



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Cordero Quinzacara, Eduardo

El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria

Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XXXII, 2009, pp. 409-440

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173613293012>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

5.

Derecho administrativo

Revista de Derecho
de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
XXXII (Valparaíso, Chile, 1^{er} Semestre de 2009)
[pp. 409 - 440]

**EL SENTIDO ACTUAL DEL DOMINIO LEGAL Y LA
POTESTAD REGLAMENTARIA**
[“The Current Sense of Legal Scope and Regulatory Authority”]

EDUARDO CORDERO QUINZACARA*
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

En este trabajo el autor analiza la evolución y el sentido actual del ámbito de la ley y la potestad reglamentaria conforme a lo establecido por la *Constitución* chilena. En tal sentido, pretende demostrar que el sistema de reparto de competencias normativas no ha alterado la primacía de la ley en el sistema de fuentes, dando el carácter de reglamento de ejecución a toda norma que emana de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

PALABRAS CLAVE: Dominio legal – Potestad reglamentaria – Fuentes del derecho.

ABSTRACT

In this document the author analyses the development and the current sense of the scope of the law and the regulatory authority according to the Chilean *Constitution*. In this sense, this document intends to demonstrate that the distribution of regulatory jurisdictions has not changed the primacy of the law in the system of sources of law, and grants to any regulation that comes from the President of the Republic's legal authority, the nature of regulatory.

KEYWORDS: Legal scope – Regulatory authority – Sources of law.

* Profesor de Derecho administrativo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: eduardo.cordero@ucv.cl. Este trabajo es parte de una investigación financiada por FONDECYT referida al proyecto “El ordenamiento jurídico chileno y el nuevo sistema de fuentes” N° 1080619.

I. LA ATRIBUCIÓN DE LA POTESTAD NORMATIVA EN EL SISTEMA JURÍDICO CHILENO Y SU ÁMBITO MATERIAL

1. *La reserva legal y el reglamento.*

En una sociedad políticamente organizada el derecho se nos presenta como la pauta de conducta que está orientada a que todos los integrantes de esta comunidad puedan desarrollar todas sus potencialidades. Así, las más diversas relaciones y situaciones que se presentan en la vida diaria pueden ser objeto de regulación jurídica, siempre dentro de esta finalidad. Es decir, resguardar el orden, limitando nuestros derechos, pero con el fin de permitir a la vez su mejor ejercicio en sociedad.

Ahora bien, si estamos de acuerdo en que el derecho es necesario e indispensable para una sociedad civilizada, no es indiferente la *forma* en que estas normas se manifiestan a la vida jurídica. Aun cuando éstas respondan a criterios de prudencia, racionalidad y buena técnica, no es posible soslayar quién es la autoridad que dicta estas normas y los procedimientos que se han seguido al efecto.

En definitiva, no es una cuestión secundaria que una determinada materia sea regulada a través de una ley (en cuanto es una manifestación de la voluntad de la comunidad) que en ejercicio de la potestad reglamentaria (que es dictado por la Administración). Tal como se ha expresado, en el derecho público la forma deviene en sustancia, y se consagra como una verdadera garantía para los ciudadanos, lo cual se aprecia especialmente en la forma que adoptan las normas jurídicas, ya que si es la ley la que regula una determinada materia, serán los mismos ciudadanos los que indirectamente establecerán cargas o limitarán sus derechos para propender a alcanzar el bien común en sociedad. Bien decía Rousseau que se debía encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por el cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino al mismo y permanezca tan libre como antes.

La doctrina de la reserva de ley reconoce una larga evolución histórica que culmina con el inicio de la era moderna en el marco del principio fundamental del Estado de Derecho, la separación de los poderes, la soberanía nacional y el respeto y protección de los derechos fundamentales.

Esta doctrina responde a la idea que el poder ejecutivo (Gobierno y Administraciones públicas) no pueden dictar normas reglamentarias o actos administrativos que incidan negativamente sobre la esfera jurídica de los ciudadanos sin un previo apoderamiento legal, ya que son materias “reservadas” a la aprobación del órgano legislativo.

Si bien la expresión de reserva de ley fue acuñada por Otto Mayer en 1895 (“Gesetzesvorbehalt”), esta tenía por objeto designar un principio que encontraba sus raíces en la Edad Media, particularmente en las rela-

ciones que se producían entre las asambleas medievales y el monarca ante el ejercicio de los poderes normativos¹.

En efecto, las asambleas estamentales comienzan una larga lucha con los monarcas a fin de reservarse el voto periódico del impuesto, la regulación del sistema de penas y del procedimiento penal, materias claves con las que permiten un control de los poderes del monarca y de ciertas garantías básicas de los ciudadanos. Así se forja el aforismo “*nullum vectigal sine lege, nulla poena sine lege*”. A partir de las revoluciones liberales tal estado de cosas es revisado y consagrado en términos completamente nuevos, al plasmarse una coexistencia dual de fuentes del derecho escrito: la ley, producto de asambleas; y el reglamento, de la autoridad ejecutiva. Esta dualidad de normas se ordena consecuencialmente bajo otro principio: el de la supremacía de la ley, el cual es complementado con el principio de las materias reservadas a la ley, a fin de que ciertas materias especialmente importantes fuesen objeto de exclusiva regulación legal, sin que el poder reglamentario pueda entrar en ellas.

A este respecto, las propias Constituciones del siglo XIX contienen preceptos expresos en ese sentido, tanto en materia tributaria, la ley anual de presupuestos y lo referido a la previsión expresa de grandes códigos (según la ideología iluminista) en las materias civil, penal, mercantil y procesal, códigos que, evidentemente, sólo por ley podrían aprobarse². A la vez, y frente a la arbitrariedad reprochada al Antiguo régimen en el ámbito punitivo, se reconoce el principio de legalidad de los delitos y de las penas, también de conocido origen medieval (“*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”). En fin, queda todo el sistema de libertades fundamentales o declaraciones de derechos, que se articulan técnicamente como ámbitos de libertad individual, exentos frente al poder ejecutivo y su producto normativos más propios: los reglamentos.

Sobre la base de estos antecedentes históricos se comienza a teorizar a partir de conceptos más generales y abstractos. Así, los impuestos y las penas, como tradicionales de la reserva material de ley, van a ser objeto de abstracción para concluir generalizándose en la propiedad (la regulación constitucional de la expropiación forzosa y la exigencia de una ley para legitimar la utilidad pública que permite dicha expropiación vienen a corroborar esta extensión) y en la libertad. A su vez, esta idea se encontrará

¹ El uso de la expresión aparece por primera vez en el libro de MAYER, Otto, *Deutsches Verwaltungsrechts* (1ª edición, Leipzi, Duncker & Humboldt, 1895), el cual fue publicada dentro de la obra general *Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft* editada por Karl Binding.

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho administrativo* (10º edición, Madrid, Civitas, 1999), I, pp. 179 ss.

apoyada en toda la filosofía ilustrada y liberal, especialmente en Locke, y en la teoría democrática de la ley, esto es, en Rousseau. Asegurar la propiedad y la libertad (*"the mutual preservation of their lives, liberties and status"*, en palabras Locke) serían los fines centrales del Estado, por tanto cualquier limitación de las mismas, siempre excepcional y circunscrita, no puede venir más que por la norma soberana y en modo alguno por disposiciones abiertas e ilimitadas del monarca. Las Cámaras existen para proteger frente al rey esos fines supremos y, por tanto, sólo a ellas toca intervenirlos o afectarlos.

Por su parte, la definición de la libertad como materia reservada a la ley encuentra en la doctrina rousseauiana de la ley su justificación final: la libertad es un estado previo y cualquier limitación a la misma no puede venir más que de la voluntad general, esto es, de una decisión de la representación nacional, de la ley, por consiguiente.

El artículo 4º de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 fue clara en este punto: *"La libertad consiste en hacer todo lo que no perjudica a otro: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad del goce de esos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por la ley"*.

Por tanto, la conclusión es clara y precisa: toda restricción de la esfera de libertad de los ciudadanos está sujeta al consentimiento expreso de sus representantes, de manera que el ejecutivo, sin ese consentimiento (ley), nada puede hacer por sí solo.

La cláusula “libertad y propiedad” (“liberty and property”) se configura en su más amplio sentido, en la medida que comprende todos los derechos de contenido patrimonial y constituye garantía para hacer todo lo que no esté prohibido por la ley.

En el caso de nuestro ordenamiento jurídico esto aparece de manifiesto a través de la triple función que cumple esta cláusula:

a) Es base del principio ideológico que inspira el régimen político, cuyo objetivo no puede ser otro que su preservación. En efecto, en nuestra Constitución el techo ideológico queda claramente expuesto en su capítulo 1º, destinado a las Bases de la Institucionalidad, el cual en su artículo 1 expresa que: *"Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos"* y que: *"El Estado esta al servicio de la persona humana y su finalidad es promover al bien común para lo cual debe crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto de los derechos y garantías"*.

b) Es fundamento de su consagración dentro de los derechos fundamentales reconocidos y garantizados constitucionalmente.

Al efecto, nuestra *Constitución* en su capítulo 2º asegura a la libertad en sus diversas manifestaciones (libertad de conciencia, libertad personal, libertad de enseñanza, libertad de emitir opinión y la de informar, libertad de trabajo, libertad económica, libertad para adquirir toda clase de bienes) y el derecho de propiedad en sus diversas especies.

c) Es un criterio delimitador de competencias entre los poderes legislativos y ejecutivo, en cuanto define las materias reservadas a la exclusiva decisión del primero. Así se desprende de los artículos 19, 32 Nº 6 y 63 C.Pol.

