

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PUBLICO

“Conflicto Ley-Reglamento. Jurisprudencia Constitucional Actual”

Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Memorista:

Diego Garay Pérez.

Profesor Guía: Miguel Angel Fernández González

Enero 2006

Mis sinceros agradecimientos a: .	1
INTRODUCCIÓN .	3
TITULO PRIMERO. CONSIDERACIONES POSITIVAS Y DOCTRINARIAS ESENCIALES. .	5
PÁRRAFO PRIMERO: PRECISIONES CONCEPTUALES. .	5
1) El Dominio Legal Máximo. .	5
2) La Potestad Reglamentaria Presidencial. . .	6
PÁRRAFO SEGUNDO: EVOLUCIÓN DESDE LA CONSTITUCIÓN DE 1925 HACIA LA CONSTITUCIÓN DE 1980. . .	7
1) Constitución de 1925: Estatuto de <i>Dominio Mínimo Legal</i> . .	7
2) Misión de la Comisión Constituyente de 1980. .	9
3) Planteamientos del Consejo de Estado. .	11
4) Modelo adoptado por la H. Junta de Gobierno. .	12
5) Opinión crítica del profesor Teodoro Ribera N. .	12
6) Opinión del profesor Eduardo Soto K. .	14
7) Precisiones en cuanto a la Potestad Reglamentaria Presidencial. .	15
PÁRRAFO TERCERO: PLANTEAMIENTO, FORMULACIÓN Y TRASCENDENCIA DEL CONFLICTO. .	16
1) Presupuestos del Problema. .	16
2) Circunstancias Temporales del Conflicto. .	18
PÁRRAFO CUARTO: LA LEY Y EL REGLAMENTO EN CUANTO AL PUNTO DE LA REGULACIÓN DE DERECHOS. .	18
1) Artículo 19 N° 26 de la CPR. .	19
2) Convención Americana sobre Derechos Humanos. .	19
3) Alternativas Doctrinarias respecto al N° 26 del Artículo 19 de la CPR. .	21
PÁRRAFO QUINTO: LA LEY Y EL REGLAMENTO EN CUANTO AL PUNTO DE LA REGULACIÓN DE ATRIBUCIONES ORGÁNICAS. .	26
1) Principio de Legalidad desde el enfoque <i>Orgánico-Formal</i> . . .	27
2) Principio de Legalidad desde el enfoque de la <i>Finalidad ó Teleología</i> de la Ley. .	27

TITULO SEGUNDO. REVISION TENDENCIA JURISPRUDENCIAL ACTUAL. .	33
PÁRRAFO PRIMERO: BREVE EXPOSICIÓN TENDENCIAS DÉCADA DE 1990. .	33
1) Sentencia Rol N° 146 del año 1992, sobre <i>Letreros Camineros</i> . .	33
2) Sentencia Rol N° 253, del año 1997, sobre <i>cesión de terrenos</i> . .	40
PÁRRAFO SEGUNDO: SENTENCIA ROL N° 325, DEL VEINTISEÍS DE JUNIO DE DOS MIL UNO. .	47
1) Planteamiento del Problema. .	47
2) Cuestión previa de admisibilidad. .	47
3) Incompetencia respecto al mérito de la norma objetada. .	52
4) Alegaciones de las partes y pronunciamiento del Tribunal Constitucional. .	53
5) Observaciones formuladas por el Tribunal Constitucional al Poder Legislativo. . .	58
6) Opinión de la Doctrina. . .	59
7) Vínculo directo de este <i>conflicto constitucional</i> con la Sentencia Rol N° 185, de 1994 sobre la Ley 19.300. . .	60
PÁRRAFO TERCERO: SENTENCIA ROL N° 370, DEL NUEVE DE ABRIL DEL AÑO 2003. . .	62
1) Planteamiento del Problema. .	62
2) Alegaciones de los requirentes. . .	63
3) Apreciaciones de la Contraloría General de la República. .	64
4) Razonamiento y pronunciamiento del Tribunal. . .	66
5) Previsiones de la minoría. . .	74
PÁRRAFO CUARTO: SENTENCIA ROL N° 373 DEL VENTIDÓS DE JULIO DEL AÑO 2003. . .	76
1) Planteamiento del Problema. .	76
2) Alegaciones de los requirentes. . .	77
3) Resolución final del Tribunal respecto al requerimiento de los Senadores. .	90
PÁRRAFO QUINTO: SENTENCIA ROL N° 388 DEL VEINTICINCO DE NOVIEMBRE DEL 2003. . .	91
1) Planteamiento del problema. .	91
2) Revisión pormenorizada del conflicto respecto al N° 2 del artículo único del	92

D.S. objetado. . .	
3) Revisión pormenorizada del conflicto respecto al N° 18 del artículo único del D.S. objetado. . .	98
TITULO TERCERO. REFLEXIONES FINALES. . .	105
BIBLIOGRAFÍA .	109
I) REVISTAS DE DERECHO: . .	109
II) LIBROS: .	111
III) APUNTES DE CÁTEDRAS (Y OTROS): . .	111
IV) ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE: .	111
V) LEYES: . .	112
VI) DECRETOS SUPREMOS: .	112
VII) TRATADOS INTERNACIONALES: .	112
VIII) JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: .	112

Mis sinceros agradecimientos a:

Don Rafael Larraín Cruz, Secretario del Tribunal Constitucional de la República de Chile.

Doña Patricia Navia González, funcionaria de la Biblioteca Central de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

INTRODUCCIÓN

Constituye un hecho de la causa, por estos días, la constante tensión que se gatilla entre la Ley y la Potestad Reglamentaria Presidencial, en especial, con aquella cuyo objeto radica, precisamente, en dar ejecución a las normas legales emanadas del Poder Legislativo. Lo anterior lo estimamos así atendida la cantidad de requerimientos parlamentarios deducidos en contra de aquellos decretos supremos cuyo objeto estriba en aplicar las leyes.

De una parte, la cuestión radicará en las *diferencias sustantivas* que puedan llegar a advertirse entre aquello que contiene una norma legal y lo que, luego, procede a “ejecutar” el Presidente de la República, toda vez que la probabilidad de que este último se exceda de su facultad constitucional de ejecutar o pormenorizar la Ley (esto es, que agregue cuestiones sustantivas que vayan más allá del contenido normativo del precepto legal que se intenta ejecutar) es una cuestión siempre latente. De consiguiente, ahí será cuando deba operar el control preventivo del Tribunal Constitucional, a efectos de velar porque la actuación reglamentaria del Presidente de la República observe lo sustancial de la norma legal que pretende desarrollar, resguardándose, de ese modo también, la preeminencia del ordenamiento constitucional.

De otra parte, la determinación precisa y rigurosa de los *deslindes* que deban existir entre las materias que recaigan en la reserva legal y la potestad reglamentaria presidencial, respectivamente, será, también, un asunto a resolver por los pronunciamientos de la Magistratura Constitucional, los que, como se verá, constituirán el eje central de este trabajo.

Siendo así, en las líneas que siguen nos proponemos, primero, referirnos a algunas de las consideraciones positivas y doctrinarias existentes respecto a este *Conflicto Constitucional* para, luego, entrar a desmenuzar la manera en que la Jurisdicción Constitucional ha enfrentado esta controversia en varios de sus pronunciamientos recientes.

De esta manera, esperamos contribuir a destrabar la contienda desatada entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo, intentando identificar, para ello, las diversas *líneas argumentativas* adoptadas por la Magistratura en torno al punto, desarrollando y profundizando las *matrices conceptuales* elaboradas por el Tribunal Constitucional a efectos de otorgar un debido sustento jurídico a sus resoluciones.

De consiguiente, el examen minucioso de las sentencias de este órgano nos permitirá enjuiciar la manera en que el esquema de distribución de materias entre la Ley y la Potestad Reglamentaria (tanto *orgánicas* como *reguladoras de derechos*), estructurado por el Poder Constituyente de 1980, ha sido interpretado por la Jurisdicción, depositando nuestra especial atención, reiteramos, en los conceptos traídos a la vista por la propia Magistratura a lo largo de sus diversos y más recientes razonamientos.

Desde ya creemos conveniente advertir que la posibilidad otorgada por el propio Poder Constituyente a las *minorías parlamentarias* de requerir por inconstitucionalidad aquellos decretos supremos que reglamenten una ley envuelve lo que, en nuestra opinión, se erige como un *contrapeso político* que, en un sistema político como el nuestro, no es menor, toda vez que el Presidente de la República, además de detentar la calidad de *Poder Colegislador*, goza de la facultad especial (artículo 32 N° 8 de la Constitución Política) de *ejecutar y pormenorizar* las leyes, cuestión que, como veremos, generará ciertos roces con el Congreso Nacional.

Así, pues, daremos inicio a nuestro trabajo refiriéndonos, primeramente, a aquellas cuestiones de orden positivo y doctrinario (en nuestro *Título Primero*) para pasar, luego, a revisar los últimos pronunciamientos jurisdiccionales sobre la materia (*Título Segundo*).

TITULO PRIMERO. CONSIDERACIONES POSITIVAS Y DOCTRINARIAS ESENCIALES.

PÁRRAFO PRIMERO: PRECISIONES CONCEPTUALES.

Nos parece indispensable, a efectos de dar inicio a nuestra revisión del tema en cuestión, el precisar ciertos alcances conceptuales tanto del *Dominio Legal Máximo*, actualmente vigente, como de la *Potestad Reglamentaria Presidencial*, manifestada en sus dos formas de concretización.

1) El Dominio Legal Máximo.

En efecto, por *Dominio Legal Máximo* deberemos comprender a todas aquellas materias que, según el propio Poder Constituyente, han de ser reguladas, en estricto rigor, por medio de un *proceso legislativo*, esto es, a través de la dictación de una ley, sujetándose

ello al proceso que para tal acometido ha consagrado nuestra propia Constitución Política en su artículo 62 y siguientes.

Ahora bien, entre nosotros surge la interrogante en torno a la justificación del concepto “*Dominio Máximo Legal*”. He aquí, estimamos, el elemento determinante del concepto en comento, en el entendido de que el Poder Constituyente de 1980 ha elaborado un *catálogo taxativo* de materias que han de regularse necesariamente por medio de una ley. Y así, es la propia Constitución la que señala, de manera clara y precisa, que “.....*sólo son materias de ley...*”¹ las que, a su vez, el referido Poder Constituyente enumera.

Ahora bien, resulta ser evidente que todo aquello que no se encuentre consagrado en dicha disposición constitucional no podrá, luego, ser tratado a través de un proceso de creación de una ley por el Poder Legislativo, en el entendido de que tal evento vulneraría la propia Carta Fundamental y, por ende, uno de los principios de rango constitucional expresamente consagrados por el Poder Constituyente en su redacción del articulado de la Carta Fundamental, este es, el *Principio de Supremacía Constitucional*, en cuya virtud, ningún órgano puede atribuirse mayores facultades que la propia Constitución le ha otorgado.

2) La Potestad Reglamentaria Presidencial.

A su turno, por *Potestad Reglamentaria Presidencial* deberemos comprender aquella facultad que el Poder Constituyente ha entregado al Presidente de la República, a fin de que éste dicte todos aquellos reglamentos que estime necesario para la ejecución de las leyes. A lo anterior es lo que la literatura especializada denomina “*potestad reglamentaria de ejecución*”, en el entendido de que se trata de una categoría de reglamentos cuya finalidad se encuadra tan sólo en desarrollar, pormenorizar y/o aterrizar los *supuestos, contenidos o enunciados* en una ley.

De lo anterior redundante, como es obvio, que la facultad presidencial recién expuesta no puede hacerse efectiva sino mediando, previamente, la elaboración de una ley que requiera, a su vez, la intervención de esta categoría de reglamentos.

Lo anterior no significa, como veremos más adelante, que la facultad del Presidente de la República provenga de un *mandato legal*, sino que de lo que se trata es que, en los hechos, para que éste pueda ejercer la atribución en comento requiere la existencia previa de una ley que provenga, a su turno, de un proceso legislativo.

Por otra parte, el Presidente de la República detenta la *atribución especial* para ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que escapen del dominio legal, lo que se traduce en que todo cuanto no esté contenido en el artículo 60 de la Carta Fundamental recaerá, a su vez, en el dominio reglamentario exclusivo y excluyente del Presidente de la República.

De esta manera, y a diferencia de la potestad reglamentaria de *ejecución*, aquí no es necesaria la existencia previa de una ley para los efectos de que el Presidente de la

¹ Art. 60 Constitución Política.

República pueda hacer pleno uso de esta facultad, dado que si no hay nada que ejecutar mal podría requerirse la mediación de una ley. Siendo así, la cuestión se presentará a la inversa, esto es, ahí donde no haya ley por no existir alguna materia propia de ésta, habrá *reglamento autónomo* del Presidente de la República, quien entrará a regular aquellas materias que, a juicio del Poder Constituyente, no han sido lo suficientemente *contundentes* o *trascendentes* para adquirir la dignidad propia de una materia de ley.

Siendo así, creemos pertinente pasar a revisar la evolución conceptual de que han sido objeto tanto la *reserva legal* como la *potestad reglamentaria*, desde nuestra Constitución Política del año 1925 hacia la Carta de 1980.

PÁRRAFO SEGUNDO: EVOLUCIÓN DESDE LA CONSTITUCIÓN DE 1925 HACIA LA CONSTITUCIÓN DE 1980.

Del tenor de los articulados de ambos textos normativos, se desprende de manera nítida la diferenciación que el Poder Constituyente consagró respecto a los ámbitos propios y exclusivos tanto del dominio soberano de la ley como de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

1) Constitución de 1925: Estatuto de *Dominio Mínimo Legal*.

Puede decirse que la Constitución de 1925 contenía lo que puede ser calificado como un *estatuto mínimo legal*, ya que existía un determinado número de materias que, necesaria e ineludiblemente, habían de ser normadas mediante un procedimiento legislativo, es decir, mediante una ley proveniente del Poder Legislativo. En efecto, dicha Carta Fundamental, en su entonces artículo 44, disponía que “ *Sólo en virtud de una ley se puede* ”, enumerando posteriormente aquellas materias que debían, irremediablemente, nacer a la vida del derecho mediante una norma de rango legal.

Luego, comprendemos que el Poder Constituyente de aquel entonces pretendió reservar al Poder Legislativo una cierta porción de materias propias del ámbito social, económico y político que, atendido su impacto en la vida nacional, era preciso debatir al seno de un *órgano representativo*, y cual otro mejor que, al menos en un sistema democrático, el Congreso Nacional.

Sobre el punto, es preciso mencionar, someramente por cierto, algunas de las características propias de una ley desde un punto de vista *sustantivo*², siendo éstas, entre otras:

² Cea Egaña, José Luis: “*Dominio Legal y Reglamentario en la Constitución de 1980*”, Revista Chilena de Derecho, Vol. XI, Año 1984.

La *Generalidad* de sus destinatarios,

La *Abstracción* de las conductas que supone su normatividad,

Su *Innovación* en el sentido de crear nuevos derechos y obligaciones para los destinatarios de la respectiva norma,

Su *Predeterminación* en las hipótesis, esto es, su vigencia tan sólo para aquellas circunstancias que se verifiquen únicamente con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma, y por último,

Su *Dirección irreductible hacia el Bien Común*, en el entendido de que la finalidad propia de las misiones del Estado, a través del ejercicio de la soberanía, no se concibe hacia otra dirección que no sea la máxima realización de todos y cada uno de sus ciudadanos.

Hemos citado las aludidas características materiales de la ley a efectos de evaluar el resultado legislativo obtenido durante la vigencia del estatuto de “*reserva mínima legal*” de la Carta Fundamental de 1925.

De esta forma, la consagración de este estatuto constitucional (en cuya virtud, como se dijo, se encomendó al Poder Legislativo el que un cierto número de materias habían de ser, necesariamente, reguladas por medio de una ley) no redundó en que aquellas materias no comprendidas en el entonces artículo 44 no pudieran llegar ser igualmente absorbidas por el legislador.

A mayor abundamiento, todo cuanto no estuviese comprendido en el entonces artículo 44 de la Constitución de 1925, podía ser absorbido por el Poder Legislativo siempre y cuando no se hubieran encomendado tales materias (las no comprendidas en el referido artículo) a otros órganos regulados por la propia Constitución.

De consiguiente, la entonces *reserva mínima legal* implicaba que no existía, al menos explícitamente, una *norma de clausura en la ley*, puesto que ésta no se cerraba únicamente a las materias comprendidas en la referida disposición constitucional, pudiendo llegar a normar, incluso, cuestiones que ya hubiesen sido reguladas previamente por la Administración (o, si se quiere, por el Presidente de la República), entendiéndose que dichas materias eran, luego, derogadas por la ley dada su mayor *jerarquía normativa*.

En plena concordancia con lo anterior, y por tratarse de un estatuto de *reserva mínima de ley*, resultó evidente que mientras el legislador pudiese extender su dominio sobre materias que no se hubiesen reservado de manera expresa a otros órganos regulados por la misma Carta Fundamental, no evitaría hacerlo y así fue como se dio en la práctica legislativa, extendiéndose la ley a muchísimas materias que excedían a las contenidas en el entonces artículo 44. Luego, tocaría preguntarse si acaso era esto inconstitucional. Por cierto que no.

Nuestros reparos, más allá de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de este exceso legislativo, se fundan en que el legislador, en muchas ocasiones, optó por regular, mediante ley, cuestiones que no necesariamente cumplían con las *características sustantivas* de una norma legal, incurriendo en procesos

legislativos engorrosos y que implicaban costos para dicho Poder del Estado a fin de regular materias que, bien *procedimental y orgánicamente* eran leyes, las más de las veces no lo eran desde un *ángulo material o sustantivo* .

1.1) El “Congelamiento del Rango”.

Mas aún, tratándose de aquellas materias que el Poder Constituyente no había reservado ni a la ley ni a otro órgano constitucional de manera expresa, podía producirse el denominado *congelamiento del rango* ³ , con lo cual, evidentemente, el Poder Legislativo podía arribar a los extremos de legislarlo todo, siempre y cuando no se tratase de materias cuya regulación hubiese sido encomendada a algún órgano constitucional en concreto.

Lo anterior devino, como era de suponer, en una inevitable *degeneración de la ley* , dado que aquellas que efectivamente cumplieron con las exigencias mínimas desde un *ángulo sustancial* fueron las menos, creándose una gran cantidad de normas legales que no eran, en absoluto, merecedoras de tal calificación jurídica.

Desde nuestra óptica, podría llegar incluso a afirmarse que bajo el amparo de la Constitución de 1925, el Poder Legislativo perdió el rumbo de sus actuaciones, toda vez que no parece admisible que el Congreso Nacional, en cuanto órgano genuinamente representativo de las distintas sensibilidades de la nación, lleve su actividad al extremo de dictar leyes que no suponen grandes deliberaciones ni complejas aproximaciones a la realidad.

Lo anterior incide en que, para dictar normas cuyos destinatarios están plenamente individualizados, para describir supuestos de hecho o conductas que se presentarán tan sólo una sola vez, o para enunciar una norma que repite derechos ú obligaciones preexistentes en el ordenamiento jurídico, no resulta indispensable, a nuestro modo de ver, acudir al Congreso Nacional.

De este modo, el estatuto que, sobre el particular, contuvo la Constitución de 1925 fue, desde nuestro punto de vista, *ineficiente* por cuanto permitió y toleró que uno de los poderes pilares de un Estado de Derecho, como lo es el Poder Legislativo, se desgastara en funciones que nada tenían que ver con el espíritu subyacente a un órgano constitucional de tamaña envergadura.

2) Misión de la Comisión Constituyente de 1980.

Siendo así, y atendida la realidad de los hechos, se posicionaba como una tarea fundamental para la Comisión de Estudios para una nueva Constitución, creada por la H. Junta de Gobierno, la reestructuración de la *distribución de materias* entre la

³ Cea Egaña, José Luis: “*Dominio Legal y Reglamentario en la Constitución de 1980*”, Revista Chilena de Derecho, Vol. XI, Año 1984, P.419. Este concepto es de vital importancia e implicaba que, si el Presidente de la República regulaba una materia que no se había entregado expresamente a ningún otro órgano constitucional, el legislador podía igualmente dictar una ley sobre dicha materia y, por ese sólo acto, quedaba derogado el reglamento del Presidente de la República (por ser de menor *jerarquía* que la ley emanada, a su vez, del Poder Legislativo).

ley y la potestad reglamentaria del Presidente de la República, con el fin de reubicar a la ley en su sitio original y pertinente, esto es, en torno a aquel conjunto o ámbito de materias que no adolecieran de *rasgos o atisbos de particularidad* en sus conceptos sino que, muy por el contrario, permanecieran en el estrado de la *generalidad, permanencia y abstracción*.

Cabe agregar que, para estos efectos, fue un modelo a seguir la *Constitución Francesa de la V República de 1958*, texto normativo que en su artículo 34 contenía un *catálogo taxativo* de materias propias del *dominio exclusivo e inalienable de la ley*. A su turno, el artículo 37 del referido cuerpo jurídico señalaba, a su vez, que todo cuanto no estuviese dentro de dicho catálogo, adquiriría, por esa sola circunstancia, el carácter de *reglamentario*.

Sobre este punto, no está demás citar lo que enunciaba, en parte, el Memorándum aprobado por la Comisión Constituyente, que contenía, a su vez, las metas u objetivos fundamentales en que debía inspirarse la nueva Constitución Política del Estado⁴, en particular respecto a que “..... *La Constitución propenderá a que la ley sea una norma de carácter general dirigida al bien común, es decir, que se limite a contener sólo las bases esenciales del ordenamiento sobre el cual estatuye, sin penetrar en el campo de la potestad reglamentaria, que es propio del Poder Ejecutivo*”

Resulta evidente que la Comisión Constituyente no estaba de acuerdo, en principio, con los resultados que había arrojado el régimen de *reserva legal mínima* dado que, tal como lo sostuvo en el referido memorándum, la ley debía estatuir sólo las *bases esenciales* de un ordenamiento y, por ende, debía abstenerse de ingresar ahí donde dejara de cumplir con dicho rol, abriéndole paso, de ese modo, a otro órgano constitucional, a saber, la Presidencia de la República.

De consiguiente, el espíritu que, al menos sobre este particular, se apreciaba en la Comisión Constituyente, era de un absoluto rechazo a aquellas leyes que regulasen hasta el último punto⁵, privándose de relegar las cuestiones más *específicas y pormenorizadas* a otro órgano cuya función no fuese, precisamente, debatir o discutir ahí donde ello no fuese necesario, a efectos de resolver contingencias que aquejasen a los administrados.

En tal dirección, el comisionado Raúl Bertelsen es quien, principalmente, da cuenta de la *ineficacia legislativa* del régimen imperante bajo la Constitución de 1925, en el entendido de que se está en presencia de un Poder Legislativo que invade aquellas esferas a las que, si bien constitucionalmente no le están vedadas,

⁴ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión N° 18, celebrada el día Jueves 22 de Noviembre de 1973, P. 27, punto 8°.

⁵ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión N° 358, celebrada el día Martes 25 de Abril de 1978. En esta sesión, el profesor Bertelsen sostiene que “*en el resto de las materias* (esto es, aquellas que no se encuentran en el artículo 44 y que no hubieren sido relegadas expresamente a otro órgano constitucional) *es posible tanto la intervención del legislador como de la potestad reglamentaria, campo concurrente donde prevalece, por cierto, la disposición de mayor jerarquía, que es la ley. Con ello la actividad del poder legislativo llega hasta donde lo deseen los legisladores ya que se puede producir una verdadera elefantiasis legislativa cuando por la vía legislativa se regule todo, sistema que a su juicio (del profesor Bertelsen) debe cambiar....*”

no le corresponde ingresar, fundamentalmente, por razones de *eficiencia* en el funcionamiento del Estado.

Así, materias que pueden ser perfectamente reguladas por la *vía administrativa* , a través del ejercicio de la *potestad reglamentaria presidencial* , son, con todo, absorbidas por el legislador.

Lo anterior, como habrá de inferirse, resta importancia y trascendencia a las funciones propias del Presidente de la República, a quien, por mandato expreso de la Constitución, le corresponde la Administración del Estado. Y siendo así, nos formularnos una interrogante que pareciera tener una respuesta obvia. *¿ Acaso resultaría posible administrar un Estado si es que todo viniese regulado de antemano por el Poder Legislativo ?*

Creemos que lo más sensato es sostener que la vía idónea para que la Presidencia de la República pueda llevar adelante su cometido de administrar el Estado es, precisamente, a través de la *ejecución de las normas jurídicas* provenientes, a su vez, del Poder Legislativo.

3) Planteamientos del Consejo de Estado.

Ahora bien, a pesar de que el espíritu inicial de la Comisión Constituyente era sustituir el régimen de *dominio legal mínimo* por uno de *dominio legal máximo* , esto es, que la ley pudiera regular tan sólo ⁶ aquellas materias que hubieran sido taxativamente enumeradas por el propio Poder Constituyente, esto no fue obstáculo para que, de igual forma, el Consejo de Estado se opusiera a esta fórmula aduciendo que, al cerrar la puerta de antemano a la ley para regular determinadas materias, podría incurrirse en el riesgo de que materias extremadamente delicadas quedaran a disposición de la *Administración del Estado* .

En parte, estimamos que la prevención del referido Consejo de Estado es acertada, en el entendido de que no escaparía a la realidad la circunstancia de que, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1980, pudiesen surgir nuevas cuestiones que adquirieran el carácter de *política* , *económica* o *socialmente relevantes* y que, atendido dicho carácter, debiesen encuadrar en el ámbito propio de la reserva legal.

De ese modo, si optáramos por acoger la observación formulada por el Consejo de Estado, se necesitaría nada menos que una reforma constitucional para poder incorporar alguna materia que, atendida su *trascendencia social* , *política* y/o *económica* , debiera quedar sujeta a regulación legal.

⁶ Decimos "*tan sólo*" aludiendo a un sistema de enumeración taxativa de las materias propias y susceptibles de ser reguladas mediante esta clase de norma jurídica, pero no en el sentido de que estén taxativamente enunciadas en un sólo artículo de la Constitución, ya que es el propio artículo 60 de la Constitución de 1980 el que, en varios de sus numerales, se remite a otras disposiciones, como por ejemplo el numeral 2º que señala que son materias de ley todas aquellas que la propia Constitución exija que sean reguladas por una ley.

4) Modelo adoptado por la H. Junta de Gobierno.

Dígase que, en definitiva, la H. Junta de Gobierno optó por el criterio emanado de la Comisión Constituyente, no obstante que al proyecto presentado por ésta se le agregaron algunas cuestiones, entre las cuales se encuentra el actual número 20° del artículo 60 de nuestra Constitución Política, que reza “ *sólo son materias de ley (...) toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico* ”, modificación que viene en reiterar y a profundizar, a nuestro modo de ver, la innovación que, sobre el punto, detenta la Carta Fundamental de 1980.

5) Opinión crítica del profesor Teodoro Ribera N.

Sin perjuicio de lo anterior, estimamos del caso el traer a la vista la opinión que, sobre este punto, sostuvo el profesor Teodoro Ribera, para quien la Carta Fundamental de 1980 no contiene un *régimen de reserva legal máxima* sino que, por el contrario, lo que hizo la H. Junta de Gobierno (en quien recaía, a su vez, el Poder Constituyente) no fue más que reafirmar el sistema vigente de la Carta de 1925, esto es, el estatuto de *reserva mínima de ley* toda vez que la incorporación, por parte de la H. Junta de Gobierno, del nuevo N° 20° al artículo 60 de la Constitución no podía sino entenderse como una apertura de las compuertas al Legislador.

Así, según Ribera, cuando la H. Junta de Gobierno tuvo que decidir entre la propuesta de la Comisión de Estudios de una Nueva Constitución (que propiciaba un cambio drástico desde la *reserva mínima* hacia una *máxima*) y la del Consejo de Estado (que planteaba mantener el sistema vigente a la fecha), no optó ni por una ni por la otra sino que desarrolló un *régimen intermedio*, consistente en una enumeración de materias que deben ser necesariamente normadas mediante Ley (artículo 60, desde su numerando 1° hasta el 19°), por una parte, y en la permisión de que cualquier otro ámbito de materias que exceda de lo comprendido entre los numerandos 1° y 19° pueda, igualmente, ser normado por Ley siempre y cuando observe los requisitos de generalidad y obligatoriedad que impone el numeral 20°, por la otra.

Al respecto, sostiene Ribera ⁷ que “ *en el caso del artículo 60, sin embargo, no estamos en presencia de un listado único o cerrado de materias que pueden ser reguladas por ley, toda vez que el numeral 20° del artículo 60 entregó al legislador la facultad de regular cualquier otra materia no prevista en la Carta Fundamental, sin limitación alguna en cuanto al ámbito, pero estableciendo en cuanto a su extensión, que dicha normativa deba ser general, obligatoria y estatuir las bases esenciales de un ordenamiento jurídico* ”.

⁷ Ribera Neumann, Teodoro: “Reserva Legal, potestad reglamentaria y Constitución de 1980”, Revista de Derecho Público, Vol. 63, Año 2001, P. 480.

Aquí yace, pues, nuestro reparo a la visión que el distinguido profesor Ribera tiene respecto al sentido y alcance del numerando 20º del artículo 60 de la Carta Fundamental dado que, desde nuestra visión, el referido numerando no contiene tan sólo una limitación en cuanto a la *extensión* de la materia regulada sino que también en torno al *ámbito* de la misma, toda vez que los *requisitos normativos materiales* exigidos por el Poder Constituyente obligan, a su vez, al Poder Legislativo a formular una distinción rigurosa entre aquel ámbito de materias que son comprensivas de tales requisitos y aquellas que no lo son ⁸.

En definitiva, la tesis del profesor Ribera descansa en la posición que adoptó la H. Junta de Gobierno frente a las distintas propuestas de la Comisión Constituyente y del Consejo de Estado, desde el momento en que, según Ribera, resulta evidente que el listado del artículo 60 no puede concebirse como taxativo toda vez que al incorporarse el N° 20 al texto de la norma referida se procedió, asimismo, a reemplazar el texto del artículo 32 N° 8 propuesto por la Comisión de Estudios, que rezaba “ *Son atribuciones especiales del Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no estén taxativamente señaladas como propias del dominio legal...* ”, por el texto actual que señala “ *Son atribuciones especiales del Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal...* ”, de lo cual no puede sino concluirse que la taxatividad del artículo 60 no sería más que una *conjetura de la doctrina*.

No obstante el argumento esgrimido por el profesor Teodoro Ribera, pensamos que más allá de los vaivenes de la H. Junta de Gobierno, lo que en definitiva se buscó fue, tal como lo sostiene Ribera, dar una respuesta intermedia a las propuestas extremas de la Comisión de Estudios y del Consejo de Estado, para lo cual agregó al artículo 60 el numeral 20º (esto, pensamos, para satisfacer las inquietudes del referido Consejo).

Lo anterior no significa, en nuestra opinión, que por esa sola circunstancia dicho artículo haya preservado el régimen vigente desde la Constitución de 1925 (de *reserva legal mínima*) toda vez que creemos firmemente que la reforma efectuada por la H. Junta de Gobierno del texto del artículo 32 N° 8, presentado por la Comisión de Estudios, no es determinante, puesto que el espíritu del Poder Constituyente de 1980 fue cambiar el estado de las cosas a efectos de situar tanto a la Ley como a la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República en su justa dimensión, adquiriendo el artículo 60 un auténtico carácter de taxativo, al fijar como límite sustantivo ó material de la Ley la *generalidad*, *obligatoriedad* y que ésta estatuya las *bases esenciales* de un ordenamiento jurídico.

De esta manera, si siguiéramos la línea del profesor Ribera, debiéramos insistir en formularnos la interrogante que sigue (tal como ya lo planteamos en la nota al

⁸ De esta forma, parecería claro entre nosotros que el otorgamiento de la nacionalidad por gracia a un sujeto determinado constituiría una materia que, de por sí, no observaría los requisitos prescritos por el número 20º del artículo 60 de la Constitución Política, de modo entonces que no cualquier materia podría cumplir con los requisitos materiales antedichos (al contrario de lo que parece sostener el profesor Ribera).

pie de la página anterior), y es que ¿ *acaso parecería razonable señalar que cualquier ámbito de materias podría reunir las características materiales expuestas por el número 20° del artículo 60 de la Constitución ?*

Creemos que sería imposible llegar a enumerar al *detalle* cuáles han de ser las materias específicas que deben ser normadas por Ley, lo que, empero, no nos impide afirmar que el número 20° ha intentado salvar dicha dificultad al fijar, al menos, el *imperativo material* que ha de observar la Ley, lo que obliga, insistimos, al Poder Legislativo a distinguir entre aquellas materias que observan dichos requisitos materiales y aquellas que no.

Siendo así, el Poder Constituyente ha tendido a proteger la función administrativa del Presidente de la República, tanto respecto de su potestad para reglamentar las leyes provenientes de otro poder del Estado como de su potestad administrativa tendiente a regular, sea mediante *decretos* , *reglamentos* o *instrucciones* , aquellas materias que escapen del *dominio legal máximo* establecido por el Poder Constituyente en el artículo 60.

Desde nuestro enfoque, pensamos que efectivamente se ha reforzado el *radio de acción* de la Presidencia de la República, no obstante que nos quedan algunas incógnitas que nos llevan a pensar que, talvez, no todo cuanto ha quedado comprendido dentro del *dominio legal máximo* tiene los caracteres de *generalidad* y *base esencial de un ordenamiento jurídico* . En efecto, ¿acaso todas las materias que son objeto de codificación detentan la calidad de *general* o de *base esencial* de un ordenamiento jurídico? En principio pensamos que no, dado que el concepto de codificación es extremadamente amplio y comprende una diversidad de materias que no nos permite afirmar, *a priori* , el que todas ellas sean de *carácter general* ni que estatuyan las *bases esenciales* de un ordenamiento jurídico⁹ .

6) Opinión del profesor Eduardo Soto K.

En plena sujeción a lo anterior se ubica la circunstancia de que el profesor Eduardo Soto Kloss ha llegado, incluso, a sostener que la Constitución de 1980 ha ampliado la cantidad de materias que ingresan al dominio de la ley, atendida la numeración del artículo 60.

Para Soto Kloss, el intento de fortalecer la potestad reglamentaria del Presidente de la República es un acto riesgoso ya que, a su juicio, no es precisamente el Poder Legislativo quien se encuentra en condiciones de causar mayores daños a los administrados, sino que, antes y al contrario, piensa Soto Kloss, es el administrador quien más frecuentemente se encuentra en la posición más apta para dañar a los particulares, de modo que no parece prudente el haber intentado ampliar las potestades administrativas del Presidente de la República¹⁰ .

⁹ Caldera Delgado, Hugo: “La Norma de Clausura y la Potestad Reglamentaria en el anteproyecto de nueva Constitución”, Revista de Derecho Público, Vol. 27, Año 1980, P. 274. Al respecto, el autor se interroga ¿*Qué es un código?*?, tendiendo a formular la observación de que cualquier cosa que se encuentre en un código puede recaer en el dominio propio de la ley.

Así, a pesar de que nuestra opinión es favorable a la innovación que ha elaborado el Poder Constituyente de 1980, no puede decirse que ello sea una *cuestión pacífica*, dado que la constante tensión gatillada entre las normas jurídicas provenientes del Parlamento y las potestades administrativas presidenciales ¹¹ es una cuestión que genera controversias que devienen o aterrizan, como ya lo veremos, en la *Judicatura Constitucional*.

7) Precisiones en cuanto a la Potestad Reglamentaria Presidencial.

Ahora bien, para ir ya clausurando nuestro *párrafo segundo*, estimamos del caso el constatar algunas precisiones jurídicas que nos merece la potestad reglamentaria de la Presidencia de la República.

Así, al referirnos, por una parte, a la actual potestad reglamentaria de *carácter autónomo* de la Presidencia de la República (Art. 32, N°8 primera parte), debe decirse que ésta se conceptualiza jurídicamente como una *potestad administrativa que el propio Poder Constituyente le ha otorgado al Presidente de la República* y que, por ende, no requiere de habilitación legal alguna, prescindiendo, para estos efectos, de la concurrencia previa de una ley.

Incluso más, nos atrevemos a formular la hipótesis que sigue, esto es, si es que el Presidente de la República, en virtud de las potestades administrativas que el propio Poder Constituyente le ha otorgado, puede dictar un reglamento autónomo y de carácter general respecto de todo cuanto esté fuera del alcance de la ley, luego *¿ por qué habrían, entonces, dichos reglamentos de ubicarse por debajo de la Ley ? ¿ acaso no sería ajustado a un equilibrio el que los reglamentos autónomos emanados de la potestad reglamentaria del Presidente de la República tuvieran la misma jerarquía normativa que las Leyes emanadas del Parlamento, aún cuando su intensidad normativa sea distinta ?*

Es una interrogante que planteamos, pero cuya respuesta dependerá de las diversas visiones que puedan llegar a adoptarse respecto al grado de *representatividad política* que detenten tanto la Función Ejecutiva como la Legislativa.

A su turno, respecto a la segunda parte del numeral 8° del artículo 32 de la Constitución Política, que consagra la potestad reglamentaria *ejecutoria*, cabe precisar que, si bien requiere para su desenvolvimiento la existencia previa de una

¹⁰ Soto Kloss, Eduardo: "Algunas consideraciones sobre la potestad normativa presidencial en el anteproyecto de nueva Constitución", X Jornadas Chilenas de Derecho Público, Valparaíso (Edeval, 1980), P. 231.

