia como sigue: “Para estos efectos se entenderá que existe dicha coherencia cuando el ejercicio de funciones por el gobierno regional no contradiga las políticas públicas nacionales y sea compatible con los principios y definiciones establecidas en aquella”. Del mismo modo, una manera de entender el principio de coordinación es evitar incurrir en la duplicación o interferencia de funciones. Estos principios deben articularse en torno a un principio y deber que impera sobre todos los órganos de la Administración Pública, las empresas del Estado y demás servicios públicos, cual es el deber de informar las proposiciones de planes, programas y proyectos (artículo 21 LOCGAR).

Del mismo modo, este principio y deber de informar a los Gobiernos Regionales recae también sobre las Municipalidades las que deben enviar los planes de desarrollo, las políticas de prestación de servicios, las políticas y proyectos de inversión, sus presupuestos y el de los servicios traspasados, todo ello conforme lo exige el artículo 21 LOCGAR.

5. Transferencias de competencias tasadas y “vigiladas”.

El Presidente de la República es caracterizado como el Jefe del Gobierno y de la Administración del Estado. Bajo estas premisas de posición preferente, el artículo 21 bis LOCGAR contempla las modalidades de la transferencia de competencias, las que pueden ser de oficio por el propio Presidente de la República o bien a solicitud de un Gobierno Regional (GORE). Esta potestad presidencial la puede ejercer a favor de uno o más gobiernos regionales, de manera temporal o definitiva y transfiriendo una o más competencias de ministerios o servicios públicos de aquellos que contempla el artículo 28 de la LOCBGAE.

La LOCGAR contempla en el artículo 21 ter las causales de inadmisibilidad frente a solicitudes presentadas por los gobiernos regionales. Estos motivos se encuentran en directa relación con la pertinencia o debida correspondencia de la solicitud de transferencia de competencias con las funciones que la LOCGAR (artículos 17, 18 o 19) y la Constitución les asigna a los gobiernos regionales. Tales solicitudes deben estar referidas a las materias encomendadas por el legislador orgánico a los GORES.

La forma que debe tener el acto administrativo es la de un Decreto Exento fundado y firmado por el Ministro del Interior y de Seguridad Pública, por el Ministro de Hacienda y el Ministro Secretario General de la Presidencia, acompañado de la fórmula “Por orden del Presidente de la República”.

En relación con los requisitos preferentes para el buen éxito de la solicitud de transferencia de competencias, el artículo 21 quáter exige, en primer lugar, una clara aplicación regional, cuyo ejercicio en dicho nivel signifique una mejor calidad y oportunidad en la toma de decisiones y una mejor adecuación de la política nacional en el territorio. Por último, la transferencia de competencias no puede ocasionar perjuicios a otras regiones, y potencialmente puedan ser ejercidas por la mayoría de aquellas, excepto los casos y naturaleza sean sólo aplicables a un determinado territorio. En este caso, el Presidente de la República puede ejercer una competencia privativa/facultativa consistente en la introducción la manera de adaptar, priorizar o focalizar los instrumentos nacionales a las políticas regionales y la ejecución directa de los instrumentos y sus recursos.

6. Órganos que intervienen en la Transferencia de competencia tasadas.

Respecto de esta materia la LOCGAR destina los artículos 21 sexies y siguientes la intervención de El Presidente de la República, los GORES, el Comité Interministerial de Descentralización (integrado por el Ministro del Interior, que lo preside, por el Ministro de Hacienda, el Ministro Secretario General de la Presidencia y, en su caso, por los Ministros competentes en las materias objeto de la transferencia) que cuenta con una Secretaría Ejecutiva y, finalmente, por una Comisión de Estudios. La Comisión de Estudios la integran representantes de los Comités, representantes de los servicios

nacionales de la materia y representantes del GORE respectivo. Los representantes del GORE podrán ser autoridades regionales, funcionarios del GORE y también expertos en la materia que corresponda. La ley exige equivalencia entre los representantes de la administración central y los representantes de nivel regional. Tal procedimiento debe ajustarse a un decreto expedido por el Ministro del Interior y de Seguridad Pública con la firma del Ministro de Hacienda y del Ministro Secretario General de la Presidencia. Tal comisión o comisiones de estudios actuarán en el procedimiento de transferencia de competencias solicitadas por un GORE.

6.1. Si la transferencia de competencias se inicia de Oficio por el Presidente de la República debe dictar un Decreto Supremo fundado al que se debe acompañar un informe positivo del Comité Interministerial. El Presidente de la República puede solicitar al Comité Interministerial, con el apoyo de la Secretaría Ejecutiva, evaluar la procedencia de una transferencia de competencias específica. Para el caso que el Comité interministerial recomiende hacer la transferencia, enviará los antecedentes al GORE respectivo para la ratificación por la mayoría absoluta de los miembros en ejercicio del consejo regional cuando sea con el consentimiento del Gobernador Regional o, en caso contrario, por las dos terceras partes de sus miembros en ejercicio. Luego de dicha ratificación, el Comité Interministerial remitirá los antecedentes al Presidente de la República, quien se pronunciará fundadamente mediante Decreto Supremo emitido por el Ministerio del Interior y de Seguridad Pública, y firmado por el Ministro de Hacienda, el Ministro Secretario General de la Presidencia y el o los Ministros competentes en la materia que sea objeto de la transferencia. Ahora bien, si el Comité Interministerial recomienda fundadamente no realizar la transferencia de competencias, o que el Gobierno Regional no acepte la transferencia de oficio, el Comité Interministerial informará estos antecedentes al Presidente de la República, con lo cual el proceso se entenderá concluido sin más trámite.