2. Relación ley-reglamento en nuestra “Constitución”.

En base al principio de reserva legal, se han consagrado en los ordenamientos constitucionales históricos y comparados dos grandes sistemas en la relación que ha de existir entre ley y reglamento. Por una parte, se encuentra aquél que se construye sobre la base de la primacía de la ley y la existencia de una reserva parlamentaria, de tal manera que el reglamento sería una norma complementaria y subordinada a la misma. Este modelo es conocido también como el sistema francés³, el cual se configura a los pocos años de la Revolución de 1789 en una suerte de compromiso para garantizar el principio revolucionario de la primacía soberana de la ley y la existencia de un poder normativo en manos del ejecutivo⁴. Por otra, se encuentra el modelo que, reconociendo un determinado ámbito de reserva material legislativa, mantiene también una reserva reglamentaria como un verdadero poder propio e independiente del ejecutivo. Este es el sistema germánico o de distribución horizontal de materias, cuyo origen

³ Cabe señalar que el nombre se debe a razones históricas, pues se desarrolla en los orígenes de la República francesa. Sin embargo, luego de la *Constitución* de la V República de 1958, el modelo cambió a un sistema de reparto horizontal de competencias entre ley y reglamento. En efecto, debido a una proliferación de leyes singulares que impedían la tecnicificación y racionalización de la legislación, la Constitución francesa de 1958 introdujo una original inversión de la norma de clausura. Al efecto, este texto en el artículo 34 dispuso que la ley fijaría las reglas referentes a: i) las materias que dicha norma indica; y ii) los principios fundamentales respecto de otras materias señaladas en el mismo artículo. Además, el artículo 36 expresó: “Todas las materias distintas de las pertenecientes al dominio de la Ley, tendrán carácter reglamentario”. De ahí pasaría a nuestra *Constitución*, en sus artículos 32 Nº 8 y 60, la consagración de un dominio máximo legal y una potestad reglamentaria que vendría a ser “la regla general”.

⁴ Para una visión general del mismo se puede consultar: SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho administrativo* (Madrid, Ramón Areces, 1991), pp. 696-700. También se puede ver con abundante bibliografía: RASENACK, Christian, *Gesetz und Verordnung in Frankreich seit 1789* (Münster, Univ., Diss., 1966).

y desarrollo se encuentra en el seno de las monarquías constitucionales que reconocen un poder normativo originario al rey frente a la asamblea legislativa, estableciendo el principio de reserva legal como una técnica que delimita las competencias normativas de uno u otro⁵.

Ambos sistemas se presentan como modelos que pueden adoptar variantes al momento de ser regulados en los diversos ordenamientos. Por lo demás, en ambos casos la reserva de ley se transforma en un elemento fundamental al momento que la *Constitución* distribuye las competencias normativas.

¿Cuál es el modelo que sigue nuestro ordenamiento constitucional? La doctrina nacional sostuvo tempranamente que la entrada en vigencia de la *Constitución* de 1980 significó un cambio sustantivo en el reparto de las competencias normativas. En este caso, se habría pasado desde un sistema de dominio legal mínimo, que rigió tradicionalmente en nuestras Cartas constitucionales, a un sistema de dominio legal máximo⁶. Así, se establecería un reparto horizontal de competencias normativas entre la ley y la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Aparece una nueva forma de reglamento en nuestro sistema de fuentes: los reglamentos autónomos.

Esta interpretación encontraría su fundamento positivo en los artículos 32 Nº 8 (actual artículo 32 Nº 6) y 60 (actual artículo 63) de la *Constitución* de 1980. Por tanto, la ley sólo podía regular las materias que expresa y taxativamente enumera la *Constitución*, mientras que para el reglamento

⁵ La descripción del sistema fue descrito y sistematizado por los autores alemanes de la Escuela prusiana entre 1860-1919 (H. Zoepfl, L. v. Stein, R. v. Gneist, A. Arndt, O. v. Sarwfy, G. Meyer G. Anschutz). Sobre la materia las obras son numerosas, pero se puede consultar como referencia el trabajo de JESCH, Dietrich, *Gesetz und Verwaltung: eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitprinzipes* (Tübingen, Univ., Habil.-Schr.), 1961. Hay traducción al español: *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad* (traducción de Manuel Heredero, Madrid, España, Instituto de Estudios Administrativos, 1978).

⁶ Vid. las ponencias presentadas en las Décimas Jornadas de Derecho Público en el año 1979: DANIEL ARGANDOÑA, Manuel, *Reflexiones sobre la potestad reglamentaria y su control jurídico en el Anteproyecto de Constitución Política del Estado*; SOTO KLOSS, Eduardo, *Algunas consideraciones sobre la potestad normativa presidencial en el Anteproyecto de Nueva Constitución*; SCHISSLER QUEZADA, Guillermo, *Algunas cuestiones técnico-jurídicas relativas a la potestad reglamentaria presidencial en el marco de una nueva institucionalidad*, todos en *Décimas Jornadas de Derecho público* (Valparaíso, Edeval, 1980). También se puede consultar los trabajos de BULNES ALDUNATE, Luz, *Leyes de bases y potestad reglamentaria en la Constitución de 1980*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 6 (1982), pp. 133 ss.; CEA EGANA, José Luis, *Dominio legal y reglamentario en la Constitución de 1980*, en *Revista Chilena de Derecho* 11 (1984) 2, pp. 417 ss.

emanado del Presidente de la República quedarían todas aquellas materias que escapan al dominio legal. Así las cosas, esto acercaría nuestro sistema al modelo de distribución de competencias, pues la relación que se produce entre ley y reglamento no se expresa en un vínculo de supremacía y subordinación, sino que en un diverso ámbito material de competencias.

No obstante lo anterior, esta conclusión debe ser matizada, en la medida que la misma disposición faculta al Presidente de la República para dictar los reglamentos que estime necesarios sobre materias ya reguladas por ley, a fin de permitir o facilitar su ejecución. En este caso se trata de normas reglamentarias que estarán en una relación de subordinación con la ley, retornando en alguna medida a la idea que sustentaba el modelo francés original.

Sin embargo, la doctrina también señalaba que esto podría ser atenuado en la medida que el catálogo taxativo del artículo 60 (actual 63) contiene mandatos y remisiones cuyo alcance es diverso en intensidad en relación al conjunto de materias a regular, cerrándose en una fórmula que abarca casi todo el poder normativo, lo cual puede limitar a un conjunto ínfimo las materias que podrían ser reguladas por la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República. Así, como bien señalaba la profesora Luz Bulnes Aldunate, se introdujo una nueva institución pero con timidez; pues ella era revolucionaria para nuestros hombres de derecho⁷.

En igual sentido ha operado la disposición sexta transitoria (actual quinta), la cual expresa que: “*No obstante lo dispuesto en el número 8 [6] 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 [63], mientras ellas no sean expresamente derogadas por ley*”. Es decir, la Constitución congela el rango e impide su regulación reglamentaria mientras la ley no asuma la deslegalización de dichas materias.

Habiendo transcurrido más de 25 años de la entrada en vigencia de la Constitución, nuevamente volvemos sobre un tema que ha sido objeto de una cantidad interesante de trabajos por parte de la doctrina y de pronunciamientos del Tribunal Constitucional (en adelante TC), para establecer cuál es el sentido actual de dominio legal y la función que al respecto le compete al reglamento. Para tal efecto, haremos un análisis particular de la potestad reglamentaria del Presidente de la República analizando sus antecedentes, la posición de la doctrina nacional y la jurisprudencia del TC al respecto (II), para luego exponer nuestra tesis sobre la materia (III).

⁷Ver: BULNES ALDUNATE, cit. (n. 6), p. 137.

II. LA POTESTAD REGLAMENTARIA PRESIDENCIAL

1. Antecedentes generales.

La potestad reglamentaria es un concepto genérico que alude al poder de dictar normas por parte de las autoridades administrativas investidas por el ordenamiento jurídico, particularmente por la C.Pol., facultad que ha de ser ejercida en sus ámbitos de competencia.

En un sentido estricto, la potestad reglamentaria alude a la atribución especial del Presidente de la República para dictar normas jurídicas generales o especiales, destinadas al gobierno y administración del Estado o a la ejecución de las leyes.

La C.Pol., atribuye al Presidente de la República la atribución especial de “*Ejercer la potestad reglamentaria, en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes*” (artículo 32 Nº 6 C.Pol.).

Así, el ordenamiento fundamental otorga al Presidente de la República un poder que le permite contar con una autosuficiencia normativa, pudiendo ejecutar las leyes y administrar al Estado. En nuestro sistema jurídico dicha potestad se materializa en decisiones escritas de obligado acatamiento que, si son generales y permanentes, se denominan reglamentos.

Por su parte, el decreto supremo es aquella disposición de gobierno o administración del Estado que, fundada en la *Constitución* o en la ley, dicta el Presidente de la República con carácter general o particular. Vale decir, es la forma que adoptan los actos jurídicos generales o particulares del Presidente de la República. En el caso de los reglamentos, el decreto supremo es el ropaje que utiliza en el mundo del derecho, es decir, es el continente, mientras que el reglamento es su contenido⁸.

De acuerdo a los términos utilizados por la *Constitución* debemos entender que la potestad reglamentaria es, en principio, discrecional, aunque ha de tener como marco de referencia a la *Constitución* y particularmente a la ley, la cual puede establecer una serie de elementos, límites, medios o fines que se han de tener presente en su ejercicio.

2. El origen del mandato constitucional.

La *Constitución* de 1925, establecía en su artículo 72 Nº 2, dentro de las atribuciones del Presidente de la República, la de “*dictar los regla-*

⁸ Para el Tribunal Constitucional, el artículo 35 C.Pol. exige como formalidad adicional que los reglamentos del Presidente de la República necesariamente deben ser expedidos o firmados por él, no pudiendo haber delegación de firma o dictarse por orden del Presidente. Vid. su sentencia rol Nº 153/1992.

mentos, decretos e instrucciones que crea conveniente para la ejecución de las leyes". Como cabeza del Gobierno y la Administración, el Presidente de la República fue dotado por el constituyente de una potestad normativa en forma expresa e inequívoca en cuanto "siendo una fuente de Derecho tan relevante, un poder normativo complementario del legislativo, es, por fuerza, dada su significación, una determinación constitucional"⁹.

