

## LA RESERVA LEGAL: UNA GARANTÍA SUSTANTIVA QUE DESAPARECE

*Arturo Fermandois Vöhringer*

Profesor de Derecho Constitucional  
P. Universidad Católica de Chile

### INTRODUCCIÓN

Permítasenos señalar dos razones que nos llevan a seleccionar el principio de reserva legal para motivar ciertas reflexiones en este Seminario de Garantías Constitucionales en homenaje a don Enrique Evans de la Cuadra.

La primera consiste en que se trata un principio en plena actualidad constitucional; famosos litigios ante nuestros máximos tribunales de jurisdicción constitucional obligan a los jueces a referirse a los deslindes administrativos de la regulación de derechos fundamentales que son objeto de nuestro panel<sup>1</sup>.

Y la segunda razón es también una alerta: mientras la reserva legal es una piedra angular crucial para la efectiva vigencia de los derechos fundamentales, y en tal dimensión es una garantía sustantiva, se trata de un principio en plena desvalorización. Debemos, en realidad, declararlo en peligro de extinción jurídica como parámetro vinculante para los titulares del poder. Como señala Carmona, es a contar de 1997 que el principio se relativiza en el Tribunal Constitucional, abriéndose espacio a la tesis de la "reserva legal relativa"<sup>2</sup>. Agreguemos que hoy, luego del fallo "Catalíticos", el principio se extingue allí donde más escarnio produce a la persona humana: en la restricción de sus garantías constitucionales<sup>3</sup>.

¿Cómo se ha verificado esta dinámica? ¿Es prudente el rumbo que toma el Tribunal Constitucional?

Nos parece que en la base de este devenir jurisprudencial se ubica una pérdida de la orientación garantística del principio. Hay un olvido del sentido profundo de la reserva de ley como garantía sustantiva para la persona humana. Y esta pérdida nos parece, desde luego, profundamente inconstitucional, como así nos parecen también algunos de los fallos que la han acogido.

<sup>1</sup> Algunos de estos dictámenes provienen de la justicia ordinaria. Véase el fallo de la Corte Suprema, de 30 de agosto de 2001, que resolviendo una apelación en recurso de protección interpuesto contra el Instituto de Salud Pública, dejó sin efecto la resolución 2141, de 21 de marzo de 2001, de esa entidad, en caso conocido como de la "Píldora del Día Después", rol 2.186-2001.

<sup>2</sup> CARMONA SANTANDER, CARLOS, "Tendencias del Tribunal Constitucional en la relación ley-reglamento", en *Revista de Derecho Público*, 1998, p. 180.

<sup>3</sup> Véase *Sentencia del Tribunal Constitucional*, rol 325, de 26 de junio de 2001, que resuelve requerimiento deducido contra el Decreto Supremo N° 20 de la Secretaría General de la Presidencia, decreto publicado en el Diario Oficial de 12 de abril de 2001. Fallo en archivos del Tribunal.

## I. EL SENTIDO Y DEBILITAMIENTO DE LA RESERVA LEGAL

Como decíamos, la reserva legal es un principio constitucional que ha venido cobrando progresiva actualidad desde comienzos de la década de 1990. Se ha transformado en el punto de encuentro entre las expectativas expansionistas de la potestad reglamentaria con las aspiraciones participativas de un Congreso deseoso de fortalecer su función legislativa<sup>4</sup>.

Percibimos a la reserva de ley como un “principio”, en cuanto constituye una “base, origen o razón fundamental sobre la cual se procede discutiendo...”, que permite al intérprete iluminar la solución de problemas concretos en materia de distribución de competencias constitucionales<sup>5</sup>.

En virtud de este principio –formulado muy generalmente– determinadas materias solo pueden ser abordadas por una norma de rango legal, y jamás por preceptos de inferior jerarquía normativa. Así descrito, para algunos la reserva legal aparece como un academicismo, un recurso técnico propio de eruditos de la ley, sin trascendencia para las garantías constitucionales que nos ocupan en este Seminario. Plantearemos aquí, empero, que la reserva de ley es mucho más que un criterio técnico-constitucional: es una garantía sustantiva para la vigencia de los derechos fundamentales.

Con todo, este trabajo no pretende describir ni agotar un tema tan vasto en derecho público como la delimitación de las fronteras entre Presidente y Congreso en relación a los derechos de la persona humana. Daremos aquí únicamente algunas pinceladas doctrinarias y jurisprudenciales para fundar nuestro planteamiento.

## 2. EN QUÉ CONSISTE EL PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL

Dice Zapata que frente a la potestad reglamentaria y su justificación en la consecución del bien común, “*se alza la no menos poderosa fundamentación de la “Reserva de Ley: garantizar a la ciudadanía –representada por el Parlamento– la facultad de definir las regulaciones que afecten directamente la libertad o la propiedad”*”<sup>6</sup>.

Es decir, la imposición que hace la Carta Fundamental consistente en que determinadas materias solo se traten por ley, como bien dice Zapata, en zonas de “libertad y propiedad”, tiene entonces una vocación de garantía, de participación democrática. El desconocimiento o debilitación de este mandato, en consecuencia, priva a la comunidad nacional de la oportunidad –querida por el Constituyente– de que los temas más trascendentes para el Bien Común sean debatidos, confrontados y resueltos en el Foro Institucional que les es propio: el Congreso, con la intervención protagónica del mismo Presidente de la República como órgano colegislador<sup>7</sup>.

