

8.4.4.2. La doctrina de la no-delegación:

Explicábamnos en la sección anterior que en ocasiones la *generalidad* de las normas regulatorias emitidas por el Poder Legislativo, las hacen ser vagas e imprecisas, y que esto obliga a delegar excesivamente atribuciones al Poder Ejecutivo, que de suyo no le corresponden. Esto deja a los ciudadanos indefensos ante el abrumador poder del Ejecutivo, que legalmente (no necesariamente desde el punto de vista constitucional) está facultado para sancionar conductas que a éste le parezcan impropias e inadecuadas. Entonces, lo que en principio es general y objetivo se transforma en un elemento discrecional y subjetivo, que pone en grave peligro las garantías individuales de los ciudadanos.

Después del caso *Crowell v. Benson*, en 1935, aparentemente hubo escasos controles al poder del Congreso para otorgar poder a las agencias en lo referido a su función 'judicial' y 'legislativa'. Mas, aún las cortes han tenido un amplio potencial para ejercer este control, por medio de cuatro vías fundamentales apoyadas en la doctrina clásica:

- a) No-delegación: Las cortes pueden oponerse a grandes delegaciones de poder por parte del Congreso hacia el Ejecutivo.
- b) Revisión de hecho: Las cortes pueden revisar los hechos para determinar si realmente se ajustan al registro o protocolo.
- c) Revisión legal: Las cortes podían revisar las decisiones para determinar si estrictamente se encontraban dentro de los márgenes legales.
- d) Cumplimiento del debido proceso: Las cortes pueden invocar la Constitución, los estatutos y la ley común para prescribir el procedimiento del Ejecutivo.

8.5 Regulación económica: jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno

La Jurisprudencia del TC ha debido referirse con insistencia al tema de la regulación legal económica, tópico ubicado dentro del tema mayor de la reserva legal en general. Los fallos específicos referidos a la regulación económica son, hasta la fecha, sólo tres. Ellos corresponden a los consabidos *Publicidad Caminera I* (1992) y II (1993) y *Bases del Medio Ambiente* (1994); los dos primeros en estrecha vinculación con el derecho de propiedad y el último con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Adicionalmente, los autores agregan a los precedentes en materia económica la sentencia del caso llamado *Tarifas de Peajes* (1994), aunque nos parece que se interna más bien en el área de la legalidad tributaria.

Como sea, el Tribunal ha debido enfrentar el asunto de definir el ámbito de la potestad reglamentaria frente a la reserva legal, en general, en una serie de otros complejos pronunciamientos. Habrá que anotar aquí *Ley de Aduanas*, (1996), *Ley de Presupuestos* (1997) y *Tratados Marro* (1999), sólo para reseñar los fallos que más directamente se han hecho cargo de esta tensión. En *Ley de Aduanas*, la reserva legal se impuso frente a la potestad reglamentaria

de la mano de los principios constitucionales de legalidad, justicia y no afectación tributarias. En *Ley de Presupuestos*, el TC viró y admitió la elástica extensión de la potestad reglamentaria en materia de gasto, relegando a la ley de presupuestos sólo a la calidad de "ley marco" y privando al legislador de su atribución, que hasta entonces pretendía exclusiva, de aprobación excluyente del gasto público. En *Tratados Marco*, la reserva legal se enmarca en un nuevo frente de continua tensión institucional, que es el abierto por el antiguo texto del artículo 50 N° 1, inciso 2° de la Constitución, reformado por la Ley N° 20.050, en relación al inciso segundo de la Constitución en relación con aquellas medidas que el Presidente adopte, "o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor", porque éstos no requerirán nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley.

Es así como la reserva legal —como principio operativo constitucional general— ha sido desafiada o invocada ante nuestra Corte Constitucional con insistencia; podríamos incluso decir que se está convirtiendo en el asunto de mayor tensión constitucional de los últimos años del siglo. Y hasta ahora no podría en rigor obtenerse una conclusión clara de la línea que mejor se está asentando en doctrina y jurisprudencia.

En materia estrictamente económica, afortunadamente, la situación está levemente más consolidada. Para Zapata Larraín, el Tribunal ha navegado desde la Reserva Legal Absoluta (*Publicidad Caminera I y II*), profundizada por el fallo de la ley de Bases del Medio Ambiente "que excluye cualquier atisbo de participación administrativa en la regulación de las libertades" al laxismo y liviandad en *Tarifas de peajes*. Este último pronunciamiento, dice Zapata, desfiguró la doctrina hasta entonces desarrollada, al prevenir:

"(...) *contrariamente a lo sostenido por el reclamante, el Decreto Supremo objetado se sustenta precisamente en el principio cuya ausencia se reprocha, toda vez que la administración ha procedido a su dictación en la facultad que confiere a S.E. el Presidente de la República el artículo 3° de la Ley N° 14.999 de 1962, en cuanto a 'establecer peajes en los caminos, puentes y túneles que estime convenientes, fijando su monto' y 'para determinar los vehículos que no pagan esta contribución'*"²⁸⁶

El Tribunal validó el Decreto Supremo impugnado en tarifas de Peajes invocando una ley anterior a la Constitución de 1980, manifestamente inconstitucional ante los N°s 20 y 21 de su artículo 19. De por medio está el tema de si el TC está orgánicamente facultado para aplicar directamente la Constitución en su análisis de constitucionalidad del decreto impugnado, o

²⁸⁶ Considerando 2° de la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de mayo de 1995 (rol N° 183), en Fallos del Tribunal Constitucional, ob. cit. en nota N° 95, p. 142.

bien si es la Corte Suprema la que por vía de inaplicabilidad debe previamente declarar inconstitucional la fuente legal de 1962. Baste por ahora advertir que el resultado en este caso es inicu y la regulación económica se entrega directamente al administrador.

