



UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS DEL GOBIERNO CENTRAL A LOS GOBIERNOS REGIONALES

Memoria de Prueba para Optar al Grado de Licenciado
En Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile.

Memorista : Roberto Ignacio Cárcamo Barrientos.

Profesor Patrocinante: Juan Carlos Ferrada Bórquez

Valdivia-Chile
2008

**Señor
Andrés Bordalí Salamanca
Director
Instituto de Derecho Público
Presente**

De mi consideración:

Por la siguiente cumpla con informar y evaluar la Memoria de Prueba de don Roberto Ignacio Cárcamo Barrientos, titulada "La transferencia de competencias del Gobierno central a los Gobiernos Regionales".

El trabajo del Sr. Cárcamo consiste en un análisis del mecanismo de transferencia de competencias establecido en el artículo 114 de la Constitución Política de la República, en relación al artículo 67 de la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional. Para ello, el Sr. Cárcamo estructura el trabajo en tres capítulos, el primero de ellos dedicado a definir las competencias del Gobierno Regional, el segundo a las transferencias de competencias en el derecho público y el tercero a la forma específica de transferencias de competencias del Gobierno Central a los Gobiernos Regionales existente en nuestro derecho.

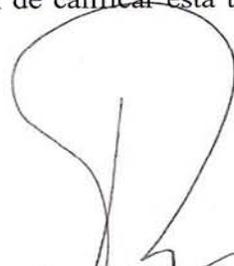
De la lectura de estos capítulos se aprecia una cierta superficialidad en el análisis, dedicándose en la mayoría de los casos a la repetición mecánica de textos y opiniones expresadas por otros autores (especialmente Hernández), pero sin extraer conclusiones relevantes en la investigación. En este sentido, el trabajo carece de la profundidad y rigurosidad exigida para este tipo de investigaciones, reflejando una falta de trabajo y maduración en el desarrollo del mismo.

Esta última característica queda más en evidencia por algunos problemas formales que presenta el texto, como los errores ortográficos y de redacción, los cambios de persona desde la que se expone el texto (1^a persona singular y plural) y algunas páginas en blanco incorporadas en el texto (entre páginas 19 y 20 Y 26 Y 27).

En este contexto, pese a ser un tema relevante y que permitiría un desarrollo mayor, el alumno realiza un trabajo que sólo cumple con los mínimos exigidos en este

tipo de investigación, en que se puede valorar favorablemente el esfuerzo de recopilación de materiales, pero no el análisis realizado.

Por lo antes expuesto, este profesor es de la opinión de calificar esta tesis con nota cuatro coma cinco (4,5), salvo su mejor parecer.



Juan Carlos Ferrada B
Profesor Instituto de Derecho Público
Universidad Austral de Chile

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	3
Capítulo 1: Competencias del Gobierno Regional.	
1.- Concepto de competencia.....	6
2.- Naturaleza y objetivos del Gobierno Regional.....	9
3.- Funciones y atribuciones del Gobierno Regional.	
3.1 Concepto de función.....	11
3.2 Concepto de atribución.....	11
3.3 Relación jurídica entre función y atribución.....	12
4.- Análisis de las funciones y atribuciones de los órganos del Gobierno Regional.	
4.1 Confusión terminológica en la determinación de las funciones y atribuciones en la L.O.C.G.A.R.....	13
4.2 Funciones del Gobierno Regional.....	13
4.3 Atribuciones del Gobierno Regional.....	15
4.4 Análisis de la clasificación de las funciones y atribuciones.....	16
Capítulo 2: Transferencia de competencias en el Derecho Público.-	
1.- Concepto de transferencia.....	18
2.- Formas de transferencia reconocidas por la doctrina.....	18
2.1 Mecanismos de transferencia de competencias.....	21
3.- La transferencia de competencias del Gobierno Central a los Gobiernos Regionales.	
Regulación normativa y Doctrinaria.	23
3.1 Evolución histórica en Chile de los mecanismos de transferencia de competencias.....	23
3.2 Análisis Constitucional, legal y Doctrinario de los mecanismos de transferencias de competencias establecidos en Chile.....	28
Capítulo 3: Transferencia de competencias del Gobierno Central a los Gobiernos Regionales.	
Visión global y determinación de la cuestión.	
1.- Procedimiento y materialización jurídica del traspaso de competencias.....	36
CONCLUSIONES.....	41
BIBLIOGRAFÍA.....	43

INTRODUCCIÓN

En Octubre de 1973 el Gobierno militar declaró la administración del estado en reorganización y se adoptó una serie de medidas tendientes a la regionalización del país. La más importante es la creación de la CONARA (Comisión Nacional de la Reforma Administrativa), mediante DL 212 de 17 de Diciembre de 1973, organismo técnico al cual se le encomendara dichas tareas y cuyas primeras manifestaciones se ven en 1974 con la dictación de los DL 573 y 575, el primero estableciendo el Estatuto del Gobierno y Administración Interior del Estado y el segundo introduciendo la división del país en regiones.

La Constitución de 1980 siguió el mismo modelo, distanciándose sin embargo, de la filosofía desconcentradora establecida en el Acta Constitucional N° 2 de 1976, estableciendo un modelo descentralizador en su artículo tercero. Esta normativa fue complementada con la dictación el año 1987 de la ley N° 18.605 Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional. Pero no fue, sino, hasta las modificaciones constitucionales tras la vuelta a la democracia, específicamente, la segunda reforma del año 1991, ley N° 19.097, la que dio origen a la nueva estructura regional, creando un Gobierno Regional que tenía como función la Administración Superior de ésta, integrado por el Intendente y el Consejo Regional. Estas normas junto con la Ley N° 18.605 sirvieron de base a la dictación de la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, Ley N° 19.175.

Con la segunda reforma constitucional de 1991, se buscó la descentralización y desconcentración de la administración pública. Uno de los órganos creados en ésta reforma para llevar a cabo la descentralización administrativa del país fue el Gobierno Regional. Dicho órgano fue establecido constitucionalmente, señalando su composición y objetivos. Es a propósito de éste que el artículo 114, ex 103, de la Constitución de 1980 señaló “la ley deberá determinar las formas en que se descentralizara la administración del Estado, así como la transferencia de competencias a los gobiernos regionales”. Estas formas fueron establecidas con la dictación el año 1992 de la ley orgánica constitucional sobre gobierno y administración regional, la que en su artículo 67 estableció que para los efectos del artículo 103 (Constitución) los gobiernos regionales podían solicitar al gobierno central, específicamente al Presidente de la República, el traspaso de competencias y recursos que se encuentren en órganos o servicios de la administración, ya sea centralizada o funcionalmente descentralizada. El problema que se suscita en la actualidad es determinar cómo se materializa jurídicamente ese traspaso de competencias y recursos, ya que el artículo 67 nada dijo. Por su parte el artículo 101 de la Ley señala que “cuando el traspaso de competencias a que se refiere el artículo 67 pueda operarse por la vía de un convenio...” deja la duda si es esa la forma en que debe realizarse o si solo es a través de la ley como lo señala el mandato constitucional o podría ser a través de otra forma, y si es así, cual o

cuales. Ello ha llevado a que la doctrina haya tomado diversas posturas no existiendo una claridad, aún cuando la Contraloría pareciera haber cerrado el debate al representar un Decreto que pretendía materializar el traspaso por esa vía.

En virtud de lo mencionado el objetivo de éste trabajo es establecer cuál es el procedimiento jurídico a través de la cual se debería realizar el traspaso de competencias entre el Gobierno Central a los Gobiernos Regionales a la luz de nuestra legislación actual y en forma subsidiaria establecer si efectivamente lo establecido en el artículo 67 de la L.O.C.G.A.R es el mecanismo de transferencia de competencias que establece la ley.-

Para ello el punto de partida será que la transferencia de competencias sólo puede hacerse por ley y; en forma subsidiaria, que lo establecido en el artículo 67 de la LOCGAR es un procedimiento a través del cual el Gobierno Regional puede solicitar al Presidente de la República mayores competencias, pero que no se agota en sí mismo, por lo que requiere tener presente otras normas para determinarlo.

Para esto comenzaremos en el capítulo primero analizando el concepto de competencia, cuestión sumamente trascendental ya que determinará el marco jurídico de lo que estamos investigando, ello por cuanto, al ser el objeto del presente estudio la transferencia de competencias, no podemos menos que indagar sobre los alcances jurídicos de dicho concepto.

Luego de ello pasaremos a examinar la naturaleza jurídica y los objetivos del Gobierno Regional, lo que no es más que, determinar el conjunto de normas y principios que deben aplicársele y determinar la visión que el constituyente tuvo al momento de instaurarlo, en definitiva establecer la razón de ser de su existencia en el panorama institucional de la República.

En seguida pasamos al tema de las funciones y atribuciones del Gobierno Regional, para tal fin, comenzamos analizando los conceptos de función y atribución, sus diferencias, similitudes y alcances. Con ello demarcaremos el campo de actuación de cada una de éstas, para luego, comenzar a estudiarlas en relación a los órganos del Gobierno Regional.

Luego de terminado con esto en el Capítulo primero, y dejando en claro las competencias del Gobierno Regional y las funciones y atribuciones de sus órganos pasamos al Capítulo Segundo que busca determinar el segundo elemento de nuestro tema, la transferencias de competencias. Es por ello que ahora analizamos el concepto de transferencia y las diferentes formas reconocidas por la doctrina para realizarla, terminado por estudiar nuestra realidad jurídica.

Finalmente en el Capítulo Tercero determinaremos a la luz de lo analizado en las etapas anteriores, el procedimiento a través del cual debe realizarse el traspaso de competencias y su materialización jurídica.

CAPITULO I

Competencias del Gobierno Regional

1.- Concepto de Competencia.

Este punto tiene por objeto determinar si en materia de derecho público existe un concepto legal de competencia, si no existe, entonces ¿Qué deberíamos entender por competencia en este ámbito del derecho?. Así dilucidado el primer elemento de nuestro tema podremos abocarnos en los siguientes al tema de fondo teniendo un marco jurídico conceptual ya determinado.

Siguiendo en éste punto la postura del autor HERNÁNDEZ¹ podemos señalar que habitualmente la doctrina administrativista ha definido a la competencia desde el punto de vista de sus elementos y no ha entregado un concepto sustantivo. Es por ello que se hace necesario recurrir a la doctrina procesalista la cual parte de la distinción entre jurisdicción y competencia, señalando que existe entre éstas una relación de género a especie. Mientras que la primera es un poder-deber exclusivo de conocer y resolver los asuntos de relevancia jurídica que se le presenten a los órganos de la administración de justicia, la segunda es el ámbito concreto donde se ejerce dicha jurisdicción determinada por la materia, la jerarquía y el territorio.

Ahora bien entendida esta distinción, la podemos trasladar al ámbito del Derecho Público y señalar que el Ejecutivo tiene la jurisdicción sobre el gobierno y la administración, su competencia estará determinada por tres elementos: territorio, materia y jerarquía. Así el autor define a la competencia como “el ámbito en el cual se ejercen los poderes públicos de la autoridad del estado o sus agentes”² señalado que la ventaja de la definición sustantiva es determinar precisamente su contenido, cual es “un marco de actuación, una delimitación particular de la potestad general del Estado”³.

Otra definición es la dada por el autor español GARCÍA DE ENTERRÍA “medida de la potestad que corresponde a cada órgano”⁴, agregando que ésta será siempre una determinación normativa, ya que solo mediante ella se sabrá en qué medida la actividad del órgano podrá ser considerada como actividad del ente administrativo. Además señala que se construye o está determinada en razón de su materia (distinguiendo dentro del órgano grado, contenido y cuantía), de lugar y tiempo.

¹. Cfr. HERNANDEZ, L., “Convenios Administrativos de transferencia de competencias a los Gobiernos Regionales: Antecedentes Jurídicos y Modalidades de Ejecución”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Volumen VII, Diciembre de 1996, pp.53-54.

²Ibidem.

³Ibid.

⁴ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Quinta Edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, 2004, p. 555.

Por su parte PANTOJA señala que la competencia es “el círculo de atribuciones que la Constitución o la ley asigna a un determinado órgano administrativo”⁵ y “esta constituida por cuatro elementos: las atribuciones, la materia, el grado y el territorio”⁶. Importante es destacar que éste autor coloca como un elemento constitutivo de la competencia a las atribuciones, las que explica latamente en su ensayo.

En contraposición a esta postura encontramos a la doctrina nacional mayoritaria recogida en Chile a través del Diccionario de Administración Pública que distingue entre competencia y competencia legal, la primera la define como “facultad que tiene cualquier empleado o directivo público para conocer de las materia que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones”⁷, es decir limita el concepto en relación a personas determinadas y por otro lado habla de atribución cuando debió referirse a función. En cuanto a la segunda, competencia legal, la define como “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”, agregando que están determinados en razón de materia, territorio y grado.