Ahora bien, el régimen de esta potestad presentaba ciertas características que es importante resaltar en su vinculación con la ley. Como es sabido, el artículo 44 de la Carta de 1925 enumeraba las materias de ley pero con un encabezamiento que le daba un carácter no taxativo. Es así como expresaba que "*sólo en virtud de una ley se puede*". De manera que esto llevaba a afirmar que ninguna norma establecía con un criterio excluyente las atribuciones del Presidente de la República, como tampoco lo que era propio de la ley. De esta manera se creaba un ámbito de regulación no reservada ni a la ley ni al reglamento, pero por la jerarquía de la cual goza la ley, la regulación por parte de ella respecto de algunas de las materias comprendida en este espacio concurrente significaba la clausura de la competencia del órgano ejecutivo, quien no podía regular dicha materia por la vía reglamentaria, es lo que la doctrina española ha denominado el "principio de congelación del rango"¹⁰.

Así, la ley durante la vigencia de la *Constitución* de 1925 se constituyó en la norma de clausura en el ordenamiento constitucional, pudiendo ampliar a su arbitrio su competencia, restringiendo al mismo tiempo la del poder ejecutivo. Este carácter permitía al legislador atribuir valor de ley tanto a los preceptos que reunían las características más propias de este tipo de normas (generalidad, abstracción y permanencia), como aquellas que regulaban cuestiones singulares o contingentes.

Por tal razón, este sistema produjo una gran extensión de la competencia del legislador, que desvirtuó el carácter general de la norma legal, de manera que el trabajo legislativo se abocó a la aprobación de asuntos de carácter especial y de aplicación a casos concretos. Esto, por lo demás, era algo común en los ordenamientos comparados. Basta solamente leer las palabras de García de Enterría y T. Ramón Fernández quienes nos señalan que "el cambio normativo es, pues frenético. El legalismo desenfrenado, volcado a una inestabilidad permanente. Ninguna posibilidad de confiar en una conclusión o retoque último, al menos provisionalmente, que permita suspender por un tiempo la promulgación de unas nuevas normas, ninguna esperanza de una "codificación" que consagre un cuerpo normativo

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA Y RAMÓN FERNÁNDEZ, cit. (n. 2), p. 178.

¹⁰ Ibíd., p. 247.

completo y cerrado que elimine las iniciativas normativas casuísticas e indefinidas¹¹. Más expresiva aún es la frase acuñada por Carl Schmitt de “legislación motorizada” (“motorisierte Gesetzgebung”), para dar cuenta de esta situación¹². Una clara demostración de esta situación queda ante la exposición de las siguientes cifras: desde 1926 a 1973, se aprobaron 13.893 leyes, de las cuales el 52% (7.207) tuvo carácter individual, el 40% (5.524) alcanzó a sectores, actividades, zonas o instituciones determinadas y el 8% (1.162) fue de aplicación general¹³.

Esta fue una de las razones que sirvieron de fundamento al cambio del sistema de competencias normativas establecidos por la Constitución de 1980. En efecto, en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC) se planteó este problema, junto a la necesidad de entregar al Ejecutivo mayores atribuciones de gobierno y de planificación financiera y económica.

En el “Memorándum” aprobado el 26 de noviembre de 1973 por la CENC, se expresa lo siguiente: “*La expresión de la voluntad del Poder legislativo tiene especial relevancia no sólo porque constituye, después de la Carta Fundamental, la parte más esencial del ordenamiento jurídico de la Nación, sino porque las leyes deben contener las normas destinadas a resolver los más importantes problemas nacionales./ A este respecto, la Constitución: a) Propenderá a que la ley, sea una norma de carácter general dirigida al bien común, es decir, que se limite a contener sólo las bases esenciales del ordenamiento sobre el cual estatuye, sin penetrar en el campo de la potestad reglamentaria, que es propio del Poder Ejecutivo*”¹⁴.

Consecuente con lo señalado, la CENC presentó al Jefe de Gobierno el correspondiente Anteproyecto con los artículos:

- i) Artículo 37(32): *Son atribuciones especiales del Presidente de la República:/ 8º Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no estén taxativamente enumeradas como propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos o instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes*,
- ii) Artículo 66(63): “*Sólo son materias de leyes*”; y en seguida las enumera desde la letra a) a la ñ).
- iii) Artículo 11 transitorio: “*El Presidente de la República podrá ejercer la potestad reglamentaria, de acuerdo a las atribuciones que le confiere esta*

¹¹ Ibíd., p. 75.

¹² SCHMITT, Carl, *Die Lage der europäische Rechtswissenschaft* (Tübingen, Internat. Univ.-Verlag 1950), p. 20.

¹³ CEA EGAÑA, cit. (n. 6), p. 419.

¹⁴ Actas CENC, 1977, sesión 18^a, pp. 19 a 33, y sesión 407^a, pp. 3337-3338.

*Constitución, respecto de las materias comprendidas en ella, aun cuando hayan sido objeto de leyes que se encuentren actualmente en vigor*¹⁵.

Estas normas fueron debidamente fundamentadas en el informe del *Anteproyecto*, el cual señalaba, en su parte pertinente, lo siguiente: “*Atribuciones especiales del Presidente de la República: Administrativas.* I a) Ejercerá en forma amplia la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no estén señaladas como propias del dominio legal./ Habrá, en consecuencia, dos clases de reglamentos: los autónomos que regularán todas aquellas materias que no sean necesariamente objeto de ley, y los de ejecución, encargados de desarrollar las disposiciones de una ley, todo ello sin perjuicio de la facultad para dictar los decretos e instrucciones que crea conveniente para la ejecución de las leyes”.

El Consejo de Estado modificó el *Anteproyecto* de la Comisión, y mantuvo en su proyecto el régimen de dominio legal mínimo consagrado en la Constitución de 1925, ya que: “[...] estimó que el reemplazo de la expresión usada por la Constitución de 1925: ‘Sólo en virtud de una ley se puede’, por la usada en el texto de la Comisión: ‘Sólo son materia de ley’, era inconveniente y peligrosa. Inconveniente, porque no se divisa motivo para modificar fórmulas que jamás ocasionaron problemas ni se prestaron para equívocas; peligroso por ser una enumeración –pese a su amplitud– inevitablemente restringida y restrictiva, corriéndose el riesgo de que materias muy importantes y graves pudieran resolverse u ordenarse por simple decreto u otro tipo de resoluciones aun de inferior nivel. Esto justifica que se mantuviera el régimen de 1925”¹⁶.

La Junta de Gobierno, al estudiar el *Anteproyecto* de la CENC y el informe del Consejo de Estado, adoptó una tercera posición agregando algunas materias a la competencia del legislador.

En definitiva, la Junta introdujo las siguientes enmiendas al *Anteproyecto* de la Comisión, el cual sometería posteriormente a plebiscito:

- i) En el artículo 32 Nº 8 sustituyó la frase “estén taxativamente enumeradas como” por la palabra “sean”, quedando dichas disposición en los términos actuales.
- ii) Mantuvo en el artículo 60 la expresión “Sólo son materias de ley”; agregando nuevas competencias, entre las cuales es de especial atención el número 20, en cuya virtud dentro de las materias de ley se comprende a “toda norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”; y
- iii) Sustituyó el artículo 11 transitorio del *Anteproyecto* por la disposición

¹⁵ Actas CENC, pp. 337, 352 y 374.

¹⁶ Informe del Consejo de Estado sobre el *Anteproyecto de Nueva Constitución*, reproducido en *Revista Chilena de Derecho* 1-6 (1981), pp. 263 ss.

sexta transitoria, según la cual “*No obstante lo dispuesto en el número 8º 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*”

Las razones que dieron lugar a este cambio no fueron conocidas sino hasta una época bastante posterior gracias a un trabajo de Teodoro Ribera Neumann, el cual saca a la luz algunos antecedentes sobre la discusión y el objetivo de la Junta de Gobierno en esta materia, el que al parecer no lleva a resolver el punto respecto de un modelo u otro (primacía de la ley o distribución de competencias), sino por una solución intermedia¹⁷.

En todo caso, la interpretación que ha primado durante largo tiempo ha sido aquella que sostiene la adopción del módulo germánico de distribución de competencia, teniendo como referencia el sistema diseñado en la *Constitución francesa de 1958*. Así, existiría un sistema horizontal en el reparto de competencias normativas, constituyéndose el reglamento en la regla general como instrumento de regulación, quedando limitada la ley a un conjunto taxativo de materias de particular relevancia económica, social y política, sin perjuicio de que el Presidente de la República pueda dictar los reglamentos que crea convenientes para ejecutar las leyes. Esto dio pie, por lo demás, para que la doctrina distinguiera entre reglamentos de ejecución y autónomos, términos que no estarían en la *Constitución* sino a partir de la Ley de reforma constitucional N° 20.050, de 2005¹⁸.

Analizaremos el alcance que se la ha dado a cada uno de estas manifestaciones de la potestad reglamentaria presidencial.

¹⁷ RIBERA NEUMANN, Teodoro, *Reserva legal, potestad reglamentaria y Constitución de 1980*”, en *Revista de Derecho Público* 63 (2001), pp. 474-478. En el mismo sentido, CAZOR ALISTE, Kamel, *Nuevo artículo 93 N° 16: Un enfoque más coherente en torno al control de los decretos supremos por parte del Tribunal Constitucional*, en ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *Reforma constitucional* (Santiago, LexisNexis, 2005), p. 403, señala que: “[...] el objetivo de la Junta de Gobierno no fue incorporar el sistema francés, pero tampoco mantener el que se aplicaba durante la Constitución de 1925, sino que superar la situación existente, evitando un eventual desequilibrio entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo en el ámbito de sus respectivas potestades normativas, es decir, se trató de sortear un eventual desequilibrio en la relación ley-reglamento en el sistema constitucional”.

¹⁸ El nuevo N° 16 del artículo 93 C.Pol. dispone, entre las atribuciones del Tribunal Constitucional, la de “*resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63*”.

