

# LA RESERVA DE LEY Y LA NECESIDAD DE REDEFINIR SU FUNCIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL CHILENO <sup>1</sup>

*Kamel Cazor*<sup>2</sup> y *Matías Guiloff*<sup>3</sup>

Es posible constatar que el constitucionalismo chileno está viviendo cambios en su modelo teórico-jurídico. Esta evolución impone la necesidad de proseguir en la elaboración de nuevos principios, categorías y conceptos para avanzar respecto a categorías técnicas y construcciones dogmáticas hoy vigentes, que fueron pensadas y adecuadas a otras realidades y tiempos. Dicha transición genera un interesante entorno de problematización, sobre todo respecto a la técnica de reserva legal adoptada por el sistema constitucional chileno y la consecuente interacción con el poder normativo gubernamental. La reserva legal no es hoy un criterio del todo funcional para fijar las relaciones entre órganos que tienen poder democrático (Congreso y Gobierno), sobre todo por la falta de rigor y perfección técnica que ha demostrado el Constituyente al configurar sus ámbitos normativos.

## **1. Contexto de problematización y propósitos del trabajo**

Es posible verificar en el constitucionalismo chileno una situación de transición, lo que genera un interesante entorno de problematización, especialmente respecto a la técnica de reserva legal adoptada por el sistema constitucional chileno y la consecuente interacción con el poder normativo gubernamental;

---

<sup>1</sup> Trabajo presentado con fecha 24 de noviembre de 2010 en el Coloquio de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

<sup>2</sup> Licenciado en Ciencia Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile (1992). Máster en Derecho Constitucional y Ciencia Política, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España (1999). Doctor en Derecho, Universidad de Valladolid, España (2000). Profesor Asociado de Derecho Constitucional, Universidad Católica del Norte.

<sup>3</sup> Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales (2003). LL.M. Columbia University, Estados Unidos (2007). Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Diego Portales.

sobre todo por la falta de rigor y perfección técnica que ha demostrado el Constituyente a la hora de configurar sus ámbitos normativos. Con ello, como se ha explicado en otro trabajo, “reconocemos una clara debilidad teórico-regulatoria en su actual configuración y no sería del todo coherente seguir haciendo recaer en el Tribunal Constitucional la solución de esta difícil controversia jurídico-política”<sup>4</sup>.

Para contextualizar el problema, se debe partir de la base de que existe un correlato claro entre la noción de reserva legal y la definición de la ley, a partir de la cual se articulan las restantes fuentes, especialmente el reglamento. En las actuales circunstancias, no resulta sencillo redefinir el papel de la reserva, sobre todo porque la complementariedad o contraste entre los distintos componentes del sistema de fuentes genera que cualquier modificación en uno de ellos produzca alteraciones en la función de las restantes.

Como es sabido, tradicionalmente se ha concebido la reserva legal como una garantía normativa destinada a resguardar que las definiciones en torno a materias cruciales, como la libertad y propiedad (modernamente expresadas en la cláusula del *libre desarrollo de la personalidad*), solo puedan ser reguladas a través de una ley. Una consecuencia lógica de ello es que se imposibilita que el reglamento adopte definiciones sobre tales materias. Desde esta perspectiva, la reserva de ley aparece como una garantía *para* el legislador democrático. Sin embargo, en lo que a distribución de potestades normativas se refiere y desde la perspectiva del rol del legislador en una república democrática, existe una interesante cuestión a la cual la doctrina no ha prestado la suficiente atención y que desvirtuaría la conclusión anterior. Un ejemplo hipotético permite ilustrarla a cabalidad: asúmase que estamos en el proceso de aprobación de una ley relativa a alguna materia tradicionalmente sujeta a reserva, en un país cuya Constitución no contiene regla alguna que distribuya competencias entre el Legislativo y el Ejecutivo. Dentro de este contexto, si el legislador estima que se trata de una materia sujeta a constantes cambios y de una alta complejidad técnica, razonablemente podrá optar por dejar su regulación al reglamento, logrando una estrecha relación de colaboración entre estas dos potestades normativas.

La posibilidad ilustrada en el ejemplo anterior no existiría en un ordenamiento jurídico como el chileno en que la Constitución expresamente dispone que determinadas materias, o al menos su núcleo esencial, deban ser

4 Cazor, Kamel y Pfeffer, Emilio, “La búsqueda de criterios orientadores en la configuración de las potestades normativas en Chile”, en *Revista Ius Et Praxis*, Año 15, 1 (Universidad de Talca) 2009, p. 227.

reguladas por ley. Así, aparece con toda claridad un rasgo sobresaliente de nuestro sistema constitucional: mediante el establecimiento de reservas (generales o específicas), la Constitución impide al legislador democrático distribuir competencias normativas entre la ley y el reglamento. La reserva de ley, más que una garantía para el legislador democrático, es un resguardo *en contra* del mismo: hoy la reserva de ley en materia de derechos fundamentales se dirige *contra* el legislador<sup>5</sup>. Esta compleja realidad puede resumirse con la fórmula del “legislador de los derechos fundamentales”, que se traduce en una “vinculación negativa” de la ley a esos derechos, en virtud de la cual éstos operan como tope o barrera a la libertad legislativa de configuración del ordenamiento, y en una “vinculación positiva” que impone al legislador una tarea de promoción de los derechos fundamentales”<sup>6</sup>.

Ahora bien, la finalidad de convivencia general que cumplen los derechos fundamentales y la propia naturaleza de los Estados democráticos, obligan a armonizar las actuaciones de la ley y la inexorable relación de colaboración que esta debe sustentar con la potestad reglamentaria de la Administración. De ahí que exista la urgencia de redefinir la función de la reserva legal en el Estado constitucional y democrático y, especialmente, su vinculación con los derechos fundamentales. Ello obliga, entre otras cosas, a enfrentarse a la trascendental relación entre Constitución y democracia, y a la intrincada vinculación de ambos con los derechos fundamentales. Creemos que se debe ser muy cuidadoso al momento de argumentar interpretaciones extensivas de la reserva legal, lo que, lejos de ampliar las competencias del legislador, muchas veces conducen a dificultar la actuación de la Administración. Dada la heterogeneidad de las reservas legales y las múltiples combinaciones que pueden plasmarse entre ellas, “no es sostenible ni operativo en nuestro ordenamiento constitucional, plantear una tesis basada en una idea rígida de la reserva, ya que no siempre la pérdida de intensidad o flexibilización de las leyes puede verse como un fenómeno contrario a las exigencias y rol de la reserva legal, es decir, flexibilizar no necesariamente es relativizar o debilitar la reserva, ya que en la relación ley-reglamento, este último debe regular todo lo indispensable para garantizar la aplicación de la ley”<sup>7</sup>.

De ahí que resulte imprescindible buscar criterios de equilibrio a fin

5 Encinar, Juan, “Prólogo”, en Villacorta, Luis, *Reserva de ley y Constitución* (Dykinson) 1994, p. 15.

6 Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales* (Civitas) 2005, p. 99.

7 Cazor, Kamel y Pfeffer, Emilio, *op. cit.*, p. 224.

de hacer funcionales los elementos normativos que componen el sistema de fuentes, cuestión que no está ajena a controversias y que comprende no solo las ideas jurídicas de los intérpretes constitucionales sino también sus ideas políticas, “que responden muchas veces a distintas concepciones sobre la sociedad, las relaciones entre esta y el Estado, y las funciones que le corresponden a este último”<sup>8</sup>, que se manifiestan, por ejemplo, en los denominados paradigmas liberal y social. La reserva de ley cumpliría, según el paradigma liberal, la función de garantía frente a intervenciones de los poderes públicos en los ámbitos de libertad de los ciudadanos; según el paradigma social, funcionaría como garantía del pluralismo democrático,<sup>9</sup>. Estos modelos, a su vez, tienen repercusiones en la función, ámbito e intensidad de la reserva legal y explican los diversos razonamientos que se dan en torno a ella; efectos que, como se hará mención en el marco teórico y discusión bibliográfica, también son verificables en el sistema constitucional chileno.

