

LA NORMA DE CLAUSURA Y LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN EL ANTEPROYECTO DE NUEVA CONSTITUCION

S U M A R I O

I. Introducción. II. Necesidad de una clara delimitación de los campos competenciales de la ley y del reglamento autónomo. III. Extensión de la reserva legal en el Anteproyecto de la Nueva Constitución. IV. ¿Cuál es el dominio efectivamente reservado al reglamento autónomo? V. Conclusión.

I. I N T R O D U C C I O N

Del contexto del Anteproyecto de la Nueva Constitución (ANC) se destacan tres tipos o categorías de reglamentos. En efecto, el artículo 37, Nº 89, consagra conjunta, pero diferenciadamente, la potestad reglamentaria autónoma y la de ejecución de las leyes. A las dos categorías normativas señaladas hay que agregar una intermedia, expresamente contemplada en la letra d) del art. 66 del ANC.

¿En qué nos basamos para enunciar la existencia de una potestad reglamentaria autónoma? En lo siguiente: el art. 66 del ANC consagra la reserva legal o dominio de la ley y, al mismo tiempo, establece la disposición constitucional que clausura el campo o esfera normativa de la ley. El art. citado incorpora un cambio de sistema en nuestra tradición constitucional, al señalar a la ley una competencia llamada de atribución, fuera de las materias taxativamente comprendidas dentro de la reserva legal y por efecto de la norma constitucional de clausura, todas las otras materias que no integren dicha reserva pertenecen natural y directamente a la potestad reglamentaria del Presidente de la República. La potestad reglamentaria así resultante (y que hemos denominado autónoma) encuentra su fundamento y se ejerce en virtud de poderes que la Constitución (en nuestro caso, el Anteproyecto) confiere directamente al Jefe del Estado, sin que pueda existir constitucionalmente habilitación legal previa. Aún más, a consecuencia de la norma constitucional de

clausura está vedado al legislador regular las materias ajenas a su reserva legal¹.

Hemos dicho que tanto la competencia normativa del legislador como igualmente la reglamentaria autónoma del Gobernante-Administrador tienen un mismo origen o fundamento directo, representadas ambas por la habilitación que directamente les ha conferido la Constitución, es decir, el Anteproyecto. De lo anterior, ¿podría colegirse que dichas potestades no tendrían más diferencia que la del órgano de que emanan? La respuesta es necesariamente negativa. Ello es así por dos órdenes de consideraciones. La primera es de fondo y le sirve de sustentación la calidad o naturaleza de las materias cuya regulación han sido confiadas a la ley. Dichas materias son cualitativamente superiores y de mayor trascendencia que las que pertenecen a la órbita competencial del reglamento autónomo, el cual, desde este punto de vista, recae en materias de menor jerarquía y repercusión social, económica y administrativa². La segunda es más bien formal. En efecto, el art. 19 del Código Civil (norma que perfectamente hubiera podido incluirse en la Constitución Política) dice que “la ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”. La ley continúa siendo la norma “inicial” para la complementación y desarrollo de los derechos individuales, de las garantías constitucionales, de la organización de la administración de justicia y de la estructura, organización, competencia, procedimientos y fines de los servicios públicos³.

¹La inclusión de la norma que clausura constitucionalmente el dominio de la ley busca impedir que ésta, valiéndose de su mayor jerarquía, invada la esfera de competencia normativa del Ejecutivo.

²Si analizamos los diversos textos constitucionales comprobaremos que dentro de la reserva legal siempre han sido incluidas las materias de mayor trascendencia política, administrativa, jurisdiccional y social en general. A través de la reserva legal se ha buscado prevenir posibles atropellos a la integridad de los derechos y garantías individuales.

³El art. 37, de la Constitución Política de 1833, expresa:

“Sólo en virtud de una ley se puede:

1º Imponer contribuciones de cualquiera clase o naturaleza, suprimir las existentes y determinar en caso necesario su repartimiento entre las provincias o departamentos.

2º Fijar anualmente los gastos de la administración pública.

¿Y la potestad reglamentaria intermedia? Con este nombre designamos a aquélla que no es ni autónoma ni de ejecución de las leyes, pero que, sin embargo, se diferencia de ambas. La potestad reglamentaria intermedia se diferencia de la autónoma, en que esta última se ejerce en la ausencia absoluta de ley, desde el momento en que su exteriorización tiene como base o fundamento directo e inmediato a la Constitución Política. El ámbito en el que está llamada a ejercerse la potestad reglamentaria autónoma es genérico y no, como algunos creen, residual. Es genérico porque su campo lo constituye todo aquello que no está comprendido en la reserva o dominio legal. En cambio, sería residual si dicho campo o esfera de competencia fueran marginales, esto es, fuera comprensivo de lo que queda como sobrante luego de descontado lo que es principal, cuantitativamente considerado. Por el contrario, aquélla (la potestad reglamentaria intermedia y su producto: el reglamento intermedio o discrecional) tiene un campo compartido constitucionalmente con la ley, siendo obligatorio tanto para la ley como para el reglamento intermedio o discrecional el estricto respeto de los límites fijados para una y para el otro por la propia Constitución. Esta

3º Fijar igualmente en cada año las fuerzas de mar y tierra que han de mantenerse en pie en tiempo de paz o de guerra.

Las contribuciones se decretan por sólo el tiempo de dieciocho meses, y las fuerzas de mar y tierra se fijan sólo por igual término.

4º Contraer deudas, reconocer las contraídas hasta el día y designar fondos para cubrirlas.

5º Crear nuevas provincias o departamentos; arreglar sus límites; habilitar puertos mayores y establecer aduanas.

6º Fijar el peso, ley, valor, tipo y denominación de las monedas; y arreglar el sistema de pesos y medidas.

7º Permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la República, determinando el tiempo de su permanencia en él.

8º Permitir que residan cuerpos del ejército permanente en el lugar de las sesiones del Congreso, y diez leguas a su circunsferencia.

9º Permitir la salida de tropas nacionales fuera de la República, señalando el tiempo de su regreso.

10. Crear o suprimir empleos públicos; determinar o modificar sus atribuciones; aumentar o disminuir sus dotaciones; dar pensiones, y decretar honores públicos a los grandes servicios.

11. Conceder indultos generales o amnistías.

12. Señalar el lugar en que debe residir la representación nacional y tener sus sesiones el Congreso".

situación es la que contempla la letra d), del art. 66 que dice: "Sólo son materias de ley: d) Las que determinen las *bases esenciales* del ordenamiento jurídico laboral, sindical, previsional y de seguridad social". En cuanto a la materia, la órbita dentro de la cual tiene cabida el reglamento intermedio o discrecional se circunscribe a la regulación de todo lo que no es *base esencial* de la normativa de lo laboral, de lo sindical, de lo previsional y de la seguridad social. El problema que puede presentarse es, sin lugar a dudas, la determinación específica de lo que debe entenderse por *base esencial* en las materias señaladas. En este aspecto, como en otros análogos, resulta difícil sino riesgoso dar a priori y con un grado de validez general un criterio o concepto objetivo, y por tanto seguro, de lo que debe tenerse por *base esencial*. Sin embargo, si ello es difícil no significa que sea imposible.

El reglamento intermedio o discrecional difiere del reglamento de ejecución (único tipo existente en nuestra tradición constitucional)⁴ en que este último está totalmente subordinado a la ley. En el reglamento de ejecución la potestad reglamentaria del Presidente de la República no tiene asignado un campo privativo, sino que e/la se vuelca sobre los aspectos de detalle no regulados por la ley, cuidando en todo caso de no agregar a aquélla otra cosa que la pormenorización o los detalles que, sin alterar la substancia sobre la que recae la ley, faciliten su cumplimiento. En la potestad reglamentaria de ejecución la ley es dueña absoluta de la materia que regula, no existiendo límite alguno para su desarrollo como no sea la voluntad misma del legislador, el cual, si lo estima conveniente, podría regular la materia legislada hasta en sus más ínfimos aspectos, no dejando, en la práctica, cabida alguna al reglamento de ejecución. En consecuencia, el reglamento de ejecución además de estar totalmente ligado o subordinado a la ley no tiene más campo

⁴El art. 82 de la C.P. de 1833, establece:

"Son atribuciones especiales del Presidente:

2º Expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes".

El art. 72, de la C.P. de 1925, expresa:

"Son atribuciones especiales del Presidente:

2º Dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes".

de acción que el que la ley misma haya querido, en la especie, dejarle.