3. La potestad reglamentaria de ejecución.

Nuestra doctrina le ha dado al reglamento de ejecución el alcance que comúnmente se le ha reconocido a la potestad reglamentaria en su relación con la ley. En este sentido, no pudiendo ir contra de ley expresa, ni transgredir su dominio material, quedando limitada al desarrollo y detalle de la ley. En definitiva, debe hacerla operativa cuando la ley no se baste asimismo para su aplicación efectiva. Así, Pierry Arrau nos señala que: “la función del reglamento es facilitar la aplicación de las leyes sin añadir derechos, ni imponer cargas; regula aspectos de detalle, no pudiendo agregar requisitos; por ejemplo: si se dicta una ley que crea un impuesto del 5% sobre la renta a pagarse en abril de cada año, el Presidente deberá dictar los decretos que fuere menester para la recaudación de impuestos, pero no podría aumentar ni disminuir la tasa; no podría ampliar su plazo si la ley dice que se paga en abril; no podría incluir en el pago bienes exentos del mismo conforme a ley, etc. En suma, debe guardar estricta concordancia con la ley, detallando la aplicación práctica de ello. Esto es lo que puede hacer el Presidente de la República cuando reglamenta estas leyes que no señalan que el Presidente debe dictar un reglamento”¹⁹.

Ahora bien, la denominación de reglamentos ejecutivos constituye, sin duda, la más clásica manifestación de la potestad reglamentaria en los momentos fundacionales del Estado liberal: los reglamentos ejecutivos o para la ejecución de las leyes son, en efecto, los únicos mencionados en todas las Constituciones europeas del siglo XIX, en cuanto paradigma de la producción reglamentaria, así como los únicos contemplados por su nombre en las leyes generales. Así, el concepto de reglamento ejecutivo posee una significación típica y estereotipada: la ley establece la regulación de una materia, dejando al Gobierno que establezca, mediante un reglamento, las normas necesarias para su ejecución concreta.

Uno de los problemas que plantea la potestad reglamentaria de ejecución dice relación con las remisiones que constantemente hace el legislador al momento de regular una determinada materia. Aquí la cuestión no deja de ser compleja y trae aparejada dos soluciones posibles. La primera, sería sostener que dicha remisión es innecesaria o superflua, en la medida que viene en ratificar las atribuciones que tiene el Presidente de la República conforme lo establece el artículo 32 N° 6 C.Pol. La segunda, sería entender que se trata de una potestad distinta o que viene a reforzar la potestad originaria que otorga la *Constitución*, lo cual ampliaría la intensidad regulatoria del reglamento respecto de las materias reservadas al legislador.

¹⁹ PIERRY ARRAU, Pedro, *El ámbito de la ley*, en el AA. VV, *Proceso Legislativo en Chile* (Valparaíso, CEAL-UCV, 1991), p. 82.

Como se puede advertir, una u otra solución trae aparejada consecuencias constitucionales y prácticas de envergadura. Si se acoge la primera, se ha de entender que el legislador al momento de remitirse al reglamento no está sino ratificando la potestad reglamentaria de ejecución que la propia Constitución le confiere, con los límites y restricciones que son propias a esta forma de regulación. En el otro caso, bien se pueden plantear serios reparos de constitucionalidad, en la medida que el legislador le estaría abriendo las puertas de la reserva legal a la norma reglamentaria, lo cual podría vulnerar lo dispuesto en el artículo 63 C.Pol. Sin embargo, sobre este punto la doctrina no estaba del todo de acuerdo²⁰, mientras que el Tribunal Constitucional dio cuenta de cambios radicales de posición al respecto moviéndose entre la reserva legal absoluta y relativa²¹, hasta que uniformó su posición restringiendo al máximo las posibilidades de regulación por parte del reglamento en aquellas materias de reserva legal. Así, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el constituyente ha establecido una distinta intensidad de la reserva legal, la que en algunos casos puede ser más flexibles y en otros absoluta. En tal sentido, señala que: “[...] cuando la Carta Fundamental ha previsto la reserva legal con carácter más absoluto, la regulación del asunto respectivo por el legislador debe ser hecha con la mayor amplitud, profundidad y precisión que resulte compatible con las características de la ley como una categoría, diferenciada e inconfundible, de

²⁰ Vid. PIERRY ARRAU, cit. (n. 18) p. 85; BERTELSEN REPETTO, Raúl, *Recurso de Inaplicabilidad. Delegación de facultades legislativas en materia tributaria*, en *Informe Constitucional* 668 (1994); CEA EGAÑA, cit. (n. 6), p. 430; SOTO KLOSS, Eduardo, *En la forma que prescriba la ley, notas sobre prácticas legislativas inconstitucionales*, en *Revista Chilena de Derecho* 20 (1993) 2-3, p. 690; del mismo autor *Reserva legal y potestad reglamentaria (necesidad de precisar su límites)*, en *Informe Constitucional* 771 (1994); *Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente. Algunos problemas de Constitucionalidad*, *Informe Constitucional* 791 (1994); Watt's Alimentos S.A., *Recurso de Inaplicabilidad*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 90 (1993) 3, p. 216; *Ley y reglamento: sus relaciones en el derecho chileno*, en *IUS PUBLICUM* 3 (2000). Todos estos artículos, salvo los dos últimos, son reproducidos en SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho administrativo. Bases fundamentales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile 1996), II, 480 pp.; SHISSLER QUEZADA, cit. (n. 6), p. 177; REYES RIVEROS, Jorge, *El Estado como regulador, mediante ley, del ejercicio de los derechos fundamentales y de controlar de dicha normativa*, en *Revista Chilena de Derecho* 20 (1993) 1, p. 85.

²¹ El Tribunal Constitucional acogió la doctrina de la reserva legal absoluta en varios pronunciamientos (rol N° 146/1992, “Letreros Camineros I”; rol N° 167/1993, “Letreros Camineros II”; rol N° 185/1994, “Ley sobre bases del medio ambiente”; rol N° 220/1995, “Trasplantes de órganos”; rol N° 245/1996, “Acceso a las playas públicas”); mientras que otros acogió abiertamente la tesis de la reserva legal relativa (N° 253/1997, “Ordenanza de Urbanismo y Construcción”; y rol N° 254/1997, “Administración Financiera del Estado”).

*norma jurídica*²². Así: “[...] abocado al cumplimiento cabal de la exigencia constitucional explicada, el legislador debe conciliar la generalidad, abstracción e igualdad de la ley, así como sus características de normativa básica y permanente, por un lado, con la incorporación a su texto de los principios y preceptos, sean científicos, técnicos o de otra naturaleza, que permitan, sobre todo a los órganos de control de supremacía, concluir que el mandato constitucional ha sido plena y no sólo parcialmente cumplido. No puede la ley, por ende, reputarse tal en su forma y sustancia si el legislador ha creído haber realizado su función con meros enunciados globales, plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales. Obrar así implica, en realidad, ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica”²³. Más aún, el Tribunal Constitucional sostiene que la potestad reglamentaria es una sola, es decir, no cabe distinguir entre aquella que tiene un origen constitucional y otra que surge de las remisiones que hace el legislador. Así, a propósito de la regulación del derecho de propiedad nos señala que: “[...] la potestad reglamentaria, en su especie o modalidad de ejecución de los preceptos legales, es la única que resulta procedente invocar en relación con las limitaciones y obligaciones intrínsecas a la función social del dominio. Sin embargo, menester es precisar que ella puede ser convocada por el legislador, o ejercida por el Presidente de la República, nada más que para regular cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercanas a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular. Tal intervención reglamentaria, por consiguiente, puede desenvolverse válidamente sólo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevada a la práctica”²⁴.

Por último, insiste el Tribunal Constitucional en la idea que la regulación por la vía de reglamentos tiene un alcance más limitado en relación a la función que corresponde al legislador. De esta forma: “[...] en el cumplimiento de esa labor normativa, el legislador tiene que llegar al desarrollo de los principios y normas que dicta con un nivel de minuciosidad mayor que tratándose de materias en que la reserva legal es común u ordinaria. Respetando los criterios de generalidad, abstracción, igualdad, carácter innovador y calidad básica que singularizan a la ley en el sistema jurídico, al legislador le corresponde normar, con amplitud y profundidad, todo cuanto la certeza o

²² Rol N° 370/2003, considerando decimoséptimo.

²³ Idem, considerando decimonoveno.

²⁴ Idem, considerando vigesimotercero.

*seguridad jurídica exige en relación con el establecimiento y configuración de las obligaciones que se imponen al dominio con motivo de la función social que ha de servir*²⁵.

Conforme a lo expuesto, la potestad reglamentaria de ejecución tendría dos características:

i) Le corresponde una función de desarrollo o complemento de la ley. Por lo demás, cualquier modificación de la ley repercutirá necesariamente en el reglamento ejecutivo, así como su derogación significaría la no vigencia de esta disposición secundaria.

ii) El ejercicio de esta potestad es discrecional. Será el Jefe de Estado el que la ejercite dentro de los marcos fijados por la ley cuando, en su concepto, sea conveniente o necesaria. En este sentido, y siguiendo a Schiessler Quezada, la discrecionalidad permite al Presidente de la República, como titular de tal potestad reglamentaria: i) Apreciar si una ley determinada requiere o no para su adecuada ejecución de la emisión de uno o más reglamentos; ii) en caso afirmativo, la oportunidad de su emisión; iii) la variedad de materias a que el reglamento debe referirse en su regulación y la mayor o menor extensión que esta regulación complementaria de la ley deba alcanzar, y iv) finalmente, en qué han de consistir las reglas precisas que el reglamento haya de contener; pero éstas naturalmente no deben vulnerar el sentido de las disposiciones de la ley reglamentada²⁶.

4. La potestad reglamentaria autónoma.

a) El surgimiento de los reglamentos autónomos o independientes. La segunda categoría es el denominado reglamento autónomo. La expresión no es nueva, ya que viene del conceptualismo alemán del siglo XIX, particularmente de Lorenz von Stein, quien hizo una clasificación de los reglamentos en su relación con la ley teniendo a la vista las distinciones que se habían formulado respecto de la costumbre jurídica (*secundum legem, contra legem y praeter legem*). Así, se hablaría de reglamento independiente o autónomo respecto de aquellas normas que fuesen dictadas por la Administración en materias no reguladas por las leyes y sin autorización, remisión o apoderamiento alguno por parte de éstas.

El origen de este tipo de normas se encuentra en la constante pugna por el ejercicio de poder normativo entre la ley y el reglamento, la cual se manifestó en el crecimiento de este último mediante la aparición paulatina de una potestad reglamentaria autónoma, no vinculada al desarrollo de

²⁵ Idem, considerando trigesimocuarto.