¹¹ Daniel Argandoña, Manuel: "Reflexiones sobre la Potestad Reglamentaria y su control jurídico en el anteproyecto de nueva Constitución Política", X Jornadas Chilenas de Derecho Público, Valparaíso (Edeval, 1980), P.196. Este autor precisa que los reglamentos provenientes de la potestad reglamentaria del Presidente de la República son, genuinamente, auténticos actos administrativos, entendiéndose por tales, aquellas *declaraciones de voluntad orgánica formuladas en el ejercicio de una potestad administrativa que pueden ser de carácter general (reglamento) o particular (decretos supremos)*.

ley, ello no quiere decir que tal facultad especial de Presidente de la República emane o nazca a la vida del derecho a partir de dicha ley, ya que, como se dijo, se trata de una potestad administrativa proveniente, directamente, de la Constitución Política, de modo que fuerza es concluir que la ley no puede, luego, exigirle al administrador que la ejecute, toda vez que dicho imperativo legal sería, en estricto rigor, inoponible al Presidente de la República puesto que estamos ante una potestad presidencial emanada de la propia Carta Fundamental y no de una *obligación legal* impuesta al Presidente de la República.

PÁRRAFO TERCERO: PLANTEAMIENTO, FORMULACIÓN Y TRASCENDENCIA DEL CONFLICTO.

La controversia que, como ya hemos ido viendo, se suscita entre el dominio de la ley y el terreno soberano, a su vez, de la potestad reglamentaria de la Presidencia de la República, deviene en lo que debiéramos calificar como *Conflicto Constitucional*¹². Es precisamente esta cuestión la que nos incentiva y nos hace emprender nuestro trabajo, en el entendido de que un conflicto de la naturaleza de estos, a saber, de los constitucionales, generan distintas interpretaciones respecto a la norma llamada a resolver la contienda de que se trata, esto es, la *norma decisoria litis*, que, para esta clase de conflictos vendría a ser, como puede suponerse fácilmente, la propia Constitución Política de la República.

De este modo, la tensión en que deviene la relación íntima entre la Ley y la Potestad Reglamentaria de la Presidencia de la República requiere, para su cabal comprensión jurisprudencial, un pronunciamiento respecto a los *presupuestos del problema* y a las *circunstancias temporales* en que éste se desenvuelve. Veamos, pues, estos puntos.

1) Presupuestos del Problema.

Debe señalarse que nos encontramos, primero que todo, ante un conflicto constitucional entre dos *Poderes del Estado* estatuidos expresamente en la propia Carta Fundamental.

De lo anterior sigue que, para su acertada solución, habrá de tomarse en cuenta no tan sólo la letra de nuestra Carta Fundamental sino que también su espíritu, dado que los textos constitucionales son fruto de largas y pormenorizadas deliberaciones entre los distintos sectores o sensibilidades de una sociedad, de modo que su resultado proviene, a su vez, de un gran acuerdo político cuyo génesis estriba en el espíritu tendiente a

¹² Colombo Campbell, Juan: “El Conflicto Constitucional, competencia del Tribunal Constitucional para su solución”, Revista de Derecho Público, Vol. 61, Año 1998-1999, P. 50-51. Sobre el punto, el profesor Colombo formula una clasificación de los distintos tipos de conflictos constitucionales que pueden promoverse, según una serie de criterios, siendo, para estos efectos, relevante el criterio de los *entes involucrados*.

diseñar un determinado *orden institucional esencial*.

Lo anterior redundaría en nuestro interés por clarificar primeramente el conflicto constitucional suscitado, para, luego, interiorizarnos en los últimos criterios emanados del Tribunal Constitucional en orden a resolver el conflicto por la vía jurisdiccional.

Creemos que sobre el particular es conveniente, asimismo, traer a la vista el ya no tan novedoso *principio de separación de funciones* del Estado. No constituye novedad entre nosotros el que uno de los pilares básicos del sistema democrático moderno se erige sobre la base de la separación de las distintas funciones propias de éste, léase *judicial, legislativa y administrativa*.

En tal sentido se orienta lo dispuesto por nuestra Carta Fundamental tanto respecto del *dominio legal soberano*¹³ como de la *potestad reglamentaria* del Presidente de la República (particularmente la de *ejecución* o de *desarrollo*¹⁴) dado que asigna, de una parte, al Poder Legislativo la creación de la ley y, de otra, al Poder Ejecutivo la *atribución especial* para la ejecución de la misma.

Es, precisamente, en este punto donde apreciamos un conflicto constitucional, desde el momento en que, pensamos, el *principio de separación de funciones* puede llegar a verse en entredicho, cuando toca referirnos a la potestad reglamentaria de la Presidencia de la República de carácter *ejecutoria* ó complementaria, bajo el supuesto de que podría alguien llegar a sostener, en aras de un *deslinde nítido y absoluto* de las funciones respectivas, que no puede darse cabida a la potestad reglamentaria de ejecución en aquellas materias comprendidas en el dominio legal soberano ya que, si así fuere, podría llegar a configurarse una *confusión de funciones* inherentes a los distintos órganos constitucionales y, por ende, del ya mencionado principio de separación de las mismas.

Así, el conflicto constitucional entre Poder Legislativo y Poder Ejecutivo se manifiesta sobre las *competencias propias* de éstos y la colisión que, en ciertos casos, puede producirse de las mismas. De este modo, el Poder Legislativo es quien detenta la función, según el propio Poder Constituyente, de crear, mediante un procedimiento reglado, las *normas de carácter general y obligatorio que estatuyan las bases esenciales de un ordenamiento jurídico*, mas sólo respecto de las materias que la propia Constitución señala.

Por su parte, el Poder Ejecutivo detenta la facultad de dictar los reglamentos que, luego, el propio Presidente de la República estime convenientes para la *ejecución* de las leyes.

De lo anterior fluye que el conflicto constitucional entre estos dos poderes o, si se quiere, funciones del Estado, se generará debido a las distintas interpretaciones que se les pueda dar a las dos normas en comento ya que, a nuestro modo de ver las cosas, en principio y por la sola lectura de las dos disposiciones constitucionales recién citadas, no hay conflicto alguno, salvo, y como ya lo hemos señalado, que las interpretaciones del

¹³ Artículo 60 de nuestra Constitución Política; “Solo son materias de ley...”

¹⁴ Artículo 32 N° 8 de nuestra Constitución Política; “Son atribuciones especiales del Presidente de la República: (.....) La facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”

concepto de *ley* y de *potestad reglamentaria ejecutoria* provoquen una colisión entre ambas disposiciones desde el momento en que, por un extremo, se sostenga que una ley se inmiscuye en una materia propiamente reglamentaria y, por otro, se afirme que un reglamento instituye, a su vez, materias propias de la soberanía legal.

Así es, entonces, como podríamos advertir una suerte de conflicto constitucional *sobre la marcha*, en el entendido de que éste se produce sólo en la medida en que tales disposiciones sean llevadas a la práctica por los poderes respectivos.

Posteriormente, si al ponerse en marcha las disposiciones antedichas se da cuenta de un conflicto constitucional entre poderes del Estado, tal vez, como intentaremos ilustrarlo en el párrafo cuarto de nuestro trabajo, ello obedecerá a que el Poder Constituyente no ha deslindado *nítidamente* la frontera entre la Ley y Reglamento.

2) Circunstancias Temporales del Conflicto.

Respecto a las *circunstancias temporales* en que este conflicto constitucional se configura, debemos dejar en claro que las distintas *teorías* que permitirían dar una solución a éste (tal como se verá en el párrafo cuarto), deben tomar en consideración la dinámica actual de las cosas, comprendiendo que cada día se producen nuevas *situaciones fácticas* que ameritan ser reguladas por una norma, dado que el derecho, como es sabido por todos nosotros, va siempre detrás de los hechos.

De esta manera, las *circunstancias temporales* a las que aludimos, dicen relación con la multiplicidad de cuestiones que, en los tiempos actuales, van surgiendo en la vida nacional y que requieren ser normadas por el derecho, para lo cual debe comprenderse cual es la clase o tipo de *norma jurídica* más eficiente para regular tal o cual materia.

Por tal razón, el *Ordenamiento Constitucional* debe ser interpretado a la luz del grado de *evolución actual de los hechos*. Así, y sin entrar a adoptar postura alguna respecto a la solución que debe otorgársele a este *conflicto constitucional*, pensamos que para su correcta y acertada resolución es menester, previamente, interpretar el *espíritu* de nuestra preceptiva constitucional, radicando aquí precisamente la trascendencia del tema, en el entendido de que no se trata de un conflicto meramente *teórico* entre *normas programáticas* ni mucho menos, sino que de una disputa entre poderes cuyo objeto es nada más ni nada menos que determinar quien detenta la *titularidad* para la *regulación de determinadas materias de incumbencia social*.

PÁRRAFO CUARTO: LA LEY Y EL REGLAMENTO EN CUANTO AL PUNTO DE LA REGULACIÓN DE DERECHOS.

En torno a este punto, debe considerarse como *eje principal* de la cuestión la circunstancia de que nuestra Carta Fundamental ha consagrado, dentro de su texto

normativo, un capítulo especial para el tratamiento de los *derechos y libertades* inherentes a todo ser humano.

Así, parece no quedar duda alguna que el espíritu del Poder Constituyente fue el de elevar al más alto rango normativo la consagración de tales derechos, bajo el supuesto de que éstos pudieron haber quedado perfectamente regulados en una ley. Claramente, pensamos, esto se hizo con el afán de dificultar la vulneración de tales garantías constitucionales. Luego, surge la cuestión propia de responder a la pregunta de *¿ cómo regular el ejercicio de tales derechos asegurados por el Constituyente ?*

1) Artículo 19 N° 26 de la CPR.

La respuesta a esta trascendente interrogante la encontraremos, precisamente, dentro del mismo catálogo de garantías elaborado por la Constitución, a saber, en el numeral 26° del artículo 19, que reza “ *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 ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia*”.

Resulta evidente que, de la sola lectura de la disposición citada, debiera comprenderse que los derechos que la Constitución Política asegura a todas las personas han de ser regulados sólo por *preceptos legales*¹⁵, esto es, sólo por una categoría determinada de *normas jurídicas*, que, para estos efectos, no será sino la ley.

Es en este punto donde se genera la controversia que, pensamos, gatilla lo que más arriba denominamos como *Conflicto Constitucional* suscitado entre poderes del Estado. En efecto, y del tenor literal de la referida disposición constitucional, cabría concluir que, en principio, sería sólo la ley la norma convocada por el Poder Constituyente para regular los derechos fundamentales, mas sólo, en todo caso, cuando sea la propia Carta Fundamental la que le encomiende, expresamente, dicha tarea.

2) Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A una conclusión distinta llegaríamos, sin embargo, si revisáramos lo que, a este respecto, prescriben ciertas disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁶ (más conocida como “ *Pacto de San José de Costa Rica* ”),

¹⁵ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión N° 212, celebrada el día Miércoles 19 de Mayo de 1976. En esta sesión constó el acuerdo expreso, impulsado por el comisionado Enrique Evans De la Cuadra, en torno al punto, el cual enunciaba “*primero, de la regulación, complementación ó 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 ó interpretar las garantías que asegura el texto constitucional.*”

cuyo objeto fue consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen *de libertad personal* y *de justicia social*, fundado en el respeto de los *derechos esenciales* del hombre.

En efecto, el artículo 21 de la referida Convención señala, en su número 1º, que:

“ Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La Ley puede subordinar tal uso y goce al interés social ”.

A lo cual se suma lo dispuesto en el número 2º de la misma disposición, en cuanto a que:

“ Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la Ley ”.

Luego, en el Capítulo IV de la referida convención, que alude a la *suspensión de las garantías*, encontramos dos normas que, sobre el punto de la regulación de derechos, nos pueden brindar alguna orientación.

De una parte, el artículo 27 N° 2 señala que **“... la disposición precedente (esta es, el N° 1 del mismo artículo, que dice relación con las circunstancias en cuya virtud se autoriza a los Estados parte para suspender las obligaciones contraídas mediante esta convención) no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: (.....) 9º (Principio de Legalidad y Retroactividad) (.....) ”.**

De otra, encontramos lo preceptuado por el Artículo 30, en orden a que:

“ Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas ”.

En principio, y en atención a las disposiciones recién transcritas, podríamos inferir que esta Convención ha radicado sólo en la Ley la facultad de *regular el ejercicio de los derechos* que en ella se intenta garantizar a todas las personas.

No obstante lo anterior, creemos que la situación varía si observamos lo preceptuado, a su vez, por otra disposición de esta Convención que, pensamos, ha dejado la puerta abierta para que reglas sociales distintas de una ley entren a normar el ejercicio de los derechos.

Así, dentro del Capítulo I (*“ Enumeración de Deberes ”*), se sostiene en el Artículo 2º que:

“ Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los

¹⁶ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de Noviembre de 1969, en la *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, y aprobada mediante el Decreto N° 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 5 de Enero de 1991.

Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades ”.

Parece evidente que la Convención ha comprendido que tanto el *aseguramiento* como posterior *regulación* de los diferentes derechos y libertades no constituye un territorio soberano e inalienable de la ley, toda vez que, del tenor de la disposición transcrita, se entiende que los Estados parte pueden *asegurar* (y creemos que, por ende, *regular*) los derechos a través de una ley o, tal como señala la norma recién transcrita, de “ *medidas de otro carácter* ”, debiendo entenderse esto último como una categoría de normas jurídicas *infralegales* . Y es que sobre este particular, la Convención se ha remitido a lo que el ordenamiento constitucional de cada Estado parte disponga.

Ahora bien, no pretendemos con esto justificar un rol protagónico de la potestad reglamentaria del Presidente de la República en la regulación del ejercicio de los derechos, toda vez que dicho protagonismo recae precisamente en la Ley (Artículo 19 N° 26 de la Constitución). Lo que se intenta demostrar es que la Ley no parece ser autosuficiente para desarrollar tal cometido.

3) Alternativas Doctrinarias respecto al N° 26 del Artículo 19 de la CPR.

No podemos omitir las distintas alternativas doctrinarias que surgen en cuanto al sentido y alcance del ya visto numerando 26° del Artículo 19 nuestra Constitución Política.

Luego, la pregunta que cabe formularse y respecto a la cual debe generarse una respuesta contundente y que se ampare no sólo en la letra de la Constitución sino que también en su espíritu, es si acaso *¿ sería suficiente la Ley para regular los derechos constitucionales ? ¿ Puede, acaso, una norma de carácter general y abstracto (como, sabemos, es la ley, de acuerdo al artículo 60 N° 20 de la Constitución) detallar y pormenorizar los alcances y, eventualmente, las restricciones a las cuales puede quedar sometido el ejercicio de los derechos y libertades que la Constitución asegura a todas las personas ?*

Al respecto han surgido dos tesis que, a continuación, pasamos a explicar someramente ¹⁷ .

3.1) Tesis de la Reserva o Dominio Absoluto de la Ley en cuanto a la Regulación de Derechos.

Podemos conceptualizar esta tesis como aquel régimen que exige que las normas

¹⁷ En el Título Segundo de nuestro trabajo, ahondaremos otro tanto respecto al punto, desde el *ángulo jurisprudencial*, cuando revisemos los pronunciamientos más recientes que, sobre el particular, ha ido formulando la Justicia Constitucional.

legales desarrollen las materias reservadas hasta el máximo de determinación posible, correspondiéndole al reglamento de *ejecución* o *desarrollo* la sola y exclusiva ejecución de tal norma, vedándosele, de consiguiente, cualquier establecimiento de nuevas regulaciones en reemplazo o complemento de la ley, deviniendo en inconstitucional la norma legal que así lo admitiere ¹⁸ .

Respecto a esta tesis, debe indicarse como su más fiel y férreo expositor al profesor Eduardo Soto Kloss, quien ya desde los albores de la gestación de la nueva Constitución advertía el inminente peligro que podía provocar el refuerzo de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. En efecto, el profesor Soto Kloss advierte que el riesgo de los particulares en torno a padecer daños no proviene de la ley sino que, al contrario, de los *actos de la autoridad* , entendiendo que es ésta la que se encuentra en la posición más idónea para provocar daño a los administrados ¹⁹ .

De esta manera, la hipótesis que subyace a esta teoría de la reserva legal absoluta de los derechos es, a nuestro modo de ver las cosas, la de una suerte de temor a la actuación de la *Administración* en la regulación, complementación y eventual restricción del ejercicio de los derechos y libertades de los administrados. Asimismo, desde la perspectiva de Rajevic Mosler, la lectura literal de nuestra Carta Fundamental nos permite deducir que, respecto al tratamiento del derecho de propiedad, esta reserva absoluta se vería *acentuada* desde el momento en que el inciso 2º del numeral 24º del artículo 19, comienza su redacción bajo los vocablos “ *sólo la ley* ” ²⁰ .

En definitiva, esta tesis apunta a que es sólo la ley la norma a la que la Constitución Política encomienda la regulación de los derechos que se han asegurado a todas las personas, correspondiéndole a la potestad reglamentaria del Presidente de la República la mera *ejecución* de la misma.

De lo anterior fluye que el Poder Legislativo debe llegar hasta donde se entienda que existe una regulación suficientemente apta para evitar la intromisión por parte de la Administración. Conforme a lo anterior, conviene tener presente que, en todo caso, nuestra Carta Fundamental no ha precisado más límite que el numeral 20º del artículo 60, en el entendido de que será materia de ley todo cuanto constituya una norma de *carácter general y obligatoria* que estatuya las *bases*

¹⁸ Rajevic Mosler, Enrique Petar: “*Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada*”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 23, Nº1, Año 1996, P. 33.

¹⁹ Soto Kloss, Eduardo: “*Algunas Consideraciones sobre la Potestad Normativa Presidencial en el anteproyecto de nueva Constitución*”, X Jornadas Chilenas de Derecho Público, Valparaíso (Edeval, 1980), P. 231. Señala Soto Kloss que “...*podieran pensar que no es prudente la ampliación de las potestades presidenciales, ya de por sí bastante fuertes y extensas, ya que ello es camino posible, si no cierto, a un uso excesivo de ellas, que tiendan al agravio de los a particulares*”.

²⁰ Rajevic Mosler, Enrique Petar: “*Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada*”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 23, Nº 1, P.32. Rajevic Mosler entiende que, según el inciso segundo del numeral 24º del Artículo 19, se ha intentado establecer una reserva particularmente vigorosa de la ley como norma reguladora del Derecho de Propiedad.

esenciales de un ordenamiento jurídico .

De consiguiente, y bajo la premisa propuesta por los adherentes de esta tesis absoluta, debiera precisarse que, cuando se insiste en la regulación exclusiva y excluyente de la ley en cuanto al ejercicio de los derechos asegurados a todas las personas, han de adoptarse, empero, los resguardos suficientes para que dicha regulación absoluta no exceda, a su vez, el *terreno soberano de la ley*, cual es el de constituir, tal como nos lo señala el artículo 60 N° 20 de la Constitución, una norma de *carácter general y obligatoria* que estatuya las *bases esenciales* de un ordenamiento jurídico.

3.2) Tesis de la Reserva o Dominio Relativo de la Ley en cuanto a la Regulación de Derechos.

Podríamos conceptualizar esta tesis siguiendo la línea argumentativa planteada por el profesor Jorge Reyes Riveros²¹, para quien “ *la Ley sólo establece los principios rectores de la normativa que regula el ejercicio de los derechos inherentes a la persona, de tal forma que por el desarrollo de la potestad reglamentaria se integrarán a las normas básicas legales los preceptos de carácter reglamentario* ”.

El profesor Reyes Riveros, en su trabajo que citamos al pie de esta página, realiza un análisis de esta cuestión en relación al desarrollo por parte de los particulares de distintas actividades económicas, ejerciendo plenamente, de este modo, el derecho que para tal efecto les ha asegurado el Poder Constituyente²².

En tal sentido, Reyes Riveros plantea la tesis de que existe una multiplicidad de actividades económicas que, si bien es cierto son reguladas en normas legales, ello no es óbice para que, una vez creadas dichas leyes, intervenga, luego, la administración (a través de la potestad reglamentaria del Presidente de la República) para *complementar y pormenorizar* los alcances de dichas normas legales.

Siendo así, Reyes reitera el ánimo del Poder Constituyente en esta dirección, esto es, el acotar el ámbito soberano de la ley para dar paso a un reforzamiento de las potestades administrativas del Poder Ejecutivo. Nace así lo que se denomina como *Remisión Normativa de la Ley*, debiendo ésta, en consecuencia, fijar la norma de clausura de lo *básico y esencial* frente a lo típica y propiamente *reglamentario*.

A modo de ejemplos, Reyes Riveros cita una serie de actividades económicas cuya regulación es estrictamente legal sólo hasta el punto de lo *esencial y permanente*, relegando al reglamento ejecutivo el *detallismo y pormenorización*

²¹ Reyes Riveros, Jorge: “*El Estado como regulador, mediante Ley, del ejercicio de los Derechos Fundamentales y de contralor de dicha normativa*”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 20, N° 1, Año 1993, P.83.

²² Artículo N° 19, numeral 21°: “*La Constitución asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público ó a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen*”.

de aquellas cuestiones esencialmente *mutables* o *cambiantes* durante el transcurso del tiempo.

Ilustra lo anterior cuando se refiere a la actividad económica consistente en la *pesca extractiva* y la *acuicultura*, en el entendido de que la Ley General de Pesca y Acuicultura contempla sólo las *bases generales* de las regulaciones, como las *prohibiciones* que podrán existir, pero confiere al Gobierno, coetáneamente, el desarrollo de esas ideas básicas y el establecimiento concreto de las *prohibiciones* específicas, susceptibles de ser impuestas a la explotación de los *recursos hidrobiológicos*.

De este modo, dicha Ley General, que regula una determinada actividad económica, señala y conceptualiza ciertas *prohibiciones* o *limitaciones* que pueden llegar a afectar el desarrollo de la actividad pesquera. Luego, las condiciones y requisitos que deban configurarse para la aplicación efectiva de tales limitaciones quedarán sujetas a la *pormenorización* que, para tales efectos, deba desarrollar la autoridad administrativa. A mayor abundamiento, creemos que el asunto queda resuelto al formularnos la hipótesis que sigue.

Imaginémonos que hoy un *Instituto de Investigación Pesquera* determinado descubre una *nueva epidemia marítima* que afecta a los *salmones* de nuestras aguas territoriales, ante lo cual surgirá la pregunta que sigue;

¿ Acaso parecería razonable tener que enviar al parlamento un proyecto de ley que agregue a la Ley General de Pesca y Acuicultura una nueva situación fáctica que supone una circunstancia en donde debe operar una limitación o restricción a la explotación de ciertos recursos hidrobiológicos ?

Bajo nuestra óptica, lo sensato, no tan sólo a la luz del sentido común sino que además bajo la interpretación de la intención del Poder Constituyente, sería que la regulación y *pormenorización* de tales *supuestos fácticos* perteneciera al territorio soberano de la potestad reglamentaria de *ejecución* del Presidente de la República.

3.2.1) La Colaboración Reglamentaria.

Lo expuesto en el párrafo anterior nos obliga a hacer alusión a lo que la literatura especializada ha calificado como *colaboración reglamentaria*.

En efecto, dentro de lo que denominamos *reserva relativa* de la ley, cabe referirnos a las distintas *intensidades* con que una norma de rango legal puede regular una determinada materia. En particular, tratándose de los derechos que la Constitución asegura a todas las personas, existirán distintas intensidades según el derecho de que se trate.

De esta forma, y como ya lo planteamos más arriba, tratándose del *derecho de propiedad*, la intensidad con que una ley regule el ejercicio de esta garantía constitucional será bastante mas profunda en comparación, por ejemplo, con el ejercicio del *derecho que se les asegura a todas las personas a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas*, en el entendido de que el ejercicio de este último se sujetará, sin más, a las *disposiciones generales de policía*.

Evidentemente, entre tales derechos asegurados existen variaciones ya que, como puede advertirse, se trata de los dos extremos de intensidades en la remisión formulada por la propia Carta Fundamental.

Así, de una parte se trata de un derecho cuya regulación ha de efectuarse *sólo por ley*, y de otra, de un derecho cuyo ejercicio queda sujeto a *normas estrictamente administrativas* (como son, entre nosotros, las disposiciones generales de policía).

De acuerdo al criterio de la *remisión normativa*, la ley reguladora ha de contener los *principios básicos*, debiendo ella misma determinar la norma de clausura, fijando de este modo el campo o ámbito del reglamento. Aquí entra a jugar un rol esencial la hipótesis de la *colaboración reglamentaria*, en cuya virtud el legislador ha de llamar, necesariamente y por razones de buena técnica legislativa²³, a la colaboración de la autoridad administrativa para la *pormenorización* y puesta en marcha de la norma legal respectiva.

De esta forma, viene a configurarse una necesidad objetiva de la Ley en orden a convocar a la autoridad administrativa para que, con su colaboración a través de la dictación del reglamento respectivo, *precise y complemente el contenido esencial* normado por el Poder Legislativo. Lo anterior no es obstáculo, sin embargo, para que dicho llamamiento a la colaboración reglamentaria cumpla con ciertos requisitos, que a juicio del profesor Jaime Jara Schnettler²⁴ serían:

Que la propia ley contenga *l a habilitación* que posibilite la intervención de la potestad administrativa para reglamentar la materia, y

Que dicha habilitación contenga ciertos *criterios justificados* conforme a los cuales deba sujetarse el reglamento respectivo, asegurándose, de este modo, la *plena subordinación* del acto administrativo de la autoridad a la norma legal respectiva.

Ahora bien, no estamos muy seguros de compartir esta *exigencia obligatoria* de los requisitos antes señalados que, como hemos visto, cierta parte de la doctrina exigiría para la procedencia de la colaboración reglamentaria, toda vez que éstos podrían atentar contra la *discrecionalidad* propia de la *facultad especial* del Presidente de la República en orden a dictar los reglamentos que *estime conveniente* para la ejecución de las leyes.

En otras palabras, pensamos que al ser la ejecución de las leyes una *atribución especial* del Presidente de la República otorgada directamente por la propia Constitución Política carecería de relevancia el mandato que, luego y para tales efectos, le entregue la propia ley que se pretende ejecutar.

²³ Sobre el punto de la *técnica* y *eficacia* legislativa nos remitimos directamente al ejemplo que citamos más arriba respecto a la Ley General de Pesca y Acuicultura.

²⁴ Jara Schnettler, Jaime. Trabajo desarrollado en 1999 denominado "*Reserva Legal y Colaboración Reglamentaria, Doctrina y Jurisprudencia Constitucional*", profesor de las cátedras de Derecho Administrativo y Responsabilidad del Estado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Así, reiteramos que del tenor literal del artículo 32 N°8 de la Constitución, se desprende que estamos en presencia de una *facultad especial* del Presidente de la República cuya habilitación es estrictamente constitucional, de modo que, pensamos, sería redundante el que la ley que el Presidente de la República pretendiese ejecutar le señalare, a su turno, que éste debe hacerlo de tal o cual manera.

Sin embargo, y por razones de *sana convivencia* entre los poderes del Estado, estimamos que ayudaría a prevenir un conflicto constitucional el que el Poder Legislativo informara voluntariamente a la *autoridad administrativa* cuáles son los *criterios rectores* conforme a los cuales debe sujetarse la intervención de ésta última, de manera que, en definitiva, pensamos que los requisitos establecidos para la procedencia de la colaboración reglamentaria no dejarían de ser, en nuestra opinión, convenientes.

Con todo, insistimos en que la potestad reglamentaria de *ejecución* no se encontraría en el deber de observar la explicitación formulada en la remisión normativa por la ley al Presidente de la República, consistente en la forma en que éste debe *pormenorizarla* ni mucho menos *ejecutarla*, en el entendido de que el Presidente debe sujetar su actuación reglamentaria, si discrecionalmente decide hacerlo, a la ley que pretende ejecutar no porque dicha ley así se lo advierta sino que porque lisa y llanamente se trata de una *norma jerárquicamente superior* y, por tanto, se encuentra en el deber constitucional de velar porque su actuación se subordine a la preceptiva contenida en dicha ley²⁵, observando plenamente el *principio de la jerarquía normativa*.

PÁRRAFO QUINTO: LA LEY Y EL REGLAMENTO EN CUANTO AL PUNTO DE LA REGULACIÓN DE ATRIBUCIONES ORGÁNICAS.

Sobre este particular, nos encontramos en la obligación de exponer, al menos someramente, la controversia que genera en la *doctrina administrativista* la forma en que ha de aterrizar en la práctica el *Principio de Legalidad* en las actuaciones de los órganos de la Administración del Estado.

Y es que no es novedad entre nosotros el que el Poder Constituyente ha consagrado un principio que rige a la inversa de aquél que impera en las actuaciones entre los particulares, este es, a saber, el de la *autonomía de la voluntad*, mediante el cual todo particular o administrado detenta la *facultad de desarrollar todo acto en tanto no esté expresamente prohibido por ley*. A su turno y al contrario, los órganos de la Administración del Estado podrán hacer todo

²⁵ Reyes Riveros, Jorge: “El Estado como regulador, mediante ley, del ejercicio de los derechos fundamentales y de contralor de dicha normativa”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 20, N° 1, Año 1993, P.84.

cuanto les esté expresamente autorizado por la ley²⁶.

De esta manera, la Carta Fundamental, al consagrar el *principio de legalidad* en las actuaciones de los órganos del Estado, esta afirmando que queda reservado al *ámbito soberano de la ley* la regulación normativa de las atribuciones inherentes a todo órgano que forma parte de la Administración Pública.

He aquí, pues, la primera óptica a través de la cual puede observarse el asunto, toda vez que podríamos homologarla, pensamos, a la tesis de la *reserva absoluta de la ley* en torno al punto de la regulación de los derechos de los administrados.

1) Principio de Legalidad desde el enfoque *Orgánico-Formal*.

Siendo así, podría sostenerse que cuando toca referimos a las atribuciones de todo órgano público ha de mediar, necesariamente, un *texto legal previo* que lo habilite para poner en marcha la atribución de que se trate, lo cual supondría aplicar el *principio de legalidad* sólo desde el punto de vista *orgánico-formal*²⁷, esto es, que debe existir un *texto legal específico* que, a su vez, habilite al órgano para el efecto de que se trate.

Como puede advertirse, tal postura coincide con la terminología del publicista alemán Windler, en orden a distinguir entre *habilitación positiva o negativa* de la ley.

Visto así, la aplicación del *principio de legalidad* desde un enfoque *orgánico-formal* coincidiría con lo que se denomina *habilitación legal positiva*, esto es, que el órgano estatal debe actuar de conformidad con o en sujeción estricta a la ley habilitadora, en la cual se haya prefijada la actuación de tal órgano, de modo que la atribución que se intente desarrollar estará *previa y especialmente* descrita en el texto legal previo.

2) Principio de Legalidad desde el enfoque de la *Finalidad* ó

²⁶ Artículo 7 de la CP: "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma en que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las Leyes".

²⁷ Pantoja Bauzá, Rolando: "Derecho Administrativo" (separata de dicha cátedra, U. de Chile), Modulo 4, "El Principio de la Legalidad", P. 55-56. En torno a esta cuestión, el profesor Pantoja formula una clasificación del Principio de Legalidad respecto a su aplicación en el Derecho Administrativo. En efecto, al referirse a este principio desde un *punto de vista orgánico-formal*, intenta distinguir entre la legalidad en *sentido material*, esto es, sujeción de los actos administrativos a lo dispuesto en una Ley y en la propia Constitución, y legalidad en *sentido finalista ó teleológico*, esto es, que los actos administrativos deben sujetarse, más que a un texto legal expreso, a *criterios de valor* que condicionen su validez, lo que motiva y lleva a comprender y *aplicar sustancialmente la Constitución*. De este modo, señala Pantoja, el *Principio de Legalidad* deviene en el *Principio de Juridicidad*, en cuya virtud, se pretende lograr el imperio del derecho en cuanto derecho antes que la mera *aplicación normocrática* exacta a las situaciones de hecho de que se trata.

Teleología de la Ley.

A juicio del profesor Pantoja Bauzá, la tesis del *principio de legalidad*, enfocado desde un mero prisma *formal* ú *orgánico*, parte del supuesto de que un ordenamiento jurídico sería apto e idóneo para regular, de por sí sólo y minuciosamente, todas y cada una de las situaciones cuya ocurrencia es probable en la marcha diaria de la Administración Pública, lo que pareciera ser de imposible realización.

De lo anterior sigue que, tratándose de los órganos de la Administración, debe agregarse al criterio *orgánico-formal* el de la *finalidad* o *teleología* de la ley, bajo la premisa de que, si bien es cierto los órganos de la Administración no pueden actuar en contra de lo dispuesto en los textos legales, ello no puede redundar en que, luego, deba existir para cada una de las potenciales actuaciones de tales órganos, un texto legal o constitucional previo en el cual se describa *rigurosamente* los *pormenores* de tales actuaciones.

De este modo, la cuestión no radicaría sólo en subsumir las *situaciones de hecho* en las normas que regulen las diversas atribuciones orgánicas, sino que en la obligación de someter las actuaciones jurídicas de los órganos del Estado a *criterios de valor* que condicionen su validez, motivando a aplicar sustancialmente la Constitución²⁸. De lo anterior derivaría la circunstancia de que la *legalidad* de un determinado acto de un órgano ha de advertirse no tan sólo a la luz de los textos legales o constitucionales previos sino que, además, desde la óptica de *criterios valóricos subyacentes a las finalidades propias del Estado* (entre otras, por ejemplo, la del *bien común*).

Desde dicho enfoque, plantea Pantoja Bauzá, no se trata de desvirtuar el *principio de legalidad orgánico* como cual rector de la actuación de la Administración Pública, sino que de añadirle a éste *criterios adicionales* que permitan a los órganos de la Administración Pública cumplir, eficazmente, con sus obligaciones y no entrapar el desarrollo de las mismas.

De este modo, aparece la postura más flexible en este ámbito que puede, asimismo, ser asociada (siguiendo, nuevamente, la terminología de Windler) a la denominada *habilitación legal negativa*, en cuya virtud, la actuación del órgano respectivo debe tan sólo ajustarse a la ley en el sentido de ser *compatible con ella* o de *no contradecirla derechamente*.

Con todo, y como ya lo dijimos, no es dable suponer la eliminación de las normas legales orgánicas como principio rector de la actuación de los órganos de la Administración, sino que es preciso añadirle a éstas, insistimos, criterios adicionales que permitan mantener la *eficiencia* en la marcha de la Administración Pública.

²⁸ Pantoja Bauzá, Rolando: “Derecho Administrativo” (separata de dicha cátedra, U. de Chile), Modulo 4, *Principio de la Legalidad*, P.54. Sobre este particular, Pantoja sostiene que el Principio de Legalidad, desde un *enfoque finalista* o *teleológico*, implicaría dejar de lado el clásico cotejo entre norma legal y acto administrativo para dar paso a la formulación de un *juicio de valor* sobre el acto determinado, sobre la base, claro está, de la comprensión y aplicación de la Constitución.

A nuestro modo de ver las cosas, el *principio de legalidad* establecido por el Poder Constituyente de 1980 ha tenido por objeto, asimismo, otorgar a los particulares la *seguridad o certeza* respecto a las actuaciones del Estado que, potencialmente, pudiesen afectar sus derechos.

De consiguiente, el *principio de legalidad* de la actuación de los órganos del Estado deviene, a posteriori, en la configuración de otro principio general del derecho, cual es el de la *certeza o seguridad jurídica*, que no busca sino generar en los distintos entes de la sociedad (léase órganos públicos o particulares) la confianza de que sus actuaciones producirán los efectos preestablecidos y que, asimismo, ciertos actos podrán imponer algunas cargas u obligaciones.

Luego, creemos que la Constitución Política, en sus artículos 6 y 7, ha intentado someter a los distintos órganos del Estado a lo dispuesto tanto en su propia preceptiva como en la ley, de lo cual creemos conveniente formularnos la interrogante que sigue;

¿ Acaso por ello significa que todas y cada una de las atribuciones de tales órganos han de estar necesaria e imprescindiblemente en la propia Constitución o en las Leyes ?

Creemos que si, bajo la premisa de que no son sino la Constitución y la Ley las únicas normas jurídicas que provienen de órganos enteramente representativos de la sociedad y, en tal sentido, no nos parece insensato plantear la conveniencia de que si los particulares cederán parte del ejercicio de la soberanía a ciertas autoridades, dicha *cesión* deba de constar en una *norma jurídica* que manifieste la *voluntad soberana*, y que otra mejor que la Ley.

Sin perjuicio de lo anterior, nuestra postura no repercute en que la propia ley no pueda remitir, al mismo tiempo, ciertas cuestiones propias de las *atribuciones orgánicas* a la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

De este modo, nuestro planteamiento no cuestiona el que es la ley la norma llamada y convocada por el Poder Constituyente para regular las atribuciones inherentes a cada órgano del Estado, de lo cual fluye que todas las atribuciones de los órganos han de estar, a lo menos, mencionadas en un texto legal previo.

Empero, ello no significa que, como lo propondrían los defensores de una postura ortodoxa *orgánica-formal*, para cada una de las actuaciones de un órgano se requiera un texto legal *previo y descriptivo*, sino que de lo que se trata es que dicha actuación sea, a lo menos, *en el marco* de una atribución instituida o diseñada por la ley.

En consecuencia, la *pormenorización* de tal atribución puede, perfectamente, ser normada por el órgano de que se trate, en el entendido de que en la marcha diaria de la Administración Pública se van generando nuevas *situaciones fácticas*, por cierto susceptibles de ser normadas, y que no necesariamente han sido previstas por la ley que creó o diseñó la facultad genérica del caso.

Evidentemente, sobre el punto ha de comprenderse un criterio lógico que permita diferenciar claramente entre aquellas *situaciones fácticas* nuevas que, no

obstante, igualmente tienen cabida *dentro de una atribución creada anteriormente* por la ley y aquellas situaciones novedosas en que es necesaria la intervención de una ley para crear una *nueva atribución para el órgano*, en el entendido de que dicha situación fáctica nueva ya no tiene lugar dentro de la *atribución legal preexistente*.

A modo de ilustración, creemos conveniente traer a la vista, nuevamente, la Ley General de Pesca y Acuicultura, dado que es sabido entre nosotros que ésta crea ciertas *competencias* al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción en orden a *velar por la conservación de los recursos hidrobiológicos* (Párrafo 1 del Título II de dicha Ley).