La influencia europea continental en el derecho chileno hace particularmente necesario asentar el principio de reserva de ley en nuestro sistema. Como dice Muñoz Díaz, nuestra tradición se separa de lo que ocurre en los países aglosajones, que son fervientes promotores de la separación de los poderes y recelosos de la autoridad administrativa central<sup>8</sup>. En Europa

<sup>4</sup> Para una perspectiva tensional de la reserva de ley entre Presidente y Congreso, véase GARCÍA PINO, Gonzalo, “La reserva legal de los derechos constitucionales: ¿poder legislativo contra la administración?”, Tesis de Grado, Magíster en Derecho Público, P. Universidad Católica de Chile.

<sup>5</sup> Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, XXI Edición, Madrid 1992, p. 1667.

<sup>6</sup> ZAPATA, Patricio, “*La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”, Corporación Tiempo 2000, p. 193.

<sup>7</sup> Sobre el tema, véase también CEA EGAÑA, José Luis, “Los principios de reserva legal y complementaria en la Constitución chilena”, en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen IX, 1998, pp. 65-104.

<sup>8</sup> En Estados Unidos de América, después del caso *Crowell v. Benson*, en 1935, aparentemente hubo escasos controles al poder del Congreso para delegar a las agencias aspectos referidos a su función ‘judicial’ y ‘legislativa’. Como reacción surgió entonces en la academia y cortes la llamada “doctrina de la no-delegación”, por la cual las delegaciones amplias del Congreso a la potestad reglamentaria quedaban proscritas. Aun así, el sistema constitucional admitió en la segunda mitad del siglo XX diversas delegaciones al Ejecutivo que fueron exigiendo recientes ratificaciones del mismo Congreso, o de determinados comités del Congreso. Esta técnica ecléctica fue

continental “desde hace dos siglos se ha entendido que la administración, y específicamente su jerarca máximo, el Jefe del Ejecutivo, tiene el poder de crear normas jurídicas de alcance general, generalmente llamados reglamentos”<sup>9</sup>.

Así, el poder normativo reglamentario es un residuo del principio monárquico, mientras el Poder Legislativo, del principio democrático. ¿Debemos entender entonces a la Potestad Reglamentaria como contraria al constitucionalismo moderno? Evidentemente no, pero enmarcada, circunscrita rigurosamente a los parámetros que le confiere la Carta Fundamental.

### 3. RESERVA ABSOLUTA, RELATIVA Y NEUTRA. ARGUMENTOS PARA UNA DINÁMICA

#### 3.1 Reserva absoluta

Es sabido que la reserva legal tuvo su momento de gloria al tiempo en que Tribunal Constitucional, en sucesivos fallos de 1992 y 1993, ampliamente conocidos como “Publicidad Caminera I y II”, o “Letreros Camineros I y II”, invalidó dos decretos supremos del Ministerio de Obras Públicas (números 357 y 327 respectivamente), por inmiscuirse en facultades propias del legislador al regular una actividad económica lícita.

Estos pronunciamientos del Tribunal, sumados al categórico fallo que vendría el 28 de febrero de 1994, rol 185, conocido como “Bases del Medio Ambiente”, darían forma a lo que la doctrina llamó “reserva legal absoluta”. En virtud de esta variante de reserva, el administrador quedaría especialmente excluido de toda regulación de aquellos derechos en que la Carta dispuso tal reserva, particularmente de la libertad para desarrollar actividades económicas (en Publicidad Caminera), así como de establecer “prohibiciones totales o parciales” al ejercicio de toda clase de derechos fundamentales (en Bases del Medio Ambiente). En este último caso, el Tribunal estimó que las prohibiciones, junto con vulnerar la reserva legal de la regulación económica, tocaban la esencia misma del derecho, lo que estaba vedado no solo al administrador sino a toda autoridad en nuestro orden constitucional (considerando 12, e).

Algún tiempo después vino el caso “playas”, en que el Tribunal defendió la reserva legal de la propiedad. Aquí, resolvió que el acto administrativo impugnado, un decreto del Ministerio de Bienes Nacionales que imponía una obligación pasiva de acceso no compensada al propietario ribereño, estaba, en definitiva, privando parcialmente el dominio de ese propietario sin autorización de ley alguna. Carmona estima que este fallo se ubica en la línea interpretativa de la reserva absoluta; no nos parece ello tan claro, en cuanto el Tribunal estuvo objetivamente forzado a aplicar una rigurosidad interpretativa especial, habida cuenta de la correspondiente intensidad a que recurre la propia Carta en la reserva legal de la propiedad: “solo la ley puede...”, en el inciso segundo del N° 24 del artículo 19.

De manera que aquellos cuatro fallos dieron lugar a una reserva legal poderosa. Podríamos agregar en esta línea también, pero en menor grado, el fallo “Ley de Aduanas”, de 14 de octubre de 1996. Este dictamen marca uno de los últimos pasajes rigurosos del Tribunal en la materia, al invalidar un reglamento infractor de la legalidad tributaria. Luego de ellos, solo vendrían una serie de votos de minoría, pero ya no sentencias recogiendo esta vía. Creemos que al cierre de esa época la reserva legal fue en definitiva mal percibida, algunos fallos mal interpretados en su absolutismo, y, por qué no decirlo, algunos considerandos que la fundaron poco felices en su dureza excesiva con la potestad reglamentaria.

declarada inconstitucional por la Corte Suprema en el famoso caso “Chada vs. Immigration and Naturalization Service”, de 1983. Véase, Stephen BREYER & Richard STEWART, *Administrative Law and Regulatory Policy* (Boston, Little, Brown & Company Editions, Fifth Printing, 1979) p. 37; y FERMANDOIS, Arturo, “Chada 10 years after: Contemporary Repercussions on the Floor”, mimeo, KSG, Harvard University, 1994.