El motivo del acto administrativo (el reglamento es una especie o tipo de acto administrativo) puede estar más o menos reglado, es decir, que la descripción de los presupuestos o circunstancias de hecho y de derecho, en este caso sólo se consideran los presupuestos de hecho, puede haber sido descrita en forma abierta o genérica y, también, es posible que su determinación haya sido exhaustivamente realizada por la ley. En el caso de la potestad reglamentaria de ejecución (en realidad de la potestad reglamentaria otorgada a la Administración para la "ejecución de la ley"), también conocida bajo el nombre de potestad reglamentaria ligada o vinculada a la ley, se puede dar un fenómeno similar al del motivo en el acto administrativo de efectos concretos o de aplicación particular, dicha semejanza consiste en la mayor o menor latitud en la cual puede desenvolverse la potestad reglamentaria⁵. La latitud dentro de la cual puede desarrollarse el reglamento de ejecución será más amplia en la medida en que la ley se hubiere consreñido a la regulación de los aspectos generales de la materia sobre que recae, sin entrar a reglamentar los aspectos o cuestiones de detalle. La latitud o el espacio de acción del reglamento de ejecución será más restringido cuando la ley haya recaído sobre todos los matices que es posible abordar en el desarrollo de la materia legislada.

Debemos advertir que el alcance de las reflexiones y de las afirmaciones efectuadas en torno a la naturaleza de "atribución" de la competencia legislativa y de la índole "genérica" de la competencia otorgada al Poder Ejecutivo para la dictación de reglamentos autónomos, parten de consideraciones o de hipótesis meramente teóricas. Para que lo que hemos sostenido en el plano teórico tenga validez en nuestro derecho se requerirá de un examen previo de la Constitución, en el sentido de establecer el modo en que, en la realidad, ha sido delimitada la reserva legal y la esfera propia del reglamento autónomo. Del examen aludido puede resultar que el campo realmente asignado al reglamento autónomo sea muy restringido si no inexistente en la práctica, con lo cual la competencia de la ley en

⁵En relación con el objeto del acto administrativo, ver nuestro *Manual de Derecho Administrativo*. Ed. Jurídica de Chile. 1979, 115 s.

razón de la materia no sería de atribución, sino que, por el contrario, dicha competencia fuera genérica y que se extendiera a todas las materias de que trata la Constitución.

En cuanto al juicio de valor que nos pueda merecer una iniciativa que, como la de la consagración de la potestad reglamentaria autónoma en el Anteproyecto, introduce una innovación tan radical de la esfera propia del reglamento, es algo que depende de la apreciación subjetiva de cada cual.

II. NECESIDAD DE UNA CLARA DELIMITACION DE LOS CAMPOS COMPETENCIALES DE LA LEY Y DEL REGLAMENTO AUTONOMO

1. La ley es la norma inicial, incondicionada e incuestionable. ¿Por qué se dice que la ley es una norma inicial? La respuesta fluye de una serie de consideraciones. En primer lugar hay que tener presente que es la ley la norma a la cual la Constitución Política ha cometido la tarea de complementar la organización, la competencia y las funciones de los Poderes establecidos en aquélla; además, es a la ley a quien se confía la regulación de los mecanismos electorales a través de los cuales se generan las autoridades que deben ser elegidas por medio del sufragio; es a la ley a quien está entregada la normatización del régimen jurídico a que deben estar sometidos los funcionarios públicos, tanto del orden civil como militar; es también a la ley a quien se ha cometido la imposición de tributos y cargas públicas en general. Todas las materias señaladas y muchas otras las ha confiado la Constitución a la ley y no al reglamento. La razón por la que la Constitución ha entregado privativamente a la ley la normatización de materias de gran trascendencia política, organizacional, financiera, económica, etc., obedece, en primer término, al principio de separación de los poderes y a las funciones específicas atribuidas a cada uno de ellos. Al poder legislativo le fue atribuida la función normativa (entre otras que también le reconoce la Constitución), esto es, la de dictar normas de derecho general aplicación y a los demás Poderes (Ejecutivo y Judicial) las funciones de aplicar a casos concretos las normas generadas por el órgano legislador, para la administración y el gobierno del Estado

y para la realización de la justicia atributiva, respectivamente. La Constitución entregó al Poder Legislativo la exclusividad normativa "inicial" para la regulación de las importantes y graves materias enuncadas o perfiladas en aquélla, en consideración a que el constitucionalismo y el Estado de Derecho tienen como fin esencial e irrenunciable el respeto y protección de los derechos inherentes al individuo y la realización o logro del bien común y, para dichos fines, al constituyente pareció más confiable el órgano legislativo por ser generado por medio del sufragio popular y por ser colegiado y pluralista. El Gobierno en los regímenes parlamentarios no es generado por el sufragio y, como es sabido, al interior del Poder Ejecutivo, las funciones de Jefe del Estado y de Jefe del Gobierno se encuentran radicadas en dos órganos-individuos diferentes, pudiendo recaer la función de Jefe del Estado en un rey o monarca. En consecuencia, la ley es inicial porque a ella se ha confiado, exclusivamente, la regulación normativa de efectos generales de las materias contenidas en la Constitución y que, por este motivo, integran o configuran la "reserva legal o dominio de la ley". La ley tiene el carácter de inicial porque a ella y nada más que a ella se otorgó la potestad de desarrollar o de exteriorizar y dar vida a muchas de las instituciones, derechos y cargas contenidas potencialmente en la Carta Fundamental.

El que la ley sea la norma inicial no contradice la existencia de un poder normativo en manos del Ejecutivo. En nuestra tradición constitucional, a partir de la Constitución del año 1833, se ha reconocido expresamente al Presidente de la República una potestad normativa "secundaria" para la ejecución de la ley. Que se denomine a dicha potestad normativa secundaria de ejecutora de la ley es algo que creemos que precisa de una explicación. La función que se expresa o manifiesta en la dictación de normas de derecho de general aplicación no constituye propiamente una tarea ejecutiva, en atención a que no resuelve concretamente nada, sino que sirve de base o presupuesto para la adopción de una medida o resolución ejecutiva, esto es, que provee a la solución concreta de un problema o situación. Sin embargo, a la exteriorización de la potestad reglamentaria secundaria se le llama de ejecución por que a veces sin la intervención de la norma secundaria de carácter general (del reglamento) la ley no puede producir efecto alguno. Esto

acontece cuando el legislador ha legislado una materia parcialmente sin abordar aspectos de detalle cuya normatización es imprescindible para que las disposiciones contenidas en la ley puedan producir las consecuencias perseguidas por ella. En este caso, el resultado final sólo puede surgir de la colaboración conjunta y sincronizada de la ley y del reglamento que la "ejecuta".

En ausencia de ley, en nuestro derecho (salvo contadísimas excepciones contempladas en la Constitución) no puede ejercerse o exteriorizarse la potestad normativa "secundaria", para ello es condición *sine qua non* la existencia de una ley. Lo anterior no significa que la potestad reglamentaria de ejecución tenga un origen legislativo. Por el contrario, ella ha sido otorgada al Presidente de la República directamente por la Constitución, pero para su exteriorización se requiere de la existencia previa de una ley a la cual "reglamentar"⁶.

2. ¿Por qué se sostiene que la ley es "incondicionada"? Es necesario considerar que todo el poder (que en esencia es uno e indivisible) deriva, normativamente al menos, de la Constitución. La Constitución en este sentido es la fuente, la estructura, la organización y el procedimiento básico o esencial para el ejercicio del poder. Luego, más allá de la Constitución no hay otro poder, salvo el poder constituyente, el cual una vez que la Constitución ha sido dictada y ha entrado en vigor pasa a tener su consagración, su regulación y sus límites dentro de la propia Constitución, con lo cual se puede afirmar que no existe un poder normativo superior al de la Constitución. De la afirmación precedente podemos derivar otra, que es la siguiente: toda función pública cuyo ejercicio o exteriorización no requiera de otro fundamento jurídico que el que le ha sido otorgado directamente por la Constitución constituye una función incondicionada, puesto que la condición común a todos los Poderes del Estado consiste en su reconocimiento en la Constitución, el poder que no está reconocido como tal en la Constitución no existe como poder (esto desde el punto de vista jurídico; sociológica-

⁶Ver nota (4). El art. 10º, del DL N° 527, 1974, "Estatuto de la Junta de Gobierno", expresa:

"Son atribuciones especiales del Presidente:

1. Dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea conveniente para la ejecución de las leyes".

mente no siempre lo real se conforma con lo normativo, sino que, precisamente, es lo normativo lo que debe corresponder o tener en cuenta como antecedente a lo real). La función legislativa (cuyo producto son las leyes), sin lugar a dudas la principal función junto con la constituyente, de las que han sido radicadas por la Constitución en el Congreso Nacional, constituye una función incondicionada al igual que su consecuencia: la ley, en atención a que para su ejercicio no se requiere de condición alguna. La existencia de la reserva legal y del procedimiento para la elaboración de las leyes en la Constitución no puede estimarse como una condición previa, puesto que todo el poder emana, jurídicamente, de la Constitución. La exteriorización de la potestad reglamentaria de ejecución requiere como "condición" de la existencia previa de una ley, no obstante que, como dijéramos, la facultad que tiene el Presidente de la República para dictar reglamentos emana, directamente, de la Constitución. Por el motivo señalado la potestad reglamentaria de ejecución tiene un carácter "secundario", en atención a que para su exteriorización se requiere de una condición, cual es la existencia de una norma jurídica "inicial", es decir, de la existencia previa de una ley a la que el reglamento viene a "ejecutar", esto es, a hacer aplicable, en unos casos, o a adecuar en forma más perfecta y conveniente a la realidad, en otros o, también, en ambos casos.