6.2. Si el procedimiento de transferencia es a solicitud de un GORE, podrá presentarse dentro de los primeros veinticuatro meses del respectivo período presidencial. La iniciativa la tiene el Gobernador Regional con la aprobación por mayoría absoluta de los miembros en ejercicio del consejo regional. También puede tener origen en el

consejo regional si este reuniere voto favorable por los dos tercios de los miembros en ejercicio de dicho órgano. Cada solicitud debe contener estudios que fundamenten los beneficios de la transferencia, incluyendo informe de impacto financiero, de eficacia y eficiencia. El consejo regional, por la mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio, podrá solicitar, en caso que lo estime necesario, en cualquier momento, al Gobernador Regional que realice estudios referidos a funciones y atribuciones que podrían ser solicitadas en el futuro por el Gobierno Regional, previa certificación de disponibilidad presupuestaria del jefe de la división de administración y finanzas del Gobierno Regional, visada por el jefe de la unidad de control del mismo. Iniciado un procedimiento y no habiéndose declarado inadmisibile la solicitud, el Comité Interministerial instruirá a la Comisión de Estudios correspondiente para que se constituya, analice los antecedentes recibidos y aquellos otros que estime pertinentes para mejor resolver y le informe, fundadamente sobre la transferencia en estudios. Para ello, podrá solicitar informes a terceros expertos en la materia que se analiza. El informe de la Comisión de Estudios podrá contemplar la transferencia de una competencia en los mismos términos solicitados por el Gobierno Regional o establecer condiciones diferentes para su ejercicio. En este último caso, y en forma previa a la revisión por el Comité Interministerial, se requerirá la aprobación del consejo regional por la mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio cuando sea con el consentimiento del Gobernador Regional o, en caso contrario, por las dos terceras partes de sus miembros en ejercicio. Si el consejo regional no acepta la modificación de las condiciones con las que se solicitó, el proceso se entenderá concluido sin más trámite. Recibido el informe de la Comisión con sus recomendaciones, el Comité Interministerial oirá al Gobernador Regional, y luego aprobará o rechazará la transferencia. En caso de aprobar, remitirá los antecedentes al Presidente de la República para su consideración. En caso de rechazar se dictará un decreto fundado del Ministerio del Interior y de Seguridad Pública bajo la fórmula “por orden del Presidente de la República”, suscrito además por los ministros de las Secretarías que integren el Comité Interministerial. Recibida la recomendación del Comité Interministerial, el Presidente de la República podrá aprobar o rechazar en forma fundada la transferencia en estudio mediante decreto supremo dictado por el

Ministro del Interior y Seguridad Pública, el que será además suscrito por el Ministro de Hacienda, el Ministro Secretario General de la Presidencia y por el Ministro que corresponda a la materia de la competencia. En el caso que no exista respuesta en el plazo de seis meses señalado con anterioridad en el artículo 21 septies literal A y esta demora sea representada por el respectivo gobierno regional, se entenderá que se rechaza la transferencia.

Conclusiones.

1. En el marco del régimen político presidencialista chileno, la pretendida reforma pseudo descentralizadora, mantiene la centralidad del Presidente de la República respecto de las regiones del territorio nacional.
2. La política nacional de desarrollo se expresa en innumerables actividades estatales, principalmente, en sede parlamentaria concurriendo a la elaboración de las leyes.
3. En este escenario el Presidente de la República ha sido en nuestra historia el principal legislador, especialmente por tener la facultad de iniciar proyectos de ley con exclusividad, respecto de materias cuya moción están vedadas al Congreso Nacional (artículo 65, inciso cuarto numerales 1 a 6).
4. Sorprende que el Congreso Nacional no esté legitimado para emitir opinión sobre el estado de las regiones, pues sus miembros, senadores y diputados de la República, tienen un conocimiento más cercano, más íntimo de las necesidades -al menos, debieran tenerlo- que acucian en el territorio nacional.
5. Sin perjuicio de lo anterior, queda disponible para el Presidente de la República, solicitar al Senado su dictamen, su consejo frente a asuntos o materias que sean de interés presidencial como lo sugiere el artículo 53 N° 10 de la CPRCh. También es cierto que una competencia del Senado como la que se indica ha sido escasamente ejercida y que su existencia en un escenario de nueva Constitución debería ser sometida a un juicio de razonabilidad.
6. También habrá de ser considerado que, en el contexto de la crisis social iniciada el 18 O, este mecanismo de transferencia de competencia hacia la periferia del Estado

chileno tiene el riesgo de no advertir la singularidad de las necesidades que se vive en los territorios o pueblos de Chile. Actualmente, el derecho al agua tan clamado por estos días por la ciudadanía evidencia necesidades distintas según se trate del uso del agua en sectores del norte del país que no necesariamente se corresponde con las necesidades de los sectores del sur del país, sobre todo cuando estas materias se encuentran relacionadas a frentes de interés social como es el caso del régimen jurídico de los glaciares y donde la actividad extractivista de minerales produce efectos en estos momentos disimiles según el proyecto o faena instalados en regiones del norte o regiones del sur.

7. De la inminente puesta en marcha de estos mecanismos de transferencia de competencias no queda clara la lealtad política del Gobierno y Administración Central con el respeto y deferencia de las iniciativas gestadas por los funcionarios y ciudadanía regionales, corriendo siempre el riesgo de protagonizar y de capitalizar el éxito de una transferencia de competencias el Presidente de la República.