

Reglamento autónomo en la fallida propuesta de Constitución de 2022: Una isla de despotismo. Análisis basado en el texto, contexto e historia fidedigna de su establecimiento

Autonomous regulation in the failed Constitution proposal of 2022: An island of despotism. Analysis based on the text, context and reliable history of your establishment

Alejandro Vergara Blanco¹

El presente trabajo abarca el desarrollo de las tres bases de la democracia, las que son a la vez los tres valores esenciales de la disciplina del Derecho administrativo. Se trata nada menos que de la separación de poderes, del principio de legalidad y del respeto de los derechos y garantías de los ciudadanos, los que observo de manera comparada y sintética tanto en la Constitución vigente como en la fallida propuesta de Constitución de 2022. El foco de atención de este documento es la revisión del caso específico del reglamento autónomo en la señalada fallida propuesta de

This paper covers the development of the three foundations of democracy, which are at the same time the three essential values of the discipline of Administrative Law. It is nothing less than the separation of powers, the principle of legality and respect for the rights and guarantees of citizens, which I observe in a comparative and synthetic manner both in the current Constitution and in the failed Constitution proposal of 2022. The focus of attention of this document is the review of the specific case of the autonomous regulation in the aforementioned failed Constitution

RESUMEN / ABSTRACT

¹ Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, España. Post Doctorado en Derecho por la Université de Pau et des Pays de l'Adour, Francia. Correo electrónico: alejandro.vergara@uc.cl. Dirección postal: Avenida Bernardo O'Higgins 340, Facultad de Derecho, Santiago de Chile.

Artículo recibido el 2 de noviembre de 2022 y aceptado el 16 de diciembre de 2022.

Constitución de 2022, la posición en que quedaría entre las fuentes del Derecho, los eventuales mecanismos de control de este, las consecuencias en la institucionalidad y en la *praxis* del Derecho administrativo. Este es un análisis dogmático basado en el texto, contexto e historia fidedigna de los artículos conexos con la materia.

Palabras clave: Democracia, Derecho administrativo, reglamento autónomo, propuesta de Constitución, separación de poderes, principio de legalidad, control, derechos y garantías.

proposal of 2022, the position in which it would remain among the sources of Law, the possible control mechanisms of this, the consequences in the institutionality and in the *praxis*. of administrative law. This is a dogmatic analysis based on the text, context and authoritative history of the articles related to the subject.

Keywords: Democracy, Administrative law, autonomous regulation, Constitution proposal, separation of powers, principle of legality, control, rights and guarantees.

Introducción

El Derecho administrativo es aquella disciplina *práctica* del Derecho que ofrece al ciudadano la respuesta sobre cómo enfrentarse a los poderosos órganos administrativos (al “Estado”, en la jerga popular); esto es, aquellos organismos estatales que no forman parte del poder legislativo ni del poder jurisdiccional. Esta disciplina regula y estudia la relación jurídica que cada día, y en muchas situaciones de su vida social, vincula a cada ciudadano con alguno de los órganos administrativos que conforman aquel fenómeno que llamamos “Administración del Estado”, a cuya cabeza está el Presidente de la República. En el diseño vigente, usual en las más sanas democracias de Occidente, el poder ejecutivo tiene por misión *ejecutar* las leyes que aprueba el poder legislativo, y es en base a tales leyes que es juzgado por el poder judicial. En otras palabras, la ley es una fuente del Derecho que debe ser obedecida por el Presidente de la República y toda la Administración. Así se construye la tríada del Estado de derecho y la democracia: separación de poderes, principio de legalidad y respeto de los derechos y garantías de los ciudadanos.

Pero la *fallida propuesta* de Constitución de la Convención Constitucional de 2022 (la que fue rechazada por la ciudadanía el 5 de septiembre de ese año, de ahí que cabe hablar de la *fallida propuesta*) venía a transformar ese papel de *ejecución* de las leyes que tiene hasta ahora el Presidente, posibilitándole *crear* mandatos regulatorios, al mismo nivel que las leyes, a través de la técnica de los *reglamentos autónomos*.

El intento de este ensayo es, primero, comparar la situación en la Constitución vigente y en la propuesta, para, luego, mostrar *en concreto* los efectos que la propuesta pudo ocasionar en la institucionalidad democrática y respeto de los ciudadanos al alterarse así el sistema de fuentes del Derecho, dado que el intento es situar al reglamento autónomo al mismo nivel jerárquico que la ley. Varios de los argumentos que aquí señalo tuve oportunidad

de adelantarlos en algunas intervenciones en seminarios y de modo sintético a través de una columna y cartas en periódicos².

I. Las tres bases de toda democracia en la Constitución vigente y en la propuesta: paralelo

Paso a revisar las tres bases de toda democracia, que también son las bases del Derecho administrativo, tanto en la Constitución vigente como en la propuesta de Constitución. Ofrezco así una suerte de paralelo entre ambas.

Desde la aparición de los modernos Estados, desde el punto de vista político, tres son los valores fundamentales que explican el carácter democrático de estos: la *separación de poderes*; el *principio de legalidad* y las *garantías fundamentales*. Ellos, en su conjunto, conforman al mismo tiempo lo que se ha dado en llamar el Estado de Derecho. Del alcance y profundidad que puedan llegar a tener estos tres aspectos en una sociedad dada se derivan evidentes consecuencias para las libertades de los ciudadanos. Además, esos tres aspectos tienen un reflejo en el corazón del Derecho Administrativo. En efecto: i) la separación de poderes explica la independencia de los tribunales para juzgar las contiendas contencioso administrativas (esto es, aquellas que enfrentan a un órgano de la Administración con un ciudadano o administrado); ii) el principio de legalidad se traduce en el apego de los órganos administrativos a la legalidad; y iii) las garantías fundamentales se transforman, en la relación de la Administración con los administrados, en los derechos públicos subjetivos de estos que aquélla debe respetar.

Como se ve, la democracia se refleja en la *praxis* del Derecho administrativo, y viceversa. De ahí que el Derecho administrativo es la disciplina del derecho que observa la *democracia concreta*. Además, a través de estos tres aspectos los administrados, que están inevitablemente relacionados con los

² Este ensayo, en su versión completa, fue sido publicado como documento de trabajo por el Programa de Derecho Administrativo Económico, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en agosto de 2022, en: Mirada Administrativa N° 17, la que puede consultarse en: <https://derechoadministrativoeconomico.uc.cl/>, y lo edito nuevamente por la utilidad que puede prestar esta discusión para la futuras propuestas constitucionales. La oportunidad y destino de este ensayo explica la ausencia de referencias bibliográficas. Agradezco la colaboración de Pool Tamay Navarro, ayudante de investigación del Programa de Derecho Administrativo Económico. Su dedicación y detallada investigación me permitió la obtención de antecedentes sobre la historia fidedigna de las disposiciones atinentes de la propuesta de Constitución y la confección de los anexos. La publicación original contiene los siguientes anexos (que en esta nueva edición son citados pero no transcritos; se pueden consultar en esa sede):

Anexo N° 1: Paralelo del dominio legal entre la Constitución vigente y la propuesta.

Anexo N° 2: Materias de ley y de reglamento autónomo en la propuesta constitucional.

Anexo N° 3: Historia fidedigna de los arts. 264 (materias de ley) y 288.2 (potestad reglamentaria autónoma).

Anexo N° 4: Historia fidedigna de los arts. 310.1 in fine (“imperio de la ley” / “imperio del derecho”) y 317.1 (inexcusabilidad de los jueces: “norma jurídica expresa”).

Anexo N° 5: Historia fidedigna del art. 381.f (control de la corte constitucional sobre los reglamentos autónomos).

Anexo N° 6: El reglamento autónomo en la prensa (cartas al director).

órganos de la Administración, pueden asegurarse, al menos en principio: i) de la sumisión de los órganos administrativos a la Ley y al Derecho; y, ii) de la tutela judicial efectiva en caso de que ello no suceda: esto es, el acceso a la revisión judicial de la *discrecionalidad administrativa*.

Reviso una a una las tres bases de la democracia reflejadas en el Derecho Administrativo, para verificar su presencia: por una parte, en la Constitución vigente (esto es, la Constitución de 1980, modificada en muchas ocasiones desde esa fecha, siendo las más importantes modificaciones aquellas de los años 1989 y 2005); y, por otra parte, en la fallida propuesta de Constitución de 2022. Esta propuesta de texto constitucional fue rechazada por la ciudadanía en plebiscito de 4 de septiembre de ese año.

El método de trabajo para hacer esta comparación es muy sencillo: i) por una parte, para exponer la situación actual, ofrezco una relación muy sintética de la regulación que contiene el articulado de la Constitución vigente. No parece necesario mayor detalle pues presumo que el texto vigente es más conocido que la propuesta; y, ii) por otra parte, para exponer el contenido de la propuesta de Constitución me he basado en el texto y articulado que propuso la Convención Constitucional el 4 de julio de 2022.

A. Separación de poderes

La separación de poderes es un presupuesto básico para las libertades de los individuos, dado que a través del diseño de autonomía y equilibrio de esos tres poderes del Estado es como los ciudadanos logran una mayor protección de sus derechos, evitando así el surgimiento de despotismos. En especial de frente al Presidente de la República quien está a la cabeza del poder ejecutivo. Es igualmente relevante el equilibrio entre todos esos poderes; esto es, que no haya sumisión de uno respecto del otro. Igualmente, es saludable un equilibrio al interior de cada poder del Estado, entre sus diferentes órganos conformantes.

Situación actual

En la Constitución actual existen diseñados tres poderes separados, con *equilibrio y contrapesos* entre ellos, sin perjuicio de ciertas atribuciones del Presidente de la República de frente al Congreso Nacional, lo que origina la calificación actual del sistema como *presidencialista*. Pero existe una clara separación de frente al Poder Judicial, quien tiene autonomía respecto del Presidente. Lo mismo ocurre con ambos poderes, respecto del Poder Legislativo. Así, podemos recorrer la situación de esos tres poderes del Estado:

1. *El Poder Legislativo*. Está compuesto de dos cámaras (Senado y Cámara de Diputados), las que en conjunto conforman el Congreso Nacional. Sus poderes son *simétricos*, en el sentido de que *todas* las leyes deben ser revisadas siempre por ambas cámaras. Desde el punto de vista legislativo, no existe una cámara con más atribuciones legislativas que la otra. De ese modo

la legislación tiene una doble revisión, de dos cámaras con distinto cariz, lo que enriquece la democracia.