3. ¿A qué se refiere la incuestionabilidad de la ley? Como sabemos, según el artículo 19 del Código Civil, "la ley es una declaración de la voluntad soberana"⁷. Examinemos en primer lugar el significado de la voz soberanía. "*Soberanía*. (de soberano). f. Calidad de soberano, que tiene o ejerce la autoridad suprema.// Autoridad suprema del poder público.// Alteza o excelencia insuperable en cualquier orden no material.// *Soberanía nacional*. La que, según ciertas teorías de Derecho político, corresponde al pueblo, de quien se suponen emanados todos los poderes del Estado, aunque sean

⁷Carré de Malberg sostiene que la ley es la norma "inicial e incondi-

⁸En relación con el objeto del acto administrativo, ver nuestro cuestionable". En Francia la incuestionabilidad de la constitucionalidad de la ley es absoluta una vez que ella ha entrado en vigencia. Esta solución ha sido reiterada en la Constitución Francesa de la Quinta República (1958).

ejercidos con representación. Acad. “Soberano. (del bajo latín *superanus*, y éste del latín *super*, sobre, encima de). adj. Que tiene o ejerce la autoridad suprema. Aplicase a personas, úsase también como sustantivo.// Alto, extremado y singular”. La ley es la manifestación de la voluntad soberana, esto significa que ella es la expresión de la autoridad suprema del poder público, la autoridad de donde se suponen emanados todos los poderes del Estado, aunque ellos sean ejercidos por medio de representantes. Como el Estado y la suma del poder público que en él está radicado tiene como finalidad el bien común, la ley, que es la exteriorización del poder del Estado (de la voluntad soberana) no puede tener un fin distinto del que se reconoce al Estado, esto es a la suma del poder, del cual el poder de legislar no es sino parte. A consecuencia de haber sido colocada la función legislativa, y su producto la ley, en una situación de preeminencia en relación con las demás funciones públicas superiores del Estado, desde el momento en que el Poder Ejecutivo administra y gobierna de acuerdo con la Constitución y las leyes y que el Poder Judicial debe cumplir su cometido (sea éste contencioso o de jurisdicción voluntaria) de acuerdo con la ley, no se sometió el control de constitucionalidad de la ley a órgano alguno, situación que dentro del esquema clásico habría estado en flagrante contradicción con la estructura jerárquica dada a los tres poderes en quienes se depositó el poder público. Por este motivo la Constitución de 1925, en su texto primitivo, consagró un control limitado sobre la constitucionalidad de la ley al facultar a la Corte Suprema para declarar la inaplicabilidad de la ley a casos específicos y aislados, manteniendo la plena vigencia de la ley que había sido declarada inaplicable a uno o más casos particulares. La reforma constitucional de 1970⁸, que creó el Tribunal Constitucional sólo dio com-

⁸La Ley N° 17.284 (23.I.1970), sobre reforma constitucional, agregó el art. 78 b), a la Carta de 1925, disposición que fija las atribuciones del Tribunal Constitucional reglamentado en los arts. 78 a), 78 b), y 78 c) de la citada Constitución.

Art. 78 b). “El tribunal Constitucional tendrá las siguientes atribuciones:

a) Resolver las cuestiones constitucionales que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;

b) Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley”.

petencia a este tribunal para pronunciarse acerca de la inconstitucionalidad de un proyecto de ley, estando inhibido de entrar a conocer de la inconstitucionalidad de una ley promulgada y vigente⁹. El ANC mantiene el sistema previsto en el art. 86, inc. 2º de la Carta de 1925 y facultó al Tribunal Constitucional que contempla para declarar la inaplicabilidad general (la derogación) de una ley respecto de la cual por tres veces consecutivas la Corte hubiera decretado su inaplicabilidad particular y a condición de que aquél confirmara la inaplicabilidad del precepto tachado de inconstitucionalidad por la Corte.

Como hemos indicado, la cuestionabilidad de la ley tiene un alcance muy diverso del que es posible efectuar respecto del reglamento, cuya nulidad puede ser declarada por los tribunales ordinarios de justicia en cualquiera instancia del procedimiento¹⁰.

4. Sin perjuicio de que se señale un campo o esfera privativos de la ley y del reglamento autónomo, la ley continúa manteniendo su

Art. 78 c). "Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno".

"Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate".

"Resuelto por el Tribunal que un precepto legal es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia".

"Del tenor del art. 78 b) y 78 c), se deduce que el Tribunal Constitucional es incompetente para entrar a conocer acerca de la inconstitucionalidad de una ley ya aprobada, es decir, promulgada. En efecto, el inc. 2º, letra f), del art. 78 b), expresa: "En el caso de la letra a), el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de más de un tercio de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley". La interposición del recurso no tiene efecto suspensivo. Dice el inc. 4º, de la letra f) "El requerimiento no suspenderá la tramitación del proyecto, pero la parte impugnada de éste no podrá ser promulgada hasta la expiración del plazo referido (esto es, 10 días), salvo que se trate de las materias enunciadas en los N.os 4º, 11 y 12 del art. 44". Los números mencionados se refieren a presupuesto de la Nación, declaración de guerra y restricción de la libertad personal y la de imprenta, o suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión.

¹⁰Ver nuestro *Manual* cit. 213 s.

jerarquía y su preeminencia frente al reglamento, por ello es necesario, y más aún imprescindible, que en la nueva Constitución estén lo más perfecta y claramente delimitados los campos pertenecientes a la ley y al reglamento autónomo.

Es de la mayor importancia para el afianzamiento de la seguridad jurídica, para evitar conflictos de competencia y para asegurar la oportunidad en el cumplimiento de los cometidos de la Administración que las órbitas propias del dominio de la ley y de la potestad reglamentaria autónoma estén lo más perfectamente diferenciadas. El dominio de la ley o reserva legal debe estar establecido con la nitidez, claridad y simpleza suficientes, de manera que el ejercicio o exteriorización de la potestad normativa autónoma del Ejecutivo fluya ajeno a toda incertidumbre. Si, por el contrario, la determinación precisa de la órbita que, en cada caso puntual, corresponde al reglamento requiere de detenidos análisis y de complejas reflexiones y, si a pesar de tan ardua como difícil labor, la conclusión a que se arriba no es indubitable, la labor administrativa se verá seriamente entorpecida, quedando, además, latente la duda en torno a la validez definitiva de las normas reglamentarias emitidas.

En razón de las dificultades que podrían derivarse de la incertidumbre provocada por una deficiente o imperfecta señalización o acotamiento de los campos normativos propios de la ley y del reglamento autónomo, en el siguiente capítulo examinaremos la forma en que este problema ha sido abordado en el ANC. Si el problema indicado no hubiera sido bien solucionado sería fácil imaginar los perjudiciales efectos que se derivarían de ello, entre los tropiezos que podrían suscitarse está la parálisis de la vida administrativa. Dicha parálisis encontraría su causa en la reluctancia de la Administración para ejercer su potestad normativa autónoma por temor a provocar roces o conflictos de competencia con el Legislativo y por el riesgo de verse expuesta a la anulación de los reglamentos que dictare.