Ahora bien, una vez determinado el ámbito doctrinario pasaremos al campo normativo, señalando que nuestra norma por antonomasia que estructura el campo competencial es el artículo 7 de la CPE al decir que “los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, *dentro de sus competencias* y en la forma que prescribe la ley” agregando más adelante que “todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”, estableciendo de ésta manera una acción en caso de incumplimiento, la acción de Nulidad de Derecho Público. Por su parte el artículo 6 de la CPE refuerza ésta idea de obligatoriedad al señalar que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y las normas dictadas conforme a ella”. Ahora bien al hablar de otras normas en la materia que estamos tratando debemos hacer alusión a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante LOCBGAE) N° 18.575 que en su artículo primero incluye expresamente a los Gobiernos Regionales dentro de los órganos de la Administración del Estado y en el artículo segundo establece que dichos órganos deberán someter “su acción a la Constitución y las leyes. Deberán actuar dentro de *sus competencias* y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico”, estableciendo que cualquier abuso o exceso en el ejercicio de estas facultades dará lugar a las acciones y recursos que correspondan.

⁵ PANTOJA, R., “La Organización de la Administración del Estado” en *Revista Gobierno y Administración del Estado: Nacional, Regional y Comunal*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Año VIII-3, N°87, Octubre, 2000.-

⁶ Ibidem.

⁷ Diccionario de la Administración Pública Chilena, Ed. Jurídica Conosur Ltda., p. 53

En definitiva se puede señalar que no existe en nuestro ordenamiento jurídico en materia de Derecho Público Administrativo una norma que nos entregue un concepto de competencia, pero que en múltiples disposiciones hace alusión a ésta, es necesario recurrir a la doctrina, tanto nacional como extranjera para poder establecer un concepto que nos permita determinar de manera cierta cuando un órgano actúa dentro de la esfera de sus competencias, tal como lo prescribe el constituyente y el legislador. Por ello y ha modo de cierre de éste primer punto diré que entenderemos por competencia la medida de potestad que corresponde a cada órgano constituida por cuatro elementos: atribución, tiempo, lugar y materia, encontrándose ésta última a su vez determinada según el caso por grado, contenido o cuantía.⁸

Sostendré esto fundándome en la realidad jurídica de nuestro país, en especial el órgano que motiva ésta investigación, al cual las posturas tradicionales antes enunciadas parecen insuficientes. Justificaré esto a la luz de cada uno de los elementos: 1) atribución: es conocido por todos que la propia LOCGAR enumera una serie de atribuciones que otorga al Gobierno Regional, señalando que ellas son para la ejecución de sus funciones. Primero debemos señalar que han sido unánimes las críticas a este artículo por contener materias que son funciones, además se dice que se le otorgaron mas funciones que atribuciones, cuestión que limita su competencia, precisamente por carecer de potestades para poder ejecutarlas. Pero que pasaría si el Gobierno Regional ejecutara una función careciendo de la correspondiente atribución, ¿Cómo podríamos impugnar dicha actuación? Pareciera lógico que la respuesta debería ser su incompetencia. 2) tiempo: es claro que en el caso de algunos órganos a los que se les han encomendado funciones específicas su extinción estará delimitada por el cumplimiento de dicha tarea, en otros casos será la propia ley la que determinará su duración. En el caso del Gobierno Regional dicho elemento parece carecer de relevancia, ya que simplemente diremos que su vigencia será indeterminada, ya que perfectamente una modificación constitucional podría extinguirlos, de la misma manera que ella les dio nacimiento. 3) Lugar: que no es más que el espacio físico en donde el órgano ejerce competencia, en el caso del Gobierno Regional, constitucionalmente autónomo y descentralizado territorialmente, su competencia se extiende a la región. 4) Materia: en cuanto a ella diremos que no es más que la función dada al órgano y como señala ENTERRÍA “hay una materia generalmente atribuida a un ente descentralizado compuesto de órganos diversos o a un complejo de órganos jerárquicamente ligados entre sí en el seno de un mismo ente, precisándose luego para definir la competencia de cada uno de esa pluralidad de órganos una subdistinción de materias por su contenido o por su grado, incluso por su cuantía”⁹, en lo que compete al Gobierno Regional podemos señalar que solo importará el contenido de la

⁸ En igual sentido Boloña, G., *El acto administrativo*, editorial Lexis Nexis, 2005, pp. 158 y sgtes., aunque respecto a la subdivisión de la materia no lo señale expresamente.

⁹ García de Enterría, E. y Fernández, T., *Curso de Derecho Administrativo I*. Quinta Edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, 2004, p. 555.

materia entregada, ya que en cuanto al grado o jerarquía no concurrirá por tratarse de un órgano constitucionalmente autónomo.

2. Naturaleza y objetivos del Gobierno Regional.-

De acuerdo a la Constitución y a la L.O.C.G.A.R. la administración de las regiones estará a cargo de un organismo público denominado Gobierno Regional, el cual tal como lo señala PANTOJA “es una persona jurídica de derecho público de carácter territorial, en tal carácter goza de patrimonio propio que administra por medio de sus órganos, en particular por su órgano ejecutivo y unipersonal, que es el intendente”¹⁰.

Por tanto estamos hablando de un órgano descentralizado territorialmente, fruto de una de las técnicas de reparto de potestades cual es la descentralización territorial, la que se refiere a “la transferencia de las competencias desde el ente administrativo central a entes jurídicamente diferenciados de aquél, es decir, dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio y que no le están jerárquicamente subordinados, sino sometidos a su supervigilancia”¹¹. Ello se entiende de lo establecido por el profesor DANIEL¹² que señala que este tipo de órganos debe reunir una serie de requisitos: a) Existencia de personalidad jurídica propia y de derecho público; cuestión que establece el artículo 111 inc. 3 de la Constitución; b) Se le transfieren potestades públicas: que es una facultad abstracta, conferido por ley a los órganos del Estado, mediante la cual realizan declaraciones unilaterales de voluntad que obligan a terceros, cosa que ocurre a través de la L.O.C.G.A.R.; c) Patrimonio Propio: establecido también por la Constitución en el artículo 111 inc. 3; d) Creados por Ley: aunque el propio autor señala que son generados por la Constitución, lo que en el caso de los Gobiernos Regionales se cumple; e) Sometidos a supervigilancia y a control: No otorgándole la Constitución un carácter absolutamente autónomo y siendo uno de sus miembros, el Intendente, designado por el Presidente de la República, quien posee además iniciativa dentro del Gobierno Regional y estando bajo el control de la Contraloría, este requisito también se encuentra cumplido¹³; f) Designación de autoridades representativas de la localidad que administran: respecto de este punto el autor da un sin fin de posibilidades, dentro de las que cabe la elección actual de los miembros del Gobierno Regional, por un lado la

¹⁰ Pantoja, R., *La Organización Administrativa del Estado*, 2004, p. 394.

¹¹ Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, *Guía de Gobiernos Regionales*, 1995, p. 18. En contra de ésta postura se encuentra el profesor Pantoja quien señala que estamos ante autonomías constitucionales que no están bajo la supervigilancia del Presidente de la República ya que no existe norma que lo establezca. PANTOJA, R., “Los Gobiernos Regionales”, en *Gobierno Regional y Municipal*, Año III-12, N°36, Julio 1996, p. 52.

¹² DANIEL. M. *La Organización Administrativa en Chile*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, pp. 111-113.-

¹³ Así también lo entiende el profesor FERRADA, quien señala a propósito de las reformas pendiente la necesidad de reconocer un estatuto jurídico, para que el Gobierno Regional pueda actuar en igualdad de condiciones frente a otros órganos constitucionales y no sujeto “a la tutela o supervigilancia de otros órganos estatales”, en FERRADA, J., “El Estado regional chileno: lo que fue, lo que es y lo que puede ser”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Vol. 63, Tomo II, p. 244.-

designación del Intendente por parte del Presidente y por otra la elección que realizan los concejeros municipales para determinar quienes ocuparan los cargos en el Consejo Regional.

En cuanto al objeto del Gobierno Regional es la propia Constitución en su artículo 111 inc. 2 y la LOCGAR en el artículo 13 que establecen que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región, lo cual no es más que ejercer la administración superior de ésta. En este sentido PANTOJA haciendo referencia a la discusión en el Senado para la aprobación de la ley N° 19.097 de reforma constitucional señala el concepto de administración que el constituyente derivado tuvo en mente al momento de entregarle dicha función al Gobierno Regional “la función administrativa supone un conjunto de atribuciones que se orientan más bien a la aplicación de las normas legales y decretales para la consecución de los objetivos de poder público en materia de desarrollo y funcionamiento de los servicios públicos”¹⁴.

3. Funciones y atribuciones del Gobierno Regional.

Este punto tal como los otros tiene por finalidad preparar el marco conceptual necesario para ahondar en el tema. Si queremos analizar el traspaso de competencias desde el Gobierno Central a los Gobiernos Regional, primero debemos saber de qué hablamos cuando hacemos referencia a funciones y atribuciones, luego saber cuál es la diferencia entre éstas y la competencia y finalmente cuales son unas y otras, su regulación legal y sus falencias.

3.1 Concepto de función.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española función es la “tarea que corresponde realizar a una institución o entidad, o a sus órganos o personas”, así HERNÁNDEZ al explicar que la competencia está determinada por tres elementos, territorio, jerarquía y materia, señala respecto de ésta última “en cuanto el elemento materia, *las funciones* o tareas que debe cumplir, corresponden a la descripción del tipo de actividad que puede y debe desarrollar”¹⁵. Esas funciones específicas entregadas al Gobierno Regional van a ir delimitando su competencia.

¹⁴ Diario de sesiones del Senado, sesión 23, celebrada en martes 6 de agosto de 1981, “Discusión particular”, artículo 7°. Boletín de sesiones de la Cámara de Diputados, sesión 37, celebrada en lunes 9 de septiembre de 1991, “Discusión y votación particular del proyecto”, artículo 7°, cit. Por PANTOJA BAUZA, ROLANDO, en *Gobierno Regional y Municipal*, año III-4, N° 28, Noviembre 1995, p. 45.

¹⁵ HERNANDEZ, L., “Convenios Administrativos de transferencia de competencias a los Gobiernos Regionales: Antecedentes Jurídicos y Modalidades de Ejecución”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Volumen VII, Diciembre de 1996, p. 54.

3.2 Concepto de atribución

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española atribución es “cada una de las facultades o poderes que corresponden a cada parte de una organización pública o privada según las normas que las ordenen”, es decir, la atribución dice relación con las potestades que el ordenamiento jurídico entrega a un órgano. Aunque hay que tener presente lo señalado por BOLOÑA cuando dice que parte de la doctrina ha formulado una separación conceptual de ambos términos, entendiendo que la atribución dice relación con la materia que determina la competencia y el poder se referiría a las prerrogativas que emanan de las competencias reconocidas al órgano, ya sean de carácter decisorio, resolutorio, etc.. Aunque luego sostiene que dicha separación es útil en la teoría, no en la práctica.¹⁶ En definitiva la atribución es la facultad que la Constitución o la ley radican en un órgano Público, como lo señala PANTOJA¹⁷, además hay que distinguir, ya que cuando las atribuciones facultan al órgano para actuar dentro de la esfera privada, ejerce derechos subjetivos, pero cuando lo facultan para actuar dentro de la esfera pública se configuran poderes jurídicos especiales llamados potestades administrativas.

3.3 Relación jurídica entre función y atribución.

Como ya lo he señalado ambas forman parte de los elementos que determinan la competencia de los órganos de la administración del Estado. Por un lado la función determinará las materias entregadas, las que podrán estar determinadas por la jerarquía del órgano o por el contenido de la función entregada, incluso por la cuantía. Por otro, la atribución es la potestad que la ley entrega para ejecutar la función, sin la cual ésta no sería más que simples aspiraciones, meras enunciaciones programáticas imposibles de realizar por carecer el órgano precisamente de la potestad.

Es necesario señalar eso sí que por muchas atribuciones que posea el órgano, aquel poder que se le reconoce, requiere de una función o en otras palabras, de una delimitación general acerca de su campo de acción, de manera de determinar el ámbito de competencia del órgano para su cumplimiento y que su potestad no se vuelva imprecisa o ilimitada. Sin embargo, esta función debe ser redactada de manera genérica, tal como lo señala GARCÍA¹⁸, la atribución no recae sobre una función específica y determinada, sino que se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas o direcciones genéricas. Si fuera de otra forma, la función superaría su original

¹⁶ Cfr. Boloña, G., *El acto administrativo*, Editorial, Lexis Nexis, Santiago 2005, p. 158.

¹⁷ Cfr. Pantoja R. La organización de la administración del estado, en revista Gobierno y Administración del Estado: Nacional-Regional-Comunal, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Año VIII-3, N°87 Octubre 2000.