2. *El Poder Jurisdiccional*. Se puede hablar de Poder Jurisdiccional del Estado, dado que está compuesto por los siguientes tres tipos de Tribunales:

i. *Tribunales que conforman el Poder Judicial*. Por una parte, los tribunales ordinarios y especiales que conforman propiamente el *Poder Judicial* y quedan bajo la Superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. Cabe incluir aquí también a los tribunales especiales (*especialísimos*, incluso, algunos de ellos) creados en los últimos años: Tribunal de la contratación pública; Panel de Expertos de la Ley eléctrica; Tribunal Tributario y Aduanero; Tribunal Ambiental; todos estos del contencioso administrativo. Y otros especiales, como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y el Tribunal de Propiedad Industrial. En cuanto a los nombramientos de los jueces de los más Altos Tribunales, se realiza a través de un sistema mixto, con participación del Congreso y el Presidente y la Corte Suprema, buscando grandes acuerdos en los respectivos nombramientos. Al menos este sistema de nombramientos ha mantenido la independencia del Poder Judicial respecto de los otros dos poderes del Estado.

ii. *Tribunal Constitucional*. El Tribunal Constitucional hoy cumple una doble función: por una parte, controla *a priori* la constitucionalidad de los proyectos de ley; y por otra, una función *a posteriori* y coordinada con los tribunales ordinarios y especiales, a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que puede interponer cualquier persona en una causa pendiente ante un tribunal.

iii. *Justicia electoral*. Está compuesta por el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales. Los miembros del Tribunal calificador de elecciones son en su mayoría ministros de la Corte Suprema.

Estos tres tipos de tribunales ejercen jurisdicción; además, son independientes entre sí, pues la Corte Suprema no tiene superintendencia respecto de los dos últimos.

3. *El Poder Ejecutivo*. A la cabeza del cual está el Presidente de la República, quien es el jefe de Gobierno y de la Administración. Tiene diversas atribuciones como colegislador. Igualmente tiene potestad reglamentaria de ejecución de las leyes existentes; y una potestad reglamentaria autónoma solo formalmente establecida (como explico más adelante).

Evaluación: Todo lo anterior tiene un enorme *valor democrático*. En especial el actual *equilibrio* entre los distintos poderes. Ello, pues para el Derecho Administrativo es *esencial* que los tribunales sean independientes del poder político, usualmente en las manos del Presidente de la República y de los órganos administrativos. Para el Derecho administrativo esto es muy

sensible, pues una de las partes de la relación jurídico administrativa es un órgano con poder político y la otra parte es un simple ciudadano.

Propuesta de Constitución

Establece tres funciones estatales, pero en algunos casos con distinta denominación y con un nuevo equilibrio (más bien, desequilibrio).

1. *Presidente de la República*. La propuesta establece al Presidente de la República al frente del Gobierno y la Administración del Estado (art.279.1). Pero el Presidente tiene potestades disminuidas de frente al todopoderoso Congreso de Diputadas y Diputados, que podría pasar a dominar la escena del poder. En efecto, este último tiene una mayor cantidad de atribuciones legislativas e institucionales. No obstante, lo anterior, el Presidente de la República, como reviso más adelante, tendrá una amplia potestad reglamentaria autónoma, lo que podría transformarlo eventualmente en un gobernante despótico, esto es, sin contrapeso.

2. *Poder Legislativo*. Está compuesto de dos Cámaras:

i. *Congreso de Diputadas y Diputados*. Esta cámara legislativa se transformará en la más poderosa dentro del Poder Legislativo, pues tiene la mayor cantidad de atribuciones, en especial en las materias de Ley. Hay un desequilibrio notable respecto de la disminuida Cámara de las Regiones.

ii. *Cámara de las Regiones*. Reemplaza al actual Senado, pero en una situación muy disminuida por la notoria *asimetría* con la otra cámara, el Congreso de Diputadas y Diputados. En efecto, junto a otras atribuciones, la Cámara de las Regiones solo participará en la adopción conjunta de *algunas* leyes, las que están enumeradas *taxativamente* en el art. 268 (enumera 19 casos), que contiene el listado de leyes de acuerdo regional. Ellas dicen relación con los siguientes temas: la modificación de la constitución, reformas a los poderes del estado o sistema de justicia, algunas sobre la organización administrativa, protección del medio ambiente, o derecho de salud, vivienda y educación. Pero existen muchas otras materias de ley, que afectan a los ciudadanos, que podrán ser aprobadas *autónomamente* por el Congreso de Diputadas y Diputados; y existen otros casos que se podrán regular por la vía de la *potestad reglamentaria autónoma* (que reviso más adelante).

Como se ve, el actual Senado, en la propuesta Cámara de las Regiones, sufre una *capitis deminutio*.

3. *Sistemas de justicia*. Reemplaza a la actual expresión "Poder Judicial". Dos aspectos caben destacar:

i. *Consejo de la justicia*. La propuesta crea el Consejo de la justicia, que es un órgano autónomo cuya misión es, según el texto, la independencia judicial. Es una novedad, pues a partir de ahora será este Consejo el que nombrará a los jueces. Esa declaración de defensa de la inde-

pendencia judicial es sorprendente atendido el sistema de elección de sus integrantes: a través de elecciones entre los mismos jueces, lo que no asegurará la independencia respecto de entidades ajenas a la administración de justicia. En efecto, la dinámica será distinta, pues existirá un riesgo de politización al interior de la judicatura, desconocida hasta ahora en los nombramientos de jueces, proveniente de las propias divisiones internas de los jueces que lo integran, los que actualmente tienen esa división, pero no han tenido nunca el poder para nombrar a sus pares en un Consejo de esta naturaleza. También es extraña la presencia de dos cupos reservados a indígenas en este organismo. Se establece un sistema de concurso, que intenta impedir una politización en el nombramiento y promoción de jueces, pero no es vinculante.

ii. *Función de uniformar la interpretación del Derecho.* Cabe destacar que la propuesta establece que “uniformar la interpretación del derecho” constituye una función esencial de la Corte Suprema. Como se ve, en un instante de lucidez democrática, la Convención hace una propuesta conectada con la seguridad jurídica y el valor superior de la igualdad ante el Derecho, pues es efectivo que la tarea de uniformar la adjudicación del Derecho es consustancial a la existencia de toda Corte Suprema a la cabeza de cualquier sistema nacional de justicia. Lo anterior está conectado con la elaboración de una cultura de precedentes, lo que es una función implícita de la Corte Suprema, dada su calidad de tribunal de casación.

4. *Corte Constitucional.* La propuesta contiene una debilitada Corte Constitucional. En efecto:

i. por una parte, señala de un modo grandilocuente que tendrá la finalidad de “garantizar la supremacía constitucional”, pero por otra, agrega los siguientes tres “principios” por los cuales debe dirigir su acción: “deferencia al órgano legislativo”; “presunción de constitucionalidad de la ley”; y “búsqueda de una interpretación conforme con la Constitución”. Con ello, en verdad, se intenta lograr una especie de sumisión de la Corte Constitucional al poder legislativo más que a la propia Constitución. Agrega que sus resoluciones “se fundarán únicamente en razones de derecho”.

ii. La designación de la mayoría de sus miembros es similar a la actual. Se diferencia en que será integrada por cuatro jueces designados por el Consejo de Justicia, los cuales no serán necesariamente ministros de la Corte Suprema (no se exige ese requisito).

iii. Cabe destacar la eliminación del acceso directo de las personas a la justicia constitucional, esto es, la actual posibilidad que tienen las partes de un juicio de presentar recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Se deja ahora entregada la decisión a los jueces de las causas respectivas, lo que no parece ade-

cuado pues estos debiesen mantener su rol de dirigir el proceso y dictar sentencia. Involucrarlos a tal punto en ese rol puede llegar a afectar su imparcialidad. Igualmente, se priva a las partes de hacer esta solicitud si el asunto ha llegado ya a la Corte Suprema. Pero lo más sensible es que la propuesta no asegura a los ciudadanos el acceso directo a la justicia constitucional, lo que es un retroceso respecto de la actual acción de inaplicabilidad de que disponen los particulares.

5. *Justicia electoral*. No existen innovaciones significativas en sus tareas. Pero ahora sus miembros son designados por el Consejo de la Justicia y sus integrantes ya no serán necesariamente ministros de la Corte Suprema. Los riesgos de politización de este Consejo, ya señalados, se trasladan a la justicia electoral.

Evaluación: La separación y equilibrio entre los poderes del Estado es radicalmente alterada, en especial por la primacía, al interior del Poder Legislativo, del Congreso de Diputadas y Diputados; el cambio de nomenclatura del "Poder Judicial", que pasa ahora a ser "Sistema de Justicia" es bien indicativo de su minusvaloración. El rol del Presidente es también exaltado, a través de reglas vinculadas con el principio de legalidad y la potestad reglamentaria autónoma, lo que reviso más adelante. Todo ello traerá consecuencias en otras bases de la democracia.

B. Principio de legalidad

El principio de legalidad es uno de los dogmas más tradicionales y arraigados de los sistemas de signo liberal democrático, habiéndose erigido en la manifestación primaria y esencial del Estado de Derecho. Es uno de los tres pilares de la actual democracia. Lo que diga una Constitución sobre el principio de legalidad, y los mecanismos que establezca en su rededor, son muy indicativos de su sanidad democrática.

Situación actual

El principio de legalidad es en la Constitución vigente una base o principio esencial o nuclear que informa toda la actividad administrativa (esto es, del Presidente y de todos los órganos administrativos) y tiene su origen en la regulación que la Constitución y la ley establecen para enmarcar la actividad administrativa.

1. *Su formulación*. Es muy sencilla y se encuentra en los arts. 6 y 7 de la Constitución vigente, según los cuales los órganos deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, so pena de nulidad de sus actos. Es una formulación breve. El principio de legalidad está vinculado inextricablemente a otros temas y mecanismos institucionales que permiten su *concreción* o *efectividad*, tales como:

- i. *la delimitación del dominio legal de frente a la potestad reglamentaria*. Esto es, la vinculación del Presidente con el Poder Legislativo y los

Tribunales. Pues si fuese el Presidente el que dictase normas sobre materias *sustantivas* relevantes (por la vía *formal* del reglamento), el control que deban realizar los tribunales puede transformarse en una *pantomima*. Existe, actualmente, un amplio listado de materias que solo pueden ser objeto de una Ley y se limita así la potestad reglamentaria.

ii. *la existencia de un control interno*, a través de un órgano autónomo, como es el caso de la Contraloría General de la República, quien precisamente controla la "legalidad" de los actos administrativos y normativos (como el reglamento de ejecución) del Presidente.

iii. *la existencia de acciones jurisdiccionales* que reemplazan o complementan a un contencioso administrativo, para que los tribunales puedan juzgar a la Administración solo en virtud de fuentes democráticas, esto es, que hayan sido generadas por el Congreso Nacional (las *leyes*) o por valores generados por la sociedad en su conjunto y que constatan los jueces (los *principios generales del derecho*). Esto es, las normas generadas por el Presidente (como sería el caso de los reglamentos de ejecución) no son vinculantes para los tribunales. Esto es así, pues los tribunales juzgan en virtud de leyes y principios, que son las actuales fuentes democráticas del Derecho. Es a estas fuentes que ellos le deben lealtad.