III. EXTENSION DE LA RESERVA LEGAL EN EL ANTEPROYECTO DE LA NUEVA CONSTITUCION

1. El dominio de la ley está señalado en forma sistemática en el art. 66, disposición que además consagra la "norma de clausura del

dominio de la ley". A pesar del propósito sistematizador y de la norma de clausura contenidos en el art. citado, en el articulado del ANC existen alrededor de ciento cincuenta disposiciones que remiten a la ley el desarrollo de diversas materias. Las materias que deben ser reguladas por ley además de numerosas en sí mismas presentan, en no pocos casos, la complicación de estar entregadas a dos tipos de leyes. La existencia de siete tipos o categorías de leyes, tales como las leyes orgánicas constitucionales; leyes orgánicas constitucionales relativas al Congreso; leyes aprobadas con quórum calificado; leyes especiales aprobadas con quórum calificado; leyes aprobadas con la mayoría de los miembros presentes en ambas Cámaras; leyes ordinarias y leyes de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República¹¹, es un factor que, unido a los dos ya mencionados (gran can-

¹¹Diferentes tipos de leyes contempladas en el Anteproyecto:

1. *Leyes Orgánicas Constitucionales*

a) Elecciones, regulación de procesos electorales y plebiscitarios; existencia de un padrón o registro electoral público y el organismo encargado de él (art. 18); reglamentación de los partidos políticos (art. 19, N° 14, inc. final).

b) Reconocimiento oficial a las Universidades y establecimientos que impartan educación superior, estatales o particulares, organismos que gozarán de personalidad jurídica y de autonomía tanto académica como económica y administrativa (art. 19, N° 10, inc. 6° y 7°).

c) La facultad exclusiva del Presidente de la República para la organización de las Fuerzas Armadas y de Orden (art. 37, N° 19) y las atribuciones que corresponderán al Jefe del Estado cuando asuma la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas en caso de guerra (art. 37, N° 20).

d) La organización básica de la Administración Pública; de la carrera funcionaria y de los principios técnicos y profesionales en que deba fundarse y la igualdad de oportunidades para el ingreso y para la capacitación y perfeccionamiento de los funcionarios (art. 43, inc. 2°).

e) Lo concerniente a la regulación de los estados de excepción y la facultad del Presidente para ejercer por sí o por delegados las atribuciones pertinentes (art. 46, N° 9).

f) El Tribunal Constitucional, su organización, funcionamiento, el procedimiento y los plazos dentro de los que deba fallar los asuntos de que conozca (art. 87, inc. 9°).

g) La Contraloría General de la República, en lo que atañe a las demás funciones complementarias del control de legalidad, de la fiscalización de los ingresos y egresos públicos, del examen y juzgamiento de las cuentas y de la contabilidad general de la Nación (art. 92, inc. 1°).

tividad de disposiciones que remiten a la ley el desarrollo de diversas materias y materias que deben ser reguladas por más de un tipo o

h) La organización, funcionamiento y atribuciones del Consejo de Seguridad Nacional, en lo no previsto por el Anteproyecto (art. 100, inc. final).

i) El Banco Central, su organización, atribuciones y funcionamiento; la composición de su Comité Ejecutivo y el modo de resolver las discrepancias que surjan en dicho Comité (art. 101, inc. final).

j) Los Consejos Regionales, su organización y funcionamiento; el número, forma de su designación y duración en el cargo de sus integrantes (art. 105, inc. final).

k) Las atribuciones de las Municipalidades y el plazo de duración en sus cargos de los Alcaldes (art. 111, inc. 2º).

l) Los Consejos Comunales, su organización y funcionamiento; el número, forma de designación de sus miembros y la duración en sus cargos (art. 113, inc. final).

m) La organización y atribuciones de los tribunales de justicia; las calidades que deben tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas Ministros de Corte o jueces letrados (art. 80).

2. *Leyes Orgánicas Constitucionales relativas al Congreso*

a) El número y modo de generación de los miembros no parlamentarios de las Comisiones Legislativas de la Cámara de Diputados (art. 49, inc. 2º).

b) La tramitación de la acusación constitucional (art. 54, Nº 2º, inc. 3º) y la forma en que el Senado conocerá de las acusaciones que entable la Cámara de Diputados (art. 55, Nº 1, inc. 1º).

c) La tramitación y calificación de las urgencias, el procedimiento interno de elaboración de la ley y el veto presidencial (art. 77, inc. 2º).

d) La regulación del procedimiento de los vetos y de su tramitación en el Congreso respecto de los proyectos de reforma constitucional (art. 121, inc. final).

3. *Leyes aprobadas con quórum calificado*

a) Los delitos contra la dignidad de la Patria o los intereses esenciales y permanentes del Estado que son causal de pérdida de la nacionalidad chilena (art. 11, Nº 3º, inc. 1º).

b) Los delitos que puedan ser castigados con pena de muerte (art. 19, Nº 1º, inc. 3º).

c) La autorización al Estado para desarrollar actividades empresariales o participar en ellas (art. 19, Nº 20, inc. 2º).

d) Autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de

categoría de leyes), hace más complejo e inextricable el dominio de la ley.

algún sector, actividad o zona geográfica o establecer gravámenes que afecten a uno u otra (art. 19, N° 21, inc. 2°).

e) Reservar al Estado bienes sin dueño y establecer limitaciones o requisitos especiales para la adquisición del dominio de algunos bienes (art. 19, N° 22, inc. 2°).

f) Autorizar al Estado, a sus organismos y a las Municipalidades para contratar empréstitos cuyo vencimiento exceda del término de duración del respectivo período presidencial (art. 66, letra h).

4. *Leyes especiales con quórum calificado*

a) Expropiación de medios de comunicación social (art. 19, N° 11, inc. 11).

b) Expropiaciones con pago diferido de la indemnización (art. 19, N° 23, inc. 4°).

5. *Leyes aprobadas con la mayoría de los miembros presentes en ambas Cámaras.*

a) Delegación de facultades legislativas en favor del Presidente de la República (habilitación para dictar decretos con fuerza de ley) (art. 67, inc. 4°).

6. *Leyes Ordinarias*

a) Nacionalidad y ciudadanía. Carta de nacionalidad y beneficiarios de la gran nacionalidad (especial gracia de nacionalización) (art. 10, N.os 4° y 5°). Revocación de la nacionalización por especial gracia (art. 11, N° 5°, inc. 1°). Rehabilitación de la pérdida de la nacionalidad (art. 11, N° 5°, inc. 2°). Pérdida de la ciudadanía por condena derivada de delito que la ley califique de conducta terrorista (art. 17, N° 2°).

b) Elecciones, sufragio y política partidista. Suspensión del derecho a sufragio por hallarse procesado por delito que la ley califique de conducta terrorista (art. 16 N° 2°). Sanciones aplicables a los dirigentes gremiales que intervengan en actividades políticas (partidistas) y a los dirigentes de los partidos políticos que interfieran en el funcionamiento de organizaciones gremiales y demás grupos intermedios que la ley señale (art. 28, inc. 2°). La organización, atribuciones y funcionamiento del Tribunal Calificador (art. 90, inc. 1° y final) y la organización, atribuciones y funcionamiento de los Tribunales Electorales Regionales (art. 91, inc. final).

c) Asistencia judicial, libertad provisional, procedimiento judicial, indultos y amnistías. Pensiones de gracia. El asesoramiento y la defensa jurídica de pobres (art. 19, N° 3, inc. 3°). La regulación de las normas

2. Demos un vistazo al referido art. 66, disposición que persigue

para el otorgamiento de la libertad provisional (art. 19, Nº 6º, letra e). Los procedimientos jurisdiccionales (art. 19, Nº 3, inc. 5º). El otorgamiento de indultos particulares (art. 37, Nº 16). Las que establezcan las normas generales para el otorgamiento de indultos particulares y pensiones de gracia (art. 66, letra f). La concesión de indultos generales y amnistías (art. 66, letra n).

d) Derecho de propiedad. Propiedad intelectual e industrial. Reserva al Estado. Limitaciones al dominio. Expropiación. El modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que aseguren su función social (art. 19, Nº 23, inc. 2º). La definición de la pequeña propiedad rústica y urbana, talleres y pequeña empresa industrial, extractiva o comercial (art. 19, Nº 23, inc. 6º). El reconocimiento y constitución de derechos sobre las aguas (art. 19, Nº 23, inc. final). El derecho de autor (art. 19, Nº 24, inc. 1º). El derecho de propiedad industrial (art. 19, Nº 24, inc. 3º). La reserva al Estado del derecho exclusivo de explorar y explotar determinadas substancias minerales (art. 19, Nº 23, inc. 10º). Las requisiciones que se practiquen con ocasión de los estados de emergencia y la indemnización a que den lugar (art. 46, Nº 8º). La expropiación (art. 19, Nº 23, inc. 3º). Las restricciones específicas al ejercicio de derechos para la preservación del medio ambiente (art. 19, Nº 7º, inc. 3º).

e) Medios de comunicación social. Regulación de publicaciones y medios de comunicación social (art. 19, Nº 11, inc. 4º). Regulación del derecho a fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos (art. 19, Nº 11, inc. 5º). El derecho a establecer, operar y mantener estaciones de televisión (art. 19, Nº 11, inc. 6º). La organización, atribuciones y funcionamiento del Consejo Nacional de Radio y Televisión (art. 19, Nº 11, incisos 7º y 8º). El sistema de censura para la exhibición de la producción cinematográfica y su publicidad (art. 19, Nº 11, inc. 2º). La prohibición a quienes hubieren sido condenados a pena afflictiva por delitos que la ley califique de conductas terroristas o por los demás que la ley señale para ser dueños, directores o administradores de un medio de comunicación social, ni desempeñar en ellos funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones (art. 19, Nº 11, inc. 11).