²⁶ SCHIESSLER QUEZADA, cit. (n. 6), p. 174. ss.

ninguna ley previa, ejercitable sin autorización legal sobre todas aquellas materias que la ley no hubiera entrado a regular.

Tal potestad surge como una ruptura y contradicción a los principios básicos del régimen político. Sus primeros antecedentes lo podemos encontrar en los denominados reglamentos de prerrogativa; que eran dictados sobre materias respecto de las cuales se entendía, por razones tradicionales, que no operaba el principio de la potestad reglamentaria ejecutiva, sino en las que la potestad normativa regía (o del Presidente de la República) opera libremente. Tanto en España como en Francia tal potestad se aplicaba a materia de organización y régimen jurídico de las colonias; en Italia se extendió además a materias vinculadas a beneficios eclesiásticos, títulos nobiliarios, órdenes de caballería, organización administrativa y disciplina de las fuerzas armadas.

Es en Francia donde el reglamento independiente o autónomo alcanza una interesante evolución. Su desarrollo correspondió más a la fuerza de los hechos que a una actitud consiente en cuanto establecer un poder normativo independiente a la ley. En las épocas del Directorio y del Imperio comienza a emerger abarcando dos áreas específicas: i) la creación y funcionamiento de organismos y servicios; y ii) la actividad de policía general.

En el primer grupo de materias mencionadas, los reglamentos autónomos encuentran un espacio bastante pródigo, haciéndose constantes durante todo el siglo XIX, a pesar de los intentos del parlamento por someter a la disciplina presupuestaria la creación de nuevos servicios. El desarrollo de esta potestad tiene lugar sin amparo legal alguno, hasta ser reconocida y consagrada por el Consejo de Estado a comienzos del siglo XX²⁷. Respecto a los reglamentos de policía, estos fueron justificados mediante una interpretación de las facultades de los alcaldes en la materia, quienes se entendían habilitados para adoptar las medidas limitativas que fueran precisas para asegurar la tranquilidad, la seguridad y la salubridad de los habitantes, atribuciones que fueron extendidas por ley a los prefectos a nivel del departamento. El siguiente pasado fue el de reconocer al Gobierno esta facultad, lo cual se vio acelerado ante la necesidad de regular la construcción y la circulación de automóviles. El Gobierno, que no deseaba presentar un proyecto de ley al Parlamento, se apoya en dicho argumento: si el alcalde posee el poder reglamentario de policía en el municipio y el prefecto en el departamento, es lógico que el Gobierno debe ostentarlo para todo el país. Es de esta manera como se dictan los decretos de 10 de marzo de 1899 y 10 de septiembre de 1901, que son las primeras normas

²⁷ Véase: "Chambre syndicale des constructeurs de materiel de chemin de fer et tramways", de 19 de febrero de 1904, y "Babin", de 4 de mayo de 1906.

sobre circulación de automóviles en Francia, y que fueron refrendados por el Consejo de Estado basados en iguales argumentos²⁸.

La doctrina alemana sería la que entregaría los elementos necesarios para una mejor precisión de esta especial forma de regulación, mediante la distinción entre reglamentos jurídicos y reglamentos administrativos, basados en la posibilidad de regular auténticas relaciones jurídicas o sólo aspectos domésticos o internos de Administración. De esta forma, sólo tendrían un carácter jurídico los primeros (reglamentos jurídicos), mientras que los demás no, pues su objeto serían meras actuaciones materiales (reglamentos administrativos). La distinción era muy importante, ya que los primeros requerían un sustento o habilitación legal, mientras que los segundos operaban al margen o con independencia de dichas normas. Sin embargo, las doctrinas institucionalista (Santi Romano) y normativista (Hans Kelsen), desecharían la noción de reglamento administrativo como “simples operaciones materiales”, generalizando la idea del carácter plenamente jurídico de las normas de organización, que se expresaría en una potestad reglamentaria interna, derivada de un poder inherente a toda organización y, por tanto, basada en el fenómeno general de la autonomía, es decir, de un actuar independiente de la ley²⁹.

Es de esta forma como se justifica una potestad reglamentaria no vinculada al desarrollo ni habilitación de ley alguna, siempre respetando el ámbito de materias reservadas a la ley, desarrollándose un poder normativo propio de la Administración, cuyo ámbito, sin embargo, puede ser restringido por la ley, la cual puede regular materias que van más allá de su reserva, operando como una norma de clausura para la potestad reglamentaria.

b) El reglamento autónomo en el Derecho nacional. Durante la vigencia de la *Constitución* de 1925 imperó en nuestro país el denominado sistema de “dominio mínimo legal”, conforme al cual se enumeraban una serie de materias que necesariamente debían ser reguladas por la ley. Respecto de aquellas no contenidas en dicha enumeración era posible su regulación tanto la ley como por el reglamento. En todo caso, en el evento que la materia fuese disciplinada por la ley esta prevalecía respecto del reglamento. Operaba en este caso la ya mencionada congelación del rango.

Así las cosas, no existía un límite en el ámbito material de regulación legislativa, lo cual hacía que este tipo de normas llegaría a regular cuestiones de todo tipo de contenidos de forma singulares, contingente y temporal,

²⁸ Véase: “Labonne”, de 8 de agosto de 1919.

²⁹ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Organización y poder de organización. Las potestades organizatoria y reglamentaria del complejo orgánico-funcional Gobierno y Administración* (Madrid, Iustel, 2009).

produciendo una verdadera “elefantasis” legislativa o, utilizando las palabras de Schmitt, una verdadera legislación motorizada.

Como hemos señalado, la *Constitución* 1980 habría invertido este sistema estableciendo un “dominio máximo legal”, al consagrar un catálogo de materias que son de regulación legal (artículo 63 C.Pol.), mientras que las que están fuera de dicho listado sólo pueden ser reguladas por un reglamento autónomo, al margen de cualquier habilitación legal (artículo 32 Nº 6 C.Pol.).

Esta es la estructura que tradicionalmente se ha entendido respecto del ámbito de los reglamentos autónomos. Sin embargo, no logra resolver con precisión el alcance que ha de tener el dominio legal y el margen residual que queda entregada al denominado reglamento autónomo. Más aún, en la práctica nos hemos encontrado con que el sistema de distribución de competencias normativa no ha variado sustancialmente respecto de lo que ocurría durante la vigencia de la *Constitución* de 1925, incluida la congelación del rango, aspecto propio de un sistema de dominio legal mínimo.

En efecto, basta señalar un ejemplo al respecto. En el año 1999 se dictó el Decreto supremo Nº 81 que regulaba el uso de la firma digital y los documentos electrónicos en la Administración del Estado en virtud de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República. Sin embargo, en el año 2002 entró en vigencia la Ley Nº 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma. Más aún, en el año 2004 se dictó el decreto supremo Nº 81 que aprueba la norma técnica para los órganos de la Administración del Estado sobre interoperabilidad de los documentos electrónicos, bajo la forma de reglamento de ejecución.

En tal sentido, el problema del ámbito del reglamento autónomo no se resuelve sobre la base de la reserva o exclusión de materias. En nuestra opinión este asunto se ha de resolver en base a la intensidad de la regulación que corresponde al legislador y a la potestad reglamentaria respecto de una determinada materia. Incluso más, pensamos que esto conlleva a reafirmar el carácter secundario y dependiente del reglamento respecto de la ley, así como la inexistencia de reglamentos autónomos tal como se han entendido por nuestra doctrina y jurisprudencia.

III. DOMINIO LEGAL Y REGLAMENTOS

1. Nuestra tesis.

De acuerdo a la *Constitución*, las materias de ley están contenidas en el artículo 63. Por su parte, aquellas materias que no son de ley han de ser reguladas a través de un reglamento presidencial (artículo 32 Nº 6

C.Pol.). Ahora bien, tradicionalmente se ha entendido que al momento de disciplinar una determinada materia se debe establecer previamente cuáles materias son de ley y, por vía de exclusión, cuáles son de reglamento autónomo. Por lo demás, la forma de operar parece más sencilla aún, en la medida que la *Constitución* nos entrega un catálogo de materias de ley.

Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla como aparenta, en la medida que el catálogo de materias de ley establecido en la *Constitución* contiene una descripción que es disímil en cuanto a la generalidad o concreción de los casos, algunos de los cuales son auténticos conceptos jurídicos indeterminados. Claro está que la cuestión no se plantea respecto de aquellos casos en que el constituyente nos indica con total precisión el alcance de la materia (v. gr., las que modifiquen la forma o características de los emblemas nacionales; las que establezcan o modifiquen la división político y administrativa de país; las que señalen el valor, tipo y denominación de las monedas y el sistema de pesos y medidas; las que señalen la ciudad en que debe residir el Presidente de la República, celebrar sus sesiones el Congreso Nacional y funcionar la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, etc.).

El problema se presenta necesariamente con aquellos casos descritos de forma general o indeterminada (v. gr. los que son objeto de codificación, sea civil, comercial, procesal, penal u otra; las materias básicas relativas al régimen jurídico laboral; sindical, previsional y de seguridad social; las que fijen las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la administración pública; toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico).

Este punto fue objeto de análisis y preocupación por parte de nuestra doctrina³⁰. En tal sentido, Alejandro Silva Bascuñán sosténía que atendiendo a la precisión del mandato conferido por el constituyente al legislador, surge una clasificación de las materias de ley: a) Mandatos que tienen sustancia preceptiva bastante precisa, por ser específicos o ratificar asuntos que las Constituciones han situado siempre en la órbita del legislador (artículo 63, Nº 5 a 13, 15 a 17 y 19 C.Pol.); b) Mandatos que tienen sustancia preceptiva establecida en términos generales, pero de comprensión precisa (artículo 63, Nº 1, 2 y 14 C.Pol.; y c) Mandatos cuya sustancia preceptiva ha sido configurada en forma amplia, pudiendo presentarse problemas de interpretación y de competencia (artículo 63, Nº

³⁰ Así, entre otros, José Luis CEA EGAÑA, cit. (n. 6), p. 425, señalaba que: "el artículo 60 de la Constitución franquea al legislador una capacidad normativa variable en función de la mayor o menor precisión con que ha descrito el dominio legal máximo en sus veinte números".