¹⁸ García de Enterría, E. y Fernández, T., *Curso de Derecho Administrativo I*. Quinta Edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1992, p. 441.-

naturaleza de limitarse a identificar el campo de acción y entraparía la ejecución de las potestades en el detalle de su disposición.

En el caso que estamos analizando, el Gobierno Regional, la dependencia es más clara entre una y otra, ya que es la propia LOCGAR que en sus artículos 16 al 19 enumera las funciones encargadas y en el 20 señala “Para el cumplimiento de sus funciones, el gobierno regional tendrá las siguientes atribuciones”, dejando claro la interdependencia de ambos.

4. Análisis de las funciones y atribuciones del Gobierno Regional.-

Luego de haber determinado el campo conceptual bajo el cual estoy analizando al Gobierno Regional se hace necesario entrar al fondo de la cuestión y ver cada una de las funciones y atribuciones. En éste punto seguiremos la interesante postura del autor HERNÁNDEZ¹⁹ por su utilidad para determinar aquellas materias respecto de las cuales el ente descentralizado posee un ámbito competencial más extenso y privativo, con pequeñas modificaciones.

Debemos tener presente, como ya lo he señalado anteriormente, que el Gobierno Regional tiene la característica de poseer más funciones que atribuciones, por lo que el autor señala como prevención general que su clasificación tiende a ampliar el campo de las atribuciones.

4.1 Confusiones terminológicas en la determinación de funciones y atribuciones en la L.O.C.G.A.R.-

A diferencia de lo que ocurre con la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695, que utilizó la misma técnica legislativa de separar funciones y atribuciones, la LOCGAR careció de precisión terminológica suficiente.

A raíz de esto HERNÁNDEZ señala que advierte a lo menos dos tipos de confusiones:

- a) Identificar como funciones, y bajo el título respectivo, acciones que son atribuciones;
- y,
- b) Asignar el carácter de atribuciones a fórmulas que evidencian funciones.

¹⁹Cfr. HERNANDEZ, L., “Convenios Administrativos de transferencia de competencias a los Gobiernos Regionales: Antecedentes Jurídicos y Modalidades de Ejecución”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Volumen VII, Diciembre de 1996, pp. 59-64.

Respecto del primero y a modo ejemplar señala que las letras b) y c) del artículo 16 más que funciones serían atribuciones, ya que lo que hacen es determinar la inversión del F.N.D.R. o la destinación de los recursos del I.S.A.R. y en su calidad de atribuciones vendrían a hacer operativa una función general, la administración y ejecución del presupuesto de inversión pública regional.

En lo relativo al segundo punto señala que dado que las funciones también pueden redactarse con fórmulas verbales hace que el legislador confunda unas por otras. Es decir, que al redactarlas crea estar determinando una función, cuando en realidad lo que hace es entregar una atribución.

4.2 Funciones del Gobierno Regional.-

El autor para esquematizar las funciones recurre a la distinción realizada por el propio legislador en la L.O.C.G.A.R. que distinguió en relación a su naturaleza en cuatro grandes áreas:

a) Funciones Generales:

- Administración de inversión pública regionalizada.(art. 16 letra b y c)
- Reglamentación regional.(art. 16 letra d)
- Programas de desarrollo.(art. 16 letra a) primera parte)
- Presupuesto regional.(art. 16 letra a) segunda parte)
- Asesoría municipal.(art. 16 letra e)
- Emergencias o catástrofes.(art. 16 letra f) primera parte)
- Prevención y protección ante situaciones de desastres.(art. 16 letra f) segunda parte)
- Cooperación internacional.(art. 16 letra g)
- Ejercicio de las competencias transferidas de acuerdo al artículo 67 de la LOCGAR.(art. 16 letra h)
- Coordinación con el gobierno central y sus órganos.(art. 16 letra i)
- Construcción, reposición, conservación y administración de obras de pavimentación de aceras y calzadas en áreas urbanas.(art. 16 letra j) primera parte)

b) Funciones en materia de ordenamiento territorial.

- Sistema de asentamientos humanos.(art. 17 letra a)
- Infraestructura y equipamientos.(art. 17 letra b)
- Protección, conservación y mejoramiento del medio ambiente.(art. 17 letra c)
- Transporte: art. 17 letra d)
 - ↳ Intercomunal.

- ↪ Interprovincial.
 - ↪ Internacional fronterizo.
 - ↪ Interregional.
 - Desarrollo de áreas rurales.(art. 17 letra e) primera parte)
 - Desarrollo de áreas aisladas.(art. 17 letra e) segunda parte)
 - Localización de Seremis y Direcciones Regionales de servicios públicos.(art. 17 letra f)
- c) Funciones en materia de fomento a actividades productivas.
- Prioridades de fomento productivo.(art. 18 letra a) primera parte)
 - Asistencia técnica.(art. 18 letra a) segunda parte)
 - Capacitación laboral.(art. 18 letra a) tercera parte)
 - Explotación racional de recursos naturales.(art. 18 letra b)
 - Investigación científica y tecnológica.(art. 18 letra c) primera parte)
 - Desarrollo de la educación superior y técnica.(art. 18 letra c) segunda parte)
 - Turismo.(art. 18 letra d)
- d) Funciones en materia de desarrollo social y cultural.
- Erradicación de la pobreza.(art. 19 letra a)
 - Acceso de la población de escasos recursos a: (art. 19 letra b)
 - ↪ Salud
 - ↪ Educación y cultura.
 - ↪ Vivienda.
 - ↪ Seguridad social.
 - ↪ Deportes y recreación.
 - ↪ Asistencia judicial.
 - Pertinencia de proyectos de inversión, teniendo en cuenta las evaluaciones de impacto: (art. 19 letra c)
 - ↪ Ambiental.
 - ↪ Social.
 - Beneficio y programas sociales.(art. 19 letra d)
 - Estudio de las condiciones, nivel y calidad de la vida de los habitantes.(art. 19 letra e)
 - Fomento cultural.(art. 19 letra f) primera parte)
 - Patrimonio histórico, artístico y cultural.(art. 19 letra f) segunda parte)
 - Protección y desarrollo de las etnias originarias.(art. 19 letra f) parte final)
 - Proponer criterios para distribuir subvenciones.(art. 20 letra h)

4.3 Atribuciones del Gobierno Regional.-

Respecto de las atribuciones el autor realiza una serie de pasos para clasificar a las atribuciones, nosotros tomaremos una de esas clasificaciones, por un carácter meramente concordante. Como anteriormente clasificamos a las funciones en relación a su naturaleza, realizaré el mismo ejercicio respecto de las atribuciones:

- a) Atribuciones en materia de organización interna:
 - Elaborar y aprobar el proyecto de presupuesto.(art. 16 letra a)
 - Elaborar y aprobar políticas, planes y programas de desarrollo de la región.(art. 16 letra a)
 - Administrar los bienes del Gobierno Regional.(art. 20 letra b)
 - Disponer y supervisar obras que ejecuten con su presupuesto.(art. 20 letra d)
 - Aplicar políticas de la Estrategia de Desarrollo.(art. 20 letra e)
 - Aprobar el reglamento de su funcionamiento.(art. 36 letra a)

- b) Atribuciones en materia de Dirección de la Administración Pública.
 - Conocer los planes y programas de la administración regional.(art. 21 inc. 1)
 - Conocer los planes de desarrollo y presupuesto de los municipios.(art. 21 inc. 2)
 - Solicitar el traspaso de competencia al Gobierno Central.(art. 67)
 - Celebrar convenios de traspaso de competencias.(art. 101)
 - Administrar bienes de uso público.(art. 24 letra l)
 - Coordinar, supervigilar y fiscalizar a la administración pública.(art. 24 letra m)
 - Resolver recursos administrativos.(art. 24 letra n)
 - Emitir opinión acerca de las modificaciones a la división político-administrativa del país.(art. 36 letra i)

- c) Atribuciones en materia de Reglamentación regional.
 - Aprobar normas reglamentarias regionales.(art. 20 letra a)
 - Aprobar planes reguladores comunales e intercomunales.(art. 20 letra f)
 - Aplicar tributos que graven actividades o bienes que tengan clara identificación local.(art. 20 letra i)

- d) Atribuciones en materia de programas de inversión y políticas públicas.
 - Resolver la inversión de recursos FNDR.(art. 16 letra b)
 - Destinar a proyectos específicos los recursos ISAR.(art. 16 letra c)

- Celebrar convenios con municipalidades y otros organismos del Estado.(art. 16 letra j) parte final)
- Aprobar convenios de programación de inversiones.(art. 20 letra c)
- Formular y priorizar proyectos de infraestructura social básica y evaluar programas.(art. 20 letra g)
- Distribuir las subvenciones.(art. 20 letra h)

4.4 Análisis de la clasificación de las funciones y atribuciones.

Tal como se puede ver de acuerdo a la clasificación presentada podemos señalar que reafirman lo que indicamos al principio de este punto, en cuanto ha que existen un error conceptual del legislador a la hora de diferenciar unas de otras. Ello se hace presente especialmente respecto del artículo 16 letras b) y c), que han sido reemplazados por el autor por una función general y las ha trasladado por su naturaleza a las atribuciones

Otra cuestión importante de señalar es que a diferencia de las funciones, las atribuciones no se agotan en el artículo que las recoge, sino que además existen diversas disposiciones a lo largo de la LOCGAR que las consagran. Una de ellas, que me importa destacar, es precisamente la establecida en el artículo 67 de la ley, que consagra el traspaso de competencias.

Además debo hacer presente, tal como hice la advertencia al principio de este punto, que realicé algunas inclusiones al esquema, una por cuestiones temporales, ya que se agregó en la enumeración del artículo 16, la letra j), por el N°2 del artículo 1 de la Ley 20.035, publicada en el Diario Oficial el 1 de Julio de 2005. Las otras modificaciones fueron por posturas propias que paso a justificar: incluí la letra h) del artículo 16 que el autor no incluye en el esquema, primero porque no justifica su exclusión y en segundo lugar porque entiendo que es una función entregada por el legislador a los Gobiernos Regionales independiente de la postura y las criticas que podríamos hacer al respecto, que viene a operativizar el artículo 67 de la LOCGAR. Otra de las modificaciones realizadas es la del artículo 20 letra h) primera parte, que HERNÁNDEZ la coloca como una atribución dentro de los programas de inversión y políticas públicas y yo la encasillo dentro de las funciones, específicamente dentro de las materias de desarrollo social y cultural. El motivo es, que proponer criterios de distribución de subvenciones a los programas sociales, no es mas que reglamentar las directrices a través de las cuales se ejecutarán efectivamente dichas directrices, que vendría a ser la segunda parte de dicha letra, distribuir las subvenciones. Esta segunda parte del artículo 20 letra h) sería la atribución, el medio a través del

cual se haría efectiva la función encomendada al Gobierno Regional en materia de política social²⁰.

²⁰ En el mismo sentido *Proyecto Subdere/Universidad de Chile: Servicios Públicos Regionales – Informe final*, p. 11, en http://www.subdere.gov.cl/1510/articles-66415_recurso_1.pdf (2003), en cuanto entiende que el artículo 20 letra h) primera parte es una función.

CAPÍTULO II

Transferencia de Competencias en el Derecho Público.

1.- Concepto de transferencia de Competencia.

La Real Academia de la Lengua Española la define como “Acción y efecto de transferir”, y por este término “ceder a otra persona el derecho, dominio o atribución que se tiene sobre algo”. Es decir, que cuando hablamos de transferencia de competencias, estamos haciendo alusión a la cesión por parte de un sujeto de funciones y atribuciones. En el mismo sentido lo entiende el informe final del proyecto de la Subdere/Universidad de Chile sobre la creación de servicios públicos regionales, al explicar precisamente la utilización del concepto Transferencia de Competencias en el capítulo V al señalar “Hay consenso en los especialistas que la ley N°19.175 consagra un amplio campo de funciones a los Gobiernos Regionales y que la debilidad de esta norma se explica principalmente por que éstas no están acompañadas de las correspondientes atribuciones. Siendo esto cierto, se ha preferido usar el concepto más genérico de transferencias de competencias, pues éste incluye tanto funciones como atribuciones, reconociendo la factibilidad que, en algunas áreas, los Gobiernos Regionales requieran se les amplíe el campo de funciones con que cuentan hoy día”²¹.

Se hace necesario por supuesto explicar que el objeto del informe es crear una nueva institucionalidad regional y bajo supuestos diferentes a los que contamos hoy en día y que por tanto, si bien es cierto se entiende que la transferencia de competencias incluye tanto a las funciones como a las atribuciones, podríamos llegar a concluir bajo los parámetros actuales, que solo debiera entenderse a las atribuciones, como lo hace HERNÁNDEZ al afirmar que “respecto de la solicitud de transferencia de competencia, es claro que es un medio, mecanismo o facilitador, para obtener otras atribuciones”²².