<sup>9</sup> MUÑOZ DÍAZ, Patricio, Informe Constitucional N° 2.510, de 18 de julio de 2001, página 2.

En efecto, la reserva legal, aun aquella clasificada como absoluta, no puede impedir a la potestad reglamentaria de ejecución disponer ciertas reglas para ordenar, facilitar o, como dice Bertelsen, “llevar adelante las disposiciones legislativas”<sup>10</sup>. Empero, ello no quiere decir que la potestad reglamentaria pueda sentirse autorizada a crear regulaciones o limitaciones nuevas a derechos fundamentales desvinculadas de la ley; como tampoco podría hacerlo incluso la potestad reglamentaria autónoma<sup>11</sup>. Así lo planteamos y fundamentamos hace algún tiempo, subrayando que la esencia de la reserva legal consiste simplemente en evitar someter al ejercicio del derecho a gravámenes más exigentes que los que ha contemplado la ley<sup>12</sup>.

Hasta aquí hemos descrito y fundado la existencia de un principio de reserva legal, analizado su justificación constitucional y repasado su rigor en materia de restricción de derechos constitucionales.

Sea porque la Presidencia de la República se vio apresada en un concepto que le impedía ejecutar adecuadamente las leyes, sea porque buscó ampliar su ámbito normativo como expresión de la dinámica eterna de la expansión poder, el Ejecutivo fue construyendo una batería de argumentos objetivamente destinados a relativizar la reserva, y que, recogidos progresivamente por el Tribunal Constitucional han terminado simplemente por eliminarla.

### 3.2 *La relativización de la reserva legal*

El planteamiento central de la Presidencia de la República desde 1990 en adelante, en litigios ante el Tribunal Constitucional, es a la vez el más simple: “el reglamento de ejecución y la ley conforman un todo jurídicamente armónico e indisolublemente unido”<sup>13</sup>. Es decir, la ley no podría producir efectos jurídicos mientras el reglamento de ejecución no se encargue de ello. Cuando la Constitución se refiere a la ley, por tanto, estaría convocando inseparablemente al reglamento. En una fórmula verbal profusamente usada para estos efectos, se habla de la “convocatoria” a la potestad reglamentaria. El reglamento se hallaría permanente e insalvablemente “convocado”, aun en la reserva legal más estricta, para poner en ejecución “la ley”.

Ante el planteamiento reseñado, la pregunta más obvia es la siguiente: ¿cuál es la ley que se pretende ejecutar? ¿Puede el reglamento sentirse llamado a “ejecutar” disposiciones legales vagas, difusas o inclusive inexistentes, y generar reglamentación y restricción de derechos en este ejercicio?

Otro argumento muy invocado para reforzar a la potestad reglamentaria ante la reserva de ley es el del conocido *Dominio Máximo Legal*, por el cual el constituyente de 1980 habría constreñido a la ley a materias taxativas en el artículo 20 de la Carta. Ello, junto con la creación de la potestad reglamentaria autónoma del artículo 32 N° 8, permitiría concluir que en nuestro nuevo Código Político esta potestad resultó fortificada y en posición dominante frente al legislador, al estilo de la Carta francesa de 1958. Así, siguiendo esta línea y en pasajes oscuros, nuestra interpretación debe siempre privilegiar a la potestad reglamentaria.

Ribera Neumann se ha encargado de controvertir, y a mi juicio dismantelar, con preciso fundamento histórico, este lugar común tan arraigado en la doctrina y jurisprudencia nacional. Es efectivo que la CENC dio forma al *Dominio Máximo legal*, pero ello quedó luego modificado y desdibujado completamente por la posterior intervención de la Junta de Gobierno, al enmendar el texto del artículo 32 N° 8 y el N° 20 del artículo 60<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> BERTELSEN REPETTO, Raúl, en *Actas de la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución*, sesión 355, Talleres de Gendarmería, página 2279.

<sup>11</sup> Para Muñoz Díaz, la potestad reglamentaria autónoma, pese a las esperanzas depositadas en ella al redactarse la Carta de 1980, y mientras no intermedien pronunciamientos del Tribunal Constitucional que la potencien, “...seguirá siendo nada más que una entelequia”. MUÑOZ, *op. cit.*, N° II, p. 4.

<sup>12</sup> Véase nuestro *Derecho Constitucional Económico*, Tomo I, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001, página 132.

<sup>13</sup> CARMONA SANTANDER, *op. cit.*, p. 189.

<sup>14</sup> RIBERA NEUMANN, Teodoro, “Reserva Legal y Potestad Reglamentaria en la Constitución de 1980”, ponencia en las XXXI Jornadas de Derecho Público, año 2000, Universidad de Chile.

El argumento del dominio máximo legal se confunde con aquel otro que impone a la ley solo la definición de las bases de las diversas materias que le corresponden, para entender competencia del reglamento todo lo demás. Así, resulta ilícito pretender, bajo esta visión, que la ley abarque aspectos detallados de la regulación económica, tributaria, del derecho de propiedad, y en las demás materias que existe reserva legal.

La inclusión del N° 20 del artículo 60, con su vastedad y pese a su expresión “bases esenciales”, dio por tierra con este argumento: la ley podrá abordar toda clase de materias, aun en detalle, según lo exijan los diversos preceptos de la Constitución.