En resumidas cuentas, abordar el tema de la reserva legal en nuestro ordenamiento constitucional significa hacer frente a un asunto complejo, que pone en evidencia la naturaleza conflictiva de las relaciones entre ley y reglamento, y la controversia acerca de la extensión e intensidad de los poderes normativos de la Administración. La garantía de la reserva legal, en consecuencia, claramente es un problema actual en el ámbito del Derecho constitucional chileno, tanto en sus aspectos teóricos como en la práctica jurídica.

## **2. Marco teórico en torno a la reserva de ley**

### **2.1. Antecedentes de la reserva legal**

En la actualidad, tras desaparecer el principio monárquico, se mantiene como única fuente de legitimidad el *principio democrático*, que reconoce la primacía de la ley dentro de su estructura. Sobre el particular, existe unanimidad doctrinal a la hora de afirmar que la reserva de ley se ha interpretado conforme a dos modelos teóricos. Para Santamaría Pastor, los fundamentos de la potestad reglamentaria se encuentran en el siglo XVIII en Francia y Alemania. Los franceses, que vivían un proceso revolucionario contrario a la monarquía, en un primer momento suprimieron la potestad reglamentaria debido a sus orígenes monárquicos, pero luego, y una vez establecido el nuevo régimen, utilizaron

8 Melero, Eduardo, “La flexibilidad de la reserva de ley”, en *Revista Jurídica Universidad Autónoma (Dykinson)* 2004, pp. 110 y 128.

9 *Ibíd.*

esta potestad de una manera subordinada a la supremacía de la ley, en un sistema *vertical*. Por otro lado, prosigue este autor, en Alemania, donde imperaba un sistema de monarquía limitada, al contrario de los países con sistema liberal, se aplicó una *horizontalidad* en la relación ley-reglamento: ley y reglamento no son, pues, normas de distinto rango formal, enlazadas por una relación jerárquica, sino tipos normativos que operan en campos materiales distintos<sup>10</sup>. Esto último lleva, en la monarquía dualista, a una delimitación material de la competencia del Parlamento, reservándose a la regulación legal todo lo que afecte el ámbito de la libertad y la propiedad<sup>11</sup>.

En la actualidad, el Derecho positivo se ha bifurcado en dos direcciones. En el caso del *Derecho francés*, el legislador solo puede intervenir en las materias que se encuentran establecidas en la Constitución: la reserva se presenta como un medio que limita la supremacía de la ley al repartir las competencias entre el Ejecutivo y el Legislativo. En el *Derecho alemán*, el legislador se encuentra habilitado para intervenir en cualquier materia, por lo que contrariamente al caso anterior, la reserva es un medio de protección de la supremacía de la ley<sup>12</sup>.

Con el tiempo, se ha producido un *cruce de sistemas*. Así, la Constitución francesa de la V República ha llegado a una concepción germánica clásica de la ley<sup>13</sup>, al tiempo que la Constitución alemana de Bonn, aunque con otros matices, está más cerca del sistema jacobino francés<sup>14</sup>.

Teniendo en cuenta la clara influencia del Derecho Comparado en esta temática, cabe recordar que es un lugar común en la doctrina nacional la constante alusión a la inspiración francesa que ha tenido en esta materia nuestra actual estructura constitucional (a partir de lo cual, derivan el denominado “dominio legal máximo”). Sin embargo, debemos precisar que el objetivo del constituyente no fue incorporar en estricto sentido el sistema francés en la ordenación

---

10 Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo I* (Centro de Estudios Ramón Areces) 1988, pp. 696-701.

11 Melero, Eduardo, op. cit.

12 García Macho, Ricardo, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, (Ariel) 1988, p. 15.

13 Sin embargo, como bien señala Javier Matía Portilla: “La reserva de ley no se conecta hoy, como en el dualismo germánico, con un reparto de funciones entre el legislador y el gobierno; en la actualidad se concibe como una garantía de las minorías. Esta es la principal justificación –prosigue– (junto con el aseguramiento del principio democrático y el mayor valor que la ley presenta desde la óptica del principio de seguridad jurídica) de una institución como la reserva de ley, que implica que el legislador debe abordar personalmente la regulación de las materias, sin que pueda dejarla en manos del Gobierno” (Estudio que sirve de comentario a la reseña bibliográfica del libro de Jérôme Tremeau: *La réserve de loi. Compétence législative et Constitution*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 55, 1999).

14 Santamaría Pastor, Juan Alfonso, op. cit., pp.196-198.

de la relación ley-reglamento, sino que, en la práctica, conservó el diseño de la anterior Constitución, manteniendo el principio de la primacía de la ley como norma de clausura del sistema normativo. Por ello resulta justificado centrar la atención en otros sistemas distintos al francés, como por ejemplo, el caso español, alemán o norteamericano, entre otros<sup>15</sup>.

El *Derecho español*, más cercano al sistema alemán actual, aplica el principio de supremacía de la ley sobre las demás fuentes del Derecho; el efecto de la reserva es que la potestad legislativa resulta irrenunciable en las materias reservadas. Según García Macho: “En la Constitución española se reconocen dos tipos de reservas: la reserva ordinaria establecida en el artículo 53.1, pero también deducible del 53.3, aparte de las reservas concretas recogidas en diversos artículos de la Constitución, y la reserva orgánica, contemplada en el artículo 81.1”<sup>16</sup>.

No obstante la claridad del enunciado constitucional, la doctrina no se ha puesto de acuerdo en relación al carácter de la reserva. Así, por ejemplo, para De Otto, en el ordenamiento constitucional español existen numerosas reservas concretas, salvo la reserva de ley en favor de los derechos fundamentales (art. 53.1), por lo que habría que excluir la existencia de una reserva general<sup>17</sup>. Al contrario, García de Enterría señala que de las numerosas reservas de ley se desprende una reserva general en las materias de contenidos más relevantes del ordenamiento. Además de estas dos posturas doctrinales, se da lugar, en el primer caso, a la existencia de *reglamentos independientes*, mientras que, en el segundo, se excluye totalmente dicha posibilidad<sup>18</sup>.

A su vez, Santamaría Pastor comienza por analizar el concepto de ley en España, señalando que no es otra cosa que el conjunto de normas a las que la Constitución Española denomina como tales o atribuye rango o fuerza de ley. En este sentido, agrega, la Constitución mantiene una posición ambigua respecto al instituto de la reserva de ley, por cuanto no define mediante fórmulas generales el dominio natural de la ley; ni tampoco hay en ella una enumeración específica de las materias que le están reservadas. Sin embargo, según el autor, numerosos preceptos permiten a la ley regular ciertas ma-

15 Cazor, Kamel y Pfeffer, Emilio, op. cit., p. 192.

16 García Macho, Ricardo, op. cit., p. 17.

17 De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes* (Ariel), 1998, pp. 151-156.

18 García de Enterría, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*, (Civitas) 1995, pp. 239-241.

terias. Por esta razón, concluye señalando que “Hay, en efecto, en nuestro sistema normativo, una reserva general de ley respecto de todos los actos del poder público que incidan de modo limitado en la esfera jurídica o personal de los ciudadanos; una reserva que se deriva del derecho fundamental al ‘libre desarrollo de la personalidad’ que el art. 10.1 CE consagra. Esta expresión no es una invocación elegante y vacía, ni una profesión de fe en la filosofía personalista: es una transcripción literal del artículo 2 [1] de la Ley Fundamental de Bonn que expresa en lenguaje moderno la clásica reserva general sobre todo lo que afecte a la ‘libertad y propiedad’ de los ciudadanos”<sup>19</sup>. De este modo, para Santamaría Pastor, en el sistema español la reserva constitucional de una materia a la ley supone que queda en dicha materia excluida por completo la posibilidad de reglamentos independientes; pero cabe la colaboración del reglamento en las materias reservadas, siempre que una ley previa la regule.