Nos unimos así a la prevención de Zapata:

"*En la práctica, lo que hace Tarifas de Peajes es sustituir la controvertida 'reserva legal absoluta' de las doctrinas previas, por una no menos discutible, y probablemente más peligrosa Potestad Reglamentaria soberana*"²⁸⁷

Si bien este autor no comulga con la violación del principio de reserva legal para la regulación económica, también discrepa de la que llama "doctrina de la reserva legal absoluta". Le objeta a ésta el exigir a la ley "un nivel de detalle incompatible con la naturaleza de la función legislativa", restándole, además, flexibilidad, al Ejecutivo.

Nos parece que está en lo cierto el autor, en tanto cuanto la *flexibilidad* que se solicita para el Ejecutivo y su potestad no derive en la imposición de criterios, parámetros, exigencias y condiciones más exigentes para el titular del derecho que aquellos previstos por el legislador. Frente a la casuística de los conflictos elevados a la Corte en relación con la garantía de la libertad económica, podemos advertir que éste no es un temor infundado.

No obstante, creemos que en *Tarifas de Peajes* el TC resolvió en favor de la norma administrativa cuestionada por una razón distinta del punto central correspondiente a la reserva legal regulatoria. En efecto, los sentenciadores, en apenas cinco considerandos, no entraron a teorizar sobre el apropiado grado de intervención administrativa en la reserva legal económica, sino invocaron el argumento formal emanado de la disposición séptima transitoria. Esta norma permite la subsistencia de las leyes que establezcan tributos de afectación al tiempo de entrada en vigencia de la Constitución de 1980 —prohibidos por su artículo 19 N° 20— mientras no sean expresamente derogadas. Así, crea una figura que podríamos llamar "zona de ultratractividad normativa", que impide la derogación tácita de una norma legal previa a la carta de 1980 e inconciliable con ésta. En *Tarifas de Peajes*, el TC reconoció que los peajes son "tributos" y recordó que, desde que los peajes están *afectos* a la construcción y conservación de la red caminera del país por el artículo 3° de la Ley 14.999, de 1962, se aprovechan del beneficio de ultratractividad indicado. Esto "*implica el actual y pleno efecto jurídico del tributo de afectación de que se trata intertanto las leyes que le sirven de base no hayan sido abrogadas de un modo expreso*"²⁸⁸. Asimismo, como la facultad administrativa de establecer peajes por decreto supremo emana del referido artículo 3°,

²⁸⁷ ZAPATA LARRAÍN, ob. cit. en nota N° 174, p. 202.

²⁸⁸ Considerando 4° de la sentencia de fecha 17 de mayo de 1995 (rol 183).

que se estimó vigente, para el TC este argumento bastó para rechazar el requerimiento.²⁸⁹

Como se ve, *Tarifas de Peajes* no es en rigor un antecedente preciso en la batalla jurisdiccional por la extensión de la reserva legal en materia de regulación económica. Pese a su resultado alineado con la potestad reglamentaria intrínseca del terreno legal, creemos que la razón determinante en el fallo del TC fue la disposición 7ª transitoria que permite la ultraactividad de los tributos de afectación.

8.5.1 Reserva legal: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional entre 2001 y 2004

Durante el período 2001-2004, el TC se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la temática general de la reserva legal y su relación con la potestad reglamentaria. Así, pueden encontrarse pronunciamientos sobre esta materia en lo relativo a: (i) los tratados internacionales²⁹⁰; (ii) los derechos que integran el OPE²⁹¹; y, (iii) el derecho al “debido proceso”.²⁹²

Como se ve, sólo algunos de los fallos que resuelven sobre la reserva legal recaen directamente en la regulación de derechos de naturaleza económica. Se trata de un tópico, no obstante, completamente entrelazado. Finalmente, el Tribunal en sus decisiones está resolviendo sobre la convivencia competencial de dos poderes de Estado. Los argumentos que se levantan en algunos casos resultan a menudo conceptualmente válidos para los demás casos. En razón de ello, haremos un recuento de las sentencias más relevantes del período que han resuelto materias referidas a la reserva legal, aún sin pertenecer todas estrictamente al ámbito económico.

Lo relativo a la jurisprudencia del TC sobre reserva legal en materia de tratados internacionales se revisará en particular más adelante.

8.5.1.1 Introducción a este período jurisprudencial: el *relajo*, la *reflexión* y la *reacción* del Tribunal Constitucional

Como lo anunciáramos en la primera edición de esta obra, la temática de la reserva legal acabaría transformándose en uno de los grandes ejes del litigio constitucional arbitrado por el TC durante la primera década del siglo XXI. Esta tendencia ha continuado y se ha incrementado, pero la consistencia de la jurisprudencia emanada de estos conflictos ha sido baja, considerando el breve tiempo que media entre uno y otro fallo.

Al publicarse esa primera edición, ya habíamos advertido que el TC venía relajando fuertemente la forma en que entendió originalmente la reserva legal, admitiendo ahora crecientes espacios para la potestad reglamentaria.

289 El considerando 5º del fallo *Tarifas de Peajes*, de tres líneas, concluye en la forma indicada “que de lo razonado con anterioridad surge en evidencia que el tributo cuestionado en el decreto N° 434 ha sido concebido dentro de la esfera de la legalidad y que, por ende, es constitucional”.

290 *Vid* sentencias roles N° 346 y 383. Se revisan estos importantes pronunciamientos en el acápite 11.8 de este mismo capítulo.

291 *Vid* sentencias roles N° 325, 352, 370 y 388.

292 *Vid* sentencias roles N° 388, 389 y 391.