Quizá la argumentación menos precisa, pero que más eficacia ha exhibido en el proceso de relativización de la reserva legal es aquella referida al consabido “rol cautelar” del Presidente de la República. Fundada en el inciso segundo del artículo 24 del Código Máximo, en cuanto confiere al Presidente de la República autoridad para “todo cuanto tenga por objeto...”, la noción cautelar clava una estaca de imprecisión en las competencias del Jefe de Estado. Se une a la idea de la velocidad de reacción, casuismo y conocimiento técnico que necesariamente exhibe la Presidencia por sobre el Congreso. Estos factores, sumados a una interpretación laxa del significado de lo preceptuado por el inciso segundo del artículo 7° en cuanto a la competencia de todo ente estatal, y menosprecio simultáneo de los textos constitucionales precisos de las garantías en cuanto llaman a la ley para determinados efectos, sus verbos rectores, etc., arrojan fácilmente una competencia creciente, erróneamente preponderante y difusa para el Presidente.

### 3.3. *Los fallos del Tribunal Constitucional*

Como anunciamos, diversos dictámenes del Tribunal Constitucional fueron relativizando el principio. En 1997, se dedujo impugnación en contra del Decreto Supremo N° 1.679, del Ministerio de Hacienda, al que se le imputó autorizar gastos no aprobados por la Ley de Presupuestos. El Tribunal, rechazando el requerimiento, llegó a reflexionar que “...la Ley de Presupuestos es una ley marco y, por tanto, corresponde al organismo administrativo detallar su ejecución...”<sup>15</sup>. Al margen del problema de fondo, nos parece que el fallo tiene el demérito de introducir la noción de “*ley marco*”, una idea cargada de contrasentido e incerteza, que aparece naturalmente destinada a debilitar la certidumbre de la reserva legal en una materia tan relevante como la del presupuesto nacional.

Unos días antes, el 15 de abril de 1997, se resolvió el caso que llamaremos “cesiones gratuitas”<sup>16</sup>. Aquí el juez constitucional recoge la indisolubilidad ontológica que se pretende para ley y reglamento. Reflexionó el Tribunal: “...una –la ley– y otro –el reglamento– conforman un todo jurídicamente armónico, están indisolublemente unidos y en conjunto versan sobre la materia relativa a las cesiones o destinaciones gratuitas de terrenos...”. En consecuencia, bajo la lógica de esta sentencia, si el DS N° 171 del Minvu, impugnado en aquel caso, disponía el aumento sustantivo de la extensión de las cesiones gratuitas a que se obliga a un loteador en favor de la respectiva Municipalidad, pero lo hizo por obra de una delegación inserta en el artículo 70 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, anterior a la Carta de 1980, entonces en virtud de la “indisolubilidad normativa” ley-reglamento, el Tribunal no está habilitado para juzgar la constitucionalidad del Decreto, porque no lo está hacerlo respecto de una ley vigente<sup>17</sup>. Así, queda evadida la frase precisa del N° 24 del artículo 19, en

<sup>15</sup> Caso conocido como “*Ley de Presupuestos*”, rol 254, 1997, de fecha 26 de abril de 1997. Hay interesante voto de minoría de la ministra Sra. Luz Bulnes.

<sup>16</sup> Sentencia rol N° 253, de 15 de abril de 1997, que resuelve requerimiento contra Decreto Supremo N° 171, de Ministerio de Vivienda y Urbanismo, 1997.

<sup>17</sup> El fallo entrega una escapatoria hipotética a esta regla para casos graves: “...en el evento que el reglamento se apartara de la ley en consonancia con la cual se dicta, produce una desvinculación de uno y otra, ya que dejan de constituir un todo jurídicamente armónico...”. (Considerando 9°).

cuanto exige, con insistencia, que solo una ley puede imponer limitaciones de esta clase al dominio, típicas de su función social (“solo la ley puede establecer...las obligaciones y limitaciones que derivan de su función social”). Lo grave de “cesiones gratuitas” en definitiva, es que por primera vez se valida ya no la regulación reglamentaria de derechos fundamentales, sino su limitación.

Poco menos de un año después, en enero de 1998, vendría la sentencia del caso “Protocolo Comercial con Bolivia”, o “Décimo protocolo con Bolivia”<sup>18</sup>. La reserva legal fue desafiada tanto en la aprobación de un verdadero tratado internacional sin aprobación previa del Congreso, como en la creación de diversos tributos arancelarios, sin previa ley que los estatuyese. La discusión, como es obvio, se centraría en el alcance del inciso segundo del N° 1 del artículo 50 de nuestra Ley Básica, en cuanto libera de autorización parlamentaria las medidas o acuerdos internacionales que el Presidente de la República adopte o celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor ya aprobado como ley, a menos que dichas medidas o acuerdos recaiga en materias de ley.

Nuestro máximo árbitro constitucional también resolvió aquí en favor de la potestad reglamentaria, pese a la notoria vocación arancelaria del Décimo Protocolo, lo que de suyo transforma al acuerdo en materia de reserva legal (N° 20 del artículo 19) y lo extrae de la excepción del artículo 50. Evadiendo este, el punto central que sí abordaron los votos de minoría, aquel de mayoría señaló: “...es indudable que ese Decreto y el Décimo Protocolo Adicional se limitan a desarrollar, en virtud de la potestad reglamentaria de ejecución, el núcleo esencial contenido en el Tratado Marco...”<sup>19</sup>. El lector razonará conmigo que la imposición de un arancel o tributo es, en lenguaje constitucional y como efecto sustantivo, una limitación a un derecho fundamental (propiedad), y que por tanto, necesariamente convoca a la ley para su establecimiento.