f) Colegios profesionales. Participación. Negociación colectiva y conflictos laborales. Tribunales arbitrales del trabajo. Sindicalización. Seguridad social. La colegiación respecto de las profesiones universitarias (art. 19, Nº 15, inc. 6º). Las profesiones que requieren título y las condiciones para su ejercicio (art. 19, Nº 15, inc. 6º). La forma de la participación laboral en la empresa (art. 19, Nº 15, inc. 7º). La negociación colectiva (art. 19, Nº 15, inc. 9º). Los mecanismos para la solución de los conflictos laborales (art. 19, Nº 15, inc. 9º). La organización y funcionamiento de tribunales especiales de expertos para la solución de los conflictos laborales (art. 19, Nº 15, inc. 10º). La forma y requisitos para el

determinar, taxativamente, el dominio de la ley y consagrar la nor-

ejercicio del derecho a sindicalizarse (art. 19, Nº 18, inc. 1º). El organismo autónomo de registro sindical (art. 19, Nº 18, inc. 2º). El ejercicio del derecho a la seguridad social y el establecimiento de las prestaciones básicas uniformes de carácter obligatorio (art. 19, Nº 17, inc. 2º). Las bases esenciales de los ordenamientos jurídicos laboral y sindical (art. 66, Nº 3º).

g) Provisión de cargos. Destitución de funcionarios. Concesión de jubilaciones, retiros, montepíos y pensiones de gracia. El ejercicio de la facultad presidencial para proveer los empleos civiles (art. 37, Nº 12). El ejercicio de la facultad presidencial para destituir a los empleados de su designación (art. 37, Nº 12). El ejercicio de la atribución presidencial para conceder jubilaciones, retiros, montepíos y pensiones de gracia. (art. 57, Nº 13).

h) Guerra y Defensa Nacional. La declaración de guerra (art. 37, Nº 21 y art. 66, letra m). Las normas que fijen las fuerzas de tierra, mar y aire que han de mantenerse en pie en tiempo de paz y de guerra (art. 66, letra l). La modificación de los emblemas nacionales o de las características de éstos (art. 66, letra e). Las normas que permitan la salida de tropas nacionales fuera del territorio de la República (art. 66, letra l). Las normas que permitan la entrada de tropas extranjeras al territorio de la República (art. 66, letra l). La organización y dotación de las instituciones de la Defensa Nacional (art. 96, inc. 1º). El servicio militar obligatorio (art. 96, inc. 2º y art. 23, inc. 1º). La tenencia o posesión de armas y el control sobre éstas (art. 96, incisos 3º y final). Las resoluciones relativas a los ascensos y retiros de Oficiales de las Fuerzas Armadas y Carabineros (art. 98, inc. 1º).

i) Ciudad de residencia de los Poderes del Estado. Organización del Tribunal Constitucional. Responsabilidad de los jueces. Ministerios. Organización administrativa. La ciudad en que debe residir el Presidente de la República, en la que debe celebrar sesiones el Congreso Nacional y en la que deben funcionar la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional (art. 66, letra ñ). La responsabilidad de los miembros de la Corte Suprema (art. 82, inc. 2º). El tiempo durante el cual los jueces inferiores desempeñarán sus cargos (art. 83, inc. 2º). El presupuesto para el funcionamiento del Tribunal Constitucional (art. 87, inc. final). La planta, remuneraciones y estatuto del personal del Tribunal Constitucional y las asignaciones a sus Ministros (art. 87, inc. 10º). El número de Ministerios y de Subsecretarías, su organización y el orden de precedencia de los Ministerios; los Ministerios con más de una Subsecretaría (arts. 38, incs. 2º y 3º, inc. 2º). Desconcentración regional de los Ministerios y de los servicios públicos (art. 107). Decretos e instrucciones firmados sólo por el Ministro "por orden del Presidente de la República" (art. 40, inc. 2º).

j) Regionalización. Creación, modificación y supresión de Regiones,

ma que clausura dicho dominio, al delimitar la zona dentro de la

Provincias y Comunas; fijación de las capitales de Regiones y Provincias (art. 103, inc. final). Atribuciones del Intendente Regional y forma de ejercicio de aquéllas. (art. 104, inc. final). Atribuciones del Consejo Regional (art. 106, inc. final). Organismos asesores del Intendente Regional y del Consejo Regional (art. 104, inc. final). Materias en que el Intendente Regional deba consultar al Consejo Regional y otras en que deba requerir el acuerdo de éste (art. 106, inc. 2º). Procedimientos que aseguren la coordinación y que faciliten el ejercicio de las atribuciones de las autoridades regionales (art. 107). El Fondo Nacional de Desarrollo Regional y la forma de su distribución (art. 108). Requisitos de idoneidad para ser designado Intendente, Gobernador o Alcalde (art. 117, inc. 1º). El establecimiento de áreas metropolitanas (art. 116).

Determinación de las Comunas en que la designación de Alcalde corresponde al Presidente de la República (art. 112, inc. final). Causales de cesación en el cargo de los Alcaldes designados por los Consejos Regionales y de los miembros integrantes de aquéllos y de los Consejos Comunales (art. 118). Determinación de las materias en que los Alcaldes deban consultar obligatoriamente al Consejo Comunal (art. 114, inc. final). Autorizar a las Municipalidades para establecer determinados tributos sobre actividades o bienes locales (art. 115). Determinar la forma de resolver las cuestiones de competencia suscitadas entre las autoridades nacionales, regionales, provinciales y comunales (art. 119, inc. 1º). Establecer el modo de dirimir las discrepancias que se produzcan entre el Intendente y el Consejo Regional y entre el Alcalde y el Consejo Comunal (art. 119, inc. 2º).

k) Derecho de reunión y de asociación. La regulación de la forma de ejercicio del derecho de reunión en lugares que sean bienes nacionales de uso público (art. 19, Nº 12, inc. 2º). La forma de constitución de asociaciones con personalidad jurídica (art. 19, Nº 14, inc. 2º). Las causales que hagan incurrir en sanciones a los grupos intermedios de la comunidad y a sus dirigentes cuando hagan mal uso de la autonomía que les reconoce la Constitución Política (art. 28, inc. 1º).

l) Efectos producidos por los estados de excepción. La adopción de la medida de traslado con ocasión del estado de sitio sólo a localidades urbanas que reúnan las condiciones que determine la ley (art. 46, Nº 2, inc. 2º). La adopción de medidas con ocasión de los estados de asamblea y de sitio (art. 46, Nº 3, inc. 1º). Las atribuciones y deberes de los Jefes de Zonas en estado de emergencia o de catástrofe (art. 46, Nº 6, inc. 1º). Las circunstancias o hechos calificados de conducta terrorista (art. 85, inc. 1º).

m) Congreso Nacional. La elección o designación de los senadores no elegidos por votación popular, con excepción de los ex Presidentes de la República (art. 51, Nº 5º).

n) Bienes Nacionales. Contratos. Las normas sobre enajenación, arren-

cual sólo tiene cabida la ley, "inicialmente" siempre, y en algunos casos exclusiva y excluyentemente¹².

La letra a) del art. 66 indica las materias que deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales. ¿Cuáles materias deben ser reguladas por este tipo de leyes? A título de ejemplo indicaremos las siguientes¹³: a) Elecciones; b) Reconocimiento oficial a las Universidades y establecimientos que impartan educación superior; c) Organización de las Fuerzas Armadas y de Orden; d) La organización básica de la Administración Pública; e) La regulación de los estados de excepción; f) La organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional; g) La organización y atribuciones de la Contraloría General de la República; h) La organización, atribuciones y

damiento y concesión de bienes del Estado o Municipales (art. 66, letra k).

ñ) Cargas personales. Las demás cargas personales, excluido el Servicio Militar Obligatorio (art. 23, inc. 1º). La obligación de contribuir a sufragar los gastos públicos (art. 23, inc. 1º).

¹²Como ejemplos en los que no cabe ejercitar la potestad reglamentaria de "ejecución de las leyes" podemos mencionar las siguientes materias que conforman la reserva legal: Leyes orgánicas y de procedimiento judicial; leyes relacionadas con el sufragio; los registros electorales; con la regulación relativa a los partidos políticos; ley orgánica de la Contraloría General de la República, etc. No existe ninguna disposición constitucional que prohíba textualmente al Presidente de la República ejercitar la potestad reglamentaria de ejecución respecto de determinadas leyes. Sin embargo, dicha prohibición emana de la naturaleza misma de los órganos públicos integrantes del Poder Judicial y, aún, de la propia Administración, como sería el caso de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en atención a la necesaria independencia funcional que ellos requieren frente al Presidente de la República. El principal fundamento, aunque no el único, para negar la atribución presidencial para reglamentar determinadas leyes, se encuentra en el principio constitucional de separación de los poderes y, en los demás casos, en la imprescindible independencia que, forzosamente, deben tener ciertos órganos y funciones frente al Ejecutivo. En estas materias (las excluidas de la facultad o poder reglamentario ejecutivo), la intervención normativa del Presidente de la República vendría a desvirtuar el propósito constitucional que las consagró y que, exclusiva y excluyentemente, encomendó al legislador el desarrollo de ellas, y, todavía, en algunos casos, como el contenido en el art. 27 del Anteproyecto condicionó las atribuciones normativas del propio legislador.