2. Formas de transferencias reconocidas por la Doctrina.

Muchas veces cuando se hace mención al sistema de transferencias, muchos autores comienzan a hablar de los sistemas de distribución de competencias, pero no de los mecanismos de transferencia de competencia. La verdad de las cosas, es que si bien es cierto, no son lo mismo, tienen mucha relación.

²¹ Ibidem, p. 40.-

²² HERNANDEZ, L., “Convenios Administrativos de transferencia de competencias a los Gobiernos Regionales: Antecedentes Jurídicos y Modalidades de Ejecución”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Volumen VII, Diciembre de 1996, p. 64.

Así puedo decir que cuando hablamos de sistemas de distribución de competencias, estamos haciendo alusión a las formas jurídicas del Estado. Ello porque dicha materia se hace cargo de la forma en que se organiza el poder estatal, de la manera en que se estructura en el ámbito territorial. Siguiendo la clasificación dada por el profesor BANDA²³ señalaré que en cuanto a la forma territorial del estado podemos distinguir:

- a) Estado Unitario o Simple: dentro del cual encontramos al Estado Unitario Centralizado y al Estado Unitario con procesos de desconcentración y de descentralización en distintas formas.-
- b) Estado compuesto: el que comprende al Estado Federal, a la Confederación de Estados y las Uniones de Estados (reales y personales).-
- c) El Estado Regional: que ha juicio del autor constituye una fórmula intermedia de las formas jurídicas mencionadas en las letras anteriores.-

De ésta manera, cuando un Estado toma la decisión de constituirse en una de estas formas jurídicas, el constituyente originario a través de la Carta Constitucional distribuye las competencias entre los diversos órganos creados, otorgándoles funciones y atribuciones, que si bien es cierto podrían pertenecer a otro órgano, son entregados a órganos especializados, ya sea en razón del territorio o de especialidad, en el momento de constitución.

Así la Constitución Chilena de 1980 ratificó el carácter Unitario del Estado y estableció la división política-administrativa actual en regiones, provincias y comunas, estableciendo en cada una de ellas órganos encargados de su administración, los cuales fueron desarrollados por el legislador a través de leyes orgánicas. Si bien es cierto que el modelo descentralizador que instauró la Constitución de 1980 que conocemos actualmente, difiere del articulado original que establecía un modelo más desconcentrado, resulta fácil determinar la forma jurídica que posee el Estado y la forma a través de la cual se realizó la distribución de competencias. Así, el articulado actual establece en el artículo 3²⁴ de la Constitución un mandato al legislador “para que utilice estos instrumentos de reparto de potestades administrativos”²⁵, es decir, tanto la desconcentración como la descentralización administrativa y además un mandato a los órganos del Estado, quienes deberán promover “el fortalecimiento de la regionalización del país”.

²³ BANDA, A., *Apuntes de Derecho Constitucional I*, Universidad Austral de Chile, año 2006.-

²⁴ Aunque cabe señalar que en derecho comparado el constituyente establece mandatos más imperativos que el nuestro, por ejemplo el art. 5 de la Constitución Italiana señala “La República, una e indivisible, reconoce y promoverá las autonomías locales, efectuará en los servicios que dependan del Estado la más amplia descentralización administrativa y adoptará los principios y métodos de su legislación a las exigencias de la autonomía y de la descentralización.” En http://www.camera.it/cost_reg_funz/345/copertina.asp.-

²⁵ FERRADA, J., “El Estado regional chileno: lo que fue, lo que es y lo que puede ser”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Vol. 63, Tomo II, p. 237.-

Ello es distinto por ejemplo al Estado Unitario Colombiano²⁶, el cual posee, al igual que nosotros una Carta Fundamental bastante actual, promulgada en 1991, la cual vino a modificar la división político- administrativa existente en ese momento, estableciendo un sistema bastante complejo tal como señala el profesor IBÁÑEZ²⁷, quien entiende que el régimen Colombiano es de aquellos denominados “Constituciones Catálogos”, ya que permiten diversas posibilidades, aunque la Carta Colombiana “tiene un “gran catálogo”, abigarrado, complejo y confuso que aún los expertos no saben si su organización se mueve dentro del esquema centralización – descentralización, si tiene un régimen autonómico; si más bien consagró las bases para un sistema semifederal cuya definición corresponderá curiosamente al legislador y no al Constituyente, o, si tiene un sistema mixto, sui géneris, en todo caso”²⁸. Cuestión que pareciera no ser la excepción, ya que la Constitución Española ha sido objeto de similares críticas por su carácter ambiguo, así CRUZ²⁹ señala que la Constitución permite cualquier modelo, ya sea centralizado unitario, como descentralizado, federal e incluso más allá sin sufrir modificación formal alguna, ya que al igual que el mencionado caso Colombiano, la Carta solo se limita a establecer opciones que las provincias españolas pueden elegir.

Así las cosas, nos podemos percatar que la distribución de competencias que realiza cada Estado queda, a lo menos, plasmada en la Constitución respectiva. Por supuesto los modelos difieren en uno y otro caso, como señalamos Chile opta por establecer un capítulo especial para la división político – administrativa estableciendo los órganos que crea en las regiones, provincias y comunas; mientras que en el derecho comparado por ejemplo Colombia las regiones son sólo una opción³⁰ a la que los departamentos (homologable en nuestro caso a las provincias) podrán acceder primero transformándose en un órgano administrativo³¹ y luego en un órgano territorial³², todo lo cual, regulación, competencias órganos, etc., queda entregado a una Ley Orgánica que todavía no se ha dictado.-

²⁶ La Constitución Colombiana señala en su artículo 1 que “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” en http://abc.senado.gov.co/prontus_senado/site/artic/20050708/asocfile/reformas_constitucion_politica_de_colombia_1.pdf.-

²⁷ Cfr. IBÁÑEZ, J.: “El Derecho Público Colombiano”, en ROBALINO, J.(coord.): *El Marco Constitucional del Derecho Administrativo en Latinoamérica: V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, p. 133.-

²⁸ Loc. cit.

²⁹ Cfr. CRUZ, P., *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Editorial Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 388.

³⁰ La Constitución Colombiana señala en el artículo 286 inc 2 que “La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley” en http://abc.senado.gov.co/prontus_senado/site/artic/20050708/asocfile/reformas_constitucion_politica_de_colombia_1.pdf.-

³¹ El artículo 306 de la Constitución de Colombia establece “ Dos o más departamentos podrán constituirse en regiones administrativas...”, *Ibidem*.-

³² Por su parte el artículo 307 primera parte, de la Carta Colombiana señala al respecto “La respectiva Ley Orgánica, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial, establecerá las condiciones para solicitar la

Cabe agregar que como todo proceso complejo su perfeccionamiento siempre se programa a largo plazo, por lo que el Constituyente establece mecanismos para que el legislador o el Presidente de la República, o ambos, sigan avanzando en el proceso de descentralización. Esto es a lo que apunta esta tesis, no a la transferencia de competencias en sí, sino más bien a los mecanismos que el constituyente entrega y a quien se los entrega. Por ello es que no abordare más en profundidad el tema, que daría para una tesis en sí y me referiré al mecanismo de transferencia de competencias que se establece en el país, pero antes mencionaré los sistemas que se pueden implementar.-

2.1. Mecanismos de transferencia de competencias.-

La clasificación que considere relevante para este estudio³³, dice relación con la que distingue los grados de obligatoriedad que el sistema establece para el emisor como para el receptor. Se distingue de acuerdo al parámetro establecido en:

- a) Convenios de transferencia de competencia: En esta modalidad hay un acuerdo de voluntades entre los actores. La ventaja de esta modalidad es la negociación de las partes, lo que supone una mejor solución para el sistema; pero su desventaja, radica en la falta de igualdad de las partes involucradas.-
- b) Solicitud de transferencia obligada: A diferencia del sistema anterior, acá una de las partes se encuentra forzada a ceder a la otra, las competencias que aquella solicite, y eventualmente también determinará el momento en que deberá hacerse el traspaso. La principal ventaja del modelo es que es el propio interesado el que solicita la transferencia de competencias, lo que presupondría un debate amplio sobre las consecuencias que involucraría el cambio. Dentro de sus desventajas es que no hay una evaluación de las capacidades reales del órgano solicitante por parte del cedente, además podría teóricamente provocar un caos ante la excesiva demanda y los costos al sistema.-
- c) Negociaciones sectoriales: mecanismo similar a los convenios de transferencia, ya que toma en cuenta la voluntad de los involucrados; sin embargo, se diferencian en que en este sistema prima el interés sectorial más que el territorial. Como ventaja puedo señalar que mejora la estructura administrativa, haciéndola más eficiente. Su

conversión de la región en una entidad territorial.” Y su inc. 2 “La misma ley establecerá las atribuciones...”, en *Ibidem*.-

³³ Cfr. *Proyecto Subdere/Universidad de Chile: Servicios Públicos Regionales – Informe final*, pp. 40-42, en http://www.subdere.gov.cl/1510/articles-66415_recurso_1.pdf (2003).-

desventaja radica en que depende del interés de las partes, su falta de acuerdo entorpecería el proceso y existirían falta de mecanismos que tiendan a solucionar estas diferencias. Además los principales actores de éste procedimiento son los estamentos técnicos de la administración, por lo que eventualmente se produciría una falta de participación ciudadana.

- d) Propuestas del Gobierno Central: En este supuesto, el Gobierno Central es el que tiene la iniciativa en materia de transferencia de competencias y lo realiza a través de una o varias ofertas que contienen los requisitos que deben cumplir los gobiernos regionales receptores. Las características positivas del sistema es que logra considerar los intereses de los actores, en el proceso, ya que por una parte el emisor establece los parámetros o bases de la transferencia y por otra el receptor tiene un doble prerrogativa, aceptar o no la oferta y además cuando son varias, determinar cual de todas quiere; otra característica importante es la transparencia que se da, tanto respecto de los recursos involucrados como en las condiciones impuestas al aceptante. Lo negativo es que podría no tomarse en consideración la capacidad de gestión del destinatario, como tampoco sus características particulares; podría producir altos costos y dispersión, aunque con una menor intensidad que los supuestos anteriores.-
- e) Obligatoriedad para el Gobierno Central y los Gobiernos Regionales: Este modelo de transferencia de competencias es forzado y uniforme para todos los involucrados y muchas veces se aplica en forma simultánea. Sus ventajas: la uniformidad administrativa; disminución de los costos de diseño y de coordinación en la implementación y finalmente un menor costo burocrático ya que se produce por acuerdos políticos. Sus desventajas: no toma en cuenta las diferencias entre los diversos Gobiernos Regionales en cuanto a su capacidad, intereses y voluntad; otra es que dependiendo de la cantidad de traspasos, puede haber una disminución en el funcionamiento general del sistema político - administrativo y un aumento irracional en el presupuesto.-
- f) Combinación de Transferencias Básicas con Convenio: es una mezcla de sistemas, por un lado, se transmiten competencias de manera forzada y uniforme para todos los Gobiernos Regionales y por otro lado, se admite la existencia de un procedimiento de acuerdos para extender ese contenido mínimo a otras competencias no establecidas en ella. Sus ventajas: combina un sistema rígido con uno abierto; reduce la dispersión administrativa; añade al sistema uniforme los intereses de los receptores; tiene un bajo costo de transacción. Sus desventajas: lograr conciliar todas las voluntades para formar el contenido mínimo de transferencias; tendencia a limitar transferencia, etc.

3.- La transferencia de competencias del Gobierno Central a los Gobiernos Regionales. Regulación normativa y Doctrinaria.

En este apartado explicaré el punto central de mi tesis, relativo a los mecanismos de transferencia de competencias, comenzando por una breve introducción histórica del tema que me llevará a revisar el proyecto de ley sobre gobierno y administración regional en lo que diga relación con el punto en cuestión, analizando la doctrina y el derecho comparado.-

3.1 Evolución Histórica en Chile de los mecanismos de transferencia de competencias.-

El establecimiento de un mecanismo de transferencia de competencias no es nuevo en nuestro país, ya la Constitución Política de la República de 1925 lo contemplaba. Así, el artículo 107, ubicado en el título “Descentralización Administrativa”, señalaba “Las leyes conferirán paulatinamente a los organismos provinciales o comunales las atribuciones o facultades administrativas que ejerzan en la actualidad otras autoridades, con la finalidad de proceder a la descentralización del régimen administrativo interior.” Con ello, el Constituyente Originario estableció que la manera en que se procedería a la descentralización administrativa sería mediante la voluntad del legislador.