Pero antes de referirnos al estatuto constitucional de la restricción de garantías, falta reseñar quizá el más grave atentado que se registra al principio de la reserva legal en la jurisprudencia del Tribunal. Aquel cuya gravedad obligó al propio juez a pedir elegantes excusas en el fallo mismo. Se trata del fallo Catalíticos, que resolvió la impugnación del Decreto Supremo N° 20 de 12 de abril de 2000, que impuso restricción vehicular a esta clase de vehículos.

Se imputó a tal decreto no ejecutar ley alguna, sino crear una restricción nueva a la libertad ambulatoria y al derecho de propiedad. Ello por cuanto la figura de la restricción vehicular fue expresamente eliminada de la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, en virtud del fallo del mismo Tribunal, rol 185, en febrero de 1994, ante de su promulgación. Así el DS N° 20 creaba una restricción de derechos fundamentales nueva, sin fuente legal previa. El Ejecutivo invocó los artículos 113 y 118 de la Ley de Tránsito, normas genéricas y destinadas a resolver otros problemas distintos de la contaminación.

La decisión del tribunal sería dogmáticamente trascendental, porque por primera vez se acumulaba una serie de antecedentes concluyentes en favor de la reserva de ley: precedente judicial del mismo Tribunal en el sentido invocado (rol 185); el texto expreso del inciso segundo del N° 8 del artículo 19, que solo faculta a “la ley” para establecer “restricciones específicas” a “determinados derechos y libertades”; es decir, exigencia de “determinación” y “especificidad” en la restricción de derechos, y lo más importante, ausencia completa de ley que se refiriese a las restricciones vehiculares por razones ambientales.

Así y todo, el Tribunal, en una de sus resoluciones más criticadas por la doctrina, rechazó el requerimiento, no sin antes hacerse perdonar su decisión: “...si bien las normas legales en que se funda el D.S. N° 20 en estudio no cumplen a cabalidad con los requisitos de “determi-

<sup>18</sup> Sentencia rol 282, de 28 de enero de 1999. El fallo contiene dos extensos y fundados votos de minoría, de los ministros Sr. Osvaldo Faúndez V. y Sra. Luz Bulnes A.

<sup>19</sup> Considerando N° 32, sentencia rol 282 citada.

nación” de los derechos que podrían ser afectados y “especificidad” de las medidas que se autorizan para llevar a cabo tal objetivo... esta Magistratura ha llegado a la convicción que tales requisitos resultan aceptables en este caso y solo para él”. Es decir, se constata que el decreto supremo cumple con la Carta “cabalmente”, lo que solo se aceptará en este caso.

Entonces, si *a contrario sensu* hay un cumplimiento aceptable de los parámetros de la reserva, ¿por qué solo se admitiría el decreto “para este caso”? La respuesta emerge con el quizá pasaje más impactante de la jurisprudencia completa del Tribunal: porque “...obrar de otra manera y declarar la inconstitucionalidad del D.S. N° 20 podría generar una vulneración de mayor entidad de nuestra Carta Fundamental...”.

Es decir, reconoció en el fallo la inconstitucionalidad del D.S. N° 20; hubo una declaración directa de su ilicitud constitucional, pero se le toleró para evitar otra de mayor entidad. ¿Es ello posible? ¿Puede la Carta contener, o admitir en su seno dos normas que pugnen, que se contrapongan, de tal forma que su cumplimiento genere dos inconstitucionalidades, solo que de diverso monto? ¿Puede la defensa de una norma de la Constitución arrastrar la infracción de otra?

Nos parece que este planteamiento de “Catalíticos” es extremadamente poco feliz. Desconoce la naturaleza, extensión y base filosófica del bien común del artículo 1° inciso 4, porque jamás dos bienes pueden contraponerse. O hay un aparente bien, o ninguno es un bien. Y aquí la solución pasó por una iniquidad: tolerar una inconstitucionalidad y, de paso, hundir más a la reserva legal de la restricción de derechos fundamentales, única zona de reserva en que la doctrina adhiere sin excepciones.

#### 4. RESERVA LEGAL Y GARANTÍA INDIVIDUAL

Afirmábamos en la introducción que el principio de Reserva de Ley tiene una justificación democrática y garantística, que cede a favor del individuo. Esta afirmación emana de la convicción de la doctrina constitucional más especializada, conteste de que su infracción tiene una relevancia superior al mero desconocimiento de los ámbitos competenciales de los poderes públicos.

En efecto, Francisco Rubio Llorente vincula la reserva legal a principios tan primarios para el Estado de Derecho como la separación de los poderes<sup>20</sup>. ¿Por qué la ley es la norma más idónea para resolver las materias más trascendentes que interesan al Bien Común? Porque la soberanía se manifiesta preeminentemente a través de la ley. Primero la Ley Fundamental, luego la ley ordinaria. La ley asegura a los individuos la participación –siempre perfectible– de sus representantes en el proceso de su formación. De acuerdo al artículo 32 N° 1, concurrirá el Presidente de la República a su formación, sanción y promulgación, pero también lo harán las cámaras del Congreso Nacional, según lo prescribe el artículo 42. El proyecto de ley se someterá a los trámites constitucionales y, antes de su promulgación, deberá resistir la eventual examinación del Tribunal Constitucional en su respeto a la letra, trámites y espíritu de la Ley Máxima, conforme se autoriza por el artículo 82° de esta.

