

LA RELACIÓN ENTRE LEY Y REGLAMENTO EN EL DERECHO CHILENO

¿Un Gobierno de actuación jurídica o de políticas públicas?

Rolando Pantoja Bauzá¹

“El artículo 1° de la Carta Fundamental constituye uno de los preceptos más fundamentales en que se basa la institucionalidad, ya que por su profundo y rico contenido doctrinario refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional” (Tribunal Constitucional, fallo Rol N° 53, de 1988).

RESUMEN: *El autor desarrolla un análisis crítico de la relación entre la ley y el reglamento en la Administración del Estado chileno -luego de realizar una completa revisión de tal evolución en la historia de Occidente-, la que, a su vez, se proyecta en forma gravitante hacia los roles y funciones que desempeñan y ejercen en la institucionalidad constitucional el Legislador y el Gobernante Administrador.*

DESCRIPTORES: *Acto administrativo - Administración del Estado - Constitución Política de la República - Estado Constitucional - Estado*

¹ ROLANDO PANTOJA BAUZÁ. Profesor Titular de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Pío Nono N 1, Providencia, Santiago de Chile, rpantoja@derecho.uchile.cl. Presidente del Instituto Chileno de Derecho Administrativo.

de Policía - Ley (relación con el reglamento) - Potestad reglamentaria - Reglamento (relación con la ley) - Separación de poderes

SUMARIO DE CONTENIDOS: 1. De la sumisión a la libertad, de la plenitudo potestas a la separación de poderes. 2. Del Estado de policía al Estado constitucional, del *ius politiae* al *ius publicum*. 3. De la estructura estatal a la actuación del Estado: la ley como acto legislativo y el decreto como acto administrativo. 4. Chile y la herencia occidental. 5. La potestad reglamentaria en la Constitución 1980-2005. 6. La reserva de ley, sus niveles y exigencias, y el ejercicio de la potestad reglamentaria. 7. Análisis crítico de la relación entre la ley y el reglamento: entre la actuación *sublegem*, *intra jus* o por políticas públicas en la Administración del Estado chileno.

ABSTRACT: After offering an historical overview of the relationship between laws and regulations in western societies, the author conducts a critical analysis of this links as it applies to administration of the Chilean State. The study concludes that the relationship significantly impacts how the legislative and executive bodies carry out their roles, within a constitutional framework.

KEY WORDS: Administrative act - Administration of the State - Constitutional State - Political Constitution - Law (relationship with regulations) - Police State - Regulations (relation with Law) - Separation of Powers

SUMMARY OF CONTENTS: 1. From submission to freedom: From the plenitudo potestas to the separation of powers. 2. From the Police State to the Constitutional State. From the *ius politiae* to the *ius publicum*. 3. From the State structure to the performance of the State: law likes a legislative act and decree as an administrative act. 4. Chile and the influence of the West. 5. The regulatory power in the Constitution of 1980-2005. 6. Legal reserve, its levels and requirements and the power of the Administration to enact regulations. 7. Critical analysis of the relationship between law and regulations: between the performance *sublegem*, *intra jus* or by public policies in the Administration of the Chilean State.

1. DE LA SUMISIÓN A LA LIBERTAD, DE LA *PLENITUDO POTESTAS* A LA SEPARACIÓN DE PODERES.

1. La sociedad medioeval, sometida a la autoridad temporal: “cada barón es soberano en su baronía”; observante de la espiritualidad de Roma y del *magister dixit*; articulada grupalmente dentro de los burgos, luego ciudades, en los gremios representativos de la actividad social, económica y cultural de la época, habría de sublimarse luego en la sociedad monárquica posterior, estructurada bajo un gobernante único, representante de Dios en la tierra, el Rey: *quod princeps placuit legem habet vigorem*; con ministros, intendentes y alcaldes, conformadora de los Estados territoriales que antecedieron a los nacionales, bajo el convincente respaldo teórico de BODIN, quien en 1572, en “Los seis libros de la República”, había fundamentado la idea de la soberanía como concepto fundante del poder público, idea consagrada por el Tratado de Westfalia de 1648, interpretando la convicción sustentada por las potencias de su tiempo.

Paralelamente a esta evolución política de Occidente, los individuos habrían de inducir en el tiempo una gran revolución desde la proyección de su propia naturaleza. Ella comenzó ya en el Renacimiento, desde luego con Leonardo y Miguel Ángel, que mostraron al ser humano al estilo griego, con ojos de hombre, ceñidos a la realidad de las cosas antes que a la idealidad de los pulcros modelos de los maestros, erigiendo estatuas que mostraban carne y sangre antes que líneas y contornos de planas figuras azules, y diseñando pinturas que destacaban las formas contra una profundidad de fondos que hasta entonces no se había visto.

Siguió con aquellos espíritus audaces que abrieron las puertas de la ciencia, al aventurarse a escudriñar los cielos y a preguntarse el porqué de las cosas. GALILEO GALILEI no sólo inventó el telescopio, también lo empleó en descubrir los territorios celestes y comprobar su corporeidad terrestre, y más tarde, el gran ISAAC NEWTON, asimilando todo un *iter* científico, lograría explicarse racionalmente el macro y el microcosmos en una audaz demostración de una naturaleza *per se* sabia, explicable por la razón.

La investigación empírica de ROGERIO BACON y el razonamiento lógico de DESCARTES, unidos a otros notables logros, entre ellos los viajes intercontinentales, abrirían el mundo a un Occidente

encerrado entre Portugal e Italia, Londres y Roma, propiciando la aceptación de la diversidad y de la pluralidad; transmitiendo la convicción de hallarse ante una naturaleza espontáneamente ordenadora de la vida, y de ser la razón el instrumento privilegiado para acceder al conocimiento que terminaría disipando los antiguos enigmas que martirizaban al hombre del pasado.

Los acontecimientos políticos europeos, en particular la caída de la familia Estuardo en Inglaterra, por una parte, prototipo en la práctica de los principios absolutistas de origen divino, y la asunción del trono de Inglaterra por Guillermo de Orange, por la otra, habrían de servir de base al movimiento de constitucionalización de Inglaterra, bajo las doctrinas políticas que difundiría su mayor intérprete, JOHN LOCKE, en su “Ensayo sobre el gobierno civil”, buscando mostrar los fundamentos de “La Gloriosa” de 1688, obra de cabecera de los gobernantes del siglo XVIII, y en la cual se postulaba el origen contractual del Estado y se reconocía que los hombres eran titulares de derechos naturales, inalienables e imprescriptibles.

Por eso, el gran intelectual que fue MONTESQUIEU, no pudo menos que destacar al gobierno de Inglaterra, en 1748, como el prototipo de poder político al servicio de la libertad, y siguiendo a LOCKE, erigirlo como modelo de la obra de ingeniería política que desarrolla en el Libro XI de su magistral “Del espíritu de las leyes”.

En este Libro XI, constata MONTESQUIEU que “una experiencia eterna –enseña– que todo hombre investido de autoridad abusa de ella”; postula que “Para que no se abuse del poder, es necesario que le ponga límites la naturaleza misma de las cosas”, y expresa su confianza en que una Constitución puede ser de tal naturaleza, que por su mismo texto pueda forzar a “que nadie sea obligado a hacer lo que la ley no mande expresamente, ni a no hacer lo que expresamente no prohíbe”.

Esta constitución tendría “por objeto la libertad política”: esa “tranquilidad de espíritu que proviene de la confianza que tiene cada uno en su seguridad, –para lo cual– es necesario un gobierno tal, que ningún ciudadano pueda temer a otro”, y fundarse en que “En cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil”. “Se llama a este último poder judicial, y al otro poder ejecutivo del Estado”. “Todo se habría

perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar leyes; el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares.”²

Extrapolando sus palabras, CARRÉ DE MALBERG podrá constatar que “Es evidente que el derecho público francés considera a la administración como una función de orden ejecutivo”, consignando que entre los autores del siglo XIX que así lo afirmaron se encuentran BERTHÉLEMY y DUCROCQ, el primero al señalar que el fin de la administración es concurrir “a la ejecución de las leyes”, y el segundo, al agregar que la administración es “una rama del poder ejecutivo que busca poner en ejecución las leyes: “fuera de la legislación -son sus palabras- sólo puede concebirse una función [...] de ejecución”. Por su parte, “desde 1789, la mayoría de las Constituciones de Francia, apropiándose así de la terminología creada por Montesquieu, designan con el nombre de poder ejecutivo a la potestad que corresponde a la función administrativa (Constituciones de 1791, de 1793, de 1848, Leyes de 1871, 1873 y 1875).”³

2. DEL ESTADO DE POLICÍA AL ESTADO CONSTITUCIONAL, DEL *IUS POLITIAE* AL *IUS PUBLICUM*.

Las ideas de la Era de la Razón, del siglo XVIII, circularon por todos los puntos cardinales, proyectándose particularmente hacia quienes participaron en la construcción de la sociedad política norteamericana y francesa, procesando las dos grandes revoluciones libertarias de esa centuria, que fueron las que abrieron las puertas a los nuevos tiempos en sus Declaraciones de 1776 y de 1789, respectivamente.

El artículo 16 de esta última Declaración, estatuyó explícitamente que “una sociedad que no tiene asegurados los derechos naturales del hombre ni la separación de poderes, carece de constitución”.

² MONTESQUIEU, Carlos de Secondat, marqués de la Brède, *Del espíritu de las leyes*, Buenos Aires, Editorial Claridad, 1971, pp. 186-188.

³ CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1948, p. 429.

El profesor de Leipzig, OTTO MAYER, describió elocuentemente el efecto jurídico de esta transformación política. Desde entonces, dice, la potestad del Estado “se reviste a sí misma de las formas y rasgos característicos del derecho. El derecho público no significa ya, como en el eufemismo de los antiguos doctores, una esfera en la cual, por oposición a la del derecho civil, no existe derecho cuando se trata de relaciones entre Estado y súbdito. Tenemos ante nosotros el hecho de la existencia de un derecho público que se aplica a la administración al lado de aquel que queda atribuido a las relaciones civiles, y que debe considerarse respecto del Estado como el derecho común que en la duda le es aplicable”⁴.

En efecto, agregó ZANOBINI, “Sólo después de la Revolución Francesa, una vez afirmado el principio de la separación de los poderes del Estado y la completa sumisión del poder ejecutivo a las normas establecidas por el poder legislativo, fue posible -en el continente europeo- que todas las leyes referentes a la organización y a la actividad de los órganos administrativos cobraran eficacia ostensiblemente obligatoria y se convirtieran en fuente de relaciones jurídicas entre el Estado y los ciudadanos.”⁵

3. DE LA ESTRUCTURA ESTATAL A LA ACTUACIÓN DEL ESTADO: LA LEY COMO ACTO LEGISLATIVO Y EL DECRETO COMO ACTO ADMINISTRATIVO.

Para MONTESQUIEU, el poder ejecutivo, abierto en esos dos brazos que eran el ejecutivo del derecho de gentes o simplemente ejecutivo, y el ejecutivo de las cosas que dependían del derecho civil o poder judicial, el “supremo poder ejecutor”, potestad que “debe estar en las manos del monarca”, tenía por objeto “ejecutar las resoluciones públicas”; “tomar resoluciones activas que exigen alguna ejecución”; era “una función de gobierno que exige, casi siempre, una acción momentánea”.