¹³Ver nota II.

funcionamiento del Consejo de Seguridad Nacional; i) La organización, atribuciones y funcionamiento del Banco Central; j) La organización y funcionamiento de los Consejos Regionales; k) Las atribuciones de las Municipalidades; l) La organización y funcionamiento de los Consejos Comunales; y m) La organización y atribuciones de los tribunales de justicia.

Deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales relativas al Congreso (es decir, una variedad del tipo de leyes orgánicas constitucionales): a) El número y modo de generación de los miembros no parlamentarios de las Comisiones Legislativas de la Cámara de Diputados; b) La tramitación de la acusación constitucional; c) La tramitación y calificación de las urgencias, el procedimiento interno de elaboración de la ley y el veto presidencial; y d) La regulación del procedimiento y tramitación de los vetos en los proyectos de reforma constitucional.

La letra b) del art. 66, lejos de apuntar a un propósito sistematizador, como parece ser su objetivo, dice que “Sólo son materias de ley: las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley”. ¿Cuántas referencias hace en este sentido el Anteproyecto? Ellas son numerosísimas, alrededor de ciento cincuenta (situación que rompe el propósito sistematizador y la norma de clausura constitucional expresados, con tanto énfasis, por el art. 66).

La letra c) del art. 66 dice que “Sólo son materia de ley: Las que son objeto de codificación, sea civil, comercial, procesal, penal u otras”. Esta letra mezcla dos elementos: la forma y el fondo o materia, respecto del último elemento sólo contiene una enumeración meramente ejemplar. Ahora bien, cabe preguntarse ¿qué es un código? porque la respuesta a que arribemos es de trascendental importancia, desde el momento en que una materia cualesquiera, aunque no figure dentro del dominio de la ley, por el solo hecho de ser objeto de codificación pasaría a integrar la reserva legal. La disposición que comentamos es una muestra de un formalismo jurídico extremo, al margen de toda filosofía, valores y principios. Demos respuesta a la interrogante que nos hemos formulado. Un código es un conjunto de normas (generalmente de normas jurídicas; no obstante, puede contener normas religiosas y morales, etc.),¹⁴ en

¹⁴El Código de Manú, por ejemplo.

el que las materias han sido dispuestas dentro de un orden o sistema racionalmente prefijados y técnicamente predeterminado. Ordinariamente las normas contenidas en él corresponderán, en su contenido, a materias propias de la reserva legal, pero nada impide que en un mismo código se incluyan materias constitucionales, legales y reglamentarias y, aún, es sumamente probable que sólo contemple y desarrolle a estas últimas. Entregar a la reserva legal, con carácter eventual o circunstancial, materias cuya inclusión en el formato de un código va a depender del arbitrio del legislador y ¿por qué no del administrador? constituye un factor altamente perturbador por el grado de contingencia y de capricho que conlleva. La codificación futura de materias de naturaleza meramente reglamentarias provocaría su desnaturalización al convertirlas en materias propias del dominio de la ley, solución que está ausente de toda lógica. De acuerdo con la letra c) del art. 66 que, como sabemos, incluye dentro de la reserva legal a todas las materias que “son objeto de codificación” ¿se quiere significar con ello que sólo son materia de ley las que han sido objeto de codificación con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución en actual estado de anteproyecto? (sin perjuicio, por cierto, de las demás materias comprendidas en las otras letras del art. 66). No parece ser esta la conclusión que fluye de la interpretación del art. mencionado.

La letra d) del art. 66 consagra un sistema que se ha denominado “leyes de cuadro”, o “leyes de base” en la nomenclatura constitucional española y que da lugar a un tipo de potestad reglamentaria intermedia que, para el caso, propongo calificar de “intermedia o discrecional”, frente a las potestades reglamentarias “autónoma” y de “ejecución”. La letra d) expresa que “Sólo son materias de ley: “Las que determinen las *bases esenciales* del ordenamiento jurídico laboral, sindical, previsional y de seguridad social”. De acuerdo con la disposición transcrita sólo pertenece al dominio de la ley lo atingente a lo que sea constitutivo de las bases esenciales de las materias citadas, en consecuencia, todo aquello que no pueda ser considerado como integrante de dichas bases esenciales corresponde de pleno derecho a la potestad reglamentaria “intermedia o discrecional” del Presidente de la República. ¿Qué ocurriría si una vez que haya entrado en vigencia la Nueva Constitución la ley regulará las referidas materias más allá del límite fijado por las bases

esenciales? Si lo indicado llegare a acontecer ¿no se habría producido una invasión en la esfera propia de la potestad reglamentaria “intermedia o discrecional” privativa del Presidente de la República? ¿Sería inconstitucional dicha ley en la parte en que se hubiere concretado la citada invasión de competencia? En contra de una ley que excediera el límite señalado podría recurrirse ante el Tribunal Constitucional, durante el procedimiento de su elaboración (esto es, mientras la ley se encuentra en tramitación, en calidad de proyecto), basándose en el N^o 29, del art. 88 del Anteproyecto. ¿Quién podría reclamar de la inconstitucionalidad del proyecto en cuestión? La respuesta está dada por el inciso 4^o, del art. 88 que dice: “En el caso del N^o 29, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley”. ¿Y si la ley ya hubiere sido promulgada? En ese caso se podría interponer un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema, en conformidad con el art. 86 del Anteproyecto. El art. 86 expresa:

“La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recursos interpuestos en *cualquier gestión* que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares, todo precepto legal contrario a la Constitución”. “Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la *gestión*, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento”¹⁵.

La procedencia del citado recurso, en el caso propuesto, no nos merece dudas, siempre que el recurrente sea un administrado. ¿Pe-

¹⁵El art. 86, inc. 2^o de la CP de 1925 sobre recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, tiene las siguientes diferencias con el art. 86 del Anteproyecto: a) Mientras el primero requiere para la admisibilidad del recurso que éste sea interpuesto “en juicio que se siguiere ante otro Tribunal”, el segundo, sólo exige que el recurso se interponga “en cualquier gestión”, con lo cual hace procedente la interposición del recurso aún en relación con gestiones judiciales no contenciosas; b). De acuerdo con el art. 86, inc. 2^o de la CP de 1925, la interposición del recurso no suspende la tramitación del juicio en relación con el cual se interpuso aquél. En cambio, el art. 86 del Anteproyecto faculta a la Corte para “ordenar la suspensión del procedimiento”.

ro podría interponer el recurso un órgano de la Administración o el Consejo de Defensa del Estado? ¿Cómo promover ante los tribunales ordinarios una cuestión de competencia entre Poderes del Estado, si la cuestión, en sí misma, no es civil, ni penal ni contencioso-administrativa? Este parece ser un asunto cuya solución no ha sido prevista por el ANC.

Desde el punto de vista de la fijación de las competencias legislativa y reglamentaria "intermedia o discrecional", ¿es posible establecer un criterio o fórmula que con precisión y objetividad señale, indubitadamente, lo que debe entenderse por "bases esenciales" de las materias laborales, sindicales, previsionales y de seguridad social? Creemos que ello es posible, aunque difícil.

La letra e) del art. 66 no suscita dudas. Es lógico, además, que lo referente a la forma y características de los emblemas nacionales (Escudo de Armas de la República, Bandera Nacional e Himno Nacional) estén comprendidas en la reserva legal.

La letra f) del art. 66 dice que: "Sólo son materias de ley: Las que fijen las *normas generales* con arreglo a las cuales debe ejercerse la facultad del Presidente de la República para conceder indultos y pensiones de gracia"¹⁶. La expresión "normas generales" es menos restrictiva que la de "bases esenciales" y, consiguientemente, amplía, en este respecto, la extensión de la competencia legislativa. ¿Cuál es el tipo de potestad reglamentaria que constitucionalmente correspondería ejercer en relación con las materias indicadas en la letra f) del art. 66? Sin lugar a dudas, sólo cabe el ejercicio de la potestad reglamentaria secundaria otorgada para la "ejecución de las leyes".

