

DOMINIO LEGAL Y REGLAMENTARIO EN LA CONSTITUCION DE 1980

José Luis Cea Egaña

Profesor de Derecho Político y Constitucional
Universidad Católica de Chile y Universidad de Chile

I. CARACTERÍSTICAS Y DEFINICIÓN DE LA LEY

La ley es una de las especies de normas que integran un ordenamiento jurídico positivo. Este es un sistema de normas válidas y vigentes cuya estructura jerárquica tiene a la Constitución como estatuto básico y supremo, subordinado al cual se encuentran todos los preceptos dictados con sujeción a ella, entre otros y sucesivamente, la ley en sus variadas categorías, los reglamentos, decretos e instrucciones y las resoluciones.

La doctrina nacional y extranjera es uniforme en atribuir a la ley determinadas características clásicas, de índole formal y sustantiva, la presencia copulativa y armónica de las cuales permite asignar a una disposición —o serie de ellas— la cualidad de ley en sentido propio y estricto.

Desde el *ángulo formal*, las características de la ley son de naturaleza orgánica y procesal. Orgánicamente, en primer lugar, ley es la norma jurídica positiva establecida por quien, según la Constitución, ejerce el Poder Legislativo en el Estado; y atendido el factor procedimental, en segundo lugar, ley es la norma formulada por el Órgano estatal competente cumpliendo los requisitos y trámites previstos por la Carta para su formación.

Por el contrario, el *rasgo sustantivo* incide en que la Constitución ha establecido para la ley una reserva de materias que sólo por ésta pueden ser reguladas, como asimismo, que para cumplir tal función el legislador debe satisfacer ciertas exigencias de contenido, o sea, que los preceptos por él elaborados sean generales, abstractos, permanentes, principales, innovadores, predeterminados y dirigidos al bien común de la sociedad estatal.

Necesario es detenerse, brevemente, en el significado de aquellas palabras recién mencionadas que sirven al esclarecimiento del tópico en análisis.

Así, predícase que la ley es *general* en lo concerniente al destinatario de ella, requisito que se salva cuando la norma se refiere a todas las personas o, por lo menos, a un sector completo de sujetos, siendo individual o especial la ley que se dicta para una persona singular o que se aplica nada más que a los sujetos particularizados por ella ¹.

¹ CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, "Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial", *I Anuario de Derecho Público 1975-1976* (Ediciones Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile, Ed. Universitaria, 1976), p. 17; GEORGES BURDEAU, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas* (Madrid, Editora Nacional, 1981) p. 739; LUIS SÁNCHEZ AGESTA, *Principios de Teoría Política* (Madrid, Editora Nacional, 1974) pp. 423-424; ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN, *I Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963) pp. 309-310.

En seguida, dicese que la ley es abstracta en atención a las conductas que regula, condición que ocurre si la norma supone una situación reproducible, o sea, la repetición en el futuro de un comportamiento tipo por todas las personas o, al menos, por un sector completo de ellas, resultando concreta o casuística la ley dictada en consideración a circunstancias únicas, previstas para una sola ocurrencia, sin posibilidad de que la situación sea renovada porque la norma es determinada, casuística y subjetiva en la conducta que ha reglado ².

Afirmase, en tercer lugar, que la ley es principal e innovadora desde el punto de vista de su naturaleza constitutiva del ordenamiento normativo, en la medida que el legislador, ateniéndose únicamente a la Constitución, inicia el desarrollo de sus principios y normas, añadiendo nuevos derechos y obligaciones al sistema jurídico, modificando las existentes o dejándolos sin efecto, siendo secundaria y reglamentaria la ley que adolece de los cánones referidos ³.

En fin, asevérase que la ley es predeterminada cuando rige antes de verificarse la hipótesis descrita objetivamente en el texto normativo, de manera que su imperatividad versa sobre sujetos y situaciones que, en el porvenir, pueden o no hallarse comprendidos en el precepto, siendo retroactiva la ley que extiende sus efectos en el tiempo a personas, conductas y hechos determinados porque el legislador ya conocía, con certeza, lo que había sucedido a su respecto en el pretérito ⁴.

Resumiendo, la doctrina define la ley genuina como una categoría de norma jurídica positiva subordinada a la Constitución, cuyos rasgos típicos yacen en haber sido dictada por el Órgano competente, ciñéndose al procedimiento que le ha sido fijado, en materias reservadas a ella que son de un dominio exclusivo y cumpliendo precisas exigencias de contenido.

II. LA LEY DURANTE LA CONSTITUCIÓN DE 1925

1. Norma de clausura

El artículo 44 de la Constitución mencionada contenía una enumeración de quince materias que sólo en virtud de la ley podían ser reguladas. Dicho catálogo incluía asuntos de importancia disímil, puesto que si bien el principio era la alta y vasta relevancia política, social o económica, por excepción aparecían otras circunstancias o de alcance particular, verbo y gracia, las previstas en los números 5º, segunda parte, y 6º de dicha disposición.

Interesante es observar, asimismo, que en el catálogo aludido el Constituyente consagró la reserva legal para las materias enunciadas en él, pero que lo hizo con el sentido de dominio legal mínimo y no máximo o taxativo. En efecto, la locución "Sólo en virtud de una ley se puede" empleada en el inciso que procedía a la enumeración significaba —y así fue siempre interpretada y aplicada— que el legislador era competente para regular no sólo esas materias sino que, además, todas las que la Constitución no había confiado expresamente a otra autoridad establecida por ella. Es decir, la Carta de 1925 carecía de una norma de clausura explícita, porque en su texto no limitaba el dominio legal de manera que el Órgano correspondiente podía legislar los asuntos compren-

² Id.