⁴ MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1982, tomo I, Parte general, p. 68.

⁵ ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1954, volumen I, p. 56.

JUAN JACOBO ROUSSEAU, en su tesis de la ley como expresión soberana de la voluntad general, habría de precisar en 1762, en “El contrato social”, que “la soberanía, no siendo más que el ejercicio de la voluntad general [...], no se dirige a un objeto particular”. Resolver los casos particulares es propio del gobierno. “Yo llamo Gobierno o suprema administración al ejercicio legítimo del poder ejecutivo, y Príncipe o Magistrado al hombre o al cuerpo encargado de esta Administración.” “Toda acción libre tiene dos causas que concurren a producirla, la una moral, a saber: la voluntad que determina el acto, y la otra física, a saber: la potencia que la ejecuta. El cuerpo político tiene los mismos móviles: se debe distinguir la fuerza y la voluntad, ésta bajo el nombre de poder legislativo, y la otra bajo el de poder ejecutivo: nada se hace, no se debe hacer sin su concurso.”

De aquí, también, que mientras “el poder legislativo pertenece al pueblo” soberano, el poder ejecutivo no es “el soberano [...] sino el Ministro” del soberano “encargado de la ejecución de las leyes y del mantenimiento de la libertad tanto civil como política.”⁶

En tanto las leyes son actos de voluntad general, “lo que ordena el Soberano sobre un objeto particular tampoco es una ley, sino solo un decreto, no un acto de Soberanía, sino de Magistratura.”⁷

El poder ejecutivo, en este contexto, estaba llamado a ejecutar las decisiones del soberano, a dictar resoluciones activas; en palabras de ROUSSEAU: a expedir decretos, actos de magistratura cuya peculiaridad propia era la de recaer sobre objetos particulares, referirse a situaciones singulares, y las Constituciones francesas habrían de concretar esas prerrogativas otorgándole al titular del Poder Ejecutivo las facultades de regular: ejercer la potestad reglamentaria de la ley, y de decidir caso a caso, ejercer la potestad decretal o decisoria.

4. CHILE Y LA HERENCIA OCCIDENTAL.

Chile, al igual que todos los países de estas latitudes del orbe, se incorporó al mundo político institucional forjado por la racionalidad y la sensibilidad de Occidente y participó plenamente de sus

⁶ ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El Contrato Social*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1958, págs. 38, 39, 54, 83 y 82.

⁷ ROUSSEAU, Juan Jacobo, *op.cit.*, p. 56.

representaciones intelectuales, aceptando las fuentes predominantes de su cultura.

1. Así lo hizo ya en 1541, al constituirse el Cabildo de Santiago convocado por PEDRO DE VALDIVIA; de igual manera prosiguió por esta senda con posterioridad, en el sistema polisindial característico de la Casa de Austria, luego reemplazado por la línea unipersonal de autoridades impuesta por la Casa Borbónica, y similar actitud adoptó al advenir el movimiento independentista detonado por la invasión de España por NAPOLEÓN, que hizo ceder las antiguas fórmulas reales bajo los emblemas que habían flameado en 1776 y 1789.

2. El fenómeno de asimilación cultural de la cultura liberal individualista se dio minoritaria pero naturalmente en Chile, a raíz, entre otras causas, de los viajes al extranjero, desde luego a Madrid, de distinguidos chilenos que con sus adquisiciones permitieron a las personas de su círculo, acceder a importantes obras de la literatura más avanzada de aquel tiempo.

El ilustre DIEGO BARROS ARANA testimonia que durante los últimos años de la Colonia “algunos hombres adelantados habían adquirido algunos libros que correspondían mejor al espíritu y a los progresos de la Edad Moderna que los rígidos textos de la época. Don José Antonio Rojas y don Manuel de Salas trajeron de Europa, para su uso particular, con no pocas dificultades y sacrificios, colecciones más o menos considerables en que no escaseaban los libros de ciencias naturales e industriales, de filosofía, de economía política y de historia, muchos de ellos escritos en lengua francesa”. “Don José Antonio Rojas, que no pudo hacer entrar en Chile un ejemplar de la obra de Robertson, introdujo en cambio en su numerosa biblioteca las obras de Montesquieu y de otros filósofos de la escuela moderna y hasta un ejemplar de la Enciclopedia francesa del siglo XVIII”⁸.

Se ha recordado en más de una ocasión, por otra parte, que uno de los padres de la Constitución de 1833, el insigne MARIANO EGAÑA, durante su permanencia en Inglaterra, analizó los sistemas políticos inglés y francés asimilando sus características descentralizadas de Inglaterra y centralizadoras de Francia, con sus énfasis en la libertad y en la potestad, respectivamente, y relevando cuán útil era

⁸ BARROS ARANA, Diego, *Historia General de Chile*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1933, 2ª edición, Tomo VII, 2ª Parte, págs. 544 y 548.

tenerlas en cuenta para Chile: “es preciso observar estas dos grandes naciones y compararlas”, decía a su padre en carta de 16 de febrero de 1828. Su “conocimiento es indispensable para servir a la Patria con provecho”⁹.

3. Acorde con su ascendencia europea continental, todas las opiniones coincidieron en la necesidad de establecer en el país una organización libertaria fundada en la separación de poderes, modelo político considerado por la intelectualidad del siglo como la forma irremplazable alcanzada por la civilización occidental para ordenar debidamente a la sociedad política.

Su aceptación impactó profundamente en la conciencia ciudadana, hasta el punto de perdurar hasta nuestros días la costumbre de referir la organización del Estado chileno al régimen de separación de poderes, no obstante tratarse de un aserto de discutible base constitucional, desde el instante que el Código Político elude acudir a esta denominación, remitiéndose más bien a la expresión “órganos del Estado”, en una redacción intencionalmente buscada para expresar el rechazo a “la expresión Poderes del Estado” “tal como se la entendió a partir a la Revolución francesa”, y dejar en claro “que el Estado tiene -más bien- diversas funciones esenciales que las cumplen órganos determinados”, lo que “es mucho más claro”, como señaló don JAIME GUZMÁN en la sesión 49^a, de 27 de junio de 1974, de las celebradas por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (CENC).

Con todo, el lenguaje habitual y oficial, expresando la impronta depositada en la memoria colectiva, se ha mostrado impermeable a toda evolución en esta materia. “Yo no soy administración pública, soy un Poder del Estado y lo digo categóricamente”, sostendrá en el mes de diciembre de 2006 el Ministro de la Corte Suprema de Justicia don ALBERTO CHAIGNEAU al rechazar un proyecto de ley que fijaba horario de funcionamiento a los Tribunales Superiores de Justicia. “Somos el tercer poder del Estado, no un poder de tercera clase”, agregó enseguida¹⁰.

⁹ Vid.: CAMPOS HARRIET, Fernando, Historia Constitucional de Chile, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1983, 6^a edición, p. 359.

¹⁰ Diario El Mercurio de Santiago, sábado 30 de diciembre de 2006, p. C 13, y lunes 8 de enero de 2007, p. C 6. La reacción judicial a esta iniciativa legislativa prosiguió en el mes de enero de 2007 y se ha prolongado hasta después. El Presidente de la Asociación de Magistrados insistió en la posición distinta de la administrativa que ocupaba el Poder Judicial y más tarde cri-

Y el Tribunal Constitucional, en su sentencia Rol 253, de 1997, v. gr., al destacar la importancia que asume en un Estado de derecho el respeto a las normas constitucionales que consagran “el reparto de competencia, el principio de supremacía constitucional en nuestro ordenamiento y así, también, en rigor –relevará–, las atribuciones exclusivas de los distintos Poderes del Estado”, acudiendo, una vez más, a esta expresión que los redactores del Código Político buscaron erradicar.

Mantenida en el tiempo, esta convicción ha profundizado día a día en el país la difundida percepción de que la administración es una actividad de ejecución de las leyes, tal como había sido predicada por quienes difundieron el modelo de Estado instituido por el pensamiento constitucional europeo del mil setecientos.

De aquí que todas las menciones que en siglo diecinueve se hacían a la administración no podían dejar de mencionar esa característica suya. Ya en el 1800, el primer profesor de Derecho Constitucional del país, don JOSÉ VICTORINO LASTARRIA, diría que “la administración general [...] es la que pertenece al gobierno supremo i que tiene por objeto capital ejecutar las leyes en toda la sociedad, considerando el orden, protejiendo a los asociados i fomentando el desarrollo en todas las esferas de la actividad social.”¹¹

Y el primer autor nacional de Derecho Administrativo, don SANTIAGO PRADO, confirmando esta óptica, señalaría en 1859 que “En el poder ejecutivo reside exclusivamente, conforme al texto constitucional, la facultad de desarrollar el pensamiento del lejislador sin corromperlo i sin atentar indirectamente a sus prerrogativas, abusando del derecho de dictar leyes secundarias para explicar las primeras i disponer su ejecución; derecho inherente a la naturaleza de sus funciones que son propias de un poder activo, i que en nada semejan al efecto de un instrumento ciego o al movimiento de una máquina empleada en exigir obediencia pasiva a los preceptos del lejislador”.

ticaron esta proposición los Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago y otros Ministros de la Corte Suprema. “Viola de alguna manera el principio de la separación de los Poderes del Estado”, dijo uno de ellos, fundando su opinión negativa a la idea de legislar sobre la materia. Véase diario El Mercurio, domingo 7 de enero de 2007, p. C-16.

¹¹ LASTARRIA, José Victorino, Elementos de Derecho Público Constitucional, Santiago de Chile, Imprenta Chilena, 2ª edición, 1846, pp. 116-117.

“La lei ordena i establece reglas, determina los derechos políticos i civiles conforme a la Constitución, decreta las cargas de los ciudadanos, autoriza los gastos, constituye la fuerza política i mueve con su mano suprema todos los intereses sociales, morales o materiales, exteriores o domésticos, individuales o colectivos. Mas, la lei es general; solo establece los principios, no prevee, no descende a pormenores; asienta las reglas fundamentales i determina las formalidades del ejercicio de los derechos; la administración es quien ejecuta, explica i acomoda el principio de la acción a las consecuencias, haciendo las veces de un lazo entre el hecho i el derecho, entre lo relativo i lo absoluto”.

De aquí la regla que limita el ejercicio de esta facultad. “En virtud de ella el Presidente no puede ejercer otra autoridad que la que le compete como administrador del Estado, como ejecutor de las leyes en su aplicación a los objetivos para que han sido sancionadas”¹².