Pues bien, tales competencias creadas por la ley no comprenden en sí mismas todas y cada una de las *situaciones fácticas* para que aquellas sean susceptibles de ser ejercidas, como ocurriría, por ejemplo, con la *facultad* del Ministerio para *establecer una veda biológica* en un espacio geográfico y por un lapso de tiempo determinados.

Y es que *¿podría acaso la Ley General regular esta atribución del Ministerio a tal punto que queden prefijadas todas las situaciones de hecho sobre las que ésta puede operar?*

El más elemental sentido común nos indica que ello no puede ser el propósito de una norma como la Ley General de Pesca y Acuicultura, toda vez que ésta ha de reducirse a aprobar un *estándar de suficiencia*, con la mera enunciación de que el Ministerio de Economía es titular de tales o cuales atribuciones. Así, todo cuanto exceda a dicho estándar quedaría sujeto a las directrices propias de la *finalidad* perseguida por las funciones de la Administración del Estado.

Visto así el asunto, creemos que se respeta, por una parte, el Principio de Legalidad contenido en la propia Constitución Política y, por la otra, el concepto de Ley que el propio Poder Constituyente ha elaborado²⁹.

Pensamos que es la solución más acertada, toda vez que conjuga de manera eficiente toda la preceptiva que, sobre el particular, contiene nuestra Carta Fundamental. No nos parecería razonable que una norma legal, que crea una determinada atribución para un órgano de la Administración, describiera todas y cada una de las *hipótesis de hecho* en las que dicha atribución ha de concretizarse, siendo, por ende, lógico que la infinidad de *supuestos fácticos* subyacentes a dicha atribución queden relegados a la potestad reglamentaria, sin perjuicio de que, como ya lo mencionamos, la atribución ha de estar, al menos *genéricamente*, contenida en una ley.

2.1) Sentencia Rol N° 254 (1997) del Tribunal Constitucional.

Para ilustrar este punto, traemos a la vista, por la vía ejemplar, este Fallo de 1997, que negó lugar a un requerimiento de impugnación del D.S. N° 1.679 del año 1996,

²⁹ Artículo 60 N° 20 CPR: “Norma de *carácter general* y *obligatoria* que estatuye las *bases esenciales* de un ordenamiento jurídico”

que fijaba las *normas de flexibilización presupuestaria* para el año siguiente.

En efecto, el artículo 32 N° 22° de la Constitución Política señala que es *atribución especial* del Presidente de la República el cuidar de la recaudación de las rentas públicas y decretar su inversión *con arreglo* a la Ley.

Según el criterio utilizado por la Magistratura, la oración “ *con arreglo a la Ley* ” indica que la inversión de los fondos públicos debe hacerse dentro de los *parámetros fijados por la ley* y no conforme a la mera ejecución jurídica de cada mandato específico de la Ley de Presupuestos.

De este modo, señaló la Magistratura Constitucional, el Poder Constituyente no ha reservado exclusivamente a la ley la materia respectiva, sino que ha convocado a la potestad reglamentaria para regularla en los términos que fije la ley, siendo propio de ésta señalar solo las *bases* , *criterios* o *parámetros* generales que encuadran el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Creemos que, en este caso particular, el Tribunal Constitucional ha seguido el criterio que estimamos es el más sensato, cual es el que la ley fije la *atribución respectiva* , por que ese es el *mandato de la Constitución* (Principio de Legalidad desde el punto de vista *Orgánico*), pero que el diseño de los *supuestos fácticos* sobre los cuales ha de *operar dicha atribución* creada (en especial, aquellos no previstos en la norma legal), pasen a formar parte del terreno reglamentario.

De esta forma, la *intensidad de la reserva legal* , en cuanto ente creador de atribuciones o competencias, encuentra su límite, luego, en el propio *concepto constitucional de ley* , manteniéndose, asimismo, plenamente vigente otro principio involucrado, cual es el de la *Supremacía Constitucional* .

TITULO SEGUNDO. REVISION TENDENCIA JURISPRUDENCIAL ACTUAL.

PÁRRAFO PRIMERO: BREVE EXPOSICIÓN TENDENCIAS DÉCADA DE 1990.

Estimamos necesario, previo a nuestra revisión de los pronunciamientos jurisdiccionales mas recientes de la Magistratura Constitucional (particularmente desde el año 2000 en adelante), pasar revista a ciertas posturas adoptadas por este Tribunal en cuanto al punto del conflicto Ley-Reglamento durante la década de 1990.

1) Sentencia Rol N° 146 del año 1992, sobre *Letreros Camineros*.

Creemos que éste se erige como un fallo simbólico e ilustrativo ya que, según como veremos en las líneas que siguen, parte importante de la doctrina no ha

dudado en graficarlo como el más célebre representante de la denominada *reserva absoluta de la ley*, en cuya virtud, la potestad reglamentaria no cabría, ni aún, para dar *ejecución* a la preceptiva legal.

1.1) Planteamiento del Problema.

La Ley de Caminos de 1960 establece en su artículo 39, inciso segundo, que: “ *la colocación de avisos en las fajas adyacentes a los caminos deberá ser autorizada por el Director de Vialidad en conformidad al reglamento* ”.

A lo anterior se agrega el hecho de que el artículo 104 de la Ley 18.290 (del Tránsito) dispone que la Dirección de Vialidad fijará las condiciones y la distancia, desde el camino, en que podrán colocarse estos letreros (sin entrar a distinguir a que clase de letreros se refiere).

Es dable advertir que ambos textos legales regulan una *condición determinada* para que una actividad económica lícita (como lo es el *avisaje caminero*) se desarrolle en armonía con los *intereses generales* de la población en torno a esta materia, cuales son, entre otros, la *seguridad vial*.

Ahora bien, la controversia se suscitó a partir de lo que dispuso el D.S. N° 357 del Ministerio de Obras Públicas de 1991, que aprobaba el nuevo reglamento para la referida Ley de Caminos, dado que en su artículo 2° dispuso que: “ *la colocación de avisos en las fajas adyacentes a los caminos públicos, sólo podrá tener por objeto dar información a los usuarios de los servicios que se ofrecen en la carretera respectiva, sin publicidad anexa, y deberán ser autorizados por el Director de Vialidad en conformidad al presente reglamento.* ”

De esta forma, el Presidente de la República, mediante el ejercicio de la *potestad reglamentaria ejecutoria*, procedió a distinguir, sin más, entre aquellos letreros cuyo objeto exclusivo era informar sobre aquellos *servicios disponibles para los usuarios en la carretera o camino* respectivo y aquellos letreros que, no informando servicios en ruta, *divulgaban publicidad de bienes o servicios diversos*.

Y es que el mandato legal era que la puesta de letreros en las fajas adyacentes a los caminos debía cumplir con ciertos *requisitos* que, una vez verificados, permitiesen que se otorgase la *autorización respectiva del Director de Vialidad*. Luego, entonces, parece extraño que el reglamento encargado de fijar las condiciones que permiten al Director de Vialidad otorgar la autorización respectiva, se aboque, lisa y llanamente, a *prohibir* la puesta en escena de una determinada *categoría de letreros* en las fajas adyacentes respectivas.

1.2) Razonamiento y pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

Conociendo el requerimiento de inconstitucionalidad formulado por un grupo de diputados en contra del D.S. N° 357 del M.O.P., el Tribunal resolvió declarar la inconstitucionalidad del referido decreto argumentando, sustancialmente, que: “ *...el constituyente entrega al legislador y no al administrador la facultad de*

disponer como deben realizarse las actividades económicas y a que reglas deben someterse” (considerando 11°).

De lo anterior fluye que el Tribunal comprende que el decreto supremo objetado, al regular por sí sólo la manera en que se debe realizar la actividad económica representada por la propaganda comercial y la publicidad en las fajas adyacentes de los caminos, ha “... *excedido ampliamente el campo de acción de la autoridad administrativa en esta materia*” (considerando 10°).

Creemos que es aquí donde radica el gran fundamento de esta sentencia, en el entendido de que la *titularidad de la regulación del ejercicio del derecho a desarrollar cualquier actividad económica* que no sea contraria a la moral, al orden público y a la seguridad nacional, queda radicada única y exclusivamente en el *legislador mas no en el administrador*.

Pensamos, incluso, que el decreto supremo del M.O.P., objetado, no sólo regula de por sí y ante sí una determinada actividad económica sino que, peor aún, incurre en una abierta *discriminación arbitraria* al permitir, por una parte, la exhibición de propaganda tan sólo a aquellos agentes económicos que *ofrezcan servicios en la ruta* y, por la otra, *prohibir* el desarrollo de dicha actividad a quienes *no ofrezcan sus servicios en la misma*.

De consiguiente, resulta evidente que la disposición reglamentaria carece del más mínimo sentido desde el momento en que, si lo que se buscó con ella fue evitar accidentes en los caminos producto de la desatención de los conductores, ésta se produce igualmente como consecuencia del *avisaje de servicios ofrecidos en la ruta*.

Por lo anterior, compartimos plenamente la decisión del Tribunal en orden a declarar la inconstitucionalidad del decreto supremo referido, dado que no parece prudente que sea una norma reglamentaria la que, *sin mediar habilitación legal* ni justificación racional algunas, no sólo regule sino que, además, limite el desarrollo de una actividad económica que, por lo demás, en nada atenta contra la moral, el orden público ni, mucho menos aún, las buenas costumbres.

1.3) Opinión de la Doctrina.

Ahora bien, cierta parte de la doctrina ha encuadrado esta sentencia dentro del marco de una *tendencia absolutista*, en cuanto a la reserva legal del ejercicio de los derechos asegurados por el Poder Constituyente.

1.3.1) Opinión del profesor Carlos Carmona Santander.

El profesor Carmona Santander³⁰ nos propone que esta sentencia da inicio al período de absolutismo de la reserva legal para regular los derechos, en cuya virtud “ *el reglamento no tiene cabida en la regulación de los derechos ni aún para*

³⁰ Carmona Santander, Carlos: “*Tendencias del Tribunal Constitucional en la relación Ley-Reglamento*”, Revista de Derecho Público, Vol. 6, Año 1998-1999, P.180.

ejecutar la ley. Cuando la Constitución entrega al legislador abordar una materia, excluye por ese sólo hecho la potestad reglamentaria del Presidente de la República.”

Digámoslo, desde ya, que no compartimos la visión que el profesor Carmona tiene en torno a la sustancia de la sentencia referida.

Así, pensamos que del tenor de lo expuesto por el Tribunal Constitucional en los considerandos respectivos, no cabe concluir que éste ha eliminado toda posibilidad de protagonismo de la potestad reglamentaria *ejecutoria* en la *pormenorización* o *aplicación* de una norma legal. En otras palabras, estimamos que lo resuelto en esta sentencia no tiene porqué ser comprendido como una *barrera insalvable* para la entrada legítima de la potestad reglamentaria presidencial al terreno de la ejecución práctica de la ley, cuestión que, pensamos, jamás podrá ser absorbida por la propia norma legal.

Y es que la postura del profesor Carmona nos obliga a ser reiterativos en torno al conflicto constitucional arribado ante la Magistratura. En efecto, y como ya se vio, el conflicto se suscitó por cuanto un decreto supremo ejecutorio de una Ley (de Caminos) intentó lisa y llanamente *prohibir*³¹ (ni siquiera *regular*) una determinada *actividad económica*, cuestión que ni aún mediando causales constitucionales para ello le compete.

De consiguiente, no estamos en presencia de un *decreto ejecutorio* de una ley, sino que más bien estamos en presencia de un decreto que crea una *situación novedosa* que no se encuentra, ni siquiera indirectamente, tratada en la ley objeto de ejecución.

Por lo anterior, confiamos en que el Tribunal Constitucional, al sostener que la facultad de regular actividades económicas esta entregada al legislador y no al administrador, no pretendió con ello restringir la actuación de la potestad administrativa *ejecutoria* del Presidente de la República al punto de no poder, siquiera, *ejecutar* o *pormenorizar* una norma de rango legal.

Y es que aquí es donde discrepamos del profesor Carmona Santander, en el entendido de que no es dable suponer que la potestad reglamentaria *ejecutoria* queda eliminada por la sola circunstancia de que el Poder Constituyente ha encomendado a la Ley (y no al reglamento) la regulación de una actividad económica, como si acaso fuese posible y conveniente que la propia ley regule *al detalle* dicha actividad.

De esta forma, si bien es cierto compartimos el fondo de lo resuelto por la Magistratura respecto a este caso particular, no lo es menos el que rechazamos la tesis que busca encuadrarla dentro de un *esquema absolutista* que niega lugar a la injerencia de la potestad administrativa ejecutoria del Presidente de la República,

³¹ Afirmamos que el D.S. N° 357 del M.O.P. de 1991 efectivamente “*prohíbe*” el desarrollo de una actividad económica, toda vez que reduce la colocación de letreros en las fajas adyacentes a los caminos a meros avisos de servicios que se ofrezcan en dichos caminos, quedando excluidos, por consiguiente, aquellos avisos que publiciten bienes o servicios no ofrecidos en la ruta respectiva. (Ver P.44, donde reproducimos el texto del artículo 2° del referido decreto supremo).

por cuanto confiamos en que no fue esa la intención del Tribunal Constitucional, toda vez que, pensamos, si bien se trató de un *decreto ejecutivo* desde un ángulo formal, estimamos que no tuvo tal calidad desde un *enfoque sustancial* ya que no ejecutó nada sino que se redujo a *prohibir* una actividad económica lícita (esta es, reiteramos, *la colocación de avisos que no informaran los servicios ofrecidos en la ruta*), innovando absolutamente respecto a lo que, en torno al punto, disponía la citada Ley de Caminos.

Visto así, pensamos que lo único que se buscó fue delimitar los terrenos propios del Poder Ejecutivo, de una parte, y del Legislativo, de otra, mas nunca llegar a estructurar un sistema legislativo cuya reserva excluyese, a todo evento, la inevitable intervención de la potestad reglamentaria presidencial.

Todo lo anterior nos obliga a plantear la siguiente incógnita, y es que ¿acaso la adopción de una postura de *reserva relativa* (en *contrapunto* a una absoluta) habría implicado la posibilidad de que el reglamento *prohibiese* de por sí y ante sí el desarrollo de una determinada *actividad económica* ?

Pensamos que ello no hubiese podido ser posible, en el entendido de que es la Ley la norma convocada por el Poder Constituyente para regular una determinada actividad económica, sin perjuicio de que la propia Carta Fundamental encomienda o delega en el reglamento el tratamiento de las *situaciones fácticas subyacentes a la actividad respectiva* (que, por definición, son *mutables* y *variables* en el tiempo), cuestión que, como hemos venido advirtiendo, no ha sido en ningún momento negada por la referida sentencia.

1.3.2) Opinión del profesor Jorge Reyes Riveros.

El profesor Reyes Riveros ³² , a pesar de compartir la resolución del asunto, no concuerda con la *línea argumentativa* sostenida por el Tribunal Constitucional, en orden a que sea sólo la Ley y no la Administración, a través del Presidente de la República, la que *regule* o *prohíba* ciertas actividades económicas.

Señala Reyes Riveros: “... en *numerosísimos textos de ley* se ha dispuesto expresamente que los *requisitos y condiciones para ejercer actividades económicas lícitas* se determinen por reglamento o que éste disponga medidas limitativas del ejercicio de derechos individuales, y aún se ha previsto que *prohibiciones de ejercicio de actividades económicas y otras relativas al derecho de propiedad* sean ordenadas por la autoridad administrativa en las condiciones que los reglamentos contemplan... .”

A continuación de dicha afirmación, el profesor Reyes Riveros pasa a examinar una serie de disposiciones legales que ponen de manifiesto lo dicho, como por ejemplo la *Ley General de Urbanismo y Construcciones* , que en su artículo 57 prescribe que el *uso del suelo urbano* , en las áreas urbanas, se registrará por lo dispuesto en los *planos reguladores* (instrumentos cuya génesis no descansa en la

³² Reyes Riveros, Jorge: “*El Estado como regulador, mediante Ley, del ejercicio de los derechos fundamentales y de contralor de dicha normativa*”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 20, N° 1, Año 1993.

ley).

De esta forma, Reyes Riveros intenta ilustrar la manera en que, efectivamente, la potestad reglamentaria participa de la *regulación de actividades económicas*, cuestión que, a su juicio, estaría desconociendo la sentencia Rol N° 146.

1.3.2.1) Revisión de las normas invocadas por Reyes Riveros.

Compartimos la opinión de Reyes Riveros en cuanto a que la potestad reglamentaria del Presidente de la República ha de tener un rol activo en la *regulación de las actividades económicas*, y estimamos que las disposiciones legales que cita por la *vía ejemplar*, a los efectos de demostrar la *injerencia activa* e incisiva del reglamento en la regulación de actividades económicas lícitas, pueden, en parte, ser útiles para demostrar el *despropósito* en el que ha incurrido el D.S. N° 357 del M.O.P.

A) Ley General de Pesca y Acuicultura.

En efecto, cuando Reyes Riveros trae a la vista la *Ley General de Pesca y Acuicultura*, no está haciendo más que corroborar nuestra postura en orden a que es la propia Ley la que regula el ejercicio de una determinada actividad económica, hasta un punto en el cual comienza la *casuística*, esto es, los distintos *supuestos de hecho* sobre los cuales ha de operar la norma de rango legal.

Así las cosas, resulta evidente que no es la *Ley General de Pesca y Acuicultura* la norma convocada por la Constitución para decretar la *Veda Biológica* en una zona de pesca determinada en un momento determinado, no obstante que, en su contenido normativo, ha de estar expresamente salvada la posibilidad de que dicha *medida de administración* sea adoptada bajo los *supuestos fácticos o científicos* que, posteriormente, determine el reglamento respectivo.

Siendo así, dicha ley, en su artículo 2º, N° 48, sostiene que por *Veda* deberá entenderse a aquel “ *acto administrativo establecido por autoridad competente en que está prohibido capturar o extraer un recurso hidrobiológico en un área determinada por un espacio de tiempo* ”.

Luego, en la misma disposición, al especificar que *clase de vedas* existen, se procede a formular la distinción que sigue:

- *Veda biológica: prohibición de capturar o extraer con el fin de resguardar los procesos de reproducción y reclutamiento de una especie hidrobiológica. Se entenderá por reclutamiento la incorporación de individuos juveniles al stock.*

- *Veda extractiva: prohibición de captura o extracción en un área específica por motivos de conservación.*

- *Veda extraordinaria: prohibición de captura o extracción, cuando fenómenos oceanográficos afecten negativamente una pesquería.*

Luego, en su artículo 3º, la misma Ley General señala que: “ *En cada área de pesca (...) el Ministerio (de Economía, Fomento y Reconstrucción), mediante decreto supremo fundado, con informe técnico de la Subsecretaría (de Pesca) y*

comunicación previa al Consejo Zonal de Pesca que corresponda y demás informes y aprobaciones que se requieran de acuerdo a las disposiciones de la presente ley (.....) , podrá establecer una o más de las siguientes prohibiciones o medidas de administración de recursos hidrobiológicos:

a) Veda biológica.

Así, pues, se advierte que en el caso de la Ley General de Pesca y Acuicultura se describen cuales son las distintas *medidas de administración* (Título II de la Ley) que puede adoptar la autoridad administrativa, a través del Ministerio de Economía y de la Subsecretaría de Pesca, a fin de resguardar la *conservación y reproducción* de los distintos recursos marinos, siendo una de tales medidas la *Veda Biológica* , en sus diversas modalidades.

De esta forma, si bien es cierto la adopción de estas *medidas de administración* para las diversas *pesquerías* nacionales quedan sujetas a las múltiples *circunstancias de hecho* no previsibles por la propia Ley General, no lo es menos que ésta ha cumplido con *especificar* cuales son tales *medidas* y bajo que *procedimiento* se pueden llevar a cabo. Y es que, por lo demás, no sería razonable que la Ley General, al conceptualizar los tipos de *Veda* que pueden ser adoptadas por la autoridad administrativa, tendiera, al mismo tiempo, a detallar todas y cada una de las *causales científicas* que hacen procedente la puesta en marcha de la referida medida de administración en una pesquería determinada.

He aquí, pues, la diferencia con el reglamento del Ministerio de Obras Públicas, que *prohíbe de por sí y ante sí* el desarrollo de una actividad económica determinada, desde el momento en que dicho cuerpo reglamentario adopta una medida que, a diferencia de la *Veda Biológica* en la Ley General de Pesca y Acuicultura, nunca se previó siquiera tangencialmente en la Ley de Caminos, toda vez que el mandato de ésta era que la colocación de avisos en las fajas adyacentes a los caminos debía ser autorizada por el Director de Vialidad en conformidad al reglamento.

De consiguiente, y a diferencia de la Ley de Caminos (cuyo mandato se reducía tan sólo a encomendar al Director de Vialidad la misión de autorizar la colocación de avisos en las fajas adyacentes a los caminos de conformidad al reglamento), la Ley General de Pesca y Acuicultura contiene un Título Especial (“ *De la Administración de las Pesquerías* ”) en el que se alude a la posibilidad de que la autoridad administrativa adopte *medidas prohibitivas* , por períodos determinados, al ejercicio del derecho a desarrollar la actividad económica consistente en la pesca extractiva.

Luego, y a efectos de extrapolar la situación, cabría preguntarse si acaso parecería correcto que el *acto administrativo* en cuyo mérito se decreta una *Veda* , en aras de conservar los recursos hidrobiológicos, prohibiera, sin más, desarrollar definitivamente la *pesca industrial* , relegándose dicha actividad tan sólo a la *pesca artesanal y deportiva* .

La respuesta parece obvia y nos grafica, asimismo, el exceso evidente en que incurrió el decreto supremo del Ministerio de Obras Públicas.

B) Ley General de Urbanismo y Construcciones.

El profesor Reyes Riveros menciona también esta Ley, a efectos de ilustrarnos un tanto en torno a la cuestión de la participación de la potestad reglamentaria presidencial en la regulación del ejercicio del derecho a desarrollar una actividad económica lícita, en plena contraposición a lo que, a su juicio, habría argumentado la Magistratura, en cuanto a que sólo es la ley a la que le cabe regular el ejercicio del referido derecho.

Siendo así, dígase que la Ley General de Urbanismo y Construcciones convoca, expresamente, la participación de los *instrumentos de planificación territorial* en sus distintos *niveles de acción* (nacional, regional, intercomunal y comunal) para que regulen las materias que tanto dicha Ley como la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones se encargan de especificar.

De esta forma, y por la vía ejemplar, podríamos invocar lo que dispone el artículo 41 inciso 4º de la Ley General, en orden a que: “ *Sus disposiciones* (las del Plan Regulador Comunal) *se refieren al uso del suelo o zonificación, localización del equipamiento comunitario, estacionamiento, jerarquización de la estructura vial (....)* ”.

Si bien es cierto la Ley encomienda al Plan Regulador Comunal todo lo relativo a los *usos de suelo* , no lo es menos el que dicho *instrumento de planificación territorial* no podría abocarse, sin más, a permitir sólo la construcción de edificios en todo el territorio comunal, excluyéndose, por esta vía, la construcción de otra categoría o clase de edificaciones.

De consiguiente, es la propia Ley General de Urbanismo y Construcciones la que está señalando, indirectamente por cierto, que la actividad económica consistente en el *negocio inmobiliario* quedará sujeta a ciertas *normas prohibitivas* que, sin embargo, no encontrarán su especificación precisamente en una ley, como lo es entre nosotros un *Plan Regulador Comunal* .

Por consiguiente, se advertiría una notable diferencia entre la Ley de Caminos y la Ley General de Urbanismo y Construcciones, toda vez que ésta última consagraría la posibilidad de que una norma distinta de la Ley (esto es, el *Plan Regulador*) *prohibiese* , en una zona específica de la comuna, el *uso de suelo* para una determinada clase de construcciones o *destinaciones prediales* .

Así las cosas, estimamos que el D.S. N° 357 del M.O.P. se habría ajustado a las exigencias de la Constitución tan sólo si se hubiese limitado a establecer las *condiciones* conforme a las cuales el Director de Vialidad había de dictar el *Acto Administrativo de Autorización* para la colocación de avisos en las fajas adyacentes a los caminos (toda vez que era ese y no otro el mandato proveniente de la Ley de Caminos), no entrando a pronunciarse sobre aspectos de fondo de la actividad respectiva, como lo es el elaborar *disquisiciones inficidas* respecto al *contenido* de los avisos respectivos.

2) Sentencia Rol N° 253, del año 1997, sobre *cesión de terrenos*.

Ahora bien, distinta fue la resolución que esta misma Magistratura adoptó en este caso. De manera tal de ilustrar la controversia ordenadamente, creemos conveniente seguir la ruta de la *jerarquización normativa*, en cuya virtud es posible advertir la conformidad que guardan o, más bien, que debieran guardar, los distintos cuerpos normativos con aquellos que les son inmediatamente superiores.

2.1) Planteamiento del Problema.

La Ley General de Urbanismo y Construcciones dispone en su artículo 69 que: “*Todo plano aprobado de subdivisión, loteo o urbanización pasará automáticamente a ser parte del Plan Regulador de la Comuna*”.

A su turno, el artículo 70 del mismo texto normativo señala que: “*En toda urbanización de terrenos se cederá gratuita y obligatoriamente para circulación, áreas verdes, desarrollo de actividades deportivas y recreacionales, y para equipamiento, las superficies que señale la Ordenanza General, las que no podrán exceder del 44% de la superficie total del terreno original. Si el instrumento de planificación territorial correspondiente contemplare áreas verdes de uso público o fajas de vialidad en el terreno respectivo, las cesiones se materializarán preferentemente en ellas. La Municipalidad podrá permutar o enajenar los terrenos recibidos para equipamiento, con el objeto de instalar las obras correspondientes en una ubicación y espacios más adecuados. La exigencia establecida en el inciso anterior será aplicada proporcionalmente en relación con la intensidad de utilización del suelo que establezca el correspondiente instrumento de planificación territorial, bajo las condiciones que determine la Ordenanza General de esta ley, la que fijará, asimismo, los parámetros que se aplicarán para las cesiones cuando se produzca crecimiento urbano por densificación*”.

Así pues, teniendo presente lo dispuesto por las normas legales antedichas, nos es preciso referirnos a aquello que, a su turno, dispone el D.S. N° 171 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

En efecto, y por una parte, a través del referido decreto se modificaron tres disposiciones de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (que, como es sabido entre nosotros, cumple la misión de reglamentar, a su vez, a la Ley General), que son, a saber, los artículos 2.2.5., 7.2.2. y 7.2.4.

Por razones de *extensión* y porque el objeto esencial de nuestra referencia a esta sentencia obedece no tanto a desmenuzarla (cuestión que si haremos en torno a las sentencias de los párrafos que siguen) como a verificar la *orientación interpretativa* adoptada por el Tribunal, señalaremos la finalidad perseguida por cada uno de estos artículos.

Respecto al primero, de su lectura se desprende que la única *finalidad perseguida* por éste es la *elaboración* o *construcción* de un sistema de cálculo que precise, de manera justa y razonable, cuanta parte del terreno sujeto a urbanización ha de ser *cedido gratuitamente* para los efectos previstos en el ya citado artículo 70 de la Ley General.

Luego, respecto al segundo, digamos que éste no hace más que *exceptuar*, en su inciso segundo, a ciertas viviendas de cumplir con la exigencia legal de *ceder*

gratuitamente parte de terrenos.

A su turno, el artículo 7.2.4. precisa ciertas cuestiones inherentes a la *destinación de los terrenos cedidos* en los conjuntos de viviendas sociales, viviendas progresivas e infraestructuras sanitarias.

Por otra parte, el artículo único del D.S. N° 171 contiene un nuevo artículo para la Ordenanza General, cual es el 2.2.9., el que, para los efectos que nos incumben, dispone en sus incisos primero y segundo *“La vialidad, las áreas verdes y los espacios públicos consultados en los planos de loteo, pasarán a ser parte del plan regulador comunal, al aprobarse el plano del loteo por la Dirección de Obras Municipales. En las comunas en que hagan los efectos de plan regulador comunal las disposiciones del plan regulador intercomunal o metropolitano, la vialidad, las áreas verdes y los espacios públicos consultados en los planos de loteo, pasarán a ser parte del plan regulador intercomunal o metropolitano, al aprobarse el plano del loteo por la Dirección de Obras Municipales y hasta que entre en vigencia el plan regulador comunal, oportunidad en que se entenderán automáticamente incorporados a éste último”*.

2.2) Fundamentos del Líbelo.

Pues bien, de una parte, a juicio de los recurrentes, los artículos modificados por el D.S. N° 171 tendrían, justamente, *fundamento y habilitación legal* en el artículo 70 de la Ley General no obstante que, a su juicio, éste ya no sería aplicable en el entendido de que la *cesión de terrenos* consagrada en dicha disposición legal habría devenido, a partir de la vigencia de la Constitución de 1980, en el actual procedimiento de expropiación, sujeto, por cierto, a requisitos de fondo y de forma un tanto mas cuantiosos que la mera cesión gratuita de terrenos.

De otra parte, a juicio de los senadores, el nuevo artículo 2.2.9. incorporado por el decreto supremo, al señalar que los planos de loteo aprobados por el Director de Obras Municipales pasan a formar *parte sustantiva del respectivo instrumento de planificación territorial*, violaría el inciso 2° del artículo 63 de la Constitución por cuanto sería el Director de Obras quien podría, al aprobar un plano de loteo, modificar un *instrumento de planificación territorial*, sustituyéndose por la vía reglamentaria normas propias de ley orgánica constitucional, como lo son la *L.O.C. de Gobierno y Administración Regional* y la de *Municipalidades* (que contienen, a su vez, las normas que regulan el *procedimiento de aprobación y modificación de los instrumentos de planificación territorial*).

2.3) Razonamiento y pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

Pues bien, pensamos que el Tribunal es concluyente en su afirmación del considerando 4° de la sentencia, cuando sostiene que: *“...se infiere con nitidez que los artículos pertinentes de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones sólo se han limitado a cumplir, rigurosamente, con lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley, a fin de que ésta pueda producir plenos efectos jurídicos. En esta forma, la actividad del órgano gubernamental aparece enmarcada dentro de las atribuciones denominadas por el artículo 32, N° 8, de la Carta Fundamental como “Potestad Reglamentaria de Ejecución”(....) De esta manera la ley y el reglamento conforman un sólo todo*

jurídicamente armónico, están indisolublemente unidos y en conjunto versan sobre la materia relativa a las cesiones o destinaciones gratuitas de terrenos inherentes a toda urbanización. Pretender desvincular el artículo 70 de la ley, de las normas reglamentarias objetadas, es negar una realidad jurídica evidente (.....)”

Así, fluye de manera categórica que, para la Magistratura, las disposiciones del artículo único del D.S. N° 171 no se han abocado sino a poner en *ejecución* lo que, anticipadamente, ha dispuesto tanto el artículo 69 como 70 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Luego, pensamos que el Tribunal Constitucional intenta buscar, afanosamente, algún *asidero sustancial* al requerimiento formulado por los senadores y, en esa dirección, apunta lo dispuesto en el considerando 5° de la sentencia en comento, en cuanto a que: *“...conforme a la naturaleza de las cosas, lo que ocurre con el requerimiento en esta parte, sobre dominio legal y potestad reglamentaria, es que la petición de inconstitucionalidad de las disposiciones respectivas conlleva necesaria e ineludiblemente el emitir un pronunciamiento material implícito sobre la constitucionalidad de un acto del Poder Legislativo, porque el Presidente de la República se ha limitado a dictar las normas tendientes a poner en ejecución un precepto legal en estricta sujeción a lo que éste dispone. En otras palabras, lo que en estricto derecho se hace es **enjuiciar un acto del Poder Legislativo**, porque lo que en verdad **se objeta es la constitucionalidad de la ley en que se sustenta el reglamento**”.*

Del tenor de lo señalado anteriormente se infiere que el Tribunal Constitucional estima que, si de una parte el reglamento respectivo ha cumplido con los requisitos habilitadores de la colaboración reglamentaria, no abocándose sino a poner en *ejecución* una disposición legal previa, de otra no queda más que concluir que lo que están cuestionando los recurrentes gira en torno a la *validez constitucional de la ley en cuyo nombre se ha dictado* el reglamento respectivo.

Sobre este punto, sostiene el Tribunal, enjuiciar la constitucionalidad de una ley resultaría enteramente *“inadmisible, porque el artículo 82, N° 5, de la Carta Fundamental, que autoriza declarar la inconstitucionalidad de un decreto, precepto en que se funda el requerimiento, debe interpretarse en consonancia con el resto de las normas de la Ley Fundamental (.....)”* (considerando 6°).

A esto se suma la categórica afirmación expuesta en el considerando que sigue, en cuanto a que: *“aceptar que mediante la declaración de inconstitucionalidad de un decreto se enjuicie implícitamente el contenido de una ley, importaría vulnerar gravemente un conjunto de normas constitucionales (.....). En efecto, se infringiría, en primer término, el artículo 82 de la Carta Fundamental que contiene la enumeración taxativa de las facultades de este Tribunal, por cuanto en ninguna de ellas está autorizado para emitir juicios implícitos o explícitos sobre la constitucionalidad de una norma legal en vigencia (...) En segundo lugar, se vulneraría el artículo 80 de la misma Carta, que confiere (la facultad de declarar inconstitucionales normas legales vigentes sólo para el caso particular de que se trate) **exclusivamente a la Corte Suprema (.....)**”.*

Nos parece interesante la línea argumentativa formulada por la Magistratura sobre este particular, dado que institucionaliza la tesis en cuya virtud los decretos supremos

ejecutorios de una determinada ley han de ser *cotejados* directa e *inmediatamente con ésta*, para los efectos de determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de aquéllos, lo que supone entonces que, cuando el numeral 5º del artículo 82 alude a *decreto inconstitucional*, se está refiriendo a aquellos decretos cuya causal única de inconstitucionalidad descansa en el *exceso normativo*, lo que implicaría, a su vez, que:

Contravenga directamente lo preceptuado por la ley habilitadora (y, consecuentemente, a la Carta Fundamental),

No contraviéndola expresamente, se *exceda* en la reglamentación, es decir, que vaya más allá de aquello definido por la Ley en cuyo nombre se puso en marcha la potestad reglamentaria *ejecutoria*.

Respecto a esta tesis inaugurada por el Tribunal, pensamos que detenta las calidades de *eficiente y razonable*.

Eficiente, dado que previene dificultades técnicas, bajo el supuesto de que es sabido que el determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una determinada norma jurídica implica la sustanciación de un proceso extremadamente complejo, desde el momento en que se precisa incurrir en una abstracción tal que permita apreciar todos los supuestos fácticos sobre los cuales pueda operar la norma, cuestión que, desde el punto de vista constitucional, requiere tener a la vista no tan sólo el orden constitucional vigente, sino que también todos los principios y valores que informan dicho orden.

Razonable, porque tal y cual lo expone la propia Magistratura, en cuanto a que: “...no resulta razonable aceptar que el legislador ha encomendado al reglamento dictar normas que pugnen con la Carta Fundamental. Lo anterior corresponde a lo que en doctrina se denomina “razonabilidad técnica”, y que en el caso que nos ocupa se traduce en una apropiada adecuación entre los fines postulados por la ley y los medios que planifica el reglamento para lograrlos. En otras palabras, debe existir una correspondencia entre las obligaciones que la norma impone y los propósitos que la ley quiere alcanzar (...).”

Visto así, parece claro que la Magistratura comprende que si un reglamento ejecutivo no *contraviene* ni *excede* a la Ley que a su vez ejecuta, fuerza es concluir que tal reglamento ha observado también, por la *vía consecencial*, la Carta Fundamental, en el entendido de que, a la luz del expuesto *Principio de Razonabilidad Técnica*, resulta inconcebible que la ley, en aras de obtener sus propósitos, incurra en medios contrarios a la Constitución.

Nosotros compartimos estas apreciaciones conceptuales, toda vez que en ellas subyace un principio informador clave tanto en nuestro Derecho Constitucional como Administrativo, cual es el de la *jerarquía normativa*.

No obstante nuestra opinión favorable en torno a aquello que la doctrina especializada denomina *competencia restringida*³³, creemos que la Magistratura ha incurrido, igualmente, en una contradicción en esta sentencia, como si acaso hubiese creído estar en una etapa de *transición* dentro de la cual, al mismo tiempo de afirmar que la competencia del Tribunal es restringida, había que demostrar que, con todo, las normas reglamentarias cuestionadas o requeridas por los señores senadores se encontraban, igualmente, sujetas a la Constitución Política.

Y es que ello se desprende de lo dispuesto en el considerando 10º, cuando el Tribunal, luego de concluir la exposición de su tesis de la competencia restringida, esgrime que: “*corresponde ahora (...) entra a decidir si los artículos 2.2.5., 7.2.2. y 7.2.4. de la Ordenanza General, ya citada, están o no de acuerdo con el artículo 19, Nº 24, de la Constitución*”.

En efecto, en los considerandos que siguen (11º, 12º y 13º) la Magistratura ilustra las razones que, a su modo de ver, permiten suponer que las normas reglamentarias de este caso no atentan contra la Constitución.

Reiteramos nuestra opinión en cuanto a que, a pesar de que el Tribunal ha instaurado una nueva *forma de competencia* (que, como veremos, encontrará aplicación en las sentencias de los párrafos que siguen), ello no ha sido obstáculo para que, de todos modos, haya procedido a justificar la constitucionalidad del reglamento respectivo más allá de la propia ley en cuyo nombre se ha dictado.