³ Id.

⁴ Id.

dados en el artículo 44 como los ausentes de él y no reservados al Presidente de la República o a cualquiera otra autoridad constitucional.

Con base en aquella premisa esencial, si el legislador se anticipaba a regular alguna de las materias aludidas, con ello cerraba o clausuraba la posibilidad de que se hiciera lo mismo a través de una norma distinta y subordinada a la ley, en especial la emanada de la potestad reglamentaria radicada en el Jefe del Estado. Al tenor del artículo 72 N° 2 de la antigua Carta, dicha potestad estaba contraída a dictar reglamentos, decretos e instrucciones para la ejecución de las leyes. Pero también ocurría la congelación del rango en el raro evento de que, a través de la misma potestad, se hubiera reglado una materia no reservada al legislador u otra autoridad distinta del Presidente de la República, pues la ley que se dictara dejaba sin efecto, por su mayor jerarquía, la reglamentación contraria que la había precedido.

Fluye de lo expuesto que el régimen constitucional implantado en 1925 tuvo, clara aunque implícitamente, en la ley su norma de clausura, facultando el ejercicio de la potestad reglamentaria para el solo efecto de ejecutar las leyes.

2. Soberanía del legislador

Los fundamentos de aquel régimen eran políticos más que jurídicos. En efecto, la ley era una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, mandaba, prohibía o permitía⁵ en las materias enumeradas en el artículo 44 de la Carta, o que ésta había reservado al legislador en sus demás preceptos o, en fin, que el legislador estimaba necesario o conveniente regular cuando no existía una prohibición contraria en el Texto Fundamental, clausurando así el rango e impidiendo que, en lo sucesivo, fuera normado sin sujeción a los preceptos legales dictados. De manera que la ley era expresión de la soberanía, limitada sólo por la Constitución en el triple ámbito señalado, porque en función de la importancia política que el legislador asignaba a una medida, decidía o no regularla mediante una ley y, en el evento afirmativo, hacerlo con carácter formal y material o sólo de la primera especie.

La soberanía del legislador representante de la Nación podía, de acuerdo a la Constitución de 1925, expresar la voluntad general con cualidad *intital e incondicionada*. En tal carácter, esa voluntad era dueña de atribuir valor de ley tanto a los preceptos que reunían las características de una ley genuina como a las que satisfacían las condiciones formales pero no las sustantivas. Menester resultaba, en consecuencia, distinguir entre las normas que merecían la denominación de leyes propiamente tales, verdaderas o en sentido estricto, por una parte, y las normas a las que por consideración orgánica y procesal se les confería impropia e inexactamente el nombre de leyes, porque versaban sobre destinatarios particularizados, situaciones específicas, casos concretos, asuntos circunstanciales ya ocurridos o pormenores reglamentarios.

En la *competencia genérica* —y no de atribución específica— que el Constituyente otorgó al legislador se hallaba una de las causas de la metamorfosis de la ley como mandato uniforme en otra ley concebida en cuanto estatuto diferenciado o prescripción de alcance singular. Esta mutación de la legalidad marcó el ocaso de la tarea codificadora y de cuerpos jurídicos de aplicación uniforme a toda la población para, en su lugar, realzar los regímenes jurídicos

⁵ Código Civil, artículo 1º.

especiales, relativos a actividades, áreas, instituciones o sectores determinados, o bien, una legislación diferenciada en función de casos e individuos ⁶.

Consecuencias del proceso descrito fueron, entre muchas, la coexistencia de leyes en sentido estricto y leyes con la mera forma de tales porque, en realidad, regulaban detalles, otorgaban privilegios o imponían discriminaciones arbitrarias con perjuicio para destinatarios específicos. Con el ánimo de sustanciar esta afirmación basta recordar que, 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 general ⁷.

III. SENTIDO Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 60 DE LA CONSTITUCIÓN

3. *Enumeración taxativa*

El artículo 60 de la Constitución de 1980 prescribe que "Sólo son materias de ley" las que consigna en sus veinte números, siendo importante advertir que dicho artículo *está vigente*, debiendo entenderse que, durante el denominado "período de transición", incumbe al Presidente de la República y a la Junta de Gobierno el ejercicio del Poder Legislativo de acuerdo con la ley complementaria respectiva ⁸.

Para esclarecer el sentido y alcance del artículo 60 citado, conviene indagar en su *historia fidedigna*.

El primero de los documentos oficiales que arroja luz sobre el tópico que nos preocupa es el *Memorándum* aprobado el 26 de noviembre de 1973 por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución ⁹. En dicho Memorándum léese 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" ¹⁰.

⁶ BERNARDINO BRAVO LIRA: "Metamorfosis de la legalidad. Forma y destino de un ideal dieciochesco", *Revista de Derecho Público* Nos. 31-32 (1982), pp. 83-88.

⁷ BRAVO, nota 6, pp. 89-90; HUGO TAGLE MARTÍNEZ, "Origen y generalidad de la ley chilena bajo el imperio de la Constitución de 1925" en *Derecho y Justicia - Terceras Jornadas Chilenas de Derecho Natural* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1977), pp. 387-388; JORGE TAPIA VALDÉS, *La Técnica Legislativa* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1960), p. 48.