En efecto, aseverará algunos años más tarde quien se desempeñara como segundo profesor chileno de Derecho Constitucional, don JORGE HUNEEUS, “La Ley, como dice el artículo 1° del Código Civil, es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite. Luego, la Ley crea derechos o impone obligaciones. Tal es su carácter esencial, siendo además general en su objeto e igual para todos. El Poder Ejecutivo, como lo indica su nombre, dicta medidas para hacer ejecutar la Ley; pero no puede alterar en ningún sentido ni los derechos ni las obligaciones por ella creadas, debiendo limitarse a determinar la manera, la forma de cumplirlas. Se dicta, por ejemplo, una Ley que crea un impuesto de cinco por ciento sobre la renta, pagadero en abril de cada año. El Presidente deberá dictar los decretos, Reglamentos e instrucciones que fuere menester para la planteación y recaudación del impuesto; pero no podría aumentar ni disminuir su cuota; no podría ampliar el plazo señalado por la Ley para su pago; no podría incluir en el pago bienes exentos de él, conforme a la Ley, ni exceptuar a los que ésta no eximiere. En suma, debe guardar la Ley, haciéndola ejecutar, y no sobreponerse a ella ni violarla, so pretexto de hacerla cumplir.”¹³

¹² Anónimo, atribuido fundadamente a don Santiago Prado; Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno, Santiago de Chile, Imprenta Nacional, 1859, págs. 25 y 42.

¹³ HUNEEUS, Jorge, La Constitución ante el Congreso, tomo II, 2ª edición, en Obras Completas de don Jorge Huneeus, Santiago de Chile, Imprenta Cervantes, 1891, p. 46.

El hecho de que la Constitución haya radicado la potestad reglamentaria como una atribución exclusiva del Presidente de la República, implica que “Las leyes no necesitan autorizar al Presidente de la República para que dicte los reglamentos que sean del caso a fin de observarlas o darle debido cumplimiento”, apuntará don ALCIBÍADES ROLDÁN¹⁴.

En la actualidad, la doctrina constitucional y administrativa parte del mismo supuesto.

Así, por ejemplo, los profesores MARIO VERDUGO MARINKOVIC, EMILIO PFEFFER URQUIAGA y HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ¹⁵, reconocen “la crisis del principio de la separación de poderes”, pero coinciden en estimar, sin embargo, que “El artículo 7° de la Constitución expresa [...] el viejo principio de la separación de poderes desarrollado por Montesquieu, o en términos más modernos, la distribución del poder estatal entre titulares diferentes”, criterio éste que en lo relativo a “La distribución vertical del poder, al menos en el ámbito de la Administración del Estado, —implica distinguir— entre la Administración central, los gobiernos regionales y los municipios”¹⁶.

De aquí que para ellos, “La función legislativa -o de creación de normas jurídicas- en nuestro ordenamiento constitucional es desarrollada por el Congreso Nacional como por el Presidente de la República; este último es un verdadero colegislador”; que el gobierno, que orienta su acción a solucionar los grandes problemas nacionales, y la administración, que provee “a la satisfacción normal de las necesidades públicas, conforme a las directivas del Gobierno”, estén “principalmente radicadas en el Presidente de la República” y constituyen “la actividad desplegada por el Poder Ejecutivo”; y que la función judicial, encargada de resolver “un conflicto o asunto de orden temporal, declarando, reconociendo o concediendo un derecho, beneficio o sanción en virtud de la aplicación al caso concreto de normas de derecho de carácter general o de principios de equidad”, se encuentre

¹⁴ ROLDÁN, Alcibiades, *Elementos de Derecho Constitucional de Chile*, Santiago de Chile, Imprenta Lagunas & Co. 3ª edición, Santiago, 1924, p. 367.

¹⁵ Véase, de estos autores: *Derecho Constitucional*, tomos I y II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994.

¹⁶ Cit.ant., tomo I, pp. 134-135; tomo II, p. 187, nota 18.

radicada en “un poder público, soberano, independiente y distinto de los otros órganos del Estado”.¹⁷

Entre los *ius* administrativistas, esta tesis clásica ha sido reivindicada desde la década de 1970 en adelante, por los profesores HUGO CALDERA DELGADO y EDUARDO SOTO KLOSS, al afirmar el primero que “la función ejecutiva se traduce en la ejecución de las leyes para la realización del bien común”¹⁸, ya que el reglamento “se vuelca sobre los aspectos de detalle no regulados por la ley, cuidando en todo caso de no agregar otra cosa que la pormenorización o los detalles [...] que faciliten su cumplimiento”¹⁹, y al sostener, el segundo, que “el órgano administrativo, al ejercer sus funciones legales, debe atenerse al mero esclarecimiento de las disposiciones de la ley a fin de buscar su sentido, y al ir más allá de ello cae en la creación normativa, función que no es atribución suya, de ejecución de ley, sino del legislador”, de manera que si bien “Al Presidente de la República toca de manera primordial y deber fundamental ‘la conservación del orden público en el interior, debe hacerlo, no según su beneplácito sino de acuerdo con la constitución y las leyes’... Y ¡cuidado! con entender que porque el texto constitucional diga “crea convenientes” para dicha ejecución, el Presidente queda liberado de su obligación constitucional y puede actuar cuando se le ocurre según su capricho, *bon vouloir*, o beneplácito, porque la propia Constitución, que es republicana y democrática y no monárquica como algunos parecen creer, se encarga de hacer jurídicamente responsable al mismo Presidente”.²⁰

En una publicación reciente, su autor caracteriza a la potestad reglamentaria en la Constitución de 1925, antecedente de la Carta de 1980, categorizándola desde luego como de origen constitucional, pero

¹⁷ Cit.ant., tomo II, págs. 8, 9, 106, 124 y 179.

¹⁸ CALDERA DELGADO, Hugo, *Manual de Derecho Administrativo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1978, p. 7.

¹⁹ Caldera Delgado, Hugo, “La norma de clausura y la potestad reglamentaria en el Anteproyecto de Nueva Constitución”. En: *Revista de Derecho Público*, 27, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 1980, pp. 258-259.

²⁰ Soto Kloss, Eduardo, “La responsabilidad pública (un retorno a la idea clásica de restitución)”. En: *Revista de Derecho Público*, 27, Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, enero-junio, 1980, p. 133; “La fórmula “y en contra no procederá recurso alguno” y el Estado de Derecho”. En: *Gaceta Jurídica*, 27, Santiago de Chile, Editorial ConoSur, agosto de 1979, p. 14; “Ley y Reglamento: sus relaciones en el Derecho chileno”. En: *revista Ius Publicum*, 3, Universidad Santo Tomás de Aquino, 1999, p. 41.

de nivel “sublegal y autorizada sólo como facultad de ejecutar las leyes autorizadas por el Parlamento”.²¹

La jurisprudencia judicial y administrativa, por su parte, aceptan igualmente la vigencia conceptual de un Poder Ejecutivo del Estado.

La Corte Suprema de Justicia en numerosos fallos ha puesto de relieve esta idea. Así, el 4 de mayo de 1964 verificó que “La actividad legislativa del Estado es la más genuina manifestación de los atributos del imperio o poder público y sus posibilidades se confunden con las de la voluntad imperativa de la nación”, agregando, por sentencia de 8 de julio de 1967, que “No es posible que el Poder Legislativo, al ejercer sus funciones genuinas, atente contra la soberanía de la nación”, porque justamente está llamado a ejercerla, correspondiendo a la potestad reglamentaria, solamente, “dictar aquellas normas que faciliten o hagan más expedita la ejecución o aplicación de una ley, pero no establecer preceptos o disposiciones que vayan más allá o extralimiten los términos mismos de la ley que reglamenta” (fallos de 3 de noviembre de 1960; 17 de abril de 1962; 24 de abril de 1963). Debe “limitarse a determinar la manera, la forma de cumplirlas” (sentencia de 16 de mayo de 1966).

La Contraloría General de la República se ha pronunciado en el mismo sentido. Sus atribuciones, ha dicho, se circunscriben a fiscalizar los actos de la Administración del Estado, o sea, del “Poder Ejecutivo”, razón por la cual carece de competencia para pronunciarse sobre asuntos que conciernan al Poder Legislativo o al Poder Judicial, idea reiterada por el dictamen N° 6.140, de 2001, que consignó el hecho que “De la historia fidedigna de su establecimiento -de la Constitución Política, se desprende- que la expresión “Gobierno” que se consigna como título del referido Capítulo IV -de la Carta Fundamental- se usa en un sentido orgánico para aludir en general al Poder Ejecutivo, de modo que comprende a los órganos administrativos.”

²¹ GARCÍA, Gonzalo, *La reserva legal de derechos constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración?*, Santiago de Chile, Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, 2004, p. 89.

5. LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980-2005.

1. El artículo 32 numeral 8° de la Constitución de 1980, actual 32 numeral 6° del texto reformado y actualizado de 2005, consagra la potestad reglamentaria presidencial, prerrogativa reconocida como la matriz reguladora y legitimadora de la actividad administrativa presidencial y, por extensión, de la actuación de todo el resto de las autoridades administrativas.²²

Artículo 32. Son atribuciones especiales del Presidente de la República:

6°. 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.

En claros términos, este precepto abarca dos tipos de potestad reglamentaria: la potestad reglamentaria autónoma y la potestad reglamentaria de ejecución de la ley.

Como expresó el Tribunal Constitucional en su fallo Rol N° 325, de 2001, “[...] el Poder Constituyente estableció en el artículo 32, N° 8° [actual N° 6°], de la Carta Fundamental, dos clases de potestad reglamentaria: a) la “autónoma” que es aquella que ejerce el Jefe del Estado y que reconoce como fuente inmediata la Constitución misma y que versa sobre materias que no sean propias del dominio legal, y b) “la de ejecución” destinada a facilitar, a dar debida aplicación a la ley y cuya causa directa es ésta y su origen mediato es la Carta Política” (considerando 25)²³.

Efectivamente, en su primera parte, el numeral 6° del artículo 32 consagra al Presidente de la República como la gran autoridad reguladora de la República confiándole el ejercicio de una prerrogativa de normación que cubre todo cuanto no le está expresamente entregado

²² La Constitución chilena nunca ha contado con una regulación general de la Administración del Estado. Tanto es así, que las menciones que la Carta de 1980-2005 tiene de determinados organismos administrativos no fue recogida por la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado por cuanto fueron consideradas obsoletas por la Comisión de Estudios que se ocupó de estudiar el anteproyecto.

²³ Los fallos del Tribunal Constitucional han sido consultados en su sitio web: www.tribunalconstitucional.cl.

al Legislador, el que por mandato del artículo 63 halla encriptada su competencia en una esfera de reserva legal máxima imposible de extender.

La potestad reglamentaria autónoma abarca así “todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal”. La disposición quinta transitoria cuida de asegurar al Administrador esta larga y ancha competencia normativa al imponer al Legislador realizar la desregularización legislativa del ordenamiento jurídico acorde con el nuevo predicamento, buscando eliminar del Derecho chileno todas aquellas leyes –declaración de voluntad soberana– dictadas en el pasado que excedieran el campo expresamente delimitado como tal por la reserva constitucional del artículo 63, de manera de facilitar así la agilidad de un orden jurídico concebido y querido como ágil y flexible, en tanto conformado por reglamentos autónomos.²⁴

En su segunda parte, este numeral 6° reitera la procedencia de la tradicional potestad reglamentaria de ejecución de las leyes, cuyo ámbito, ya reducido en la tesis decimonónica, habría de verse sorprendentemente atacado de nuevo en el siglo XXI por la tesis impuesta por el Tribunal Constitucional en los años 1992 y 1993, que ha desautorizado los criterios aplicados por los círculos políticos chilenos en todos los campos hasta entonces legislados.