2. *Principio de legalidad y potestad reglamentaria*. En la actualidad existe un diseño de fuentes tal que en la cúspide está la Constitución y en seguida *la ley* (en todas sus clases: ley simple, Ley Orgánica Constitucional, Ley de Quorum Calificado e interpretativa de la Constitución). Solo tales leyes conforman el principio de legalidad; y ello en un doble sentido: i) solo una ley puede crear potestades a un órgano administrativo; y ii) solo una ley es vinculante respecto del control judicial. Las normas inferiores (como el reglamento de ejecución) no tienen esa virtud. Por esa razón la Constitución vigente diseña *un dominio o reserva legal*, mediante una *enumeración taxativa* de materias de ley (art. 63, en sus 20 numerandos). El dominio reglamentario está limitado por esa enumeración en un doble modo:

i. Los *reglamentos de ejecución* solo pueden *ejecutar*, esto es, desarrollar, en el marco de esa ley, los preceptos que sean necesarios, *sin innovar* o abordar nuevos mandatos.

ii. Los *reglamentos autónomos*, en principio se aceptan formalmente en el texto de la Constitución vigente. En efecto, el art. 32 N° 6 señala:

"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".

Luego el art. 93 N° 16, en concordancia con el anterior, señala que:

“Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

16° Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63”.

En la práctica son inexistentes los ejemplos de ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma, o los pocos ejemplos que se suelen esgrimir son muy dudosos, dados los términos tan amplios del art. 63 N° 20 Constitución, lo que desfigura la pretendida enumeración taxativa de este artículo 63 (a pesar de que en su inicio dice: “solo son materias de ley”, lo que no resulta efectivo, al contradecirse con su N° 20).

En todo caso, cabe decir con franqueza que esa pretensión contenida en la letra de la Constitución de 1980 de crear un campo regulatorio autónomo para el reglamento autónomo no era nada democrática pues no respetaba el equilibrio de poderes; de ahí que ha sido una completa fortuna para la institucionalidad la existencia del art. 63 N° 20, y la inexistente práctica al respecto, los que parecieran más propios de regímenes autocráticos o dictatoriales.

3. *La cláusula que ahogó la potestad reglamentaria autónoma que solo formalmente contiene la Constitución vigente.* En efecto, contiene la Constitución de 1980 una cláusula abierta o expansiva del dominio legal en el art. 63 N° 20, según la cual:

“[Solo son materias de ley] Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”.

Lo que ha significado en la práctica impedir toda posibilidad de que el Presidente desarrolle una potestad reglamentaria autónoma, al margen de las leyes. En realidad, a través de esta cláusula se aseguró la primacía de la ley a todas las regulaciones generales y, en la práctica, impidió el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma por el Presidente de la República. En los hechos, no han existido reglamentos autónomos durante la vigencia de la Constitución. El único ejemplo que puede darse es el reglamento del Diario oficial, aun cuando podría discutirse y afirmarse que es en verdad un reglamento de ejecución de la ley referida a la publicación de las leyes (art. 7° del Código Civil).

Por lo tanto, en la práctica chilena de estas cuatro décadas es posible decir que no han existido ejemplos de reglamentos autónomos. Esto es *communis opinio* en la doctrina chilena.

4. *Conexión con la inexcusabilidad de los tribunales.* De acuerdo con el art. 76 inc.2° de la Constitución vigente los tribunales no pueden excusarse de resolver los conflictos que sean sometidos a su decisión, “ni aún por falta de ley que resuelva la contienda”. Con ello, al mismo tiempo, se reconoce la primacía de la ley, como reflejo del principio de legalidad, pues los jueces están, ante todo, vinculados a la ley, y únicamente ante una “falta de ley”

podrán recurrir a los principios para resolver el conflicto. El reglamento, hasta ahora, no vincula a los tribunales, pues en el caso que tales reglamentos quebranten la ley, los tribunales deben lealtad a las leyes, las ejecutan, y no pueden contradecirlas; de ahí que en ese caso deben inaplicar los reglamentos

Propuesta de Constitución

Cabe revisar brevemente el archifamoso y relevante “principio de legalidad”. Por ahora presento el esquema, pues ofrezco más adelante en la segunda parte de este escrito una revisión exhaustiva.

1. *Principio de legalidad.* Se consagra formalmente, pero su concreción depende de que la legalidad provenga de poderes autónomos (el legislador) y que los órganos administrativos incluido el Presidente, sean sujetos a control por órganos o poderes autónomos, como es el caso de la Contraloría o los tribunales. En efecto, el art. 16.2 sujeta a los órganos del Estado a “las normas dictadas conforme a [la Constitución]”. Nótese que menciona a las “normas”, y en el contexto de la propuesta, que considera al reglamento autónomo como fuente, ello es relevante. Debemos revisar entonces algunas conexiones de este principio con los reglamentos autónomos.

2. *Potestad reglamentaria autónoma.* Existe aquí un cambio radical de la regla actual. Se establece una enumeración taxativa de las materias de Ley (en el art. 264), sin contener una cláusula similar a la contenida en el art. 63 N° 20 de la Constitución vigente, lo que no se trató de una inadvertencia pues fue explícitamente descartado, según muestra la historia fidedigna (ver Anexo N° 2). Entonces, al establecer la propuesta un listado taxativo de normas propias del dominio legal, deja en claro que todas las restantes materias no enumeradas son de la competencia reglamentaria autónoma del Presidente. Así lo dice expresamente el art. 288.2:

“Asimismo, puede ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no estén reservadas exclusivamente a la ley”. Lo que refiere el art.381.f, al referirse, de igual modo a “aquellas materias que no son de ley”. Por lo tanto, la propuesta consagra dos campos regulatorios: i) uno, de la ley, a cargo del poder legislativo; y, ii) otro, del reglamento autónomo, a cargo del Presidente de la República.

Esas son, en la propuesta, las fuentes del Derecho. Lo que reviso *infra*.

3. *Reglamento de ejecución.* Además, la propuesta establece la tradicional potestad reglamentaria de ejecución (art. 288.1):

“Quien ejerza la Presidencia de la República tiene la potestad de dictar aquellos reglamentos, decretos e instrucciones que considere necesarios para la ejecución de las leyes”.

En esto no hay innovación, y se respeta el principio de legalidad, pues este tipo de reglamento es un mero complemento de la ley, a la que no puede contradecir.

4. *Nuevos principios contenidos en la propuesta.* La propuesta contiene una serie de nuevos valores cuya configuración no se ha producido previamente en la sociedad toda, a través de usos y prácticas sociales; no sabemos aún si son ampliamente compartidos o siquiera comprendidos. Son promovidos hoy por quienes se identifican con ellos, quienes han logrado incorporarlos a esa propuesta. Por ejemplo, se conmina a los jueces a dictar sus sentencias con perspectiva o enfoque de género; se agrega que a raíz de los valores de plurinacionalidad y pluralismo jurídico los jueces deben adoptar una perspectiva intercultural al fallar. Y así diversas otras fórmulas. Todo lo anterior desfigurará por completo el panorama de fuentes del Derecho pues antepondrá estos nuevos *supra* valores a toda regla escrita y no escrita anterior, ante los cuales los jueces no podrán excusarse, por el efecto derogatorio y supremacía de toda Constitución. Operarán en el sistema de fuentes como si fuesen unos nuevos principios generales del derecho sin haber recorrido previamente el largo camino de su conformación en medio de la sociedad.

Evaluación: De ahí entonces que, en materia de fuentes del Derecho, se producirá una reconfiguración de la actual técnica de las lagunas del derecho, en que los jueces ya no podrán rellenarlas únicamente con los valores que provee la sociedad en su conjunto (por ejemplo, el principio de confianza legítima) pues tendrá una nueva fuente del Derecho que competirá en esa operación, al lado de la ley: los reglamentos autónomos. En la tercera parte reviso especialmente la situación de tales reglamentos autónomos.

C. Derechos y libertades de los administrados

A modo ejemplar reviso algunos derechos fundamentales, para mostrar las consecuencias que respecto de ellos se pueden producir en el caso de una alteración de las fuentes del Derecho, pues no es lo mismo que, en términos institucionales, tales derechos sean regulados o limitados por una ley (que emana del poder legislativo) que por un reglamento autónomo (que emana del Presidente de la República).

Situación actual

Los derechos y libertades están consagrados principalmente en el art.19 de la Constitución vigente. Dos casos concretos son bien relevantes de observar por el contraste que se produce con la propuesta: la libertad de iniciativa económica de los particulares y el derecho de propiedad (y, junto a este, la expropiación). Ambos derechos fundamentales están hoy consagrados a través de fórmulas que *concretan* su protección. En efecto: i) respecto de la libertad de iniciativa económica de los particulares, señala expresamente la Constitución que en caso de que se creen empresas fiscales o públicas ("estatales"), éstas se someterán a las mismas reglas de los particulares; y, ii) respecto de la propiedad, se regula la expropiación señalando expresamente la Constitución que la indemnización será equivalente al "daño patrimonial efectivamente causado".

Pero lo más relevante es el lugar de la ley en la regulación de ambas garantías fundamentales, pues es la única que exclusivamente puede hacerlo. En todo caso, la actual Constitución es escueta respecto de otros diversos derechos y garantías fundamentales que se han ido imponiendo en las sociedades en las últimas décadas, como los denominados derechos sociales, materia que no reviso ahora; en especial la manifiesta conveniencia de incorporarlas en la Constitución y la mejor técnica para hacerlo.

Propuesta de Constitución

Veamos cómo son regulados esos aspectos concretos de esas dos garantías fundamentales.

1. *Derechos fundamentales.* Existe una importante consagración y enumeración de diversos derechos fundamentales, en que es notable el efecto de la evolución de las últimas décadas y actual tendencia. Entre ellos se consagran formalmente esas dos garantías (libertad económica y derecho de propiedad) pero tanto su regulación y diversos mecanismos tienden a degradarlas. Pues si bien ambas garantías están consagradas en términos generales, su concreción depende de nuevos mecanismos, y no solo de una ley sino, ahora, de un reglamento autónomo.

2. Degradación de dos derechos fundamentales

a) *Libertad económica e igualdad de trato.* La propuesta, al regular la libertad económica guarda silencio en cuanto a la igualdad de trato con las actividades de esa índole que emprenda el Estado (arts. 80 y 182.2); al menos lo deja entregado a la Ley, pues su silencio habría significado que pudiese ser materia de reglamento autónomo. Por lo tanto, cabría esperar que esa ley futura consagre esa igualdad de trato, pero ello no es seguro, pues dejó de ser un valor constitucional.

b) *Derecho de propiedad y expropiación.* Un caso paradigmático es la regulación de la propiedad y la expropiación, en que la propuesta altera la regla actual de la indemnización que asegura un pago "por el daño efectivamente causado"; la propuesta considera que se debe indemnizar según el "justo precio", lo que, como se ve, es un concepto diferente al vigente (art. 78.4). En principio, se ha afirmado que ambos conceptos indican el valor de mercado o de reposición del bien, pero queda entregado a la nueva regulación de las fuentes del Derecho, pues como la propuesta no le encarga su regulación a la ley, será materia de reglamento autónomo, como desarrollo, en detalle, *infra*, en especial en II. 5.c). 1°.

3. *Contexto de las fuentes del Derecho.* Se dan estos ejemplos para observar la posibilidad de que estas materias sean reguladas, complementariamente, por una ley o por un reglamento autónomo. Que sea una u otra fuente normativa dependerá de la interpretación del dominio legal que reviso en detalle en la tercera parte.