El Tribunal pronunció su última sentencia apegada a la reserva legal absoluta en diciembre de 1996, en el caso *Playas*.²⁹³ Luego, pasó derechamente a inscribirse en la tesis de la reserva legal relativa ya desde sus fallos del año siguiente *Cesiones Gratuitas*²⁹⁴ y *Ley de Presupuestos*.²⁹⁵ Esta tendencia se consolidó con su decisión de 1999 en el caso *Décimo Protocolo Comercial con Bolivia*, también llamado *Tratados Marco*, se profundizó aún más en la sentencia de 2000 en el caso *Pueblos Indígenas* y llegó a extremos completamente inaceptables en el caso *Catalíticos* (2001).²⁹⁶

Aparentemente en 2001, después del polémico y cuestionado fallo de *Catalíticos*, el TC se abocó a una reflexión sobre el rumbo que estaba tomando la judicatura constitucional. En rigor, tal reflexión era indispensable, puesto que ningún académico quedó insensible ante las contradicciones del considerando 46º del fallo, inéditas en la historia del TC. A algunos especialistas preocupó el resultado y la consolidación sin contrapesos de la reserva legal relativa y depreciación consiguiente de las facultades del Congreso. Pero a todos llamó la atención la falta de rigor, de armonía entre sus partes y de elegancia en una sentencia redactada por primera vez por tres ministros distintos, con tres lógicas constitucionales difícilmente conciliables entre sí. Autores de todas las sensibilidades formularon su crítica e intuyeron sabiamente que si el TC enfrentaba el control de la constitucionalidad aceptando que un decreto supremo vulnera la Constitución, pero declarándolo constitucional sólo para ese caso (como lo dice el considerando 46º), la jurisdicción constitucional abandona el terreno del derecho y se transforma simplemente en política. Y ello resulta peligroso para el futuro del Estado de Derecho.

293 La sentencia del caso *Playas* corresponde al rol N° 245, de fecha 2 de diciembre de 1996. El considerando 55º al fundamentar la inconstitucionalidad del decreto supremo N° 1 del Ministerio de Bienes Nacionales, de 1996, que venía autorizando la imposición de obligaciones por vía administrativa a los propietarios ribereños de playas en ríos, lagos y mares, razonó: “Que, de lo anterior se infiere que el Decreto Supremo N° 1, de Bienes Nacionales, de 1996, al otorgarle atribuciones a las Secretarías Regionales Ministeriales ha invadido el campo del legislador y, en consecuencia, viola el artículo 60 de la Carta Fundamental que señala las materias propias de ley entre las que se encuentran aquellas que la Constitución exige que sean reguladas por una ley y las que la Constitución señala como de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (artículo 60, N° 2 y 14)”.

294 La sentencia del caso *Cesiones Gratuitas* corresponde al N° 253, de 15 de abril de 1997.

295 La sentencia del caso *Ley de Presupuestos* corresponde al rol N° 254, de 26 de abril de 1997. En este pronunciamiento, el TC bautiza a la ley de presupuestos como “ley marco”, introduciendo una categoría especial de leyes inexistente hasta ese momento, pero funcional a su convicción de rechazar el requerimiento. Con ello, abre el espacio a la potestad reglamentaria para determinar el gasto sin contar con autorización precisa de la ley. Dice el considerando N° 22º: “Que, la Ley de Presupuestos es una ley marco y, por tanto, corresponde al organismo administrativo detallar su ejecución. En este orden de ideas resulta útil recordar la opinión del profesor José Luis Cea Esguía que estima que ‘la Ley de Presupuestos no es más que un ejemplo particular de aquella configuración global del dominio máximo legal, es decir, que a ella corresponde establecer los bases del régimen presupuestario del sector público, entregando a la potestad reglamentaria la particularización y ejecución del presupuesto nacional. Dicho en otras palabras: la Ley de Presupuestos es una normativa típicamente autorizatoria, en términos generales o básicos, de un marco que contemplan los lineamientos fundamentales de la política de ingresos y gastos del Estado para el año calendario, cuya aplicación queda entregada al jefe de Estado’”.

296 Véase al respecto nuestro trabajo *La reserva legal: una garantía sustantiva que desaparece*, en XXVIII Revista Chilena de Derecho, N° 2 (2001), p. 287-298. Advertimos de inmediato al lector que en caso *Catalíticos* participamos en calidad de abogado patrocinante del requerimiento ante el Tribunal Constitucional, y en tal calidad, hemos procurado mantener plena objetividad en nuestros comentarios del fallo, evitando profundizar demasiado en él. En este estilo redactamos dicho artículo de 2001. Hemos constatado, empero, que todos los sectores de la doctrina constitucional reprobaron la forma en que el TC resolvió el asunto, alcanzando la literatura especializada un inédito consenso en la crítica a la sentencia en cuestión.

Sea como fuere, el TC reaccionó. No le resultó fácil encontrar la oportunidad, consistente en la llegada de nuevos litigios a sus estrados, porque luego de *Catalíticos* los parlamentarios resolvieron no arriesgar nuevos requerimientos de constitucionalidad ante un Tribunal que percibían impredeciblemente seducido por reflexiones extraconstitucionales. Con una primera señal poderosa al acoger el requerimiento de agosto de 2001 en el caso *Rentas Vitalicias*, el TC encontró su oportunidad de girar su doctrina en materia de reserva legal de los derechos económicos en el caso que hemos llamado *Impacto Vial* (2003).

En *Impacto Vial* el TC retomó la doctrina de una reserva legal absoluta en materia de derecho de propiedad, algo moderada en relación con la concebida originalmente por Eduardo Soto Kloss. En nuestro lenguaje, opta por una reserva legal poderosa, más que absoluta, en la línea de los casos *Publicidad Caminera* (1992 y 1993) y *Playas* (1996), más que la imposible reserva de *Ley del Medio Ambiente* (1994). A nuestro juicio, se trata de un pronunciamiento acertado, profundo, operativo e ilustrado. Otorga sentido a disposiciones constitucionales que bajo la reserva legal así entendida en *Catalíticos* habían quedado en carácter de letra muerta (19 N° 24, inciso segundo o 19 N° 8 inciso segundo, CPR). Con todo, es una doctrina constitucional aplicable a un Estado de Derecho, no ilusoria; puede operar sin paralizar el sistema de gobierno, y vela adecuadamente por los derechos de las personas.