⁸ Constitución de 1980, disposición transitoria vigésima primera letra b, en relación con las disposiciones transitorias decimocuarta, inciso primero, decimoquinta, decimooctava, letra B y decimonovena, esta última complementada por la ley N° 17.983, publicada en el Diario Oficial el 28 de marzo de 1981.

⁹ Reproducido en *Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución* (Santiago, Imp. GendarChile, 1977), sesión 18, pp. 19 a 33, y sesión 407, pp. 3337-3338, fuentes a las cuales se remiten las citas pertinentes.

¹⁰ Id., p. 27. Énfasis agregado.

En las *Actas Oficiales* correspondientes hallamos elementos de juicio adicionales y que corroboran el espíritu del texto antes transcrito:

El señor BERTELSEN señala que "habría que referirse a la potestad reglamentaria, donde debe figurar una *innovación tan importante como lo es el cambio en la distribución de las materias propias de ley y de reglamento*. Añade que en la chilena, como en la mayor parte de las constituciones, se ha seguido el sistema del llamado "dominio mínimo legal", conforme al cual se enumera una serie de materias que necesariamente deben ser reguladas por ley. Dice que en el resto de las materias es posible tanto la intervención del legislador como de la potestad reglamentaria, campo concurrente donde prevalece, por cierto, la disposición de mayor jerarquía, que es la ley. Estima que con ello el campo de actividad del Poder Legislativo llega hasta donde lo desean los legisladores ya que se puede producir una verdadera "elefantiasis" legislativa cuando por vía legislativa se regule todo, sistema que a su juicio debe cambiar —como sucedió en Francia— y establecerse que el dominio legislativo es máximo y no mínimo, debiendo ser objeto de ley sólo aquellas materias que figuren en una lista taxativa o cerrada.

Dice que el resto caería dentro del campo de la potestad reglamentaria, la cual sale fortalecida al limitarse la actividad legislativa *únicamente a las materias que, por su importancia para el país y por su carácter general, deban resolverse con acuerdo del Congreso*.

"(...)

—Se aprueba" ¹¹.

En los mismos anales pero de la sesión en que la Comisión de Estudio debatió el tópico preciso de las materias que deben ser objeto de ley, encontramos las intervenciones siguientes:

"El señor BERTELSEN hace presente que en la distribución de competencia entre el Legislativo y el Reglamento se efectuaría una de las innovaciones de mayor importancia jurídica y política de la nueva Constitución. Agrega que hasta ahora en Chile el reparto se ha efectuado estableciendo constitucionalmente lo que se ha denominado "un dominio mínimo legal", materia ésta preceptuada por el artículo 44 de la Constitución de 1925, que no es taxativo. Añade que en el resto de las materias pueden intervenir el Gobierno, mediante la vía reglamentaria, o el Parlamento, con la consecuencia —por la aplicación del principio clásico de jerarquía jurídica de que si hay ley el reglamento debe subordinarse a la misma— de que un Legislativo "invasor" no tendría límite en su actividad, al ir ocupando una serie de campos que serían más propios de regulación por la vía administrativa. Añota que *ahora se pretende dar una distribución completamente distinta en lo concerniente al campo de la ley y de la potestad reglamentaria, determinándose con carácter taxativo cuáles son las materias que necesariamente deben ser reguladas por ley, pero en las cuales no puede intervenir el reglamento*. Advierte que no entra al análisis de aquellas materias que ya han sido reguladas por ley y que en lo futuro sean propias de la potestad reglamentaria, porque estima que seguramente tal problema se obviará en las disposiciones transitorias y que, en caso de conflictos, debería intervenir la Contraloría o el Tribunal Constitucional.

Considera que con la nueva distribución se asegura al Gobierno su *misión propia, permitiéndole resolver con amplitud de atribuciones los asuntos de interés general, siempre que no sean de aquellos que por su importancia política deben ser resueltos de consuno entre el Presidente de la República y el Congreso, mediante la dictación de las leyes correspondientes*. Al respecto, señala que *lo importante es delimitar el*

¹¹ Id., sesión 355, p. 2278. Enfasis agregado.

campo del dominio legal, punto en el cual declara que no puede presentar una propuesta acabada, pero que, en todo caso, sugiere las siguientes entre las materias que necesariamente deben ser reguladas por ley: en primer lugar, aquellas que la misma Constitución exige que deben ser reguladas mediante una ley, sea orgánica u ordinaria, cambiando el actual artículo 44 en el sentido que ahora contemple el dominio máximo legal; en segundo lugar, también tendrían que ser materia de ley aquellas que han sido objeto de codificación, tales como lo civil, lo comercial, lo penal, lo procesal y lo relativo a la organización de los tribunales. Manifiesta sus dudas respecto de si ciertos Códigos deben ser aprobados por ley o por simples decretos, y cree que cierto tipo de legislación debe ser autorizada en sus bases por ley como la laboral, la previsional o la minera, como lo hace la Constitución francesa al señalar que "La Ley debe establecer las bases fundamentales...", etc. Agrega que hay otras materias cuya inclusión en el dominio legal es indiscutible, como es el caso de lo relativo a la imposición de tributos, la contratación de empréstitos, el establecimiento de la división política o administrativa del país, la concesión de indultos generales y amnistías, la delegación de facultades legislativas, la determinación de remuneraciones y beneficios económicos para los sectores público y privado, la Ley de Presupuestos, la creación y organización de servicios públicos y empresas del Estado, y otras. Añade que hay algunas muy conflictivas y dudosas que dicen relación a otros aspectos de la Constitución que aún no están resueltos, como los de orden económico, lo relativo al régimen monetario, y lo concerniente a las fuerzas militares, en las que, de alguna manera, tendrá intervención el Poder Legislativo, por lo menos, en la aprobación de las leyes orgánicas respectivas.