Evaluación: De ahí que, de acuerdo a la propuesta, el Presidente podrá regular directamente a través de un reglamento autónomo esa materia. Este es un ejemplo, dirigido a observar las consecuencias de los desarrollos anteriores relativos a la separación de poderes, principio de legalidad, nueva institucionalidad de la potestad reglamentaria autónoma y cambio de las fuentes del Derecho en dos garantías fundamentales del ciudadano. Todo lo cual es analizado con más detalle en la tercera parte.

II. El reglamento autónomo en la propuesta de Constitución: la pérdida del primado de la ley

La propuesta de Constitución altera el sistema de fuentes del Derecho (1), perdiendo la ley su primado (2), pues el reglamento autónomo ocupará un lugar equivalente, el cual no es objeto de controles jurídicos (3). La historia fidedigna de la propuesta muestra que este era por lo demás el designio que persiguió la Convención (4). En fin, cabe observar las consecuencias y ramificaciones de lo anterior en la institucionalidad democrática (5).

1. Sistema de fuentes y Estado de Derecho: producción y ejecución de normas

a) *Sistema de fuentes del Derecho. Distribución entre producción y ejecución de las normas.* Uno de los objetivos y exigencias técnicas de toda Constitución es la configuración del sistema de fuentes del Derecho, esto es, aquellas normas generales que deben ser obedecidas por todos. Sin perjuicio de que en el instante mismo en que es aprobada por el pueblo queda ella entronizada en la cúspide de tales fuentes, como norma suprema.

Ha sido una exigencia natural de toda Constitución democrática que ese sistema de fuentes no signifique la deconstrucción de uno de los mayores ideales de la época contemporánea, como es el "reino de la ley", que se contrapone al gobierno de los hombres. De ahí el rol tradicional del poder legislativo como órgano de producción de normas. Casi todo el lenguaje normativo habitual se construye sobre la base de la ley; así, la igualdad es "ante la ley"; el principio que debe respetar la Administración es "de legalidad"; la tarea del juez es aplicar "la ley" y muchas otras manifestaciones indicativas del primado de la ley en el sistema de fuentes. El único instante jurídico en que la ley cede es ante sus propios vacíos, en que el juez y la Administración están autorizados a rellenarla con los valores provenientes de los principios generales del Derecho.

En toda la experiencia constitucional chilena se ha mantenido incólume el sitio de la ley, a la cabeza de toda otra manifestación normativa, como reglamentos y decretos del Presidente de la República; ordenanzas municipales; normas, circulares y resoluciones de distintos órganos administrativos; y dictámenes de la Contraloría General de la República. Todos ellos han estado siempre en una condición *infra* legal. En especial el reglamento de ejecución (de las leyes), mero complemento técnico de ellas, pues estas manifestaciones normativas inferiores provienen de órganos de ejecución de las leyes. En

fin, las leyes también vinculan a los tribunales, quienes por su parte deben aplicarlas.

La base del actual equilibrio de poderes del Estado es el descrito sistema de fuentes del Derecho. El único intento de situar al reglamento autónomo al lado de la ley lo realiza la Constitución vigente, pero solo en la letra, pues fue frustrado paralelamente con una cláusula que le asegura a la ley el dominio general y exclusivo de las bases esenciales de la normativa, contenida en su art.63 N° 20, que analizo *supra* l. B.3.

Pero la propuesta cambia radicalmente lo anterior al establecer una especie de cogobierno normativo entre el poder legislativo y el Presidente de la República. En efecto, dota a este último de una potestad reglamentaria "en todas aquellas materias que no estén reservadas exclusivamente a la ley", con lo cual será una especie de legislador paralelo *ratione materiae*, cuyo campo no podrá invadir el legislador parlamentario.

Lo anterior altera completamente el sistema de fuentes pues se instaura al Presidente ya no como el colegislador actual sino, a la vez, con amplias competencias normativas exclusivas, al mismo nivel que una ley, disminuyendo así el campo normativo del poder legislativo, que ha sido el tradicional y exclusivo órgano de producción de normas. Se eleva así al Presidente a la doble condición de productor y de ejecutor de las normas, con lo que decae el "reino de la ley" y queda desfigurado el control que sobre sus actos realizan los tribunales. Ello significa un desequilibrio ostensible, minando las bases del principio de separación de poderes.

Más adelante reviso paso a paso, cómo se articula en el texto de la propuesta en tal designio de la Convención.

b) *Estado de Derecho y reglamentos autónomos.* En efecto, si hay un canon que configura el Estado de Derecho, regla en todas las democracias de Occidente que cuidan la separación de poderes, es la primacía de la ley, de la que se derivan la reserva o dominio exclusivo de la ley y la seguridad de que la regulación de materias sustantivas de la convivencia, incluyendo objetos como la libertad, la propiedad y demás garantías constitucionales, son únicamente propias del legislador. De ahí que en todas las democracias reales el reglamento resulta ser una norma secundaria y subordinada a la ley, sin perjuicio del papel que cumple como complemento normativo de las leyes.

Lo anterior implica establecer claros límites y equilibrios entre el poder legislativo y el poder ejecutivo: uno legisla y el otro es delegado para la ejecución de las leyes. En este esquema el poder judicial tiene la misión de controlar que el Presidente y los órganos administrativos no quebranten la ley. Es el principio de legalidad, que permite impedir o evitar la existencia de gobernantes despóticos. Hasta ahora el reinado de las leyes, y del Parlamento, únicamente había sido puesto en duda por los principios generales del derecho, esto es, aquellos valores que los jueces incorporan en sus senten-

cias cuando existen lagunas legales, pues ellos deben resolver los conflictos “aunque no haya ley”.

Pero las cosas podrían cambiar radicalmente con la propuesta de Constitución pues contiene una potestad reglamentaria autónoma para el Presidente de la República, cuyo efecto en el sistema de fuentes del Derecho es destronar a la Ley de su primado. El subsecuente desequilibrio de poderes puede llegar a ser muy profundo, dado que podrá cambiar el paisaje de las regulaciones poniendo así fin al monopolio de la Ley, todo lo cual hará dudar de la calificación de presidencialismo atenuado que le han dado diversos politólogos al sistema político en proyecto.

Lo anterior permitirá gobernar por simples decretos presidenciales que contengan reglamentos autónomos dirigidos a regular aquellas materias que fueron excluidas del dominio exclusivo de las leyes. Así: i) por una parte, la propuesta contiene un amplio listado de materias que están reservadas exclusivamente a la ley, el que es complementado por otros múltiples mandatos dirigidos a la ley contenidos en diversos artículos; pero tanto el listado como las referencias son taxativas; es un número cerrado; y, ii) por otra parte, agrega la propuesta que el Presidente puede ejercer la potestad reglamentaria “en todas aquellas materias que no estén reservadas exclusivamente a la ley”.

A partir de la regla anterior, queda entonces abierto un gran espacio regulatorio, y no una mera fisura, para los reglamentos autónomos. Es tan relevante esta *hendedura* que uno puede imaginarse desde ya que una de las tareas de los asesores de un presidente será encontrar estos espacios regulatorios y así poder “gobernar por decretos” (como se dice en la *praxis* política), sin necesidad –como diría un gobernante despótico– del *desgaste* de una discusión y decisión parlamentaria como el que imponen las democracias sanas.

Cabe agregar que lo anterior ha sido diseñado de tal manera que los tribunales quedarán vinculados a estos reglamentos autónomos, como si de una ley se tratase, a partir de la *nueva regulación* del principio de inexcusabilidad de los jueces. En efecto, como reviso *infra* 2. c), ahora la propuesta ya no se refiere a la “falta de ley” sino a la “falta de norma jurídica expresa”, expresión más genérica que pone al reglamento autónomo al mismo nivel jerárquico de una ley.

2. Pérdida del primado de la ley y consagración del reglamento autónomo como fuente del Derecho

a) *Análisis dogmático de la propuesta*. La propuesta, como digo antes, rediseña los poderes regulatorios de la ley, estableciendo en el artículo 264 un listado taxativo de materias de ley, el que establece diecisiete hipótesis; ese sería el “dominio legal”. Cabe señalar que la última hipótesis (letra p) dice: “regular las demás materias que la Constitución exija que sean establecidas por una ley”, la que expande su campo a todas las referencias expresas contenidas a lo largo del texto constitucional. Si bien son muchos los casos, también son taxativos, a partir de los claros términos del art. 288.2, que le

entrega al Presidente la potestad reglamentaria autónoma “en todas aquellas materias que no estén reservadas exclusivamente a la ley”, lo, que como he recordado antes, es refrendado por el artículo 381.f), que se refiere a “aquellas materias que no son de ley”. Esta frase es de gran significación para la correcta hermenéutica de la propuesta, en especial para la interpretación sistemática de los arts.264 y 288.2 de la propuesta, pues estos dos artículos en conjunto con el art.381.f, que contiene esa frase, dejan en claro la existencia de ciertas materias “que no son de ley”, por lo que la enumeración de materias contenida en el art.264 resulta así taxativa. En otras palabras, existen unas materias que “son de ley” (las contenidas en el art.264) y otras materias que “no son de ley” (el resto, las que son de reglamento autónomo). Los términos de este art.381.f son muy claros al respecto.

b) *Cambio en el sistema de fuentes del Derecho: dos campos regulatorios autónomos.* De ese modo la propuesta establece dos campos autónomos de regulaciones: uno para la ley y otro para el reglamento autónomo, que se traducen en competencias para dos órganos del Estado: *una*, para el poder legislativo, que puede dictar leyes en las materias que taxativamente señala la propuesta; y, *otra*, para el Presidente de la República, quien podrá dictar reglamentos autónomos y regular todo el resto de las materias; todas las que él discrecionalmente decida, siempre y cuando no sea de las enumeradas en el art. 264 de la propuesta.

Se contempla así, entonces, una reestructuración de las fuentes del Derecho, a tal punto, que contempla campos regulatorios exclusivos, sobre importantes materias, tanto para la ley como para el reglamento autónomo. En otras palabras, ya no solo podrá ser fuente del Derecho la ley aprobada por el poder legislativo, sino también lo podrá ser un reglamento autónomo expedido autónomamente por el Presidente de la República, sometido a escasos controles jurídicos. Ello, tiene relevantes consecuencias en la institucionalidad, pues altera la actual separación de poderes y funciones estatales, destronando a la ley de su actual primacía. Como se ve, bastará con buscar una materia no enumerada en el art. 264 (esto es, que no sea del dominio o reserva legal) para que el Presidente pueda regularla por la vía reglamentaria. Véase al respecto el ejercicio que hacemos en el Anexo N° 2 (que se puede consultar en publicación que cito en nota inicial).

c) *Reglamento autónomo y desequilibrio de poderes.* Dado que la enumeración de materias de Ley de que es competente el poder legislativo es taxativa, como digo más arriba, la consecuencia es la siguiente: Por la vía de los reglamentos *autónomos*, el Presidente podrá llegar a tener tantas potestades normativas como el poder legislativo, en especial que la disminuida Cámara de las regiones. Y, de ese modo, en conjunto con el Congreso de Diputadas y Diputados, reducir a la intrascendencia a la Cámara de las Regiones en relevantes materias. En todo caso, para revisar con detalle esto debe hacerse una verdadera taxonomía comparativa de todas las enumeraciones de las potestades normativas, contenidas en los arts. 264, 265.2, 266 y 268

de la propuesta (Ver en citado Anexo N° 1 todas las disposiciones del caso, y en el Anexo N° 2 la enumeración de potestades).