Y así, es en el considerando 4º en el que la Magistratura Constitucional reconoce que las normas reglamentarias se han limitado a poner en ejecución una norma legal previa, de modo que fue *inoficioso*, al menos a nuestro juicio, explicar los objetivos y alcances de las normas reglamentarias del caso, dado que quedó de manifiesto que éstas fueron dictadas con el objeto de *ejecutar* o hacer aplicables normas legales previas, cuales son los ya vistos artículos 69 y 70 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

En torno al nuevo artículo 2.2.9. de la Ordenanza, resulta nítido y evidente que éste encuentra pleno eco en lo dispuesto por el referido artículo 69 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, dándose por descontado lo afirmado por los recurrentes, en torno a que se habrían visto modificadas normas comprendidas en leyes orgánicas constitucionales (en particular, aquellas que regulan el procedimiento de elaboración y modificación de los instrumentos de planificación territorial).

2.4) Previsiones de la Ministra Bulnes Aldunate (Voto de Minoría).

Con todo, creemos conveniente dejar constancia de que la gran propulsora de la tesis de la *competencia amplia*³⁴ (esto es, que los decretos han de ser cotejados directa e inmediatamente con la preceptiva constitucional), la Ministra Luz Bulnes Aldunate,

³³ Carmona Santander, Carlos: “*Tendencias del Tribunal Constitucional en la relación ley-reglamento*”, Revista de Derecho Público, Vol. 61, Año 1998-1999, P.191. Sobre este importante punto, el profesor Carmona clasifica tres argumentos sobre los que descansa la tesis de “*competencia restringida*” (en cuya virtud el decreto ha de ser cotejado tan sólo con la ley habilitadora respectiva). **1º** No es posible efectuar juicios implícitos de la ley. **2º** El Tribunal Constitucional es competente si y sólo si el decreto se aparta de la ley. Por consiguiente, si se trata de evaluar la constitucionalidad de un decreto de ejecución, el punto de referencia en lo inmediato debe ser la ley habilitante. **3º** La supremacía constitucional supone la jerarquía normativa.

³⁴ Sobre esta postura, enunciemos algunos argumentos que, según se aprecia en el trabajo del profesor Carmona Santander, dan sustento a este tipo de competencia; **1º** Cumplir con la Ley no puede justificar violar la Constitución, por cuanto el Jefe de Estado debe actuar no tan sólo sujeto a la ley sino que, prevalentemente, con apego irrestricto a la Constitución. **2º** Por sobre la Jerarquía Normativa está la Supremacía Constitucional, de lo cual sigue que el Tribunal Constitucional, con independencia de la ley, debe velar por la constitucionalidad de los decretos del Presidente de la República.

mantiene sus prevenciones sobre el particular, no obstante que comparte el rechazo del requerimiento presentado al efecto.

Así, dentro de las prevenciones a la sentencia, formuladas por la Ministra Bulnes, cabe citar lo sostenido en torno a que: “...*el Tribunal Constitucional, con independencia de la Ley, debe velar por la constitucionalidad de los decretos del Presidente de la República.*”

Y es aquí donde discrepamos de la profesora Bulnes Aldunate, por cuanto estimamos que no parece posible velar por cualquier *causal de inconstitucionalidad* de un decreto sin incidir en la ley en cuya representación actúa el mismo.

En efecto, un decreto supremo ajustado estrictamente al contenido de la ley respectiva no puede ser declarado inconstitucional sin afectar precisamente a la ley, dado que ésta, aún cuando se nos proponga que no ha sido, ni aún, *tácitamente derogada*, quedará de todas formas sin aplicación práctica.

2.5) Opinión de la Doctrina.

Finalmente, nos es preciso hacer alusión al encuadramiento que tanto la doctrina Constitucionalista como Administrativistahan hecho de esta sentencia.

2.5.1) Opinión de los profesores Jara Schnettler y Carmona Santander.

En efecto, tanto los profesores Jaime Jara Schnettler³⁵ como Carlos Carmona Santander han entendido que este fallo da inicio a la era de la *reserva relativa* de la ley, en cuya virtud la colaboración reglamentaria es más tolerada y fomentada por la Magistratura, siempre y cuando (como se verá en las sentencias que revisaremos a continuación) las normas legales habilitadoras observen ciertos requisitos sustanciales mínimos.

Sin embargo, y como ya lo advertimos en el caso de la sentencia de *letreros camineros*, de 1992, proponemos que, tal vez, pudiera resultar un tanto aventurado el purificar las etapas (*reserva absoluta* o *relativa* de la ley) de la Magistratura en períodos tan fríamente delimitados dado que, pensamos, cada sentencia tiene sus propios fundamentos y su adopción se basa en distintos antecedentes que generan *reacciones* o *tendencias* en uno ú otro sentido. De esta manera, creemos que el sostener que “letreros camineros” inicia la *era absoluta de la reserva de la ley* y que “cesiones gratuitas” la *era relativa* de la reserva de la misma, puede suponer una suerte de *reduccionismo* que tiende, quizá, a prescindir de los detalles y alcances propios de cada *conflicto constitucional* en particular.

³⁵ Profesor de las Cátedras de *Derecho Administrativo y Responsabilidad del Estado*, Facultad de Derecho U. de Chile. Autor del ya citado Trabajo titulado “*Reserva Legal y Colaboración Reglamentaria. Doctrina y Jurisprudencia Constitucional*”, Año 1999, P.34. En efecto, el profesor Jara Schnettler ubica la sentencia bajo el título “*relativización de la reserva*”, dado que, a su juicio, ésta “*parece sentar la doctrina general de que reserva legal y potestad reglamentaria pueden y deben coexistir en la regulación de las garantías y derechos constitucionales*”.

PÁRRAFO SEGUNDO: SENTENCIA ROL N° 325, DEL VEINTISEÍS DE JUNIO DE DOS MIL UNO.

1) Planteamiento del Problema.

Con fecha 22 de Enero del año 2001, el Ministerio Secretaría General de la Presidencia dictó el Decreto Supremo N° 20, que, a su vez, procedía a modificar el Decreto Supremo N° 16 de 1998 (dictado por el mismo Ministerio) que contenía, a su vez, el *Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica para la Región Metropolitana* (dictado por mandato expreso del artículo 44 de la Ley 19.300).

Así, la cuestión de fondo debatida es sí acaso mediante este Decreto Supremo pudo o no imponerse una restricción sobre la circulación de vehículos motorizados que portaran autoadhesivos de color verde.

2) Cuestión previa de admisibilidad.

Veinte señores senadores fundaron su *legitimación activa* en el numeral 5° del artículo 82 de la Constitución, en el cual se contiene la atribución de este Tribunal para conocer los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley en tiempo oportuno, promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda o dicte un decreto inconstitucional.

Así, nos parece conveniente, antes de revisar el fondo del asunto, examinar el criterio conforme al cual el Tribunal Constitucional se declara competente para conocer el requerimiento presentado por los aludidos senadores.

Entendemos que esta cuestión es de extrema importancia, desde el momento en que, pensamos, la letra de la Constitución en torno al punto no ha sido lo suficientemente clara para diferenciar y purificar las distintas *competencias* de las cuales es titular el Tribunal Constitucional.

Y así, cuando el numeral 5° del artículo 82 de la Constitución se refiere a la *dictación de un decreto inconstitucional*, no queda lo suficientemente claro, al menos del tenor literal de la Carta Fundamental³⁶, a qué clase de decreto supremo se refiere, esto es, si a aquellos decretos supremos que devienen de la Potestad Reglamentaria de Ejecución ó a aquellos derivados de la Potestad Reglamentaria Autónoma, ni tampoco la norma en cuestión distingue respecto a qué *clase de inconstitucionalidad* se refiere.

³⁶ Decimos "al menos al tenor literal" ya que, como podrá advertirse del razonamiento del Tribunal esto si llega a comprenderse a la luz de los antecedentes provenientes, a su vez, del proceso de gestación de la Constitución.

Vista la poca especificación de la norma en comento, se genera la *Cuestión de Competencia* en el proceso constitucional en que se tramita el requerimiento presentado por los parlamentarios.

En efecto, en el considerando 1º del fallo queda constancia de la posición de la Contraloría General de la República sobre este particular, toda vez que el órgano fiscalizador ha comprendido que el grupo de senadores, al argumentar que el D.S. invade el terreno soberano de la ley, carecería, en parte, de *legitimación activa* para actuar “ *....porque en su libelo se sostiene que el D.S. N° 20 es inconstitucional, por versar sobre materias propias de ley, y tal causal de inconstitucionalidad está contenida en el artículo 82, N° 12, de la Constitución, reclamo del cual, de conformidad con el inciso final del mismo precepto, el Tribunal sólo puede conocer a requerimiento de cualquiera de las cámaras, requisito que no se ha cumplido....* ”

Como puede advertirse, la Contraloría General de la República comprendió que la admisibilidad del requerimiento sólo pudo ser efectiva respecto a aquellas alegaciones de los senadores que no decían relación con la supuesta invasión del referido decreto supremo a la reserva legal, las que eran, en el caso *sub-litte* , aquellas que esgrimían una *falta de idoneidad* de la norma para los *fin*es que ésta perseguía.

El Tribunal, en el considerando 5º, comprende que la clarificación de este punto es de vital importancia ya que: “ *....la tesis que se sustente importará un pronunciamiento sobre las facultades de las minorías parlamentarias para ejercer acciones tendientes a controlar que los actos del Poder Ejecutivo se ajusten a la Constitución y el verdadero alcance de su participación en nuestro sistema democrático....* ”

En definitiva, el Tribunal ahonda en el proceso de gestación de la Constitución Política a efectos de encontrar la justificación de porqué los veinte senadores detentan la titularidad para requerir un decreto supremo por invadir el campo soberano de la ley.

De este modo, el Tribunal Constitucional, luego de explorar la ruta seguida por el anteproyecto presentado por la Comisión Constituyente a la H. Junta de Gobierno, y los elementos adicionales añadidos por ésta última al referido anteproyecto, sostiene en su considerando 23 que: “ *....fuerza es concluir que el artículo 82 N° 12 de la Constitución únicamente se refiere a los decretos dictados por el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria autónoma y, en cambio, aquellos fundados en la potestad reglamentaria de ejecución del Jefe de Estado están comprendidos en el numeral 5º del mismo artículo cuando ellos vulneran la Constitución, cualquiera sea su causa o motivo.....* ”

Dígase que a esta conclusión arriba el Tribunal luego de comprender que, si la H. Junta de Gobierno agregó al anteproyecto el actual N° 20 de artículo 60³⁷ , debía, coetáneamente, proteger el ámbito reservado de la ley dado que éste, por sí mismo, era extremadamente difuso a la luz de lo dispuesto por el referido numerando 20º del artículo 60.

De lo anterior fluye que, para tales efectos, se agregó por la H. Junta de Gobierno la atribución del Tribunal Constitucional contenida en el N° 12 del Artículo 82³⁸ como una suerte de “ *contrapeso* ”, tendiente a amortizar la alta probabilidad de *colisión* que podía producirse entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo.

Por consiguiente, queda claro que el Tribunal Constitucional comprende que existen, distintamente, dos Potestades Reglamentarias, una cuyo objeto estriba en dar *ejecución* a las leyes (contenida en la segunda parte del numeral 8° del artículo 32) y otra cuyo propósito descansa en normar todo cuanto exceda al ámbito reservado de la ley, denominada *autónoma* (contenida, a su turno, en la primera parte de la misma norma), teniendo cada una de ellas su respectiva forma de *control de constitucionalidad* , de tal forma que cuando se trata de decretos supremos dictados en virtud de la Potestad Reglamentaria de *Ejecución* , la única vía por la cual puede controlarse su constitucionalidad es por el numerando 5° del artículo 82.

A su turno, cuando se trate de decretos supremos dictados en virtud de la Potestad Reglamentaria *Autónoma* , su vía de control estará dada por el ya aludido numerando 12° de la misma disposición constitucional.

Visto así el asunto, el considerando 28° de la sentencia es bastante concluyente sobre el punto, toda vez que: “..... *ellas* (las atribuciones del numeral 5° y 12°) *regulan dos situaciones o institutos enteramente distintos que obedecen a diferentes causas y persiguen diversas finalidades. La primera, la del N° 12°, se refiere a los decretos dictados por el Presidente de la República en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma que versen sobre materias que pudiesen estar reservadas al dominio legal. La segunda, la del N° 5°, en lo pertinente, rige para los decretos emanados del Jefe de Estado, en virtud de la potestad reglamentaria de ejecución, que adolezcan de inconstitucionalidad, cualquiera que sea la naturaleza de ésta....* ”

Luego, resulta evidente que cuando la Magistratura entiende que el numerando 5° del artículo 82 se refiere a cualquier *vicio de inconstitucionalidad* que afecte a un decreto supremo dictado en ejercicio de la Potestad Reglamentaria de *Ejecución* , queda también comprendido el vicio consistente en que tal decreto supremo *Ejecutorio* se exceda a un nivel tal que llegue, incluso, a inmiscuirse en el territorio soberano de la Ley (Artículo 60 de la Constitución).

Aquí esta precisamente la solución a la *cuestión previa de competencia* , ya que la Contraloría General de la República, según el razonamiento efectuado por el Tribunal, no ha comprendido que se trata de dos situaciones enteramente distintas,

³⁷ “ Sólo son materias de Ley (.....) toda otra norma de *carácter general y obligatoria* que estatuya las *bases esenciales* de un *ordenamiento jurídico*”. Resulta evidente la constatación de que ésta norma agregada por la H. Junta de Gobierno es de amplísima cobertura, de modo que se hizo indispensable agregar la atribución que sigue al Tribunal Constitucional (*siguiente nota al pie*).

³⁸ Art. 82 N° 12: “*Son atribuciones del Tribunal Constitucional: Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la república, cuando ellos se refieran a materias que pudiesen estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60*”.

esto es, de dos atribuciones estructuradas para dar control a dos potestades reglamentarias del Presidente de la República que persiguen distintos fines.

De esta forma, el Tribunal, a juzgar por el contenido de los considerandos 9º y 10º ³⁹ de la sentencia, estima que la Contraloría habría incurrido en un análisis estrictamente *literal* de las disposiciones del caso, lo que no es dable tratándose de conflictos constitucionales, dado que es menester ir más allá de la mera letra, para poder arribar a una interpretación constitucional que encierre el verdadero espíritu de las distintas disposiciones.

Así, pareciera ser que la Contraloría General de la República ha comprendido que tanto el numerando 5º como 12º han sido previstos para cualquier forma de manifestación de la Potestad Reglamentaria Presidencial, diferenciándose tan sólo, según habría entendido el referido órgano fiscalizador, en que el numerando 5º contendría la denominada “ *regla general de inconstitucionalidad* ”, mientras que el numerando 12º contendría una especie de “ *regla especial de inconstitucionalidad* ” (consistente en la intromisión de la Potestad Reglamentaria en materias propias de Ley)

Compartimos el criterio utilizado por este Tribunal en orden a admitir a tramitación la totalidad del requerimiento, desde el momento en que, al advertirse una falta de consistencia en la letra de las disposiciones motivadoras del conflicto, se hacía necesario una interiorización profunda e intensa en la *finalidad* perseguida por el Poder Constituyente con su preceptiva.

Siendo así, se hace procedente formular la interrogante cuya respuesta manifestaría, a nuestro juicio, la consagración del criterio definitivo que debiera prevalecer sobre este particular, y que es:

¿ Acaso la hipótesis del numerando 5º del artículo 82, cuando alude a la dictación de un decreto inconstitucional, excluye la posibilidad de que tal inconstitucionalidad consista en una inmiscución en el ámbito de la ley ? Y si no la ha excluido, ¿ parecería sensato que el numeral 5º y el 12º trataran sobre una misma cuestión ?

2.1) Prevenciones sobre la cuestión previa de admisibilidad (Voto de Minoría).

Estimamos conveniente revisar, al menos someramente, la prevención a la que se

³⁹ Señala el **considerando 9º** de la sentencia que un *análisis literal* de las normas llevaría a resolver entre las siguientes alternativas; **Letra B:** “*que el artículo 82 N° 5, al referirse a los decretos inconstitucionales constituiría la regla general y que el numero 12º del mismo precepto la excepción o la regla especial que comprendería sólo a determinados decretos inconstitucionales, esto es, a aquellos que traten materias propias de ley, cualquiera sea la potestad reglamentaria en virtud de la cual hubiesen sido dictados*” De esta manera, el Tribunal, en el **considerando 10º**, inciso segundo, entiende que esta alternativa sería inaceptable dentro del espíritu de la Constitución y de fundamentales principios de hermenéutica constitucional “*.....porque los preceptos en estudio, en los términos en que han sido concebidos por la Contraloría, carecen de ratio legis dentro del contexto del artículo 82, ya que ello importa privar a las minorías parlamentarias, sin justificación razonable, de ejercer un recurso que la Constitución ha previsto para resguardar el Principio de Supremacía Constitucional.....*”

alude en la parte resolutive de la sentencia.

En efecto, el Fallo sostiene que los Ministros Jordán López y Figueroa Yávar no aceptan lo contenido entre los considerandos 1º y 35º, ambos inclusive, y que dicen relación con la competencia del Tribunal para conocer el requerimiento entablado por los señores senadores.

Así, se previene que los referidos Ministros entienden que, respecto a los numerandos 5º y 12º del artículo 82 de la Constitución, debe tenerse presente que: *“...el primero no indica motivo o causal específica del reclamo, el segundo hace precisa referencia a su inconstitucionalidad por invasión de la reserva legal (.....) De esta manera debe concluirse que una inconstitucionalidad que no sea reprochar el acto de la invasión de la reserva legal, u otro quebrantamiento de la Carta específicamente contemplado en otros numerales de la misma disposición, puede ser reclamado invocando el apartado 5º. Pero si lo que censura es precisamente la invasión de la aludida reserva legal, debe accionarse conforme lo preceptúa el numeral 12º”*

De consiguiente, fluye de manera manifiesta la opinión de Jordán y Figueroa, en el sentido de que no es procedente establecer distinciones entre los numerandos 5º y 12º, esto es, que uno se refiera exclusivamente a la *Potestad Administrativa Ejecutoria* y el otro a la *Autónoma*, distinción que, por lo demás (señalan estos Ministros), no se advierte claramente de la *historia fidedigna del establecimiento* o de tales normas, como lo supone, a su turno, el voto mayoritario.

Se sigue entonces que, atendida esta prevención, el Tribunal Constitucional sería incompetente para conocer el requerimiento de los señores senadores dado que éstos carecerían de *legitimación activa* para reclamar.

Estimamos del caso el plantear la confusión a la que la prevención antedicha nos podría conllevar.

Pudiésemos deducir que tal prevención envuelve una discrepancia, a su vez, con el voto de mayoría en cuanto al fondo del asunto. En otras palabras, no parecería razonable que los señores Ministros del Tribunal Constitucional que han entendido que los requirentes carecen de la necesaria *legitimación activa* para reclamar compartan, luego, la resolución del fondo del asunto.

Y es que este es un punto no clarificado en la sentencia, dado que no se advierte, en ninguna de sus partes, que exista una discrepancia en cuanto al fondo del asunto, lo que nos permite deducir, de una manera casi absurdamente obvia, que quien declara la falta de *legitimación activa* del requirente no está en condiciones, después, de aceptar lo resuelto sobre el fondo de la controversia.

Sobre este particular, pensamos que el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 17.997 (Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional) debiera ser derogado, ya que no nos parece conveniente que en las sentencias promulgadas por una Magistratura tan trascendente para la supervivencia del Estado de Derecho y la estabilidad institucional de la República, se hagan públicas las discrepancias internas en torno a las diversas deliberaciones que allí se suscitan.

Lo anterior lo estimamos así, sobre la base de dos razones que, en nuestra opinión, son trascendentales:

La *primera*, dice relación con la demostración ante la comunidad nacional de que se cuenta con un órgano constitucional que detenta *uniformidad* de criterios para la resolución de uno de los conflictos que, en nuestro parecer, es de los de más alto impacto social, cual es, el *Conflicto Constitucional*. Así, pensamos que la omisión de la incorporación de prevenciones en las sentencias crearía una sensación de mayor *certeza* o *seguridad jurídica* en los administrados, bastando con que las discrepancias en torno al fallo constaran, únicamente, en las actas de las respectivas sesiones celebradas al efecto por el Tribunal.

La *segunda*, dice relación con la posibilidad, siempre latente, de que los requirentes puedan llegar a manejar o manipular los reclamos conforme al conocimiento de los distintos criterios de cada Ministro que integra la Magistratura Constitucional. No nos parece conveniente que se exponga públicamente la opinión particular de cada integrante de este cuerpo colegiado, en el entendido de que esto puede, potencialmente, prestarse para equívocos o situaciones no deseables tratándose de una jurisdicción de tamaño repercusión política como lo es la constitucional.

Ahora bien, el libelo de los requirentes se dividía en dos capítulos, titulándose el primero de ellos *Inconstitucionalidades Mixtas de Forma y de Fondo*.

3) Incompetencia respecto al mérito de la norma objetada.

Respecto al segundo capítulo del referido libelo, titulado *Inconstitucionalidades de Fondo*, se advierte del tenor de lo expuesto en el considerando 37º que éste: “ se hace residir en que la norma en cuestión no sería adecuada para los fines que se propone, con lo cual caería en la arbitrariedad y en la irracionalidad técnica...”

Se advierte, desde ya, que el Tribunal estimó que dichas “ alegaciones miran al mérito de la norma, lo que claramente excede la órbita de competencia de este tribunal ”

De esta manera, el Tribunal Constitucional delimita aquello del requerimiento que le compete conocer y juzgar y aquello que, a su turno, excede de sus atribuciones constitucionales, desde el momento en que no se encuentra facultado para pronunciarse sobre la *efectividad* o *eficacia administrativa* de las medidas adoptadas por la Administración⁴⁰ sino que tan sólo para verificar su conformidad con el ordenamiento constitucional, comprendiéndose éste, a su vez, tanto de la *preceptiva constitucional* como de los *principios* que subyacen a ésta.

No obstante lo anterior, tanto en el párrafo cuarto como en el quinto del presente Título podremos advertir que la Magistratura sí se pronunciará respecto al *mérito* de los reglamentos objetados, desde el momento en que acudirá al criterio de la *razonabilidad técnica* de las normas, a efectos de verificar el grado de conformidad que éstas guarden con el ordenamiento constitucional, de modo que fuerza es concluir que, sobre el particular, el Tribunal Constitucional no mantiene

una línea del todo uniforme en el tiempo.

Siendo así, creemos que el Tribunal debió haberse declarado igualmente competente para conocer de este capítulo particular de inconstitucionalidad esgrimido por los señores parlamentarios, a fin de resguardar la *coherencia dogmática* indispensable para poder, en el futuro (como podremos apreciar en los párrafos cuarto y quinto), afirmarse en el referido *Principio de Razonabilidad Técnica* que, por lo demás y en nuestra opinión, detenta plena validez ya que permite cotejar, de una forma bastante eficiente por lo demás, a los reglamentos con la ley en cuyo nombre aquellos se dictan, a efectos de determinar si, finalmente, guardan o no conformidad con la Constitución Política.

En consecuencia, la Magistratura se declara competente para pronunciarse sobre la impugnación de la constitucionalidad tan sólo del Artículo 1° del decreto en cuestión, en sus numerandos 5), 7), 9) y 10), señalando en su considerando 36° que: “...en lo que dice relación con las demás normas del decreto, cuya inconstitucionalidad también se solicita en el petitorio, el requerimiento carece de toda fundamentación, lo que lo hace inidóneo para provocar un pronunciamiento jurisdiccional...”

4) Alegaciones de las partes y pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

Alegaron los señores senadores que el decreto supremo N° 20, expedido por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, conculcaba los derechos constitucionales de la *Propiedad* (Art. 19 N° 24) y *Libertad Ambulatoria* (letra “a” del N° 7 del artículo 19), en circunstancias de que sólo la ley es la norma jurídica autorizada por la Constitución para limitar o regular tales derechos.

A lo anterior se suma el hecho de que, del considerando 40° de la sentencia,

⁴⁰ Zapata Larrain, Patricio: “*La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”, Parte General, Biblioteca Americana, Universidad Andrés Bello, Santiago de Chile, Año 2002, P. 111. Sobre este particular, el profesor Zapata, al referirse a la *Falta de Razonabilidad* como un supuesto vicio de inconstitucionalidad, sostiene lo siguiente: “¿Qué hacer ante la Ley (no obstante que en este caso, se trata de un reglamento) injusta ó irracional? Ante esta pregunta, y simplificando mucho, cabe identificar dos posibles respuestas. El **positivismo** responde que cualquier invalidación de proyectos de ley o leyes vigentes que se conforman al ordenamiento constitucional sobre la base de una pretendida disconformidad con lo justo ó lo bueno será siempre ilícita (.....) La razón para esta reticencia arranca básicamente de consideraciones ligadas a la certeza y la seguridad jurídica. El **ius naturalista** (...), en cambio, no trepida en afirmar que un juez ó un jurista no puede sino negar legitimidad jurídica, y título para obligar, a leyes ó normas objetivamente injustas; independientemente, por supuesto, de su eventual conformidad a las reglas constitucionales sobre competencia ó procedimiento.” Con todo, advierte Zapata que “El parámetro de la antijuricidad, comprensivo de la inconstitucionalidad, tiene la virtud de permitir la identificación y neutralización de vicios ó defectos que no pueden ser detectados por el radar de la validez lógico-formal.” Lo anterior, continúa Zapata, se dará, por ejemplo, “cada vez que se produzca una desvinculación entre la norma jurídica y su fin (...)” De lo anterior se infiere que el profesor Zapata alude, indirectamente, a aquello que el Tribunal Constitucional ha calificado en algunas de sus sentencias (en particular, como veremos más adelante, en las sentencias Rol N° 373 y 388) como el *Principio de Razonabilidad Técnica*, en cuya virtud, los reglamentos han de guardar estricta coherencia con los fines que persigue, a su vez, la Ley en cuyo nombre aquellos han sido dictados.

fluye que debe considerarse una premisa ineludible el que las disposiciones legales que regulan derechos han de reunir los requisitos de *determinación y especificidad*, comprendiendo, el primero de ellos, el que se señalen, en forma concreta en la norma legal, los derechos cuyo ejercicio es susceptible de ser restringido y, el segundo, el que la misma norma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se pueden adoptar para tales restricciones.

El artículo primero y único del D.S. N° 20 del referido Ministerio señala: *“Modifícase el Decreto Supremo N° 16 de 1998, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que establece el Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica para la Región Metropolitana, en la forma que se señala a continuación (.....).”*

Como puede advertirse del referido artículo, éste viene a modificar en ciertas partes el *Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica* que rige en la Región Metropolitana. A mayor abundamiento, y para una mayor comprensión del conflicto constitucional, debemos precisar de donde proviene el referido plan.

En efecto, es la propia Ley 19.300 de *Bases Generales del Medio Ambiente* la que dispone, en su artículo 44 inciso primero, que: *“Mediante decreto supremo del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que llevará además la firma del ministro sectorial que corresponda, se establecerán planes de prevención o de descontaminación, cuyo cumplimiento será obligatorio en las zonas calificadas o saturadas, respectivamente”*.

A su turno, es la misma Ley 19.300 la que se encarga, a su vez, de precisar cuando una zona determinada se encuentra en la calidad de *saturada* o *latente* (artículo N°2, letras “t” y “u”, respectivamente).

Teniendo claro, entonces, que el *Plan de Prevención o Descontaminación* que el D.S. N° 20 modifica parcialmente proviene de una *remisión normativa* de la ley (ya que es la propia norma legal la que encarga su ejecución a la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República), requerimos, ahora, examinar sobre qué base se diseña dicho Plan.

El *Plan de Prevención o Descontaminación Atmosférica* del año 1998 se sustenta, a su vez, en el D.S. N° 211 de 1992 del Ministerio de Transportes, que contiene las *Normas de Emisión* conforme a las cuales se estructuró el referido Plan.

Sobre este particular, es preciso citar las normas que, al respecto, contiene la Ley 19.300:

Artículo 40°: *Las normas de emisión se establecerán mediante decreto supremo, el que señalará su ámbito territorial de aplicación.*

Artículo 47°: *Los Planes de Prevención o Descontaminación podrán utilizar, según corresponda, los siguientes instrumentos de regulación o de carácter económico;*

Normas de Emisión; las que establecen la cantidad máxima permitida para un contaminante, medida en el efluente de la fuente emisora.

Resulta evidente, en consecuencia, que el *Plan de Prevención o Descontaminación Atmosférica* que rige en la Región Metropolitana y que fue establecido por decreto supremo en 1998, se configuró sobre la base de lo que, a su turno, sostenía el decreto supremo N° 211 de 1992 (Ministerio de Transporte), que contenía determinadas *Normas de Emisión* .

Entonces, el conflicto viene dado por lo que, a su vez, disponían dichas *Normas de Emisión* de 1992, esto es, que la restricción vehicular establecida en tales disposiciones, contemplaban como excepción a los vehículos con *sello verde*.

De lo anterior fluye que, lo que ha hecho el decreto supremo N° 20 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia es, lisa y llanamente, modificar una *Norma de Emisión* que fue legítimamente dictada. De este modo, es el propio Vicepresidente de la República quien, como puede observarse del considerando 42° de la sentencia, ha sostenido que: “..... *producto de esta actualización* (del Plan de Prevención y Descontaminación), *se puso al día el aludido plan, mediante la modificación de la citada norma de emisión* (Decreto Supremo N° 211 de 1992) , *eliminando la excepción que favorecía a los vehículos con sello verde* . *Enfatiza que en virtud de esa decisión, la restricción a esos vehículos sólo puede ser aplicada en el Gran Santiago, en situaciones de preemergencia y emergencia ambiental, subrayando la íntima vinculación entre estas situaciones y el riesgo de salud para la población* ”.

Debe consignarse que, respecto a las normas citadas de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente como antecedentes del D.S. N° 20 (o como *normas habilitadoras*), el Tribunal Constitucional ha llegado a estimar en su considerando 43° que: “... *si bien no cumplen a cabalidad con el principio de reserva legal, resultan aceptables en este caso.....*”

De este argumento esgrimido por la Magistratura, se sigue que la Ley 19.300 no ha cumplido con su labor esencial de determinar los derechos que pueden limitarse y bajo que medidas.

Posteriormente, cuando el Vicepresidente de la República invoca los artículos 113 y 118 de la Ley 18.290 (del Tránsito) como normas que también antecederían a la dictación del Decreto Supremo N° 20, el Tribunal Constitucional sostiene que dichas disposiciones de la Ley del Tránsito, no obstante que permiten restringir excepcionalmente la circulación vehicular por ciertas y determinadas vías públicas siempre que hubiese causa justificada (sosteniéndose, a su turno, que dichas causas justificadas encontrarían asidero en las razones ambientales propuestas por el Poder Ejecutivo), no cumplen con el requisito de la *determinación* , toda vez que, al menos explícitamente, no se ha señalado el o los derechos constitucionalmente asegurados cuyo ejercicio, a su vez, pueda ser restringido.⁴¹

⁴¹ Sobre este punto, sostiene el Tribunal en el considerando 45° de la sentencia que “*Si bien es cierto que estas normas* (los artículos 113 y 118 de la Ley 18.290, citados por el Vicepresidente en el procedimiento que tramitó el Tribunal Constitucional) *cumplen con el requisito de la “ especificidad ”, en cuanto señalan la medida restrictiva que el reglamento puede adoptar, no ocurre lo mismo con el requisito de la “ determinación ”...*”

Sobre este punto, manifestamos nuestra discrepancia con Tribunal, en el entendido de que las disposiciones citadas, en particular aquellas pertenecientes a la Ley del Tránsito, que contienen una *especificación* de las medidas restrictivas o limitadoras, dan a entender, consecuentemente, que el derecho que, potencialmente y bajo causas justificadas, puede llegar a ser limitado en cuanto a su ejercicio es, sin lugar a dudas, el de propiedad.

Luego, si bien es cierto el Tribunal Constitucional rechaza el requerimiento entablado por los congresales, no lo es menos el que no compartimos cierta parte de la línea argumentativa esgrimida por la Magistratura. Lo anterior deviene del hecho de que, como hemos visto, el Tribunal ha catalogado las normas legales, tanto las de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente como las del Tránsito, como insuficientes desde el punto de vista de la *determinación* de los derechos susceptibles de ser limitados en su ejercicio y de la *especificación* de las medidas aplicables por la autoridad para tales efectos.

De esta manera, el Tribunal a hecho primar lo dispuesto por el decreto supremo (en lo sustancial, que elimina la excepción de la restricción vehicular a la que quedaban sujetos los vehículos con “ *sello verde* ”) por razones de *interés público* ⁴², más allá de la circunstancia de que las normas legales habilitadoras de tal decreto dieran o no cumplimiento a la reserva legal prevista y exigida por el Poder Constituyente.

Manifestamos nuestro reparo a la argumentación planteada por la Magistratura Constitucional, en orden a que sólo deba declararse la constitucionalidad del referido decreto supremo por razones de *interés público*, y no por existir una *habilitación legal previa* de carácter eficiente por parte de las normas legales citadas por el mismo decreto en sus respectivos vistos, y expuestas, asimismo, en la defensa sustentada por el señor Vicepresidente de la República durante la tramitación del proceso ante la Magistratura Constitucional.

Luego, si bien es cierto compartimos la premisa elaborada por el Tribunal, en orden a que son las leyes las primeras normas jurídicas convocadas por el Poder Constituyente para estructurar la regulación del ejercicio de los derechos y libertades constitucionales, no lo es menos el que ello no debe devenir en que sean aquellas las que deban absorber todo el peso y carga de dicha regulación.

⁴² En tal sentido se orienta lo que, pensamos, intentó señalar la Magistratura Constitucional en el considerando N° 46: “Que, acorde con lo expresado, si bien las normas legales en que se funda el D.S. N° 20 en estudio no cumplen a cabalidad con los requisitos de “ *determinación* ” de los derechos afectados y “ *especificidad* ” de las medidas que se autorizan para llevar a cabo tal objetivo que la Carta Fundamental exige a fin de restringir o limitar derechos, esta Magistratura a llegado a la convicción que tales requisitos resultan aceptables en este caso y sólo para aplicación de él. Ello, en consideración de que la medida de restricción vehicular, establecida con el carácter de excepcional y en situaciones de emergencia y pre-emergencia ambiental obedece al cumplimiento de un deber del Estado consagrado en el inciso primero del número 8 del Artículo 19 de la Constitución y esta destinada a proteger el derecho mas preciado de los asegurados por nuestro código político, cual es la integridad física y psíquica de las personas. Obrar de otra manera y declarar la inconstitucionalidad del D.S. N° 20 podría generar una vulneración de mayor entidad de nuestra Carta Fundamental, al no permitir la ejecución de una restricción de derechos que, atendida la situación ambiental existente, resulta necesaria para proteger la salud de la población, y por ende lograr el bien común...”

Así, al tratarse de una normativa que contempla sólo las *Bases Generales* del Medio Ambiente, estamos en presencia de un cuerpo legal que, expresa y precisamente, se define a sí mismo como de *base general*, de lo cual sigue que podríamos exigirle, como máximo, que observara el requisito de la *determinación* de los derechos cuyo ejercicio pudiese ser limitado, más nunca que especificase todos y cada uno de los *supuestos fácticos* a partir de los cuales se hiciera necesario poner en ejecución las medidas respectivas. Esto debiese ser así toda vez que aquellas materias propias de las leyes *de bases* no serían aquellas menos importante, sino, simplemente, las demasiado complejas, de mutación más o menos frecuente y que requieren, por lo mismo, un desarrollo técnico tan detallado que no es posible pretender que sean elaboradas íntegramente por el Poder Legislativo⁴³.

Lo anterior redundante en que, presumimos, el Tribunal Constitucional ha pretendido que la Ley 19.300 regule de manera autosuficiente las restricciones a las que pudiesen quedar sujetos ciertos y determinados derechos (en particular, la *restricción vehicular*), lo cual no nos parece conveniente, mas aún, tratándose de esta clase de leyes (*de Base*), en el entendido de que tales medidas son, *per se*, mutables en el tiempo, en atención a su grado de eficacia y según la evolución y variación de las condiciones sociales y económicas imperantes.

Y es que en definitiva, debemos afirmar que compartimos sólo una parte del criterio adoptado por la Magistratura en este caso, toda vez que lo que puede desprenderse tanto del considerando 40º como 41º⁴⁴ de la sentencia, es que se ha cumplido plenamente con las expectativas del Poder Constituyente, desde el momento en que el Tribunal ha tenido debida consideración en cuanto al punto de la *generalidad* de la ley, quedando relegado todo cuanto exceda a dicha *generalidad* a la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

No obstante lo anterior, y como puede advertirse del tenor de lo dispuesto por el considerando 40º, el Tribunal exige que, para que la *remisión normativa* circunscrita a la limitación o restricción de ciertos derechos formulada desde la ley hacia la potestad reglamentaria presidencial surta efectos, es preciso que dicha remisión cumpla con los dos requisitos que se señalan, a saber, la *determinación*

⁴³ Bulnes Aldunate, Luz: "*Leyes de Base y Potestad Reglamentaria en la Constitución de 1980*", Revista de Derecho U. Católica de Valparaíso, Vol. 6, Año 1982, P. 141.

⁴⁴ **Considerando 40º:** "Que, en este sentido es necesario reiterar el criterio que ha sostenido este Tribunal en cuanto a que las disposiciones legales que regulen el ejercicio de estos derechos, deben reunir los requisitos de "determinación" y "especificidad". El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen en forma concreta, en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se pueden adoptar con tal finalidad.....cumplidas que sean dichas exigencias, es posible y lícito que el Poder Ejecutivo haga uso de su potestad reglamentaria de ejecución, pormenorizando y particularizando, en los aspectos instrumentales, la norma para hacer así posible el mandato legal"
Considerando 41º: "Que, en este mismo orden de ideas es útil consignar que ocurre con frecuencia que sea la misma ley la que convoque a la potestad reglamentaria, o que por tratarse de una ley de bases, por su carácter general, sea indispensable el uso de esta potestad de ejecución....."

de los derechos y la *especificidad* de las medidas a adoptar para su respectiva limitación.