Del tenor de la frase "las que fijen las normas generales" se in-

¹⁶El art. 72, Nº 12, de la CP de 1925 dice: "Son atribuciones especiales del Presidente: Conceder indultos particulares"... Esta constituye una facultad constitucional que el Presidente ejerce discrecionalmente, sin sujeción a la ley y, además, sin que dicha materia pueda ser regulada por una ley. En virtud de la citada atribución constitucional se dictó el Decreto Supremo Nº 3.590, DO del 12.8.1959 "Reglamento sobre indultos", el cual constituye un ejemplo de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente. Esta facultad discrecional desaparece en el texto del Anteproyecto. En efecto, el art. 66, letra f) dice: "Sólo son materias de ley: f) Las que fijen normas generales con arreglo a las cuales debe ejercerse la facultad del Presidente de la República para conceder indultos...".

duce que la ley sobre concesión de indultos y otorgamiento de pensiones de gracia no podrá extenderse a cuestiones de mero detalle, por corresponder ello a la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Los problemas mencionados a propósito de las leyes que sólo deben reglar las “bases esenciales” también pueden suscitarse con las leyes llamadas a regular sólo “las normas generales”, en la hipótesis de que estas últimas exceden el límite propio de “lo general”, para descender al detalle o, aún a lo concreto.

La letra g) del art. 66 dice que: “Sólo son materias de ley: Las que la Constitución señale como leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República”, La letra g) rompe con el propósito sistematizador perseguido por el art. 66, el cual pretendió condensar en forma genérica y también específica todas las materias que configuran la reserva legal. A continuación indicaremos a título simplemente informativo las materias legales de la exclusiva iniciativa del Jefe del Estado: Leyes sobre organización administrativa; sobre previsión social; sobre órganos asesores del Ejecutivo en el desarrollo de sus tareas de Gobierno y de Administración; sobre presupuestos; sobre tributación y sobre empréstitos. Hemos llamado la atención acerca de las materias cuya regulación está entregada a dos tipos de leyes, conjuntamente. Como ejemplo podemos señalar las leyes relativas a las Fuerzas Armadas; a la Administración Pública; a la Regionalización y a la Administración Comunal. En relación con la letra g) surge la siguiente interrogante: ¿Las leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República son siempre leyes “ordinarias”? o, por el contrario, ¿además de las “ordinarias” dicha iniciativa exclusiva puede ejercerse respecto de otros tipos de leyes, como las orgánicas constitucionales? La respuesta a la primera interrogante es negativa y la demostración de nuestro aserto está contenida en el inciso 2º, del art. 68 que dice: “Corresponderá al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley que digan relación con la Defensa Nacional y con la alteración de la división política o administrativa del país” y de acuerdo con el art. 37, Nºs 19 y 20 que consagra la facultad exclusiva del Presidente de la República para la organización de las Fuerzas Armadas y de Orden y las atribuciones que le corresponderán cuando asuma la Jefatura Suprema de las Fuerzas Armadas en caso de guerra. Am-

bas funciones deben ser ejercidas en conformidad con lo que prescriba una ley orgánica constitucional.

La letra h) del art. 66 confía a la ley la autorización para la contratación de empréstitos por el Estado y demás órganos públicos. La ley autorizatoria debe indicar el objeto a que serán destinados dichos préstamos y, en general, el plazo de su pago no puede exceder de dos años. Además, la ley deberá indicar la o las fuentes de donde se extraerán los recursos para el servicio de la deuda. En los casos en que el servicio de la deuda excediera del término que falte para completar el respectivo período presidencial, se requerirá de una ley con quórum calificado. Cabe preguntarnos, ¿estas leyes pueden ser generales? o, por el contrario, ¿sólo pueden estar referidas a operaciones específicas? La respuesta, de acuerdo con la interpretación que emana del ANC es que se requiere de una ley para contratar una o más operaciones determinadas en la propia ley. Los principales argumentos que avalan esta solución son los siguientes: 1) Cada autorización debe ser otorgada a uno o más órganos determinados, como el Fisco, una Municipalidad, tal Servicio Público, etc.; 2) La autorización debe expresar el o los proyectos específicos a que será destinado el empréstito; 3) La circunstancia de que se requiera una ley aprobada con quórum calificado cuando el vencimiento de la deuda exceda del tiempo que reste al período presidencial en el que se contratará el empréstito, viene a excluir toda posibilidad de hacer procedente la dictación de una ley que contenga una autorización de carácter general y permanente, ley que por su misma permanencia mantendría vigente la autorización para contratar empréstitos por tiempo indefinido, más allá de la duración de un período presidencial y, con mayor razón, del tiempo que falte para completar determinado período. El inciso 2º, de la letra h) dice que estas normas sobre autorización legal para contratar empréstitos no son aplicables al Banco Central.

Las letras i) y j), del art. 66 se refieren a la necesidad de contar con una autorización legal para la contratación de empréstitos y para la celebración de cualquier clase de operaciones que puedan comprometer, directa o indirectamente, el crédito o la responsabilidad financiera del Estado, de sus organismos y de las municipalidades. Aquí es necesario efectuar algunas precisiones: 1) La letra i) se refiere, exclusiva y excluyentemente, a las empresas del Estado y a

aquellas en que éste tenga participación. Dichas empresas no podrán contratar empréstitos con el Fisco, con los organismos públicos no constituidos en empresa ni tampoco contratar con otra empresa del Estado; 2) La ley que autorice las citadas operaciones puede tener carácter general (esto se induce del texto del ANC), en este caso la ley autorizatoria debe señalar el procedimiento y los fines con acuerdo a los cuales las empresas públicas podrán contratar empréstitos.

La letra j) difiere de las anteriores en cuanto ella menciona la autorización para celebrar "cualquier clase de operaciones" que puedan comprometer en forma directa o indirecta el crédito o la responsabilidad financiera del Estado (se refiere al Fisco), de sus organismos (¿incluye a las empresas del Estado? Creemos que sí) y de las municipalidades. ¿Cuáles son las operaciones a que alude la letra j)? La respuesta es que ella comprende a todas las convenciones o contratos con exclusión de los empréstitos, en atención a que a éstos se aplican, exclusivamente, las letras h) e i), del art. 66. El inc. final de la letra j) reitera lo prescrito a propósito de la letra h), es decir, "que lo dispuesto en esta disposición no se aplicará al Banco Central".

Las letras k), l), m), n) y ñ) están relacionadas con las siguientes materias: 1) enajenación, concesión y arrendamiento de bienes nacionales; 2) fijación de las fuerzas de tierra, mar y aire; 3) declaración de guerra; 4) indultos generales y amnistías; 5) las ciudades en que debe residir el Presidente de la República; sesionar el Congreso Nacional, y funcionar la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional.

Siempre en relación con la reserva legal y con el dominio que correspondería a la esfera privativa del reglamento autónomo (que, por cierto, también, al igual que la ley, es una norma inicial), estimamos necesario indicar las materias respecto de las cuales no sólo está excluida la potestad reglamentaria autónoma, sino que también la de ejecución, dado que esta última solamente tendría lugar en aspectos que no tendrían ninguna o, en el mejor de los casos, muy escasa aplicación, estando ella referida a meros asuntos de detalle, carentes de relevancia jurídica. La potestad reglamentaria autónoma no tiene cabida en las siguientes materias: 1) nacionalidad; 2) ciudadanía; 3) elecciones, y 4) plebiscito.

El inc. 1º, del art. 67 del ANC, contempla la delegación de facultades

des legislativas en favor del Presidente de la República, habilitación que, en cada caso en que fuere otorgada, no podría transferir la competencia legislativa específica sobre que recae por un plazo superior a un año. El inciso 4º, del art. 67, condiciona la habilitación normativa en la siguiente forma: “la ley que otorgue la autorización señalará las materias precisas sobre las que recaerá la delegación y podrá establecer o determinar las limitaciones, restricciones y formalidades que se estimen convenientes. Dicha ley requerirá necesariamente la aprobación de la mayoría de los miembros presentes de ambas Cámaras. Dentro de las materias que no pueden ser objeto de delegación se encuentran expresamente mencionadas las siguientes: 1) nacionalidad (art. 67, inc. 2º) en relación con el art. 10, N.os 4º y 5º; con el art. 11, Nº 5º, inc. 1º; y con el art. 11, Nº 5º, inc. 2º; 2) ciudadanía (art. 67, inc. 2º) en relación con el art. 17, Nº 2º; 3) elecciones (art. 67, inc. 2º) en relación con el art. 18; con el art. 19, Nº 14, inc. final; con el art. 16, Nº 2º; con el art. 90, incisos 1º y final, y con el art. 91, inc. final; 4) plebiscito (art. 67, inc. 2º) en relación con el art. 18; y con el art. 88, Nº 4º.

La delegación de facultades legislativas tampoco puede incluir facultades que afecten a la organización, atribuciones y régimen de los funcionarios del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional ni de la Contraloría General de la República.