Todo dependerá de la imaginación de los Presidentes y de sus asesores, y lo que es más grave, como reviso más adelante, *sin control jurídico* alguno, pues ni la Contraloría, ni la Corte Constitucional por vía de inaplicabilidad, ni los tribunales podrán controlar estos reglamentos autónomos. Únicamente existirá un aviso al Congreso de Diputadas y Diputados y un tercio de ellos podrá recurrir de inconstitucionalidad. Pero ese es un *control de origen político* y no propiamente jurídico, al cual no pueden acceder los administrados en defensa de sus derechos.

d) *Conexión de los reglamentos autónomos con la inexcusabilidad y los principios generales del derecho.* Al respecto, el art. 317.1 señala:

“Reclamada su intervención en la forma legal y sobre materias de su competencia, los tribunales no podrán excusarse de ejercer su función en un tiempo razonable ni aún a falta de norma jurídica expresa que resuelva el asunto sometido a su decisión”.

Esta importante disposición de la propuesta está referida a la inexcusabilidad de los jueces, según la cual éstos no pueden dejar de dictar sentencia ni aún a falta de ley que resuelva el asunto sometido a su decisión, que es la formulación clásica. Esto es, aunque existan lagunas legales. Es una regla esencial de la jurisdicción, pues de otro modo los conflictos quedarían sin resolver y no se lograría la principal misión de los tribunales: la paz social. Con ello, al mismo tiempo, se reconoce a los jueces la posibilidad de recurrir al derecho no escrito, esto es, a los principios generales del derecho, que son valores transversales y compartidos por la sociedad de su tiempo, atinentes a las distintas disciplinas o tipos de conflictos, con los cuales rellenan esas lagunas. Un ejemplo podemos dar: el principio de la confianza legítima, atinente al Derecho administrativo, al que recurren los jueces para proteger por ejemplo la precariedad laboral del empleo público, aunque no está escrito en ley alguna anterior.

Hay una innovación adicional relevante en la propuesta, pues su art. 317.1, que regula la inexcusabilidad, ahora ya no se refiere a los vacíos de la “ley”, como es el caso del art. 76 inc.2° de la Constitución vigente, sino que se refiere a “*norma jurídica expresa*”, con lo cual incorpora una hipótesis genérica que, en caso de lagunas, dará a los reglamentos autónomos el mismo rango que a la ley, y preeminencia respecto de los principios generales del derecho.

El texto de la Constitución actual, como digo, se refiere a los vacíos de “ley”. Esto es un modo de recalcar el valor superlativo de la ley. Pero al referirse la propuesta a “*norma jurídica*”, lo que es más amplio, lo hace de manera indudable con el fin de considerar también entre las normas vinculantes a los reglamentos autónomos. Lo anterior alterará la actual teoría de las lagunas legales, de donde podría llegar a concluirse, además, que los regla-

mentos autónomos tendrían entonces prioridad sobre los principios, para el relleno de lagunas normativas.

Unido a lo anterior se encuentra el art. 310.1 de la propuesta, cuyo texto final señala que los tribunales “solo están sometidos al imperio de la ley”. Pero, como queda en evidencia de la historia fidedigna (véase *infra* 4.B.i) y Anexo N° 4) lo que aprobó efectivamente la Convención fue un texto según el cual los jueces “solo están sometidos al imperio del Derecho”. La relevancia de todo lo anterior es que el texto que se consignó en definitiva (“imperio de la ley”) es incoherente con el nuevo sistema de fuentes del Derecho que aprueba la Convención en la propuesta, dado que en los arts. 264, 288.2 y 381.f, ya no solo es la ley sino también el reglamento autónomo una fuente del Derecho, contexto en el cual es más coherente la expresión “imperio del derecho”. Ello sin perjuicio de la crítica que es posible realizar, como lo hago en este escrito, del resquebrajamiento a la democracia y a la separación de poderes que ello significa.

3. *La ausencia de un efectivo control jurídico del reglamento autónomo: una isla de despotismo.* Cabe revisar los controles jurídicos que eventualmente tendrá esa potestad reglamentaria autónoma.

a) *Contraloría General de la República y los reglamentos autónomos.* En general, la toma de razón de la Contraloría en un primer control de los actos del Presidente de la República, pero en este caso no podrá realizar una toma de razón ni controlar su legalidad. A la Contraloría le corresponde según la propuesta, “ejercer el control de constitucionalidad y legalidad de los actos de la Administración del Estado”. Agrega que:

“En el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, la Contraloría General tomará razón de los decretos, resoluciones y otros actos administrativos o representará su ilegalidad”.

No cabe considerar que los reglamentos autónomos son un tipo de “decreto, resolución u otro acto administrativo”, por el carácter de fuente del Derecho que asumen en la propuesta. Y si fuesen objeto de toma de razón, opera la limitación señalada: sin inmiscuirse en la conveniencia u oportunidad. Lo que corresponderá a la Contraloría, como digo en otro apartado, es más bien cumplir y obedecer al reglamento autónomo, en su condición de fuente del Derecho, equivalente a la ley.

b) *La Corte Constitucional y los reglamentos autónomos.* Dicha Corte podrá conocer la constitucionalidad de los reglamentos autónomos (en virtud del art. 381.f), pero a requerimiento de alguna de las cámaras legislativas o de un tercio de sus integrantes, dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto reglamentario. Pero la gran limitación es que no considera la propuesta la hipótesis de recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los reglamentos autónomos, que es verdaderamente un control jurídico.

c) *Tribunales de frente a la potestad reglamentaria. La situación de la casación.* ¿Podrán los tribunales controlar los reglamentos autónomos, o tendrán que obedecerlos? Para los tribunales se originará en el reglamento autónomo una nueva fuente del Derecho que podría ser preeminente a leyes actuales. Aquí es donde se nota el efecto del desequilibrio de poderes que se producirá con la nueva potestad reglamentaria autónoma, pues existirá un descontrol jurídico de los reglamentos autónomos del Presidente, en una competencia que no es de *ejecución* de normas, sino de *creación* de normas. Este es, como se ve, el designio por el cual fue así introducida en la propuesta la potestad reglamentaria autónoma.

Por otro lado, cabe señalar el vacío que quedará en el tradicional recurso de casación, construido sobre la base a la infracción de ley. En el caso de que el reglamento autónomo llegue a ostentar ese extraño sitio de fuente del Derecho, cabrá ajustar la regulación del recurso de casación, para incluir al reglamento autónomo dentro de las hipótesis de infracción al Derecho.

d) *Ausencia de control jurídico.* De lo que se concluye la ausencia de control jurídico en que queda tal nueva fuente del Derecho. La pretensión de la propuesta es, no cabe dudas, que el reglamento autónomo más bien sea *obedecido* por la Contraloría y los Tribunales; además, la inexistencia de un control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deja a los ciudadanos totalmente desprovistos de control jurídico, restando únicamente el control político consagrado en el art.381.f, el que depende de los representantes de las cámaras. De ahí que podamos decir sin ambages que en la propuesta el reglamento autónomo se trata de *una verdadera isla de despotismo*.

4. *La historia fidedigna de la propuesta de Constitución corrobora la interpretación: reglamento autónomo con la misma jerarquía que la ley.* Si se revisa la historia fidedigna del establecimiento de las disposiciones atinentes o conexas con el reglamento autónomo, se podrá comprobar que el designio de los convencionales fue establecer al reglamento autónomo como una nueva fuente del Derecho. Reviso ahora los antecedentes y discusiones que se suscitaron al interior de la Convención, respecto de los siguientes artículos: i) arts.264 y 288.2; ii) arts.310 y 317; y iii) art. 381.f. Lo que ofrezco aquí es un resumen y conclusiones de esa discusión. Los textos íntegros de esta historia fidedigna pueden verse, respectivamente, en los Anexos N°s. 3, 4 y 5.

A. *Historia fidedigna de los arts.264 (materias de ley) y 288.2 (potestad reglamentaria autónoma).* Desde un inicio dentro de la Comisión de Sistema Político hubo discusión en torno a lo que algunos convencionales llamaron *dominio legal mínimo y máximo* en la propuesta constitucional, lo cual se observó a partir de diversas indicaciones. Luego, se comenzó a vincular con la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República y los efectos que traería. Cabe revisar algunas fases de su discusión y votación.

i. *Primera discusión en la Comisión de sistema político. Primer informe rechazado.* El primer informe contiene un texto similar al definitivo de

los arts.264 y 288.2 de la propuesta. La discusión es indicativa de lo que se perseguía: la configuración, por una parte, de un "dominio legal mínimo" (así se lo llama) y por otra parte, de una potestad reglamentaria autónoma, cada una con un campo regulatorio, pero con una eventual supremacía de la ley (en la mera intención de algunos convencionales, que luego será sobrepasada por la textualidad de lo aprobado, pues se diluye en los textos finales). Véase al respecto en el Anexo 3 las intervenciones de los convencionales Bassa, Atria y Sepúlveda. Hubo indicaciones que proponían incluir un texto similar al art. 63 N° 20 de la Constitución vigente (de los convencionales Larraín, por una parte; y Cubillos, Hube y Zúñiga, por otra), las que fueron rechazadas en la Comisión. Este primer informe fue rechazado íntegramente por el pleno de la Convención.

ii. *Segunda votación (no hubo discusión) en la Comisión. Informe parcialmente rechazado.* El segundo informe contiene un texto idéntico al anterior (en los aspectos aquí revisados, pues contiene algunos cambios relativos a las materias de ley enumeradas, las que aquí no se analizan). Hubo en esta oportunidad diversas indicaciones dirigidas a incluir algo similar a la cláusula del art. 63 N° 20 de la Constitución vigente. Pero, entre las diversas indicaciones, la que se aprobó es la que propuso el mismo texto anteriormente rechazado por el pleno de la Convención. Esta segunda propuesta de la Comisión de Sistema Político fue votada durante la sesión N° 82 del pleno de la Convención, la que tuvo como resultado la aprobación de las normas relativas a la potestad reglamentaria del Presidente de la República (arts. 23 y 24 del informe [art. 288.1 y 2 de la Ppta.]), pero no así de las materias de ley (art. 22 del informe [art. 264 Ppta.]). Por tanto, este último artículo tuvo que volver a ser discutido en la comisión.