Empero, insistimos en que la exigibilidad de tales requisitos ha de ser proporcional a la categoría de ley de que se trate. Así, creemos que en el caso de las *Leyes de Base* debiera adoptarse un criterio algo más flexible al momento de exigir *descripción casuística* de los supuestos de hecho sobre los que han de operar las medidas restrictivas. Así, debe distinguirse entre todo cuanto diga relación con la *especificidad* de las medidas y aquello que aluda a los *supuestos fácticos* a partir de los cuales van a aplicarse, luego, las mismas.

Siendo así, podríamos concederle al Tribunal Constitucional el requisito de la *determinación* de los derechos cuyo ejercicio pudiese, potencialmente, ser objeto de restricciones. Incluso, podríamos hacer lo propio respecto a la *especificidad* de las medidas dirigidas en tal dirección, más ello no podría devenir, en todo caso, en que le fuese exigible a la norma legal respectiva, una *descripción anticipada y permanente* de la multiplicidad de circunstancias de hecho que, a su turno, pudiesen requerir la adopción de tales medidas limitativas del ejercicio del derecho de que se trate.

Con todo, y como ya lo expusimos más arriba, entendemos (al parecer, no así la Magistratura) que el requisito de la *determinación* sí se ha verificado, al menos respecto a las normas citadas como antecedente del D.S. N° 20 y que dicen relación con la Ley 18.290 (del Tránsito, Artículos 113 y 118), bajo la premisa de que si tales disposiciones aluden a la *restricción vehicular* bajo causas justificadas, sería redundante señalar, luego, que tal restricción limitará o restringirá el ejercicio del derecho de propiedad, dado que pareciera ser que ello se da a entender por la propia *especificación* de la medida susceptible de ser adoptada por la autoridad.

5) Observaciones formuladas por el Tribunal Constitucional al Poder Legislativo.

Hay un punto de la sentencia que, estimamos, debiera rechazarse de plano y que consiste en que el Tribunal, en su considerando 47°, insta al *Poder Colegislador* a llenar el vacío que, respecto a esta materia (esto es, la verificación de los requisitos de *determinación* y de *especificidad*), habría quedado en la Ley 19.300.

En efecto, y como el propio Tribunal Constitucional lo admite, el vacío se produjo por la decisión del mismo en orden a eliminar el artículo 49 del entonces proyecto de ley 19.300, que señalaba: “..... *excepcionalmente, sólo cuando resulte indispensable para recuperar la normalidad de los índices de calidad ambiental y exclusivamente por el período necesario para ello, dichas regulaciones podrán comprender restricciones totales o parciales al uso de vehículos motorizados....*” . Regulaciones cuya imposición se realizaría, a su vez, mediante decreto supremo que, a su turno, señalaría las autoridades encargadas de su aplicación y fiscalización ⁴⁵ .

Y es que en dicho fallo (*Rol N°185, año 1994*), el Tribunal adoptó la tesis de

reserva legal absoluta en cuanto a la regulación de derechos, no obstante que el artículo rechazado determinaba claramente el derecho sujeto a limitación o restricción, este es, el de propiedad.

En consecuencia, lo que hace el Tribunal en su considerando 47º no es más que ratificar la teoría de que es la ley la norma jurídica que debe regular de manera *rigurosa y detallista* el ejercicio de los derechos, echando por tierra, creemos, cualquier atisbo de arribar a una reserva relativamente *razonable* de la ley en torno al punto. En efecto, el Tribunal sostiene que: “... *a fin de cumplir debidamente con el mandato constitucional sobre limitaciones ó restricciones a los derechos fundamentales que nuestra Carta Política establece en su artículo 19, este Tribunal insta a los poderes colegisladores a llenar el vacío que se produjo en esta materia, luego de haberse declarado la inconstitucionalidad del artículo 49 del proyecto de la actual Ley 19.300...*”

De semejante razonamiento se deduce, de manera definitiva y concluyente, que la razón por la que el Tribunal Constitucional ha rechazado el requerimiento de los señores senadores estriba, únicamente, en una cuestión de *preeminencia de garantías*, anteponiendo ante todas ellas la salud de la población. Pero ello no demuestra, reiteramos, un avance hacia un desprendimiento, por parte de la ley, de cuestiones *técnicas y específicas* que, por su propia naturaleza, deban de ser comprendidas dentro de la potestad reglamentaria de *ejecución* del Presidente de la República, como lo sería la descripción de las condiciones bajo las cuales se harían efectivas las medidas como la restricción total o parcial del uso de automóviles.

Podemos, en consecuencia, presumir que, en lo tocante a la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, el Tribunal Constitucional extraña una especificación mayor de los contenidos específicos de los *Planes de Prevención y Descontaminación Atmosférica* y de las respectivas *Normas de Emisión* que les dan sustento técnico.

6) Opinión de la Doctrina.

Estimamos conveniente traer a la vista la opinión que, sobre este pronunciamiento, tuvo en su debido momento el destacado profesor Arturo Fermandois Vöhringer⁴⁶, para quien la sentencia del Tribunal Constitucional fue de una gravedad tal que, incluso, “... *obligó al propio juez a pedir elegantes excusas en el fallo mismo*”, toda vez que, a pesar de que inicialmente la magistratura aseveró que las normas legales invocadas no cumplían los requisitos de *determinación y especificidad*, ello no fue óbice para que el Tribunal llegara igualmente a la convicción de que “

⁴⁵ Rajevic Mosler, Enrique Petar: “*Limitaciones, Reserva Legal, y contenido esencial de la Propiedad Privada*”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 23, N° 1, Año 1996, P. 37.

⁴⁶ Fermandois Vöhringer, Arturo: “*La Reserva Legal: Una Garantía Sustantiva que desaparece*”, Revista Chilena de Derecho, Año 2001, Vol. 28, N° 2, P. 292.

tales requisitos resultan aceptables en este caso y sólo para él ”.

El profesor Fernandois señala que a través del fallo de que se trata “ *se imputó a tal decreto (N° 20) 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 (...) en virtud del mismo fallo del Tribunal, Rol N° 185, en Febrero de 1994, antes de su promulgación. Así el D.S. N° 20 creaba una restricción de derechos fundamentales nueva, sin fuente legal previa. El Ejecutivo invocó los artículos 113 y 118 de la Ley del Tránsito, normas genéricas y destinadas a resolver otros problemas distintos de la contaminación ”.*

Pensamos, sin embargo, que Fernandois no hace más que ratificar la línea argumentativa utilizada por el Tribunal Constitucional, manteniendo, como es obvio, su divergencia en torno a la resolución definitiva del asunto fundada tan sólo en una cuestión de *preeminencia de garantías constitucionales*, cuestión que, como ya se vio, no compartimos en atención a dos órdenes de razones:

En primer término porque pensamos que el artículo 118 de la Ley del Tránsito⁴⁷ si puede considerarse como *norma habilitadora* del DS N° 20,

En segundo término, porque nos parece incoherente la invocación, por parte de la Magistratura, del Fallo del entonces proyecto de ley 19.300, puesto que fue el propio Tribunal Constitucional el que, desacertadamente en nuestra opinión, ordenó la eliminación del entonces artículo 49. Visto así, digamos que, de no haber mediado dicha intervención de la Magistratura, habría sido dicha disposición legal la que, precisamente, hubiese prestado la *habilitación legal* que el Tribunal Constitucional tanto extrañó en este caso y que, no obstante, nosotros estimamos que, igualmente, se encuentra consagrada en el citado artículo 118 de la Ley del Tránsito.

7) Vínculo directo de este *conflicto constitucional* con la Sentencia Rol N° 185, de 1994 sobre la Ley 19.300.

Nos tomamos la licencia de hacer una breve alusión a la sentencia del Tribunal Constitucional que se pronunció respecto a la Ley General de Bases del Medio Ambiente (19.300), Rol N° 185/1994. Y lo hacemos dado que ha sido la propia Magistratura, en su pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la restricción de la circulación de vehículos con sello verde (D.S. N° 20), la que ha aconsejado al Legislador llenar el vacío que quedó en esta materia, al haberse declarado inconstitucional el artículo 49 del entonces proyecto de Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, en el año 1994.

De consiguiente, y a la luz de lo que disponía la referida disposición⁴⁸,

⁴⁷ Dispone el artículo 118 de la Ley del Tránsito (N° 18.290) en su inciso primero que: “*El Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones podrá prohibir, por causa justificada, la circulación de todo vehículo o de tipos específicos de éstos, por determinadas vías públicas*”.

creemos que dicho vacío no fue sino imputable al propio Tribunal Constitucional toda vez que, en nuestra opinión, el entonces artículo 49 del referido proyecto de ley se ajustaba plenamente a la Constitución Política, desde el momento en que en dicha disposición legal se configuran plenamente los elementos que, en reiteradas ocasiones, ha venido exigiendo la Magistratura a la ley, a efectos de que ésta pueda abrirle las puertas, luego, a la potestad reglamentaria de ejecución del Presidente de la República, cuales son, a saber, la *determinación* de los derechos cuyo ejercicio es susceptible de ser limitado (el ejercicio del derecho de propiedad sobre los vehículos motorizados) y la *especificidad* de las medidas destinadas al efecto (restricción al uso de éstos).

Pensamos que, en este pronunciamiento, la vértebra argumentativa de la resolución del Tribunal Constitucional estriba en lo que se sostiene en el considerando 12° de la misma, en su letra “a”, en orden a que dicho precepto vulneraría la Carta Fundamental, entre otras razones, porque: “ *según la Constitución Política en su artículo 19, N° 8, inciso segundo* , (al señalar que la Ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente) *ello es de reserva legal; es decir, es de competencia exclusiva y excluyente del legislador el establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente* ”.

Siendo esa la matriz argumentativa de la Magistratura en torno al punto, estimamos que aquella presenta, desde nuestro enfoque, dos deficiencias que son, a saber:

De una parte, no ha comprendido suficientemente cuál fue la real intención de la H. Junta de Gobierno al incorporar el actual numerando 20° al artículo 60 del proyecto de nueva Constitución, presentado por la entonces Comisión Constituyente, encaminado a erradicar prácticas legislativas que adolecieran de un celo *detallista y casuístico* .

Visto así, y sin el ánimo de parecer majaderos, no nos parece que sea la Ley de

⁴⁸ Rezaba el artículo 49 del entonces Proyecto de Ley de Bases Generales del Medio Ambiente: “*Se establecerán regulaciones especiales de carácter permanente para las emisiones, las que serán aplicadas cuando se sobrepasen los niveles de contaminación que originan situaciones de emergencia, de acuerdo a lo establecido en el artículo 32. Estas regulaciones especiales tendrán por objeto que los índices de calidad ambiental, en el área afectada, recuperen su nivel de normalidad. Para ello, establecerán emisiones totales máximas, que sólo regirán durante el período necesario para lograr dicho objeto. Excepcionalmente, sólo cuando resulte indispensable para recuperar los niveles de normalidad de los índices de calidad ambiental y exclusivamente por el período necesario para ello, dichas regulaciones podrán comprender restricciones totales o parciales al uso de vehículos motorizados contaminantes y prohibiciones totales o parciales de emisión a empresas, industrias, faenas o actividades que produzcan o puedan incrementar la contaminación ambiental. Las regulaciones especiales a que se refiere el inciso anterior, se establecerán por decreto supremo, que llevará las firmas del Ministro Secretario General de la Presidencia, del Ministro de Salud y de los ministros sectoriales correspondientes. Este decreto señalará las autoridades encargadas de su aplicación y fiscalización y establecerá las obligaciones de medición y control que correspondan. El procedimiento a seguir para la dictación de estas regulaciones especiales deberá ceñirse a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 32.*”

Bases Generales del Medio Ambiente la que deba mencionar todos y cada uno de los *supuestos de hecho* sobre los cuales deba operar la aludida restricción.

Luego, he ahí la debida *remisión* que realiza la norma respectiva a la potestad reglamentaria, toda vez que no resultaría eficiente que, por medio de un proceso legislativo, se describieran casuísticamente todas aquellas circunstancias en que, como disponía la norma eliminada, resulte indispensable recuperar los niveles de normalidad de los índices de calidad ambiental. ¿ *Parecería sensato exigirle a la Ley que determine el período de duración de una determinada restricción vehicular ?*

De otra parte, como ya lo mencionamos, los requisitos de *determinación y especificidad* se han observado en este caso.

PÁRRAFO TERCERO: SENTENCIA ROL N° 370, DEL NUEVE DE ABRIL DEL AÑO 2003.

1) Planteamiento del Problema.

El artículo 2.4.3. (reemplazado por el D.S. N° 59 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado el 7 de Julio del año 2001) del decreto supremo N° 47 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo del año 1992, que contiene, a su vez, la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, señala que:

“ Los proyectos residenciales y los proyectos no residenciales que consulten en un mismo predio 250 o más y 150 o más estacionamientos, respectivamente, requerirán de un Estudio de Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano.

El Ministerio de Vivienda y Urbanismo, mediante resolución, aprobará la metodología conforme a la cual deberá elaborarse y evaluarse el Estudio de Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano.

La solicitud de permiso de edificación de los proyectos a que se refiere el inciso primero se deberá acompañar un Estudio de Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano, suscrito por un profesional especialista y aprobado por la Unidad de Tránsito y Transporte Públicos de la correspondiente Municipalidad ó por la Secretaría Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones, según corresponda, de acuerdo a la metodología.

La Dirección de Obras Municipales, de acuerdo al resultado del Estudio de Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano, establecerá las adecuaciones que el propietario deberá efectuar en la vialidad afectada por el proyecto, cuyo cumplimiento se hará exigible a la recepción definitiva de la edificación. ”

A su turno, el D.S. N° 1 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial el 1° de Febrero del año 2003, modifica el artículo antes señalado en

sus incisos primero y segundo, de la manera que sigue a continuación:

“ Modifícase la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, cuyo texto fue fijado por el D.S. N° 47 (V. Y U.), de 1992, en la siguiente forma:

Reemplázase los incisos primero y segundo del artículo 2.4.3., por los siguientes:

Inciso Primero: Los proyectos residenciales y no residenciales, con destino único, requerirán de un Estudio de Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano cuando superen el umbral establecido en la siguiente tabla ⁴⁹ . Los proyectos residenciales y no residenciales emplazados en un mismo predio, con destinos mixtos, requerirán de un Estudio de Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano, cuando produzcan un incremento en el flujo vehicular igual o superior a cien vehículos, en al menos una hora al día. Se entenderá que se genera el incremento de flujo vehicular indicado, según resulte de aplicar la siguiente tabla ⁵⁰

Inciso Segundo: estos estudios deberán ser realizados y evaluados conforme a la metodología y procedimientos que determine el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, mediante resolución exenta, la cual deberá llevar, además, la firma del Ministro de Vivienda y Urbanismo ”

2) Alegaciones de los requirentes.

Según consta en la sentencia, los señores senadores (que requirieron a través del N° 5 del artículo 82 de la Carta Fundamental) estimaron que lo dispuesto en el decreto impugnado invadía el territorio soberano de la Ley, restringiendo claramente el *derecho de propiedad* asegurado por el Poder Constituyente en el

⁴⁹ Para los *proyectos residenciales y no residenciales* con *destino único* se dispone que tal estudio se requerirá, cuando los proyectos superen el “umbral” establecido en la tabla respectiva. En dicha tabla, a su turno, se distingue entre los proyectos de uso residencial y de uso no residencial. En los primeros, el umbral se determina según el valor de tasación de las viviendas, estableciendo tres tipos de valores, a saber, “bajo” (hasta 800 UF), “Medio” (entre 800 y 1.600 UF) y “Alto” (mas de 1.600 UF). De esta forma, el “umbral” en cada caso es de 300, 200 y 130 viviendas respectivamente. A su vez, en los proyectos de uso no residencial, el “umbral” se determinará según sea la actividad a que esté destinada la edificación respectiva. Si la actividad es de educación, el “umbral” el referido umbral será de 720 matrículas, si la actividad es comercio, salud o servicios el umbral será de 2.500 metros cuadrados, mientras que tratándose de industrias el umbral ascenderá a 5.000 metros cuadrados, y si versa sobre espectáculos el umbral será de 500 metros cuadrados.

⁵⁰ En el caso de *proyectos de uso residencial* “bajo” (valor de tasación de viviendas hasta 800 UF), se multiplica el N° de viviendas por la tasa equivalente a 0,333. En el caso de *proyectos residenciales* “medio” (entre 800 y 1.600 UF), se multiplica el N° de viviendas por la tasa equivalente a 0,5. A su vez, en los proyectos de uso residencial “alto” (de 1.600 UF hacia arriba) se multiplicará el N° de viviendas por el factor 0,769. En el caso de los *proyectos de uso no residencial* (con destino mixto) el cálculo del flujo vehicular se efectúa según la actividad de que se trate. Así, cuando es educación, se multiplica la tasa 0,139 por el N° de matrículas. Luego, si la destinación es comercio, servicios o salud debe multiplicarse el N° de metros cuadrados por la tasa 0,04. Finalmente si la actividad es la industria, la operación es la multiplicación de metros cuadrados por la tasa 0,02 mientras que si se trata de espectáculos, los metros cuadrados se multiplicarán por 0,2.

artículo 19 N° 24 e imponía, además, un requisito que afectaba la esencia del *derecho a desarrollar una actividad económica* libremente, materias que, claro esta, precisan de una mediación legal que dé habilitación posterior a la potestad reglamentaria *ejecutoria* del Poder Ejecutivo.

Asimismo, agregaron los requirentes, el decreto impugnado se habría atribuido la facultad de eximirse del trámite de la toma de razón efectuado por la Contraloría General de la República, lo que, a juzgar por lo preceptuado en el artículo 88 de la Constitución, sólo podría ser materia de ley.

Por último, alegaron los parlamentarios, la preceptiva del decreto en comento concedía una atribución a la Administración que violaba la autonomía municipal, consagrada en el inciso 4° del artículo 107 de la Carta Fundamental.

3) Apreciaciones de la Contraloría General de la República.

Es preciso traer a la vista la apreciación que, sobre este requerimiento, tuvo la Contraloría, dado que a juicio del órgano fiscalizador el requerimiento de los señores senadores habría sido extemporáneo, atendido el análisis que sigue.

En efecto, la Contraloría comprendió que el decreto supremo N° 1 del año 2003 sólo contenía ciertas precisiones respecto a una medida que existe desde la dictación de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, esto es, cuando se dictó el D.S. N° 47 de 1992, y que sólo fue objeto de algunas precisiones por parte de los decretos supremos N° 59 del 2001 y N° 1 del año 2003, a efectos de una mejor y más equitativa aplicación. De tal manera que, fuerza es concluir que, si los señores senadores pretendieron atacar el fondo o sustancia normativa del decreto de que se trata, debieron haberlo hecho dentro de los 30 días siguientes a la publicación del D.S. N° 47 de 1992.

Advertimos, desde ya, que será este el punto que incidirá, en gran medida, en la resolución del asunto por parte del Tribunal Constitucional. Conforme a lo anterior, pensamos que es inútil redundar en las argumentaciones de fondo planteadas por la Contraloría General (que, por cierto, sí las formula) desde el momento en que, como puede advertirse, ésta parte de la premisa de que el decreto supremo impugnado carece de cualquier innovación sustantiva respecto a la preceptiva que viene en modificar, siendo inconducente, por ende, introducirnos en los planteamientos de fondo sustentados por el órgano fiscalizador.

3.1) Posición del Tribunal respecto a las apreciaciones de la Contraloría General de la República.

La Magistratura, en el considerando 3° de la sentencia, desecha de plano la línea argumentativa planteada por la Contraloría, ya que la primera comprende que: “ ... *los decretos supremos respectivos difieren sustancialmente , lo que se traduce, como se verá, en una regulación casi enteramente nueva sobre la materia...* ”

Del tenor de lo expuesto, puede colegirse que el seguir uno ú otro rumbo sobre

este punto será de vital trascendencia, en el entendido de que si el Tribunal hubiese optado por adherir a la tesis de la Contraloría General de la República, no habría cabido más que declarar inadmisibile el requerimiento, mientras que si se sigue la tesis efectivamente sustentada por la Jurisdicción, esta es, la de separar conceptos y *purificar* las respectivas *preceptivas reglamentarias*, se generará la necesidad imperiosa de efectuar un riguroso análisis en torno a si acaso puede hablarse o no de una *habilitación legal previa* que permita, asimismo, al decreto impugnado ejecutar y/o pormenorizar lo que ha sido, previamente, establecido por una ley.

Digamos pues, que es esa la ruta que, en definitiva, asume nuestro Tribunal Constitucional en este caso, bajo la óptica de que entre los cuerpos reglamentarios en cuestión se erigen las *diferencias sustantivas* que, escuetamente, pasamos a revisar.

3.1.1) Comparación efectuada por el Tribunal entre los cuerpos reglamentarios.

En primer lugar, y según se evidencia del considerando 7º, el artículo 2.4.3. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (reemplazado por el ya mencionado D.S. N° 59 del año 2001): “ *....sólo regula, en general, los proyectos residenciales y no residenciales a realizarse en un mismo predio. En cambio, el decreto supremo N° 1, objetado, reglamenta los proyectos residenciales y no residenciales, con destino único, y los proyectos residenciales y no residenciales emplazados en un mismo predio, con destinos mixtos, sometiendo a unos y otros a distintas regulaciones* ”.

A nuestro modo de apreciar la controversia, estimamos acertado el juicio que, sobre este particular, formula el Tribunal.

No puede sino resultar evidente la circunstancia de que el *ámbito de aplicación* de una y otra preceptiva reglamentaria es diverso. Así, mientras el texto de la Ordenanza General abarcaba proyectos residenciales y no residenciales que, en un mismo predio, contenían una cantidad predeterminada de estacionamientos, el texto del decreto objetado no abarcaba a dichos proyectos, sino que a aquellos que superaban un cierto umbral, cuya base de cálculo se establecía en el mismo y que no coincidía necesariamente con aquellos que contenían el número de estacionamientos señalados en el referido texto original de la Ordenanza General.

En segundo término, el considerando 8º precisa que las exigencias a las que quedan sometidos los proyectos residenciales y no residenciales son del todo diferentes en uno y otro texto reglamentario.

Así, mientras en el texto de la Ordenanza General se impone la obligación de efectuar el *Estudio de Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano* a los proyectos residenciales y no residenciales de manera genérica, pudiera entenderse que se refiere a ambos, esto es, tanto a aquellos cuyo destino es único como a aquellos cuyo destino es mixto, no obstante lo cual, igualmente les otorga similar tratamiento a ambos dado que no precisa diferenciación alguna sobre el particular.

A su vez, el texto del decreto objetado, establece una diferenciación evidente entre los proyectos residenciales y no residenciales con destino único o mixto, estableciendo requisitos distintos para el cumplimiento de la exigencia de elaborar el referido estudio en uno y otro caso, subordinando la obligación respectiva (impuesta a los proyectos residenciales y no residenciales cuya destinación sea mixta) a la verificación de la condición de que conste la existencia del flujo vehicular exigido, sobre la base del cálculo prediseñado por el propio texto del decreto objetado.

En tercer término, las diferencias estriban en que D.S. N° 1 del 2003 altera la titularidad del órgano administrativo encargado de aprobar la metodología, conforme a la cual los *Estudios de Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano* deben realizarse y evaluarse.

Así, es preciso citar la posición del Tribunal, en cuanto a que: “ *se cambia el Ministerio encargado de realizar la función en estudio, con absoluta prescindencia, dicho sea de paso, de lo prescrito en el artículo 60 N° 14, en relación con el artículo 62 inciso cuarto N°2 de la Constitución, que exige una Ley para determinar las funciones y atribuciones de dichos órganos de la administración...* ”.

Resulta evidente, pues, que el Tribunal entiende que, por la vía de la potestad reglamentaria de ejecución, se ha intentado transferir una atribución de un órgano administrativo a otro, siendo esto algo típicamente propio del ámbito soberano de la ley.

4) Razonamiento y pronunciamiento del Tribunal.

Ahora bien, teniendo presente las notorias diferencias que, a juicio de la Magistratura Constitucional, existen entre la preceptiva de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones y el D.S., objetado, veamos ahora sobre qué premisas o bases conceptuales se intenta resolver el conflicto.

En efecto, y como ya fue advertido más arriba, los señores senadores alegan que el texto del D.S. N° 1 del año 2003 impone limitaciones y restricciones al ejercicio del derecho de propiedad sin contar con normas legales suficientes que le otorguen la indispensable *habilitación previa* para tales efectos.

A su turno, el Presidente de la República defiende su actuación sosteniendo, según consta en el considerando 12°, que: “ *.....aquél acto administrativo reglamentario se ha limitado a desarrollar, complementar o pormenorizar los preceptos legales, válidos y vigentes, que habilitan al Jefe de Estado para dictarlo, en ejercicio de la potestad de ejecución de tales normas que le ha sido conferida en el artículo 32 N° 8 de la Constitución* ”.

Luego entonces, el Tribunal comprende que no puede dar acertada solución al conflicto constitucional planteado en este caso sin, previamente, examinar los presupuestos constitucionales existentes en torno al punto del *dominio legal máximo* y la *potestad reglamentaria ejecutoria* del Presidente de la República.

4.1) Matriz conceptual elaborada por la Magistratura (los “niveles de reserva legal”).

Conforme a lo anterior, el Tribunal elabora una *matriz conceptual* en el considerando 15° de la sentencia, que nos parece conveniente entrar a desmenuzar. En efecto, la Magistratura Constitucional supone que: “...el sistema de reserva y dominio legal, imperante en la Constitución en vigor, se estructura con dos niveles de ejercicio de la potestad legislativa. El primero de tales niveles de reserva está previsto en los artículos 32 N° 8 y 60 de la Constitución, siendo de alcance general y de común aplicación en todos los casos en que ella ha situado en el dominio de la ley la regulación de una materia. En cambio, el segundo de aquellos niveles de reserva se halla contemplado en disposiciones constitucionales específicas, siendo necesario concluir que, en algunas de ellas, la reserva es más absoluta que en otra”.

Veamos pues, que quiso decir el Tribunal con esta tesis de los *niveles de reserva*.

Entendemos, pues, que lo que ha buscado la Magistratura es diferenciar, *a priori*, aquello que ha de recaer dentro de la *soberanía* inalienable de la ley, por una parte, y la medida o *intensidad* con que cada una de tales materias comprendidas en dicha soberanía han de ser reguladas por tal norma jurídica, por la otra.

Digamos que, en principio, estaríamos de acuerdo con la tesis de los *niveles de reserva* sostenida por el Tribunal, no obstante que, al mismo tiempo, pensamos que este diseño dogmático elaborado por la Magistratura podría ser perfeccionado. En efecto, creemos que esta tesis pudo haberse planteado de una forma más precisa y rigurosa, dado que no nos parece lo suficientemente explicativo el utilizar el vocablo “niveles”.

Creemos que, si lo que quiso el Tribunal fue ilustrar que cuando toca referirse a la reserva o dominio máximo de la ley debe comprenderse a ésta como una *sucesión de reservas*, cuyo inicio viene gestado por la reserva o *dominio genérico* estatuido en el artículo 60 de la Constitución, seguido éste por la *reserva específica* contenida, a su vez, en disposiciones también específicas, hubiese sido más ilustrativo el referirse a las “*etapas*” de la reserva, en el entendido de que bajo tal denominación subyace la hipótesis evidente de que una etapa debe anteceder, necesariamente, a la otra, lo que significa que no puede llegar a concebirse la presencia de una sin la mediación, a su turno, de la otra.

Lo anterior lo estimamos así, toda vez que si optásemos por aludir a distintos “*niveles de reserva*”, tal y cual como lo ha formulado el Tribunal, podría inducirse a la confusión de creer que el Tribunal no ha *concatenado* a ambos *niveles* uno tras de otro, significando esto que, podría pensarse que se trata de dos *niveles* enteramente independientes cuya comunión no parece indispensable.

Siendo así, surge la incógnita respecto a *¿cuál podría ser el efecto perverso de una tesis con tales características?*

Pensamos que dicho efecto se configuraría en la circunstancia de que las *reservas específicas* contenidas, a su vez, en *disposiciones constitucionales específicas*, podrían

llegar a configurarse como autosuficientes y enteramente autónomas, en especial tratándose de aquellas *reservas específicas* con carácter *absoluto*, de manera que la *reserva genérica* del artículo 60 de la Constitución perdería su razón de ser, cual es, a nuestro modo de ver, la de establecer el *límite* o *marco sustancial* de toda norma legal, esto es, la *generalidad* y la condición de *base esencial* de un ordenamiento jurídico (artículo 60, N° 20 de la Constitución).

De lo anterior podría inferirse que, bajo la premisa formulada por el Tribunal en torno al punto de los *niveles de ejercicio* de la reserva, existiría una *regla especial* y una *general*, primando la primera sobre la segunda, cuestión que, como ya lo hemos planteado, no nos parecería coherente con el espíritu del Poder Constituyente en orden a erradicar la omnipresencia de la ley, ilustrándose esto, insistimos, en el ya citado numeral 20° del artículo 60 de nuestra Carta Fundamental.

Atendidas las observaciones antedichas, insistimos en que esta tesis formulada por el Tribunal pudo haber sido, desde nuestro enfoque, más efectiva si se hubiere referido a las “*etapas*” de la reserva legal, comprendiéndose, de esta manera, que una vez agotada la primera “*etapa*” de verificación de si acaso una determinada materia esta comprendida en el territorio soberano de la ley, sólo ahí hubiese sobrevenido la siguiente “*etapa*” de corroboración del *grado de intensidad* con que dicha materia hubiere de ser normada por la ley, de modo que no quedare espacio alguno para la tentación de sostener la irrelevancia de los *elementos materiales* de la ley contenidos en el artículo 60 de nuestra Carta Fundamental.

No obstante estas precisiones, entendemos el espíritu subyacente a la formulación conceptual elaborada por el Tribunal Constitucional, el que, de todos modos, no podemos sino compartir.

Es así como el Tribunal, en el considerando 17°, ilustra lo que, a su juicio, es este segundo “*nivel*” de ejercicio de la reserva de la Ley.

Sostiene la magistratura que: “... cuando la Carta Fundamental ha previsto la reserva legal con carácter más absoluto, la regulación del asunto respectivo por el legislador debe ser hecha con la mayor amplitud, profundidad y precisión que resulte compatible con las características de la Ley como una categoría, diferenciada e inconfundible, de norma jurídica”.

A lo anterior resulta indispensable agregar lo que expone el Tribunal en el considerando 19°, cuando señala que: “ la exigencia constitucional explicada (esto es, el desempeño de la función legislativa con un grado mayor de rigurosidad en la amplitud de la temática regulada), supone que el legislador debe conciliar la generalidad, abstracción e igualdad de la ley, así como sus características de **normativa básica y permanente** , por un lado, con la incorporación a su texto de los principios y preceptos, sean científicos, técnicos o de otra naturaleza, que permitan (.....) concluir que el mandato constitucional ha sido plena y no sólo parcialmente cumplido”

Es aquí donde, pensamos, está la llave para abrirle las puertas a la razón.

En efecto, las distintas remisiones que el Poder Constituyente otorga a la ley a través de distintas disposiciones específicas de la Constitución (lo que configura aquello que el

Tribunal ha bautizado como *segundo nivel* de ejercicio de la reserva legal) jamás pueden ser obstáculo para la plena e irrestricta sujeción de las mismas al concepto material⁵¹ de ley construido por la propia Constitución Política, que reza “*norma de carácter general y obligatoria que estatuye las bases esenciales de un ordenamiento jurídico*”.

Siendo así, estimamos que aquellas remisiones de la Carta Fundamental que se erigen como aquello que la doctrina especializada ha denominado *Reserva Relativa de Ley*, no generarían obstáculo alguno en este sentido, no ocurriendo lo mismo con las denominadas *Reservas Absolutas de Ley*, dado que si, por una parte, se exige rigurosidad a la ley a tal punto de llegar al detallismo en la regulación de la materia de que se trata, no se ve cómo, por la otra, pueda exigirse la *generalidad y abstracción* propia de una norma llamada a establecer las *bases esenciales* de un ordenamiento jurídico.

Y es que es en este punto donde, reiteramos, ha de estar la solución a los *conflictos constitucionales* suscitados en torno a la tensión entre la Ley y el Reglamento, en el entendido de que el espíritu del Poder Constituyente fue, precisamente, eliminar la presencia de la ley ahí donde podía actuar la reglamentación administrativa⁵².

4.2) Exigencia de ciertos requisitos a la Ley Habilitadora.

A todo lo anterior, cabe agregar que el Tribunal insiste en la imposición de los requisitos tanto de la *determinación* de los derechos cuyo ejercicio ha de ser restringido como de la *especificidad* de las medidas que pueden, asimismo, adoptarse por la Administración para hacer operativa dicha restricción, requisitos que deben, necesariamente, estar contenidos en los *preceptos legales* que habilitan a la potestad reglamentaria *ejecutoria* para actuar legítimamente.

Así, en el considerando 20º, la Magistratura reproduce, a su vez, el considerando 40º de la sentencia Rol N° 325, que desmenuzamos en nuestro párrafo anterior.

A este respecto, pensamos que la exigencia de la *determinación* de los derechos (cuyo ejercicio pueda ser restringido) en forma concreta por la norma legal parece una exigencia ajustada a la prudencia y que, en principio, no debería provocar una tensión con el numeral 20º del artículo 60.

Luego, reiteramos que la exigencia de la *especificidad* rigurosa en cuanto a las medidas que se adopten para la limitación y/o restricción del ejercicio de determinados

⁵¹ Decimos “*materia*”, para oponer el concepto constitucional de Ley al que se contiene, a su vez, en el artículo 1º de nuestro Código Civil, en el entendido de que este último sólo reproduce *elementos formales* de la misma, no pronunciándose sobre *requisito sustancial* alguno.

⁵² *Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República*, sesión N° 355, celebrada el día Jueves 20 de Abril de 1978, P.2278. Sobre este particular, insistiremos en la posición que, en la referida Comisión, sostuvo el profesor Raúl Bertelsen, quien estimaba que “*el resto* (esto es, todo cuanto exceda a lo contenido en el artículo 60 de la Carta Fundamental) *caería dentro del campo de la potestad reglamentaria, la cual sale fortalecida al limitarse la actividad legislativa únicamente a las materias que, por su importancia para el país y por su carácter general, deban resolverse con acuerdo del Congreso*”.

derechos, planteada por el Tribunal tanto en la sentencia Rol N° 325 como en la que revisamos en el presente párrafo, nos parece que puede ser aceptable. Empero, estimamos que lo anterior no debiera significar que todos y cada uno de los *supuestos fácticos* que, potencialmente, pudieran subyacer a dichas *medidas* quedaran *prefijados y descritos* en la ley, toda vez que ello iría en directo desmedro de los alcances de *generalidad* y de *base esencial* de un ordenamiento jurídico (concepto material de ley), tal como lo intentamos demostrar en el fallo analizado anteriormente⁵³.

4.3) De la regulación del ejercicio del derecho de propiedad.

En lo que toca a la regulación del ejercicio de este derecho constitucional, y en aras de dar pleno cumplimiento a su *función social*, el Tribunal Constitucional ha considerado que ésta “...se halla, en variados aspectos, sometida al principio de reserva y dominio legal, en el sentido dual o copulativo que ha sido explicado, es decir, tanto en sus disposiciones comunes o generales, previstas en los artículos 32 N° 8, 60 y 19 N° 26 de la Constitución, como en sus preceptos específicos. Así sucede, por ejemplo, a propósito del establecimiento de las limitaciones y obligaciones del dominio, derivadas de la función social que le es intrínseca, de acuerdo a lo mandatado por el artículo 19 N° 24 inciso segundo de ella....”

A continuación, en el mismo considerando 21º, la Magistratura trae a la vista parte del texto de dicho inciso 2º, el que reza: “Sólo la ley puede establecer las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social (.....)”.

Luego, el Tribunal ha comprendido, según se desprende de lo preceptuado por el considerando 22º, que: “...obviamente, donde la Carta Fundamental ha previsto el doble principio de reserva y dominio legal descrito, lo ha hecho con la deliberada voluntad de fortalecer o reforzar la exigencia que conlleva ese principio, excluyendo, o restringiendo, cualquier injerencia de la potestad reglamentaria en la materia...”

A lo anterior se suma lo sostenido en el considerando que sigue, en orden a que: “...la potestad reglamentaria, en su especie o modalidad de ejecución de los preceptos legales, es la única que resulta procedente invocar en relación con las limitaciones y obligaciones intrínsecas a la función social del dominio (.....) nada más que para reglar cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercanas a situaciones casuísticas o cambiantes (.....)”.

De lo anterior fluye de manera nítida que, en torno a este conflicto, el Tribunal Constitucional sustenta su *línea argumentativa* sobre la base de lo preceptuado, a su turno, por el inciso segundo del numeral 24º del artículo 19 de la Constitución.

Así, la Magistratura comprende que el “segundo nivel” de ejercicio de la reserva legal se da, respecto del ejercicio del derecho de propiedad, de una forma *absoluta*, esto es, se exige del legislador una misión un tanto más aguda que en otros casos, todo lo cual se

⁵³ Sobre este particular, nos remitimos al ejemplo que formulamos en el párrafo anterior de nuestro trabajo, particularmente respecto a la *Ley General de Pesca y Acuicultura*, en el entendido de que no puede ser ésta la que incluya en su preceptiva todas y cada una de las razones científicas y/o técnicas que ameriten decretar la *veda biológica* en una zona de pesca ó pesquería determinada.

infiere del vocablo utilizado por el Poder Constituyente, cuando se refiere a que “Sólo” la ley puede (.....).

Compartimos la tesis del Tribunal en el sentido de que lo que se intentó fue reforzar el dominio de la Ley sobre esta materia utilizando el vocablo referido, no obstante lo cual insistimos en que, aún tratándose de aquel “segundo nivel” de ejercicio de la reserva tendiente a resguardar más intensamente una determinada materia al ámbito soberano de la ley, igualmente han de observarse los elementos *materiales* de la misma, que han sido fijados por la propia Carta Fundamental.