Dicha norma nunca se aplicó y formó parte del articulado programático de la Constitución de 1925, ya que como lo señala el profesor GARAY “cabe destacar que el primer impulso descentralizador en Chile fue producto de la Carta de 1925, pues se ordenó al legislador, la dictación de un marco regulatorio para el desarrollo de las Asambleas Provinciales, disposición, que como es sabido, sólo fue de carácter programático, pues la ley jamás fue dictada.”³⁴, y como consecuencia de ello el artículo 107 de la Carta del 25 nunca operó.-

Por su parte, la Constitución Política de 1980 poco innovó en la materia en cuestión, no contemplando ninguna norma al respecto. No fue sino hasta la reforma constitucional publicada con fecha 12 de noviembre de 1991 en el Diario Oficial, Ley 19.097, cuyo proyecto se denominaba Gobierno y Administración Regional y Comunal y Provincial, que se vuelve a establecer una norma similar a la Carta del 25 en cuanto a su espíritu descentralizador.-

Cabe señalar que el proyecto original presentado por mensaje presidencial establecía que:

“La ley determinará las formas en que se descentralizará la Administración del Estado, pudiendo transferir competencias a los gobiernos regionales de manera gradual y selectiva.

³⁴ GARAY, O., “Descentralización y desconcentración administrativas en el derecho chileno y comparado”, en *Anuario de Derecho Público*, Año IV, N°4, 2.000, p. 109.

Sin perjuicio de lo anterior, también podrá establecer, con las excepciones que procedan, la desconcentración regional de los ministerios y de los servicios públicos.

La ley establecerá los procedimientos que aseguren la debida coordinación entre los organismos de la Administración del Estado y faciliten el ejercicio de las facultades de las autoridades regionales.”³⁵

Por su parte el Ministro del Interior don Enrique Krauss en la sesión del 20 de junio de 1991, ante las Comisiones unidas de Gobierno, Descentralización y Regionalización y de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, al hablar sobre el contenido y propósitos que inspiran la iniciativa, señaló respecto del artículo 103 que se pretendía aprobar “...que será la ley, que regula cada sector de la actividad pública, la que determine el ámbito de las funciones y atribuciones que se transferirán a los gobiernos regionales, así como las condiciones y requisitos que éstos deberán reunir para hacerse cargo de esas responsabilidades. Ello es congruente con el criterio de gradualidad y selectividad de este proceso, consagrado en la propuesta de reforma constitucional, y es la única forma realista y confiable para asegurar su avance sostenido y exitoso”³⁶

Siendo ésta la visión del ejecutivo en el proyecto, de acuerdo a la historia fidedigna de la ley, fue precisamente en esta sesión en donde fue modificado el artículo 103, quedando tal como lo conocemos ahora. Las discusiones que se dieron fueron más de carácter conceptual en relación a la descentralización y la desconcentración, que al problema que me aboca. Cabe señalar que la modificación se llevó a cabo, teniendo en cuenta sugerencias de los representantes del Ejecutivo, eliminado el criterio de gradualidad y selectividad y refundiendo el inciso segundo y tercero, además se reemplazó la expresión organismos por órgano, señalando que éste concepto expresa de mejor manera la finalidad del inciso, que se hace cargo del tema de la desconcentración administrativa.

Ahora bien, quedando de esta manera establecidas las bases para la dictación de la L.O.C.G.A.R., ley que entró al parlamento 7 de enero de 1992 y en lo relativo a nuestro tema puedo señalar que el proyecto de ley presentado por el ejecutivo, difiere sustancialmente en ésta materia de la normativa actual. Se establecía en el Capítulo V del Título Segundo, en el artículo 64 las Asociaciones Regionales, que consistían en “Los Gobiernos Regionales podrán asociarse con personas naturales o jurídicas, o constituir con ellas entidades destinadas a propiciar

³⁵ Proyecto de Reforma *Gobierno y Administración Regional y Provincial y Administración Comunal*, Boletín 357-06, 20 de Mayo de 1991, en <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>.

³⁶ Primer Informe de la Comisión Unida de Gobierno, Descentralización y Regionalización y la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído el proyecto de reforma constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, Provincial y Administración Comunal, Boletín 357-06, 05 de Agosto de 1991, en <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>.

actividades o iniciativas sin fines de lucro que contribuyan al desarrollo de la región”³⁷. Estos acuerdos, establecía el artículo 66 se manifestarían jurídicamente a través de convenios. Lo cierto es que esta atribución, que permitía desarrollar la función del desarrollo regional entregada a los Gobiernos Regionales, no prosperó y fue eliminada de la L.O.C.G.A.R.³⁸.

Por otra parte contemplaba un Título Final compuesto por tres artículos, de los cuales me interesa destacar a dos. El primero establecido en el artículo 95 “Las competencias atribuidas por la presente ley a los gobiernos regionales no afectarán las funciones y atribuciones que correspondan a la Administración Pública Nacional, en todo lo que expresamente no haya sido encomendado a los gobiernos regionales” y el art. 96 “Para los efectos de lo establecido en el artículo 103 de la Constitución Política de la República, se podrán radicar en el gobierno regional funciones específicas que lleven a cabo órganos de la Administración del Estado. En tal caso se procederán mediante la celebración de un convenio entre el gobierno regional y el órgano respectivo, el que será suscrito además, por el Ministro del Interior”³⁹. El mensaje señala respecto a estos artículos que se consagra un mecanismo gradual de transferencia, tanto de competencias como de recursos. Ahora bien, ¿cual es el alcance del artículo 96? Parece que ha juicio de su creador, es bastante amplio, ya que en primer lugar dice que la ley es la encargada de crear las condiciones y los requisitos para optar a los traspasos, haciendo una clara alusión a lo preceptuado en el artículo 103 de la Constitución y a lo señalado en el art. 96 en cuestión; y, en segundo lugar, determina el alcance al señalar que el Gobierno Regional a través de éste mecanismo de traspaso de competencias podrá tomar a órganos desconcentrados de los ministerios y servicios públicos, como asimismo recibir funciones específicas de otros órganos desconcentrados de la Administración. La forma en que se manifestará jurídicamente este mecanismo será por Convenio entre Gobierno Regional y el Ministerio que corresponda, suscrito además por el Ministro del Interior.⁴⁰

Éste era el esquema sobre el cual se estructuraba en Chile un mecanismo de transferencia de competencias, pero la tramitación en el Congreso modificó la idea original, a pesar que todas estas reformas se realizaron bajo acuerdos políticos, lo que explica su rápida promulgación y entrada en vigencia, además de su poca claridad debido a la falta de discusión de muchos temas.

Nuevamente citando al Ministro del Interior don Enrique Krauss en su exposición del proyecto de ley ante la Cámara de Diputados señaló “De allí que la iniciativa, haciéndose eco del

³⁷ Historia de la Ley, Compilación de Textos Oficiales del Debate Parlamentario, Ley 19.175 (D.O. 11-11-1992) Gobierno y Administración Regional, Volumen 1, Santiago de Chile, 1997, p. 20.-

³⁸ Debe mencionarse que la Ley N°20.035 publicada en el D.O. el 01 de Julio de 2005 incorporo median su artículo 1 N°20 un Capítulo VII a la L.O.C.G.A.R. denominado “Del Asociativismo Regional” en los art. 100 y sgtes, reintegrando ésta idea, con un diferente tratamiento.-

³⁹ Op. Cit. p.27.-

⁴⁰ Cfr. Op. Cit. pp. 5-6.-

mandato impuesto por el constituyente al legislador, confiere la responsabilidad de determinar la forma en que se descentralizará la administración del Estado. En este aspecto, consagra una fórmula flexible y original en nuestro derecho positivo, según la cual cada uno de los gobiernos regionales que por esta ley se instituyan, podrán plantear al gobierno nacional su interés en recibir la asignación de determinadas funciones centralizadas o desconcentradas en la actualidad, a las que podrán acceder por la vía de la ley, e incluso de un convenio entre ambas instancias de administración, cuando estudios y evaluaciones confiables demuestren que existen condiciones favorables para que ese traspaso opere”⁴¹. Con ello parece ser clara la intención del ejecutivo de establecer un mecanismo que permita operar o manifestarse jurídicamente a través de dos vías, por medio de una ley o mediante un convenio. Sin embargo, fue el propio ejecutivo el que introdujo las modificaciones ante la Comisión de Gobierno Interior, Regionalización, Planificación y Desarrollo Social, luego que la Cámara de Diputados reenviara el proyecto después de la votación en general, para la evacuación del segundo informe.

Es pues, en este momento donde a mi juicio se explica la configuración actual del mecanismo de transferencia de competencias y las confusiones doctrinarias al respecto. Se modifica el artículo 16 que regula las funciones generales de los Gobiernos Regionales introduciendo la letra g) que establece “Satisfacer en forma continua y permanente necesidades públicas en aquellos sectores de la actividad del Estado cuyos órganos o funciones le sean traspasados en aplicación de lo dispuesto en el artículo 66 de esta ley”⁴²; un nuevo artículo 66 que prescribe lo mismo que el actual y solo cambia la redacción del inciso primero; e, introduce un nuevo artículo 99 que establece “Cuando el traspaso de competencias a que se refiere el artículo 69 pueda operarse por vía de un convenio, éste será celebrado entre el gobierno regional y el ministerio respectivo, debiendo suscribirlo, además, el Ministro del Interior”⁴³.

Las justificaciones del ejecutivo respecto al cambio se desconocen, ya que el trabajo de las Comisiones era secreto y solo es público el contenido del informe que entregaba. No se entiende bien si el ejecutivo entendió que las modificaciones solo venían a precisar los objetivos que argumentó el Ministro del Interior ante la Cámara de Diputados o bien intentaban cambiar la estructura inicial por miedo a que no pasara el examen ante el Tribunal Constitucional, ya que la Corporación había determinado que el artículo 96 del proyecto original era materia de Ley Orgánica Constitucional y por tanto, debía ser objeto de estudio por parte de aquél.

El último cambio significativo lo sufre en la Comisión Unida del Senado de Gobierno, Descentralización y Regionalización y la de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento,

⁴¹ Op. Cit. p. 130.-

⁴² Ibidem, p. 225.-

⁴³ Ibid., p. 244, cabe señalar que el artículo 69 del proyecto, a que hace mención el precepto señalado, se refiere a las Asociaciones Regionales, en particular al contenido mínimo que deberán contener los convenios que se celebren para llevarlo a cabo.-

que eliminan la institución de Asociaciones Regionales y modifican el artículo 99 que hacía alusión a dicha materia, cambiando el artículo a que hacía referencia por el art. 66, que dice relación con el mecanismo de transferencia de competencias. La última modificación se realiza luego de la votación en general, cuando se reenvía a la Comisión, en esa instancia se presenta una indicación, la número 33, que viene a modificar la letra g) del artículo 16, dejándolo de la manera que lo conocemos actualmente.-

En síntesis podemos señalar que la historia fidedigna de su establecimiento nos entrega una idea clara, la voluntad de la ley en materia de mecanismo de transferencia está radicado en el espíritu del Ejecutivo y no del legislador, ya que no existió un debate respecto al tema de acuerdo a las Actas, salvo algunas apreciaciones concretas, de miembros del parlamento abogando por la falta de una normativa y otros que encontraban que era un avance. Pero ninguna cuestiona la constitucionalidad de dicha norma, como tampoco lo hace el Tribunal Constitucional, organismo que declaró la constitucionalidad del artículo 66 inc. 1, a pesar que estableció varias normas inconstitucionales e incluso el voto de minoría se hizo cargo de otras normas que a su juicio también debieron haber sido incluidas en la declaración, Uno de sus fundamentos resulta del todo interesante, el sostenido por los Ministros Jiménez y García, al exponer que el artículo 20 letra a) dispone que una de las funciones del Gobierno Regional será “Aprobar y modificar las normas reglamentarias regionales que le encomienden las leyes y las de su organización interna, 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”⁴⁴, señalan que las materias comprendidas en el artículo 20 han sido declaradas tanto por el legislador, como por el Tribunal como normas de Ley Orgánica Constitucional y que por tanto mal podría un reglamento supremo venir a complementar dicha norma ya que estaría delegando una materia que de acuerdo al artículo 61 es indelegable. Contestan esta postura la Ministra Bulnes señalando que la finalidad de la frase en cuestión, es solo ejecutar las normas ya establecidas por la Ley Orgánica y en ningún caso agregar más atribuciones.

Así, planteada la cuestión, podemos afirmar que el mecanismo de transferencia de competencias establecido por el Ejecutivo en su proyecto de ley contempla dos modalidades de manifestación jurídica, la ley y el convenio. Sin perjuicios de las mutaciones que se dieron en la materia, parece firme la intención por parte del ejecutivo de mantener esta doble modalidad. Ello se evidencia en el hecho que el artículo 89, que contemplaba el sistema de convenios, del proyecto de ley, actual 107, que originalmente estaba establecido para las Asociaciones Regionales, luego de que no prosperara esa iniciativa, se modificó para que se relacionara con el artículo 66, actual 67, que establecía el mecanismo de transferencia de competencias. En el

⁴⁴ Historia de la Ley, Compilación de Textos Oficiales del Debate Parlamentario, Ley 19.175 (D.O. 11-11-1992) Gobierno y Administración Regional, Volumen 3, Santiago de Chile, 1997, p. 964.-

mismo sentido lo entiende el autor HERNÁNDEZ al señalar que “ ... si en principio, el objeto de la norma fue establecer exclusivamente la figura jurídica del convenio, el resultado fue más amplio, al establecer una norma general (actual 67) que regula la iniciativa del Gobierno Regional y el procedimiento para pedir las transferencias y, además, una norma particular (actual 107) que regula el caso específico en que esos convenios sean por convenio”⁴⁵.