Quizá lo que llama la atención de *Impacto Vial*, como veremos, es la forma en que el TC entiende su propia jurisprudencia anterior. En *Impacto Vial*, el TC hace tabla rasa del largo período en que navegó decididamente en aguas de una reserva legal relativa en materia de propiedad (1997-2001) y en lugar de ello afirma que su doctrina anterior ha sido consistente con la forma en que resuelve el presente caso. Esta forma un tanto “desmemoriada” de referirse a sí mismo deja en compás de preocupación al especialista, que prefiere las instituciones conscientes de su pasado, capaces de hacerse cargo de sus variantes y posibles errores pretéritos. Ello otorgaría más credibilidad y haría más predecible la jurisprudencia constitucional. Nos preocupa porque, como dice Fried, si no hay cierta previsibilidad en el texto de la Constitución y en las sentencias constitucionales, no puede haber doctrina constitucional y tampoco habrá derecho constitucional.²⁹⁷

Con todo, no podría afirmarse que la doctrina de *Impacto Vial* es exactamente la vigente en materia de reserva legal y OPE, aunque sabemos que ha sido la interpretación de la mayoría del TC hasta época reciente. Y no podemos hacerlo, porque, a pocos meses de esa sentencia, otro fallo desdibujó los alcances de la reserva legal en materia de la regulación económica. Se trata del fallo rol N° 388, que hemos llamado *Decreto Tarifario de Transportes*.²⁹⁸

²⁹⁷ CHARLES FRIED, *The Constitution in the Supreme Court* (London, Harvard University Press, 2004), p. 2.
²⁹⁸ Rol N° 388, de 25 de noviembre de 2003.

Como se analizará más adelante, el TC tuvo que resolver aquí si el Presidente de la República tuvo facultades legales para fijar los precios del transporte público mediante el Decreto Supremo N° 56, de 29 de abril de 2003. Desde la perspectiva del OPE, el punto era trascendental, porque sabemos que el control de los precios en un sistema constitucional de libertad económica, basado en las decisiones individuales de los contratantes, sería una completa excepción a las facultades del dominio, posiblemente inconstitucional aún existiendo ley que lo faculte.

El TC rechazó el requerimiento, apelando a las facultades genéricas que otorgó al entonces Ministerio de Economía, en el pasado remoto, una vieja pieza legislativa, el Decreto con Fuerza de Ley N° 279, de 1960. Recordamos la estructura de control de precios existente en la década de 1960, por lo que una ley de esta naturaleza facultando la fijación de precios en aquella época no resultaría extraña. Lo que nos intriga es la forma en que debíamos entender vigente en 2003 esa vetusta legislación. El TC no tuvo cómo explicarlo y se limitó a señalar que esas facultades hoy están radicadas en el ministerio respectivo. Dijo el TC en el considerando 8°:

“El Decreto con Fuerza de Ley N° 279 de 1960, en lo que interesa, se refiere a las facultades que tenía el Ministerio de Economía, a través de su Secretaría de Transportes de la época, en la implantación de tarifas para los diversos medios de transportes, materia que se encuentra cuestionada en el requerimiento. Esas atribuciones luego de sucesivas modificaciones a los diferentes organismos del ramo, en virtud del Decreto Ley N° 557, de 1974, quedaron radicadas en el Ministerio de Transportes, a través de su respectiva Subsecretaría. En la actualidad aquellas facultades corresponden al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, según la Ley N° 18.059, que, como ya se dejó consignado en el fundamento séptimo de esta sentencia, asignó a ese Ministerio el carácter de ente rector en materia de tránsito y transporte público, confiriéndole las debidas potestades para su regulación”.

En *Decreto Tarifario de Transportes*, en suma, el TC respaldó la fijación administrativa de precios sin una ley específica que facultase al Presidente de la República para ello. Naturalmente, nos parece desacertado el fallo, poco convincente. ¿Retorno a la reserva legal relativa en materia económica? No lo creemos así. El asunto controvertido mismo tuvo bajo perfil, puesto que el decreto supremo impugnado fijó precios del transporte público para el período transitorio que mediaría entre el vencimiento de las concesiones en vigor y las nuevas adjudicaciones de transporte público del llamado Plan Transantiago. Creemos que el TC, que informalmente se considera a sí mismo como tribunal “jurídico político”, entendió que este control de precios era de espectro limitado,

transitorio, no representativo de una política económica determinada, y resolvió respetarle la vida, para luego buscar los argumentos funcionales a ese fin.

En síntesis, entre 2001 y 2004 tenemos un período en que el TC completó su viaje a una reserva legal relativa extrema en materia de derechos de Orden Público Económico (*Catalíticos*), para luego reaccionar con determinación a favor de una reserva legal poderosa (*Impacto Vías*), y anunciar que, pese a ello, no renunciará a seguir ponderando elementos de políticas, de conveniencia, oportunidad y bien común (*Decreto Tarifario de Transportes*).

8.5.1.2 Los argumentos que han jugado en el TC

Durante estos años de controversia constitucional ante el TC, diversos argumentos se han venido ventilando en uno y otro sentido en materia de reserva legal. Carmona Santander ha hecho una buena relación de ellos y no es el momento de indagar excesivamente sobre este punto.²⁹⁹ Los hay desde los más lógicos hasta los más inverosímiles.³⁰⁰