Creemos, asimismo, que de igual forma lo ha comprendido el propio Tribunal (*sin perjuicio de nuestro reparo en cuanto al punto de la especificidad de los **supuestos de hecho** sobre los cuales habrán de operar las medidas conducentes a limitar el ejercicio de determinados derechos*), tal como puede advertirse del contenido de su considerando 35°, en el que se afirma que: “*consiguientemente, sin llegar al extremo de dictar reglas específicas o nominativas, la Constitución requiere del Legislador, en su artículo 19 N° 24 inciso segundo, armonizado con el numeral 26° del mismo artículo, que configure un ordenamiento con densidad normativa suficiente, tanto sustantiva como formalmente entendida, de manera que no pueda después el proyecto o la ley respectiva, ser objeto de una habilitación excesiva a favor de la potestad reglamentaria de ejecución (.....)*”.

Resulta procedente, en aras de graficar lo que ha de entenderse por una ley en sentido *material*, citar lo que por tal norma ha entendido el profesor de Derecho Constitucional don Mario Cerda Medina ⁵⁴: “*En cuanto a la Ley, si ella es la regla suprema, es porque en ella no se inscribe ninguna exigencia particular, ninguna orden tributaria de exigencias contingentes, sino exclusivamente los imperativos permanentes y racionales que presiden el destino de una polis temporal*”

4.4) Examen de las normas legales habilitadoras.

Veremos pues, que el Tribunal, luego de plantear su tesis de los dos *niveles de ejercicio* de la reserva legal, de una parte, y de explicar su línea argumentativa tendiente a demostrar de manera fehaciente la *reserva absoluta* de la cual es titular la regulación del *ejercicio del derecho de propiedad*, de otra, se ve en la necesidad de verificar de manera empírica si acaso las disposiciones legales, que el propio decreto supremo invoca como antecedentes *habilitadores* en sus *vistos*, regulan la materia que ha sido, en principio, sólo pormenorizada y detallada por el decreto objetado por los señores senadores.

En efecto, señala el considerando 38° que: “*la preocupación de esta Magistratura (.....) ha sido constatar si, en tal cúmulo de disposiciones legales (esto es, aquellas invocadas por el Presidente de la República en los vistos fundantes del acto administrativo reglamentario), se hallan las que establecen las obligaciones derivadas de la función social del dominio, en el ámbito de la construcción y el urbanismo, porque sólo tal clase de preceptos legales pueden habilitar, con carácter complementario y subsidiario, el ejercicio de la potestad reglamentaria destinada a ejecutar lo*

⁵⁴ “*El Dominio de la Ley y del Reglamento*”, XVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público, U. De Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año 1987, P. 20

preestablecido por el legislador (.....)”.

Pues bien, sobre la base de un examen minucioso efectuado por la Magistratura en torno a las disposiciones legales que, supuestamente, habrían otorgado *habilitación legal* previa a la potestad reglamentaria *ejecutoria* del Presidente de la República, se llega a la inevitable conclusión de que todas éstas (entre las que se incluyen la Ley General de Urbanismo y Construcciones): “... *contienen disposiciones generales y enunciados muy amplios, en los cuales se confiere competencia a los órganos administrativos correspondientes, pero que, en ligamen con la reserva legal, precisa y vigorizada prevista en el artículo 19 N° 24 inciso segundo de la Constitución, para establecer las obligaciones del dominio que derivan de su función social, deben ser consideradas de inexistentes o, al menos, insuficientes. Por lo anterior, ha de concluirse que el D.S. N° 1, en estudio, carece de la habilitación legal necesaria para su dictación, razón por la que esta magistratura debe declararlo inconstitucional*”.

Y es que lo anterior si que ha encontrado asidero en la realidad de los hechos.

Sin ir mas lejos, nos encontramos en la obligación de examinar las disposiciones que el Presidente de la República ha invocado como antecedentes habilitadores para el ejercicio de su atribución especial contenida en el artículo 32 N° 8 de la Constitución. En efecto, el contenido de los *vistos* del decreto supremo N° 1, objetado, indica tres normas que pasamos, someramente, a revisar:

1) **D.F.L. N° 458 de 1975**, esto es, la **Ley General de Urbanismo y Construcciones**. Respecto a este cuerpo legal, supuestamente *habilitador* del decreto supremo de que se trata, el Contralor General de la República expuso tres de sus disposiciones, a saber, el artículo 1°, 2° y una parte del 105°.

Pues bien, de tales normas no se advierte atisbo alguno que diga relación, siquiera, con la posibilidad de restringir el ejercicio de algún derecho asegurado por el constituyente⁵⁵.

2) **Ley 16.391**, que crea el **Ministerio de Vivienda y Urbanismo**, publicada en el **D.O. el 16 de Diciembre de 1965**. Sobre esta normativa, a la que alude en sus *vistos* el decreto objetado, el Tribunal ha comprendido que nada más se refiere a las atribuciones inherentes a esta repartición pública, sin abundar en torno al punto de la posibilidad de que, en aras de dar cumplimiento a dichas atribuciones, se restrinja o limite el ejercicio del derecho de propiedad⁵⁶.

3) **Decreto Ley N° 1.305**, que reestructura y regionaliza al **Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el D.O. el 19 de Febrero de 1976**. El Tribunal examina el texto legal del artículo 4° de este cuerpo normativo, arribando a la misma conclusión que

⁵⁶ **Artículo 2 N° 3 Ley 16.391:** “El Ministerio tendrá a su cargo la política habitacional del país y la coordinación de las instituciones que se relacionen con el Gobierno por su intermedio, y, en especial, ejercerá las siguientes funciones: **N° 3:** dictar ordenanzas, reglamentos e instrucciones generales sobre urbanización de terrenos, construcción de viviendas, obras de equipamiento comunitario, desarrollo y planificación urbanas y cooperativas de viviendas, **N° 4:** supervigilar todo lo relacionado con la planificación urbana, planeamiento comunal e intercomunal y sus respectivos planes reguladores, urbanizaciones, construcciones y aplicación de leyes pertinentes sobre la materia”. Puede deducirse que aquí lo que existe es tan sólo una enunciación de atribuciones genéricas y desprovistas de cualquier regulación del ejercicio de ciertos derechos.

en los casos precedentes, esto es, que no se ha verificado *habilitación legal previa* y *eficaz* en torno al punto ya expuesto⁵⁷.

No podemos sino compartir este Fallo a la luz de lo preceptuado en el considerando 39º, en el que consta de manera clara que las disposiciones legales invocadas como antecedentes del decreto objetado son realmente, en extremo, *generales* y meramente *enunciativas de atribuciones*, también generales, de ciertos órganos de la Administración del Estado.

De lo anterior resulta que las normas legales, supuestamente *habilitadoras* del decreto objetado, no aludían siquiera a la posibilidad de *limitar* o *restringir* el ejercicio de ciertos derechos, como lo sería el de propiedad, de manera tal que, ni aún adoptándose una posición flexible por parte del Tribunal Constitucional, hubiese sido dable rechazar el requerimiento formulado por los señores senadores.

En torno a esta idea, pensamos que la sentencia se ha ajustado a la intención del Poder Constituyente respecto a la necesaria y fluida *colaboración* que la reglamentación *ejecutoria* ha de prestar a la actividad legislativa, aún, como ya lo hemos advertido más arriba, cuando se trate de reservas que, a juicio de la literatura especializada, adquieran el carácter de *absolutas* (como ocurre, entre nosotros, con el derecho de propiedad).

⁵⁵ **Artículo 1º DFL 458:** “Las disposiciones de la presente ley, relativas a planificación urbana, urbanización y construcción, y las de ordenanza que sobre la materia dicte el Presidente de la República, regirán en todo el territorio nacional” **Artículo 2º DFL 458:** “Esta legislación de carácter general tendrá tres niveles de acción: La ley general, que contiene los principios, atribuciones, potestades, facultades, responsabilidades, derechos, sanciones y demás normas que rigen a los organismos, funcionarios, profesionales y particulares, en las acciones de planificación urbana, urbanización y construcción. La ordenanza general, que contiene las disposiciones reglamentarias de esta ley y que regula el procedimiento administrativo, el proceso de planificación urbana, urbanización y construcción, y los standards técnicos de diseño y construcción exigibles en los dos últimos. Las normas técnicas, que contienen y definen las características técnicas de los proyectos, materiales y sistemas de construcción y urbanización, para el cumplimiento de los standards exigidos en la ordenanza general” **Artículo 105 DFL 458:** “El diseño de las obras de urbanización y edificación deberán cumplir con los standards que establezca la ordenanza general en lo relativo a: Trazados viales urbanos. De esta manera, son estas tres normas las que utilizó la Contraloría General de la República para defender la constitucionalidad del decreto objetado y, como puede advertirse de la sola lectura de éstas, no existe pronunciamiento específico alguno que diga relación con alguna posibilidad de restringir o limitar el ejercicio de algún derecho de los administrados. Ahora bien, el Tribunal Constitucional, en virtud de su compleja misión de encontrarle alguna justificación o *habilitación legal previa* al decreto supremo en comento, fue un poco más allá y revisó el **artículo 29 del DFL 458**, que reza: “Corresponderá al Ministerio de Vivienda y Urbanismo la planificación del desarrollo urbano a nivel nacional. Le corresponderá, asimismo, a través de la Ordenanza General de la presente Ley, establecer normas específicas para los estudios, revisión, aprobación y modificaciones de los instrumentos legales a través de los cuales se aplique la planificación urbana en los niveles antes señalados. Estos instrumentos, sancionados por la autoridad correspondiente, tendrán fuerza legal en su aplicación, incluso para las reparticiones públicas” De esta disposición se colige también que no ha mediado referencia legal alguna en cuanto al punto de la limitación del derecho de propiedad.

⁵⁷ **Artículo 4 DL 1.305:** “Corresponderá al Ministerio formular y supervigilar las políticas nacionales en materia habitacional y urbanística y las normas técnicas para su cumplimiento, como asimismo la administración de los recursos que le hayan entregado y la coordinación y evaluación metropolitana y regional en materia de vivienda y urbanismo. Le corresponderá, además, la coordinación y supervigilancia de las instituciones que se relacionen con el Gobierno por su intermedio”

Con todo, lo anterior no habría sustentado, en ningún caso, una sentencia distinta en esta controversia ya que, como se desprende del referido considerando 39º, las normas legales invocadas por el propio decreto objetado no cumplieron siquiera con el *umbral mínimo* de regulación del ejercicio del derecho de que se trata. Así, pensamos, el destino del D.S. N° 1 del año 2003 hubiese sido distinto si las normas legales *habilitadoras* se hubieran referido, al menos, a la *determinación* de los derechos susceptibles de ser limitados o restringidos a fin de dar cumplimiento a las exigencias propias de la *función social* de la propiedad en materia de planificación urbana.

Es posible, asimismo, advertir la adopción, por parte de la Magistratura, de una posición de *entendimiento* entre la Ley y el Reglamento, desde el momento en que ha quedado claro que ha de mediar una indispensable conciliación entre la *generalidad* de la ley y la preceptiva que, conforme a la *clase de reserva* que se le expida según el “segundo nivel” de ejercicio de la misma, se le exija considerar según la materia de que se trate.

Es este, en nuestra opinión, un punto importante que contiene esta sentencia, dado que ha tomado en consideración los requisitos *materiales* o *sustantivos* que, a su vez, han sido expresamente incorporados por el Poder Constituyente a la Carta Fundamental a través del ya mencionado numeral 20º del artículo 60.

Insistimos, no obstante, en el peligro potencial de exigir tanta *especificidad* en las medidas susceptibles de ser adoptadas por la Administración para restringir el ejercicio de ciertos derechos, dado que ello, reiteramos, puede devenir en *otra exigencia no deseada*, cual es la de describir todos y cada uno de los *supuestos fácticos* sobre los que han de operar dichas medidas, en el entendido de que tal exigencia podría incidir, probablemente, en la desaparición de la *reglamentación administrativa* inherente a este punto y, de esa manera, echar por tierra la línea argumentativa adoptada por el Tribunal en este caso y a la cual hemos, casi totalmente, adherido.

5) Prevenciones de la minoría.

Respecto a este voto (cuya exposición pública, como lo dijimos en nuestro comentario de la sentencia Rol N° 325, no compartimos), es el Ministro Figueroa Yávar quien discrepa de la diferenciación formulada por el Tribunal entre la preceptiva del Artículo 2.4.3. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones y el texto del decreto supremo objetado ya que, sobre el particular, el Ministro sostiene: “*que un reclamo de inconstitucionalidad debe ir necesariamente enderezado a mantener una situación de constitucionalidad preexistente. De esta manera, si la impugnación de una norma, de prosperar, no evita una inconstitucionalidad sobreviniente, el recurso se torna inútil y sin verdadero contenido eventualmente correctivo.....*”

De esta forma, el ministro Figueroa ha comprendido que, por tratarse de decretos supremos (tanto la Ordenanza como el decreto objetado) cuyo contenido normativo no ha diferido sustancialmente, resultaría absurdo declararlo inconstitucional, si es que así lo fuere, desde el momento en que dicha declaración no cambiaría el estado actual de las cosas, ya que perduraría una situación igualmente inconstitucional.

Digamos que, sobre este punto, no compartimos la argumentación del Ministro Figueroa, para lo cual nos remitimos directamente a las diferencias existentes entre los referidos decretos supremos ya vistas con antelación.

Sólo diremos que el Figueroa Yávar ha sostenido que en ambos decretos supremos se exige la realización de un Estudio de Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano, existiendo una mera diferencia en cuanto al punto del mecanismo procedimental conforme al cual se desarrollaría dicho estudio. Luego, pronunciándose sobre la encomendación de una atribución al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, señala Figueroa Yávar que: *“sobre el particular basta tener en vista lo preceptuado en la Ley 18.059, en cuyo artículo primero, letra D, se le faculta para dictar (.....) las normas necesarias e impartir las instrucciones correspondientes para el adecuado cumplimiento de las disposiciones relativas al tránsito terrestre por calles y caminos (.....) Se desprende, en consecuencia, que la facultad, atribución o poder jurídico, y por ende la competencia en cuestión se la concede al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones no el Decreto Supremo impugnado, sino que la norma legal transcrita.....”*

Por último, no podemos dejar pasar la tesis de Figueroa, en cuya virtud, de ser efectiva la limitación o restricción del ejercicio del derecho de propiedad, ello devendría de los *incisos subsistentes* del decreto supremo que se intentó modificar (esto es, la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, en su ya citado artículo 2.4.3.), no pudiendo, en consecuencia, ser objeto de censura ni tampoco extenderse la competencia de este Tribunal a su examen.

Esta tesis planteada por el Ministro Figueroa Yávar implicaría una suerte de *incompetencia* del Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre este punto, quedando relegado el ejercicio de su jurisdicción para este caso particular, sólo a las alegaciones restantes de los requirentes y que, como se advierte de las prevenciones formuladas por el Ministro, serían igualmente desechadas por los argumentos esgrimidos por el último ⁵⁸.

5.1) Nuestra opinión en torno a estas prevenciones de la disidencia.

Creemos que la tesis sustentada por el Ministro disidente, en orden a objetar la circunstancia de que hubiesen sido los incisos modificados por el decreto supremo objetado los que hubiesen vulnerado ciertas garantías constitucionales, no encontraría un real y auténtico asidero en los hechos. Lo anterior se funda en dos razones que, bajo nuestra óptica, se evidencian a partir de lo que sigue;

⁵⁸ Dígase que, sobre el punto de la exención del trámite de la *toma de razón*, Figueroa sostiene que *“sobre el particular, cabe recordar que el actual inciso sexto del artículo 10 de la Ley 10.336 (Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República) autorizó al Contralor a eximir el trámite de la toma de razón a todos aquellos actos administrativos que no considerase esenciales”*. A su vez, en el considerando 6º de las prevenciones de Figueroa, este sostiene que *“en el mismo orden de ideas, es útil destacar que Contraloría tomó razón del decreto supremo requerido, lo que revela que lo estimó legal y constitucional, incluso en aquella parte que constataba la exención de la toma de razón respecto de la resolución que aprobaba la comentada metodología. Es evidente el celo que pone dicha repartición en lo que son sus potestades, de manera que, el hecho de no haber reparado el acto, es demostrativo que dicha repartición no estimó que el decreto supremo cercenará sus facultades contraloras”*

I) De la lectura del primer inciso del artículo único del decreto objetado, se desprende nítidamente que se crea una obligación para ciertos propietarios de determinados proyectos residenciales y no residenciales.

Así, pues, nace la obligación de elaborar un determinado Estudio bajo determinados requisitos y condiciones. De lo anterior fluye de manera evidente que es precisamente este inciso el que impone una carga o limitación al ejercicio del derecho de propiedad, obligando a quien se encuentre en la situación descrita por tal inciso a ceñirse a lo preceptuado por los incisos siguientes, de manera que los incisos subsistentes del artículo 2.4.3. de la ordenanza general (estos son, los incisos tercero y cuarto) sólo contienen cuestiones *meramente procedimentales* a las que se tienen que someter quienes estén dentro de la hipótesis del inciso primero.

Por tanto, es éste del cual arrancarían las pretendidas vulneraciones (carentes de habilitación legal previa) o limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad.

II) Pensamos que el argumento sostenido por el Ministro Figueroa se erige como una suerte de *salvaguarda* frente a la eventual hipótesis de que las semejanzas sustantivas (que según Figueroa existirían) entre lo dispuesto por la Ordenanza General y el D.S. objetado no existieran, de modo tal que, en dicho supuesto, el Tribunal carecería igualmente de competencia en el entendido de que las vulneraciones de garantías constitucionales (como el derecho de propiedad) no provendrían de los nuevos incisos primero y segundo, sino que de los incisos no modificados por el D.S. objetado (estos son, a saber, el tercero y el cuarto del artículo 2.4.3. de la Ordenanza).

Parecería, entonces, según el criterio del Ministro Figueroa, del todo irrelevante el que la *sustancia* de las reglamentaciones administrativas del caso fuesen distintas, esto es, que la preceptiva del decreto supremo N°1 difiriera de la propia del artículo 2.4.3. de la Ordenanza General, desde el momento en que la *limitación* o *restricción* al ejercicio del derecho de propiedad arrancarían de los incisos subsistentes y no modificados de la referida norma, cuestión que, como ya lo advertimos más arriba, no compartimos.

PÁRRAFO CUARTO: SENTENCIA ROL N° 373 DEL VENTIDÓS DE JULIO DEL AÑO 2003.

1) Planteamiento del Problema.

El conflicto constitucional suscitado en este caso consistió en un requerimiento formulado por un grupo de senadores por la vía del artículo 82 N° 5 de la Carta Fundamental, a fin de que se declarase la inconstitucionalidad del decreto supremo N° 66 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (publicado en el D.O. el 1° de Abril del año 2003).

A fin de ingresar derechamente a analizar la pretensión subyacente en el líbello de los parlamentarios, creemos conveniente ilustrarnos un tanto respecto a las normas

involucradas en la controversia.

En efecto, el D.S. objetado se conforma de dos partes. En la primera de ellas se procede a reemplazar el artículo 2.1.31. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones por el que se señala.

Luego, en la segunda, se modifica parcialmente el texto del artículo 2.1.33. del mismo cuerpo reglamentario. A fin de delinear con mayor precisión el conflicto, diremos que éste se produce tan sólo en torno a la primera parte del D.S. objetado ⁵⁹. En consecuencia, procederemos a revisar aquellos incisos que nos interesan de la primera parte del referido decreto.

1.1) Revisión de lo preceptuado por el Decreto Supremo objetado (lo que nos interesa).

“ Reemplazase el artículo 2.1.31. por el siguiente: Artículo 2.1.31.; El tipo de uso Area Verde definida en los Instrumentos de Planificación Territorial se refiere a los parques, plazas y áreas libres destinadas a área verde, que no son Bienes Nacionales de uso público, cualquiera sea su propietario, ya sea una persona natural o jurídica, pública o privada.

En las áreas verdes señaladas en el inciso anterior, que no se hubieren materializado como tales, se podrá autorizar la construcción de edificios de uso público o con destinos complementarios al área verde, siempre que el área destinada a estos usos no ocupe mas del 20 % de la superficie total del predio destinada a uso área verde en el Instrumento de Planificación Territorial. (.....).

Dichas autorizaciones al proyecto presentado serán otorgadas por el Director de Obras Municipales, previo informe del Asesor Urbanista si lo hubiere, en el caso que las áreas verdes estén definidas en un Plan Regulador Comunal. En el caso que el área verde se encuentre definida en un Plan Regulador Metropolitano o Intercomunal, la autorización al proyecto será otorgada por la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo, previa consulta a la Municipalidad respectiva (.....).

Las autorizaciones y construcciones podrán obtenerse y ejecutarse en forma parcial y sucesiva, siempre que la suma de ellas no sobrepase en total, el porcentaje máximo señalado en el inciso segundo precedente. El proyecto se puede localizar concentrado o disperso en el terreno (.....). Las áreas verdes públicas o privadas señaladas como tales en los Instrumentos de Planificación Territorial sólo podrán ser destinadas a otros usos mediante modificación del respectivo Instrumento de Planificación Territorial.”

2) Alegaciones de los requirentes.

⁵⁹ Creemos indispensable traer a la vista el **texto original** del artículo 2.1.31. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, que reza: *“El tipo de uso área verde se refiere a los parques, plazas y áreas libres destinadas a área verde, sean estas fiscales, municipales o de dominio privado. Los instrumentos de planificación territorial deberán identificar las áreas verdes, en forma separada de las áreas destinadas a vialidad. Las áreas verdes públicas o privadas señaladas como tales en los instrumentos de planificación territorial sólo podrán ser destinadas a otros usos mediante modificación del respectivo instrumento.”*

Así pues, habiendo visto la preceptiva del nuevo artículo 2.1.31. de la Ordenanza General, debemos atender las observaciones formuladas por los señores Senadores en torno al punto.

En efecto, en el libelo presentado por los parlamentarios, se puede advertir una *doble pretensión*.

De una parte, se han cuestionado las atribuciones que el D.S. objetado le otorga a ciertos organismos públicos, como sucede en el inciso segundo del texto impugnado (a propósito de las *autorizaciones de construcción en las áreas verdes señaladas en el inciso primero y que no se hubieren materializado como tales*), careciendo de normas legales que lo habiliten para tal cometido, según plantean los requirentes.

De otra, los parlamentarios alegan que el D.S., objetado, establece una limitación absoluta para erigir construcciones que sobrepasen el 20 % de la *superficie predial*, la que, por cierto, no tiene fundamento legal, contraviniendo, de esta forma, el principio de reserva y dominio legal que para los efectos del ejercicio del derecho de propiedad, se encuentra consagrado en el artículo 19 N° 24 y 26 de la Constitución Política.

2.1) Alegaciones en torno a las cuestiones de atribución de competencias.

Es precisamente en el considerando 8° de la sentencia en cuestión donde consta que los honorables cuestionan la circunstancia de que: *“por la vía reglamentaria, se otorgan atribuciones y funciones públicas a agentes públicos, sin que exista la debida contrapartida legal, ó al menos desbordando las existentes...”*

Evidentemente, según queda de manifiesto en la reclamación, los senadores sustentan su pretensión sobre la base de que, si acaso existieren normas legales que autorizaren a la potestad reglamentaria para ejecutar o pormenorizar ciertas atribuciones ya diseñadas por el legislador, éstas habrían sido, en todo caso, desbordadas por la potestad reglamentaria de que se trata. Lo anterior nos demuestra un celo de atribuciones sino excesivo, a lo menos vehemente por parte de los legisladores.

Asimismo, sostienen los requirentes: *“la inconstitucionalidad consiste, entonces, en que las facultades que ahora se otorgan, por la vía reglamentaria, carecen de contrapartida legal, no pudiendo la potestad reglamentaria del Presidente de la República invadir el dominio de la ley, como ocurre en la especie”*.

2.1.1) Razonamiento y pronunciamiento de la Magistratura respecto a la atribución conferida al Asesor Urbanista.

De este modo, el Tribunal Constitucional ha entendido que, para dar solución eficaz a este conflicto constitucional, se hace indispensable examinar las normas legales involucradas en torno a las funciones públicas asignadas a ciertos órganos, de modo de verificar la existencia (o eventual ausencia) de normas legales previas y suficientemente habilitadoras de la potestad reglamentaria ejecutoria.

De esta manera, del tenor de lo dispuesto en el inciso tercero del decreto supremo objetado (citado más arriba), se desprende claramente que las autorizaciones para construir en áreas verdes que no se hubieren materializado como tales, serán otorgadas,

a su vez, por distintos órganos según se trate de áreas verdes destinadas en diferentes tipos de *instrumentos de planificación territorial*.

Así, por una parte, tratándose de áreas verdes consultadas en *Planos Reguladores Comunales*, la autorización respectiva será otorgada por el *Director de Obras Municipales*, previo informe del *Asesor Urbanista*.

De otra parte, tratándose de aquellas áreas verdes destinadas en *Planos Reguladores Metropolitanos* o *Intercomunales*, la autorización al proyecto será otorgada por la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo (*Seremi*), previa consulta a la Municipalidad respectiva.

Conforme a la distinción anterior, cabe citar la objeción de los requirentes, en torno a que: *“las tres condiciones previas a la autorización por parte del Director de Obras, a saber, la del Asesor Urbanista, la del SEREMI de Vivienda y Urbanismo y la de la Municipalidad respectiva importan una intromisión e interferencia con las facultades que la Ley ha radicado exclusivamente en el Director de Obras Municipales”* (considerando 8°).

Nos parece conveniente, previo a desmenuzar las disposiciones legales que, a juicio del Tribunal, otorgarían habilitación suficiente a la potestad reglamentaria ejecutoria para dar aplicabilidad a las competencias respectivas, el formular nuestra primera crítica a la pretensión de los señores Senadores en torno a la *insuficiencia legal* en cuanto al punto de la configuración de las facultades o atribuciones públicas.

En efecto, creemos que lo expuesto en el párrafo precedente ilustra un cierto desconocimiento por parte de los requirentes de la legislación urbanística imperante en nuestro país, toda vez que no parece sensato cuestionar el hecho de que, tratándose de áreas verdes consultadas en *Planos Reguladores Intercomunales*, sea precisamente el órgano público gestor de dicho instrumento de planificación territorial en quien recaiga, a su vez, la facultad de velar por el cumplimiento de sus respectivas disposiciones.

Y es que es la propia Ley General de Urbanismo y Construcciones la que, en su artículo 36, encomienda la confección del *Plan Regulador Intercomunal* a la respectiva *“Secretaría Regional de Vivienda y Urbanismo, con consulta a las Municipalidades correspondientes e Instituciones Fiscales que se estime necesario...”*.

De este modo, si es la SEREMI respectiva el ente público gestor del referido Instrumento de Planificación Territorial, con consultas a las Municipalidades de las comunas comprendidas en el mismo, luego *¿acaso no parece como consecuencia obvia de ello el que sea la misma SEREMI, también con consulta a las Municipalidades respectivas, el órgano responsable de velar por el debido y esmerado cumplimiento de la normativa envuelta en el referido Instrumento?*

Ahora bien, la Magistratura, siguiendo la ya aludida distinción entre las autorizaciones de construcción en áreas verdes consultadas en uno u otro Instrumento de Planificación Territorial, comienza por efectuar un examen de las normas legales que, a su juicio, deben ser consideradas para la verificación de si acaso ha existido o no la *habilitación previa y suficiente* para que la potestad reglamentaria ejecutoria *“pormenorice”* la atribución del asesor urbanista en orden a informar al Director de Obras

Municipales, previo a que éste último otorgue la autorización de construcción en aquellas áreas verdes destinadas en el *Plan Regulador Comunal* (el que, por mandato del artículo 43 inciso 2º Ley General de Urbanismo y Construcciones, esta encomendado en su ejecución a la Municipalidad respectiva).

En concordancia con lo anterior, la Magistratura, en su incansable búsqueda de normas legales que den sustento habilitador de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cita dos disposiciones legales que, interpretadas armónicamente, se configurarían como *habilitadoras previas* y *suficientes* de la referida potestad presidencial en torno al punto de la supuesta atribución conferida al Asesor Urbanista. Siendo éstas, a saber:

Artículo 3, letra e) de la L.O.C. de Municipalidades (Nº 18.695): “*Corresponderá a las Municipalidades, en el ámbito de su territorio, aplicar las disposiciones sobre construcción y urbanización, en la forma que determinen las leyes, sujetándose a las normas técnicas de carácter general que dicte el Ministerio respectivo.*”

Artículo 21 del mismo cuerpo legal, inciso tercero (enunciación de las funciones inherentes al Asesor Urbanista): “*Adscrito a esta unidad (a la Secretaría Comunal de Planificación) existirá el asesor urbanista, quien requerirá estar en posesión de un título universitario de una carrera de, a lo menos, diez semestres, correspondiéndole las siguientes funciones:*

Asesorar al alcalde y al concejo en la promoción del desarrollo urbano;

Estudiar y elaborar el Plan Regulador Comunal, y mantenerlo actualizado, promoviendo las modificaciones que sean necesarias y prepararlos planes seccionales para su aplicación, y

c) Informar técnicamente las proposiciones sobre planificación urbana intercomunal, formuladas al municipio por la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo.”

Luego, entiende el Tribunal que: “*cabe agregar que ese acto administrativo (D.S. Nº 66) no ha establecido ni otorgado nuevas competencias a dicho funcionario asesor, hallándose restringido tal acto a desarrollar ó pormenorizar las atribuciones y facultades que se encuentran ya previstas en la legislación examinada*” (considerando 15º, parte final).

A esta conclusión arriba el Tribunal luego de estimar que, conforme a la ley y al texto del decreto supremo objetado, queda de manifiesto que la competencia del Asesor Urbanista es de índole no vinculante para el Director de Obras Municipales, de modo que la competencia resolutive queda, sin lugar a dudas, radicada exclusivamente en el referido Director (considerando 14º).

Compartimos el rechazo que el Tribunal efectúa respecto al capítulo de inconstitucionalidad referido a la supuesta atribución *diseñada* por la potestad reglamentaria *ejecutoria* al Asesor Urbanista.

Empero, pensamos que no era necesario precisar el alcance no vinculante del informe evacuado por el referido asesor al Director de Obras, por cuanto ello nada tiene que ver con la *habilitación legal previa* que otorga, a su vez, sustento jurídico suficiente al accionar del Poder Ejecutivo.

2.1.1.1) Nuestra opinión sobre la resolución de este capítulo de inconstitucionalidad.

Creemos que habría sido suficiente que el Tribunal Constitucional hubiese sostenido únicamente que la razón por la cual el requerimiento de los señores Senadores era inviable respecto a la atribución conferida al Asesor Urbanista, estribaba en que al ser éste el sujeto encargado de estudiar y elaborar el *Plan Regulador Comunal*, parecía obvio que, luego, le incumbiera informar al Director de Obras Municipales respecto a la *conveniencia o inconveniencia* de autorizar la construcción en un determinado predio considerado o destinado a área verde por el referido Instrumento de Planificación Territorial.

Creemos que aquí el Tribunal debió haber adoptado una posición más consistente en cuanto a que las atribuciones conferidas a los órganos públicos por parte del Poder Legislativo, en especial en materias de *planificación urbana*, no son idóneas para detallar todas y cada una de las circunstancias bajo las cuales dichas atribuciones o competencias pueden desenvolverse⁶⁰, en el entendido de que la *complejidad y multiplicidad* de factores o coyunturas que afectan la organización de las comunidades en materias de planificación urbana hacen indispensable reservar la adecuación de las competencias públicas a los casos concretos, debiendo observarse siempre, sin lugar a dudas, las matrices orgánicas conferidas por el Legislador.

Y así, reiteramos que no parecería coherente con el ánimo o espíritu del Poder Constituyente de 1980 el que la Ley hubiese llegado al extremo de preceptuar algo como lo que sigue:

“Incumbirá al Asesor Urbanista evacuar informe al Director de Obras Municipales previo a la autorización otorgada por éste para construir en áreas verdes consultadas en el Instrumento de Planificación Territorial de nivel comunal”.

Lo anterior lo estimamos así ya que si ha sido la ley la que encomienda al Asesor Urbanista la elaboración del referido *Plan Regulador Comunal*, parecería obstinado que la misma ley precisara, a posteriori, que todo acto administrativo que diga relación con la aplicación de dicho Plan requerirá la evacuación de un informe del autor o gestor del mismo⁶¹.

2.1.2) Razonamiento y pronunciamiento del Tribunal sobre la atribución

⁶⁰ *Apuntes de la Cátedra de Derecho Urbanístico, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1º Semestre, Año 2004, profesora Sra. María Eliana Martínez F. Sobre este punto, creemos procedente abundar en lo que se sostiene en la pág. 28 de este apunte, en orden a que “...a la nueva y diversa acción del poder público le resulta insuficiente el esquema elaborado en el marco del Estado de Derecho, conforme al cual las formas de manifestación de la voluntad estatal responden a una estructura jerarquizada integrada desde una norma suprema –la Constitución– por las Leyes Ordinarias, los Reglamentos y las decisiones concretas (en especial, los actos administrativos), porque no se trata ya tanto de establecer regulaciones generales y abstractas con vocación de vigencia indefinida (.....) Surgen así nuevas formas de manifestación del Poder Público, entre las que destacan la Ley Medida y el Plan, que aparecen y se perfilan en función de las necesidades reales y sin un claro encuadre en las categorías establecidas, justamente porque su lógica se reduce a hacer viables las acciones públicas a las que sirven o de las que traen causa (.....)”*

conferida al SEREMI.

Habiéndose así desechado lo planteado por los requirentes en cuanto al punto del Asesor Urbanista, el Tribunal procede a resolver “*lo planteado por los requirentes en relación con la autorización para construir que el decreto supremo N° 66 (.....) establece a propósito de las Secretarías Regionales Ministeriales de Vivienda y Urbanismo, cuando el área verde se encuentre definida en un Plan Regulador Metropolitano o Intercomunal*” (considerando 17°).

Siguiendo una línea argumentativa similar al caso del Asesor Urbanista, el Tribunal Constitucional ha entendido que es indispensable “*.....reproducir o mencionar las disposiciones legales atinentes para examinarlas, después, en relación con la habilitación que la Carta Fundamental requiere para ejercer, legítimamente, la potestad reglamentaria de ejecución.*” (considerando 18°).

2.1.2.1) Normas Legales traídas a la vista por el Tribunal.

Artículo 23, Decreto Ley N° 1.305, del año 1976 (reestructura y regionaliza el Ministerio de la Vivienda y Urbanismo): “*Las Secretarías Ministeriales Regionales y Metropolitana tendrán como misión concretar la política nacional de vivienda y urbanismo en sus respectivas jurisdicciones, para lo cual realizarán actividades de planificación, programación, evaluación, control y promoción de dicha política. Deberán velar, además, por el estricto cumplimiento por parte de los servicios regionales y metropolitano de Vivienda y Urbanismo en sus respectivas jurisdicciones, de todos los planes, normas e instrucciones impartidas por el Ministerio y, especialmente, por que sus inversiones se ajusten estrictamente a los presupuestos aprobados para cada uno de ellos.*”

Artículo 5 letra e), Reglamento Orgánico de las Secretarías Regionales Ministeriales de Vivienda y Urbanismo, contenido en el D.S. N° 397, del año 1977 del mismo Ministerio: “*A cada secretario ministerial de vivienda y urbanismo, en su jurisdicción, le corresponderá especialmente las siguientes funciones y atribuciones: letra e) otorgar las autorizaciones y certificados que procedan, y realizar, a través de las unidades de su dependencia, todas las gestiones que le encomiendan las leyes y los reglamentos vigentes, especialmente los que se refieren a contratos de ejecución de obras de edificación y urbanización y al Registro Nacional de contratistas del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo.*”

No obstante la claridad con que esta disposición reglamentaria establece la atribución de los SEREMI en orden a efectuar y otorgar todas las autorizaciones y certificados que procedan, estimamos que, para los efectos de realizar un análisis más

⁶¹ Sobre este particular, nos remitimos un tanto a lo mencionado en el **párrafo quinto del Título Primero** de nuestro trabajo. En especial, lo que planteamos cuando formulamos la importante diferenciación entre aquellas situaciones fácticas susceptibles de encuadrarse en atribuciones públicas ya contenidas en la Ley ó bien aquellas situaciones fácticas enteramente innovadoras o nuevas y que, por tanto, requerían de una nueva norma legal que las clasificara como competencia pública. Conforme a lo anterior, estimamos que en el caso de la atribución del Asesor Urbanista, contenida en el del texto del decreto supremo objetado, se trata de una situación susceptible de encuadrarse en una atribución pública ya calificada como tal por el Legislador, y esta es, a saber, la contenida en el artículo 21, inciso tercero, letra b), de la L.O.C. de Municipalidades.

riguroso en torno a este punto, no debiera haberse considerado esta norma, atendido su carácter de *norma infralegal*.

De este modo, y para resolver el conflicto en conformidad inmediata a la ley y en conformidad mediata a la Constitución, entendemos que las normas legales habilitadoras han de ser buscadas, preferentemente, en los vistos del decreto objetado.