(...)

El señor ORTUZAR (Presidente) expresa que de las opiniones vertidas en la Comisión se puede concluir que (...) la enumeración, que constituiría el dominio máximo legal, tendrá el carácter de taxativa..."¹².

Por último y pese a la intención transparente con que la Comisión de Estudio había concebido el que hoy es el artículo 60 de la Constitución, encontramos en el acta oficial de una sesión ulterior el siguiente pasaje que disipa cualquier duda sobre el punto:

"La señora BULNES estima que no está expresado con claridad en el Informe lo que sólo en virtud de una ley se puede hacer y lo que es materia de ley.

— A sugerencia del señor BERTELSEN, se aprueba la expresión "Sólo son materias de ley...", haciéndose luego la enumeración pertinente"¹³.

Con base en las deliberaciones y acuerdos expuestos, la Comisión de Estudio informó al Presidente de la República que el Anteproyecto de nueva Constitución contemplaba las ideas precisas siguientes:

1^a "Que la ley sea una norma de carácter general, dirigida al bien común, que se limite a contener sólo las bases esenciales del ordenamiento jurídico sobre el cual estatuye, sin penetrar en el campo de la potestad reglamentaria que es propio del Poder Ejecutivo";

2^a La introducción de "una modificación sustancial en lo que dice relación con el ámbito legislativo, esto es, con las materias que deben ser necesariamente objeto de ley, sustituyendo el sistema de dominio legal mínimo que establecía la Carta de 1925, por el del dominio legal máximo, cambio al cual atribuimos una trascendental importancia jurídica y práctica.

¹² Id., sesión 358, pp. 2331-2332. Énfasis agregado.

¹³ Id., sesión 417, p. 3646.

Expresado en otros términos, la Constitución anterior se limitaba a señalar las materias que necesariamente debían ser objeto de ley, pero *no impedía que el legislador pudiera extender la acción legislativa a otras*, aun cuando, muchas veces, por su naturaleza debieran ser objeto de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

El concepto de una administración moderna, ágil y expedita exige hoy día contemplar el *criterio diametralmente opuesto, esto es, precisar taxativamente las materias que sólo pueden ser objeto de ley y dejar entregadas las demás exclusivamente a la potestad reglamentaria y ello sin perjuicio de mantener la delegación de facultades sobre determinadas materias...*, y

3ª "Una disposición transitoria regulará la forma de modificar las leyes que se hubieren dictado con anterioridad, referentes a materias que en adelante pasan a ser propias de la potestad reglamentaria" ¹⁴.

Consecuentemente, la Comisión de Estudio elevó al Jefe del Estado el *Anteproyecto* con los artículos que a continuación transcribo:

"Art. 37 (hoy 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 e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes";

"Art. 66 (hoy 60). Sólo son materias de ley:" las indicadas desde la letra a) hasta la ñ) del catálogo que aparecía en seguida; y

"Art. II transitorio. El Presidente de la República podrá ejercer la potestad reglamentaria, de acuerdo a las atribuciones que le confiere esta Constitución, respecto de las materias comprendidas en ella, *aun cuando hayan sido objeto de leyes que se encuentren actualmente en vigor*" ¹⁵.

El Consejo de Estado discrepó, empero, del criterio de la Comisión de Estudio y, por las razones que copio a continuación, mantuvo en su *Proyecto* el régimen de dominio legal mínimo consagrado en la Carta de 1925:

"El Consejo, *por unanimidad*, 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 materias de ley", *era inconveniente y peligroso*. Inconveniente, porque no se divisa motivo para modificar fórmulas que jamás ocasionaron problemas ni se prestaron para equívocos; 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.

Finalmente cabe señalar que el criterio de la *Junta de Gobierno* fue coincidente, en general, con el sustentado por la Comisión de Estudio, sin que puedan entregarse, no obstante, las razones correspondientes porque no han

¹⁴ Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República: *Informe con Proposiciones e Ideas Precisas* (16 de agosto de 1978), reproducido en VIII *Revista Chilena de Derecho* Nos. 1-6 (1981) pp. 263-264 y 273. Enfatizado agregado.

¹⁵ Id., pp. 337, 352-353 y 374. Enfatizado agregado.

¹⁶ *Informe del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de nueva Constitución*, reproducido en *Revista Chilena de Derecho* citada en nota 14, p. 412. Enfatizado agregado.

sido oficialmente difundidas. Pero enfatizo que tal coincidencia fue sólo general ya que la Junta, al aprobar en el ejercicio de la potestad constituyente el Texto Fundamental, sometido después a plebiscito, introdujo las siguientes enmiendas al Anteproyecto de la Comisión:

1ª En el artículo 32 N° 8 sustituyó las palabras “estén taxativamente enumeradas como” por la palabra “sean”, quedando dicho precepto redactado en los términos del texto hoy vigente de la Constitución;

2ª En el artículo 60 mantuvo la locución “Sólo son materias de ley:”, pero agregó nuevas competencias de atribución, entre las cuales merece especial mención el número 20, por virtud del cual queda en la reserva material del legislador dictar “Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”; y

3ª Reemplazó el artículo 11 transitorio del Anteproyecto por la sexta disposición transitoria actualmente en vigor, cuyo texto declara que “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”.