iii. *Tercera discusión en la Comisión de sistema político.* Una vez que la norma fue regresada a la discusión en la Comisión de Sistema Político, se presentaron varias indicaciones que proponían dos enunciados distintos: "Solo en virtud de una ley se puede" y "Solo son materias de ley", siendo la intención de los constituyentes, en cada caso, marcar un dominio legal mínimo o uno máximo. Siendo aprobada la indicación que contenía como enunciado "Solo en virtud de una ley se puede", se buscó incorporar una norma residual similar a lo que contiene hoy la Constitución Política de 1980 en su artículo 63 N° 20. Dicha incorporación se discutió durante la sesión N° 61 de la Comisión de Sistema Político a través de la indicación N° 50 presentada por los convencionales Chahín y Harboe, pero en que solo se votó el numeral 23 que señalaba: "23. - Toda aquella que establezca las bases generales de un ordenamiento jurídico". Dicha indicación no se aprobó en la comisión, pero la votación fue bastante estrecha: 12 en contra, 10 a favor y 2 abstenciones. No obstante, la misma indicación fue presentada nuevamente en el pleno durante la sesión N° 97, pero también fue rechazada por amplio margen: 36 a fa-

vor, 92 en contra y 21 abstenciones. Es bien indicativa la discusión en la sesión NN61 de la Comisión de sistema político en que el convencional Chahín insistió en que lo que buscaba él con una indicación era “acotar” la “enorme” potestad reglamentaria autónoma del Presidente contenida en el borrador. Pero no lo logró pues su indicación fue rechazada.

iv. *Nueva propuesta de la Comisión.* La segunda propuesta de la Comisión de Sistema Político sobre las normas que alcanzaron en un inicio los 2/3 requeridos, se presentó al pleno de la Convención Constitucional, la cual se votó durante la sesión N° 97. En definitiva, fue aprobados el artículo que hacía referencia a las materias de ley (22), y así quedaron aprobado por el pleno los tres artículos relativos a la materia: 22 (26), 27 (23) y 28 (24), los que contienen respectivamente, las materias de ley, de reglamento de ejecución y de reglamento autónomo. Estos tres artículos quedaron formando parte de un subtítulo especial: “*De la legislación y de la potestad reglamentaria*”.

v. *En la Comisión de armonización.* Habiendo pasado las normas a la Comisión de Armonización, estas prácticamente no tuvieron discusión de acuerdo con las actas oficiales ni al video de la plataforma YouTube sobre la sesión N° 13 en que se discutieron y votaron las indicaciones. Hubo dos cambios: *primero*, en cuanto a la ubicación de estos tres artículos originales, puesto que, al comienzo, tanto las materias de ley como la potestad reglamentaria del Presidente de la República se encontraban en artículos continuos, pero en la comisión se decidió cambiar de lugar a esta última para que se incorpore al capítulo del Poder Ejecutivo; y, *segundo*, el otro cambio es que la frase contenida en el artículo 28 (24) [288.2 de la Ppta.] que decía: “en todas aquellas materias que no estén comprendidas en el art. 22”, ahora la Comisión de Armonización la sustituye por la siguiente: “en todas aquellas materias que no estén reservadas exclusivamente a la ley”.

vi. *Texto final.* En definitiva, el texto se mantuvo íntegro hasta su votación en la sesión N° 110 del pleno de la Convención Constitucional y, también, en su versión final en la propuesta de Nueva Constitución, señala así: “[El Presidente] puede ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no estén reservadas exclusivamente a la ley”.

B. *Historia fidedigna de los arts. 310.1 in fine (“imperio de la ley” / “imperio del derecho”) y 317 “norma jurídica expresa”)*

1. *En cuanto a la expresión “imperio de la ley” contenida en el art.310.1.* Desde el inicio, en la discusión de la Comisión de Sistemas de Justicia y luego en la Comisión de Armonización, se discutió sobre la distinción entre “imperio de la ley” e “imperio del derecho”, con perfecta conciencia por parte de los convencionales de su íntima conexión con el sistema de fuentes del Derecho y con la separación de poderes, como queda en evidencia de las intervenciones de los convencionales Cozzi, Daza, Logan, Cruz (en

la Comisión de Sistemas de Justicia) y Cozzi, Daza, Cruz, Jiménez, Atria, Celledón, Woldarsky y Arroyo (en la Comisión de Armonización), que se pueden ver en el Anexo N° 4. Repaso ahora, paso a paso, la discusión y aprobaciones al respecto:

i. *En la Comisión de Sistemas de Justicia: texto aprobado por la Comisión y por el Pleno de la Convención.* La referencia al “imperio de la ley” fue incorporada mediante una indicación del convencional Cozzi en el pleno de la Convención Constitucional y fue aprobada en dicha instancia. Así, el texto del artículo 3 inciso 1° que se envió a la Comisión de Armonización fue el siguiente:

341.- Artículo 3.- Independencia jurisdiccional, imparcialidad y exclusividad. Las juezas y jueces que ejercen jurisdicción son independientes entre sí y de todo otro poder o autoridad, debiendo actuar y resolver de forma imparcial. En sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley.

ii. *En la Comisión de Armonización.* La Comisión de Armonización en su sesión N° 13, mediante las indicaciones N° 433 y 437, ambas aprobadas en dicha comisión, modifican la parte final del inciso primero del ahora artículo 309. La propuesta presentada al pleno fue la siguiente:

Artículo 309. 1. Las juezas y los jueces son independientes entre sí y de todo otro poder o autoridad, debiendo actuar y resolver de forma imparcial. En sus resoluciones solo están sometidos al imperio del derecho.

Entonces, la comisión de armonización cambió “imperio de la ley” por “imperio del derecho”. Entendió dicha Comisión que de ese modo se “armonizaba” mejor, como se dice en la discusión.

iii. *El Pleno aprueba la propuesta de armonización: “imperio del derecho”.* En la sesión N° 110 del pleno de la Convención Constitucional, se votó en bloque la propuesta de la Comisión de Armonización con la salvedad de la indicación N° 337 (ex 433), aprobando el mismo texto propuesto por dicha Comisión; esto es, el que señala que los jueces están sometidos al “imperio del derecho”.

iv. *La alteración del texto aprobado por el Pleno, por otro distinto.* No obstante, en la propuesta definitiva del texto de la Convención Constitucional se vuelve a incluir el texto “imperio de la ley” en su artículo 310 inciso primero, a pesar de que el aprobado fue otro; en efecto se incluye como definitivo el siguiente:

Artículo 310. 1. Las juezas y jueces que ejercen jurisdicción son independientes entre sí y de todo otro poder o autoridad, debiendo actuar y resolver de forma imparcial. En sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley.

Lo cual es un evidente error, pues en la sesión N° 110 del pleno de la Convención Constitucional no hubo indicación para cambiar “imperio del derecho” por “imperio de la ley”, sino que hubo una votación en bloque de todas las indicaciones provenientes de la Comisión de Armonización, con la salvedad de la N° 337 (ex 433).

v. *¿Quién realizó el cambio?* No existen en toda la historia fidedigna dada a conocer otros documentos en que se pueda observar el origen del cambio desde “imperio del derecho” (que es lo que aprobó el Pleno de la Convención) a “imperio de la ley” (que es lo que se consigna en el texto final), ni tampoco consta en el video de la sesión N° 110 del pleno de la Convención Constitucional y que se encuentra en la plataforma YouTube. El día 28 de junio de 2022 la sesión N° 110 fue suspendida hasta el 4 de julio del 2022 con el objeto de que, según señalan las actas, el borrador fuese revisado por la Secretaría de la Convención Constitucional, previo a ser entregada la propuesta final al Presidente de la República. Probablemente, entonces, el cambio del texto aprobado en dicha sesión como “imperio del derecho” por lo que aparece en la versión definitiva de la propuesta como “imperio de la ley” fue realizado por dicha Secretaría en conjunto con la mesa directiva, volviendo al texto aprobado en un inicio por el pleno, pero luego cambiado por Armonización y aprobado este cambio por el Pleno.

2. *En cuanto a la expresión “ni aun a falta de norma jurídica expresa” contenida en el art. 317.1 de la propuesta.* Respecto del artículo 317.1 sobre inexcusabilidad (“norma jurídica expresa”), no son necesarias mayores observaciones, más que recalcar su aprobación por una amplia mayoría de 150 votos a favor en el pleno de la Convención Constitucional, lo cual puede explicar que el texto se mantuvo sin modificación alguna desde su primera aprobación hasta la versión final. En este caso hay un cambio con el texto del art. 76 inc.2° de la Constitución vigente que se refiere únicamente “a la falta de ley”, quedando en evidencia que solo a partir de las lagunas legales los jueces pueden recurrir a los principios generales del derecho. En el texto de la propuesta, antes de recurrir a los principios generales del derecho, los jueces tendrán que recurrir a los reglamentos autónomos.

C. *Historia fidedigna del art. 381.f (“aquellas materias que no son de ley”).* En cuanto a la expresión final del art.381.f, según la cual la potestad reglamentaria que está sometida a control de la Corte Constitucional es la relativa a “aquellas materias que no son de ley”. Esta expresión definitiva no fue la inicialmente consignada y fue objeto de discusión conexas con el sistema de fuentes. Podemos revisar su decurso.

i. *Los convencionales discutieron la relevancia de la potestad reglamentaria autónoma que se consagraba.* En efecto, cabe destacar que los convencionales Daza y Bravo son especialmente enfáticos en destacar la gran amplitud de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República que se estaba consagrando en el borrador. En efecto, el

convencional Daza señaló que la potestad reglamentaria autónoma tendrá una amplitud: “como nunca en la historia (...) para poder dictar normas en prácticamente cualquier materia”, como puede verse en Anexo N° 5. De ahí que el mismo convencional Daza argumenta sobre la necesidad de que la Corte Constitucional ejerza un control de los reglamentos autónomos, pues capta que la Contraloría General de la República no lo podrá hacer; en efecto, dice: “ahí no hay control [refiriéndose a la Contraloría], o sea vamos a tener un hiperpresidencialismo sin control”.

ii. *El intento de dejar al reglamento autónomo sin control de constitucionalidad.* Pero el convencional Viera postulaba algo más extremo: no aprobar control alguno, pues consideraba “un error mayúsculo” entregar a un órgano de control de la ley (a la Corte Constitucional) el control del reglamento autónomo. De los documentos oficiales y de lo revisado en la plataforma YouTube es posible concluir que no hubo mayor discusión en la Comisión de Sistema de Justicia, salvo el caso de la sesión N° 63 en que se discutieron las indicaciones para el tercer informe de la Comisión de Sistema de Justicia, consignada más arriba.

iii. *La Comisión de Armonización introduce la frase “aquellas materias que no son de ley”.* La Comisión de armonización incorporó la frase “aquellas materias que no son de ley”, en reemplazo de la anteriormente aprobada por el Pleno y contenida en el borrador, que decía: “aquellas materias que no están comprendidas en el artículo [22]”. El art. 22 es el art. 264 definitivo.

iv. *Aprobación por el Pleno.* Durante la discusión en el pleno N° 110 tampoco se discutió y se procedió a votar en bloque la propuesta de la Comisión de Armonización del capítulo X sobre Órganos Autónomos Constitucionales, la cual solo difiere respecto de la indicación N° 521 en la numeración, ya que en dicha indicación se usaron números y en la propuesta se usaron letras. De ese modo el definitivo art. 381.f quedó con la significativa frase: “aquellas materias que no son de ley”.

Como se ve, del resumen de la discusión queda en claro no solo el deseo de la Convención consagrar esta potestad de reglamento autónomo sino también de la creación de un campo regulatorio autónomo respecto de la ley.