El art. 66, inc. 2º, in fine prohíbe que la delegación de facultades legislativas incluya “materias comprendidas en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales”. En relación con los derechos constitucionales y sus garantías (arts. 19, 20 y 21 del ANC) hay que tener presente lo expresado en el art. 27, inc. 1º, que dice: “Los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta asegura o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Desde el momento en que el ANC expresa que en los casos en que él autoriza a la ley para regular (esto es, para sistematizar, desarrollar o proceduralizar con el fin de hacer posible un uso pleno y generalizado de los derechos asegurados por la Carta) o complementar dichos derechos o garantías, la correspondiente ley, por mandato constitucional, no puede afectar a la esencia de estos derechos y ga-

rantías constitucionales ni imponer nuevas exigencias para su ejercicio. En relación con la disposición aludida se pueden extraer las siguientes conclusiones: 1) la reserva legal no se extiende a todos los derechos y garantías individuales, puesto que algunos derechos y garantías sólo pueden ser regulados por la Constitución, exclusiva y excluyentemente; 2) respecto de los derechos que pueden ser regulados o complementados por la ley es la propia Constitución (en este caso el Anteproyecto) quien condiciona el cumplimiento del mandato conferido al legislador; 3) con relación a los derechos y garantías aludidos en los números 1) y 2) el Poder Ejecutivo carece de potestad autónoma y, aún, queda por averiguar si subsiste a este respecto la potestad de "ejecución".

Ahora bien, luego de haber examinado el dominio o reserva legal, estamos en situación de extraer algunas conclusiones, como las siguientes: 1) El Anteproyecto en lo relativo al dominio de la ley contiene dos aspectos contradictorios. Por una parte, el art. 66 que enumera las materias que configuran la reserva legal (traduciendo un propósito de laudable sistematización en aras de un reforzamiento de la seguridad jurídica, y que, al mismo tiempo, consagra la clausura de la competencia legislativa en razón de la materia) con el objeto de indicar claramente que todo lo que no esté comprendido textualmente en dicho artículo es ajeno al dominio de la ley, aparece desvirtuado por la redacción del propio art. 66 y por la numerosa cantidad de disposiciones contenidas en otros artículos del Anteproyecto, relativas a materias cuyo desarrollo se entrega a la ley y, en ocasiones, a dos tipos distintos de leyes; 2) Consecuencia de lo anterior es el fracaso del propósito de condensación y sistematización como, asimismo, de delimitación precisa y cerrada del campo normativo reservado a la ley; 3) Las materias que en el contexto del Anteproyecto están reservadas a la ley son numerosísimas, sin contar con la enumeración de materias contenidas en el art. 66, situación que desvirtúa el propósito sistematizador del art. citado y, además, quita todo el significado expresado por la norma de clausura que encabeza el referido art. que dice: "Sólo son materias de ley"; 4) Como corolario de los defectos denunciados resulta muy difícil poder determinar qué materias no están comprendidas en la reserva legal, y nos hace reflexionar acerca de si queda algún residuo de materias que

corresponda tratar a la potestad reglamentaria que el Anteproyecto establece.

IV. ¿CUAL ES EL DOMINIO EFECTIVAMENTE RESERVADO AL REGLAMENTO AUTONOMO?

1. Tal como hemos sostenido en este trabajo¹⁷, en conformidad al texto expreso del ANC, la potestad reglamentaria del Presidente de la República puede exteriorizarse a través de tres tipos de reglamentos: el autónomo, el "intermedio o discrecional" y el de ejecución. Los dos primeros constituyen una novedad que el Anteproyecto pretende incorporar a las modalidades de acción normativa del Ejecutivo, contempladas a lo largo de nuestra evolución constitucional. Respecto del alcance que proyecta el ejercicio de los dos últimos tipos de reglamentos (el intermedio o discrecional, y el de ejecución de las leyes) no existen dudas; sin embargo, en cuanto a la posibilidad de ejercicio del primero de ellos, es decir, del autónomo, existe la duda en cuanto a las materias respecto de las cuales pudiera recaer, en atención a las consideraciones hechas hace un instante.

2. Del análisis de las materias que el Anteproyecto coloca dentro de la reserva legal¹⁸, del examen de las disposiciones del art. 66, de la consideración detenida de la delegación de facultades legislativas, contemplada en el art. 67 y de la modalidad fijada para su ejercicio, como también del tenor del art. 27 en relación con los arts. 19, 20 y 21, llegamos a concluir que no restan materias sobre las cuales pueda ser ejercida la citada potestad normativa.

V. CONCLUSION

Parece indubitable que, tanto la norma de clausura de la potestad legislativa como la consagración de las potestades reglamentarias "intermedia o discrecional" y "autónoma", han sido inspiradas por la Constitución de Francia del año 1958, es decir, por la Constitución de la Quinta República¹⁹.

¹⁷Ver Introducción.

¹⁸Ver nota 11.

¹⁹A continuación reproducimos los arts. 34 y 37 de la Constitución Francesa de 1958:

El modelo adoptado por la Constitución francesa de 1958, desde el punto de vista técnico y del de la seguridad jurídica, en lo que dice relación con la delimitación de las competencias propias de la

Article 34. La loi est votée par le Parlement.

La loi fixe les règles concernant:

- les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques; les sujétions imposées par la Défense Nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens;
- la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités;
- la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables; la procédure pénale; l'amnistie, la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats;
- l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures; le régime d'émission de la monnaie.

La loi fixe également les règles concernant:

- le régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées locales;
- la création de catégories d'établissements publics;
- les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat;
- les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.

La loi détermine les principes fondamentaux:

- de l'organisation générale de la Défense Nationale;
- de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources;
- de l'enseignement;
- du régime de la propriété des droits réels et des obligations civiles et commerciales;
- du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'Etat dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Des lois de programme déterminent les objectifs de l'action économique et sociale de l'Etat.

Les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique".

Article 37. Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire.

Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'Etat. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil Constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent".

ley y del reglamento, es perfecto. Cosa muy distinta es la apreciación o juicio que pueda tenerse acerca de la conveniencia de la adopción de un criterio que otorgue a la ley una competencia de atribución, constitucionalmente clausurada, y del reconocimiento en favor del Poder Ejecutivo de una competencia o atribución normativa “genérica” y excluyente. Estimamos que dicha iniciativa obedece a un imperativo derivado de la extensión, intensidad y complejidad creciente de la función y cometidos que, en la actualidad, corresponden al Ejecutivo. La clausura de la competencia de la ley y el reglamento autónomo, siendo convenientes en sí mismos para proveer con eficiencia y oportunidad a los múltiples y variados requerimientos que plantea la vida social a una Administración moderna que se reconoce Gerente de la Prosperidad Nacional²⁰, requieren, además de rigor y perfección técnicos en su establecimiento, de una contrapartida que no es posible eludir, si es que se quiere vivir dentro de un Estado de Derecho, la cual está representada en la necesidad imperiosa de consagrar, constitucionalmente, un efectivo y expedito sistema de control jurisdiccional sobre todos los actos administrativos y de gobierno²¹.

²⁰Parte del mensaje dirigido al Congreso por el Presidente Eisenhower, en el año 1953, y que acompañó al Informe Económico de 1953:

“Las exigencias de la vida moderna y la condición insegura del mundo requieren un papel más importante de gobierno que el que desempeñó en tiempos anteriores y más tranquilos...”.

“El gobierno debe utilizar su vasto poder para ayudar a mantener el empleo y el poder adquisitivo, así como para sostener precios razonablemente estables”.

“El gobierno debe estar alerta y mostrarse sensible a los acontecimientos económicos, con sus miríadas de actividades. Tiene que estar preparado para adoptar procedimientos preventivos, no sólo remedios; y debe estar presto para hacer frente a las nuevas situaciones que puedan presentarse. Esta no es una responsabilidad intermitente, sino continua”.

“El arsenal de armas de que dispone el Gobierno para mantener la estabilidad económica es formidable. Entre ellas, están los controles de crédito administrados por el Sistema de Reservas Federales; la política de administración de las deudas desarrolladas por el Tesoro; la autoridad del Presidente para modificar las condiciones de las hipotecas que lleven seguro federal; la flexibilidad en la administración del presupuesto; las ayudas agrícolas; la modificación de la estructura fiscal; y las obras públicas. No debemos vacilar en emplear cualesquiera o todas estas armas, si la situación lo requiere”. (Reproducido del libro *La Presidencia de los EE.UU.*, de C. Rossiter, Editorial Diana S. A., México. 1965 32 s.).

²¹Ver nuestro *Manual*. cit. 173 ss y 335 ss.

El control jurisdiccional a que hacemos mención, fue expresamente considerado por el Anteproyecto. En efecto, el art. 79, inc. 1º, de él dice: “La facultad de conocer de las causas civiles, de las criminales y de las contencioso-administrativas, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, abocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.

El propósito perseguido en la materia por el Anteproyecto (en cuanto a la norma de clausura y al reglamento autónomo), siendo laudables y realistas en sí, se ven, por el momento, frustrados y contradichos por el contexto del mismo Anteproyecto. Esta anomalía creemos que no puede ser causada sino por un defecto de coordinación y de técnica normativa. Sin embargo, aún es posible remediar aquello.

HUGO CALDERA DELGADO