Artículo 4, inciso 1º, Ley General de Urbanismo y Construcciones (Decreto con Fuerza de Ley N° 458, de 1976): “*Al Ministerio de Vivienda y Urbanismo corresponderá, a través de la División de Desarrollo Urbano, impartir las instrucciones para la aplicación de las disposiciones de esta Ley y su Ordenanza General, mediante circulares, las que se mantendrán a disposición de cualquier interesado. Asimismo, a través de las Secretarías Regionales Ministeriales, deberá supervigilar las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas y técnicas sobre construcción y urbanización e interpretar las disposiciones de los instrumentos de planificación territorial.*”

Artículo 64, letra f), Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional (N° 19.175): “*A las secretarías regionales ministeriales corresponderá: letra f) realizar tareas de coordinación, supervigilancia ó fiscalización sobre todos los organismos de la Administración del Estado que integren su respectivo sector.*”

Ahora bien, siendo estas las disposiciones invocadas por la Magistratura a efectos de ahondar en la búsqueda de la tan preciada *habilitación previa y suficiente* de la potestad reglamentaria de ejecución del Presidente de la República (artículo 32 N° 8), creemos, sin embargo, que al Tribunal se le escapó una disposición legal que, para este fin, estimamos es esencial traer a la vista:

Artículo 36, inciso 1º, Ley General de Urbanismo y Construcciones (DFL N° 458 de 1976): “*El Plan Regulador Intercomunal será confeccionado por la Secretaría Regional de Vivienda y Urbanismo, con consulta a las Municipalidades correspondientes e Instituciones Fiscales que se estime necesario, sin perjuicio de las normas especiales que se establezcan para el Area Metropolitana.*”

Como puede advertirse, y tal como ya lo planteamos más arriba, parece razonable que el ente responsable de supervigilar el cumplimiento de las disposiciones inherentes a un determinado Instrumento de Planificación Territorial, sea, precisamente, su propio gestor, que en este caso no es otro que la propia secretaría regional ministerial respectiva.

A mayor abundamiento, si una determinada SEREMI de Vivienda y Urbanismo, durante el proceso de elaboración del Plano Regulador Intercomunal (en conformidad al artículo 36 y siguientes de la Ley General), destina una superficie determinada al uso área verde, se erige como una consecuencia natural de ello el que el otorgamiento de la autorización para construir hasta el 20 % de dicha superficie predial sea prestado, asimismo, por la propia SEREMI de Vivienda y Urbanismo.

Sin siquiera citar la disposición transcrita precedentemente, es el propio Tribunal Constitucional quien arriba a una conclusión similar a la nuestra, pero a través de otra disposición, cual es el ya visto artículo 23 del Decreto Ley N° 1.305.

Así, la Magistratura ha entendido que si “...la Ley ha habilitado a ese órgano regional para materializar, en términos efectivos, los criterios matrices que las autoridades administrativas superiores del país han trazado en la materia, debe entenderse que el legislador lo ha capacitado también para pronunciarse sobre los proyectos destinados a concretarla. Por idéntico motivo resulta igualmente indudable que, ejerciendo esta competencia, incumbe al Secretario Regional Ministerial pronunciarse, con carácter evaluativo y fiscalizador, acerca de la adecuación de tales proyectos a la legislación cuyo cumplimiento (.....) es su deber cautelar.” (considerando 21°).

2.1.2.2) Pronunciamiento del Tribunal respecto a este capítulo de inconstitucionalidad.

Del considerando 22° de la sentencia, se desprende que el Tribunal “...rechaza también este capítulo de inconstitucionalidad (referente a la supuesta atribución creada por la potestad administrativa al las SEREMI) de aquel decreto, declarando que sólo se ha limitado a ejecutar lo dispuesto en los preceptos legales explicados.”

Más aún, no conformándose con lo anterior, la Magistratura impregna a su razonamiento una *matriz conceptual* que nos parece bastante interesante y decidora.

En efecto, es en el considerando 23° en el que el Tribunal arguye que “...el principio de razonabilidad (.....), confirma lo resuelto en el considerando precedente, pues resulta adecuado a la finalidad perseguida por las leyes y proporcionado como medio idóneo para lograrla, sostener que el Secretario Regional Ministerial respectivo es el órgano estatal que debe intervenir en los asuntos que le encomienda, con sujeción a la Ley, el Decreto Supremo N° 66. Efectivamente, tratándose de Planos Reguladores Intercomunales o Metropolitanos, los cuales obviamente abarcan a diversos municipios, resulta lógico y razonable, como se ha dicho, concluir que es la Secretaría Regional Ministerial competente a quien incumbe otorgar la autorización referida en aquél texto reglamentario.”

Nos parece interesante la resolución del Tribunal sobre este punto por cuanto, comprendemos, éste ha adoptado una tesis que podría denominársele como *permissiva*, en torno a la configuración e implementación de las competencias propias de los distintos órganos públicos en materia de planificación urbana, sin que por ello se arriesgue, en lo más mínimo, el tan preciado *Principio de Legalidad* de los actos de la Administración (artículo 7 de la Carta Fundamental).

Lo anterior ha sido fundado en el denominado *Principio de la Razonabilidad Técnica*, cuya máxima expresa que ha de existir una coherencia entre los *fines postulados* por un precepto legal y los *medios disponibles* para la consecución de dichos fines⁶².

Se sigue entonces que el Tribunal ha comprendido que si son las Secretarías Regionales Ministeriales de Vivienda y Urbanismo los entes a quienes se les ha encomendado la misión de concretar la política nacional de vivienda y urbanismo en sus respectivas jurisdicciones y, al mismo tiempo, son los órganos titulares del proceso de gestación de los Instrumentos de Planificación Territorial a nivel Intercomunal o Metropolitano, parece coherente con tal finalidad el proporcionar, a su vez, un *medio idóneo* para su consecución, que, entre nosotros, consistiría en la titularidad para el

otorgamiento de la autorización a que se refiere el inciso tercero del nuevo artículo 2.1.31. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, introducido por el texto del decreto supremo objetado.

Visto de esa manera, el Tribunal ha razonado sobre la base de que existen ciertas atribuciones o competencias públicas que, no encontrándose ni específica ni detalladamente en normas de rango legal, igualmente se desprenden tácita e irremediabilmente de otras que si encuentran asidero explícito en los textos legales.

Y es que esto si que es importante, dado que seguir un camino distinto podría llevarnos al extremo no deseado de incurrir en un *entramamiento funcional* del Poder Legislativo y a una *elefantiasis legislativa*, como denominó, sabiamente, el distinguido profesor Raúl Bertelsen a los excesos legislativos incurridos durante la vigencia de la Constitución de 1925.

2.1.3) Alegaciones respecto a la atribución conferida a las Municipalidades y pronunciamiento de la Magistratura.

Siguiendo nuestro examen de los cuestionamientos efectuados por los señores Senadores en cuanto al ítem de las *competencias públicas* asignadas por el decreto supremo objetado, arribamos a un tercer capítulo de inconstitucionalidad formulado por los parlamentarios.

Este se halla en el considerando 24° de la sentencia, en el cual se sostiene que el decreto supremo N° 66 “...no especifica algún estamento específico de la Municipalidad que deberá evacuar el citado informe...” (que hace, a su vez, las veces de respuesta a la consulta previa que efectúa la SEREMI respectiva a la Municipalidad en cuyo territorio se encuentra el predio destinado al uso área verde donde, a su turno, se pretende construir), sosteniéndose en consecuencia que: “...la atribución que el inciso tercero del artículo 2.1.31. de la Ordenanza General entrega genéricamente al Municipio o por deducción al Alcalde, no tienen contrapartida legal y, por ende, es contraria a la Constitución”.

Dando continuidad a su línea de acción en cuanto al punto de las competencias asignadas a órganos públicos, el Tribunal Constitucional procede a citar algunas normas legales que desvirtuarían este capítulo de inconstitucionalidad, por cuanto otorgarían la *habilitación previa y suficiente* para el accionar del decreto supremo objetado. Estas son, a saber:

Artículo 3, letra e), Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (N° 18.695), ya citado más arriba.

⁶² Sobre este punto, nos remitimos a la opinión que ya formulamos en nuestro trabajo (a propósito de la sentencia Rol N° 325, *Párrafo Segundo* del presente Título), en el sentido de la incoherencia en que, estimamos, ha incurrido el Tribunal Constitucional al argumentar su resolución del conflicto en el *Principio de Razonabilidad Técnica* (no obstante que, insistimos, compartimos su utilidad práctica), en circunstancias de que en el caso Rol N° 325 se declaró absolutamente incompetente para conocer de aquella parte del Líbello que aludía, precisamente, a una falta de *razonabilidad técnica* del decreto supremo dictado, en su oportunidad, por el Presidente de la República. En consecuencia, cabría preguntarse si *¿es que acaso el principio de razonabilidad técnica serviría, a juicio de la Magistratura, tan sólo para argumentar fallos más no para impugnar actos de la autoridad?*

Artículo 15 de la misma Ley, que en su inciso 1^a sostiene que *“Las funciones y atribuciones de las municipalidades serán ejercidas por el alcalde y por el concejo en los términos que esta ley señala.”*

Artículo 21, inciso 3º, letra c) del mismo cuerpo legal; *“(.....) existirá el asesor urbanista, quien requerirá estar en posesión de un título universitario de una carrera de, a lo menos, diez semestres, correspondiéndole las siguientes funciones: letra c) Informar técnicamente las proposiciones sobre planificación urbana intercomunal, formuladas al municipio por la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo.”*

Artículo 9, letra a), Ley General de Urbanismo y Construcciones (DFL N° 458); *“Serán funciones del Director de Obras, letra a) Estudiar los antecedentes, dar los permisos de ejecución de obras, conocer de los reclamos durante las faenas y dar recepción final de ellas, todo de acuerdo a las disposiciones sobre construcción contempladas en esta Ley, la Ordenanza General, los Planes Reguladores, sus Ordenanzas Locales y las Normas y Reglamentos respectivos aprobados por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo.”*

Artículo 116 del mismo cuerpo normativo, que, atendida su extensión, no traemos a la vista, sino que tan sólo nos remitimos a señalar que su texto alude a los permisos de edificación y construcción emanados de la Dirección de Obras Municipales.

Digamos que, no obstante las normas legales citadas precedentemente, es el **artículo 21, inciso 3º, de la L.O.C. de Municipalidades**, en su **letra c)**, la norma que sirve de *antecedente habilitador suficiente* para la atribución conferida a la municipalidad, en el inciso 3º del texto del decreto objetado.

Al respecto, sostiene el Tribunal en su considerando 28º, que: *“precisamente, la norma del decreto supremo N° 66, cuya constitucionalidad ha sido objetada, aplica lo dispuesto en los preceptos legales recién señalados, en especial el previsto en el artículo 21 inciso 3º letra c) de la Ley 18.695. Consecuentemente, el Asesor Urbanista se halla obligado, en virtud de la disposición legal señalada, a evacuar los informes previos, pero nunca de carácter vinculante, sobre planificación urbana a nivel intercomunal, que le sean requeridos por el Secretario Regional Ministerial respectivo, como ocurre en el asunto sub-lite.”*

Resulta evidente constatar que, sobre este particular, la Magistratura Constitucional ha adoptado la misma línea argumentativa que en el caso de la competencia asignada a las Secretarías Regionales Ministeriales, toda vez que ha entendido que si la finalidad perseguida por la ley es que las municipalidades tengan algún grado de injerencia en el proceso de gestación del Plan Regulador Intercomunal (*ya que se les permite a aquellas pronunciarse sobre el contenido de éste dentro de los 60 días contados desde su conocimiento oficial, según se desprende del artículo 36, inciso 2º, de la Ley General de Urbanismo y Construcciones*), parece prudente, después, sostener que, asimismo, se les permita tener un grado de participación en la fiscalización en cuanto a la observancia de su preceptiva.

Por consiguiente, que mejor manera de concretar dicha finalidad que permitiéndoles evacuar su opinión respecto a la viabilidad de autorizar la construcción en predios destinados, por el respectivo Instrumento de Planificación Territorial, al uso *área verde*.

2.2) Alegaciones en torno a la afectación del Derecho de Propiedad.

Habiendo ya pasado revista a las alegaciones formuladas por los requirentes en cuanto al punto de las *cuestiones orgánicas de competencia*, aboquémonos, ahora, al examen de la supuesta *afectación particular al derecho de propiedad*, por el decreto que se impugna.

En efecto, los señores Senadores alegaron que: *“el texto del artículo 2.1.31. de la Ordenanza General, en su texto reemplazado por el D.S. N° 66 (Minvu) de 2003 (.....) constituye una limitación absoluta para erigir construcciones que sobrepasen el 20 % de la superficie predial, y por ende, como una condición o restricción permanente que grava a dichas propiedades, sin que medie o tenga por finalidad ulterior la correspondiente indemnización, como lo prescribe la garantía constitucional de propiedad prevista en el tantas veces citado artículo 19 N° 24 de la Constitución Política.”*

A lo anterior, los requirentes agregaron que: *“dicha limitación severa al derecho de propiedad se efectúa por la vía reglamentaria, sin contar con una clara contrapartida legal, o al menos absolutamente insuficiente, limitando el derecho de propiedad en su esencia, lo que contraviene doblemente el principio de reserva y dominio legal que la Constitución exige para cautelar el derecho de propiedad.”*

Se añade que, ahora, el afectado podría construir *“hasta el 20 % de la superficie predial y debería, además, a su costa, mantener el equivalente a 4 veces la superficie del predio, esto es, todo el resto del predio, como área verde para que la ciudad, a su costa, goce de los beneficios de un pulmón verde, lo que desde luego no se aviene con la igualdad ante las cargas públicas.”*

De todo lo alegado por los requirentes sobre este particular, se entiende que las normas potencialmente vulneradas por el decreto objetado son el artículo 19, numerandos 20°, 24° y 26° de la Carta Fundamental.

2.2.1) Revisión de ciertas disposiciones legales.

Creemos que se transforma en una necesidad perentoria, a los efectos de comprender el fondo de este capítulo de inconstitucionalidad, el traer a la vista ciertas disposiciones, tanto de rango legal como reglamentario, que nos graficarán parte importante de esta trastienda.

En efecto, y primeramente, cabe citar lo que dispone el **artículo 41, inciso 2°, 3° y 4°, de la Ley General de Urbanismo y Construcciones**, en orden a que: *“La planificación urbana comunal se realizará por medio del Plan Regulador Comunal. El plan regulador es un instrumento constituido por un conjunto de normas sobre adecuadas condiciones de higiene y seguridad en los edificios y espacios urbanos, y de comodidad en la relación funcional entre las zonas habitacionales, de trabajo, equipamiento y esparcimiento. Sus disposiciones se refieren al uso del suelo o zonificación, localización del equipamiento comunitario (.....) y demás aspectos urbanísticos.”*

De la disposición legal recién transcrita, se desprende claramente que es la propia ley la que ha encomendado la misión de regular el uso del suelo en las comunas, al instrumento de planificación territorial de ese nivel (esto es, el Plan Regulador Comunal),

si es que lo hubiere. De este modo, en cuanto al punto de la planificación urbana en sus distintos niveles de acción, si es que acaso existiere un Instrumento de Planificación Territorial de nivel comunal, es éste el convocado por la ley para que determine las distintas *zonificaciones* o *usos de suelo* dentro del territorio de la comuna respectiva.

Por cierto, alguien podría caer en la tentación de intentar objetar la constitucionalidad de un simple *Instrumento de Planificación Territorial* que regule el ejercicio del derecho de propiedad, por tratarse de un *acto administrativo* emanado de una municipalidad.

Conforme a la hipótesis anterior, cabría decir que nadie parecería ser más idóneo, para regular las diversas *distribuciones espaciales* y *territoriales* de una determinada comunidad, que el municipio respectivo, a través del Instrumento de Planificación Territorial correspondiente.

Sería, entonces, la propia ley la que estaría reconociendo su *incapacidad operativa* para regular materias de este orden, remitiendo su reglamentación a los respectivos Instrumentos de Planificación Territorial, tal como lo ha hecho a través de la disposición transcrita de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Luego, una hipótesis similar a la anterior es la que subyace al **artículo 35, letra c), de la misma Ley General**, esto es, tratándose de la Planificación Urbana Intercomunal, esta es, aquella que abarca el desarrollo físico de las áreas urbanas y rurales de diversas comunas que, por sus relaciones, se integran en una unidad urbana.

Sostiene este precepto que: “*El Plan Regulador Intercomunal estará compuesto de: letra c) Los Planos, que expresen gráficamente las disposiciones sobre zonificación general, equipamiento, relaciones viales, áreas de desarrollo prioritario, límites de extensión urbana, densidades, etc.*”

Parece evidente, del tenor literal de la disposición examinada, que el legislador ha encomendado, también, al Instrumento de Planificación Territorial de nivel Intercomunal la misión de fijar las disposiciones sobre *zonificación general*, lo que significa que el contenido de un Plan Regulador Intercomunal ha de contener, entre otras cuestiones, los distintos *usos de suelo* dentro del territorio de las diversas comunas abarcadas, a su vez, por el respectivo Instrumento.

Y es que por si lo anterior fuera poco, es la propia Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones la que pormenoriza lo dispuesto por la Ley General en las disposiciones transcritas.

En efecto, sostiene la referida Ordenanza en su artículo 2.1.7. que: “*La Planificación Urbana Intercomunal regulará el desarrollo físico de las áreas urbanas y rurales de diversas comunas que, por sus relaciones, se integran en una unidad urbana, a través de un Plan Regulador Intercomunal (.....). El ámbito propio de este nivel de planificación territorial será el siguiente: N° 7; La determinación de las áreas verdes de nivel intercomunal.*”

A su turno, nos es preciso añadir el concepto que la propia Ordenanza General nos da de “*Area Verde*”, señalando el artículo 1.1.2. que se entenderá por dicha zona a aquella “*superficie de terreno destinada preferentemente al esparcimiento o circulación peatonal, conformada generalmente por especies vegetales y otros elementos*

complementarios”.

De otro lado, sostiene el artículo 2.1.10., de la misma Ordenanza General, que: “*el plan regulador comunal será confeccionado, en calidad de función privativa, por la Municipalidad respectiva, y estará conformado por los siguientes documentos; N° 3: Ordenanza Local, que fijará las normas urbanísticas propias de este nivel de planificación territorial, relativas a; Letra c) Zonificación o definición de subzonas en que se dividirá la comuna, en base a algunas de las siguientes normas urbanísticas: usos de suelos, etc. Letra e) Exigencias de plantaciones y obras de ornato en las áreas afectadas a declaración de utilidad pública.*”

Por muy árida que parezca la invocación de todas las normas jurídicas precedentes, estimamos que es, precisamente, a partir de éstas que el Tribunal Constitucional logra construir una solución al conflicto constitucional planteado por los requirentes, en torno a la supuesta vulneración, por parte del D.S. N° 66, del ejercicio del derecho de propiedad.

2.2.2) Pronunciamiento del Tribunal sobre este capítulo de inconstitucionalidad.

Siendo así, es claro para la Magistratura la circunstancia de que el D.S., objetado, “*...no establece ni regula la declaración de una propiedad como área verde, no siendo, por lo tanto procedente atribuirle a él las consecuencias jurídicas que derivan de tal declaración. En efecto, su inciso primero dispone que el tipo de uso área verde definida en los Instrumentos de Planificación Territorial (...)*” (considerando 34°).

A lo anterior cabe agregar la categórica conclusión a la que arriba la Magistratura, en el considerando 36° de la sentencia, en orden a que: “*...en consecuencia, el artículo 2.1.31., en estudio, no establece ninguna privación o limitación al dominio sobre dichas áreas verdes, porque él no las crea ni las contempla, sino que, sobre la base de su existencia jurídica, establecida conforme a las correspondientes normas legales y reglamentarias (...)* entra a regular la posibilidad de que en dichos predios, en los cuales, por su naturaleza de áreas verdes, no es posible construir, pueda hacerse (.....) y otorga o confiere la facultad respectiva, de acuerdo al procedimiento que el mismo precepto establece”.

Visto así, el Tribunal Constitucional ha llegado a concluir, correctamente a nuestro juicio, que la fuente normativa de la declaratoria de una determinada superficie predial como *área verde*, radica en los Instrumentos de Planificación Territorial respectivos (léase de nivel comunal o intercomunal) mas no del texto del decreto supremo objetado.

Abundando más sobre el particular, la Magistratura, en el inciso 2° del considerando 38°, sostiene que: “*la norma nada impone, obliga o exige con respecto a la situación anterior sino, muy por el contrario, **autoriza ó permite** que en estos predios pueda hacerse algo que **antes de su entrada en vigor estaba prohibido**, cual es realizar las construcciones que el precepto señala, sujetas a las regulaciones que el mismo establece (.....) lejos de limitar el dominio sobre un predio destinado a área verde que no se haya materializado como tal, está permitiendo realizar tales construcciones en los términos prefijados por ella (...)*”

2.3) Línea argumentativa adicional utilizada por los requirentes.

Resulta conveniente señalar, además, la reacción de la Magistratura frente a otro argumento esgrimido por los señores senadores en torno al decreto supremo objetado.

En efecto, no satisfechos con radicar la fundamentación de su pretensión en la afectación particular del derecho de propiedad (que, por lo demás, y como ha quedado demostrado a partir de las normas legales y reglamentarias traídas a la vista, no ha sido efectiva), estimaron los congresales que el texto original del artículo 2.1.31. de la Ordenanza General, esto es, previo a su modificación por el D.S. objetado, se comprendía a la luz de lo dispuesto, a su vez, por el artículo 59 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, de modo que la prohibición total de levantar construcción alguna en los predios destinados al *uso área verde* tenía, como contrapartida, la circunstancia de que respecto de dichos predios, por encontrarse afectos a la *declaratoria de utilidad pública* en el Instrumento de Planificación Territorial respectivo, comenzaba un *proceso de expropiación* que culminaba, como es natural en tales casos, con la debida indemnización pecuniaria, a la luz de lo preceptuado por el propio numeral 24º del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental.

De lo anterior sigue que los parlamentarios entendieron, erradamente en nuestro concepto, que el otorgamiento de esta *facultad* a los particulares para poder construir hasta el 20 % de la superficie predial destinada al *uso área verde* (cuestión que, como vimos, antes no era posible) eliminaba o restringía lo preceptuado, a su turno, por el aludido artículo 59 de la Ley General, esto es, que el proceso de expropiación ya no operaría más, dado que se había impuesto esta limitación o restricción del ejercicio del derecho de propiedad.

Acertadamente, a nuestro juicio, el Tribunal estimó que: “*tal raciocinio, no resulta aceptable por las siguientes razones: **Letra c)** (.....) porque, es claro, que, en todo caso, por no resultar alterada (la disposición del artículo 59 de la Ley General) por dicho decreto supremo, ella se aplica o no se aplica, tanto bajo la vigencia del artículo 2.1.31. antes de su modificación como bajo el imperio del mismo precepto, después de la reforma introducida por el tantas veces señalado decreto supremo N° 66. Lo anterior resulta más evidente si el dueño del área verde no materializada como tal, **resuelve no ejercer el derecho que le confiere el nuevo artículo 2.1.31.** , porque, en tal hipótesis, su situación sería la misma en que se encontraba antes de la referida modificación.” (considerando 40º).*

3) Resolución final del Tribunal respecto al requerimiento de los Senadores.

De esta forma, la Magistratura rechaza el requerimiento de inconstitucionalidad formulado en contra del decreto supremo N° 66, tanto en cuanto al punto de las *cuestiones de competencia* como en torno a la cuestión de la supuesta *afectación del derecho de propiedad*.

Estimamos, empero, que en la resolución del capítulo de inconstitucionalidad

inherente a la afectación del ejercicio del derecho de propiedad, pudo haberse adoptado, tal vez, una explicitación algo más aguda por parte de la Magistratura respecto a la regulación del ejercicio de los derechos en materia de *planificación urbana*, atendida la aparente ausencia de motivo plausible por parte de los Senadores para impugnar el texto del decreto respectivo.

Y es que, creemos, la falta de rigurosidad en el análisis jurídico previo a la formulación del requerimiento respectivo por parte de los requirentes, hacían exigible al Tribunal Constitucional una mayor abundancia en sus *matrices conceptuales*, de modo de prevenir las impugnaciones temerarias y el consecuente entramamiento funcional de la Administración Pública.

De esta manera, y aún quedando conformes con la resolución del conflicto, pensamos que pudo haberse aprovechado la ocasión para reiterar la *complejidad* y *rigurosidad técnica* de la *planificación urbana*, que hacen imprescindibles, para su eficacia, la delegación constante de ciertas materias a los *Instrumentos de Planificación Territorial*, en el entendido de que son éstos, a nuestro modo de ver, los medios más aptos e idóneos para reglamentar cuestiones tan *atomizadas* como la planificación u ordenación comunitaria.

De lo anterior fluye que, a nuestro juicio, hubiese sido conveniente aludir a la trascendencia y operatividad práctica que adquiere la *Función Social* de la propiedad en materias como la planificación urbana.

De consiguiente, pensamos que es precisamente en este tipo de materias, sino en la única, donde efectivamente aflora la *socialización* del derecho de propiedad, desde el momento en que no es concebible un régimen de ordenación urbanística sin la mediación, claro esta, de ciertas *limitaciones* o *restricciones* al ejercicio del referido derecho, encontrándose éstas o aquellas en los distintos *niveles de acción* de dicho régimen de ordenación, léase *Ley General*, *Ordenanza General* o *Instrumentos de Planificación*.

Así, creemos que una mayor abundancia sobre el particular hubiese contribuido a clarificar la cuestión inherente a la idoneidad o aptitud de uno y otro nivel de acción para abordar las restricciones al ejercicio de ciertos derechos, no obstante la ya expuesta opinión a la que, sobre el punto, hemos adscrito más arriba.

PÁRRAFO QUINTO: SENTENCIA ROL N° 388 DEL VEINTICINCO DE NOVIEMBRE DEL 2003.

1) Planteamiento del problema.

Se trató, en este caso, de un requerimiento de inconstitucionalidad formulado por un grupo de señores Diputados vía artículo 82 N° 5 de la Constitución (esto es, por tratarse

de un decreto supremo *ejecutivo*), en contra del decreto supremo N° 56 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, publicado en el D.O. el día 8 de Agosto del año 2003.

En concreto, la referida reclamación parlamentaria recaía, a su turno, sólo sobre los números 2° y 18° del artículo único del decreto supremo en comento.

1.1) Normas reglamentarias involucradas.

El decreto supremo objetado modificaba, parcialmente, al decreto supremo N° 212 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, publicado en el D.O. el 21 de Noviembre de 1992 que, a su vez, reglamentaba los *servicios nacionales de transporte público de pasajeros*.

Se trata, en consecuencia, de un reglamento *ejecutivo* de disposiciones legales previamente habilitadoras. Así, en los vistos del D.S. N° 212 se advierten una serie de disposiciones legales que habilitan la mediación del reglamento respectivo (citándose, entre otras, la Ley 18.696, la Ley 18.059, el Decreto Ley N° 557 de 1974, la Ley 18.290).

Veamos, entonces, donde se gatilla la controversia entre los Diputados y el Poder Ejecutivo.

2) Revisión pormenorizada del conflicto respecto al N° 2 del artículo único del D.S. objetado.

En primer lugar, examinaremos el número 2° del artículo único del decreto objetado, que agrega al decreto supremo N° 212 un *artículo 1° Bis*⁶³, el cual otorga, en su inciso tercero, una determinada atribución al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, en orden a poder imponer a la actividad de transporte público terrestre de pasajeros ciertas *condiciones de operación, condiciones de utilización de vías específicas* para determinados *tipos o modalidades de servicio, tarifas y estructuras tarifarias*.

⁶³ Reza dicho **artículo 1° Bis**: “Las concesiones de servicio de transporte público de pasajeros que se otorguen mediante licitación pública conforme al artículo 3° de la Ley 18.696, deberán sujetarse a las bases de licitación definidas por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y tendrán el plazo de duración que en éstas se determine. Una vez concluido el plazo de las concesiones de servicio de transporte público de pasajeros y siempre y cuando se verifique algunos de los supuestos establecidos en el inciso 2° del artículo 3° de la Ley 18.696, los servicios deberán ser nuevamente entregados en concesión mediante licitación pública por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, ya sea en la misma forma o modalidad, o divididos o integrados conjuntamente con otros servicios. La correspondiente licitación deberá efectuarse con la anticipación necesaria para que no exista solución de continuidad entre las concesiones. No obstante lo señalado en el inciso precedente y de forma excepcional, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones podrá, por razones de interés público y de buen servicio, establecer condiciones de operación, condiciones de utilización de vías específicas para determinados tipos de o modalidades de servicio, tarifas, estructuras tarifarias y demás condiciones que pertinentes, en caso de que, verificados algunos de los supuestos establecidos en el inciso 2° del artículo 3° de la Ley 18.696, no resulte posible poner en marcha los nuevos servicios licitados inmediatamente después que expiren los anteriores. En todo caso, esta potestad deberá ejercerse por resolución del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y su aplicación no podrá ser superior a 18 meses, período que sólo podrá ser renovado por motivos fundados (.....)”.

Ahora bien, la imposición de tales condiciones, por parte del referido Ministerio, a la actividad de transporte público terrestre de pasajeros está sujeta, a su turno, a una serie de *presupuestos fácticos y normativos* que deben verificarse previamente, siendo estos, a saber;

Que sea por razones de *interés público* o de *buen servicio*, lo que, a nuestro entender, se contrapondría a una decisión por parte de la autoridad desapegada a la razón.

Que deba verificarse alguno de los *tres supuestos* establecidos en el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 18.696. Dichos supuestos se refieren a aquellos en que, a partir de su ocurrencia o verificación, el Ministerio puede disponer el uso de las vías para determinados tipos de vehículos y/o servicios (esto es, cuando exista *congestión de las vías, deterioro del Medio Ambiente y/o de las condiciones de seguridad de las personas ó vehículos* producto de la circulación vehicular), mediante procedimientos de licitación pública, para el funcionamiento del mercado de transporte de pasajeros.

Que, dándose los dos requisitos antedichos, *no resulte posible poner en marcha los nuevos servicios* licitados inmediatamente después que expiren los anteriores.

En consecuencia, de lo que se trata entonces es de evitar que una vez expirada la concesión de un determinado servicio, no puedan ponerse en marcha los nuevos servicios ya licitados, por haberse verificado alguno de los supuestos ya mencionados en la *letra B)*, esto es, *congestión de las vías, deterioro del medio ambiente* o de las *condiciones de seguridad de las personas o vehículos*.

De lo anterior fluye que la autoridad administrativa ha intentado prevenir eventuales efectos negativos ante la ocurrencia de alguna contingencia en cuya virtud, por los supuestos antedichos, no sea posible que los nuevos servicios licitados comiencen a operar inmediatamente después de la expiración de las licitaciones anteriores, cuestión que, por lo demás, fue planteada en los mismos términos por el Contralor General de la República subrogante cuando se le evacuó el traslado respectivo.

2.1) Alegaciones de los requirentes.

Según los parlamentarios, el inciso 3º del número 2º del artículo único aludido, restringe por sí sólo la garantía constitucional consagrada en el numeral 21º del artículo 19 de la Constitución, dado que por la *vía reglamentaria* se ha intentado limitar o restringir el ejercicio del derecho a desarrollar una actividad económica respetando las normas legales que la regulen, invadiendo ilegítimamente la potestad legislativa, afectando en su esencia no tan sólo el ejercicio legítimo del referido derecho, sino también el del derecho de propiedad.

A lo anterior, agregan que: *“no existe disposición legal alguna que permita a la autoridad administrativa imponer restricciones en esta materia, como es la de fijar tarifas o estructuras tarifarias, lo que constituye una limitación al principio libertario establecido en la Carta Fundamental (...)”* (parte expositiva de la sentencia). Concluyen su pretensión, en torno a este punto, sosteniendo que: *“...toda limitación de derechos constitucionales debe contemplarse con absoluta precisión en una norma de rango legal,*

realidad del todo ausente en la legislación que invoca de respaldo el decreto supremo N° 56”.

Evidentemente, las alegaciones formuladas por los diputados descansan sobre la base del *exceso reglamentario*, esto es, que el Presidente de la República, en el ejercicio de su potestad reglamentaria ejecutoria, se ha excedido dado que ha regulado de por sí y ante sí el ejercicio de una determinada garantía constitucional, contraviniendo, de ese modo, lo dispuesto por el numeral 26° del artículo 19, en orden a que es la ley, y no una norma de rango *infralegal*, la llamada a regular el ejercicio de los derechos.

De lo anterior sigue que estamos en presencia de un conflicto de *habilitación legal*, en el entendido de que los recurrentes formulan sus cuestionamientos de inconstitucionalidad parcial del decreto supremo N° 56, argumentando que los numerales 2° y 18° de su artículo único *“introducen diversas modificaciones al decreto supremo N° 212, de 1992, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, las que, en esencia, se encuentran desprovistas de la correspondiente contrapartida legal.”*(considerando 1°).

2.2) Normas legales examinadas por el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, para desmenuzar la ruta seguida por la Magistratura en orden a dar solución al conflicto, nos parece indispensable traer a la vista las disposiciones legales que han de ser consideradas para determinar la existencia, o ausencia en su caso, de la *habilitación legal previa y suficiente*.

En todo caso, lo advertimos desde ya, las normas de rango legal examinadas por el Tribunal no son otras que aquellas invocadas por el propio Poder Ejecutivo en los *vistos* respectivos del decreto supremo objetado.

Así, es en el considerando 7° en el que el Tribunal comienza por convocar a la **Ley 18.059**, publicada en el Diario Oficial el 7 de Noviembre de 1981 y cuyo objeto es asignar al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones el carácter de organismo *rector nacional de tránsito* y le señala atribuciones.

A este respecto, sostiene el Tribunal que: *“...mediante su artículo 1°, inciso primero, dispuso que ese ministerio será el organismo normativo nacional encargado de proponer las políticas sobre esta materia y de coordinar, evaluar y controlar su cumplimiento; y en su inciso segundo, que interesa destacar, establece que en esa calidad le corresponderá especialmente al Ministerio de Transportes ejercer las siguientes atribuciones: A) Proponer al Presidente de la República las políticas, planes, y programas relativos tránsito público. B) Controlar y fiscalizar el cumplimiento de las acciones enumeradas en la letra anterior y evaluar sus resultados. (.....) D) Dictar, por orden del Presidente de la República, las normas necesarias e impartir las instrucciones correspondientes para el adecuado cumplimiento de las disposiciones relativas al tránsito terrestre por calles y caminos (.....)”*.

Estimamos prudente ir paso a paso revisando la normativa examinada por la Magistratura, de manera de identificar con precisión donde radica la *habilitación legal* requerida por el número 2° del artículo único del decreto objetado.

En efecto, del tenor de lo visto en la Ley 18.059, se puede advertir que el Ministerio

de Transportes y Telecomunicaciones, en cuanto órgano colaborador del Presidente de la República, es aquél al que la ley ha encomendado la *regulación y gestión administrativa* (entendiéndose por ésta última, tanto la proposición de medidas como su correlativa fiscalización) *del tránsito en el país*. De lo anterior sigue que, perfectamente, podría llegar a deducirse que todo cuanto tenga que ver con el *tránsito público por calles y caminos* pasará, ineludiblemente, por el referido Ministerio.

Luego, y a efectos de abundar en la legislación, el Tribunal alude, someramente, en el considerando 8º, al **Decreto con Fuerza de Ley N° 279**, publicado en el Diario Oficial el 6 de Abril de 1960 y que fija normas sobre atribuciones del Ministerio de Economía en materia de transportes y reestructuración de la Subsecretaría de Transportes.

Estimamos del caso el traer a la vista las facultades que, en su momento, tuvo este Ministerio a través de la Subsecretaría de Transportes de la época. Según el artículo 4º de dicho cuerpo legal *“el Subsecretario de Transportes será el colaborador inmediato del Ministro y en tal carácter deberá velar por la aplicación de los principios que informen la política de transportes del gobierno (.....) Le corresponderá, preferentemente; Letra K) Estudiar las solicitudes sobre implantación de nuevas tarifas a los diversos medios de transportes, las de alzas y rebajas de las existentes, de la libertad total o parcial de éstas y proponerlas al Presidente de la República, por medio del Ministro, de acuerdo con los procedimientos fijados para cada caso, para su resolución, cuando proceda (.....).”*

Sobre este particular, conviene tener presente lo que, asimismo, dispone el artículo 1º del **Decreto Ley N° 557**, publicado en el Diario Oficial el 10 de Julio de 1974, y que creó el Ministerio de Transportes, en orden a que: *“créase el Ministerio de Transportes, encargado de cumplir las funciones y ejercer las atribuciones que correspondían a la Subsecretaría de Transportes del Ministerio de Obras Públicas”*. De este modo, el Tribunal en el considerando 8º, comprende que: *“...en la actualidad aquellas facultades (las del D.F.L. N° 279 de 1960) corresponden al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones...”*

A todo lo anterior, se agrega la circunstancia de que el Tribunal procede a traer a la vista el **artículo 3º de la Ley 18.696**, publicada en el Diario Oficial el 31 de Marzo de 1988, y que, a su turno, **modifica el artículo 6º de la Ley 18.502**, que, a su vez, autorizaba *importación de vehículos que ésta señalaba y establecía normas sobre transporte de pasajeros*.

Atendida su extensión, procederemos a citar sólo cuanto nos interesa para los efectos de encontrar la *habilitación legal* del número 2º del artículo único del decreto objetado.

Al efecto, dispone dicho artículo, en sus incisos 1º y 2º, que: *“El transporte nacional de pasajeros remunerado, público o privado, individual o colectivo, por calles o caminos, se efectuará libremente, sin perjuicio que el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones establezca las condiciones y dicte la normativa dentro de la que funcionarán dichos servicios, en cuanto a cumplimiento obligatorio de normas técnicas y de emisión de contaminantes de los vehículos, así como en lo relativo a condiciones de operación de los servicios de transporte remunerado de pasajeros y de utilización de las vías. El Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, sin perjuicio de lo dispuesto en*

el artículo 118 de la Ley 18.290 (del Tránsito), podrá, en los casos de congestión de las vías, de deterioro del medio ambiente y/o de las condiciones de seguridad de las personas o vehículos producto de la circulación vehicular, disponer el uso de las vías para determinados tipos de vehículos y/o servicios, mediante procedimientos de licitación pública, para el funcionamiento del mercado de transporte de pasajeros.”