Por ahora, puede señalarse que el Presidente de la República, al reclamar su autoridad para la regulación y limitación de derechos propios del OPE, suele usar las siguientes alegaciones, en general. Primero, que la Carta de 1980 fue concebida sobre la base de un *dominio máximo legal*, a fin de acotar al legislador dentro de las materias taxativas y generales que señala el artículo 63 CPR, y facultar consiguientemente al Administrador para regular con amplitud todo lo que allí no se reserva a la ley. Luego, se concluye que la potestad reglamentaria está *permanente convocada* a complementar a la ley en todas las materias; esa sería su misión ineludible, con o sin llamado específico de la Constitución o de la ley respectiva (art. 32 N° 8 CPR). Se trata de un argumento más propio de la Potestad Reglamentaria Autónoma que de aquella de ejecución.³⁰¹ Adicionalmente, y con apoyo en algunas sentencias del TC (*Cesiones Gratuitas* y *Ley de Presupuestos*) se sostiene que la ley está *indisolublemente ligada* al reglamento; que ambos son un solo todo, de manera que si existe ley para un determinado asunto, ello importa inmediatamente autorizar el ingreso de la potestad reglamentaria en auxilio de la misión que el legislador ha identificado. Si hemos admitido que la ley es constitucional —porque no ha caído en controles preventivos, o bien, data de antes de la Constitución de 1980— debemos necesariamente concluir que el reglamento

299 Véase CARLOS CARMONA S., *Tendencias del Tribunal Constitucional en la relación ley-reglamento*, en *Revista de Derecho Público* N° 61 (1998-1999), pp. 180-193.

300 Véase también el completo trabajo en la materia de GONZALO GARCÍA PINO, *La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración?* (Santiago: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2004). En este ensayo se nos retruca parcial, pero a nuestro juicio insuficientemente, nuestra adhesión al principio de reserva legal como garantía sustantiva de los ciudadanos. Véase nota N° 295, página 152.

301 Para ver un adecuado tratamiento de la potestad reglamentaria autónoma en el Derecho Chileno véase: PATRICIO MUÑOZ, *La Potestad Reglamentaria Autónoma. La revolución que se hizo lugar*, en *Revista Ius Publicum* N° 8, año 2000. Desde otra perspectiva KAMEL CAZOR, *La Potestad Reglamentaria Autónoma en la Constitución Chilena*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Volumen X, año 1999.

dictado en su cumplimiento será también constitucional. La ley, por sí sola, queda casi en la invalidez jurídica, incapaz de producir efectos directos sin el “auxilio” del reglamento, que acude presto a servir al Estado de Derecho.

Los argumentos que se oponen a los anteriores —normalmente desarrollados en los requerimientos al Tribunal Constitucional— suelen comenzar con una distinción entre las distintas materias sujetas a la acción administrativa. Así, en algunas zonas la reserva legal debe interpretarse con máximo celo, como en las referidas a limitaciones de derechos, por exigirlo directa o inequívocamente diversos pasajes de la Carta (art. 19 N° 8 inciso segundo, o N° 24 inciso segundo —“sólo la ley puede”—, por ejemplo) y corresponder a un principio universal del derecho constitucional. Este principio aparece reconocido en el Pacto de San José de Costa Rica y en la mayoría de las constituciones europeas (España y Alemania, por ejemplo).³⁰²

Luego, los argumentos a favor de la reserva legal poderosa pasan por repasar ciertos elementos históricos para la interpretación del N° 26 del artículo 19. Allí, en la sesión N° 270 de la CENC, los comisionados dejaron constancia que jamás el Administrador podría entenderse facultado para regular derechos constitucionales —sólo al legislador cabe esa función—, y se concluye que mucho menos podría el Ejecutivo entrar a *limitar* o *restringir* esos mismos derechos. Igual razonamiento *a fortiori* se utiliza para la interpretación del artículo 64 inciso segundo de la CPR. Inaugurado por Soto Kloss, mediante este argumento se concluye con impecable lógica que, si el citado precepto de la Carta Fundamental prohíbe la delegación al Congreso vía decreto con fuerza de ley de cualquier asunto comprendido en las garantías constitucionales, con mucha mayor claridad le queda prohibido al Presidente hacerlo por simple decreto supremo.³⁰³

En medio de esta refriega intelectual, creemos que el profesor Rubera Neumann ha aportado un elemento interesante, al sostener con fuentes históricas indubitables que la intención del Constituyente final de 1980 —la Junta de Gobierno y no la CENC— no fue consagrar un sistema de dominio legal máximo al estilo de la constitución francesa.³⁰⁴ Su descubrimiento,

302 El artículo 30 del Pacto de San José de Costa Rica, o Convención Americana de Derechos Humanos, promulgada en Chile por Decreto N° 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 5 de enero de 1991, dispone: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos 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” (el destacado es nuestro). Este precepto es interesante, porque junto con exigir ley como fuente de toda restricción de derechos, prohíbe el fraude a la ley o falta de proporcionalidad del acto, que se pueden cometer utilizando restricciones reglamentarias para fines que la ley no previó: “con el propósito para el cual han sido establecidas”. Hay una calificación de fines y medios. Esto es lo que se planteó —entre otros— al impugnarse el DS N° 20 en el caso *Catalíticos*.

303 Dice el artículo 64, inciso segundo: “Esta autorización no podrá extenderse a la nacionalidad, la ciudadanía, las elecciones ni al plebiscito, como tampoco a materias comprendidas en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado”.

304 TORIBIO RUBERA NEUMANN, *Reserva Legal, Potestad Reglamentaria y la Constitución de 1980*, en *Revista de Derecho Público*, N° 63 (2001), pp. 471-488. Rubera se aboca al análisis de documentos inéditos elaborados por la Honorable Junta de Gobierno —órgano en el cual recae el Poder Constituyente— y concluye que el sistema constitucional chileno no establece un “dominio máximo legal” en sentido pleno, sino que busca establecer un equilibrio entre las atribuciones del Presidente de la República y las del Congreso Nacional. Fruto de aquello sería el que el artículo 60 se limita a establecer que “son sólo materias de ley” un conjunto de veinte numerales,

basado en las actas mismas de la Junta fechadas en julio y agosto de 1980—y a las que hemos tenido acceso— consiste en develar la última intención del constituyente, que habría sido equiparar el peso institucional del Presidente según propuesta de la CENC, con ciertos toques quirúrgicos al borrador final de la Carta que juegan a favor del Congreso y su reserva legal. Así, el último texto del artículo 32 N° 8, como también la redacción de un polémico y genérico N° 20 agregado al artículo 63° y su lista supuestamente taxativa de materias de ley, buscaron ampliar la autoridad del legislador más allá de la rigidez original del artículo 63°, equilibrando su poder frente al Presidente.³⁰⁵ Nuestro aporte en la discusión ha sido, por último, la formulación de la tesis de una reserva legal poderosa, pero no absoluta,³⁰⁶ y la exigencia del test de proporcionalidad a los actos administrativos restrictivos de los derechos del OPE.