*ley M*  
La ley, entonces, tiene una génesis abierta, formalmente transparente, pluripersonal, basada en la discusión controversial y sometida a contrapesos formidables. El procedimiento de formación de la ley facilita la adopción de acuerdos, consensos y otorga viabilidad práctica a las restricciones que se acuerden, al dotarlas de una particular legitimidad. Burdeau dice que el legislador ejerce la soberanía nacional, que ha sido delegada por sus representantes, y esa soberanía se entiende pertenecer a la nación toda, que es única a la hora de legislar<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco, “El Principio de Legalidad”, en XIII Revista Española de Derecho Constitucional N° 39, 1993, p. 22.

<sup>21</sup> BURDEAU, GEORGES, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Madrid, Editorial Nacional, 1981, pp. 163-181.

Para el citado Rubio Llorente, la protección de la libertad y la defensa ante toda restricción que no emane de la ley solo puede obtenerse sometiendo a los legisladores "a un procedimiento público y contradictorio en que las distintas posturas han de intentar justificarse ante la opinión, es decir, argumentando, si no desde la perspectiva del interés general, que es hoy una categoría cuestionada, sí en debate con los intereses de todos"<sup>22</sup>. Este es el procedimiento propio de la formación de la ley, al que alude Rubio.

Entre nosotros, la doctrina ya ha identificado la trascendencia sustantiva de la reserva legal. Bascuñán Rodríguez, por ejemplo, en su trabajo relativo a la solución de conflictos en la distribución de competencias, afirma que "La vastedad del ámbito de competencia del legislador no es solo consecuencia de la deficiente redacción del artículo 60 C. Pol. En un Estado democrático de Derecho, lo razonable es que el órgano más pluralmente representativo de la voluntad popular disponga por regla general de un amplio ámbito de competencia regulativa, limitado básicamente por el respeto a los derechos fundamentales y la satisfacción de estándares de generalidad y permanencia por parte de las normas que establezca"<sup>23</sup>.

La potestad reglamentaria, por el contrario, tiene una filosofía distinta. Sus normas emanan de una autoridad unipersonal, en un proceso deliberadamente inconsulto ante la Constitución y que por definición no es transparente —aunque pueda ser voluntariamente prístino y bienintencionado— y en que la categoría de sus contrapesos institucionales es por definición inferior a la potestad legislativa.

En consecuencia, la invocación del principio de reserva legal, que obliga al legislador a definir al menos la esencia de las restricciones de libertades que se autorizarán en nombre del medio ambiente, tiene un fundamento profundo y arraigado en el constitucionalismo, y su desconocimiento erosiona tanto las facultades del legislador como el Estado de Derecho mismo.

##### 5. LA RESTRICCIÓN DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES COMO PARADIGMA DE LA RESERVA LEGAL

Hasta aquí hemos subrayado, con vehemencia que solicitamos excusar, el estado de deterioro de la reserva de ley ante los avances de la potestad reglamentaria. Corresponde ahora repasar los argumentos constitucionales que la sustentan, y en particular respecto de la restricción o limitación de garantías.

La reserva de ley tiene aplicación a muchos ámbitos, algunos clásicos del Derecho. Así nadie discutirá la reserva legal en materia impositiva, que es otra formulación del principio de legalidad tributaria<sup>24</sup>. La ley de presupuestos abre otro franco de exclusividad al legislador, normalmente exento de debate, hasta el caso "ley de presupuestos" resuelto por el Tribunal Constitucional en términos muy discutibles, como se vio<sup>25</sup>. La legalidad penal es otro ámbito indiscutido cuyo ingreso está vedado al administrador.

En materia de garantías constitucionales, como veremos, la situación es distinta. La regulación administrativa de garantías constitucionales como el derecho de propiedad y la libertad para desarrollar actividades económicas, han estado en el centro de los requerimientos más famosos ante el Tribunal Constitucional, revisados previamente en este trabajo.

<sup>22</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco, *op. cit.*, p. 24.

<sup>23</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, "El principio de la distribución de competencia como criterio de solución de conflictos de normas jurídicas", en *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial, 1998, p. 43.

<sup>24</sup> Véase en este aspecto el fallo del Tribunal Constitucional en el caso "Ley de Aduanas", de fecha 14 de octubre de 1996, rol 247.

<sup>25</sup> Sentencia "Ley de Presupuestos", rol N° 254, de fecha 26 de abril de 1997. Sobre la reserva de ley en materia presupuestaria en la doctrina, véase CEA EGAÑA, José Luis, "Sobre el Principio de Legalidad Presupuestaria", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 19, N° 13, 1992.



Pero mientras la *regulación* de garantías constitucionales era parte del botín que se jugaba ante el Tribunal Constitucional por legislador y administrador en dichos casos, jamás se planteó, en caso alguno hasta hoy, que la *restricción* o *limitación* de derechos fundamentales pudiese tener origen administrativo, independiente de la ley.

Llegado este punto, en que la audacia del administrador emerge con una restricción de derechos fundamentales que no ha sido sancionada por el legislador, se impone una reflexión sobre la vigencia del principio de reserva legal en materia de limitación de derechos.