Lo anterior refleja claramente que, en los sistemas constitucionales existentes, se encuentra implícita la tradicional dicotomía entre ley y reglamento, una de las manifestaciones fundamentales de la potestad normativa del Estado, cuyo estudio ha ido desarrollando la lucha político-institucional de los siglos XIX y XX.

## 2.2. Enfoques de la literatura nacional sobre la reserva legal

Es posible resumir las principales posiciones de la doctrina constitucional chilena (Precht<sup>20</sup>, Cea<sup>21</sup>, Zapata<sup>22</sup>, Nogueira<sup>23</sup>, Carmona<sup>24</sup>, Ribera<sup>25</sup>, Zúñiga<sup>26</sup>,

---

19 Santamaría Pastor, Juan Alfonso, op. cit., p. 781.

20 Precht, Jorge, “Potestad reglamentaria y equilibrio constitucional en la Constitución de 1980”, en *Boletín de Investigaciones*, 48-49, (Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho), 1981.

21 Cea, José Luis, “Dominio legal y reglamentario en la Constitución de 1980”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 11, 1-3 (Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho) 1984.

22 Zapata, Patricio, *Justicia Constitucional*, (Editorial Jurídica de Chile) 2008.

23 Nogueira, Humberto, *Dogmática Constitucional*, (Editorial Universidad de Talca) 1997.

24 Carmona, Carlos, “Un nuevo estadio en la relación Ley-Reglamento: El ámbito del reglamento”, en *Revista de Derecho Público*, 63, (Universidad de Chile, Facultad de Derecho) 2001.

25 Ribera, Teodoro, “Reserva legal, potestad reglamentaria y Constitución de 1980”, en *Revista de Derecho Público*, 63, (Universidad de Chile, Facultad de Derecho) 2001.

26 Zúñiga, Francisco, “Ley y Reglamento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (De la germanización al practicismo)”, en *Revista Ius Et Praxis*, Vol. 7, 2, (Universidad de Talca, Facultad de Derecho) 2001.

Fernandois<sup>27</sup>, García<sup>28</sup>, Silva<sup>29</sup> y Cordero<sup>30</sup>) en las siguientes tesis:

-Primera tesis: El objetivo del constituyente no fue incorporar en estricto sentido el sistema francés en la ordenación de la relación ley-reglamento.

-Segunda tesis: En el ámbito del legislador se configura una competencia de atribución no constitucionalmente clausurada.

-Tercera tesis: Se da la paradoja de que la doctrina hable, por una parte, de un sistema que se circunscribe al interés del constituyente por limitar la capacidad reguladora de la ley, dentro del concepto de un Ejecutivo vigorizado y, por la otra, ocurra todo lo contrario, existiendo un ámbito regulador de la ley muy amplio.

-Cuarta tesis: El criterio normativo variable no ha sido el óptimo a la hora de determinar el verdadero alcance de la reserva de ley, ya que, como medio de distribución de competencias, no ha permitido descifrar con claridad el ámbito del dominio legal y reglamentario. Ello ha trasladado el problema a la esfera del Tribunal Constitucional (en adelante TC), cuya actividad ha apuntado a encontrar criterios óptimos para delinear las fronteras entre la reserva legal y la potestad reglamentaria de ejecución (ya que toda su jurisprudencia en esta materia se ha generado por la potestad de ejecución). Por esta razón, en este campo de control jurídico se habla de una verdadera “reserva de sentencia”.

-Quinta tesis: Se debe situar la reserva legal dentro de un contexto de influencia más político que jurídico, no del todo sistematizado, respecto a lo cual la doctrina nacional ha elaborado diversas teorías, que se deben circunscribir en un nuevo estadio de la relación ley-reglamento. Antes se discutía en torno a la legitimidad de la regulación reglamentaria, mientras que ahora la discusión se centra en determinar cuál es el margen o el ámbito de su intervención (más precisamente la intensidad o profundidad de la ordenación), es decir, cuánta regulación le es posible al reglamento. En este último punto, existe controversia en torno a su límite. En efecto, para unos (posición “finalista”), el rol central del reglamento es la ejecución de la ley, es decir, aplicar e implementar la norma legal, complementándola para su mejor ejecución.

---

27 Fernandois, Arturo, “La reserva legal: Una garantía sustantiva que desaparece”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 18, 2, (Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho) 2001.

28 García, Gonzalo, *La reserva legal de derechos constitucionales: ¿Poder legislativo contra la administración?*, (Ediciones Universidad Alberto Hurtado) 2004.

29 Silva, Luis Alejandro, *El control de constitucionalidad de los actos administrativos legales*, (LegalPublishing) 2009.

30 Cordero, Eduardo, “El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXII, (Facultad de Derecho) 2009.



Para otros (posición del “parámetro estricto”), el reglamento solo puede desarrollar lo ya legislado, puesto que la potestad reglamentaria es una atribución de aplicación, no de complementación, y su función es pormenorizar (no alterar), completar o complementar la ley. Es decir, ejecuta la ley, pero no es ley; es esta la que establece su grado de maniobra<sup>31</sup>.

-Sexta tesis: Respecto a las potestades normativas, hay quienes rechazan la idea de que, a través de una “reserva legal absoluta”, se intente cerrar el debate en torno a un concepto definitivo de reserva legal, ya que “lo válido es admitir modalidades y distinciones de la reserva de ley”<sup>32</sup> (sobre todo teniendo en cuenta la heterogeneidad de reservas legales, la multiplicidad de combinaciones que pueden plasmarse y la consecuente flexibilización de las mismas). Por su parte, otros plantean una idea necesariamente rígida y sustantiva de la reserva, asimilando cualquier criterio de distinción de la misma a un “proceso de relativización” y enfatizando “que la reserva de ley es mucho más que un criterio técnico-constitucional: es una garantía sustantiva para la vigencia de los derechos fundamentales”<sup>33</sup>.

Resumidas estas tesis centrales de la doctrina nacional, resulta necesario abordar temas específicos en torno a esta materia, que podemos sintetizar en los siguientes puntos:

### **2.2.1. La reserva legal como una expresión (más) de la tensión entre constitucionalismo y democracia**

Es un lugar común en la teoría constitucional la referencia a la eterna tensión entre constitucionalismo y democracia<sup>34</sup>. Pero –y en lo que específicamente concierne a la reserva de ley– no suele advertirse como ésta, al menos en su recepción por parte de la Constitución Política de 1980, es también una institución que manifiesta la democracia. La explicación probablemente pueda encontrarse en que toda la atención se focaliza sobre cómo la reserva de ley constriñe la actuación de la Administración. Si bien es un hecho que la reserva de ley deja fuera de la disposición de la Administración una serie de materias, no se debe perder de vista, como ya se ha sugerido, que ella también vincula al legislador. Desde esta perspectiva y tal como lo hacen los derechos

31 Carmona, Carlos, op. cit., p. 183.

32 García, Gonzalo, op. cit., p. 129.

33 Fermandois, Arturo, op. cit., p. 288-291.

34 Por todos, Elster John y Slagstad, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, (Fondo de Cultura Económica) 2000.

fundamentales, la reserva de ley constriñe la actuación del legislador, impidiéndole que distribuya competencias normativas sobre el núcleo esencial de la materia sujeta a reserva.