A. LA POTESTAD REGLAMENTARIA AUTÓNOMA.

2. Pese a la innovación que pudiera reconocerse a primera vista a la reforma introducida a la Carta de 1925 por la Ley Fundamental de 1980, al incorporar a su texto a la potestad reglamentaria autónoma, en rigor de verdad, poco o nada se ha obtenido con ella.

Por lo pronto, no es efectivo que presente caracteres de novedad e innovación. Ya a fines de siglo XIX, el ilustre JORGE HUNEEUS fundaba la existencia de una potestad reglamentaria autónoma destacando que el tenor del actual artículo 24 del Código Político, que proviene de

²⁴ El protagonismo político asumido por los congresales en la etapa post 1990, ha estimulado su interés por los temas y problemas contingentes, actitud que se condice con la idea de una ley concebida como declaración de la voluntad soberana, porque permite a los legisladores adentrarse en materias y asumir determinaciones que, de lo contrario, les estarían vedadas. Ello explica que la Disposición quinta transitoria de la Constitución no haya merecido la atención del legislador.

la de 1833 y ésta de la de Cádiz de 1812, permitía al Presidente de la República adoptar todas las medidas que estimara convenientes para conservar el orden interno y la seguridad exterior, en tanto y en cuanto no se arrogara, “en caso alguno [...] atribuciones propias de los otros “Poderes Públicos”, ni invadir atribuciones correspondientes a otras “autoridades”, “ni limitar las garantías individuales, ni ofender derechos fuera de los casos expresamente previstos en la misma Constitución o en las Leyes”, nada obstaba, sin embargo, sino por el contrario todo contribuía a facilitarle la adopción de cuantas medidas considerara oportunas para proveer a “todo” lo que demandara la satisfacción de “aquellos dos altos intereses”, el orden interior y la seguridad exterior, atendidas las circunstancias de oportunidad, de tiempo y lugar que concurrieran en cada situación.

Respetando “las cuatro limitaciones que acabamos de indicar -precisaba el señor HUNEEUS-, puede el Presidente dictarlas -las medidas que estimase convenientes- en conformidad a lo dispuesto en este artículo”²⁵, citando ejemplos que confirman la antigua data que presenta la potestad autónoma en Chile.

Así, por lo demás, se ha actuado en todos los tiempos. Bajo el Gobierno del Presidente FREI MONTALVA, invocando esta prerrogativa, se puso en vigencia la gran reforma educacional impulsada en ese tiempo, incluyendo el uso del uniforme escolar. Hasta ahora rige el reglamento autónomo de aquellos años también, que ordena adelantar o atrasar la hora oficial en el territorio de la República en la segunda semana de los meses de octubre y marzo de cada año para lograr un mejor aprovechamiento de la energía eléctrica. En ambos casos, ateniéndose a los parámetros fijados por don JORGE HUNEEUS en el siglo XIX.

Con la redacción dada a esta norma en 1980, no se ganó, pues, en claridad ni en mayor espacio normativo para la potestad reglamentaria. La incorporación por la Junta de Gobierno del numeral 20 al artículo 63, según el cual es materia ley, genéricamente, “Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”, no ha contribuido tampoco a abrir un mayor espacio a la prerrogativa ejecutora de la ley, porque el legislador mantiene

²⁵ HUNEEUS, Jorge, vid. op.cit., tomo II, p. 39.

los criterios tradicionales, llevando a afirmar a un autor que esta figura sería irrelevante²⁶, y a otro a sostener que se ha tornado impracticable²⁷, porque no ha existido interés alguno, en el Gobierno ni en el Congreso, por producir la desregulación del ordenamiento nacional, surgido de las leyes declaración de voluntad soberana.

3. La presencia de la potestad reglamentaria autónoma en la Carta Política chilena trajo consigo, sin embargo, dos importantes consecuencias: una jurídica general, la otra competencial especial.

La primera de ellas fue la confirmación expresa del carácter preceptivo del reglamento en general en el Derecho chileno, como acto de creación, modificación o extinción de derecho objetivo, *intra jus*, puesto en evidencia a la luz pública con el reglamento autónomo, y que no siempre gozó de abierta aceptación en la doctrina y jurisprudencia anteriores.

Se despejó, ahora, pues, por una parte, la tendencia de asentar en el país jurídico la distinción alemana entre reglamentos de derecho y reglamentos administrativos, que carece de arraigo en Chile, y se amplió francamente, por la otra, la cobertura del Principio de la Legalidad, antes reducido a la ley estricto sensu, esto es, a la declaración de voluntad soberana definida como tal por el artículo 1° del Código Civil siguiendo la teoría política del siglo XIX, para incluir en él también la observancia de los reglamentos, lo que formalmente justifica hablar más bien de un Principio de la Juridicidad dentro de la Constitución Política.

Esta innovación fue consagrada por el artículo 6° de la Ley Fundamental al definir el orden jurídico objetivo de la República, y conceptuar como tal al constituido no sólo por la ley, sino por la Constitución y por “las normas dictadas conforme a ella”, en las cuales incluyó la gran plataforma reglamentaria estructurada por la Carta Política y que abarca desde el Presidente de la República hasta las autoridades comunales, y desde el orden administrativo al orden jurisdiccional.

²⁶ PIERRY ARRAU, Pedro, “El ámbito de la ley”, en “El Proceso Legislativo en Chile”, Valparaíso, Editorial CEAL-UCV, 1992, pp. 67-88.

²⁷ SOTO KLOSS, Eduardo, art. cit., 1999, p. 34.

Artículo 6°, incisos 1° y 2°. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares e integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

Los artículos 32 numeral 6°, 113 y 119, inciso 2°, y 93 numeral 2° de la Carta Política reformada y actualizada al año 2005, así lo establecen.

De esta manera, el constituyente de 1980 constitucionalizó la juridicidad de la potestad reglamentaria en el ordenamiento chileno.

A su vez, el legislador cerró este circuito reglamentario al reconocer el ejercicio de esta prerrogativa a las Cámaras Legislativas, y haciendo lo mismo, en general, respecto de los jefes superiores de los servicios autónomos y descentralizados²⁸.

Este gran ordenamiento *jurídico administrativo* conformado por los niveles de ley y de reglamento, ha venido a integrarse, pues, dinámica y condicionadamente, al hasta ahora llamado ordenamiento *jurídico legal* -como sinónimo de obligatorio- que dominaba y domina los espacios del legislador soberano, haciendo que el constituyente de 1980-2005 reconozca al horizonte del Derecho objetivo chileno de la actualidad proyectado más allá del clásico Principio de la Legalidad y de fundamento para abrir lugar a un Principio de la Juridicidad de mayores dimensiones, ya que en lo formal abarca naturalmente a los distintos tipos de leyes, pero también, con iguales caracteres de obligatoriedad y exigibilidad, incluye a la Constitución y a todas las normas que se dicten conforme a ella: los tratados internacionales, los decretos con fuerza de ley y los reglamentos, sean éstos de fuente constitucional o legal, nacionales, regionales o locales.

La segunda consecuencia que derivó de la regla del numeral 6° del artículo 32 incorporada al texto de la Constitución, fue servir de fundamento a dos importantes atribuciones del Tribunal Constitucional.

²⁸ Naturalmente, la potestad reglamentaria, en cuanto poder de dictar normas, difiere de la potestad decisoria, que se traduce en decretos simples y resoluciones, que son de alcance particular, y de la potestad de instrucción, que lo hace por medio de órdenes de servicio y de circulares, caracterizadas por actuar dentro del orden jurídico sin producir en él, por lo tanto, efecto innovativo alguno.

Según lo establecido por su misma jurisprudencia: fallo Rol N° 325, de 2001, considerando 28, dentro de las facultades que asisten a esa Alta Magistratura deben distinguirse entre sí las causales impugnativas de un reglamento que contemplan los numerales 12 y 5° del artículo 82, actuales 16 y 9° del artículo 93, ya que “Regulan -dice esta sentencia- dos situaciones o institutos enteramente distintos, obedecen a diferentes causas y persiguen diversas finalidades. La primera, la del N° 12, se refiere a los decretos dictados por el Presidente de la República en el ejercicio de la potestad autónoma, que versen sobre materias que pudiesen estar reservadas al dominio legal. La segunda, la del N° 5°, [...] rige para los decretos emanados del Jefe de Estado, en virtud de la potestad reglamentaria de ejecución, que adolezcan de inconstitucionalidad, cualquiera que sea la naturaleza de ésta”.

4. La potestad reglamentaria autónoma ha tenido, pues, una vida azarosa en la Carta de 1980. Postulada por la Comisión de la Reforma Administrativa que funcionó paralelamente a la CENC, como un complemento eficiente de las futuras leyes marco o bases que preveía en el inminente ordenamiento chileno, pasó a verse relegada a un papel secundario por la inercia del legislador y por un hecho inédito para el constitucionalismo chileno: la preceptiva institucional que creó la reserva francesa de ley y consagró la esencialidad alemana de los derechos, según se verá más adelante.

B. LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE EJECUCIÓN DE LEY.

5. En cuanto a la potestad reglamentaria de ejecución de ley que contiene la segunda parte del numeral 6° del artículo 32, su sentido y alcance no sólo siguió el patrón limitativo tradicional que se le había reconocido con anterioridad, sino que tendría oportunidad de matizarse en una ecuación difícil de resolver dentro del nuevo Texto Político, como lo demostró elocuentemente el itinerario recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para fijar su alcance, que en los primeros años del decenio 1990 comenzó concluyendo que la reserva constitucional de ley *per se* obstaba al ejercicio de la potestad presidencial de reglamentar la ley.

La reserva constitucional de materias de ley, para el Alto Tribunal durante este periodo, significa la consagración de una cláusula jurídica de competencia legislativa exclusiva a favor del legislador, excluyente por lo tanto de toda participación reglamentaria presidencial. En estos

términos, por consiguiente, y generalizando, tratándose de las materias enumeradas en el artículo 63 de la Constitución, bien podía concluirse que tratándose de ellas el Presidente de la República tiene vedado el ejercicio de su clásica prerrogativa ejecutiva, correspondiendo a la ley respectiva y sólo a ella, autoabastecer la regulación normativa requerida por las situaciones y relaciones referidas en su texto.

En este sentido se orientó el fallo Rol N° 146, de 1992, en que el Tribunal Constitucional concluyó que al confiar la Constitución Política al legislador la regulación de “cualquier actividad económica”, facultad que al tenor de lo dispuesto en el artículo 63 de la misma Carta Fundamental “sólo” podía ser materia de ley, “esta facultad no le corresponde al administrador”. “En otras palabras -señaló en el considerando 11 que se cita de dicha sentencia- el constituyente entrega al legislador y no al administrador la facultad de disponer cómo deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse.”