5. *El efecto práctico de los reglamentos autónomos: la deslegalización de relevantes materias.* Como vemos, la propuesta de nueva Constitución establece que dos órganos tendrán paralelamente amplias potestades para regular la vida social: por una parte, el Poder Legislativo podrá dictar leyes y, por otra parte, Presidente de la República, podrá dictar reglamentos autónomos. Ambas técnicas quedan así en la cúspide de las fuentes del Derecho, teniendo por sobre únicamente a la Constitución. Los titulares de ambas especies de potestades normativas tendrán la posibilidad de regular diversas materias descritas expresamente en el texto constitucional, en que ley y reglamento autónomo tendrán una dominación exclusiva de sus respectivos

ámbitos regulatorios. Esta situación no solo es totalmente inédita en nuestra historia constitucional, como lo adelanto *supra*, sino que, además, producirá profundas transformaciones en la institucionalidad, alterando el equilibrio de los poderes del Estado, siendo la más notoria la degradación de la ley, que se manifiesta en dos efectos: deslegalización y descongelación del rango normativo. Todo lo cual cabe revisar más despacio incluso con algunos ejemplos.

a) *Ausencia de experiencia práctica en reglamentos autónomos. La propuesta como laboratorio institucional.* En nuestro país no tenemos ninguna experiencia práctica del reglamento autónomo, y nuestra experiencia institucional es con el reglamento de ejecución, esto es, la actividad normativa del Presidente como complemento técnico y necesario de las leyes. Si bien actualmente existen diseminados numerosos reglamentos de ejecución de las leyes en diversas materias, todos ellos son un mero complemento de esas leyes pues están subordinados a las mismas. Del mismo modo, estos reglamentos de ejecución hoy pueden tener un control político ante el Tribunal Constitucional y un control jurídico ante la Contraloría General de la República, quien toma razón previa de estos. Igualmente son objeto del control jurídico difuso por cada tribunal de la República, pues dado que estos deben fallar de acuerdo a la ley, si el reglamento de ejecución se separa de ella, es deber del tribunal inaplicarlo, dada su lealtad con la ley.

Aunque la Constitución vigente menciona la hipótesis del reglamento autónomo, paralelamente incorporó una cláusula de profundo valor democrático según la cual solo a la ley le corresponde realizar regulaciones de carácter general y obligatorio que estatuyan las bases esenciales de un ordenamiento jurídico (se trata del citado art.63 N° 20). Esta es la cláusula que ha permitido mantener en nuestra institucionalidad el primado de las leyes, y explica la nula existencia de los reglamentos autónomos en la *praxis* de más de cuarenta años. Esa es precisamente la cláusula que la propuesta elimina, reemplazándola por el inédito establecimiento de un amplio dominio exclusivo del reglamento autónomo.

Todo lo cual deja en evidencia que lo que se intenta llevar a cabo es en verdad, una especie de laboratorio institucional. No es efectivo lo que algunos convencionales señalan en las discusiones sobre la materia, en que dicen replicar el modelo de dominio legal mínimo de la Constitución de 1925, entonces.

b) *Deslegalización y descongelación del rango normativo de la ley.* Cabe poner en evidencia, además, que esta reestructuración significará la degradación de la ley en todas aquellas materias que la propuesta entrega al reglamento autónomo; ello a raíz de la *deslegalización* de esos espacios regulatorios. En efecto, una vez que eventualmente comience a regir una nueva Constitución bajo este esquema, el legislador quedará inhabilitado para regular aquellas materias que quedan *deslegisladas* y es el Presidente el único autorizado para regularlas a través de un reglamento autónomo, el cual podrá entonces modificar o derogar íntegramente la degradada ley anterior. Se habrá producido el fenómeno de la *descongelación del rango normativo*.

En efecto, mientras el rango normativo está congelado en la ley, solo una nueva ley puede derogar la anterior; pero si la ley es degradada de su rango y es entronizado el reglamento autónomo como su sustituto, puede este modificarla o derogarla. Los efectos prácticos de esta situación pueden verse en materias específicas, lo que realizo *infra*, c).

Como se ve, se trata de un enorme poder de regulación de la vida social en manos del Presidente de la República, en temas bien relevantes, quien podrá desarrollarlo sin contrapesos jurídicos, pues ni la Contraloría tendrá la potestad de tomar razón de ellos ni los tribunales de controlar su juridicidad, dado su rango equivalente a la sustituida ley. El único control visible es político, ante la Corte Constitucional, en caso de invasión de las materias que son de ley, a requerimiento de una de las cámaras legislativas o un tercio de los integrantes. Curiosamente no contiene la propuesta el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del reglamento autónomo, al que sin embargo le entrega este inmenso poder.

c) *Ejemplos de materias concretas de degradación de la ley y nuevas regulaciones a través de reglamentos autónomos.* Puedo dar algunos ejemplos concretos de materias de alta relevancia social que, por efecto del posicionamiento del reglamento como fuente del Derecho, podrían ser objeto de una decisión presidencial, y ya no de una decisión del poder legislativo.

1º) *El caso del justo precio de la indemnización por expropiación.* Este es un caso paradigmático en la propuesta, en que queda en evidencia, así como se arman las piezas de un reloj, el intento de realizar con habilidad un cambio radical, pero sin que en apariencia sea especialmente notorio. Pero es necesario hurgar bien esta materia. Ya adelantaba más arriba que el concepto de "justo precio" vino a reemplazar el vigente concepto de "daño patrimonial efectivamente causado". Se ha afirmado que este sería indicativo o sinónimos del precio de mercado. Es efectivo que los tribunales, hasta ahora, así lo han entendido. Pero no es seguro que se siga entendiendo que la expresión "justo precio" es sinónima de valor de mercado en el futuro. En estos mismos días una empresa estatal de gas ha decidido vender balones de gas "a justo precio", lo que significa para ella un precio considerablemente inferior al que ofrece el mercado.

Entonces, para despejar las dudas, podrá existir en el futuro la necesidad de regular, a través de alguna fuente del Derecho lo que es el "justo precio" de la indemnización en caso de expropiación, y cabe preguntarse si es materia de ley o de reglamento autónomo.

Veamos. Esta materia está contenida en el art. 78.4 de la propuesta, la que no se la encarga a la ley. No es una materia que la Constitución "exija" que sea establecida por una ley (como señala enfáticamente el art. 264 p) de la propuesta). No está expresamente mencionado en ninguno de los listados taxativos de materias de ley, como son los arts. 264, 266 y 268 de la propuesta. No lo dice así tampoco el citado art.78.4. ¿Podría deducirse de

otra disposición más genérica? Por ejemplo, del resto de los numerandos del art. 78. Pero esos numerandos parecieran estar escritos cuidadosamente evitando mencionar las causales de extinción, y entre ellas la expropiación y más específicamente el justo precio. En efecto, el art. 78.2 se refiere al “modo de adquirir la propiedad, su contenido, límites y deberes”, pero de la extinción nada dice. Por otra parte, el art. 78.3 que se refiere también a la expropiación, se refiere a la ley que autorice la expropiación, lo que nada tiene que ver con el justo precio. Luego el art. 78.5 se refiere a la oportunidad del pago y al reclamo del monto del pago y de la modalidad, pero nada sobre el justo precio, o algún encargo a la ley. De ahí que no cabe dudas que el Presidente de la República podrá regular mediante un reglamento autónomo lo que se entiende por justo precio en caso de expropiación y fijar, por ejemplo, que no es el valor de mercado. También podría confirmarlo; pero depende de su decisión autónoma.

En ese reglamento autónomo el Presidente podrá derogar las disposiciones pertinentes de la ley que regula actualmente la materia del justo precio; en este caso es el art. 38 del DL 2186, de 1978, que aprueba la ley orgánica del procedimiento de expropiaciones (que tiene rango de ley), según el cual:

“Cada vez que en esta ley se emplea la palabra “indemnización”, debe entenderse que ella se refiere al daño patrimonial efectivamente causado con la expropiación, y que sea una consecuencia directa e inmediata de la misma”.

Esta norma, en caso de regir la propuesta, podrá seguir en vigor mientras no sea derogada, sustituida o modificada, como señala la disposición 2ª transitoria de la propuesta. De acuerdo con lo señalado, como esta materia ya no es del dominio de la ley y es del dominio del reglamento autónomo, opera respecto de ella la *deslegalización* y su efecto: la descongelación del rango normativo. Entonces el Presidente podrá dictar ahora un reglamento autónomo en el cual junto con sustituir, derogar o modificar dicho art. 38 podrá regular la materia de un distinto modo, y como la Constitución no define lo que sea el justo precio podrá hacerlo el Presidente.

2º) *El caso de la exploración, explotación y aprovechamiento de las sustancias minerales.* En el caso de la actividad minera la situación es más extrema, pues la pérdida de rango normativo es más intensa, pues hasta ahora se contiene una detallada regulación en la Constitución vigente en varios rangos normativos: i) art.19 N° 24 incisos 6° a 10°; ii) Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras de 1982; iii) Código de Minería de 1983; iii) Reglamento de ejecución. Todo lo anterior podrá ser sustituido por nuevas normas. De partida, la propuesta ya habrá sustituido todo lo que señala la anterior Constitución, y un nuevo reglamento autónomo podrá derogar el resto de las normas, pues toda la materia relativa a la exploración, explotación y aprovechamiento de las sustancias minerales será de competencia del reglamento autónomo, de manera exclusiva, y ya no podrá ser regulada por una ley.

En efecto, en el art.145 que la propuesta dedica a esta materia se refiere en términos genéricos a la "regulación", y cabe preguntarse de acuerdo con las reglas revisadas en este trabajo si tal regulación es propia de una ley o de un reglamento autónomo. El ejercicio es el mismo que en el caso anterior. Dado que este art. 145 no "exige" que sea materia de ley (como lo señala el art. 264 p), ni está contenido en ninguna otra enumeración de las taxativas materias de ley, dejó de ser materia de ley, y se habrá producido la deslegalización y su efecto: la descongelación del rango normativo, que en este caso es doble, pues ya no solo dejará de tener rango de ley orgánico constitucional, sino que perderá el rango legal y pasará a ser materia de reglamento autónomo. Leyes estas que seguirán rigiendo hasta que este reglamento autónomo no las haya derogado, según la disposición 2ª transitoria.

Tales reglamentos autónomos, como digo más arriba, no podrán ser controlados ni por la Contraloría ni por los tribunales, quienes más bien deberán obedecer dicho reglamento autónomo dada su calidad de fuente del Derecho. Igualmente, ya lo sabemos, no existe inaplicabilidad por inconstitucionalidad al respecto. La única forma de control que resta es la política del art. 381.f, que no está al alcance de los particulares.