3, 4, 18 y 20 C.Pol.)³¹. Y en efecto, esto ha sido así, pues el punto central de la discusión sobre el dominio legal ha recaído en alcance que tendrían este tipo de mandatos³².

³¹SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *La jerarquía normativa en la Constitución de 1980*, en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso* 6 (1982), pp. 115 ss. Se han hecho otras clasificaciones de las materias de ley, pero que utilizan más de algún criterio al efecto. Vid. PIERRY ARRAU, cit. (n. 18), p. 78.

³²Véase: CORDERO QUINZACARA, Eduardo, *Las garantías normativas y sus alcances en el ordenamiento jurídico nacional*, en *XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público* (Valparaíso, Edeval, 2000), III pp. 100-120; CARMONA SANTANDER, Carlos, *Tres problemas de la potestad reglamentaria: legitimidad, intensidad y control*, en *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado* 3 (2001). Quien también se ha ocupado de la materia con particular interés ha sido CAZOR ALISTE, Kamel, en los siguientes trabajos: *La potestad reglamentaria autónoma en la Constitución chilena*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 10 (1999), pp. 75-79; *La reserva legal y el problema de la relación ley-reglamento en la Constitución chilena*, en *Revista de Derecho Universidad Católica de Temuco* 2 (2001), pp. 25-61; *Comentario crítico a la reforma constitucional del artículo 82 número 12*, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* 212 (2002) 1, pp. 105-114; *La esfera de la función legislativa del Congreso Nacional a la luz de la relación ley-reglamento en la Constitución chilena*, en *Revista de Derecho Público* 65 (2003), pp. 14-27; y *Comentario sentencia sobre inconstitucionalidad de decreto supremo en caso "Plan de Impacto Vial"* (*Tribunal Constitucional, Rol N° 370*), en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 16 (2004), pp. 2003-228. Al respecto, sobre el particular Pedro PIERRY, cit. (n. 18), p. 79, señalaba que: "[...] sin perjuicio de resaltar la enorme amplitud de las materias que se refieren a las leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, merecen un comentario especial las leyes que se refieren a codificación y bases generales contenidas en los números 3, 4 y 20 del artículo 60, en que realmente es difícil de apreciar, por su amplitud, el ámbito de la facultad otorgada al legislador. El número 3 señala que son materias de ley "las que son objeto de codificación, sea civil, comercial, procesal, penal u otra". En Chile existen varios códigos, pero nada impide que pueda haber otros. Hay países donde existe un código administrativo; podría también dictarse uno sobre protección del medio ambiente, etc. Surge por lo tanto la duda si el legislador puede o no dictar una ley sobre cualquier materia que estime conveniente, en la medida que lo haga por medio de un código. Si así fuera, significaría que el dominio de la ley es total y absoluto como lo era en la Constitución de 1925. El número 4 del artículo 60 señala que son materias de ley "las materias básicas relativas al régimen jurídico laboral, sindical, previsional y de seguridad social". Por su parte el número 20 dice que lo son: "toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico". Aquí existe una redundancia ya que lo señalado en el número 4 está también contemplado en el 20, que también se refiere a normas básicas. Esto también plantea la misma duda que en relación con el código, significa entonces que toda base esencial de un ordenamiento jurídico es materia de ley. Si ello fuera así, no habría entonces tampoco ninguna limitación para el legislador, excepto la limitación de que tiene que ser legislado en una forma orgánica, ya sea codificando o estableciendo las normas básicas de un ordenamiento

Nuestra propuesta de análisis al respecto es volver sobre el alcance de estas disposiciones, particularmente aquellas que integran la tercera categoría, con la finalidad de formular nuestra tesis sobre el dominio legal. En efecto, nuestro centro de atención es determinar la frontera que separa el ámbito de la ley respecto de las materias que pueden ser objeto de regulación, y ésta se ha de encontrar en el tipo de mandatos más amplios o generales. Por lo demás, el alcance que tienen las dos primeras categorías de mandatos no ofrece mayor dificultad en su precisión y determinación.

Ahora bien, dentro de los mandatos de sustancia preceptiva amplia es posible hacer una distinción que nos permite separar los numerales 3, 4 y 18 respecto del numeral 20 del artículo 63, que en nuestra opinión constituye la regla básica o general, de forma que los anteriores numerales bien se pueden considerar de aplicación del mismo. En efecto, en ellos se refieren a “materias básicas” del régimen jurídico laboral, sindical, previsional y de seguridad social (Nº 4) o leyes que fijen las “bases” de los procedimientos administrativos (Nº 18). Por su parte, las materias que deben ser objeto de codificación también debieran responder a este carácter básico.

Así las cosas, la cuestión se traduce en tratar de determinar el alcance del numeral 20 del artículo 63, el cual nos señala que son materias de ley “toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”. Pues bien, podemos ver que este precepto hace distinción entre normas y bases esenciales de un ordenamiento jurídico. Analicemos cada una de estas:

a) Son materias de ley “*toda otra norma de carácter general y obligatoria*”. Hay que señalar que llama la atención la redacción de esta disposición, en la medida que nos señala que la ley –que es norma– ha de regular toda otra norma. Una interpretación literal podría llevar a sostener que la ley puede perfectamente regular la forma en que se crean otras normas (reglamentos, resoluciones, circulares, etc.), pero no parece ser el sentido de la disposición si se analiza en el contexto en el cual se encuentra.

En efecto, el artículo 63 establece las materias de ley, y hemos de entender que la ley ha de regular diversos aspectos de la vida social, esto es, conductas sociales a las cuales le atribuye un sentido objetivo a partir de su regulación normativa, ya sea de sujetos privados u órganos públicos.

jurídico. Esto entonces, es un aspecto que suscita dudas y que hace en definitiva que la norma del reglamento como regla general no tenga realmente mayor trascendencia en nuestro ordenamiento jurídico, además que, como ya he dicho, las materias son tan amplias en general, sobre todo con la remisión al artículo 19 y al artículo 62, que en la práctica se podría legislar sobre cualquier materia”.

Entendido en dicho sentido, la ley sólo podría regular las diversas conductas y aspectos de la vida social estableciendo normas.

Ahora bien, estas normas han de ser generales y obligatorias. Tradicionalmente se ha entendido que toda norma para ser tal debe responder a las características de generalidad, abstracción y permanencia, lo que la distingue de los actos que hacen aplicación de la misma. No obstante, también se ha de reconocer que en el ámbito de la teoría general del derecho siempre se ha distinguido entre normas generales y normas individualizadas (actos jurídicos, contratos, sentencias, etc.). Así, hay dos posibles interpretaciones del alcance de la disposición, pero que llevan a la misma conclusión. Primero, el constituyente habría sido redundante al momento de señalar las características de generalidad y obligatoriedad, pues una norma para ser tal debe responder a dichas características. Segundo, el constituyente quiso precisar que sólo pueden ser objeto de regulación legal aquellas normas que reúnan las características de generalidad y obligatoriedad, mas no las normas individualizadas.

En definitiva, si se examina con detenimiento la disposición debemos llegar la conclusión que antes que establecer o determinar una materia de ley, lo que prescribe esta norma es el deber que sus preceptos han de ser generales y abstractos. En caso contrario, la ley puede adolecer de un serio cuestionamiento de constitucionalidad³³.

Más aún, los antecedentes con los cuales podemos contar actualmente respecto de la discusión habida al interior de la Junta de Gobierno permiten abonar esta opinión. En efecto, la Junta no pretendía con las modificaciones que introdujo volver al sistema propuesto por la CENC y que se corresponde al modelo francés de distribución de competencias normativas³⁴. El objetivo fundamental era superar el sistema vigente durante la *Constitución* de 1925, el cual no fijaba límites materiales a la regulación legal, lo cual la convertía en una norma contingente, coyuntural y en muchos casos abocada a la regulación de situaciones singulares. Al introducir el numeral 20 establece respecto de la ley un elemento sustancial, el cual más que constituir una materia de ley es una condición que debe cumplir una norma para tener el carácter de ley³⁵. En definitiva, tal como

³³ Esta materia está vinculada con las denominadas leyes singulares, las cuales planean aspectos interesantes respecto de la naturaleza que han de tener las leyes, la función que deben cumplir y el respeto de los principios de seguridad jurídica e igualdad. Sobre esta materia se puede ver el trabajo de ARIÑO ORTIZA, Gaspar, *Leyes singulares, Leyes de caso único*, en *Revista de Administración Pública* 118 (1989), pp. 57-101.

³⁴ Vid. RIBERA NEUMANN, cit. (n. 17), pp. 474 ss.

³⁵ En sentido similar se pronuncia VARAS, Paulino, *El nuevo concepto de Ley en la*

lo sosténia J. J. Rousseau “*Ainsi, de même qu'une volonté particulière ne peut représenter la volonté générale, la volonté générale à son tour change de nature, ayant un objet particulier, et ne peut, comme générale, prononcer ni sur un homme ni sur un fair*”³⁶.

b) Las bases esenciales del ordenamiento jurídico. La disposición en comento establece que el contenido de las normas que determine la ley han de estatuir las bases esenciales del ordenamiento jurídico.

La palabra “estatuir” proviene del latín *statuere*, que significa “establecer, ordenar, determinar, demostrar o asentar algo”, ya sea una verdad, una doctrina o un hecho. En tal sentido, la ley debe establecer o determinar algo. Este algo serían las “bases esenciales del ordenamiento jurídico”. Por su parte, si entendemos que las bases son los fundamentos o apoyo principal de algo, y que esencia es aquello que constituye la naturaleza de las cosas, lo más importante y característico de éstas, se deduce que las bases esenciales del ordenamiento jurídico serían los fundamentos de lo más propio o característico del derecho.

Ahora bien, ¿qué es lo más propio o característico del derecho? Es evidente que el derecho regula, en primer término, los diversos aspectos de la vida social. Sin embargo, en esta labor concurre con otros ordenamientos normativos (moral, religión, usos sociales). Todas estos preceptos son normas de cultura, en la medida que las conductas que prescriben tienen un sentido de valor (honestidad, lo sagrado, el decoro, lo justo). La peculiaridad de las normas que integran el ordenamiento jurídico es la posibilidad de exigir la realización de determinadas conductas a través de medios de compulsión externos, es decir, se puede recurrir al uso de la fuerza socialmente organizada para obtener de sus destinatarios la realización de los deberes impuestos por la norma, cuestión que no ocurre con otros preceptos.