Similar corolario alcanzó la Alta Magistratura en su fallo Rol N° 167, de 1993, a propósito del avisaje caminero normado a través de un reglamento, y en el fallo Rol N° 185, de 1994, sobre la inconstitucionalidad de la remisión legislativa a un reglamento en casos especiales de anormalidad ambiental, invocando argumentos semejantes: la reserva constitucional en materias de ley obsta al ejercicio de la potestad reglamentaria o a una autorización legislativa al Presidente de la República para ejercerla, por cuanto esas materias estaban entregadas al legislador, y el reglamento era un “acto administrativo”, como dijo el considerando 12 de la segunda de las citadas sentencias, y en el fallo de 28 de julio de 1998, a raíz del proyecto de Remuneraciones del Ministerio de Obras Públicas, Rol N° 276 de ese año, en el que sostuvo que “una materia de reserva legal [...] excluye la posibilidad de que ella sea establecida por decretos supremos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma, y menos todavía de ejecución, del Presidente de la República” (considerando 10°).

6. No era ésta, sin embargo, la visión que sobre la potestad reglamentaria se había tenido hasta entonces en el país, pues en la práctica se admitía como criterio aceptado la facultad del Legislador para llamar

al Administrador al completar sus disposiciones, atendida su idoneidad técnica y su conocimiento real de las situaciones de país.

Recogiendo ese sentir, desde las primeras sesiones de la CENC se había realizado la idea de que “la ley debe ser una norma de carácter general dirigida al bien común”, sin que esta cualidad suya pudiera significar, “en caso alguno, invadir el campo de la potestad reglamentaria del Presidente de la República”²⁹, pues era necesario restituir a la ley su naturaleza de precepto general y obligatorio y reivindicar para el reglamento desde luego su carácter propio de acto complementario de la ley, valorado naturalmente si se trataba de leyes ordinarias de bases o marco, atendida su adaptabilidad temporal a las variables condiciones de la vida contemporánea, apta para ofrecer soluciones oportunas al ritmo de los tiempos.

Por eso, bien pudo precisar el profesor RAÚL BERTELSEN REPETTO en la sesión 355^a, de 20 de abril de 1978, que el artículo 63 de la Carta Política tenía un carácter limitativo de las facultades del Legislador y que todo cuanto no estuviera comprendido en ese precepto de la Ley Fundamental, “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”, en una clara aplicación de su parecer anterior, en orden a que la expresión “poder ejecutivo” era una de las “más incorrectas del Derecho Constitucional contemporáneo” y proponer en su reemplazo la utilización de la voz “Gobierno”, como ocurrió en definitiva y como apareció en el epígrafe del capítulo IV del texto plebiscitado de 1980 y en el reformado y actualizado de 2005³⁰.

7. Con todo, el hecho de que la CENC tempranamente pidiera tener a la vista las Constituciones Políticas de los países de mayor desarrollo jurídico en Occidente, habría de inducir a la complementación de esa idea original con otras visiones de distinta fuente que en el curso de las deliberaciones, y por estimarse afines a la idea principal de ciertos preceptos, fueron incorporándose a su texto, concretándose, a la larga, en un producto altamente complejo de compatibilizar con los objetivos

²⁹ Véanse: Actas Oficiales, sesión 11^a, celebrada el 30 de octubre de 1973.

³⁰ Actas Oficiales de la CENC, sesión 332^a, celebrada en martes 13 de diciembre de 1977, p. 1866.

iniciales que habían inspirado al anteproyecto de ley fundamental, no tanto, como pudiera pensarse, por la profundidad alcanzada en la asimilación de las culturas constitucionales francesa y alemana, a las cuales recurrió, sino precisamente por la incorporada agregación de esas lecturas, cuyo contenido, sin el contexto cultural de gestación que lo caracterizaba, abría un abanico de posibilidades de interpretación, proclive a la acepción quirritaria incluso de los conceptos básicos de persona humana y derechos subjetivos, induciendo a considerarlos como individuo y propiedad, en abierta contradicción con el postulado general de un Estado democrático y social de Derecho.

Parece del todo claro, en efecto, que la Carta de 1980 no sólo se basó, como se ha reiterado en forma unánime por los autores que se han ocupado de ella, en una concepción jusnaturalista de la sociedad, que habla elocuentemente del servicio a la persona humana, sino que internalizó también con fuerza, aunque por agregación, la tesis francesa de la reserva legal y del reglamento independiente, así como la venerable tradición germana teorizada por la escuela dogmática a fines del 1800, con LABAND, GERBER y JELLINEK, que reconocía como derecho únicamente a las materias concernientes a los derechos subjetivos, formulando así aquel clásico criterio de distinción entre lo jurídico y lo administrativo, entre la ley y el acto administrativo, e incluso, por extensión, entre la ley material y la ley formal, con positivos efectos al interior del Imperio en formación.

8. Curiosamente, entonces, la simiente constitucional que buscaba reducir el rol del Legislador a través de la reserva legal y ampliar el campo del Administrador por medio de los reglamentos complementarios de las leyes marco o de bases, a fin de establecer “un Gobierno fuerte, impersonal y dotado de amplios poderes”, sin perjuicio “de la necesidad de una adecuada fiscalización y control de los actos del gobernante”, perfil acuñado por la CENC para el Presidente de la República en su Memorandum de 26 de noviembre de 1973, por efecto de la aplicación de una tesis proindividualidad aplicada por el Tribunal Constitucional a comienzos de 1990, apareció convertida en un producto de signo contrario, reinsertando así en el Derecho chileno la vieja imagen que ni siquiera aceptaron los liberales manchesterianos al demonizar al Administrador por arbitrario y deificar al Legislador por soberano.

9. En análisis posteriores a aquellas sentencias, el Tribunal Constitucional hubo de redefinir esta relación ley-reglamento en términos

si se quiere más cercanos a la realidad del país, lo que le hizo advertir, desde luego, que conforme al texto de la Constitución y a la tradición constitucional del país, la potestad reglamentaria era una eficiente “herramienta con que cuenta el Estado para satisfacer gran parte de las necesidades públicas” (Rol N° 254, de 1997); que nada obsta a que “ella puede ser convocada por el legislador, o ejercida por el Presidente de la República” (Rol N° 370, de 2003), y que las dificultades que estaba presentando su aplicación no podían sino obligarle a concluir que “el principio de legalidad requiere de una interpretación constitucional flexible, racional y lógica” (Fallo Rol N° 254, de 1997).

En esta orientación se mostraron paradigmáticas las sentencias Roles N° 254, de 1997, citada *supra*, y 282, de 1999.

En la primera de ellas, el Alto Tribunal comienza por admitir que “lo complejo y dinámico no puede regularse íntegramente con anticipación, ni puede tampoco reducirse a esquemas interpretativos apriorísticos”, por lo que “resulta inevitable para el buen funcionamiento de la acción estatal” la concurrencia de la potestad reglamentaria como viabilizadora de la ley. “Si no se reconociere al órgano administrativo la posibilidad de acción directa -apunta este fallo Rol N° 254, de 1997, en su considerando 18-, la Ley de Presupuestos quedaría congelada y sin operatividad. Con razón se sostiene en la doctrina que el Ejecutivo es el órgano encargado de instrumentar y efectivizar esta ley” de Presupuestos.

En la segunda de estas sentencias, recaída en el decreto supremo aprobatorio de un Protocolo Adicional suscrito con Bolivia dentro del marco del Tratado de Montevideo, debidamente aprobado en su oportunidad por el Legislador, el Alto Tribunal estableció el importante y recto principio de que la reserva legal estaba dirigida al Legislador y no al Administrador, al manifestar que ella “trae como consecuencia que la ley sólo procederá en los casos que taxativamente se señalan en el artículo 60 (actual 63) de la Constitución Política”, “sin que pueda excluir la potestad reglamentaria que la Constitución Política confiere al Presidente de la República en su artículo 32, N° 8 (actual 6°), para dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes.”

10. Con todo, el cierto grado de flexibilidad que incorporaron al tema estas consideraciones constitucionales, no ha superado el fondo de la dificultad que presenta la relación ley-reglamento en el Código Político de 1980-2005, cuya apretada textura empantana la acción

gubernativa en un mal tejido entramado de disposiciones de protección de ciertos ámbitos jurídicos, que más que mostrarse como garantizador de esas esferas subjetivas, se ha revelado como una muralla pétreo contra la acción jurídica del Administrador.

En efecto, como se acepta *nemine discrepante*, el artículo 63 de la Constitución Política contempla la regulación de una reserva legal máxima. En ese carácter, incluye en su enumeración de materias algunas relativas a los derechos de las personas, derechos que el inciso 2° del artículo 5° privilegia reconociéndolos como limitativos del ejercicio de la soberanía, y respecto de los cuales el artículo 19 numeral 26 reconoce que “los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limitan en los casos que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Este estricto circuito normativo se cierra con el artículo 64 inciso 2°, al excluir de la delegación de atribuciones legislativas que el Congreso Nacional puede realizar en el Presidente de la República, cuanto concierna a las garantías constitucionales. “Esta autorización -prescribe el artículo 64- no podrá extenderse a “(...) materias comprendidas en las garantías constitucionales (...)”, dejando en claro, así, por vía de consecuencia, que efectivamente la Constitución distingue con claridad y rigidiza los campos de regulación de la ley y del acto administrativo.

La historia fidedigna de la Ley N° 19.300, en el informe de la Comisión del Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado, fue explícita al mostrar el alcance de estas disposiciones. “El constituyente -consigna el informe- reconoce los derechos fundamentales de la persona, regulados en el texto de la Constitución, y establece sus límites y las situaciones en que ellos pueden verse afectados. Asimismo, entrega en forma expresa y restrictiva un mandato al legislador para regular, complementar, limitar o restringir tales derechos e imponer obligaciones a su respecto. En este sentido, las normas legales que se dicten no pueden afectar los derechos en su esencia ni significar obstáculos que impidan su libre ejercicio.”

Por consiguiente, concluye manifestando el informe, “sólo la ley puede establecer restricciones al ejercicio de derechos constitucionales con el objetivo preciso y único de proteger el medio ambiente, si por restricciones se entiende reducir a menores límites o grados, o

modificar, el ejercicio de derechos que deben quedar expresamente determinados. De allí que las restricciones que se establezcan en la ley deben ser específicas, concretas y no genéricas, afectando únicamente el ejercicio de derechos garantizados por la Constitución y que deben estar determinadamente señalados en la ley” (Diario de Sesiones del Senado, Sesión N° 47, de 4 de mayo de 1993, anexo de documentos, página 5652)”.³¹

11. En todo caso, no es ésta la única visión jurisprudencial que se ha dado en los escenarios de la justicia chilena.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en los autos proteccionales caratulados “Lota Protein S.A. con S.E. el Presidente de la República y otro”, Rol N° 1224-2006, en fallo confirmado por la Corte Suprema de Justicia (Rol N° 4267-2006), concluyó que se ajustaban a derecho las disposiciones del Reglamento de Observadores Científicos designados de conformidad con la Ley N° 19.713, a la cual ejecuta, pese a contener una serie de imposiciones que afectaban a los armadores de barcos y a los gerentes o administradores de las plantas de pesca industrial, por cuanto “las obligaciones impuestas por el reglamento impugnado son consecuencia directa, natural y lógica del desarrollo y precisión de las obligaciones genéricamente enunciadas por el artículo 19 de la Ley N° 19.713, (...) sólo establecen los medios necesarios y racionales para llevar a cabo el objetivo de la norma, esto es, que los observadores científicos puedan ejecutar su labor de recopilación y toma de información biológica-pesquera (...) Su misión es recopilar y tomar información biológica-pesquera, siendo atribución exclusiva de la Subsecretaría que los designa y manda, determinar si la información por ellos recopilada o tomada les es o no de utilidad, no correspondiéndole al particular hacer un juicio de mérito sobre ello, pero en todo caso el observador científico debe tener las facilidades para cumplir el mandato legal, ya que verlo de otra forma truncaría el objetivo de la norma” (considerando 9°).