De la relación de los artículos 32 N° 6 y 24 de la Constitución es posible deducir una amplia potestad reglamentaria del Presidente de la República. De acuerdo al primero, la potestad reglamentaria puede ejercerse en todas las materias que no sean de dominio legal y para ejecutar aquellas que sí lo son, cuando el Presidente lo estime conveniente. Pero esta disposición ha de interpretarse teniendo como telón de fondo el artículo 24 de la Carta Fundamental, de acuerdo al cual al mismo Presidente de la República le concierne el gobierno y la administración del Estado. De ahí que, siguiendo a Silva Cimma, pueda afirmarse que en nuestro ordenamiento constitucional la potestad reglamentaria tiene un alcance mucho más amplio que la mera ejecución de la ley; se extiende incluso, dada la misión que le cabe al Presidente de administrar el Estado, a casos no legislados, debiendo respetar siempre los principios y disposiciones constitucionales, así como la normativa legal expresa<sup>35</sup>.

Una de esas disposiciones constitucionales es justamente el artículo 63, que, al establecer las materias cuyo desarrollo corresponde a la ley, limita la procedencia de esa amplia potestad reglamentaria. Con todo, dicha limitación no llega al punto de excluir la participación del reglamento en la disciplina normativa de las materias. Como señala Moraga, “la circunstancia que el Constituyente establezca la reserva de ley [...] no significa que la potestad reglamentaria esté impedida absolutamente de entrar a normar, de un modo colaborativo y particularizador en aspectos instrumentales y con sujeción a la ordenación legal superior, a la propia ley”.<sup>36-37</sup> De esta forma, al igual que los derechos fundamentales, la reserva de ley limita el juicio soberano del legislador democrático, aunque lo hace en lo referido a la posibilidad de que asigne a la Administración la regulación de la materia sujeta a reserva, salvo que lo haga en lo que concierne a aspectos instrumentales de la misma. Siendo esto así, surge una nueva y relevante pregunta: ¿cuáles son esos aspectos

35 Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. Introducción y fuentes, Cuarta Ed., (Editorial Jurídica) p. 157.

36 Moraga Klenner, Claudio, “La actividad formal de la administración del Estado”, en Pantoja Bauzá, Rolando, (coord.), *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo VII, p. 50.

37 Una interrogante que fluye de esta afirmación es si ese ámbito donde la intervención del reglamento es tolerable da lugar a un poder normativo concurrente de la administración. La respuesta a esta pregunta divide a la doctrina: Silva Cimma responde esta interrogante de manera afirmativa, mientras que Moraga es de la opinión contraria. Ver, Silva Cimma, Enrique, op. cit., p. 159 y Moraga Klenner, op. cit.

instrumentales que la Administración sí puede normar a través de la potestad reglamentaria de ejecución?

No existe en la Constitución una respuesta a esa interrogante, por cuanto, como se ha señalado, solo dispone que el Presidente puede dictar reglamentos de ejecución en materia de ley. Interpretando esa norma en armonía con la disposición contenida en el artículo 63 N° 20, puede concluirse que no puede considerarse como aspecto instrumental, y por tanto regulable por la vía reglamentaria, el núcleo esencial de la materia sujeta a reserva. No obstante esta limitación, el ámbito del reglamento de ejecución es bastante indeterminado debido al amplio espectro entre lo básico y lo instrumental en la disciplina normativa de una materia. Esa indeterminación complica las cosas, por cuanto, al no quedar claro hasta dónde se extiende esa potestad reglamentaria de ejecución que el Presidente detenta para gobernar y administrar el Estado, la relación entre ley y reglamento queda en un estado de permanente tensión. Esto resulta problemático porque el ejercicio de la soberanía requiere a un Presidente que pueda colaborar con el Congreso ejecutando sus decisiones soberanas, lo que se dificulta cuando, como sucede en Chile, no queda claro el límite de uno de los medios con que el primer mandatario cuenta para la ejecución de las leyes: la potestad reglamentaria

### **2.2.2. La tensión entre la Constitución y la relación ley- reglamento**

La indeterminación en el texto constitucional respecto al límite entre la ley y la potestad reglamentaria tensa una relación que, al menos en abstracto, debiera ser armoniosa. En efecto, para desplegarse sobre las hipótesis concretas, la ley requiere de la colaboración del reglamento. Como señala Moraga, “el reglamento no debe ser visto como un fenómeno en confrontación con la ley; es decir, como si existiera un permanente estado de tensión entre la norma legal que desea dar el Parlamento y la norma decretal que desea dictar el Presidente de la Republica”<sup>38</sup>. Existen buenas razones para defender una relación de sociedad o, al menos, de colaboración entre la ley y el reglamento. Por las características estructurales de una y otro, ambos pueden complementarse perfectamente; la ley estableciendo, de manera general y abstracta, el marco aplicable respecto de una determinada materia y el reglamento tomando la posta, alcanzando los niveles de detalle donde la ley no puede llegar<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Moraga Klenner, Claudio, op. cit., p.46.

<sup>39</sup> Tan relevante es el rol del reglamento para el cumplimiento de las funciones que la Constitución asigna al Presidente de la Republica, que alguna literatura llega a señalar que su no dictación puede dar

La regulación constitucional es bastante indeterminada respecto al ámbito de intervención del reglamento en relación a la ley, que día a día se encuentra con una facticidad que demanda la inmediata aplicación de la ley. Dentro de ese estado de cosas, el Presidente ejecuta la ley a través de la dictación de reglamentos sin tener una certeza absoluta respecto a su campo de intervención. Como tal certeza no existe, esos reglamentos posteriormente pueden ser impugnados por considerarse que intervienen sobre materias de ley, quedando el asunto para la resolución del TC. De esta manera, no se produce esa pretendida relación de colaboración, por lo que parece válido preguntarse si no existe algún mecanismo que pueda mediar entre la indeterminación del texto constitucional y la aceleración de la Administración por ejecutar la ley. Estimamos que un mecanismo de esa naturaleza es la remisión normativa.

### **2.2.3. La Remisión normativa como eje articulador de la colaboración entre la ley y el reglamento: su constitucionalidad, fundamento, utilidad e interpretaciones en la práctica constitucional**

Es posible encontrar diversas posturas en la doctrina respecto a la remisión normativa. El principal exponente de los que han fustigado duramente el uso de remisiones normativas por parte del legislador es Soto Kloss, quién considera la remisión normativa derechamente inconstitucional<sup>40</sup>. Sus argumentos son: (1) que la Constitución solo contempla la figura de la delegación, la que, por disposición constitucional expresa, jamás procede en materia de garantías constitucionales; (2) que las garantías constitucionales sujetas a reserva de ley pueden ser reguladas “única, sólo y exclusivamente por la ley”; y (3) que todas aquellas materias que no quedan comprendidas dentro de las “numerosísimas” que la Constitución ha reservado a la ley, caen consiguientemente dentro del ámbito de la potestad reglamentaria autónoma<sup>41</sup>.