En síntesis, creemos que existen argumentos plausibles en ambos lados de la discusión. Pensamos, asimismo, que el Presidente de la República, en su defensa del principio de reserva legal relativa, ha extremado en términos inverosímiles argumentos que en su origen son lógicos. Al comentar los fallos emanados sobre este tema en el período 2001–2004, tendremos oportunidad de ponderar estos argumentos y su recepción por el TC. Señalemos que un creciente número de sentencias se refieren a libertades y derechos económicos, incluidos en el OPE. Se encuentran en esta condición los fallos recaídos en las causas roles N°s 325, 334, 370 y 388.

8.5.1.3 Caso *Catalíticos*³⁰⁷

El caso que hemos llamado *Catalíticos* ofreció una oportunidad única al TC para rayar la cancha del Administrador en la limitación de los derechos y libertades económicas. En primer lugar, el impugnado decreto (DS N° 20, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia), se fundó en la protección del medio ambiente, lo que colocó el debate en el artículo 19 N° 8 CPR. Ello significaba que, por primera vez, se sometería a control un acto administrativo bajo el estándar del inciso segundo de ese N° 8: “La ley podrá establecer restricciones específicas a determinados derechos y libertades para proteger el medio ambiente”.

de los cuales los primeros diecinueve corresponden a situaciones de dominio máximo, pero ellas están conjugadas con el numeral veinte que extendería el ámbito legal a toda norma, siempre que ella establezca las bases esenciales de un ordenamiento jurídico. Es decir, el campo operativo de la ley sería amplio, pero a la vez limitado. Con ello se lograría un equilibrio de atribuciones entre ambas funciones del Estado. En sentido contrario, véase: HUANAN MOLINA, *La distribución de materias entre el dominio legal y el dominio reglamentario*, ponencia en las XVIII Jornadas de Derecho Público (Universidad Católica de Valparaíso, 1988).

305 Creemos acertada y plausible esta interpretación, la que compartimos luego de revisar las actas de la Junta de Gobierno de julio y agosto de 1980 y conversar personalmente en mayo de 2001 con el que fuera Secretario de Legislación y Ministro de Fe de la Junta de Gobierno, Capitán de Navío (R) MAURO DUVAUGHELLE, cuya firma está estampada en los acuerdos de ese órgano constituyente.

306 Creemos que el TC se viene inscribiendo con esta tesis de reserva legal poderosa a partir de su fallo *Impacto* *Vial*, que comentaremos en detalle más adelante.

307 Sentencia rol N° 325 del 26 de junio de 2001.

En segundo lugar, es sabido que las restricciones de circulación vehicular dispuestas para la ciudad de Santiago no tienen fuente alguna específica en la ley, sino que han sido ordenadas desde antaño (1986) por decretos supremos. Aún más, también sabemos que el proyecto de ley que pretendió facultar al Presidente de la República para decretar restricciones a la circulación de automóviles fue precisamente declarado inconstitucional en esa parte por el mismo Tribunal Constitucional, en su polémico fallo de 1994.³⁰⁸ De manera que el precedente era claro; ni aún con una ley el TC había tolerado prohibiciones a la circulación de vehículos motorizados. Por último, el DS N° 20 rompía un compromiso político, asumido por el Administrador a comienzos de los años 90, cuando se estimuló la compra de vehículos con convertidor catalítico bajo la promesa que no caerían bajo la restricción de circulación. Por el contrario, el DS N° 20 dispuso precisamente la restricción para vehículos con “sello verde” (catalizados), generando indignación pública.

De manera que no existiendo ley que facultara la dictación del DS N° 20, senadores representativos de más de una cuarta parte del Senado, impugnaron este acto administrativo, con dos clases de argumentos. Primero, porque el DS N° 20 aparecía vulnerando la reserva legal de la limitación de los derechos y libertades por razones de medio ambiente (N° 8 del art. 19), al materializarse esta limitación por medio de un simple acto administrativo sin fuente legal precisa. Y luego, un novedoso argumento: el DS N° 20 sería un acto vulnerador del principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad, al pisotear el principio de la proporcionalidad poniendo medios que no se orientaban al fin. La restricción de autos catalizados—se alegó—no contribuye a la descontaminación, para lo cual se acompañaron estudios medioambientales, médicos, científicos y legales.

A esta segunda y novedosa clase de argumentos, el TC, cómodamente, replicó que no le está permitido analizar el “mérito” de los actos sometidos a su control. Nunca el TC, según esta tesis, podría abocarse a asuntos de carácter “factual”. Los considerandos 37° y 38° se abocaron a esta alegación en los siguientes términos:

37°. Que, como se dejó testimonio en la parte expositiva, el segundo capítulo de impugnación 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, vulnerando consecuentemente los principios constitucionales, disposiciones y derechos que se señalan. Se afirma que se estaría recurriendo “a un medio altamente gravoso para las personas, con

308 El fallo que recurrió sobre el proyecto de Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, rol 185, de 28 de febrero de 1994. Este fallo eliminó el artículo N° 47 del proyecto, que facultaba para decretar restricciones vehiculares y “prohibiciones totales o parciales” para el funcionamiento de determinadas industrias, en determinados estados de crisis ambiental.

exiguo o nulos resultados reales de descontaminación". En este capítulo se desarrolla "in extenso" la tesis que la restricción vehicular impuesta por el decreto censurado, no es idónea para el fin descontaminante perseguido, instando por otras medidas que, a decir de los recurrentes, serían más eficaces;

38°. Que, como se advierte, estas alegaciones miran al mérito de la norma, lo que claramente excede la órbita de competencia de este Tribunal. Como reiteradamente se ha declarado por esta sede, dichos juicios de mérito, oportunidad o conveniencia, se encuentran radicados en los órganos de los cuales emana la respectiva regulación. No es en consecuencia procedente que un requerimiento enderezado a que este Tribunal se aboque a analizar y decidir más allá de su esfera de atribuciones, que en esta materia importa sólo un examen jurídico de constitucionalidad del impugnado decreto, debiendo prescindir de cualquier consideración o raciocinio factual. De esta manera, la cuestión a resolver queda centrada en dilucidar si el decreto supremo impugnado, infringe o no el principio de la reserva legal a que reiteradamente aluden los Senadores requirentes, quebrantando así las garantías constitucionales que se especifican".