Así las cosas, el legislador al regular las bases esenciales de un ordenamiento jurídico debe segregar determinadas conductas y aspectos de la vida social en la medida que sean jurídicamente relevantes, para luego disciplinarlos a través de las técnicas propias del derecho (imposición de deberes, sanciones, coacción, etc.). No cumpliría con esta exigencia el hecho de regular aspectos propios del decoro social o la moralidad individual, en la medida que su exigencia por la vía jurídica desvirtuaría absolutamente su carácter o sería imposible de cumplir. En el mismo sentido, la imposición de deberes que no pueden servir de fundamento para aplicar sanciones y

Constitución de 1980, en *Revista Chilena de Derecho* 11 (1984), pp. 377 ss.

³⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacque, *Du contrat social*, lib. II, cap. 4º.

de la posibilidad de obtener su cumplimiento por la fuerza hacen dudar del carácter jurídico de la norma³⁷.

El problema es que es el propio legislador el que determina qué materias son jurídicamente relevantes atendiendo a los valores y condiciones sociales imperantes en una época y lugar determinado. Así, es él quien determina o cumple la función de clausurar las materias de dominio legal, pues no es posible establecer *a priori* todas las materias que han de ser objeto de regulación jurídica.

Por tanto, podemos resumir lo expuesto señalando que el legislador tiene la capacidad de poder regular los más diversos aspectos de la vida social a través de las técnicas e instrumento propios del derecho, pero al momento de afrontar dicha tarea ha hacerlo a través de normas que responda a las características de generalidad y abstracción.

Por tanto e insistiendo en lo ya dicho, en esta parte la norma constitucional no está estableciendo una materia que ha de ser regulada por el legislador. Por el contrario, si se analiza con detenimiento la disposición se ha de llegar a la conclusión que esta norma establece un deber y una facultad que tiene como destinatario a la ley: determinar la forma en que el legislador ha de cumplir su función normativa y le permite regular el más amplio espectro de materias clausurando el ámbito de la ley.

Hecho este análisis, de inmediato surgen dos preguntas:

¿Dónde queda el dominio máximo legal? Pues, al parecer éste se difumina, pues no es el constituyente quien clausura las materias que pueden ser objeto de una ley. Es el propio legislador el que determina qué materias son jurídicamente relevantes y han de ser disciplinadas con las técnicas propias del derecho positivo (imposición de deberes, sanciones, coacción, etc.). Así, y tal como hemos señalado, es el legislador quien determina o cumple la función de clausurar las materias de dominio legal³⁸.

³⁷ Esto puede llamar la atención, pero se debe tener presente que las diversas normas que dominan los comportamientos sociales (morales, sociales, religiosos, jurídicos), pertenecen al mundo de la cultura. A su vez, las normas jurídicas serían aquellas normas de cultura que prevén los medios de compulsión externa para su cumplimiento. Bien señala Max ERNST MAYER que en la infancia de los pueblos la religión, la moral y el derecho no se diferencian, pero en la medida que la sociedad se fragmenta se produce una segregación de las normas jurídicas que comienzan a diferenciarse de las demás, en un perfeccionamiento técnico constante, siendo vaciadas en una nueva forma: la forma de las leyes. Véase: ERNST MAYER, Max, *Normas jurídicas y normas de cultura* (Buenos Aires, Hammurabi, 2000), pp. 57-61. Así se entiende que el límite de lo jurídicamente relevante sea producto de una decisión normativa consciente: la ley.

³⁸ A pesar de lo anterior, algunos autores todavía insisten en la idea del dominio máximo legal. Vid. GARCIA, Gonzalo, *La reserva legal de derechos constitucionales*:

Ahora bien, ¿en qué situación quedan los denominados reglamentos autónomos? En este caso la solución es mucho más simple y coherente: Si a la ley le corresponde regular las bases esenciales de un ordenamiento jurídico, los aspectos no esenciales, complementarios o de detalle han de ser objeto de regulación reglamentaria. Esta conclusión fluye de forma natural de lo dispuesto en el artículo 60 N° 20 C.Pol. Sin embargo, de inmediato se plantea otro problema o cuestión, pues no aparece con claridad cuál sería la diferencia que existe entre un reglamento de ejecución y un reglamento autónomo, ya que a la luz de lo expuesto ambos tendrían por objeto complementar, desarrollar o detallar lo previsto en las normas legales.

Analicemos este asunto desde otra perspectiva. Tradicionalmente se ha sostenido que los reglamentos autónomos no se encuentran en una relación jerárquica con la ley, pues regularían materias diversas. Es decir, los eventuales conflictos que se pueden presentar entre estos reglamentos y la ley se deben resolver recurriendo al principio de competencia. Por su parte, la juridicidad de estos reglamentos ha de ser valorada directamente con la *Constitución*. Sin embargo, dicha conclusión no se condice con lo previsto en el propio texto constitucional. En efecto, si estos reglamentos han de regular los aspectos no esenciales de un ordenamiento jurídico (*interpretación sensu contrario* del artículo 60 N° 20), en esta labor no actuarán sin algún tipo de referencias o coordenadas, pues en la emisión de dichos reglamentos se deberá tener presente lo prescrito en la *Constitución* y en las bases esenciales que ha estatuido el legislador al momento de regular una determinada materia. Así las cosas, el legislador tendrá “capacidad directiva” sobre estos reglamentos en la medida que determina las bases esenciales del ordenamiento jurídico. Por su parte, el reglamento no puede ir en contra de dichas bases, so pena de invadir las competencias propias del legislador e incurrir en un vicio de inconstitucionalidad.

Por tanto, la función que cumple un reglamento de ejecución respecto de un reglamento autónomo es la misma: complementar, desarrollar o detallar la regulación legal. De tal forma, la distinción que se hace entre las dos tipos de reglamentos no tiene una base real, pues ambas aparecen dominadas por el principio de primacía de la ley sobre las normas reglamentarias.

En definitiva, y ratificando lo ya expuesto, en nuestro ordenamiento no existe un dominio legal mínimo, puesto que la ley es la norma que clausura las materias de reserva de ley. Así las cosas, en nuestro derecho sólo

¿Poder legislativo contra la Administración? , en *Colección de Investigaciones Jurídicas* 5 (2004), pp. 118-123.

existirían reglamentos, siendo un artificio la distinción entre reglamento autónomo y de ejecución³⁹.

2. Análisis de algunos casos.

Para demostrar la tesis formulada en el apartado anterior, analizaremos algunos casos en los cuales la doctrina ha entendido que podía operar una potestad reglamentaria sin previa intervención del legislador. Estos casos serían las materias administrativas relativas al orden interno o doméstico, las relaciones especiales de poder y la denominada actividad prestacional. Veamos cada uno de ellos:

a) En primer término, nos encontramos con el poder de organización. Se ha sostenido que en la organización administrativa juegan un papel importante los reglamentos independientes, como continuadores de la vieja categoría germánica de los reglamentos administrativos que requerían de habilitación legal⁴⁰. Sin embargo, en nuestro ordenamiento estas materias están sujetas a la reserva legal desde el momento que el artículo 38 C.Pol. dispone que: “una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública [...]”, sin perjuicio de lo cual dentro de las materias de ley se encuentran la de “crear nuevos servicios públicos [...] sean fiscales, semifiscales, autónomos, de las empresas del Estado o municipales, suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones” (artículo 63 Nº 14 y artículo 65 inc. 4º Nº 2). Aun cuando los términos de esta reserva no sean en modo alguno excluyentes de la potestad reglamentaria, parece evidente que la misma impone, como mínimo, que sea la ley la que discipline las condiciones y forma de ejercicio de la potestad organizatoria y la que establezca las líneas básicas de la organización administrativa. En definitiva, son las normas legales las que determinan y condicionan el ejercicio de la potestad reglamentaria en la materia. Más aún, el único espacio que ha dejado la *Constitución* es la creación de Comisiones asesoras, que son entidades que carecen de existencia jurídica formal (no son órganos ni personas jurídico-públicas); carecen de potestades públicas y de presupuesto, pues todas estas materias son de reserva legal.

b) Con condicionamientos similares nos encontramos con las relaciones

³⁹ Cabe señalar que esta tesis coincide en parte con la teoría de las leyes de base o normativas, que en nuestro derecho fueron objeto de análisis por parte de Luz Bulnes Aldunate. Sin embargo, la elaboración de esa tesis no llega a sostener la identidad que se produce entre reglamentos autónomos y de ejecución. Véase: BULNES ALDUNATE, cit. (n. 6), p. 138. En el mismo sentido, REYES RIVEROS, cit. (n. 19), p. 85; y PIERRY ARRAU, cit. (n. 18), p. 83.

⁴⁰ Sobre la materia se puede consultar el interesante trabajo de PAREJO ALFONSO, cit. (n. 29).

especiales de sujeción. En sus orígenes este concepto abarcó tres grupos de sujetos: el personal que se desempeña al servicio de la Administración, las personas internadas en establecimientos penitenciarios y los estudiantes matriculados en centros docentes públicos. Esta figura se construyó como una forma de relativizar el principio de reserva legal y ha tenido parcial aceptación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁴¹. Sin embargo, sobre esta materia el Tribunal Constitucional ha sido claro en la necesidad de que exista ley previa que regule esta materia, como ocurre con el estatuto del personal al servicio de la Administración, no siendo posible que el reglamento entre a regular estas materias de forma directa. Así las cosas, la obligada intervención de la ley posee tal extensión que la potestad reglamentaria auténticamente autónoma no tiene margen de acción.

c) La tercera materia en donde los reglamentos autónomos podrían actuar dice relación con la actividad prestacional de las Administraciones públicas. A pesar de que las restricciones a título de reservas de ley es mucho menos intenso que en los ámbitos anteriores, este no es inexistente:

i) Si en el ejercicio de dicha actividad prestacional se imponen límites directos o indirectos a terceras personas (p. ej., excluyendo que dicha actividad pueda ser realizada por sujetos privados), la imposición de tales límites cae plenamente bajo la reserva de ley, conforme lo establece nuestra *Constitución* en su artículo 19 Nº 21.

ii) La realización de actividades de este carácter requiere en muchas ocasiones la creación de un servicio público prestacional, el que necesariamente exige, como es normal, medidas de tipo organizativo (propias del derecho de la organización) y la determinación de sus atribuciones, y cuando exija desembolso de fondos públicos, ya que dichos gastos están inevitablemente condicionados a la existencia de autorizaciones presupuestarias.