Desde otra vereda, hay voces que se pronuncian favorablemente respecto a la remisión normativa. Dada la ubicuidad de la figura de la remisión normativa, sostiene Pierry, no puede ponerse en tela de juicio su constitucionalidad. El argumento es de orden práctico y surge en el intento por fundar nume-

---

lugar a la responsabilidad política del primer mandatario, la cual se configuraría por incumplimiento del deber de ejecutar la ley. Ver, Román Cordero, Cristian, “El poder in-Ejecutivo (el deber constitucional del Presidente de la República de ejecutar la ley y su infracción)”, en *Revista de Derecho Público*, 70, 2008, p. 338.

40 Soto Kloss, Eduardo, “En la forma que prescriba la ley: Notas sobre prácticas legislativas inconstitucionales”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, 2 y 3, 1991, pp. 689-691.

41 *Ibid.*, p. 690.

rosas disposiciones legislativas que invitan al Ejecutivo a complementarias e incluso, a desarrollarlas. Su punto central es que, de acogerse la tesis de la inconstitucionalidad de la remisión normativa, ello implicaría la inconstitucionalidad de gran parte de los reglamentos que contienen normas de policía administrativa<sup>42</sup>.

Además de la discusión sobre la constitucionalidad de la remisión normativa en la literatura clásica en materia de Derecho administrativo, existe, desde el punto de vista del Derecho constitucional, una postura que centra su atención en otro aspecto de la misma que no es menor: su fundamento democrático. Rodrigo Correa señala que, a diferencia de lo que sucede con la delegación recepticia (la que se realiza por medio de la figura del decreto con fuerza de ley), la Constitución no regula la remisión normativa, lo que no implica que no la tolere<sup>43</sup>. Ello por cuanto en el inciso 2° del artículo 7° de la Constitución, para efectos del otorgamiento de atribuciones a las magistraturas del Estado, aparte de ella misma, reconoce a la ley como fuente legítima de estas<sup>44</sup>. Con todo, considera que la remisión normativa debe quedar sujeta a algún tipo de limitación pues, de lo contrario, el legislador tendría el incentivo de eludir las restricciones establecidas para el ejercicio de la delegación recepticia, estableciendo remisiones normativas<sup>45</sup>.

Ahora bien, aun asumiendo que la remisión normativa es constitucional y tiene un fundamento democrático, no se sigue que sea absolutamente necesaria, por cuanto, en nuestro ordenamiento jurídico, como ya hemos señalado, el Presidente de la Republica no requiere de la habilitación expresa del legislador para dictar un reglamento de ejecución; su potestad reglamentaria deriva directamente de la Constitución. Siendo esto así, no requiere el Presidente para dictar un reglamento que la ley a ser ejecutada lo autorice a ello. En este sentido, señala Moraga que “la remisión normativa de la ley al reglamento no constituye un titulo de habilitación jurídica al Presidente de la Republica”<sup>46</sup>.

Si bien es necesario coincidir con la afirmación que la potestad reglamentaria del Presidente de la Republica deriva directamente de la Carta funda-

---

42 Pierry, Pedro, “Las transformaciones del Derecho Administrativo en el Siglo XX”, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, 5, 2001, pp. 8-9.

43 Correa, Rodrigo, “Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho*, 1, (Universidad Adolfo Ibáñez), p. 482.

44 *Ibíd.*, p. 483.

45 *Ibíd.*, p. 482.

46 Moraga Klenner, Claudio, *op. cit.*, p. 53.

mental, estimamos que esta no es incompatible con afirmar, asimismo, que la remisión normativa puede ser útil, y más aun, indispensable para efectos de precisar el indeterminado deslinde entre ley y reglamento. Al menos *prima facie*, el legislador, al dictar una ley, tiene la facultad de interpretar ese ámbito indeterminado. Siendo Chile una República democrática y el Legislador el órgano a través del cual se manifiesta de manera más nítida el ejercicio de la soberanía, debe existir un grado de deferencia respecto de la interpretación que realiza de su (indeterminada) competencia normativa y, consiguientemente, de aquella del Presidente. Esa interpretación puede determinar, en concreto, cuál es el núcleo esencial de la materia sujeta a reserva y cuáles son los aspectos de detalle que válidamente pueden ser regulados por la Administración.

Con todo, la jurisprudencia del TC en materia de remisiones normativas es, por regla general, bastante poco deferente con estas. Alguna literatura ha hablado de la existencia de recelo del TC frente a estas<sup>47</sup>. Lo cierto es que hay fallos en donde el término recelo se queda corto, como –bien es conocido– el de *Ley de Bases Generales de Medio Ambiente*. Más allá de la falta de regulación expresa de la remisión normativa en el texto constitucional, cabe preguntarse qué justifica esa actitud por parte del TC. En respuesta a esta interrogante, puede hacerse notar que lo que muchas veces se encuentra en juego tras la interpretación de la reserva legal son los estándares con que debe cumplir la Administración para intervenir sobre derechos fundamentales.

Solo desde este prisma, puede justificarse la actitud del TC frente a este mecanismo. En nuestro texto constitucional son muy específicos los casos en que derechamente se autoriza la intervención de la Administración sobre un derecho fundamental (por ejemplo, en el artículo 19 N° 13) y aquellos en los que de manera absoluta se niega esta posibilidad (como sucede en materia de configuración y limitación del derecho de propiedad, en el artículo 19 N° 24 inciso 2°)<sup>48</sup>. Así, una vez más, la cuestión no queda bien determinada. Dada su posición de garante del orden constitucional, así como de los derechos fundamentales contenidos en el mismo, el TC debe resolver esta cuestión.

Para estos efectos, tratándose de disposiciones de un proyecto de ley que habilitan la intervención de la Administración para la regulación de un determinado asunto, el TC ha llegado a señalar que estas deben dejar determinado cuales son los derechos fundamentales a ser intervenidos por la Adminis-

47 Correa, Rodrigo, "Tribunal Constitucional", op. cit., p. 489.

48 Moraga Klenner, Claudio, op. cit., p. 47.

tración –requisito de la determinación– y especificar cuáles son las medidas precisas que se autoriza a la administración a adoptar respecto de ellos (requisito de la especificidad)<sup>49</sup>. En congruencia con lo anterior, el TC ha señalado también que las remisiones normativas han de contener pautas objetivas que orienten el ejercicio posterior que de ellas realizará la Administración y, en el mismo sentido, que son inconstitucionales las potestades discrecionales absolutamente indeterminadas<sup>50</sup>.

Así, la remisión normativa se encuentra sujeta a un alto estándar de escrutinio por parte del TC. Como se ha esbozado recientemente, la más probable explicación de esto radica en que, en numerosas ocasiones, esta permite la intervención de la Administración sobre derechos fundamentales, actuación que se estima ha de cumplir con exigentes parámetros. Como siempre, la protección absoluta de los derechos fundamentales tiene efectos paralizantes, los que en este caso inciden drásticamente sobre la relación ley-reglamento. En concreto, una amplia interpretación de los derechos fundamentales deviene en la imposibilidad de cualquier forma de intervención de la Administración sobre los mismos, cuestión que deriva en la imposibilidad de la colaboración entre la ley y el reglamento.

### **3. La reserva de ley en la práctica jurisprudencial: A propósito del control de constitucionalidad de los decretos supremos por parte del Tribunal Constitucional<sup>51</sup>**

Como ha sido expuesto en las páginas anteriores, en nuestro país cobra especial relevancia el tópico de la conexión entre la ley y el reglamento, pues tal vinculación se encuentra inmersa en un sistema caracterizado por una capacidad normativa variable, que no conjuga con claridad los campos competenciales y configuradores de la reserva legal y la potestad reglamentaria. Este problema afecta claramente el funcionamiento de nuestro Estado constitucional, particularmente cuando dichas potestades normativas regulan derechos fundamentales de los ciudadanos. Dentro de este contexto de problematización (que, dicho sea de paso, no es exclusivo de nuestra realidad

49 En el mismo sentido, Cordero Vega, Luis, “Videovigilancia e intervención administrativa: Las cuestiones de legitimidad”, en *En foco*, 137, (Expansiva), p. 8.