El TC rehusaba así a realizar "cualquier consideración o raciocinio factual", puesto que sólo le correspondería efectuar un "examen jurídico de constitucionalidad". Ello le impediría resolver si el DS cumplía con el principio de la proporcionalidad, exigencia universalmente aceptada en el derecho constitucional comparado. Replicamos a este argumento demostrando que el TC, en múltiples oportunidades, se ha internado en la valoración de los hechos, en el mérito y en los fines y medios de una norma sometida a control, única vía para apreciar estándares constitucionales determinados.³⁰⁹ Pero en *Catalíticos*, el TC había resuelto no hacerlo.

Sobre la base del segundo grupo de argumentos, se impugnó entonces la constitucionalidad del Decreto Supremo N° 20 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, alegándose que contenía disposiciones infractoras de las garantías de la libertad ambulatoria y la facultad de uso que confiere el derecho de propiedad sobre vehículos catalíticos sin que existiera un mandato legal que habilitase previamente para ello al Presidente de la República. El TC, como hemos dicho, rechazó también esta parte del requerimiento, pero incurrió en una vistosa e inexplicable contradicción, inédita en su jurisprudencia.

En efecto, la sentencia reconoce que para que pueda operar la Potestad Reglamentaria en materia de derechos fundamentales ella requiere de una

309 Véase nuestro trabajo *La ausencia de control del mérito por el Tribunal Constitucional: un objetivo legado del caso catalíticos*, en XXII Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso (2001), p. 313.

habilitación legal previa y suficiente, es decir, una habilitación que cumpla con los requisitos de *determinación y especificidad* aludidos en el inciso segundo del N° 8 del artículo 19 CPR.

A continuación, el TC reconoce que las normas legales que invoca el Ejecutivo para respaldar el DS N° 20 (artículos genéricos de la ley de tránsito), si bien expresan con especificidad las conductas o hechos que pueden regularse, no expresan con determinación los derechos constitucionales que pueden restringirse.

Sin perjuicio de la claridad del razonamiento anterior, que habría conducido al TC a acoger el requerimiento y a declarar la inconstitucionalidad del decreto impugnado, se optó en definitiva por desecharlo y por velar por la debida vigencia del acto administrativo en cuestión. En un pronunciamiento sin precedentes el Tribunal estimó que "si bien las normas legales en que se funda el DS N° 20 en estudio no cumplen a cabalidad con los requisitos de determinación de los derechos que podrán ser 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 los derechos comprometidos en el caso sub-lite, esta magistratura ha llegado a la convicción que tales requisitos resultan aceptables en este caso y sólo para aplicación a él" (Considerando N° 46).

En este sentido, y si bien el TC reconoció expresamente la inconstitucionalidad del DS N° 20 al constatar que no existía habilitación legal expresa para dictarlo, optó, sin embargo, por preservar un "interés superior" y por negar lugar a la solicitud de inconstitucionalidad, olvidando que el Estado de Derecho y el principio de reserva legal consagrado como expresión del mismo sólo existen y deben respetarse en resguardo del más alto y genuino interés de todos: los derechos de las personas.³¹⁰

8.5.1.4 Caso *Rentas Vitalicias*³¹¹

El caso *Rentas Vitalicias* no pertenece exactamente a la línea de jurisprudencia del principio de la reserva legal de la regulación económica. Empero, se relaciona con los ámbitos de competencias en la regulación y limitación del derecho de propiedad. En este mérito, y sin perjuicio de posteriores análisis en el Tomo II de esta obra, lo revisaremos por el notable precedente que envuelve para la comprensión del OPE.

310 Creemos al igual que OSVALDO VARGAS ZÚÑIGA que "conforme a este criterio, entonces, por vía simplemente administrativa, sin fuente legal, se podrían otorgar garantías constitucionales con la excusa de resguardar otras garantías, olvidando que de acuerdo con el artículo primero inciso cuarto de la Carta, el Estado está al servicio de la Persona Humana y su finalidad es promover el Bien Común con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece (...). Nos parece gravísima que el principal guardián de la Constitución recie una suerte de categoría de violaciones constitucionales "permisibles", por parte de la Administración, en función de pretender evitar una violación mayor". (Véase: Fallo del TC sobre restricción a Catalíticos; Indague Nuevas preparadas por Osvaldo Vargas Zúñiga, en Revista de Derecho Público de la Agrupación de Abogados de la Contaduría General, Año 2, N° 5, mayo /agosto de 2001, p. 125. Baste agregar a todo lo que ya se ha dicho que para prevenir expresamente el uso de argumentos como los que la sentencia del Tribunal planteó, se ha redactado el artículo 7 de nuestra Constitución y se le ha dado rango de base de nuestra institucionalidad. Resulta inadmisibles y poco elegante, entonces, que el administrador o el sentenciador constitucional recurran al pretexto de circunstancias extraordinarias de esa naturaleza para sustentar la constitucionalidad del decreto supremo impugnado.