Del tenor de lo dispuesto tanto por el inciso 1° como 2° del **artículo 3° de la Ley 18.696**, ya reproducidos, se advierte que nos encontramos ante una actividad económica lícita y que, en cuanto tal y conforme a lo dispuesto por la propia Constitución Política (artículo 19, N° 21), se encuentra sometida a *regulación legal*.

Luego, surge la interrogante constante que ya nos hemos venido planteando continuamente a lo largo de estas líneas y que dice relación con pensar si acaso *¿parecería sensato que fuese la ley la norma que de por sí y ante sí normase todo cuanto diga relación con una determinada actividad económica?*

Y así, la respuesta que hemos venido dando a lo largo de nuestros comentarios es bastante coherente, toda vez que intenta *purificar* el límite entre aquello que puede cubrir o satisfacer una norma de rango legal y aquello que, atendidas sus características de *especificidad y mutabilidad* en el tiempo, no parece ser susceptible de ser absorbido por un proceso legislativo.

En este caso se manifiesta con fuerza esta tensión a la que aludimos. En efecto, y dando por descontado lo dispuesto por el D.F.L N° 279 en su artículo 4°, no es la ley la que señala expresamente la facultad inherente al Ministerio de Transportes en orden a fijar tarifas o estructuras tarifarias, sino que esta atribución pública ha de entenderse comprendida dentro de las competencias indicadas en el inciso 1° del artículo 3° de la Ley 18.696 (ya citado).

2.3) Razonamiento y pronunciamiento del Tribunal.

El Tribunal ha razonado sobre la base de lo que hemos venido planteando, esto es, respecto a lo que hemos calificado como las *competencias tácitamente incluidas*⁶⁴ en una norma legal. En efecto, señala la Magistratura en su considerando 15° que: *“contrariamente a lo que han aseverado los diputados requirentes, la contrapartida legal que echan de menos respecto del precepto reglamentario que impugnan (número 2° del artículo único del decreto objetado), se encuentra, plenamente establecida, de manera determinada y precisa, en lo que disponen sobre la materia los incisos primero y segundo del artículo 3° de la Ley 18.696 (.....)”*

De esta forma, y luego de reiterar que dicho artículo dispone que el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones establecerá las condiciones y dictará la normativa dentro de la que funcionarán dichos servicios, el Tribunal Constitucional señala en su considerando 15°, inciso 2°, que: *“en este contexto, y contrariamente a lo aseverado por los diputados requirentes, debe entenderse también comprendida la fuente legal de la*

⁶⁴ Sobre este punto, volvemos a remitirnos al párrafo quinto del Título Primero de nuestro trabajo, en particular, a la distinción que formulamos entre aquellas situaciones fácticas tácitamente comprendidas en una determinada atribución pública preexistente y aquellas que, al contrario, ameritan el diseño legal de una nueva competencia.

norma cuestionada en la parte que faculta la regulación de tarifas y estructuras tarifarias, mucho más cuanto que (.....) en virtud del D.F.L N° 279, del año 1960, se facultó la implantación de tarifas para los diversos medios de transporte por la Secretaría de Transportes del Ministerio de Economía de la época, facultades que sucesivamente fueron traspasadas , y actualmente se hallan radicadas en el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (.....)”

Siendo así, la Magistratura ha entendido que la facultad de fijar tarifas o estructuras tarifarias (conforme al inciso 3° del número 2° del artículo único del decreto objetado) deviene de una *comprensión amplia* del inciso primero del **artículo 3° de la Ley 18.696**, todo lo cual se ve reafirmado (más nunca fundamentado en exclusividad) por lo dispuesto en el D.F.L. N° 279, de modo que cabe inferir que en materia de actividad económica consistente en el transporte público terrestre de pasajeros, la Magistratura supone que el *interés general* y el *orden público* subyacente a ésta no pueden ser tutelados únicamente por la ley, sino que ha de abrirse paso a la norma reglamentaria.

Con todo, consideramos que no es menor la circunstancia de que el Tribunal Constitucional haya sostenido, en su considerando 15° inciso 2°, que una determinada atribución pública puede entenderse comprendida, a su vez, dentro de otra, por cuanto ello refleja una posición bastante flexible en cuanto al *juego de fuerzas* entre la ley y la potestad reglamentaria del Presidente de la República, estableciéndose como criterio definitivo, a nuestro modo de ver las cosas, el precisar o determinar quien está en mejores condiciones o detenta *mayor idoneidad* para normar cierta cuestión.

Ahora bien, con respecto al otro punto controvertido contenido también en el inciso 3° del número 2° del artículo único del decreto objetado, consistente tanto en el establecimiento de *condiciones de operación* como de *utilización de vías específicas* para determinados *tipos o modalidades de servicio*, la Magistratura procede a ahondar en el inciso 2° del artículo 3° de la Ley 18.696, de modo de dar cuenta de la existencia, o inexistencia, de *habilitación legal* para la adopción de tales medidas.

En efecto, y atendido el tenor literal de lo dispuesto por dicha norma (ya citada más arriba), el Tribunal sostiene, acertadamente desde nuestro enfoque, que: *“...para ejercer las facultades que confiere dicha norma legal (el inciso 2° del artículo 3°, Ley 18.696) al Ministerio de Transportes, la misma Ley se encarga de precisar y determinar que para hacer uso de las restricciones que en ella se autorizan, debe tratarse de casos de congestión de las vías, de deterioro del medio ambiente y/o de las condiciones de seguridad de las personas o vehículos producto de su circulación, lo que confirma una vez más que el transporte de pasajeros es una actividad regulada, en razón del interés público que posee.”* (considerando 15°, inciso final).

De esta forma, el Tribunal asume que las restricciones que se indican en la norma legal referida no son aplicables a todo evento, sino que es la propia ley la que se ha encargado, responsablemente, de indicar bajo que *supuestos fácticos* pueden operar tales restricciones. Se señala, a este respecto, en el considerando 16°, que: *“...es esta misma ley base la que se encarga de precisar y **determinar las circunstancias** en que dicho organismo (el Ministerio de Transportes) podrá hacer uso de las restricciones que ella faculta (...)”*

A lo anterior se suma lo sostenido por la Magistratura en su considerando 18º, en cuanto a que los ya vistos requisitos de *determinación* y *especificidad*, propios de las normas legales que restringen el ejercicio de determinados derechos “*se cumplen en plenitud en la preceptiva impugnada, quedando en evidencia, por cierto, que no es la norma reglamentaria cuestionada la que, en forma autónoma y sin respaldo legal, faculta la restricción de determinados derechos o garantías (.....) sino que es la propia Ley habilitante la que autoriza a la potestad reglamentaria para pormenorizar tales restricciones, en aras del interés social superior (.....)*”

Nos parece conveniente resaltar el hecho de que la Magistratura haya utilizado el vocablo “*pormenoriza*”⁶⁵, dado que, pensamos, bajo tal denominación impuesta a la función ejercida por la potestad reglamentaria ejecutoria del Presidente de la República, se envuelve una cierta apertura hacia una *flexibilización* del rol inherente a la referida potestad presidencial, puesto que ésta se aleja ya de su misión meramente aplicadora de la ley, para dar paso a una cierta relevancia a la *cotidianeidad* de la norma legal, en el entendido de que, pensamos, podrá determinar el alcance de los diversos *supuestos de hecho* subyacentes a la aplicabilidad de una determinada norma de rango legal.

Lo anterior se reafirma con la postura adoptada por la Magistratura en cuanto al punto de la competencia del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones para regular tarifas y/o estructuras tarifarias al servicio de transporte de pasajeros.

Por consiguiente, y por todo lo anterior, el Tribunal Constitucional procede a rechazar el capítulo de inconstitucionalidad relacionado con el número 2º del artículo único del decreto supremo impugnado.

3) Revisión pormenorizada del conflicto respecto al N° 18 del artículo único del D.S. objetado.

De modo de deslindar los alcances del conflicto constitucional suscitado en torno a este número, digamos que éste vino a remplazar el artículo 89 del decreto supremo N° 212 (1992) del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, lo cual nos obliga a traer a la vista lo que disponía, a su vez, el referido artículo.

En efecto, éste señalaba que: “**Inciso 1º:** *Será competente para conocer y resolver sobre las infracciones referidas (aquellas que se contienen, a su turno, en el artículo 88 del mismo cuerpo normativo), el Secretario Regional con jurisdicción en el lugar donde se encuentre inscrito el servicio. Si el Secretario Regional estimare que se han reunido antecedentes suficientes, formulará cargos al responsable del servicio, los que se le notificarán por carta certificada dirigida al domicilio anotado en el registro. El afectado tendrá un plazo de cinco días hábiles para presentar sus descargos con los elementos que estime necesario acompañar, pasado el cual deberá resolverse si no se estimare necesario reunir nuevos antecedentes. La resolución que se dicte, que deberá ser fundada, se notificará, igualmente, por carta certificada.* **Inciso 2º:** *Las notificaciones por*

⁶⁵ Según el *Diccionario de la Lengua Española*, de la Real Academia Española, 21ª Edición, 1992, por tal vocablo ha de entenderse “*Describir o enunciar minuciosamente.*”

carta certificada se entenderán practicadas al quinto día hábil contado desde la fecha de su recepción por la oficina de correos respectiva, de lo que se dejará constancia en un libro de correspondencia que al efecto se llevará en las Secretarías Regionales.”

Posteriormente, el texto del número 18° del artículo único del D.S. objetado dispone lo que, a continuación, se pasa a revisar:

“Reemplázase el artículo 89, por el siguiente:

Inciso 1°: *El Secretario Regional respectivo será competente para conocer y resolver sobre las sanciones referidas (las del artículo 88). De acuerdo a los antecedentes que obren en su poder, formulará cargos al responsable del servicio, los que se le notificarán por carta certificada dirigida al domicilio anotado en el Registro. El afectado tendrá un plazo de 5 días hábiles para presentar sus descargos, oportunidad en la cual deberá aportar todos los elementos probatorios que estime necesario. Cumplido dicho término, el Secretario Regional deberá resolver la aplicación de las sanciones pertinentes, mediante resolución fundada, la que deberá dictarse en un plazo no superior a 10 días hábiles y notificarse al responsable del servicio por carta certificada*

Inciso 2°: *En contra de una resolución que aplique una sanción procederá el recurso de reposición ante el Secretario Regional que la hubiere dictado, quien deberá resolver dicho recurso en un plazo de 5 días hábiles a contar de su interposición. El recurso de apelación para ante el Subsecretario de Transportes procederá sólo cuando se trate de la cancelación del servicio o de la aplicación de una suspensión igual o superior a 20 días .*

Inciso 3°: *Estos recursos deberán interponerse conjuntamente, cuando corresponda, dentro del plazo fatal de 5 días hábiles contados desde la notificación y deberán ser fundados. El recurso de apelación se interpondrá siempre en subsidio del de reposición y para el caso de que este no sea acogido .*

Inciso 4°: *Una vez resuelta la apelación, se remitirá el expediente al Secretario Regional respectivo, para efectos de notificar al afectado, en los mismos términos señalados en el inciso primero .*

Inciso 5°: *En el caso de los servicios interurbanos que cometan infracciones fuera de la región donde se encuentran inscritos, el Secretario Regional que tome conocimiento de dicha infracción, deberá informar del hecho a aquél correspondiente al lugar donde dicho servicio se encuentre registrado, a objeto de que éste inicie el procedimiento administrativo señalado, con el sólo mérito de los antecedentes en que se funda la denuncia, los que deberán ser remitidos al efecto .*

Inciso 6°: *Todas las notificaciones por carta certificada que establece el presente reglamento se entenderán practicadas, para todos los efectos, al quinto día hábil contado desde la fecha de su recepción por la oficina de correos correspondiente a la expedición de la correspondencia, circunstancia que deberá constar en el proceso administrativo respectivo y en un Libro que al efecto se llevará en cada Secretaría Regional.*

Inciso 7°: *Una vez que se encuentre firme la resolución que dispone la aplicación de cualquiera de las sanciones antes señaladas, se deberá proceder a su registro en la hoja de vida que deberá llevar el Secretario Regional para cada servicio.*

Inciso 8°: *Los plazos de días hábiles que se establecen en el presente decreto no*

incluirán los días sábado.”

3.1) Alegaciones de los requirentes.

Teniendo presente tanto el texto original del artículo 89 del D.S. N° 212 como su versión modificada por el número 18° del artículo único del decreto supremo modificatorio impugnado, nos compete, ahora, precisar las alegaciones que, en cuanto a este punto, fueron formuladas por los señores Diputados.

Estos alegaron que en el referido número se “...*otorgan facultades al Secretario Regional Ministerial respectivo para imponer las sanciones que se contienen en el nuevo artículo 88 del Decreto Supremo N° 212, de 1992, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones...*”

Asimismo, agregaron que una norma reglamentaria “*le otorga jurisdicción a una autoridad administrativa para conocer de conflictos que, de acuerdo con el artículo 3° de la Ley 18.696, son de competencia de los Juzgados de Letras...*” a lo que se suma que: “*la jurisdicción contemplada en los artículos 73 y 19 N° 3 de la Constitución, corresponde ejercerla a los Tribunales establecidos por la Ley, materia que, además, está reservada al Legislador Orgánico Constitucional, en conformidad a lo que dispone el artículo 74 de la Carta Fundamental.*”.

De lo anterior sigue que, a juicio de los parlamentarios requirentes, esta disposición reglamentaria carecería de respaldo o *sustento legal previo* y devendría en inconstitucional, infringiendo el preciado *principio de legalidad* en materias *orgánicas* (artículos 6 y 7 de la Constitución), y los artículos 19 N° 3, 73 y 74 de la Constitución Política.

3.2) Razonamiento y pronunciamiento del Tribunal.

Veamos, pues, el razonamiento adoptado por la Magistratura en orden a determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del número 18° del artículo único del decreto supremo objetado.

En efecto, el Tribunal procede a examinar, por separado, cada uno de los incisos conformadores del número 18°, a efectos de precisar de que manera se gesta la *habilitación legal previa* y suficiente para cada uno de dichos incisos.

Así es como comienza refiriéndose al inciso primero, señalando que éste es “*sustancialmente igual a la disposición originaria que se reemplaza, puesto que, del mismo modo, el nuevo artículo 89 consagra al seremi de transportes como la autoridad facultada para conocer y resolver la aplicación de las sanciones que señala el artículo 88 del aludido decreto, y reitera, además, en términos similares y con adecuaciones menores destinadas a mejorar la normativa, el procedimiento aplicable para este fin.*”.

Como consecuencia inmediata de lo anterior, se ubica la circunstancia de que el Tribunal Constitucional concluye que el requerimiento, en cuanto solicita la declaración de inconstitucionalidad del nuevo inciso primero del artículo 89 “*es extemporáneo, en razón de que éste se ha limitado a reproducir, en términos sustancialmente iguales como se ha demostrado, el originario precepto que sustituye y que se encuentra en vigencia* ,

después de su última modificación, desde el 8 de Julio de 1993 (.....), sin que exista antecedente alguno que hubiere sido cuestionado dentro del plazo.....”

Compartimos plenamente la solución para el caso del inciso primero del nuevo artículo 89 del D.S. N° 212, por cuanto resulta enteramente atendible la *semejanza sustancial* entre éste y el inciso 1° del artículo 89 original, de manera que, aún siendo *carente de sustento legal* , ello escaparía a la competencia de la Magistratura.

Con todo, pensamos que dicho inciso detenta pleno y absoluto *sustento legal previo* , atendido el texto legal del **inciso 6° del artículo 3° de la Ley 18.696** (ya citada anteriormente), el que sostiene que: *“El Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones podrá suspender los servicios de transporte existente en caso de infracción y cancelar en caso de infracción grave y/o reiterada a las disposiciones vigentes en lo relativo a (.....) normas de disposición de las vías que se dicten en virtud de los casos del inciso 2° de este artículo.”*

En efecto, las sanciones enumeradas en tal inciso son las mismas que se señalan, a su vez, en el artículo 88 del D.S. N° 212, cuya competencia para aplicarlas se otorga al Secretario Regional Ministerial respectivo, quien no es más que el representante del Ministerio en cada región del país. Así fue, por lo demás, como lo entendió la Magistratura, desde el momento en que, en el considerando 22°, sostuvo que: *“la competencia de dicha autoridad ministerial, al respecto, fluye de los siguientes antecedentes legislativos: Letra B) El artículo 3°, inciso sexto, de la Ley 18.696.....”*

Pasemos, ahora, a examinar lo resuelto por el Tribunal en cuanto a los incisos 2°, 3° y 4° del nuevo artículo 89.

Primeramente, estimamos del caso el plantear la siguiente observación. Pensamos que las objeciones de constitucionalidad formuladas por los Diputados en torno al número 18° radicarón única y exclusivamente en estos incisos, ya que no es dable suponer el que se hubiese intentado impugnar una norma existente hace mas de diez años, como lo es el inciso primero ya visto.

Además, según se advierte en la parte expositiva del fallo, las alegaciones de los recurrentes se sustentaron en la premisa de que a los Juzgados de Letras se les estaba arrebatando jurisdicción para otorgársela a los Secretarios Regionales Ministeriales.

Lo anterior nos ilustra que aquello a lo que aludieron los señores Diputados no fue otra cosa que la posibilidad de recurrir ante la justicia ordinaria ante la suspensión o cancelación de un servicio de transporte por parte del Secretario Regional respectivo, ya que no parece sensato suponer que los parlamentarios hayan alegado que se les quitó a los Juzgados de Letras una atribución que nunca tuvieron, cual es la de conocer y resolver las sanciones antedichas (cuestión siempre radicada, por lo demás, en las respectivas secretarías).

Así, pues, para examinar el grado de respaldo legal de que gozan los incisos 2°, 3° y 4° del número 18°, se nos hace indispensable traer a la vista lo que dispone el **inciso 11° del artículo 3°** , de la ya tantas veces mencionada **Ley 18.696** , el que reza: *“En caso de suspensión o cancelación de un servicio de transporte, el o los afectados podrán recurrir dentro de un plazo de cinco días hábiles, contados desde la fecha de notificación de la*

medida por carta certificada, ante el Juzgado de Letras correspondiente al domicilio del afectado”.

A esto se suma lo dispuesto en la parte final del **inciso 12º del mismo artículo**, en orden a que *“el fallo será susceptible de apelación, en el sólo efecto devolutivo.”*

Si estableciéramos un cotejo entre lo dispuesto por la norma recién citada y los incisos 2º, 3º y 4º del número 18º no sólo nos encontraríamos con una ausencia de *habilitación legal previa* y suficiente sino que, más aún, advertiríamos una evidente vulneración y contradicción entre lo dispuesto por una norma legal, de una parte, y lo preceptuado por una norma de rango *infralegal* (como lo es, entre nosotros, el D.S. Nº 56), de otra.

Lo anterior es claro, y así es como lo ha entendido, acertadamente, el Tribunal Constitucional en su considerando 26º, letra B), cuando señala que el inciso segundo del artículo 89 (modificatorio) *“altera el marco legal regulatorio, al disponer que en contra de la resolución que aplica una sanción (las del artículo 88) procede el recurso de reposición ante el Secretario Regional que la hubiere dictado, es decir, se elimina (por la vía reglamentaria) la reclamación para ante el juez de letras respectivo, y se agrega que en contra de la resolución que recaiga sobre dicha reposición, podrá recurrirse de apelación ante el Subsecretario de Transportes (.....) lo que significa que la apelación que contempla la Ley Marco (18.696) para ante el Tribunal superior del juzgado de letras correspondiente, se traslada para ante una autoridad administrativa no prevista en la Ley Base.”*

Por todo lo anterior resulta nítida la conclusión a la que arriba el Tribunal. Tales incisos vulneran lo dispuesto en los artículos 6º, 7º, 19 Nº 3 inciso 5º (esto es, que es el legislador el llamado a establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento), 32 Nº 8, 60, 73 y 74 de la Carta Fundamental, debiendo ser declarados, por ende, inconstitucionales.

La verdad sea dicha, y es que entendemos que el cotejo de normas (legales e infralegales) en este capítulo concreto de inconstitucionalidad no produjo una gran densidad dogmática ni conceptual, dado que el *exceso reglamentario* resultó ser bastante más que evidente.

En cuanto al punto de los incisos 5º, 6º, 7º y 8º del número 18º del decreto supremo impugnado, el Tribunal, en el considerando 28º resuelve que ellos *“constituyen el complemento necesario del inciso primero de la misma norma que este Tribunal resolverá mantener (.....), su objetivo es perfeccionar el procedimiento destinado a aplicar sanciones administrativas por el Secretario Regional respectivo, asegurando en forma más adecuada el derecho a defensa de los afectados (....)”*.

De lo anterior, y a la luz de lo que disponen los incisos 5º, 6º, 7º y 8º del número 18º, es evidente que estos constituyen una mera *complementación y/o pormenorización* de la facultad inherente al Secretario Regional Ministerial en cuanto al punto del conocimiento y posterior resolución de las sanciones establecidas en el artículo 88.

A este respecto, la Magistratura alude a una *matriz conceptual* que ya ha venido desarrollando en sentencias anteriores, y a la que nosotros ya hemos hecho alusión en

comentarios anteriores (caso de la sentencia Rol N° 373), esta es, la referente al *Principio de Razonabilidad Técnica* que, a estos efectos, implica que, atendida la *finalidad* perseguida por la ley en orden a que el Secretario Regional Ministerial de Transportes conozca y resuelva las sanciones antedichas, constituye, a su turno, un *medio idóneo* para lograr dicha finalidad el establecer *reglas procedimentales* elementales, como las que se señalan en los incisos vistos. Consecuentemente, se rechaza el requerimiento parlamentario efectuado en torno a estos incisos.

TITULO TERCERO. REFLEXIONES FINALES.

Así pues, ya habiendo pasado revista a los últimos pronunciamientos de la Jurisdicción Constitucional respecto al conflicto constitucional que gira en torno a la relación ley-potestad reglamentaria, estimamos del caso el formular algunas reflexiones finales en base a los conceptos que, a su vez, el propio Tribunal Constitucional fue desarrollando a lo largo de los razonamientos antes vistos.

En efecto, parecería que hoy ya no podríamos continuar utilizando la clásica distinción existente sobre esta materia, cual es la de *reserva absoluta* o *relativa* de la ley (muy mencionada a lo largo de la década de 1990), según si la Magistratura da o no paso a la colaboración reglamentaria.

Y así, digamos que dicha distinción ya no operaría más dado que, según se advierte de los últimos pronunciamientos, la Magistratura Constitucional ha comprendido que si la Constitución Política ha consagrado la existencia de la potestad reglamentaria ejecutoria, es precisamente para que ésta adquiera operatividad práctica. Luego, empero, dicha operatividad requiere el cumplimiento u observancia de ciertas condiciones, que son las que el propio Tribunal fue explicando a lo largo de las distintas sentencias examinadas.

De esta forma, la Magistratura fue elaborando ciertas *matrices conceptuales* que, a su entender, deberían erigirse como elementos de la esencia para que la reglamentación administrativa de las leyes pueda operar de manera *eficiente* y, consecuentemente, plenamente *subordinada* al ordenamiento constitucional.

Ahora bien, debemos advertir que las referidas *matrices conceptuales* diseñadas por el Tribunal a lo largo de sus pronunciamientos no tienen, a nuestro modo de ver, otro norte que el de preservar la *certeza* o *seguridad*, en los administrados, de que el ejercicio de sus derechos (tanto de los expresamente asegurados por la Constitución como de aquellos derivados de éstos) será regulado de la manera mas *justa, equitativa y razonable* posibles, con estricto apego tanto a la Constitución Política en su texto expreso como a los principios y valores que subyacen a ésta, a fin de resguardar los pilares básicos de un Estado de Derecho Democrático, cuales son la *libertad* y la *propiedad privada* (sin perjuicio de la *función social* de ésta).

Por lo anterior, es preciso dejar constancia que nuestras constantes observaciones a las referidas matrices planteadas a lo largo de nuestro trabajo, no buscaron sino mantener un pleno e irrestricto resguardo de la preceptiva constitucional, dirigiendo nuestra mirada tan sólo a identificar las probables deficiencias de que pudiesen adolecer ciertos conceptos, a fin de ajustar la regulación de ciertas materias a criterios de *realidad*, pero por sobre todo, a criterios de *razonabilidad* y *eficiencia* (como lo que ocurre, por ejemplo, a propósito de lo visto en materia de *planificación urbana*)

Siendo así, pensamos que es útil traer a la vista, someramente por cierto, aquellos conceptos que, en nuestra opinión, clarificaron la postura que, en nuestros días, detenta la Jurisdicción Constitucional sobre el punto de la *tensión* ley-potestad reglamentaria presidencial.

En primer término, la Magistratura ha sido reiterativa en cuanto a exigir a las leyes ciertos contenidos mínimos a efectos de que, con posterioridad, pueda ingresar a participar la reglamentación administrativa del Presidente de la República.

Así, se advierte en varios de los pronunciamientos antes vistos la mención a los requisitos legales de *determinación* y *especificidad*. El primero, como ya sabemos, envuelve la exigencia de que aquella ley que pretenda regular el ejercicio de un determinado *derecho* o *libertad* deberá, a lo menos, contener la determinación precisa de cuales son los derechos cuyo ejercicio ha de ser limitado ó restringido. El segundo, luego, implica la mención expresa de aquellas medidas susceptibles de ser adoptadas por la autoridad a efectos de desarrollar la referida regulación.

Evidentemente, estos requisitos van en directa protección de los administrados, toda vez que, en nuestra opinión, restringen el *radio de acción* de la autoridad administrativa a lo que, previamente, señale la propia ley.

Nuestra reflexión sobre estos requisitos gira en torno a las observaciones que, en su momento, fuimos formulando en torno a esta cuestión. Y es que insistiremos en que tales requisitos sólo serán *útiles* y realmente *protectores* de los particulares en la medida en que sean interpretados con criterios de *eficiencia legislativa*, esto es, en la medida en que su exigencia no envuelva, a su turno, la especificidad de todas y cada una de las circunstancias en que dichas medidas reguladoras del ejercicio de un derecho deban ser puestas en marcha.

Siendo así, compartiríamos plenamente la exigencia de los referidos requisitos pero con la reserva antes expuesta, en aras de resguardar, asimismo, el *límite sustantivo* de la ley acuñado por la propia Constitución Política, en su artículo 60 N° 20.

En segundo lugar, la Magistratura Constitucional alude al ya referido concepto de *razonabilidad técnica*, en cuya virtud los medios utilizados por la potestad reglamentaria ejecutoria deben propender a resguardar, fielmente, la *finalidad* perseguida por la ley que se pretende sea ejecutada por el reglamento. Compartimos este criterio por cuanto incide, a su vez, en otra cuestión resuelta por el Tribunal, cual es la de velar porque la comparación del reglamento ejecutorio sea, únicamente, con la ley en cuyo nombre actúa y no, directamente e inmediatamente, con el texto de la Constitución (tesis de la *competencia restringida*).

De esta manera, la matriz conceptual de la *razonabilidad técnica* envuelve, a su vez, un *juicio de valor* en torno a si acaso el reglamento ha perseguido la misma *finalidad* que la ley. Si ello no fuese así, dicho reglamento se excedería de los márgenes de la norma legal y, por ende, terminaría por vulnerar, también, a la propia Carta Fundamental.

Luego, este criterio envuelve, asimismo, la *unidad y coherencia* que han de mediar entre la actuación legislativa y administrativa, resguardándose, de esta forma, el *principio de eficiencia administrativa*.

Empero, podría alguien intentar acusar al Tribunal Constitucional de inmiscuirse en funciones que no le competen, al arrogarse la facultad de formular un *juicio de valor* respecto a la intención que subyace a un determinado reglamento, no obstante lo cual, pensamos, ello no sería procedente, toda vez que a partir de la determinación de la *finalidad* de un reglamento puede llegar a precisarse, luego, si acaso éste se ha ajustado ó no a la ley en cuyo título aquél actúa (en función, por cierto, de la finalidad perseguida, a su turno, por dicha ley).

Respecto a este principio consagrado por la propia Magistratura, insistiremos en lo que, en nuestra opinión, fue una *incoherencia dogmática* del Tribunal, toda vez que en la sentencia Rol N° 325 (esto es, con anterioridad a aquellas sentencias en que, como vimos, fundamentó su razonamiento en el referido principio) se declaró enteramente incompetente para pronunciarse sobre aquella parte de la pretensión de los requirentes fundada, precisamente, en una supuesta falta de *razonabilidad técnica* de la norma objetada, aduciendo que ello habría importado pronunciarse sobre el mérito de dicha norma.

Siendo así, estimamos que las argumentaciones posteriores de la Magistratura fundadas, a su vez, en tal principio, carecieron de legitimidad (aún cuando, personalmente, las compartiéramos).

En tercer lugar, hemos advertido la constatación, por parte del Tribunal, de la existencia de dos *niveles de reserva legal*. El primero de ellos, como se vio en el examen de la sentencia Rol N° 370, encontraría asidero en el propio artículo 60 de la Constitución, en cuanto *catálogo* de materias propias y exclusivas del ámbito de la ley.

Luego, el segundo de ellos encontraría su lugar en disposiciones específicas de la Constitución, de las cuales se desprendería "*cuan intensamente reservada*" está, efectivamente, una determinada materia a la ley.

En su oportunidad expusimos, claramente, nuestras observaciones a esta elaboración doctrinaria de la Magistratura, en especial en lo referente al límite ó *frontera*

material que la propia Constitución Política ha impuesto a la ley, en el artículo 60 N° 20.

Así, prevenimos que, aún cuando ciertas disposiciones constitucionales específicas reserven intensamente (en un “*segundo nivel*”) una materia al ámbito soberano y exclusivo del legislador, ello no puede ser óbice para que, igualmente, se observe el *límite sustantivo* que ha de detentar una norma de rango legal, cual es el de la **generalidad** y la calidad de **base esencial** de un ordenamiento jurídico. De esta forma, aún cuando compartamos el *celo protector* de la Magistratura en cuanto al punto de la protección y resguardo de los derechos y libertades constitucionales, ello no podría convocarnos, incluso, a sobrepasar la propia preceptiva constitucional.

De esta manera, estimamos que aún cuando existan ciertas materias cuya regulación está encomendada mas intensamente a la ley, como ocurre entre nosotros con el derecho de propiedad, han de observarse, con todo y en cada regulación legal (cualquiera que sea la materia normada), los *deslindes materiales* de ésta (Art. 60, numeral 20° de nuestra Carta Fundamental), a fin de dar debido cumplimiento tanto al mandato constitucional como al espíritu que, sobre este particular, reinó en la Comisión Constituyente.

De consiguiente, y como se puede advertir de los pronunciamientos recientes de la Magistratura Constitucional, en los tiempos actuales se comprende la existencia y trascendencia de la potestad reglamentaria presidencial en la regulación de las más amplias materias, sujetando su intervención, no obstante, a la presencia de ciertos elementos ó reglas que, de cierta manera, suponen una posición de garantía por parte de la Jurisdicción Constitucional en torno a la continua preeminencia de la ley como factor de mayor *representatividad* de los particulares ó administrados frente a las actuaciones de la autoridad administrativa.

BIBLIOGRAFÍA

I) REVISTAS DE DERECHO:

- 1) Cea Egaña, José Luis: “Los Principios de Reserva Legal y Complementaria en la Constitución Chilena”, Revista de Derecho, Vol. IX, Año 1998.
- 2) Cea Egaña, José Luis: “Dominio Legal y Reglamentario en la Constitución de 1980”, Revista Chilena de Derecho, Vol. XI, Año 1884.
- 3) Carmona Santander, Carlos: “Tendencias del Tribunal Constitucional en la relación Ley-Reglamento”, Revista de Derecho Público, Vol. 61, Año 1998-1999.
- 4) Colombo Campbell, Juan: “El Conflicto Constitucional, competencia del Tribunal Constitucional para su solución”, Revista de Derecho Público, Vol. 61, Año 1998-1999.
- 5) Rajevic Mosler, Enrique: “Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada”, Revista Chilena de Derecho, Vol. XXIII, Nº 1, Año 1996.
- 6) Reyes Riveros, Jorge: “El Estado como regulador, mediante Ley, del ejercicio de los derechos fundamentales y de contralor de dicha normativa”, Revista Chilena de Derecho, Vol. XX, Nº 1, Año 1993.

- 7)** Ossa Santa Cruz, Francisco: “El Principio de Supremacía Constitucional”, Revista de Derecho Universidad Finnis Térae, Año VII, Nº 7, 2003.
- 8)** Daniel Argandoña, Manuel: “Reflexiones sobre la Potestad Reglamentaria y su control jurídico en el anteproyecto de Constitución Política del Estado”, X Jornadas Chilenas de Derecho Público, Valparaíso (Edeval, 1980).
- 9)** Schiessler Quezada, Guillermo: “Algunas cuestiones técnico jurídicas relativas a la Potestad Reglamentaria Presidencial en el marco de una nueva institucionalidad”, X Jornadas Chilenas de Derecho Público, Valparaíso (Edeval, 1980).
- 10)** Soto Kloss, Eduardo: “Algunas consideraciones sobre la Potestad Normativa Presidencial en el anteproyecto de nueva Constitución”, X Jornadas Chilenas de Derecho Público, Valparaíso (Edeval, 1980).
- 11)** Caldera Delgado, Hugo: “Bases para el control jurídico de la Potestad Reglamentaria Autónoma contemplada en el anteproyecto de la nueva Constitución”, X Jornadas Chilenas de Derecho Público, Valparaíso (Edeval, 1980).
- 12)** Caldera Delgado, Hugo: “La Norma de Clausura y la Potestad Reglamentaria en el anteproyecto de la nueva Constitución”, Revista de Derecho Público, Nº 27, Año 1980.
- 13)** Molina Guaita, Hernán: “La distribución de materias entre el Dominio Legal y el Dominio Reglamentario”, XVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público, Universidad de Concepción, Año 1987.
- 14)** Cerda Medina, Mario: “El Dominio de la Ley y del Reglamento”, XVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público, Universidad de Concepción, Año 1987.
- 15)** Cea Egaña, José Luis: “Delimitación y Privación del Dominio en la Constitución de 1980”, XVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público, Universidad de Concepción, Año 1987.
- 16)** Aylwin Azócar, Arturo: “Límite de la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 11, Año 1984.
- 17)** Silva Bascuñan, Alejandro: “La Jerarquía Normativa en la Constitución Política de 1980”, IV Revista de Derecho U. Católica de Valparaíso, Año 1982.
- 18)** Bulnes Aldunate, Luz: “Leyes de Base y Potestad Reglamentaria en la Constitución de 1980”, VI Revista de Derecho U. Católica de Valparaíso, Año 1982.
- 19)** Precht Pizarro, Jorge: “Potestad Reglamentaria y equilibrio constitucional en la Constitución Chilena de 1980”, Boletín de Investigaciones P.U.C. , Nº 48-49, Año 1981.
- 20)** Zúñiga Urbina, Francisco: “Ley y Reglamento en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Mayo de 1999.
- 21)** Ribera Neumann, Teodoro: “Reserva Legal, potestad reglamentaria y Constitución de 1980”, Revista de Derecho Público, Vol. 63, Año 2001.
- 22)** Fermandois Vöhringer, Arturo: “La Reserva Legal: Una Garantía Sustantiva que desaparece”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 28, Nº 2, Año 2001.

II) LIBROS:

- 1) Evans De la Cuadra, Enrique: “Los Derechos Constitucionales”, Sección Sexta, “La Protección Jurídica del Ejercicio de los Derechos Constitucionales”. Editorial Jurídica de Chile.
- 2) Zapata Larraín, Patricio: “La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Parte General, Biblioteca Americana, Universidad Andrés Bello, Santiago de Chile, Año 2002.

III) APUNTES DE CÁTEDRAS (Y OTROS):

- 1) Pantoja Bauzá, Rolando: “*Derecho Administrativo*”, Módulo 4º, “*El Principio de la Legalidad*”, Apuntes de la cátedra de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Año 2002.
- 2) Martínez Fernández, María Eliana: “*Apuntes de Clases de Derecho Urbanístico*”, Dpto. de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2º Semestre, Año 2004.
- 3) Jara Schnettler, Jaime: “*Reserva Legal y Colaboración Reglamentaria. Doctrina y Jurisprudencia Constitucional*”, Trabajo elaborado por el profesor Jara Schnettler durante el Año 1999. Profesor de las cátedras de *Derecho Administrativo* y *Responsabilidad del Estado*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

IV) ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE:

- 1) Sesión N° 18, celebrada el día Jueves 22 de Noviembre de 1973.
- 2) Sesión N° 212, celebrada el día Miércoles 19 de Mayo de 1976.
- 3) Sesión N° 355, celebrada el día Jueves 20 de Abril de 1978.
- 4) Sesión N° 358, celebrada el día Martes 25 de Abril de 1978.

V) LEYES:

- 1) Ley General de Pesca y Acuicultura (N° 18.892)
- 2) Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (N° 19.300)
- 3) Ley General de Urbanismo y Construcciones (D.F.L. N° 458)

VI) DECRETOS SUPREMOS:

- 1) *D.S. N° 47*, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (que contiene, a su vez, la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones).
- 2) *D.S. N° 20*, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (publicado en el Diario Oficial el día Jueves 12 de Abril del año 2001).
- 3) *D.S. N° 1*, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (publicado en el Diario Oficial el día Sábado 1 de Febrero del 2003).
- 4) *D.S. N° 66*, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (publicado en el Diario Oficial el día Martes 1 de Abril del 2003).
- 5) *D.S. N° 56*, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (publicado en el Diario Oficial el día Viernes 8 de Agosto del 2003).

VII) TRATADOS INTERNACIONALES:

- 1) “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de Noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

VIII) JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

- 1) Sentencia Rol N° 146, de 1992.
- 2) Sentencia Rol N° 253, de 1997.

- 3)** Sentencia Rol N° 325, del 2001.
- 4)** Sentencia Rol N° 370, del 2003.
- 5)** Sentencia Rol N° 373, del 2003.
- 6)** Sentencia Rol N° 388, del 2003.