50 *Ibíd.*, p. 9.

51 Las ideas matrices de este acápite también es posible encontrarlas en: Cazor, Kamel, La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la búsqueda de criterios orientadores en la configuración de las potestades normativas en Chile, en Libro colectivo Estudios Constitucionales (Librotecnia), 2010, pp. 289-301.

constitucional), se debe partir de la base que la labor del TC es concluyente en la comprensión de los ámbitos competenciales que fija la Constitución en general y de la relación ley-reglamento en particular. Ello debido a que, en la práctica, su determinación descansa en gran medida en la actividad de control que realiza dicho Tribunal, cuya doctrina jurisprudencial se ha centrado, de un modo premeditado o intuitivo, pero con poco éxito hasta ahora, en la no fácil tarea de encontrar los criterios orientadores que permitan abordar este asunto competencial y configurador de potestades.

De ahí que sea un lugar común en la doctrina nacional señalar que, al momento de trazar la línea entre competencias legislativas y reglamentarias, la jurisprudencia del TC no aporta criterios definitivos<sup>52</sup>. Asimismo, se ha dicho que en los esfuerzos del TC por encontrar criterios objetivos para delinear las fronteras que separan la potestad reglamentaria de la reserva legal, “parece seguir imperando una preocupante ambivalencia, expresada en la dictación de sentencias que parecer abrazar visiones muy distintas”<sup>53</sup>. Dentro de este contexto argumentativo, se ha expresado igualmente que “sigue siendo una tarea pendiente para nuestro Tribunal Constitucional la generación de una doctrina jurisprudencial consistente en lo hermenéutico, teóricamente sólida, y que introduzca la fórmula política de modo explícito al enjuiciamiento constitucional”<sup>54</sup>. Tarea nada fácil, pues, como ha dicho este mismo autor:

La relación ley-reglamento en la Constitución de 1980 nace presidida por un marcado “afrancesamiento” para fortalecer la potestad reglamentaria del Presidente de la República, a través de institutos como la cláusula de dominio legal máxima y la potestad reglamentaria autónoma. En la doctrina jurisprudencial del Tribunal tempranamente se consolidó una lectura “germanizante” de la relación ley-reglamento, inclinándose por una doctrina de la reserva absoluta [...] En el último lustro y a partir de 1996 se inicia un retorno al “afrancesamiento” que denominamos “practicismo”. Probablemente es cierto que “nada es más práctico que una buena teoría”, pero el “practicismo” de nuestro Tribunal Constitucional adolece de am-

52 Aldunate, Eduardo, *Derechos fundamentales*, (Legal Publishing) 2008, p. 185.

53 Zapata, Patricio, op. cit., pp. 510 y 531.

54 Zúñiga, Francisco, op. cit., pp. 209-257.



bivalencia, inconsistencia hermenéutica, y por tanto, se parece al “practicismo” de la justicia del cadí<sup>55</sup>.

Llama poderosamente la atención que, en tal diagnóstico –en mayor o menor medida–, coincidan constitucionalistas de distintas posiciones doctrinarias e ideológicas, tales como Carlos Carmona, Francisco Zúñiga, Arturo Fermandois, Teodoro Ribera, Rodrigo Correa, Patricio Zapata, Gonzalo García y Eduardo Aldunate, entre otros.

Aun a riesgo de simplificar y a fin de comprender el entramado de las principales potestades normativas en el sistema constitucional y sus repercusiones en la jurisprudencia del TC, se debe tener en cuenta que la ambivalencia jurídico-política del sistema constitucional chileno se ve directamente reflejada en su doctrina jurisprudencial.

En este contexto, existen múltiples interpretaciones de los períodos jurisprudenciales del TC. Por ejemplo, Carlos Carmona<sup>56</sup> plantea una primera tendencia en el período 1990-1996 (v.gr., letreros camineros y playas), cuando tuvo una clara preeminencia la “reserva absoluta de ley” y una competencia amplia del TC; una segunda tendencia la sitúa en el período de 1997 en adelante (v.gr., decreto supremo 171 del Minvu y ley de presupuesto), cuando tuvo un claro predominio la “reserva relativa de ley” y una competencia restringida del TC, cuyo momento más concluyente se sitúa en 2001 con la sentencia Catalíticos (rol 325), cuestión que, según Arturo Fermandois<sup>57</sup>, prácticamente extingue el principio de la reserva legal allí donde más agravio produce a la persona humana, esto es, en la restricción de sus garantías constitucionales (por lo que se trata de una clara pérdida de la orientación garantista del principio). Patricio Zapata<sup>58</sup>, a su vez, critica la falta de rigor argumentativo de ese fallo y manifiesta que vuelve a sembrar dudas sobre la aptitud del TC para definir una doctrina jurisprudencial consistente en materia de reserva legal; especialmente, teniendo en cuenta las injustificadas oscilaciones que ha tenido en los períodos de sentencias antes descritos, que no pueden sino ser comprendidas en el contexto del alto contenido político e ideológico que engendra el conflicto de las competencias normativas, cuestión que se intensificó especialmente

---

55 *Ibid.*

56 Carmona, Carlos, *op. cit.*, pp. 183-189.

57 Fermandois, Arturo, *op. cit.*, pp. 288-291.

58 Zapata, Patricio, *op. cit.*, p. 528.

en la década del noventa con el tránsito de un Estado autoritario a un Estado Constitucional y democrático.

Las oscilaciones de las tendencias jurisprudenciales se ven nítidamente expresadas en los argumentos de mayoría y de minoría de la sentencia rol n° 253/1997, sobre el Decreto Supremo 171 del Minvu que establece cesiones gratuitas para urbanizar, y la sentencia rol n° 282 y 288/1999 sobre el Decreto Supremo 1412 que promulgó el Décimo protocolo con Bolivia. Especialmente destacado es el fallo rol n° 370/2003 sobre plan de impacto vial, pues en él es posible vislumbrar una verdadera síntesis de la posición del TC en la delimitación del campo de la acción de la ley y el reglamento, que busca una armonización entre el ejercicio de la potestad legislativa y la potestad reglamentaria, toda vez que, como se indica en su considerando 13°, el sistema articulado en las disposiciones constitucionales “se trata de un régimen que armoniza el ejercicio de la potestad legislativa con su homónima reglamentaria”.

Ahora bien, al considerar las sentencias más destacadas en los últimos años, sin lugar a dudas se debe centrar la atención en los fallos de la Píldora del día después y del Transantiago, en donde, como lo explicaremos a continuación, se nota claramente una pérdida de rumbo en su labor argumentativa (habría que agregar que, al tratarse de fallos de alta repercusión en la ciudadanía, en el caso de la Píldora II y del Transantiago II, curiosamente hubo sendos comunicados del TC para dar a conocer por anticipado a las partes y a la opinión pública sus acuerdos en torno a lo resuelto por la mayoría).