En síntesis, el examen de la historia fidedigna permite aseverar que el Poder Constituyente de 1980:

—Dio al artículo 60 de la Carta el carácter de *dominio legal máximo*, reservando al legislador sólo las materias enunciadas en sus veinte números y situando en la potestad reglamentaria del Presidente de la República la norma de clausura del ordenamiento positivo;

—Otorgó *calidad taxativa* al catálogo del artículo 60 citado, es decir, tratase de una enumeración limitada, circunscrita y reducida a las materias determinadas en sus veinte números¹⁷, de manera que el legislador no puede agregarle otras porque su competencia es de atribución y no genérica. Esta deducción conserva todo su valor a pesar que la Junta de Gobierno sustituyó la referencia explícita que, al rasgo taxativo, aparecía en el precepto correspondiente del Anteproyecto. El autor funda tal interpretación tanto en que dicha referencia era redundante en un contexto por sí diáfano, cuanto en atención a que la Junta de Gobierno amplió la potestad legislativa —sin convertirla en genérica o ilimitada— al introducir el numeral 20 del artículo mencionado;

—Ordenó *explícitamente* que el legislador, al cumplir el mandato del artículo 60, dicte normas *generales y básicas o principales*¹⁸; (vº 2º)

—Quiso, implícita, pero inequívocamente, que el legislador formule *normas abstractas y predeterminadas*, pues la ley general y básica se contrapone, por igual, la homónima concreta o prevista para una sola ocurrencia y a la que posee efecto retroactivo. Se comprueba esta deducción considerando que, cuando por

¹⁷ El *Diccionario de la Lengua Española* (Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 1970) p. 1247 señala que el adjetivo “taxativo, va” tiene como acepción única la de índole forense, esto es, “que limita, circunscribe y reduce un caso a determinadas circunstancias”. Idéntico es el sentido asignado a dicho adjetivo por JOAQUÍN ESCRICHE en su *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (Madrid, s/e., 1872) p. 1489, si bien agrega como ejemplo, precisamente, el de una disposición taxativa.

¹⁸ Constitución de 1980, artículo 60 N°s. 4, 5, 9, 10, 13, 16, 18, 19 y, especialmente, 20.

excepción el Constituyente reservó a la ley una materia casuística o de circunstancia, lo declaro así expresamente¹⁹; y

— En fin, exigió que la ley sea *innovadora* en razón que ella es la norma idónea para sentar, por vez primera, las bases esenciales de nuevos ordenamientos jurídicos, prescribiendo, en la disposición transitoria sexta, que siguen vigentes los preceptos legales reguladores de materias no comprendidas en el artículo 60, mientras no sean expresamente derogados por ley.

4. *Precisión del mandato y capacidad normativa variable*

Habiendo demostrado que el artículo 60 de la Constitución contiene una enumeración taxativa, procede puntualizar que dicho rasgo no empece a que las materias en él comprendidas hayan sido descritas o enunciadas con dispar exactitud.

En efecto, si se atiende a la *precisión del mandato* conferido por el Constituyente al legislador, surge la siguiente clasificación de las materias de ley²⁰:

1 Primero mandatos que tienen sustancia preceptiva bastante precisa, porque son específicos o ratifican asuntos que nuestros ordenamientos fundamentales han situado siempre en la órbita del legislador, cual ocurre con las materias previstas en los números 5 a 13, 15 a 17 y 19 del artículo 60; segundo, mandatos cuya sustancia preceptiva consta en términos generales pero de comprensión precisa, verbo y gracia, las materias contempladas en los números 1, 2 y 14 del mismo artículo; y tercero, mandatos cuya sustancia preceptiva ha sido configurada en términos que, por su amplitud, pueden crear problemas interpretativos y de competencia, con grave repercusión política, cuando se trate de resolver si la ley ha violado la norma de clausura al invadir el campo de la potestad reglamentaria, siendo menester anotar en esta categoría las materias señaladas en los números 3, 4, 18 y 20 de dicho artículo.

Fluye de la clasificación expuesta que, sin perder su carácter de catálogo taxativo, 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. Dicha capacidad es considerable tratándose del principio común consagrado en el último número del catálogo en examen, más todavía si tal principio es armonizado con la congelación del rango impuesta a la potestad reglamentaria por la disposición transitoria sexta de la Ley Fundamental. Pero, aclarado lo anterior, cabe insistir en que no es dado al legislador, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, atribuirse autoridad o derecho para añadir al artículo 60 materias omitidas de él, porque la Constitución las ha confiado a la potestad reglamentaria del Jefe del Estado o de otra institución autónoma²¹.

Incumbe al Tribunal Constitucional conocer y resolver, sin ulterior recurso, el quebrantamiento en que pudiere incurrir el legislador respecto tanto de la

¹⁹ Id., Nos. 7, 8, 15 y 17.

²⁰ ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN, "La Jerarquía normativa en la Constitución Política de 1980", VI *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (1982), pp. 115-116.

²¹ Constitución de 1980, artículos 6º y 7º y 60 en relación con los artículos 32 Nº 8, 79, inciso 1º y 96, inciso final, entre otros.

taxatividad del artículo 60 como de la capacidad normativa disímil que le confiere en sus diversos números ²².