12. De esta manera, el objetivo político de 1973 de propender a la formación de “propietarios” y no “proletarios” en el país, expuesto por la “Declaración de Principios del Gobierno de Chile” de 1974, encontró un abonado asidero teórico en la interpretación conservadora de

³¹ Informe citado por el considerando 48 del fallo Rol N° 325, de 2001.

la literalidad de las Constituciones francesa y alemana, para implantar por medio de ellas un inédito cerrojo de aislamiento a cuanto se estimara intromisión administrativa, a través de la imposición de esta reserva máxima legal, concebida, no como una restricción para el Legislador, sino como una limitación para el Administrador, y al ver reflejado en el espejo jusnaturalista de ascendencia hispana, la teoría germana de los derechos de las personas, aunque despojada de sus respectivos contextos político-institucionales.

Ha sido este núcleo de convergencia de fuentes aceptadas y no explicitadas por el constituyente, el que ha gestado los análisis normativos del Tribunal Constitucional para explicarse y explicar la relación entre la ley y el reglamento en la Carta de 1980-2005. Las sentencias que así lo revelan transmiten la convicción que para la Alta Magistratura hay aquí algo más que una simple operación aplicativa de la Constitución, pues, según confiesa en el fallo Rol N° 370, de 2003, la solución de esa interdependencia ha de encontrarse en la consideración integral del Código Político, esto es, en el “respeto de los valores esenciales, todos reconocidos en nuestra Constitución, como son los concernientes al Estado de Derecho, la separación de órganos y funciones estatales, la certeza o seguridad jurídica y la supremacía de la Carta Fundamental con el control previsto en ella para infundirle eficacia” (considerando 13°).

6. LA RESERVA DE LEY, SUS NIVELES Y EXIGENCIAS, Y EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.

1. Si bien es cierto que el artículo 63 de la Constitución Política prescribe en su encabezamiento que “Sólo son materias de ley”, sugiriendo así contener una enunciación taxativa de objetos legislativos, no es menos efectivo que esa enunciación es altamente especiosa, pues se complica al incluir en sus numerales 1° y 2° dos remisiones a materias genéricas. Una, formulada a “Las que en virtud de la Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales” (N° 1); la otra, hecha a “Las -materias- que la Constitución exija que sean reguladas por una ley” (N° 2).

2. Por eso, se admite por la doctrina y la jurisprudencia que más que una enumeración de materias, este artículo contiene aquella institución jurídica que sustantivamente se denomina reserva legal y que

es la fórmula jurídica que circunscribe la competencia del Legislador precisando la esfera amplia o restringida de los asuntos que son propios de su competencia. En verdad, la reserva legal es vista, particularmente en su modalidad de reserva legal máxima, como “un principio restrictivo que trae como consecuencia que la ley sólo procederá en los casos que taxativamente se señalan en el artículo 60 (actual 63) de la Constitución”, en los términos del fallo Rol N° 282, de 1999, del Tribunal Constitucional, aunque en la práctica, como se ha expresado supra, ha demostrado estar jugando un rol muy diferente.

3. Por hallarse regulada de una manera aparentemente taxativa y contener variadas posibilidades reguladoras, el Tribunal Constitucional hubo de consignar, como lo hizo en su sentencia Rol N° 254, de 1997, que ese artículo 63 no presenta una homogeneidad de normación, pues “en ciertos casos, la regulación de algunas materias por parte del legislador no [está llamada con] la misma amplitud y profundidad que otras. Es por ello que hay casos en que la fuerza de la reserva legal puede ser calificada de absoluta o relativa. En este último caso, incumbe un mayor campo de acción a la potestad reglamentaria subordinada, siendo propio de la ley señalar sólo las bases, criterios o parámetros generales que encuadran el ejercicio de aquella potestad. Ello ocurre cada vez que la Constitución emplea expresiones como “con arreglo a la ley”, “de acuerdo con las leyes”, “con sujeción a la ley”, “de acuerdo a lo que determine la ley” o “en conformidad a la ley”, v.g. en los artículos 10, N° 4; 24 inciso segundo; 32, N° 22; 87 y 94 de la Constitución” (considerando 26).

4. En la reserva legal relativa se está constitucionalmente en presencia de un nivel de habilitación reglamentaria de primer grado, precisó la sentencia Rol N° 370, de 2003; en la reserva legal absoluta, de un nivel de habilitación de segundo grado, ya que “el sistema de reserva y dominio legal imperante en la Constitución en vigor -en palabras del considerando decimoquinto de este fallo-, se estructura en dos niveles de ejercicio de la potestad legislativa.”

“El primero de tales niveles de reserva está previsto en los artículos 32 N° 8 (actual 6°) y 60 (actual 63) de la Constitución, siendo de alcance general y de común aplicación en todos los casos en que ella ha situado en el dominio de la ley la regulación de una materia.”

“En cambio, el segundo de aquellos niveles de reserva se halla contemplado en disposiciones constitucionales específicas, siendo necesario concluir que, en algunas de ellas, la reserva es más absoluta que en otras.”

“(…) cuando la Carta Fundamental ha previsto la reserva legal con carácter más absoluto, la regulación del asunto respectivo por el legislador debe ser hecha con la mayor amplitud, profundidad y precisión que resulte compatible con las características de la ley como una categoría, diferenciada e inconfundible, de norma jurídica” (considerando 17°); ya que en ella “el Poder Constituyente exige el desempeño de la función legislativa con un grado mayor de rigurosidad en la amplitud de la temática regulada, minuciosidad de la normativa que dicta, profundidad o grado de elaboración en los textos preceptivos que aprueba, pronunciamientos sobre conceptos, requisitos, procedimientos y control de las regulaciones acordadas y otras cualidades que obligan a reconocer que, el ámbito de la potestad reglamentaria de ejecución, se halla más restringido o subordinado” (considerando 18°); en estos casos, “el legislador debe conciliar la generalidad, abstracción e igualdad de la ley, así como sus características de normativa básica y permanente, por un lado, con la incorporación a su texto de los principios y preceptos, sean científicos, técnicos o de otra naturaleza, que permitan, sobre todo a los órganos de control de supremacía, concluir que el mandato constitucional ha sido plena y no sólo parcialmente cumplido. No puede la ley, por ende, reputarse tal en su forma y sustancia si el legislador ha creído haber realizado su función con meros enunciados globales, plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales. Obrar así implica, en realidad, ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica” (considerando 19°).

Los supuestos de reserva legal absoluta, a juicio del Tribunal, traen consigo para el Administrador el deber de inhibirse de entrar al campo reservado al Legislador, y “la potestad reglamentaria, en su especie o modalidad de ejecución de los preceptos legales, (...) la

única que resulta procedente invocar en relación con las limitaciones y obligaciones intrínsecas a la función social del dominio [por ejemplo...] puede ser convocada por el legislador, o ejercida por el Presidente de la República, nada más que para reglar cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercanas a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular. Tal intervención reglamentaria, por consiguiente, puede desenvolverse válidamente sólo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevada a la práctica” (considerando 23°).

5. La ley de reserva legal absoluta, por hallarse per se en el deber de contener una mayor masa legislativa, restringe, por eso, pero no enerva, el ejercicio de la potestad reglamentaria, en concepto del Tribunal Constitucional. Solo la condiciona, obligándola a atenerse estrictamente a los caracteres ejecutivos que determina la Carta Política.

Por lo tanto, no basta la fuente constitucional de la potestad reglamentaria ni es suficiente con que la ley misma cometa explícitamente al Presidente de la República la dictación de un reglamento para normar una ley de reserva absoluta; para que el ejercicio de la prerrogativa administrativa de reglamentar se entienda ajustado a la Constitución, ha dicho el Alto Tribunal, es necesario, adicionalmente, que el Presidente de la República actúe respetando lo que es en sí una ley de reserva absoluta.

El fallo Rol N° 325, de 2001, confirmado el año 2003 por la sentencia Rol N° 370, concluyó al respecto en este sentido, que los caracteres diferenciadores de una ley dictada en materia de reserva legal absoluta, la obligaban ante todo a ser suficiente ante el mandato de la Carta Fundamental. Porque, dice el fallo, “(...) -aunque- ocurre con frecuencia que sea la misma ley la que convoque la potestad reglamentaria, o [de no ser así] que por tratarse de una ley de bases, por su carácter general, sea indispensable el uso de esta potestad de ejecución” (considerando 41), esta convocatoria o actuación de oficio no bastan por sí solas para entender que se ha dado cumplimiento al principio de la supremacía constitucional, puesto que “las disposiciones legales que regulen el ejercicio de estos derechos, deben reunir los requisitos de “determinación” y “especificidad”. El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa,

las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad. Por último, [por medio del reglamento] los derechos no podrán ser afectados en su esencia, ni imponerles condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”

“Cumplidas que sean dichas exigencias, es posible y lícito que el Poder Ejecutivo haga uso de su potestad reglamentaria de ejecución, pormenorizando y particularizando, en los aspectos instrumentales, la norma para hacer así posible el mandato legal” (considerando 40).

El derecho de propiedad o dominio “se halla, en variados aspectos, sometido al principio de reserva y dominio legal, en el sentido dual o copulativo que ha sido explicado –hizo ver el fallo Rol N° 370, de 2003-, es decir, tanto en sus disposiciones comunes o generales, previstas en los artículos 32 N° 8, 60 y 19 N° 26 de la Constitución, como en sus preceptos específicos. Así sucede, por ejemplo, a propósito del establecimiento de las limitaciones y obligaciones del dominio, derivadas de la función social que le es intrínseca, de acuerdo a lo mandado en el artículo 19 N° 24 inciso segundo de ella. En efecto, la disposición recién aludida, concerniente a la propiedad, preceptúa que “Sólo la ley puede establecer (...) las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”, mencionando, en seguida, las cinco causales genéricas, pero taxativas, invocando una o más de las cuales el legislador se halla habilitado para imponer tales delimitaciones o restricciones por el motivo advertido.

Parece obvio, agregó esta sentencia, que “donde la Carta Fundamental ha previsto el doble principio de reserva y dominio legal descrito, lo ha hecho con la deliberada voluntad de fortalecer o reforzar la exigencia que conlleva ese principio, excluyendo, o restringiendo, cualquier injerencia de la potestad reglamentaria en la materia. En consecuencia y con análogo sentido de estricto rigor deberá ser interpretada y aplicada la norma general de la Constitución que contempla tal potestad reglamentaria de ejecución, porque no puede ser regulado a través de ella cuanto, reiterada y claramente, el Poder Constituyente ha confiado, con cualidad privativa e indelegable, al dominio de la ley” (considerando 22°). Esta potestad, en “su especie o modalidad de ejecución de los preceptos legales”, procederá “nada más que para reglar cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercanas a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la

ley impiden o vuelven difícil regular. Tal intervención reglamentaria, por consiguiente, puede desenvolverse válidamente sólo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevada a la práctica” (considerando 23°).