En cuanto a los fallos de la Píldora, como bien es sabido, existen sentencias del TC rol N° 591/2007 y N° 740/2008 a propósito de requerimientos parlamentarios que impugnaron, sucesivamente, la constitucionalidad de la Resolución Exenta N° 584 del Ministerio de Salud, de 2006, y del Decreto Supremo N° 48, de 2007, que aprobaron en su momento las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, cuya inconstitucionalidad fue estimada por vicios de forma (de toda la resolución administrativa) y, luego, por vicios de fondo (de una parte del Decreto Supremo presidencial). Resulta criticable el total alejamiento de estos fallos de las perspectivas de la propia doctrina jurisprudencial del TC, al no considerar la relación ley-reglamento implícita en el tema y llevar a cabo un control concreto (más que abstracto) sobre materias de carácter científico-técnico. En estos casos, la argumentación de los votos mayoritarios del TC demuestran un excesivo celo de control, ubicándose fuera de la esfera de competencia que le fija el artículo 93 de la Constitución y con criterios, a nuestro parecer, muy cercanos al control de mérito u oportunidad de la actuación administrativa.

Así, por ejemplo, Eduardo Aldunate indica, en torno al fallo de Píldora I, que

muestra en una manera muy clara las dificultades y peligros de la jurisdicción constitucional que, establecida para interpretar el texto de la Constitución, puede llegar a ejercer sus facultades en un sofisticado ejercicio de prestidigitación para mostrar que las palabras de la Constitución dicen lo que el Tribunal quiere que digan [...] La mejor prueba de ello es la paradoja que presenta el fallo en su estructura lógica; para justificar su competencia para conocer del asunto, el Tribunal debe afirmar que la resolución es en realidad un decreto. Pero para acoger el requerimiento y declarar que es inconstitucional, afirma que la resolución no es un decreto (debiendo haberlo sido) <sup>59</sup>.

Igualmente, respecto al fallo de la Píldora II, este mismo autor señala que

en cuanto al argumento de fondo para resolver la cuestión, llama la atención que el Tribunal asuma que puede simplemente remitirse al estándar de convicción más allá de toda duda razonable, y traspasarlo a sede constitucional, sin realizar ninguna consideración sobre el estatus de este estándar o, al menos, explicar cómo lo traspasa, desde una figura que tiene que ver en su origen con la convicción de un jurado lego sobre las cuestiones de hecho que sirven de base a una imputación criminal, a su propia argumentación donde, en realidad, es otra cosa [...] Desde el punto de vista formal, llama la atención que el fallo incluya una transcripción completa de todas las opiniones científicas e informes hechos valer <sup>60</sup>.

En cuanto a los fallos del Transantiago, es difícil conciliar, por una parte, la flexibilidad de la sentencia rol n° 1035/2008 (Transantiago I) que implica la tesis de la “ley pantalla” –que se da, eso sí, en un fallo dividido (empate a cinco, resolviéndose rechazar el requerimiento por el voto dirimente del Presidente del Tribunal)–, no obstante que en fallos anteriores había desestimado en más de una ocasión tal tesis, procediendo a contrastar directamente con la Constitución ciertos actos administrativos dictados en conformidad a una ley vigente (v.gr., en el caso Catalíticos y el caso Píldora II). Particularmente des-

59 Aldunate, Eduardo, op. cit., pp. 87-88.

60 Ibid., pp. 89-90.

tacado es el considerando trigésimo que indica que “más que una contravención a la Carta Fundamental, lo que se reprocha en el requerimiento es que un determinado acto administrativo excede el marco legal vigente [...] no sólo no le corresponde a este órgano jurisdiccional examinar la legalidad de un acto administrativo, sino tampoco pronunciarse sobre el mérito o conveniencia de la forma en que lo adoptó”. El TC sustenta tal conclusión en sentencias anteriores rol 253/1997 y rol 465/2006. De igual modo, es particularmente relevante la sentencia del TC rol 1288/2008 de 25 del agosto de 2009 (acerca de la modificación de su Ley Orgánica 17.997) que declara la inconstitucionalidad del n° 5 del artículo 50 bis, que, asumiendo la doctrina de la “ley pantalla”, fija el fundamento de admisibilidad de un requerimiento impugnatorio de decretos supremos (artículo 93 n° 16) “cuando el vicio invocado afecte a un precepto legal vigente y no al decreto supremo impugnado”, inconstitucionalidad que se funda en una razón de texto ya que la Constitución dispone que la ilegitimidad puede arrancar de “cualquiera sea el vicio invocado”<sup>61</sup>. Con ello se consolida el rol anómalo del Tribunal como una suerte de “tribunal supremo de lo contencioso administrativo”, como ha quedado en evidencia en las sentencias del Transantiago I y II<sup>62</sup>.

Por otra parte, se debe destacar la rigidez de la sentencia rol n° 1153/2008 (Transantiago II) respecto a la reserva legal, resultando curiosa la conclusión a que llega el Tribunal al determinar el conflicto constitucional que debe resolver (considerando octavo), consistente en “determinar si los decretos supremos que han aprobado sendos créditos [...] han infringido el principio de legalidad”, donde confunde conceptualmente las dos vertientes del ejercicio de la potestad legislativa: el principio de legalidad y el principio de la reserva legal. El TC hace referencia a ambos significados en relación a la potestad legislativa y su vinculación con las potestades jurídicas de la Administración: en el primero de ellos se puede vislumbrar el *principio de legalidad*, relativo al sometimiento de toda actuación administrativa a la legalidad (generando cuestiones meramente legales), y, en el segundo, tiene su expresión la *reserva legal*, que se vincula específicamente con el ejercicio de la potestad reglamentaria (en donde confluyen, en un plano de estricta relevancia constitucional, las más importantes potestades normativas). En cambio, el TC sí distingue esta cuestión claramente en el fallo del Transantiago I.

61 Considerando 86°.

62 Zúñiga, Francisco, *Acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre temas procesales*, (AbeledoPerrot-LegalPublishing) 2010, p. 81.

Por último, volviendo al Transantiago II, es importante destacar el considerando 37 que, no obstante excluir cualquier juzgamiento de mérito, expresa que “tal limitación en el juzgamiento que realiza este Tribunal no puede impedir que el examen de constitucionalidad de la norma jurídica impugnada abarque un análisis de la idoneidad del medio empleado para el endeudamiento desde el punto de vista de los valores, principios y reglas constitucionales” y, desde una perspectiva constitucional, afirma que el endeudamiento “requería de un debate parlamentario que se tradujese en la dictación de una ley especial que confiriera la autorización [...] resulta inconstitucional por permitir el endeudamiento del Estado sin una ley que lo autorice” (considerando 39) y, a mayor abundamiento, señala que “no puede estimarse suficiente, de acuerdo al propósito del Constituyente, la autorización genérica consignada en el inciso tercero del artículo 7° de la ley N° 20.206”. Además, el fallo retoma la interpretación originalista, al hablar de cuestiones “reñidas con el espíritu que el Constituyente ha impreso en la Carta Fundamental” (considerando 47).

Asimismo, es necesario resaltar que, en el último tiempo, se ha utilizado la acción de inaplicabilidad para enjuiciar asuntos vinculados a la reserva legal y su correspondiente colaboración con la potestad reglamentaria. En efecto, en la sentencia de inaplicabilidad Rol N° 1234/2008, sobre ley de impuesto territorial que limita el acceso a exención tributaria en recintos deportivos, se ha analizado la densidad (reserva legal tributaria) de una remisión normativa a una norma reglamentaria, en una clara perspectiva de control abstracto, enjuiciando la constitucionalidad del reglamento.

Se debe mencionar también al requerimiento de inconstitucionalidad (Rol N° 1849/2010) que recae sobre el Decreto Supremo N° 264 del 6 de octubre de 2010 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, que fijó las normas complementarias del Decreto Supremo N° 136 de 2009 y ejecuta el inciso final del art. 15 de la Ley General de Telecomunicaciones, estableciendo un nuevo período anual de exposición pública y abierta, renovable hasta por un máximo de cinco años, dentro del cual se podrían otorgar permisos para efectuar transmisiones demostrativas del servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción con tecnología digital o renovar las existentes; es decir, que permite el otorgamiento de permisos transitorios para transmisiones de televisión digital.