3.2 Análisis Constitucional, Legal y Doctrinario del mecanismo de transferencia de competencias establecido en Chile.-

Ya analizado la evolución histórica del mecanismo de transferencia de competencias establecido en Chile, necesitamos ahora juzgarlo a la luz de los principios y normas constitucionales, del articulado elaborado y de la doctrina.

Como punto de partida debemos determinar si la Constitución autoriza ha que el Presidente de la República materialice el traspaso de competencias a través de un decreto, complementando de esta manera al legislador, que sólo reguló el procedimiento o mecanismo de transferencia de competencias, más no su materialización jurídica, por lo menos en lo que dice relación con el artículo 67 de la L.O.C.G.A.R., y además si el hecho a que la ley faculte la materialización mediante un convenio administrativo como lo establece el art. 107 de la Ley, es suficiente para no ser objeto de requerimiento de inaplicabilidad y posteriormente de inconstitucionalidad de acuerdo a las reformas constitucionales del 2005 que facultaron al Tribunal Constitucional para conocer a posteriori de una norma.

Ahora bien, como se sabe respecto al tema ley- reglamento durante la elaboración de la Constitución de 1980, surgieron dos posturas: por un lado la Comisión Estudios para una nueva Constitución postulaba la existencia de un dominio legal máximo, estableciendo taxativamente las materias que serían del dominio legal, para no volver a la sucedido durante la vigencia de la Constitución del 25, que establecía un dominio legal mínimo y que había llevado al legislador a desnaturalizar a la ley, regulando materias que no eran de carácter general y obligatorio. Por otra parte el Consejo de Estado postuló que lo que se quería establecer era muy peligroso, ya que la enumeración taxativa podía no nombrar materias que deberían ser reguladas por ley, autorizando al Presidente a regularlas mediante un simple decreto reglamentario, y que finalmente el sistema establecido bajo la Constitución del 25 no había tenido grandes problemas de aplicación. Finalmente la Junta de Gobierno mantuvo el enunciado del artículo 60 (actual 63) de la Constitución, dando la idea de taxatividad, pero agregó algunos numerandos, el más relevante, el número 20 que señala que son materias de ley “toda otra norma de carácter general y obligatorio

⁴⁵ HERNANDEZ, L., “Convenios administrativos de transferencia de competencias a los Gobiernos Regionales”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. VII, Diciembre 1996, p. 66.-

que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”. Además la disposición sexta transitoria congeló el rango legal al establecer que “No obstante lo dispuesto en el número 8, del artículo 32, mantendrán su vigencia los preceptos legales que a la fecha de promulgación de esta Constitución hubieren reglado materias no comprendidas en el artículo 60, mientras ellas no sean expresamente derogadas por ley”. Con ello modificó el sistema de dominio legal máximo estableciendo un artículo 63 en la Constitución taxativo, pero con una enumeración que abarca un gran número de situaciones, sobre todo el numeral 20.-

Con ello podemos decir que las facultades que se le han otorgado al Presidente de la República mediante la potestad reglamentaria es muy acotado, la potestad reglamentaria autónoma tiene un campo sumamente restringido y sólo la potestad reglamentaria de ejecución, aquella que viene a complementar a la ley, puede ser utilizada y también en casos determinados.

Por otra parte podemos señalar que el artículo 63 de la Constitución del 80 en su numeral 14 señala que son materias de ley “las demás que la Constitución señale como leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República” y el artículo 65, del mismo cuerpo, en su inciso cuarto señala “corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para: N° 2 Crear nuevos servicios público o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones”. Con lo que la cuestión es clara, cualquier creación, supresión y determinación de funciones o atribuciones, es decir, de las competencias, sólo pueden ser materia de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

Relevante es en éste punto lo señalado por el profesor CARMONA⁴⁶, quien señala que la potestad reglamentaria del Presidente de la República se estructura bajo dos pilares básicos bajo la Constitución de 1980:

a) Reforzamiento de la Potestad Reglamentaria: a través de tres mecanismos:

1.- Dominio legal máximo: por el artículo 63 de la Constitución de 1980 que establece las que son materias de ley.-

2.- Establecimiento de las leyes de bases: fundado en el artículo 63 numerandos 4, 18 y 20 el constituyente originario entregó al campo legal solo aquellas normas de carácter general y obligatorio que estatuyeran las bases esenciales de un

⁴⁶ Cfr. CARMONA., C., “Tres problemas de la potestad reglamentaria: legitimidad, intensidad y control”, en *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, Año 1, N° 3, 2001 en www.cde.cl/getFilePublic.php?id=25422&code=sa69RVpYQ6ybQ.-

ordenamiento jurídico, dejando de esta manera el desarrollo e implementación para la potestad reglamentaria.

3.- Establecimiento de la potestad reglamentaria autónoma: ya que ella emana directamente de la constitución y no requiere de norma legal.-

b) La excepcionalidad de la Ley: Así concluye el autor, en virtud de los tres mecanismos mencionados, que el constituyente originario relegó a la ley un papel sumamente específico y dejó a la potestad un importante campo de aplicación que la ley no puede negar.-

Además, se presentan algunos problemas en nuestra jurisprudencia, en relación a tres puntos: legitimidad, intensidad y control. En lo que dice relación con el primer tópico se han dado dos posturas; por un lado, se sostuvo que existía una reserva absoluta de ley, que le exige un desarrollo más exhaustivo de manera tal, que la potestad reglamentaria no tendría cabida; otra, es la tesis de la reserva relativa de ley, que señala que debe regularse sólo las materias que expresamente se le ha encargado por el legislador y además sólo las bases esenciales, lo demás debe ser regulado por el reglamento.

En cuanto a la intensidad señala el autor, lo que importa aquí no es si se puede o no regular o complementar una norma, sino cuanta regulación le es posible a la potestad reglamentaria sin exceder o contravenir la ley que ejecuta. Nuevamente se dan dos posiciones; una que sostiene que el reglamento solo debe limitarse a ejecutar, detallar o especificar, sin modificar la ley, esta postura se conoce como Tesis del Parámetro Estricto; la otra, señala que el reglamento viene a particularizar y concretizar la ley, por tanto, deberá contener todos los elementos necesarios para llevar a cabo dicha finalidad, por tanto el reglamento desarrolla y complementa a la ley, esta tesis se denomina Finalista. Además de estas teorías existen criterios de solución para determinar el ámbito de regulación lícita:

1.- La teoría del Complemento Indispensable: esta postura aduce que la potestad reglamentaria es una técnica de colaboración en que el proceso formación de la ley se estructura en dos etapas, la primera es la dictación de una ley por parte del legislativo que contiene un contenido mínimo y una remisión a la potestad reglamentaria; y, una segunda etapa en donde precisamente, la potestad reglamentaria viene a desarrollar a la ley de acuerdo a los parámetros establecidos en la propia norma. Pero esa cooperación es sólo hasta lo indispensable para ejecutar la norma.

2.- La teoría de la Razonabilidad Técnica: El autor señala que ésta es la postura adoptada por el Tribunal Constitucional, aquí la única función de la potestad reglamentaria es ayudar a la ley a producir efectos jurídicos. El reglamento y la ley forman un todo, jurídicamente armónico e indisolublemente unidos. Además se debe tener en cuenta que la potestad reglamentaria no sólo debe tener en consideración a la ley, sino también a la Constitución, de ahí el nombre que posee ésta teoría, debe haber una apropiada adecuación entre los fines que postula la ley y los medios que planifica el reglamento para lograrlos.

3.- La teoría de la Intensidad de la Reserva: esta postura sostiene que la reserva legal no siempre es igual, por ejemplo en el caso de los derechos fundamentales. Ello se desprende de lo señalado en los artículos 19 N° 26, 63 N° 20 y 64 inc. 2, todos de la Constitución. Por otra parte los que dicen relación con la parte orgánica de la Carta Fundamental, la potestad reglamentaria tiene un campo mucho mayor, ya que existe una reserva de ley menor, se señala que cuando la Constitución utiliza expresiones como “con arreglo a la ley”, “de acuerdo con las leyes”, “con sujeción a la ley”, “de acuerdo a lo que determine la ley” o “en conformidad a la ley”, tal como se ve en los artículos 10 N°4, 24 inc 2, 32 N°20, 98 y 105, la potestad reglamentaria tiene un mayor campo de acción. Así la doctrina distingue cuatro tipos de reserva legal, teniendo en cada uno, una distinta intensidad:

3.1) Reservas legales complementarias: Este caso sucede cuando es la Constitución la que establece el núcleo de la norma, remitiendo a la ley su complemento. La participación de la potestad reglamentaria es ínfimo.-

3.2) Reservas legales limitativas: Acá el constituyente autoriza expresamente a la ley para limitar derechos y libertades. El ámbito de la potestad reglamentaria, al igual que el supuesto anterior es muy reducido.-

3.3) Reservas legales regulatorias: La ley es la que regula el derecho, pero con sujeción a los fines y objetivos que establece la Constitución. Por ende es el propio legislador el que determina que cuestiones quedan bajo dominio legal y cuales son entregadas justificadamente a la potestad reglamentaria. Existe una mayor intensidad de la potestad.

3.4) Reservas legales negativas: La ley se encuentra limitada expresamente para hacerse cargo de las materias reguladas en la Constitución, como ejemplo el autor señala “la ley no podrá establecer diferencias arbitrarias”. Respecto a la participación de la potestad reglamentaria, se sigue la regla que lo accesorio sigue

la suerte de lo principal, por lo que si la ley se encuentra limitada, a mayor razón estará limitada la potestad.

Ahora bien teniendo presente esta estructura que nos entrega el profesor CARMONA respecto a las discusiones que se han producido en Chile a propósito de la Ley y la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República, es necesario llevarla a la problemática que motiva esta tesis.

Al respecto se han dado diversas posturas, no existiendo consensos en el alcance del mecanismo establecido⁴⁷, por una lado, una parte de la doctrina (RIBERA)⁴⁸ argumenta que la regulación señalada en el art. 67 de la L.O.C.G.A.R. se materializa jurídicamente a través de un Decreto Supremo, es decir, el autor entiende que la estructura de transferencia de competencias no sería inconstitucional, ya que el constituyente delegó al legislador establecerlo, cuestión que hizo a través del artículo 67 de la L.O.C.G.A.R., quedándole al ejecutivo sólo complementar a la ley para su ejecución, de la manera en que expresa su voluntad, que no es otra, como lo señala el artículo 3 inc. 2 de la ley 19.880 sobre Bases de Procedimiento Administrativo, que mediante un Decreto Supremo. Igual postura comparte el señor TOBAR al señalar que al analizar el artículo 63 N° 14 en relación al 65 inciso cuarto N° 2 queda la duda si la transferencia de competencias queda enmarcada dentro de los verbos señalados por el constituyente, afirmando posteriormente que a su juicio no quedaría enmarcada en esa disposición, siendo perfectamente constitucional transferir mediante un Decreto Supremo amparado constitucionalmente.⁴⁹

Otros (HERNÁNDEZ)⁵⁰ señala que hay que distinguir, existen dos mecanismos para transferir competencias a los Gobiernos Regionales: 1) A través de la Ley; 2) El procedimiento de solicitud de transferencia establecida en el art. 67 de la L.O.C.G.A.R.:

- 1) La ley: No reviste mayores explicaciones, la ley siempre podrá en forma directa establecer nuevas competencias. Obviamente que ésta modalidad presupone una iniciativa del Gobierno Central y no desde las Gobiernos Regionales.
- 2) Procedimiento de solicitud de transferencia: En cuanto a ella, se recalca su naturaleza procedimental, y se menciona sólo para establecer que en este caso es el respectivo

⁴⁷ Cfr. TOBAR, M., "La reforma regional inconclusa: Una visión desde los consejeros regionales", en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Vol. 67, 2005, p 323.

⁴⁸ RIBERA, T. en *Primer Informe de la Comisión de Gobierno Interior, Regionalización, Planificación y Desarrollo Social recaído en el proyecto de reforma constitucional en materia de Gobierno y Administración Regional*. p. 14, en <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (06/04/05)

⁴⁹ Cfr. TOBAR, M., "La reforma regional inconclusa: Una visión desde los consejeros regionales", en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Vol. 67, 2005, pp. 323 y 324.

⁵⁰ Cfr. HERNANDEZ, L., "Convenios administrativos de transferencia de competencias a los Gobiernos Regionales", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. VII, Diciembre 1996, pp 53 a 74.