En definitiva, como expresa Muñoz Machado: “la materia organizativa no es inicialmente materia de reglamento, sino materia mixta, es decir, que pertenece en sus aspectos fundamentales a la ley y en los que no tenga tal carácter al reglamento”⁴².

Esta situación ha llevado a hablar de un rol irrelevante de la institución del reglamento autónomo en nuestro derecho, en cuanto a que las materias que se entregan al dominio de la ley son tan amplias, que es difícil encontrar ejemplos, por lo que a pesar de haber sido establecido en la *Constitución* como la regla general, en la práctica se deja sin aplicación.

⁴¹ Véase la sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 747/2007, considerando 25º ss.; y rol N° 781/2007, especialmente el voto de minoría de los Ministros Mari-sol Peña Torres y Francisco Fernández Fredes.

⁴² MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Sobre el concepto de reglamento ejecutivo en el Derecho español*, en *Revista de Administración Pública* 77 (1975), p. 165.

Por nuestra parte pensamos que detrás de esta afirmación existe una falsa concepción. En definitiva, los reglamentos autónomos no tienen espacio de actuación porque en sentido estricto no existen, pues todo reglamento ha de someterse las determinaciones y directrices que establece la ley.

IV. CONCLUSIONES

Determinar cuál es el ámbito de la ley y su relación con el denominado reglamento autónomo ha encontrado una explicación teórica a partir de lo dispuesto en los artículos 32 N° 6 y 63 C.Pol., a propósito del cambio que se quiso introducir en el ámbito de la ley desde un dominio mínimo legal y a un dominio máximo legal. Sin embargo, estos criterios básicos han sido insuficientes para poder dar a los operadores jurídicos algunas pautas para determinar qué materias son de dominio legal o reglamentario, al punto que en más de una ocasión ciertas materias han tenido una regulación reglamentaria y posteriormente legal o a la inversa. Esta situación ha llevado a sostener a la doctrina que en la práctica el modelo que rige en nuestro país es el dominio mínimo legal, a pesar de lo previsto en las normas constitucionales.

Sin embargo, en nuestra investigación hemos llegado a una conclusión distinta. De acuerdo a las normas constitucionales, la distinción no se puede hacer a partir de las materias que han de regular estas normas, sino a partir de la función que les corresponde desempeñar en dicha regulación. Dicho en otros términos, salvo las excepciones que considera la propia Constitución, a la ley le corresponde regular los diversos aspectos de la vida social en sus bases esenciales (artículo 63 N° 20 C.Pol.), mientras que los aspectos no esenciales, complementarios, de desarrollo o detalle quedan entregados al reglamento (artículo 32 N° 6).

En este sentido, no se aprecia cuál es la diferencia que cumple el reglamento de ejecución y el autónomo, pues en ambos casos existe una dependencia y complemento respecto de la regulación legal. Más aún, esta tesis descarta la opinión mayoritaria de la doctrina, la cual sostiene que el marco de validez del reglamento autónomo sería única y exclusivamente la Constitución, pues la ley no tendría la capacidad de incidir en su regulación (por eso tiene un carácter autónomo). Sin embargo, la cuestión debe plantearse en los siguientes términos: si bien el reglamento autónomo debe regular las “bases no esenciales de un ordenamiento jurídico”, que son materias de ley, tendrá que tener presente las “bases esenciales” previstas por la ley. Así, la ley tiene capacidad directiva sobre el denominado reglamento autónomo, el cual debe complementarlo en la regulación de los aspectos no esenciales.

Por lo tanto, como bien se ha planteado por parte de la doctrina, realmente el sistema que se desprende de la *Constitución* no es de un dominio legal mínimo o máximo, pues en este caso el dominio legal viene dado por la función que ha de cumplir la ley: regular a través de normas generales y abstractas las bases esenciales de un ordenamiento jurídico, porque en definitiva “*de minimis non curat lex*”.

[Recibido el 9 de marzo y aceptado el 29 de mayo de 2009].

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO ORTIZA, Gaspar, *Leyes singulares, leyes de caso único*, en *Revista de Administración Pública* 118 (1989).
- BAÑO LEÓN, José María, *Los límites constitucionales a la potestad reglamentaria* (Madrid, Civitas, 1991).
- BERTELSEN REPETTO, Raúl, *Recurso de Inaplicabilidad. Delegación de facultades legislativas en materia tributaria*, en *Informe Constitucional* 668 (1994).
- BULNES ALDUNATE, Luz, *Leyes de bases y potestad reglamentaria en la Constitución de 1980*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 6 (1982), pp. 133 ss.
- CARMONA SANTANDER, Carlos, *Tres problemas de la potestad reglamentaria: legitimidad, intensidad y control*, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* 3 (2001).
- CAZOR ALISTE, Kamel, *Comentario crítico a la reforma constitucional del artículo 82 número 12*, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* 212 (2002) 1.
- CAZOR ALISTE, Kamel, *Comentario sentencia sobre inconstitucionalidad de decreto supremo en caso “Plan de Impacto Vial” (Tribunal Constitucional, Rol N°370)*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 16 (2004).
- CAZOR ALISTE, Kamel, *La esfera de la función legislativa del Congreso Nacional a la luz de la relación ley-reglamento en la Constitución chilena*, en *Revista de Derecho Público* 65 (2003).
- CAZOR ALISTE, Kamel, *La potestad reglamentaria autónoma en la Constitución chilena*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 10 (1999).
- CAZOR ALISTE, Kamel, *La reserva legal y el problema de la relación ley-reglamento en la Constitución chilena*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Temuco* 2 (2001).
- CAZOR ALISTE, Kamel, *Nuevo artículo 93 N° 16: Un enfoque más coherente en torno al control de los decretos supremos por parte del Tribunal Constitucional*, en ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *Reforma constitucional* (Santiago, LexisNexis, 2005).
- CEA EGAÑA, José Luis, *Dominio legal y reglamentario en la Constitución de 1980*, en *Revista Chilena de Derecho* 11 (1984) 2.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo, *Las garantías normativas y sus alcances en el ordenamiento jurídico nacional*, en *30^a Jornadas Chilenas de Derecho Público* (Valparaíso, Edeval, 2000), III.
- DANIEL ARGANDOÑA, Manuel, *Reflexiones sobre la potestad reglamentaria y su control*

- jurídico en el Anteproyecto de Constitución Política del Estado, en Décimas Jornadas de Derecho público* (Valparaíso, Edeval, 1980).
- ERNST MAYER, Max, *Normas jurídicas y normas de cultura* (Buenos Aires, Hammurabi, 2000).
- GARCÍA, Gonzalo, *La reserva legal de derechos constitucionales: ¿Poder legislativo contra la Administración?*, en *Colección de Investigaciones Jurídicas* 5 (2004).
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho administrativo* (10º edición, Madrid, Civitas, 1999).
- GARCÍA MACHO, Ricardo, *Reserva legal y potestad reglamentaria* (Barcelona, Ariel, 1988).
- JESCH, Dietrich, *Gesetz und Verwaltung: eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzipes* (Tübingen, Univ., Habil.-Schr., 1961).
- MAYER, Otto, *Deutsches Verwaltungsrechts* (1ª edición, Leipzig, Duncker & Humboldt, 1895).
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Sobre el concepto de reglamento ejecutivo en el Derecho español*, en *Revista de Administración Pública* 77 (1975).
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Organización y poder de organización. Las potestades organizatoria y reglamentaria del complejo orgánico-funcional Gobierno y Administración* (Madrid, Iustel, 2009).
- PIERRY ARRAU, Pedro, *El ámbito de la ley*, en el AA. VV, *Proceso Legislativo en Chile* (Valparaíso, CEAL-UCV, 1991).
- RASENACK, Christian, *Gesetz und Verordnung in Frankreich seit 1789* (Munster, Univ., Diss., 1966).
- REYES RIVEROS, Jorge, *El Estado como regulador, mediante ley, del ejercicio de los derechos fundamentales y de contralor de dicha normativa*, en *Revista Chilena de Derecho* 20 (1993) 1.
- RIBERA NEUMANN, Teodoro, *Reserva legal, potestad reglamentaria y Constitución de 1980*, en *Revista de Derecho Público* 63 (2001).
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho administrativo* (Madrid, Ramón Areces, 1991).-
- SCHIESSLER QUEZADA, Guillermo, *Algunas cuestiones técnico-jurídicas relativas a la potestad reglamentaria presidencial en el marco de una nueva institucionalidad*, en *Décimas Jornadas de Derecho Público* (Valparaíso, Edeval, 1980).
- SCHMITT, Carl, *Die Lage der europäische Rechtswissenschaft* (Tübingen, Internat. Univ.-Verlag 1950).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *La jerarquía normativa en la Constitución de 1980*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 6 (1982).
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Algunas consideraciones sobre la potestad normativa presidencial en el Anteproyecto de Nueva Constitución*, en *Décimas Jornadas de Derecho Público* (Valparaíso, Edeval, 1980).
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho administrativo. Bases fundamentales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile 1996).
- SOTO KLOSS, Eduardo, "En la forma que prescriba la ley", *notas sobre prácticas legislativas inconstitucionales*, en *Revista Chilena de Derecho* 20 (1993), 2-3.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente. Algunos problemas de Constitucionalidad*, en *Informe Constitucional* 791 (1994).
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Ley y reglamento: sus relaciones en el Derecho chileno*, en *Ius Publicum* 3 (2000).

SOTO KLOSS, Eduardo, *Reserva legal y potestad reglamentaria (necesidad de precisar sus límites)*, en *Informe Constitucional* 771 (1994).

SOTO KLOSS, Eduardo, “Watt’s Alimentos S.A.”, *Recurso de Inaplicabilidad*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 90 (1993) 3.