### 5.1 *La restricción a derechos y libertades constitucionales solo puede ser establecida por ley*

Afirmábamos que la restricción de derechos fundamentales es materia especialísima y particularísima de ley, entendida como la norma que emana del proceso de formación constitucional de la ley, en el Capítulo V de la Carta, artículos 62 y siguientes. En este apartado agregaremos un cúmulo de antecedentes constitucionales que respaldan el aserto anterior, consistente en que, en aquellos casos que el constituyente autorizó excepcionalmente la restricción de derechos y libertades, exigió que esta se contemple con precisión en una norma de rango legal y jamás reglamentario.

#### 5.1.1 Alcance de la voz “restricción” en lenguaje constitucional

Decíamos que el verbo rector constitucional “restricción” tiene un significado preciso para el derecho constitucional, equivalente a la reducción de un derecho o garantía constitucional, o de sus facultades, a menores límites. Por ahora, corresponde afirmar enfáticamente que jamás una restricción de derechos podrá ser impuesta, en sus deslindes esenciales, por una norma perteneciente a la potestad reglamentaria, como es el caso de autos. Solo el legislador es el llamado a restringir —en casos muy calificados— el ejercicio de los derechos reconocidos en la Carta.

Para sostener estas afirmaciones, recurriremos primeramente al texto literal del artículo 19 N° 8 de la Ley Suprema. Luego, recordaremos el significado que la CENC otorgó al verbo rector “restringir” que se usa en dicho pasaje constitucional, y más adelante recurriremos a la historia fríedigna del establecimiento del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

#### 5.1.2 Texto y génesis del artículo 19 N° 26 de la Carta: solo toca al legislador *restringir* constitucionalmente derechos fundamentales

Una prueba irrefragable de que solo el legislador puede restringir derechos emana del texto y de la historia del establecimiento del artículo 19 N° 26 de nuestra Ley Básica. Este numeral, llamado “garantía de garantías”, dispone en su parte medular que la Constitución asegura a todas las personas la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución “*regulen o complementen las garantías que esta establece, o que las limiten en los casos que ella lo autoriza*”, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

De la sola lectura de este trascendental texto, se desprenden inmediatamente dos conclusiones: a) que la limitación de derechos —a diferencia de la regulación o complementación— solo puede tener lugar cuando la propia Constitución lo autoriza para determinados casos (“...en los casos que ella lo autoriza...”); y b) que la limitación de derechos, autorizada caso a caso por la Ley Básica, solo corresponde al legislador.

En realidad, estas conclusiones no son antojadizas: responden exactamente a la voluntad expresa del creador de la norma, el miembro de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (en adelante CENC), nuestro homenajeado don Enrique Evans de la Cuadra, y a la unanimidad de la Comisión, que aprobó una especial constancia en este sentido.

Es así como en la sesión N° 212 de la CENC, de fecha 19 de mayo de 1976, don Enrique Evans dio cuenta del proyecto que se le encomendó redactar en orden a la protección de la esencia de todas las garantías constitucionales y que se transformaría en el N° 26 del artículo 19.

En dicha sesión se produjo un debate muy preciso y contundente en el sentido que describimos. Transcribimos:

*“El señor SILVA BASCUÑAN pregunta si el precepto es comprensivo de toda norma jurídica de carácter general o especial, e inclusive si quedaría afectado todo el Poder Administrativo y Gubernativo.*

*El Señor ORTÚZAR (Presidente) cree que no. Agrega que cuando meditó la disposición que propuso el profesor Evans –no sabe si lo interpreta–, pensó en que hizo bien en referirla solo a las leyes que complementan garantías, porque son las únicas que pueden afectarlas, en principio; los demás casos no las afectarían.*

*El señor EVANS entiende que queda marginado el Poder Administrador de toda facultad para regular, complementar o interpretar las garantías que establezca la Constitución. Sugiere que quede constancia unánime de esta interpretación.*

*El señor ORTÚZAR (Presidente) advierte que el peligro está en que una ley, con el pretexto de complementar, regular o interpretar alguna de estas garantías, pueda desconocer la esencia del derecho que la Constitución establece.*

*El señor EVANS sugiere dejar constancia en el siguiente sentido: primero, que la regulación, complementación o interpretación de las garantías que asegura la Constitución corresponde exclusivamente al ámbito de la ley; segundo, que, por lo tanto, ni el Poder Administrador, ni ningún otro Poder Público pueden atribuirse la facultad de regular, complementar o interpretar las garantías que asegura el texto constitucional”.*

*El señor ORTÚZAR (Presidente) propone, si le parece a la comisión dejar constancia de lo expresado por don Enrique Evans.*

*- Acordado.*

Es interesante comprobar que el debate transcrito se refirió al proyecto presentado por don Enrique Evans en la sesión N° 212 de la CENC, y cuyo texto tenía tres apartados, siendo el primero el que se transformó después casi literalmente en el N° 26 del artículo 19 de la Carta. Lo sorprendente es que la CENC fue muy rigurosa al excluir al Administrador de la *complementación, regulación e interpretación* de garantías, pero hay que imaginarse cuánto más exigente habría sido si hubiera sabido que en el texto definitivo se incluiría el evento de la *“limitación”* de derechos para la protección de la esencia. Es forzoso concluir que con mayor razón esta área le ha quedado vedada al Administrador, porque como dice don Enrique Evans en este tema, donde existe la misma razón debe exigirse igual preceptiva<sup>26</sup>.

Todos estos antecedentes llevan al intérprete a ser muy riguroso ante la presencia de restricciones de derechos que aparecen emanando de la Potestad Reglamentaria y, como en el caso de autos, sin habilitación previa, completa y suficiente en la ley.