IV. CARACTERÍSTICAS Y DEFINICIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

Concepto genérico porque son diversas las autoridades investidas por la Constitución con la facultad de ejercerla en sus ámbitos propios ²³, la potestad reglamentaria es, en sentido clásico y estricto, la atribución especial del Presidente de la República para dictar, unilateralmente, normas jurídicas generales o especiales destinadas al gobierno y administración del Estado o a la ejecución de las leyes. Dicha potestad se materializa en decisiones escritas y de obligado acatamiento que, si son generales y permanentes, se denominan reglamentos, reservándose el nombre de decretos supremos a las normas que carecen de tales características y siendo instrucciones las dirigidas exclusivamente a las autoridades para explicar u orientar a los órganos subordinados, en relación con el cumplimiento de preceptos jurídicos superiores o el desempeño de cualquiera tarea pública ²⁴.

Siempre sometida en todo a la Constitución, la potestad reglamentaria es, además, sublegal porque, respetando la jerarquía normativa, las reglas que dicta su titular están inmediatamente sujetas a las leyes. Trátase, por ende, de determinaciones complementarias de los preceptos legales, secundarias e inferiores, con posibilidades limitadas y tasadas. En el sentido estricto con que fue definida, en suma, la potestad reglamentaria no se produce más que en los ámbitos que la ley le entrega, no puede intentar dejar sin efecto las disposiciones legales o contradecirlas y le es prohibido, en fin, suplir a la ley allí donde ésta es necesaria para producir un determinado efecto o regular un cierto contenido ²⁵. Y todo lo expuesto posee un fuerte presupuesto lógico, porque la potestad reglamentaria no es expresión de la voluntad general sino que instrumento servicial de la misma, yaciendo esa voluntad en el legislador en cuanto representante de la comunidad ²⁶.

La regla es que la potestad en comentario sea discrecional, vale decir, que el Jefe del Estado la ejerce libremente cuando, en su concepto, sea conveniente o necesario para la triple finalidad que le hemos asignado. Excepcionalmente, empero, el ordenamiento jurídico puede exigir o hacer inevitable el desempeño de esa potestad, verbo y gracia, tratándose de leyes básicas o de preceptos legales cuya aplicación requiere un desarrollo minucioso, técnico o circunstancial.

Digamos, finalmente, que la potestad reglamentaria tiene, entre otros límites sustanciales, el respecto a los principios generales del Derecho, la interdicción de la arbitrariedad, la irretroactividad absoluta y la inderogabilidad de los reglamentos por decretos singulares, de manera que éstos no pueden ex-

²² Id., artículo 82 N° 2 y 12.

²³ Consultar las referencias hechas en la nota 21.

²⁴ MANUEL DANIEL ARGANDOÑA, "Reflexiones sobre la potestad reglamentaria y su control jurídico en el Anteproyecto de Constitución Política del Estado", *Décimas Jornadas Chilenas de Derecho Público* (Valparaíso, Edeval, 1980), p. 195.

²⁵ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *I Curso de Derecho Administrativo* (Madrid, Ed. Civitas, 3ª edición, 1982), p. 162.

²⁶ Id., p. 161.

ceptuar la aplicación de aquellos para casos concretos, a menos que, obviamente, el mismo reglamento autorice la dispensa²⁷.

V. LA POTESTAD REGLAMENTARIA DURANTE LA CONSTITUCIÓN DE 1925

“Al Presidente de la República —declaraba el artículo 71 de la Constitución mencionada— está confiada la administración y gobierno del Estado; y su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad exterior de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes”. Por su parte, el artículo 72 N° 2 de esa Carta contemplaba entre las atribuciones especiales del Presidente de la República la de dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que creyera convenientes para la ejecución de las leyes. Por último y según ya lo hemos visto, el artículo 44 de aquella Constitución estatúa que sólo en virtud de una ley era posible normar las materias incluidas en el catálogo abierto o no taxativo con que consagraba el dominio legal mínimo e, implícitamente, en la ley, la norma de clausura del sistema jurídico.

Fluye de lo expuesto que la Constitución de 1925 siguió el criterio clásico en lo relativo a la potestad reglamentaria. En la práctica, tal criterio se tradujo en cierta desnaturalización de la ley y en conflictos con el Jefe del Estado que ejercía la potestad reglamentaria, a veces excediendo su atribución circunscrita a la ejecución de preceptos legales. La época a que nos referimos se caracterizó, en síntesis, por la dictación de “leyes medidas” que administraban y, con menos intensidad, por el ejercicio de la potestad reglamentaria en el rango de una administración que legislaba²⁸.

VI. SENTIDO Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 32 N° 8 DE LA CONSTITUCIÓN

5. Potestad autónoma y de ejecución

El precepto aludido expresa a la letra que “son atribuciones especiales del Presidente de la República:

(...).

8° 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;”

Para esclarecer el sentido y alcance de la disposición transcrita es útil indagar en su *historia fidedigna*, entendiendo reproducidos aquí los antecedentes ya proporcionados con respecto a su contraparte, esto es, el dominio y reserva legal²⁹:

²⁷ Id., pp. 183-185, GUILLERMO SCHIESSLER QUEZADA, “Algunas cuestiones técnico-jurídicas relativas a la potestad reglamentaria presidencial en el marco de una nueva institucionalidad”, *Décimas Jornadas Chilenas de Derecho Público* (Valparaíso, Edeval, 1980) pp. 177-178 y 182.

²⁸ JORGE PRECHT PIZARRO, “Potestad reglamentaria y equilibrio constitucional en la Constitución chilena de 1980”, *Boletín de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile* Nos. 48-49 (1981) pp. 15-16.

²⁹ Ver supra III, 3.