Más ejemplos pueden verse en el Anexo N° 2 (citado en nota inicial).

d) *Otras ramificaciones prácticas del reglamento autónomo.* Algunos casos de ramificaciones ya han sido adelantados, pero aquí ofrezco un listado provisorio.

i. *Reglamento autónomo y acciones constitucionales.* Tanto en la acción cautelar (art.119.1) como en la acción de amparo (art.120.1) la propuesta se refiere al "imperio del derecho". Esta expresión ahora tiene otro significado, pues pasa a ser indicativa no solo de las leyes y principios sino también del reglamento autónomo.

ii. *Reglamento autónomo y definición de Estado de Derecho.* Ahora más que nunca ya no podrá seguramente enunciarse como sinónimo de juridicidad al "principio de legalidad"; habrá que agregar al reglamento autónomo en la expresión. En la definición de Estado de Derecho que recoge la propuesta en un caso se refiere a las "normas dictadas conforme a esta Constitución" (art.16.2) y en otros dos casos se refiere de manera más restringida a "la Constitución y las leyes" y a "la Constitución y la ley", respectivamente (art.16.3 y 4). ¿Altera completamente el principio de legalidad? El tema es esencial en Derecho administrativo, pues solo la ley (hasta ahora) está llamada a configurar las potestades de los órganos administrativos y en ningún caso un reglamento de ejecución. ¿Lo podría hacer el reglamento autónomo? El art.16.2 señala que los órganos del Estado someten su actuar "a la Constitución y a las normas dictadas conforme a estas, dentro de los límites y competencias por ellas establecidos". Aquí la expresión "normas dictadas" es genérica y podría hacer pensar que comprende también a los reglamentos autóno-

mos. Pero pareciera que no es así, ya que en seguida el art.16.2 y 3, al referirse a “la Constitución y las leyes” y a “la Constitución y la ley”, respectivamente, es indicativo de que solo estas establecen competencias, responsabilidades y sanciones administrativas. Como se ve, se torna ambiguo el limpio esquema del tradicional principio de legalidad.

iii. *Reglamento autónomo y regulación de garantías constitucionales. La igualdad ante la ley como ejemplo.* Hasta ahora existe la prohibición de que una norma que no sea la ley regule las garantías fundamentales. Esa prohibición no existe para el reglamento autónomo en la propuesta. En el caso de la garantía de la “igualdad ante la ley” (como dice el art. 25.1 de la propuesta), entonces, habrá que ampliar la expresión a “igualdad ante la ley y el reglamento autónomo”, dado que este último estará autorizado para regular garantías fundamentales y derechos y obligaciones de las personas.

iv. *Reglamento autónomo y tribunales. El caso de la casación.* Como digo más arriba, los tribunales estarán sometidos al reglamento autónomo, de la misma manera que lo están a la ley. Eso fluye de los arts. 310.1 (“imperio de la ley” / “imperio del derecho” y 317.1 (“norma jurídica expresa”). Cabe agregar el caso de la casación, como he adelantado, pues el reglamento autónomo podría convertirse en fuente del Derecho y su infracción podría pasar a ser, entonces, materia de casación. En ese caso, se modificarían de manera sobrevenida los códigos procesales y la legislación respectiva tendría que ajustarse.

v. *Reglamento autónomo y principios generales del derecho.* Ante el nuevo lugar que podrían llegar a ocupar los reglamentos autónomos en las fuentes del Derecho, los principios quedarían relegados a rellenar lagunas de los reglamentos autónomos, como en el caso de las lagunas legales.

vi. *Reglamento autónomo y Contraloría. Solo obediencia.* Como adelante más arriba, la Contraloría tendrá que obedecer los reglamentos autónomos. No veo forma institucional a través de la cual se puedan incluir en el control de “legalidad o constitucionalidad”, la que alcanza a los actos administrativos. Ya es excepcional la situación actual del control de los reglamentos de ejecución, que no son actos administrativos, por parte de la Contraloría, lo que hace bajo el amparo del control de legalidad. Pero no pareciera que sea posible pensar en un control de los reglamentos autónomos. Todo lo cual es un desajuste institucional.

vii. *Reglamento autónomo y Corte Constitucional.* Ya adelantamos que la propuesta no consideró la inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del reglamento autónomo (el art. 381.a) solo se refiere a los preceptos legales). Lo que sí existe es el control político de la constitucionalidad: art. 381.f, el que no está al alcance de los ciudadanos.

viii. *Reglamento autónomo y derogación de leyes degradadas*. La disposición 2ª. transitoria se refiere a la derogación, modificación y sustitución de la "normativa vigente", y cabe entender por tal a las leyes anteriores, ya sea de rango común, de quorum calificado u orgánicas constitucionales. Agrega que esa normativa "seguirá en vigor mientras no sea derogada, modificada o sustituida". Cabe señalar nuevamente que esta derogación, modificación o sustitución puede realizarse tanto por una ley como por un reglamento autónomo; y en el caso de estos últimos, pueden derogar, modificar o sustituir todas las leyes anteriores (de cualquiera de sus rangos: común, quorum calificado u orgánicas constitucionales) en todos aquellos casos en que la propuesta haya deslegalizado su materia, y haya descongelado su rango normativo, por haber transferido la competencia regulatoria al reglamento autónomo.

Coda: Ni Kelsen ni Schmitt

Hans Kelsen y Carl Schmitt, constantemente citados entre nosotros, las dos más grandes figuras del constitucionalismo de la época contemporánea disputaron sobre las más diversas materias, menos en cuanto al lugar de la producción y ejecución de las fuentes. Ellos no podían ser más distintos; casi todas sus perspectivas estaban en las antípodas. Kelsen adhiere al positivismo y excluye toda idea de Derecho natural; políticamente cercano a la socialdemocracia, se opone al presidencialismo. Schmitt critica el positivismo y el liberalismo; rechaza la democracia parlamentaria pluralista. Pero si hay una idea en la cual ambos comparten una misma visión es en la separación que debe existir entre los órganos de *producción* de normas (a cargo del Parlamento) y los órganos de *ejecución* de ellas (a cargo de tribunales y poder ejecutivo)³.

Como se ve, en esta cuestión de las fuentes del Derecho, la propuesta convulsiona el esquema democrático tradicional, con lo cual logra situarse en la rara posición de estar, a la vez, tanto en contra de Kelsen como de Schmitt. Todo un récord.

Conclusiones

A. Las bases democráticas del Derecho administrativo

1º Son tres las bases de toda democracia: separación de poderes, principio de legalidad y respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos. Si se realiza un paralelo de cada uno de estos aspectos resulta lo siguiente:

i) En cuanto a la separación de poderes, el texto constitucional vigente la consagra nitidamente, lo que implica potestades equilibradas para todos ellos y ausencia de conflictos en la práctica. La propuesta de Constitución

³ Así: KELSEN, en *Esencia y valor de la democracia*, VII, al inicio; SCHMITT, en *Legalidad y legitimidad*, Introducción, título e inicio.

altera ese equilibrio, rebajando las atribuciones del actual Senado (que se convierte en Cámara de las Regiones), alterando el actual Poder Judicial (el que ahora pasa a ser "Sistemas de Justicia"), en especial en el nombramiento de sus jueces; en fin, creando un hiperpresidencialismo, a través del artificio del reglamento autónomo.

ii) En cuanto al principio de legalidad, la Constitución vigente mantiene el tradicional primado de la ley, como fuente formal del Derecho, y si bien menciona a los reglamentos autónomos, nunca tuvieron operatividad en la práctica constitucional. La propuesta de Constitución altera el sistema de fuentes del Derecho, poniendo al reglamento autónomo al mismo nivel de la ley. De ese modo, sin perjuicio de la Constitución, ya no es el poder ejecutivo quien tiene el monopolio de la creación del Derecho a través de la ley, sino también ahora el Presidente a través del reglamento autónomo.

iii) En cuanto a los derechos y garantías de los ciudadanos, la actual Constitución establece un acotado número de ellos, y en este análisis observo solo la propiedad y la libertad de emprendimiento económico, las que están muy reforzadas. La propuesta de Constitución es pródiga en la consagración de importantes derechos y garantías (bajo su esquema de Estado Social y Democrático de Derecho) lo que en principio es un avance, pero en las dos garantías que aquí analizo se incorporan nuevas definiciones que las debilitan.

2° Las anteriores son también las bases del Derecho administrativo y toda alteración lo afecta en aspectos esenciales.

B. El reglamento autónomo en la propuesta de Constitución

1° Se altera el esquema tradicional de *producción* y *ejecución* de las fuentes del Derecho, en que aquella le corresponde al Poder Legislativo y ésta a la Administración y al Poder Judicial. Ahora, con la potestad reglamentaria autónoma, el Presidente de la República recibe el nuevo y enorme poder de *crear* o *producir* una fuente del Derecho. Hasta ahora el Presidente solo puede emitir reglamentos de *ejecución*, los que están subordinados a la ley.

2° La técnica normativa que se utiliza para ello es establecer, por una parte, un listado *taxativo* de materias que puede regular la ley y, por otro, se le entrega al reglamento autónomo la potestad de regular todo el resto de las materias de alto contenido social. Lo anterior produce un desequilibrio de poderes pues los tribunales quedarían vinculados no solo a la ley sino también a tales reglamentos autónomos.

3° El descontrol en que quedan los reglamentos autónomos produce efectivamente una *isla de despotismo*. En efecto, los tribunales quedarán sujetos a cumplir (no a controlar) tales reglamentos autónomos por su condición de nueva fuente del Derecho; la Contraloría General de la República ya nos los controlará, por su jerarquía idéntica a la ley; además, no se contempla la inaplicabilidad por inconstitucionalidad a su respecto. El único supuesto

control no es jurídico, sino depende de la decisión y control político de una de las cámaras legislativas o de un tercio de sus integrantes.

4° La historia fidedigna corrobora lo que fluye del análisis dogmático del texto definitivo de la propuesta, pues deja en evidencia el designio de la Convención de la consagración de un hiperpresidencialismo a través de este reglamento autónomo, creando para él un amplio campo regulatorio, al lado y no bajo la ley. De ahí que los diagnósticos ya no podrán referirse a un supuesto presidencialismo moderado o atenuado del que han hablado algunos desinformados politólogos, sino de un presidencialismo reforzado.

5° El efecto práctico del reglamento autónomo es la degradación de la ley, la que no solo pierde su primacía en muchas materias de alta relevancia social, sino que produce la *deslegalización* de tales materias y el subsecuente efecto del descongelamiento del rango normativo. En virtud de esto último, un reglamento autónomo podrá *derogar* todas las leyes vigentes de cualquier rango, ya sean ordinarias, de quorum calificado u orgánicas constitucionales, si es que regulaban materias que ahora son de la potestad normativa del Presidente de la República.

6° Un ejemplo del poder asignado al Presidente de la República a través del reglamento autónomo se manifiesta en el caso de las expropiaciones. En efecto, será el reglamento autónomo el que defina el "precio justo" de una expropiación y no una ley. O, incluso, un reglamento autónomo puede llegar a derogar la actual ley que regula la indemnización en caso de expropiación, esto es, el art. 38 del DL 2.186, de 1978, actual ley orgánica de procedimiento de expropiaciones. Ello es así puesto que el art. 78.4 de la propuesta, relativo a la expropiación, no le encarga su regulación a la ley; por otra parte, el art. 264 no lo enumera dentro de las materias del dominio legal. Por lo tanto, rige el art. 288.2 según el cual la potestad reglamentaria abarca "todas aquellas materias que no estén reservadas exclusivamente a la ley", y este es el caso del "justo precio".