6. De modo, entonces, que para el Tribunal Constitucional la potestad reglamentaria del Presidente de la República, en cuanto ejecutora de la ley, nace de la Constitución, es una prerrogativa propiamente administrativa; surge como un instrumento indispensable en la conformación del ordenamiento jurídico, pero su ejercicio se encuentra subordinado al nivel de reserva legal desarrollado por el Legislador.

7. Análisis crítico de la relación entre ley y reglamento: entre la actuación sublegem, intra jus o por políticas públicas en la Administración del Estado de Chile.

1. La forma occidental de organización social se instaló en Chile el año 1541 (# 4.1), se mantuvo en el tiempo bajo los Austrias y los Borbones, asimiló la filosofía libertaria de las revoluciones norteamericana y francesa del siglo XVIII, y llegó a estructurarse, con la Constitución de 1833, como un Estado constitucional de primera generación de especiales características (# 4.2 y 4.3).

2. En el campo del Derecho Público, la Carta de 1833, teniendo a la vista la de Cádiz de 1812, reconoció al Presidente de la República como el órgano depositario de una “autoridad” plena en “todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes”, como se lee en el actual artículo 24 de la Constitución 1980-2005, que mantiene la regla del mil ochocientos, otorgándole como facultad especial suya, en el artículo 32, numeral 6°, la prerrogativa de dictar “reglamentos, decretos e instrucciones” para la ejecución de las leyes, los primeros, en virtud de la potestad reglamentaria; los segundos, merced a la potestad decisoria o resolutoria; las terceras, haciendo uso de su potestad jerárquica.

A su vez, confirió al Legislador, constituido por el Presidente de la República y el Congreso Nacional, la facultad de aprobar las leyes, estableciendo las materias que deberían regularse por medio de una ley. La expresión “Sólo en virtud de una ley se puede”, fue la fórmula clásica empleada con ese propósito por las Constituciones chilenas hasta 1980. Desde este año en adelante, se recurrió a la fórmula “Sólo son materias de ley”.

3. La legitimidad de origen y de ejercicio del poder del Estado, según los criterios de 1833, emanaba del hecho de ejercer el Estado la soberanía nacional en los términos definidos por el mundo occidental (# 1.1., 3), de modo que bien pudo el Código Civil, en 1855, definir a la ley como “una declaración de la voluntad soberana”, expresando así su naturaleza supraordenadora de los órganos del Estado, de la sociedad y de los ciudadanos en forma incontrarrestable o absoluta, posición que vista desde la óptica de su autor, el legislador, importaba reconocerle plenas atribuciones de determinación de las materias legibles, la extensión y profundidad de su regulación y la oportunidad de su dictación, modificación o derogación.

4. En este contexto, el Presidente de la República, autoridad llamada privativamente a gobernar y a administrar el Estado, como lo prescribía y prescribe el artículo 24 de la Constitución de 1980-2005, bien podía adoptar todas las medidas que demandara la satisfacción del orden público en el interior y la seguridad externa, en tanto y en cuanto esas determinaciones respetaran las “atribuciones propias de los otros Poderes Públicos”, no invadieran las atribuciones correspondientes a otras “autoridades”, tampoco limitaran “las garantías individuales ni -ofendieran- derechos fuera de los casos expresamente previstos en la misma Constitución o en las Leyes”, según las conocidas expresiones de don JORGE HUNEEUS (# 5.2), sin perjuicio de cuidar de la marcha del país dentro del orden jurídico legal, sometido al Principio de la Legalidad, correspondiéndole en tal carácter, como atribución especial suya, velar por la debida ejecución de las leyes.

5. Los antecedentes que ilustran la gestación y el desarrollo de la Constitución Política de 1980 confirman el propósito de quienes elaboraron su texto, de continuar con esta línea institucional. Así, por ejemplo, lo demuestra el ostensible deseo manifestado por la CENC de establecer “un Gobierno fuerte, impersonal y dotado de amplios poderes”, sin perjuicio “de la necesidad de una adecuada fiscalización y control de los actos del gobernante”, como lo consignó el Memorandum elevado al Gobierno por la CENC en 26 de noviembre de 1973, y el propósito explícito de terminar con las leyes agotadoramente detallistas y ostensiblemente desordenadas, cuando no misceláneas, elevando a la ley al nivel de “una norma de carácter general dirigida al bien común”, sin que esta cualidad suya pudiera significar, “en caso alguno, invadir el campo de la potestad reglamentaria del Presidente de la República”,

como consignan las Actas de esa CENC, en su sesión 11ª, de 30 de octubre de 1973.

Dado este posicionamiento en que se preveía al Gobernante Administrador, existió también en la CENC la marcada intención de restringir el ámbito del legislativo. Ello explica que el término de sus actividades estuviera persuadida que su anteproyecto, el actual artículo 63 tiene ese contenido, implicaba limitar “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”, sin afectar las atribuciones del Presidente de la República, pues todo cuanto no estuviera comprendido explícitamente en el artículo 63 de la Carta Fundamental “caería dentro del campo de la potestad reglamentaria, la cual sale fortalecida”, como constató el profesor RAÚL BERTELSEN REPETTO en la sesión 355ª, de 20 de abril de 1978, de las celebradas por esa CENC, y lo confirmó la práctica política y jurídica del país en todos estos años, al aceptar unánimemente la vigencia de un Estado de Derecho y de una adecuada organización y funcionamiento de los Poderes del Estado en los términos que siempre había conocido el país.

6. En estas condiciones, es desconcertante para el analista jurídico encontrarse con afirmaciones posteriores que desautorizaron el camino antes recorrido en pro de tesis abiertamente opuestas a los hitos fijados por el constituyente.

Entre estas afirmaciones destaca, desde luego, lo actuado por el Tribunal Constitucional en 1992, que desde su alta investidura y en un franco espíritu de conciliar desde un plano mayor las dificultades hermenéuticas que la doctrina levantó dentro del texto del Código Político, no logró, sin embargo, superar el estrangulamiento gubernativo administrativo creado por la interpretación asignada a la reserva legal máxima contemplada en su artículo 63, al sostener, como lo hizo, que mediante esta reserva “el constituyente entrega al legislador y no al administrador la facultad de disponer cómo deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse” (fallo Rol N° 146, de 1992, # 5.5), operación interpretativa que claramente amputó del cuerpo constitucional el ejercicio de la potestad constitucional de ejecución de la ley concebida como atribución “especial” del Presidente de la República.

Su doctrina posterior, en orden a distinguir entre reservas absolutas y relativas, sin duda introdujo un elemento de flexibilización en la

tesis que había perfilado en este fallo, pero al caracterizar a la reserva legal como lo hizo en esta nueva oportunidad, mantuvo también aquella rigidez inicial, al asignar a esta cualidad de absoluta el efecto de ser el elemento condicionante de la existencia misma de la ley, de modo que de no reunir los caracteres que en su sentencia Rol N° 325, de 2001, denomina de determinación y especificidad, en verdad no hay ley.

“El desempeño de la función legislativa debe cumplirse en estos casos –recalcó el fallo Rol N° 370, de 2003– con un grado mayor de rigurosidad en la amplitud de la temática regulada, minuciosidad de la normativa que dicta, profundidad o grado de elaboración en los textos preceptivos que aprueba, pronunciamientos sobre conceptos, requisitos, procedimientos y control de las regulaciones acordadas y otras cualidades que obligan a reconocer que el ámbito de la potestad reglamentaria de ejecución, se halla más restringido o subordinado”. Si no se cumplen estos requisitos, “No puede la ley, por ende, reputarse tal en su forma y sustancia” (# 5.9).

7. Cualquiera sea la explicación jurídica a que se recurra para justificar dentro de los parámetros antes indicados la relación entre la ley y el reglamento, ella no logra superar el estrangulamiento institucional a que se ha sometido la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

Se quiera o no, estas conclusiones afectan las bases de una concepción institucional que habría permitido estabilizar jurídicamente un Estado administrativamente Gerencial; económicamente Regulador y políticamente Democrático y Social de Derecho, en tanto y en cuanto se hubiesen viabilizado los elementos que posibilitaban su realización, entre los cuales se encuentra la clave de bóveda de afianzar a la autoridad que fija y aplica las políticas públicas de país que modelan el desarrollo social, cultural y económico de la nación, y que en la Constitución 1980-2005 es el Presidente de la República.

Ello, sin hacer caudal del hecho de que tal tesis ampliativa del campo del Legislador y restrictiva de la esfera del Administrador esparce manchas de duda en numerosos sectores regulados por normas administrativas tramitadas y tomadas razón en su oportunidad por hallarse ajustadas a Derecho, y cuyos efectos bien podrían desconocerse ahora bajo el creado estigma de la inconstitucionalidad.

8. Desde otro ángulo de observación, es necesario recordar que el constitucionalismo francés y el alemán discurrían en direcciones

diferentes al modelo que se tiene en vista como único por la doctrina nacional.

El gran publicista GEORG JELLINEK lo puso tempranamente de manifiesto en su “Teoría general del Estado”, disintiendo de la tendencia asimiladora del pensamiento francés que caracterizó la obra administrativa de OTTO MAYER. “La situación de los monarcas alemanes -consigna JELLINEK en su obra- no se deja encerrar dentro de la antigua concepción francesa -de los tres poderes del Estado-, ya que ellos no representan nunca exclusivamente el poder ejecutivo y porque, además, dado el nexo íntimo de toda la vida del Estado, es imposible hacer una exposición de las funciones ateniéndose a los órganos correspondientes”³².

Para Francia, el esfuerzo por superar el estatus de la monarquía absoluta para establecer un gobierno constitucional derivó en el reconocimiento de la soberanía de origen como residente en la nación, desconociéndola en la persona del gobernante, y atribuyendo su ejercicio al Estado. Para Alemania, por el contrario, nacida de numerosos principados y constituida en Imperio en 1871, la soberanía se entenderá *ab initio* radicada en el Kaiser, en el emperador. Mientras para Francia, las asambleas legislativas representaban propiamente al soberano nación, por provenir de esa fuente, en Alemania las asambleas legislativas sólo ejercían soberanía por atribución, en las materias entregadas a su decisión por la Constitución otorgada por el soberano. Mientras para Francia las materias de ley eran aquellas que el constituyente estimaba esenciales para la nación, en Alemania sólo se consideraba Derecho cuanto concernía a la esfera subjetiva de los particulares, distinguiendo entre ley material y ley formal, y adscribiendo los asuntos del Estado a la esfera administrativa, no a la del Derecho. Esto explica, también, que mientras en Francia los servicios públicos y los cargos públicos se creaban por ley, en Alemania lo fueran por decreto.