"El señor ORTUZAR (Presidente) sugiere encomendar el estudio pertinente a los señores Bertelsen y Lorca, y recuerda que fue el primero de ellos quien planteó en la Comisión la necesidad de señalar taxativamente las materias que pueden ser objeto de ley, *la posibilidad de ampliar la potestad reglamentaria* y permitir que el Presidente de la República pueda dictar normas con fuerza de ley"³⁰.

"El señor BERTELSEN indica que sería preciso *resaltar la potestad reglamentaria amplia* que tendrá el Presidente de la República y precisar el deslinde entre el campo propiamente legislativo y el reglamentario; ver que la norma pertinente a las materias propias de la Ley esté señalada en el capítulo de la formación de las leyes, e *indicar, por exclusión*, que el resto cae en el ámbito de la potestad reglamentaria"³¹.

(...).

"El señor BERTELSEN manifiesta que un régimen presidencial, como el que se quiere establecer, exige radicar en el Presidente de la República la *conducción política* del país... Agrega que esto es así porque el Jefe del Estado *no tiene únicamente a su cargo la llamada función ejecutiva*, o sea, el desarrollo de las disposiciones legales mediante normas reglamentarias, decretos e instrucciones sino que también le compete lo que la doctrina constitucional denomina *gobierno*...³².

(...).

"El señor BERTELSEN afirma que habrá *dos tipos de reglamentos* que conceptualmente pueden distinguirse, aún cuando no sea necesario hablar de ello en la Carta Fundamental, como son los *reglamentos autónomos*, que regulan materias que no son de ley, y los *reglamentos de ejecución*, que desarrollan, detallan y llevan adelante las disposiciones legislativas, tarea esta última del Poder Ejecutivo, de donde emana su denominación. Agrega que compete también al Primer Mandatario la dictación de decretos supremos de carácter individual y de instrucción, que está consagrado en la Constitución y donde no se proponen modificaciones...

El señor GUZMAN estima de gran trascendencia la materia, y considera interesante hacer una detallada fundamentación de ella en el memorandum recalcando la congruencia que existe entre ese criterio y la concepción del gobierno moderno en cuanto a ser el conductor de la vida nacional, especialmente en los planos económico, administrativo, internacional y social. Piensa que ésa es *una de las innovaciones más trascendentes* que se introducen en la nueva Carta.

El señor ORTUZAR (Presidente) recuerda que durante muchos años *el legislador penetró abusivamente en el campo de la potestad reglamentaria*, lo que viene a reforzar el planteamiento.

— *Se aprueba*³³.

(...).

"El señor ORTUZAR (Presidente) expresa que de las opiniones vertidas en la Comisión se puede concluir que el memorandum se limitaría a destacar la importancia de esta modificación constitucional, cómo *ella fortalece el sistema presidencial*, cómo evita los abusos en que se incurrió en el pasado por parte del Poder Legislativo...

El señor GUZMAN agrega que, por considerarlo relacionado con el tema y por ser una interrogante que la opinión pública planteará de inmediato, consulta *qué ocurrirá con los aspectos que quedan fuera del campo legal en la nueva Carta, pero que con anterioridad estaban incluidos en él*. Sugiere estudiar el problema en esta ocasión, previo acopio de antecedentes, por cuanto ignora cómo se ha resuelto en otros países.

El señor BERTELSEN señala que la disposición constitucional regiría de inmediato y que lo demás *continuaría vigente mientras no fuera modificado por el Presidente*

³⁰ Actas, nota 9, sesión 344 p. 2077. Énfasis agregado.

³¹ Id., sesión 345 p. 2094. Énfasis agregado.

³² Id., sesión 355 p. 2266. Énfasis agregado.

³³ Id., p. 2279.

de la República y si la Contraloría objeta por inconstitucional un reglamento dictado por éste, existiría la posibilidad de recurrir al Tribunal Constitucional.

El señor ORTUZAR (Presidente) hace notar la inconveniencia de abordar este tema en el memorandum, pues *se criticará que la mayoría de la legislación quedará entregada a la potestad reglamentaria* del Primer Mandatario, por lo que sugiere estudiarlo después.

“El señor GUZMAN retira su proposición”³⁴.

(...).

“El señor GUZMAN pregunta si se consagrará una norma transitoria que permita al Presidente de la República, a partir de la aprobación de la Carta Fundamental, *derogar por simple decreto las disposiciones legales que se hayan dictado con anterioridad y que no queden dentro del ámbito legislativo.*”

El señor CARMONA dice que un texto semejante crearía una *inseguridad enorme* en múltiples materias.

El señor ORTUZAR destaca que el sistema que regirá de ahora en adelante es que *sólo una ley podrá modificar a otra ley*³⁵.

(...).

“La señora BULNES juzga conveniente hacer una *distinción* como la que establece la Constitución francesa al indicar cuáles *garantías o derechos constitucionales* deben ser regulados por ley y *cuáles son regulados por la potestad reglamentaria.*”

El señor ORTUZAR (Presidente) puntualiza que, no habiendo sido analizada esta materia por la Comisión, la idea de la Mesa, al hacer referencia a *las bases esenciales del ordenamiento jurídico*, fue que las materias laborales, sindicales, previsionales y de seguridad social que estuvieren regladas en leyes de importancia, codificadas o no codificadas, *no pudieren ser modificadas por un simple decreto*³⁶.