Esta norma, producto de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, ha causado gran polémica en el mundo jurídico-político nacional, toda vez que vendría a regular una materia que simultáneamente se está discutiendo en el Congreso Nacional a raíz de un proyecto de ley. La vía normativa del decreto

supremo empleada en esta temática ha sido objetada con diversos argumentos y por distintos sectores políticos (oficialistas y opositores); el hecho más concreto fue el requerimiento que un grupo de diputados opositores ante el TC, que recientemente resolvió desestimar en lo sustancial.

Los argumentos de inconstitucionalidad esgrimidos por los diputados se podrían sintetizar en dos ideas principales. Por una parte, indican que se trata de un decreto supremo de ejecución que excedería el apoderamiento legislativo de la materia regulada. En consecuencia, a juicio de los requirentes “no constituye una regulación que ejecuta la ley”. Expresado de otro modo, conciben el exceso regulativo del reglamento (lo que innova), más que como una cuestión de mera legalidad, como un asunto de estricta constitucionalidad por invadir materias de reserva legal, ya que su ley habilitante no facultaría para regular esa materia por vía de la potestad reglamentaria. Por otra parte, fundamentan tal aseveración planteando que, al estar en tramitación en el Congreso un proyecto de ley que regula tales asuntos, se “carecería de la normativa básica” al respecto (una normativa cuya tramitación, es justo decirlo, se encuentra inexplicablemente retrasada).

Sin lugar a dudas, se trata de un tema complejo que puede inaugurar una larga batalla en el TC entre el gobierno y la oposición frente a futuras decisiones de la Administración que se canalicen por vía de la potestad reglamentaria, en lo que se podría denominar “gobierno por decretos”. Cabe recordar el fuerte activismo jurisdiccional que tuvo esta materia en los inicios de la transición democrática (1990), con la utilización por parte de la oposición de entonces de la antigua vía de impugnación de los decretos supremos que consideraba el artículo 82 n° 5, y que tiene su versión actualizada en el artículo 93 n° 16 de la Constitución. Asimismo, cabe recordar que los 20 años de jurisprudencia del TC en el control de decretos no han podido establecer criterios orientadores sólidos y objetivos a fin de vislumbrar una relación equilibrada entre la ley y el reglamento.

De ahí que, en este trascendental asunto (que resulta vital para la conducción y orientación del Estado), se deba necesariamente tener en consideración la circunstancia esencial que traza el sistema regulativo de las potestades normativas en Chile: la clara debilidad teórico-regulativa en la configuración constitucional de los ámbitos de la potestad legislativa y reglamentaria (artículo 63 y 32 n° 6, respectivamente) que hace difícil desentrañar la técnica de reserva legal adoptada por nuestro sistema constitucional y la consecuente interacción con el poder normativo gubernamental. Dentro de este com-

plejo panorama, no se puede partir de un *a priori* argumentativo excluyente, toda vez que se trata de una cuestión no solo jurídica, sino también con claro contenido político, a lo que hay que añadir la existencia –un hecho no del todo negativo– de múltiples posibilidades regulatorias en la Constitución. Se trata de un tema, por ende, de difícil solución por parte del TC (lo que ha demostrado su ambigua jurisprudencia), en que pugnan dos órganos legitimados democráticamente y con claras atribuciones constitucionales en el plano normativo, como son el Congreso y el poder gubernamental. Es necesario considerar, por un lado, el fuerte contenido democrático que encarna la deliberación en el Parlamento de los proyectos de ley y, por otro, la necesaria operatividad que debe poseer la dirección política gubernamental en ciertos asuntos, por lo que nadie puede desconocer la legitimidad constitucional de la potestad reglamentaria, tanto en su vertiente de ejecución como autónoma.

Planteadas así las cosas y a la luz del contenido regulativo del Decreto Supremo 264 impugnado, se cree, en primer lugar, que el exceso regulativo del reglamento –en cuanto norma de estricta ejecución– podría circunscribirse a un asunto de mera legalidad y no de constitucionalidad, especialmente teniendo en cuenta la naturaleza de la Ley General de Telecomunicaciones, una ley marco y con un claro contenido técnico. Como segunda cuestión, no es del todo claro que la reserva legal contenida en los artículos 63 n° 2 y 19 n° 12 inciso 5° de la Constitución sea del todo pertinente en esta materia, ya que la innovación antes aludida del Decreto Supremo podría estar enfocada en la esfera material indeterminada del artículo 63 n° 20 (reserva formal de ley), en donde confluyen también la potestad reglamentaria autónoma y las leyes de bases generales (como es el caso de la Ley General de Telecomunicaciones). Es decir, el exceso regulativo podría estar en la esfera normativa de la potestad reglamentaria independiente, la cual, mientras no esté regulada por una ley (es decir, cuando no exista un apoderamiento legislativo previo), podría normarse por esta vía reglamentaria, que claramente está inutilizada ya que la propia Administración se ha auto limitado en su uso, muchas veces motivada por oscuros atavismos de traumas políticos del pasado (los cuales han sido muy fructíferos en la estructura y práctica constitucional chilena). Finalmente, respecto a este caso, existe también el peligro de cuestionar la oportunidad o mérito que ha ponderado el Ejecutivo para dictar el Decreto Supremo, asunto que podría llevar a un juicio de mérito por parte del TC, sobre todo si es seducido en este asunto por el nebuloso argumento de la “densidad normativa”, de difícil ponderación especialmente teniendo en cuenta la debilidad configurativa de la Constitución.

Dicho todo lo anterior, creemos que la decisión del TC apunta en la dirección correcta, aunque la última palabra corresponde al Congreso Nacional, lo que no implica desconocer la regulación que ha realizado en esta materia el Ejecutivo.

#### **4. Conclusiones**

A partir del hecho que, por una parte, existe una clara debilidad teórico-regulativa en la ordenación de las potestades normativas en Chile y que, por otra, su configuración se caracteriza por una heterogeneidad de reservas legales y múltiples combinaciones, se postula que existe la necesidad de redefinir la función de la reserva legal en nuestro Estado constitucional y democrático, y, especialmente, su vinculación con los derechos fundamentales.

A partir de esta propuesta, estimamos que no sería sostenible ni operativo plantear una tesis basada en una idea rígida de la reserva ya que no siempre la pérdida de intensidad o flexibilización de las leyes puede verse como un fenómeno contrario a las exigencias y rol de la reserva legal. Es decir, flexibilizar no necesariamente significa relativizar o debilitar la reserva, puesto que, en la relación ley-reglamento, este último debe regular todo lo indispensable para garantizar la aplicación de la ley. No sería coherente, por lo tanto, argumentar interpretaciones extensivas de la reserva legal, las que, lejos de ampliar las competencias del legislador, muchas veces conducen a dificultar la necesaria actuación de la Administración. Claramente, la intensidad de la reserva se modula en función de la materia y, a mayor grado de afectación de un derecho fundamental, menos flexible serán las posibilidades de remisión de la ley al reglamento; sin embargo, creemos que el ejercicio de la potestad reglamentaria reconoce un cierto margen para introducir opciones políticas, pues la Administración, como poder legitimado democráticamente y con un claro reconocimiento constitucional de tal potestad, no pondría necesariamente en entredicho, con su ejercicio normativo de colaboración, la función de garantía de la reserva legal ni tampoco transgrediría el pluralismo democrático.