No es únicamente, entonces, el hecho de que Alemania no haya compartido histórica ni sociológicamente la teoría de los tres poderes del Estado lo único que distanciaba a estas dos grandes naciones en el ámbito público; se trata, en verdad, de que Francia y Alemania, perteneciendo ambas a la Europa occidental, compartiendo los mismos

³² JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Editorial Albatros, 1954, p. 460.

valores occidentales ante la persona y el poder público; entroncándose ambas en la familia romana justineana, con Derecho escrito y admisión del sistema de las *duae sunt positiones*, construyeron, sin embargo, dos profundas culturas propias que se expresaron de manera distinta en las concepciones jurídicas, en los modos de aplicación del Derecho y en las relaciones de vida entre las personas, imprimiéndole a todo el conjunto conformador de lo francés y de lo alemán una idiosincrasia que las hace ser tales, la una y la otra, en el concierto de naciones, y no sólo recursos técnicos legislativos, en la especie, que se concilien con el lenguaje jurídico chileno en su contenido sustancial.

9. En esos países, por lo demás, se logró una arquitectura política jurídica que ha demostrado su vitalidad cultural mostrándose hasta hoy, pese al tiempo transcurrido y a las nuevas ideas que ha incorporado, paradigmática en su tipo para países menos desarrollados, demostrando la armonía de sus líneas y la superación de todo germen de contradictoriedad en el diseño constitucional.

Porque el efecto que se hace derivar de la reserva legal de ascendencia francesa en la Constitución chilena, sitúa al Gobernante Administrador, al contrario de lo que sucedió en Francia, no sólo en una posición institucional incómoda, sino imposible de sostener ante la realidad nacional e internacional, y desde luego, en una situación de subordinación inmediata al Legislador, no soñada siquiera por los liberales manchesterianos del mil ochocientos en sus arranques del más extremo individualismo, pese a tratarse en el mundo de ayer y de hoy de una autoridad por esencia realizadora de los fines estatales, que en el mundo contemporáneo, más que antes, requiere ser reconocida y respetada en su cabal sentido de conductora de los negocios del país.

Con las nuevas interpretaciones, el Gobernante Administrador, llamado en el siglo XXI a la eficiencia y a la eficacia en el actuar de un contexto económico globalizado de fronteras abiertas y libre circulación de personas y bienes, se ve privado de todo poder propio de decisión, careciendo de voluntad independiente frente a su sometimiento al Congreso Nacional respecto a “cómo deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse”, en expresiones del Tribunal Constitucional, válidas para todas las materias llamadas de reserva absoluta.

En estas circunstancias, emerge clara la respuesta al porqué el Gobierno enfatiza sus políticas públicas, centrando su actividad más

en el estudio, aprobación y ejecución de políticas públicas, internas y externas; sociales, culturales y económicas, rehuyendo el ámbito propiamente jurídico.

La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado dictada el año 1986, estimuló esta forma de proceder al asignar a los Ministros la conducción de sus respectivos Ministerios, “en conformidad con las políticas e instrucciones que aquél imparta”, reconociéndoles a la vez la facultad de “proponer y evaluar las políticas y planes correspondientes” a su sector (artículo 22, inciso 2°); y a los Subsecretarios, consecuentemente, “la coordinación de la acción de los órganos y servicios públicos del sector” (artículo 24), reservando a los servicios públicos el rol de ejecutores, no de la ley, sino de “las políticas, planes y programas” ministeriales aprobados en conformidad a sus preceptos (artículo 28).

La Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional y la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, fundadas en los artículos 113, inciso 2°, y 118, inciso 4°, contienen normas análogas a éstas, al regular las formas de actuación de estos órganos administrativos personificados en sus territorios jurisdiccionales.

Por lo demás, ha de recordarse que jamás se ha desconocido la aptitud del Presidente de la República para fijar estas políticas públicas. Desde luego, la Constitución ha sujetado desde 1833 a las autoridades regionales a las leyes, pero también, por ser sus representantes naturales e inmediatos, “a las órdenes e instrucciones del Presidente”, como lo señala el actual artículo 111 de la Carta Política, y el Tribunal Constitucional, en su fallo Rol N° 78, de 1989, así también lo ha corroborado al afirmar que en su carácter de Administrador, son “atribuciones tuyas, entre otras, la de fijar la política tributaria, arancelaria, presupuestaria, de fijación de precios, de remuneraciones, de creación de servicios públicos, de recaudación de las rentas públicas y de su inversión conforme a la ley, de seguridad social y negociación colectiva; la política minera, agropecuaria, forestal, pesquera, etc.” (Rol N° 78, de 20 de septiembre de 1989, considerando 16°).

En su sentencia Rol N° 591, de 2006, esta Alta Magistratura confirmó expresamente esta tesis en su considerando decimotercero, al manifestar que “le corresponde al Presidente de la República la determinación de las políticas nacionales”.

Con todo, no existe una regulación constitucional que determine cómo deben aprobarse las políticas y los planes gubernativos administrativos, aunque no puede ponerse en duda dentro de la dinámica constitucional que ha de hacerse mediante acto administrativo formal sujeto a la tramitación prescrita por la Constitución y la ley, puesto que en el campo del Derecho Público el Jefe de Estado, si de él se tratara, declara su voluntad oficial por medio de reglamentos, decretos e instrucciones, como lo preceptúa el artículo 32 numeral 6° de la Constitución.

10. Pero, más allá de su disponibilidad, son muchos los inconvenientes que acarrea esta forma cameralística de dirigir el país.

Algunas debilidades de gestión, como fondos públicos consultados, aprobados y no invertidos, y ciertos focos calificados por los medios políticos y de comunicación como núcleos de corrupción, por ejemplo, encuentran su explicación en la insuficiencia jurídica demostrada por el actuar del Gobierno y se nutre de esta disociación engañosa entre lo que debe ser un Gobierno sometido al Derecho y una necesidad práctica de impulsar el país, satisfecha a través de la flexibilidad de las directivas internas y de las políticas públicas nacionales, regionales y comunales, que por no crear, modificar ni extinguir derecho objetivo ni subjetivo, son de rápida implementación, posterior regularización caso a caso y escaso margen de control ³³.

En todo caso, y aun reconociendo la necesidad de desregular y desformalizar el Derecho chileno vigente, parece evidente que falta afrontar constructivamente estos temas. En un Estado de Derecho sólo se puede actuar dentro del contexto jurídico y la actividad ordenada conforme a directrices de política gubernamental o a consideraciones programáticas de orden sociológico o económico, sin considerar la solidez que les da el Derecho, indefectiblemente ha de polucionar el ejercicio de la autoridad y producir factores de responsabilidad pública,

³³ El mismo Tribunal Constitucional se ha estimado incompetente para conocer de impugnaciones que se refieran a la conveniencia u oportunidad de una medida. “Como reiteradamente se ha declarado por esta sede, dichos juicios de mérito, oportunidad o conveniencia, se encuentran radicados en los órganos de los cuales emana la respectiva regulación. No es en consecuencia procedente un requerimiento enderezado a que este Tribunal se aboque a analizar y decidir más allá de su esfera de atribuciones, que en esta materia importa sólo un examen jurídico de constitucionalidad del impugnado decreto”, ha reiterado en el considerando 38 de su sentencia Rol N° 325, 26 de junio de 2001, considerando 38°.

los que por configurar las columnas de sustentación del sistema republicano son ineludibles dentro del sistema en vigor, agudizados por la creciente judicialización de los temas de políticas públicas en materia de obras públicas, vivienda, salud pública y educación que muestra la realidad, y cuyas últimas manifestaciones se han concretado en la impugnación de un decreto supremo autorizatorio de la distribución de la llamada “píldora del día después”, medida consultada en las políticas de control de la natalidad del Gobierno, en las demandas por publicidad engañosa anunciada contra el Estado por egresados de la enseñanza media que no obtuvieron ayuda estatal para proseguir sus estudios superiores, pese a encontrarse consultada en la política de estímulo para el sector en el año 2006, en las reacciones negativas que ha suscitado desde el 12 de febrero de 2007 la puesta en marcha del proyecto Transantiago.

En el escenario de estas vicisitudes, la senadora EVELYN MATTHEI ha encendido una alarmante luz roja en el escenario institucional. Frente a la libertad reconocida al Gobierno en el diseño e implementación de políticas públicas, la senadora MATHHEI ha advertido categóricamente que es “hora de revisar las atribuciones del Ministerio de Transportes, quitarle atribuciones y hacer que algunas cosas que hoy día se hacen por decreto, sean materia de ley”, motivada por los airados reclamos de la población por las deficiencias iniciales que presentó la activación de ese Proyecto Transantiago, cuyo objetivo es transformar completamente el transporte público de la Región Metropolitana y que inició su funcionamiento con serios problemas de operación³⁴.

Demás está decir que de prosperar esta iniciativa se ampliaría el ámbito de la reserva legal máxima, con las consecuencias ya advertidas con anterioridad.

11. El análisis de la relación entre la ley y el reglamento no se resuelve, pues, sólo en un examen dialéctico de la interacción entre dos importantes tipos de textos jurídicos, como son los que ellos representan. Se quiera o no, se proyecta en forma gravitante hacia los roles y funciones que desempeñan y ejercen en la institucionalidad constitucional el Legislador y el Gobernante Administrador.

³⁴ Véase: Diario El Mercurio de Santiago, lunes 19 de febrero de 2007, pág. C 7.

En esta proyección, las atribuciones radicadas en uno y otro órgano estatal han demostrado contener en su interior virulentos gérmenes de disociación que buscan expandirse en el caldo de cultivo que crean los tiempos doctrinales y políticos partidistas, y cuya demostración más cercana la constituye el hecho de haber sido capaces de llevar el péndulo del poder desde el extremo Presidente de la República hacia el recinto del Congreso Nacional, en interpretaciones que todavía no logran estabilizar un modelo político de país, un código de valores que asuma e interprete la tradición de la nación presidencial chilena y permita afrontar con éxito los requerimientos del mundo contemporáneo.

Los artículos 1° inciso 4° del Código Fundamental y 3° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, vivenciando un mandato finalista y desformalizador, en tanto, siguen requiriendo de la Administración Pública una acción vigorosa al servicio de la persona humana y del bien común, a prestar un eficiente servicio público y a impulsar el desarrollo sustentable del país, y de las regiones de la República, en la definición de función administrativa acuñada por el constituyente de 1991 y el legislador orgánico constitucional de 1999, en la precaria plataforma que en este momento le ofrece el pensamiento chileno en su amplificación del papel del Legislador³⁵, cuyos efectos erosionan la posibilidad de actuación de un Estado administrativamente Gerencial, económicamente Regulador y solícitamente Democrático y Social de Derecho, dentro de la Constitución Política de 1980-2005.

³⁵ En efecto, al discutirse la ley de reforma constitucional N° 19.097, de 1991, las Comisiones Unidas del Senado y de la Cámara de Diputados coincidieron en definir a la función administrativa como un “conjunto de atribuciones que se orientan más bien a la consecución de los objetivos de poder público en materia de desarrollo y funcionamiento de los servicios públicos” (véase: Diario de Sesiones del Senado, sesión 23ª, 6 de agosto de 1991, Discusión particular, artículo 7°. Cámara de Diputados, sesión 37ª, 9 de septiembre de 1991, Discusión y votación particular del proyecto, artículo 7°). La ley N° 19.653, por su parte, que me correspondió redactar y tramitar en el Congreso Nacional en calidad de asesor externo de la Presidencia de la República, incorporó a la LOCBGAE su actual artículo 3°, que incluyó esa definición sustancial de Administración Pública al ordenamiento chileno (véase esta ley en www.bcn.cl).