Fundamentándose en las deliberaciones y acuerdos transcritos, la Comisión de Estudio informó al Presidente de la República que el Anteproyecto de nueva Constitución contemplaba las *ideas precisas* siguientes:

(1^a) “Ampliar de modo importante la potestad reglamentaria del Presidente de la República, *excluyendo* de la intervención del legislador las materias que deben ser propias de aquella potestad”³⁷; y

2^a “Contemplar *dos clases de reglamentos: los autónomos*, que regularán todas aquellas materias que no sean necesariamente objeto de la 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”³⁸.

Consecuentemente, la Comisión de Estudio elevó al Jefe del Estado el *Anteproyecto* con los artículos que a continuación transcribo:

“Art. 37 (hoy 32). Son atribuciones especiales del Presidente de la República:

8^o 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 e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”; y

³⁴ Id., sesión 358, pp. 2332-2333. Enfasis agregado.

³⁵ Id., sesión 409, pp. 3388-3389. Enfasis agregado.

³⁶ Id., pp. 3392-3393. Enfasis agregado.

³⁷ Informe, nota 14, p. 241. Enfasis agregado.

³⁸ Id., p. 250. Enfasis agregado.

"Art. 11 transitorio. El Presidente de la República podrá ejercer la potestad reglamentaria, de acuerdo a las atribuciones que le confiere esta Constitución, respecto de las materias comprendidas en ella, aún cuando hayan sido objeto de leyes que se encuentren actualmente en vigor"³⁹.

Expuse ya, sin embargo, las razones por las cuales el *Consejo de Estado* discrepó del criterio de la Comisión en este punto⁴⁰, como igualmente, los cambios que la *Junta de Gobierno* introdujo a los dos preceptos del Anteproyecto recién reproducidos, sin alterar el sentido esencial del primero e imprimiéndole un alcance por entero distinto al segundo⁴¹, quedando así con la redacción que aparece en el artículo 32 N° 8 y disposición transitoria sexta, respectivamente, de la Constitución.

En síntesis, el examen de la historia fidedigna permite aseverar que el Poder Constituyente de 1980:

— Amplió la potestad reglamentaria del Presidente de la República mediante la incorporación a nuestro ordenamiento fundamental de la denominada potestad reglamentaria autónoma, independiente o extendida, esto es, que no completa, desarrolla o ejecuta ninguna ley previa, sino que surge al margen de toda ley de habilitación y que se sostiene en sí misma⁴², porque se ejerce en cualquier materia que no sea propia del dominio legal;

— Otorgó, por ende, a la potestad reglamentaria el carácter de norma de clausura del ordenamiento positivo; y

— Congeló el rango legal vigente a la fecha de promulgación de la nueva Constitución, de manera que no es la potestad reglamentaria presidencial sino la ley mediante derogación expresa quien puede descongelarlo.

6. Mera apariencia de innovación

Empero, si aisladamente examinado, el sentido y alcance del artículo 32 N° 8 de la Constitución es claro, difícil resulta sostener idéntico predicamento cuando se lo interpreta, como corresponde, en relación con el artículo 60 y la disposición transitoria sexta de la misma Carta.

En efecto, el catálogo taxativo del artículo 60 contiene mandatos cuya sustancia preceptiva o capacidad normativa es disímil, llegándose a la cima con el principio común consagrado en su último número. Pero, además, en dicho artículo hallamos remisiones a los códigos y también a las leyes que deben ser dictadas donde la Constitución exige que ellas regulen asuntos determinados. Una cuantificación somera de esta última especie de reserva nos indica que son 150, aproximadamente, las materias que la Constitución confía sólo al legislador y sustrae, consiguientemente, de la potestad reglamentaria en sus dos especies⁴³.

³⁹ Id., pp. 337 y 374. Énfasis agregado.

⁴⁰ Ver supra III; 3.

⁴¹ Id., pp. 22-23.

⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA *et al.*, nota 27, p. 191.

⁴³ LUZ BULNES ALDONATE, "Leyes de Base y potestad reglamentaria en la Constitución de 1980", VI *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (1982) pp. 136 y 146-153; HUGO CALDERA DELGADO, "La norma de clausura y la potestad reglamentaria en el Anteproyecto de nueva Constitución", *Revista de Derecho Público* 27 (1980) pp. 267 y 274.

UR

Desvirtuado así para el futuro el poder normativo residual del Presidente de la República, más drástica todavía es la supresión que a dicho poder le ha impuesto la disposición transitoria sexta de la Constitución. Pues ya hemos dicho que esa disposición mantiene vigentes los preceptos legales que, a la fecha de promulgación de la Carta, hubieren reglado materias no comprendidas en el artículo 60, mientras ellos no sean expresamente derogados por ley. Es decir, los preceptos legales en vigor al 21 de octubre de 1980 se conservan como tales y queda prohibido dejarlos sin efecto a través de la potestad reglamentaria, incluso la autónoma o extendida.

Concluyendo, el régimen constitucional hoy aplicable a la potestad reglamentaria como norma de clausura y al dominio máximo legal no difiere, esencialmente, del estatuido en la Constitución de 1925, porque el cambio de redacción y las proclamaciones son insuficientes para convertir las apariencias en una innovación fundamental y práctica ⁴⁴.

⁴⁴ BULNES, nota 45, pp. 136-146; DANIEL, nota 26, p. 216; EDUARDO SOTO KLOSS, "Algunas consideraciones sobre la potestad normativa presidencial en el Anteproyecto de nueva Constitución", *Décimas Jornadas Chilenas de Derecho Público* (Valparaíso, Edeval, 1980), pp. 229-230. (a - 11 201 12 0 1981)