Gobierno Regional quien solicita el traspaso, el que puede materializarse a través de una Ley que viene a modificar la L.O.C.G.A.R. o a través de Convenios Administrativos de Transferencia de Competencias (CATC), requiere dos requisitos, por un lado la radicación previa de una función similar al órgano central; y, por otro, que su objeto verse sustancialmente sobre la distribución de atribuciones. Los CATC operan cuando existe una superposición de funciones, entre las que están radicadas por ley en el Gobierno Central y aquellas que se le encomiendan a organismos centralizados. Es por ello que en esta situación, no hay una nueva función que se otorga, sino que existe con anterioridad, y lo único que se hace mediante el convenio es especificarla en una función determinada. Esta modalidad se materializa en la dictación de un Decreto Supremo. En lo que respecta al personal necesario, se señala que con la dictación de la Ley de Plantas Regionales, el problema se encuentra resuelto y sólo podrán transferirse los funcionarios modificándola. Aunque podría utilizarse en un contexto a largo plazo el mecanismo de las comisiones de servicio, establecido en el art. 76 del Estatuto Administrativo.

Por último, otra parte de la Doctrina (NOGUEIRA)⁵¹ señala que la forma correcta de entender estas normas es, que lo señalado en el art. 67 de LOCGAR es sólo un procedimiento que faculta al Gobierno Regional para solicitar al ejecutivo la transferencia de competencias para que éste en virtud de lo señalado en el art. 65N°2 envíe un proyecto de ley al congreso para que sea este órgano, quien ejerciendo las facultades establecidas en el art. 63 N° 2 y 14, entregue nuevas competencias a éstos a través de una Ley que modificará la L.O.C.G.A.R..

En la actualidad se encuentra un proyecto de reforma constitucional en trámite que busca modificar el mecanismo de transferencia señalando anteriormente. Mediante la modificación del art. 114 de la CPR, con ello se busca establecer un mecanismo concreto para transferir a los gobiernos regionales competencias. A través de esta fórmula, se consagra una nueva atribución al Presidente de la República, quien en su calidad de Jefe de Estado y por intermedio de un decreto supremo fundado, estará autorizado para traspasar a uno o más Gobiernos Regionales, determinadas competencias, ya sea de los servicios públicos que se encuentren en la región como del propio nivel central, incluyendo los recursos y el personal correspondientes al ejercicio de las mismas. Sin perjuicio de lo anterior, la ley orgánica deberá regular las condiciones, requisitos y procedimientos para operar la referida transferencia de competencias a los gobiernos regionales.

⁵¹ NOGUEIRA, H., en *Primer Informe de la Comisión de Gobierno Interior, Regionalización, Planificación y Desarrollo Social recaído en el proyecto de reforma constitucional en materia de Gobierno y Administración Regional*. p. 10, en <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (06/04/05), en el mismo sentido se pronuncio la Contraloría General de la República en dictamen N°1013 de fecha 12/01/2000.

Respecto a esta nueva solución existen dudas si se supera la problemática anterior. Es así como en el propio informe del proyecto se señala por el profesor BERTELSEN que “Respecto a la transferencia de competencias a los gobiernos regionales por parte del Presidente de la República, a través de decreto supremo, no resulta congruente con el principio de juridicidad -que es una de las bases del Estado de Derecho- que las competencias fijadas por ley puedan ser traspasadas por la vía señalada”.⁵² Tampoco comparte esta solución el profesor SILVA⁵³, quien entiende que se le otorgaría al Presidente una atribución que entraría en conflicto con las potestades entregadas por la Carta Fundamental al legislador, ya que establece que la determinación de las funciones y atribuciones de los servicios públicos son iniciativa exclusiva del Presidente en materia de ley.

Todas estas críticas al proyecto en cuestión llevaron a que en la tramitación en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia el inciso que contemplaba dicha norma fuera votado en contra, lo que llevó a su modificación, estableciendo ahora que una “la ley orgánica constitucional respectiva determinará la forma y el 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 cultura.”⁵⁴. Con lo cual pareciera haberse superado la situación anterior estableciendo el constituyente derivado un mandato al legislador para que regule la forma y el modo en que el Presidente podrá transferir competencias a los Gobiernos Regionales. De ésta manera se cumpliría con las normas constitucionales que establecen que dicha regulación ha de ser regulada por una ley orgánica constitucional.-

Por su parte el profesor FERRADA⁵⁵, sostiene que la solución pasa por transformar la forma jurídica del Estado, pasando de un Estado Unitario descentralizado administrativamente a un Estado Regional, como lo es el caso Italiano y Español, dotando de esta manera al Gobierno Regional de un aparato administrativo, dándole autonomía, democratizándolo, reconociéndole un estatuto jurídico de carácter constitucional. Lo mismo postula CEA quien propone “reemplazar la forma la forma de un Estado Unitario, centralizado y centralizador que, en gran medida, todavía

⁵² BERTELSEN, R., en *Primer Informe de la Comisión de Gobierno Interior, Regionalización, Planificación y Desarrollo Social recaído en el proyecto de reforma constitucional en materia de Gobierno y Administración Regional*, p. 15, en <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (06/04/05)

⁵³ Cfr. SILVA, A. *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo X, 2004, p. 117, cit. por TOBAR, M. “La reforma regional inconclusa: Una visión desde los consejeros regionales”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, N° 67 2005, p. 323.-

⁵⁴ Proyecto de Reforma constitucional en materia de gobierno y administración regional, Boletín 3436-07, Oficio 7248, 17 de enero 2008, en <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (22/01/2008)

⁵⁵ FERRADA, J., “El Estado regional chileno: lo que fue, lo que es y lo que puede ser”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Vol. 63, Tomo II, pp. 243-244.-

tenemos, por un Estado Regional auténtico, pleno, configurado lenta y principalmente sobre la base de nuestra rica y madura experiencia”⁵⁶. De ésta manera entonces la cuestión para estos autores no es establecer modificaciones de parche, que busquen avanzar poco a poco en la descentralización del Estado, sino más bien un cambio rotundo que modificaría las bases estructurales del sistema instaurado.

⁵⁶CEA, J., “Hacia un Estado Regional en Chile”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24 N°2, Mayo-Agosto 1997, p. 350.-

CAPITULO III

MECANISMOS DE TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS DEL GOBIERNO CENTRAL A LOS GOBIERNOS REGIONALES. Visión Global y determinación de la cuestión.-

1.- Procedimiento y materialización jurídica del traspaso de competencias.-

Luego de haber analizado a fondo esta institución en nuestro sistema jurídico puedo sacar algunas conclusiones respecto al tema. Para comenzar señalaré que tanto el Constituyente Derivado (el que realizó las reformas en el año 1991 a la Constitución), como el legislador que creo la L.O.C.G.A.R., que tal como tratamos antes son el mismo, tenía claro que el proceso de descentralización administrativa que se estaba instaurando era un proceso que no se agotaba con la dictación de dichas normas, por lo que era necesario establecer un procedimiento que permitiera adecuar el sistema en el futuro, sin que sea necesario una reforma de la envergadura de la que se estaba haciendo. Por ello estableció un mecanismo que se manifestaba jurídicamente a través de dos vías, tal como se da cuenta en el título relativo a la historia fidedigna, por un lado estaba la ley y por otro el convenio.

Como se vio, en el derecho comparado está manifestación fue más expresa, ya que las Constituciones, tanto la Española, como la Italiana y la Colombiana establecieron un Catálogo de normas que podían eventualmente entrar en funcionamiento. Estableciendo de ésta manera un Estado que la doctrina ha llamado Estado Regional, un híbrido entre un Estado Unitario y un Estado Federal.

Lo importante, es que ha pesar de ser más o menos acotado el tratamiento de la distribución de competencias el Constituyente siempre llamó a la ley a regular la organización y funcionamiento de éstas instituciones.

Bajo este espectro de normas concuerdo con la doctrina mayoritaria que el Presidente de la República no puede transferir competencias a los Gobiernos Regionales bajo la modalidad de un Decreto, ya que como se ha visto la Constitución ha sido clara en establecer un resguardo constitucional en ésta materia. Apoyo esta teoría en que el artículo 103 del proyecto de ley, 114 actual, de la Carta Fundamental, que señalaba que era la ley la llamada a establecer las formas y a transferir competencias de manera gradual y selectiva. Los motivos para modificar su redacción,

que lamentablemente no se conoce, nos hace especular que el constituyente encontró innecesario esta frase, ya que la ley era ya, en conformidad al articulado existente la llamada a realizarla.

A mayor abundamiento señalaré que como principio de interpretación, las normas deben entenderse en conformidad al articulado que las acompaña, así me parece claro que lo establecido en los artículos 32, 63, 64 y 65 de la Constitución nos dan una idea clara de cómo debe interpretarse el artículo 114, del mismo cuerpo normativo, en relación a la entrega por parte del constituyente al legislador para establecer las “formas” en que se transferirán competencias a los Gobiernos Regionales.

Así el artículo 32 de la C.P.R. que establece las atribuciones especiales entregadas al Presidente de la República no señala las de suprimir, modificar o fusionar órganos de la administración, como si lo hace la Constitución Colombiana por ejemplo en el art. 189 N° 15 y 16⁵⁷, esas atribuciones le son entregadas a propósito del artículo 65 inc 4 N° 2, pero no para desarrollar su potestad reglamentaria, sino más, como iniciativa exclusiva en materia de ley. Por tanto, si el Constituyente hubiese querido entrega al Presidente de la República la transformación del Estado hubiese establecido una norma similar a la colombiana.

A mayor abundamiento sobre este punto, el artículo 63 de la C.P.R. establece en el N° 1 que son materias de ley: “Las que en virtud de la Constitución sean objeto de leyes orgánicas constitucionales”, por tanto la determinación de las funciones y atribuciones, es decir, de las competencias que se transfieren a un órgano, en este caso a los Gobiernos Regionales sólo pueden ser objeto de ley. Y no de cualquier ley, sino de una ley con quórum calificado. Pero además el Constituyente reforzó esta idea respecto a la administración, porque si bien es cierto entrego la iniciativa al ejecutivo en el artículo 65 inc 4 N°2 para crear, suprimir y determinar las funciones y atribuciones de los servicios público (entendidos como organizaciones administrativas) y empleos rentados, señalo en el art. 63 N° 14 que también eran materias de ley.

Así lo ha entendido también la Doctrina y la Jurisprudencia al señalar que en nuestro ordenamiento jurídico la fase de creación de una organización administrativa sólo puede ser por ley, la fase de establecimiento en principio es por ley, aunque se acepta que en ciertos aspectos la

⁵⁷ La Constitución Colombiana, en el Título VII del Capítulo I “Del Presidente de la República”, señala en el artículo 189: “Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: N°15 Suprimir o fusionar entidades u órganos administrativos nacionales de conformidad con la ley; N° 16 Modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que las definan”, en http://abc.senado.gov.co/prontus_senado/site/artic/20050708/asocfile/reformas_constitucion_politica_de_colombia_1.pdf

potestad reglamentaria puede intervenir y en cuanto a la puesta en marcha se distingue entre los recursos humanos, que sólo pueden ser establecidos por ley y los recursos materiales que si bien es cierto son establecidos por la ley de presupuestos la determinación específica puede ser por reglamentos.

Otra norma que ayuda a dilucidar la problemática planteada es el artículo 64 inc. 2 de la C.P.R. relativo a la delegación por parte del Congreso de materias de ley, para que el Presidente dicte Decretos con Fuerza de Ley, el cual señala que esta autorización no podrá extenderse a materias que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales, es decir, que además de las normas antes mencionadas existe una norma expresa que prohíbe incluso la delegación por parte del Congreso para la dictación de este tipo de normas. Cosa similar sucede en la legislación española en la cual la Constitución prohíbe expresamente en el artículo 82 N° 1 la delegación para la aprobación de los Estatutos de Autonomía, catalogados leyes orgánicas por el art. 81 N° 1.-

Por tanto la interpretación correcta que debe dársele al artículo 114 de la C.P.R. a señalar que la ley establecer las “formas” para transferir competencias a los Gobiernos Regionales es que la L.O.C.G.A.R. debía establecer que funciones y atribuciones se le otorgarían de inmediato a la nueva institución creada y cuales se transferirían con posterioridad. Así el artículo 67 de la ley vino a suplir esto último, estableciendo un procedimiento, que tenía la novedad de cambiar lo establecido en el art. 107 de la Constitución de 1925, transfiriendo a los Gobiernos Regionales la iniciativa para solicitar el traspaso y la obligatoriedad por parte del ejecutivo de transferirla cumplido los requisitos que la propia norma contemplaba. Pero no fue necesario señalar la forma jurídica en que dicho traspaso se realizaría, porque la Constitución ya contaba con una normativa lo suficientemente clara, como ya le he señalado.

Esto se desprende de la propia historia fidedigna de la ley, cuando el Ministro Krauss al hablar en la Cámara de Diputados señala que los Gobiernos Regionales podrán obtener las nuevas funciones y atribuciones por medio de la ley.