### 5.1.3 Estados de excepción constitucional y restricción

Otros antecedentes históricos apuntan con fuerza en el mismo sentido expuesto: jamás una restricción de garantías podría provenir del Presidente de la República, a menos que la Constitución expresamente lo autorizara, como ocurre en los artículos 39 al 41 de la Carta al tratar los estados de excepción constitucional.

<sup>26</sup> EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *“Los derechos Constitucionales”*, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, p. 299, 2000.

De carecer de una autorización similar, acordó varias veces la CENC, la restricción de derechos fundamentales solo es competencia del legislador. Don José Luis Cea cita extractos de la sesión N° 219, en que una intervención de don Enrique Ortúzar se refiere al punto y resulta del todo simétrica con los ya citados<sup>27</sup>:

*“La Comisión ha dicho que las puede imponer solo el legislador (las limitaciones al derecho de propiedad). Y aquí se está facultando al Presidente de la República para que las imponga, y está bien que así sea en los casos que el señor Ortúzar ha consignado, pero si no se autoriza expresamente al Presidente de la República para afectar la garantía del derecho de propiedad, querría decir que la limitación solo la puede imponer el legislador. Entonces, el Presidente de la República, en caso de situación de guerra, no puede tocar la propiedad ni aun para limitarla”.*

Se debatía en dicha sesión sobre las indemnizaciones en caso de afectaciones a la propiedad durante estados de excepción constitucional. La CENC volvía insistentemente sobre la regla general: solo el legislador puede restringir o limitar derechos, salvo autorización expresa en la propia Constitución conferida al poder Administrador. Debe tenerse presente que las expresiones del Presidente de la CENC, ya citadas, contaron con expreso consentimiento de don Alejandro Silva Bascuñán, integrante de la Comisión de Estudios.

Se concluye entonces que los verbos rectores que se relacionan con garantías constitucionales no eran en absoluto indiferentes para la Comisión Constituyente. Había en el seno de este equipo de juristas una preocupación clara y expresa de la gravedad de cada uno de ellos y de la necesidad de extraer del ámbito del Presidente de la República la intervención reglamentaria de garantías constitucionales. Y de los verbos rectores, que duda cabe, el más grave es “restringir”, acción que solo fue confiada al legislador y para determinados y calificados casos.

#### 5.1.4 Garantías constitucionales y DFL

Los razonamientos anteriores son plenamente concordantes con el texto del artículo 61 inciso 2° de nuestra Ley Suprema, que prohíbe al Congreso Nacional delegar al Presidente de la República la dictación de Decretos con Fuerza de Ley sobre de materias relativas a garantías constitucionales. Queda ahí expresado el mismo recelo que hemos venido subrayando: siendo el bien máspreciado de la Carta precisamente los preceptos relativos a las “garantías constitucionales”, el Presidente no podrá intervenir en ellas mediante un DFL, aun con voluntad del Congreso.

Con cuanta mayor razón puede afirmarse, entonces, que al Presidente de la República le ha quedado vedado, mediante simples decretos supremos, restringir garantías constitucionales.

Por último, no es redundante recordar que diversas disposiciones de Tratados Internacionales de Derechos Humanos, ratificados por Chile y vigentes, reiteran el principio de la cláusula de restricción de derechos fundamentales como materia exclusiva de ley. Citamos el Art. 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); el artículo 4° del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Políticos, ONU, 1966. Así también se reitera en el derecho comparado, como el artículo 19 N° 1 de la Constitución alemana, o el artículo 53 N° 1 de la Constitución española, por citar dos Cartas paradigmáticas para Chile.

<sup>27</sup> CEA EGAÑA, José Luis, “Tratado de la Constitución de 1980”, Ed. Jurídica, 1988, página 209.

## 6. CONCLUSIONES

1. La Constitución de 1980 reserva determinadas materias exclusivamente al legislador, siendo la más trascendente aquella constituida por la restricción o limitación de garantías o derechos fundamentales. Esta técnica de distribución de competencias responde a la necesidad, en un Estado de Derecho, de garantizar a la comunidad su intervención en un proceso transparente, pluripersonal y abierto de discusión (formación de la ley), lo que constituye una garantía sustantiva para las personas y un "principio" de hermenéutica constitucional en ese sentido.

2. La existencia de una reserva legal poderosa no excluye la potestad reglamentaria de ejecución. Ella debe subordinarse a los parámetros precisos definidos por la ley al establecer los elementos esenciales de la regulación o restricción de derechos fundamentales.

3. Para que una restricción de derechos sea admisible bajo nuestra Carta, el legislador está obligado a definir el contenido esencial de una restricción, esto es, la esencia de la obligación de dar, hacer o no hacer constitutiva de la limitante<sup>28</sup>.

4. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la reserva legal tuvo un pasado robusto bajo la influencia de los fallos "Publicidad Caminera" (1992 y 1993), Bases del Medio Ambiente (1994), "Acceso a Playas" (1996), Ley de Aduanas (1996). No obstante, a contar de 1997, pronunciamientos de esa magistratura en materia de derecho de propiedad, legalidad tributaria, tratados internacionales y restricción de libertad ambulatoria han relativizado por completo el principio, dejándolo en un estado actual de vaguedad e incerteza que pugna con la voluntad del constituyente, con los tratados internacionales y con una sana interpretación personalista del derecho constitucional.

<sup>28</sup> Seguimos aquí la vinculación de obligaciones de reserva de GARCÍA PINO, en *op. cit.*