Ahora bien la jurisprudencia existente parece corroborar esta postura, ello por cuanto la Contraloría represento un decreto que pretendía traspasar competencias y recursos desde las secretarías regionales de planificación y coordinación, aludiendo que para ello debía existir una norma legal que lo permitiera y que el art. 67 de la L.O.C.G.A.R. debía entenderse en relación a los art. 63N°14 y 65 inc. 4 N°2⁵⁸.

⁵⁸ Dictamen Contraloría General de la República N° 1013 de fecha 12 de enero de 2000, cuyo destinatario fue el Presidente de la Asociación Nacional de Funcionarios del Ministerio de Planificación y Cooperación, en <http://www.contraloria.cl/boldo/BasesDocumentales/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf>

Luego de la argumentación dada queda claro que el Presidente de la República jamás podrá regular la transferencia de competencias a través de su potestad reglamentaria y sólo lo hará en el caso del proyecto de ley que hoy se discute en el Congreso, es decir, cuando venga a complementar la norma legal, ya que como he señalado no existe en nuestro país una reserva absoluta de ley. Eso sí tal como señala el profesor SANTAMARIA⁵⁹ esta facultad a de reunir ciertos requisitos: 1) La habilitación debe ser establecida por una ley y 2) En los casos de materias reservadas debe ser expresa y perfectamente delimitada.-

Por último queda hacerse cargo de otra posibilidad que el legislador estableció en la L.O.C.G.A.R., los convenios, que es uno de los mecanismos señalados por el autor HERNANDEZ, que ha mi juicio es una de las posturas más contundentes, pero que sólo busca operativizar el mecanismo de transferencia de competencia.

Como se analizó a propósito de la historia fidedigna de la ley orgánica constitucional sobre gobiernos y administración regional, el ejecutivo siempre tuvo en mente la instauración de dos formas de manifestación jurídica para el mecanismo de transferencia de competencias. Uno ya lo hemos analizado, la ley, el otro, el convenio, parece en principio ser poco rebatible. La verdad es que ha pesar de las distintas modificaciones que sufrió el proyecto de ley la visión del gobierno se impuso ante un descuidado Tribunal Constitucional que no se percató, al parecer, de que el artículo 107 de la L.O.C.G.A.R. habría un camino para transferir competencias y de ésta manera burlar la normativa constitucional. Ello se deduce de lo señalado por la Ministra Bulnes al analizar el art. 20 N°1 de la L.O.C.G.A.R. y de la postura del Tribunal Constitucional de la época que establecía una reserva absoluta de ley.

Por lo tanto y teniendo en cuenta los argumentos dados para negar la posibilidad que el Presidente de la República pueda mediante la potestad reglamentaria transferir competencias, debemos entender que ha mayor razón le queda prohibido al legislador delegar esta competencia propia de una ley orgánica, en un simple convenio celebrado entre un Gobierno Regional y un Ministerio. No existe en derecho comparado una norma de semejante naturaleza, así en el caso español la constitución es clara en señalar un catálogo de competencias que pueden ser adquiridos por las Comunidades Autónomas mediante el Estatuto de Autonomía (norma de carácter orgánico constitucional), pero aquellas competencias que no hayan adquirido de ésta manera son competencias del Estado⁶⁰.

⁵⁹ SANTAMARIA, J., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, cit. por CAZOR, K., *La sumisión a derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República*, Universidad Central de Chile, Tomo I, p. 101.-

⁶⁰ La Constitución española establece en el art. 149 N° 3 "Las materias no atribuidas expresamente al Estado por ésta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos estatutos. La competencia sobre materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderán al Estado..."

En síntesis afirmaré que en materia de traspaso de competencias el legislador tiene un mandato constitucional que no puede desconocer y que limita la participación del Presidente de la República. Así, tal como lo señala GARCIA y SANTAMARIA en España y CAZOR en Chile, entre otros, no se puede vetar la Potestad Reglamentaria, es ella la llamada a dar mayor celeridad y adecuación al sistema, pero dentro de los parámetros que señale el legislador. Por tanto y a manera de conclusión de éste capítulo sostendré que dada la actual configuración actual de nuestro derecho, corresponde al legislador transferir competencias a los Gobiernos Regionales, sin perjuicio, que siendo la ley la que establece las bases generales del ordenamiento jurídico pueda ser complementada por la potestad reglamentaria, pero siempre que la norma establezca lineamientos claros para la actuación de aquella.

Por ello la reforma constitucional que se tramita actualmente en el congreso pareciera ser la puerta de salida para activar los mecanismos de transferencia de competencias que se encontraban sin aplicación debido a la falta de acuciosidad en que incurrió el legislador que los instauró. Esperamos que la reforma de pie a una nueva ley orgánica que recoja todos los estudios y análisis que se han efectuado por los actores del proceso de regionalización. Entre ellos la creación de servicios públicos regionales.

CONCLUSIONES.-

De lo expuesto en esta tesis se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1.- Se puede señalar que no existe en nuestro ordenamiento jurídico en materia de Derecho Público Administrativo una norma que entregue un concepto de competencia, pero en múltiples disposiciones se hace alusión a ésta, por lo que fue necesario recurrir a la doctrina, tanto nacional como extranjera para poder establecer un concepto que nos permita determinar de manera cierta cuando un órgano actúa dentro de la esfera de sus competencias, tal como lo prescribe el constituyente y el legislador. Por lo que determiné que la competencia es la medida de potestad que corresponde a cada órgano constituida por cuatro elementos: atribución, tiempo, lugar y materia, encontrándose ésta última a su vez determinada según el caso por grado, contenido o cuantía.

2.- En cuanto a la naturaleza del Gobierno regional determiné que se trataba de un órgano descentralizado territorialmente ya que cumple con todos los requisitos que establece el profesor DANIEL; y, en cuanto a sus objetivos la Constitución y la Ley Orgánica son claros en establecer que no es más que la Administración Superior de la Región.-

3.- En lo relativo a las funciones y atribuciones entregadas a los Gobiernos Regionales por la L.O.C.G.A.R., pude determinar que existía una enorme confusión entre unas y otras, por lo que el legislador entregó como funciones potestades que son atribuciones y viceversa, por lo que la Doctrina, conteste respecto a ésta situación, se ha encargado de ordenarlas estableciendo parámetros para poder distinguirlas.-

4.- Las reformas que se realizaron a la Constitución de 1980, por los primeros gobiernos de la Concertación buscaron establecer un mecanismo que fuera capaz de dar cuenta del proceso gradual que se estaba implantando con la creación del Gobiernos Regionales. Así el actual art. 114 de la Constitución delego en el legislador el establecimiento de las formas de transferir competencias a los Gobiernos Regionales, mecanismo que se estableció en los art. 67 y 107 actual y que de acuerdo a la historia fidedigna de la L.O.C.G.A.R. determinaron dos formas de transferencia, una por Ley y otras por Convenio.-

5.- Que dichas normas han sido objeto de las más diversas interpretaciones por parte de la Doctrina, quienes no se han puesto de acuerdo aún en una fórmula que permita una adecuación del sistema de distribución territorial, existiendo algunos que abogan por el establecimiento de un Estado Regional que respondería de manera más eficiente a los requerimientos locales, tal como se ha efectuado en otros países como España, Italia y Colombia.-

6.- Por su parte los Gobiernos de la Concertación han elaborado una nueva normativa que busca perfeccionar el mecanismo de transferencia de competencias, realizando una nueva reforma constitucional al art. 114 de la Constitución para que sea la Ley Orgánica la que establezca la forma y el modo en que el Presidente podrá transferir competencias a los Gobiernos Regionales.-

7.-Luego del establecimiento de todo el espectro de normas que regulan de manera directa o indirecta el mecanismo de transferencia de competencias establecí que la hipótesis inicial de éste trabajo ha sido comprobada y que sólo la ley puede transferir competencias de acuerdo a la normativa actual.-

8.- He comprobado también la hipótesis subsidiaria, todos los textos que se refieren al artículo 67 de la L.O.C.G.A.R. lo catalogan como la norma que estableció el legislador para transferir competencias. La verdad es que teniendo en cuenta que el mecanismo de transferencia de competencias se materializa a través de una ley la norma parece suficiente en su regulación, estableciendo un procedimiento sencillo para que los Gobiernos Regionales puedan solicitar al ejecutivo el traspaso de nuevas competencias.-

BIBLIOGRAFIA

BANDA, A., *Apuntes de Derecho Constitucional I*, Universidad Austral de Chile, año 2006.-

BERTELSEN, R., en *Primer Informe de la Comisión de Gobierno Interior, Regionalización, Planificación y Desarrollo Social recaído en el proyecto de reforma constitucional en materia de Gobierno y Administración Regional*, p. 15, en <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (06/04/05)

BOLÓN, G., *El acto administrativo*, editorial Lexis Nexis, 2005.-

CARMONA, C., “Tres problemas de la potestad reglamentaria: legitimidad, intensidad y control”, en *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, Año 1, N° 3, 2001 en www.cde.cl/getFilePublic.php?id=25422&code=sa69RVpYQ6ybQ.-

CAZOR, K., *La sumisión a derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República*, Universidad Central de Chile, Tomo I.-

Constitución Colombiana en

http://abc.senado.gov.co/prontus_senado/site/artic/20050708/asocfile/reformas_constitucion_politica_de_colombia_1.pdf.-

Constitución Española en <http://www.senado.es/constitu/index.html>.-

Constitución Italiana en http://www.camera.it/cost_reg_funz/345/copertina.asp.-

CRUZ, P., *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Editorial Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 388.

DANIEL. M. *La Organización Administrativa en Chile*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982.-

Diccionario de la Administración Pública Chilena, Ed. Jurídica Conosur Ltda.-

FERRADA, J., “El Estado regional chileno: lo que fue, lo que es y lo que puede ser”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Vol. 63, Tomo II.-

GARAY, O., “Descentralización y desconcentración administrativas en el derecho chileno y comparado”, en *Anuario de Derecho Público*, Año IV, N°4, 2.000.-

GARAY, O., *El convenio mandato en los Gobiernos Regionales*, tesis para optar al grado de magister, Universidad de Chile, Agosto de 1999.-

GARCIA, E. y FERNÁNDEZ, T. Curso de Derecho Administrativo I. Quinta Edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, 2004.-

HERNANDEZ, L., “Convenios Administrativos de transferencia de competencias a los Gobiernos Regionales: Antecedentes Jurídicos y Modalidades de Ejecución”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Volumen VII, Diciembre de 1996.-

Historia de la Ley, Compilación de Textos Oficiales del Debate Parlamentario, Ley 19.175 (D.O. 11-11-1992) Gobierno y Administración Regional, Volumen 1, Santiago de Chile, 1997.-

IBÁÑEZ, J.: “El Derecho Público Colombiano”, en ROBALINO, J. (coord.): *El Marco Constitucional del Derecho Administrativo en Latinoamérica: V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*.-

Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, *Guía de Gobiernos Regionales*, 1997.-

PANTOJA, R., “La Organización de la Administración del Estado” en *Revista Gobierno y Administración del Estado: Nacional, Regional y Comunal*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Año VIII-3, N°87, Octubre, 2000.-

PANTOJA, R., *La Organización Administrativa del Estado*, Editorial Jurídica de Chile, 2004.-

PANTOJA, R., “Los Gobiernos Regionales”, en *Gobierno Regional y Municipal*, Año III-12, N°36, Julio 1996.-

PANTOJA, R. “La organización de la administración del Estado”, en revista *Gobierno y Administración del Estado: Nacional-Regional-Comunal*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Año VIII-3, N°87 Octubre 2000.-

Proyecto Subdere/Universidad de Chile: Servicios Públicos Regionales – Informe final, en http://www.subdere.gov.cl/1510/articles-66415_recurso_1.pdf (2003).-

Proyecto de Reforma *Gobierno y Administración Regional y Provincial y Administración Comunal*, Boletín 357-06, 20 de Mayo de 1991, en <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>.

Proyecto de Reforma constitucional en materia de gobierno y administración regional, Boletín 3436-07, Oficio 7248, 17 de enero 2008, en <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (22/01/2008).-

RENDON, M. Y RENDON, L., *La potestad normativa de los Gobiernos Regionales*, Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile, Septiembre 2001.-

SILVA, A. *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo X, 2004, p. 117, cit. por TOBAR, M. “La reforma regional inconclusa: Una visión desde los consejeros regionales”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, N° 67, 2005.-

TOBAR, M., “La reforma regional inconclusa: Una visión desde los consejeros regionales”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Vol. 67, 2005.-

RIBERA, T. en *Primer Informe de la Comisión de Gobierno Interior, Regionalización, Planificación y Desarrollo Social recaído en el proyecto de reforma constitucional en materia de Gobierno y Administración Regional*. p. 14, en <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (06/04/05)