311 Sentencia rol N° 334 del 21 de agosto de 2001.

El requerimiento, en este caso, impugnó los numerales 5° y 6° del artículo 1° del proyecto de ley modificatorio del Decreto Ley N° 3.500 que establecía normas relativas al otorgamiento de pensiones a través de rentas vitalicias, bajo el argumento que ellos imponían restricciones y regulaciones que afectarían el derecho de propiedad que los afiliados a los sistemas previsionales vigentes en el país tienen sobre sus fondos. Específicamente, se estaría afectando gravemente un atributo esencial de la propiedad sobre dichos fondos, como es la disposición, desde que se estableció un complejo sistema de “consultas y ofertas” que impediría a los afiliados negociar libremente sus fondos provisionales para cambiarse al sistema de “rentas vitalicias”.

En lo que atañe al fondo del tema, los requirentes afirmaron que el Estado cumple un rol subsidiario en materia de seguridad social y que, por tanto, está solamente obligado a permitir el acceso a “prestaciones básicas y uniformes”, por lo que las restricciones que excedan aquello constituirían una limitación a las facultades del dominio no autorizadas ni por el artículo 19 N° 18 ni por el 19 N° 24 de la CPR.

El TC terminaría por acoger el requerimiento ya que, a su juicio, los preceptos impugnados impondrían a los afiliados un severo sistema regulatorio que los despojaría —en los hechos— de una de las facultades esenciales del dominio, como es la de disponer de sus fondos. Así, se declara y constata que el proyecto en cuestión impide al afiliado elegir la alternativa de pensión con renta vitalicia, cuestión que es de la esencia de la facultad de disposición sobre los fondos de la pensión (Considerandos 16° y 17°).

De los razonamientos efectuados por el TC se desprende que la privación de la facultad de disposición no sólo se produce cuando el despojo resulte total o absoluto, sino que también cuando se introducen regulaciones que impidan y dificulten su libre ejercicio (Considerando 19°). Además, se desprende que cualquier limitación u obligación del dominio procede solamente para las muy determinadas expresiones de la función social de la propiedad que señala el artículo 19 N° 24 inciso 2°, lo que no ocurre en el presente caso, en que se cercena una facultad del dominio sin existir una habilitación constitucional suficiente (Considerandos 21° y 22°).

En este sentido, debemos resaltar que en su sentencia el alto Tribunal reconoce dos de los requisitos que debe cumplir una ley al momento de limitar una garantía fundamental: la existencia de una habilitación constitucional expresa (que en este caso no existe por no responder la ley alguna de las circunstancias señaladas por el inciso 2° del artículo 19 N° 24) y la no afectación de la esencia de la garantía reglamentada (en tanto que en este caso se afecta la esencia del derecho de propiedad por imponerse condiciones que hacían ilusoria la facultad de disposición).

8.5.1.5 Caso *Impacto Vial*³¹²

Como revisamos más arriba, en esta oportunidad, el TC debió pronunciarse sobre la constitucionalidad del Decreto Supremo N° 1 del MINVU (modificador de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones), que, a juicio de los requirentes habría, invadido ilegítimamente el ámbito reservado a la potestad legislativa, imponiendo a los destinatarios del referido acto —los loteadores de terrenos— una obligación gravosa consistente en la aprobación administrativa de un complejo estudio de impacto para sus obras, lo que no tenía fuente alguna en la ley. La obligación de efectuar el estudio y aprobarlo afectaría en su esencia el ejercicio legítimo de los derechos de los loteadores a desarrollar una actividad económica y de propiedad sobre su terreno.

Si bien la materia de la modificación tiene un carácter técnico que no es del caso analizar, deben rescatarse los razonamientos efectuados por el TC al reconocer que la única clase de potestad reglamentaria que cabría en materia de propiedad era la de ejecución y que, además, sólo podría regular cuestiones de detalle, de relevancia adjetiva o secundaria, cercana a circunstancias casuísticas o cambiantes respecto de las cuales la ley, por su generalidad y abstracción, no puede o le es muy difícil regular (Considerando 23°).

Creemos que en *Impacto Vial* el TC hace una gruesa contribución a la tesis de la reserva legal poderosa en materia de derecho de propiedad. El sentenciador recuerda que es el legislador el llamado constitucionalmente a configurar las obligaciones y limitaciones que emanan de la función social del dominio en sus elementos definitorios o característicos, debiendo así: definir en qué consiste el deber que se impone, cuál es el motivo de la razón social que lo justifica, cuáles son sus delimitaciones, sobre qué presupuestos fácticos actúa, cuál es la autoridad llamada a llevarla a efecto y controlarla, etc. (Considerando 31°). Ello, con el fin de impedir una habilitación excesiva a la potestad reglamentaria de ejecución en la reglamentación de esta garantía (Considerando 35°).

Finalmente, el TC conduce un análisis de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, concluyendo que no existe en dicho cuerpo legal una disposición que habilite la actuación de la potestad reglamentaria de ejecución. En este contexto, y combinando ambos cuerpos normativos, se llega a la conclusión de que el Decreto Supremo N° 1 del MINVU carece de la habilitación legal para su dictación, lo que le hace ser inconstitucional (Considerando 41°).

Con este fallo, el TC refuerza jurisprudencialmente el principio de reserva legal en materia de propiedad, previniendo con ello las intromisiones de la administración en esta materia tan importante, bajo el pretexto de que la

312 Sentencia rol N° 370 del 9 de abril de 2003.

regulación legal no permite prever situaciones cambiantes o particulares, etc. Se ha fijado el campo preciso de operación de la potestad reglamentaria de ejecución en aspectos del dominio y ello es altamente encomiable.

8.5.1.6 Caso *Decreto Tarifario de Transporte*³¹³

Como advirtiéramos más arriba, este pronunciamiento del TC configura un retroceso considerable en materia de reserva legal de la regulación económica. La discusión en este caso giró en torno a la constitucionalidad de los numerales 2 y 18 del artículo único del Decreto Supremo N° 56 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones que, en opinión de los requirentes, permitiría a la autoridad administrativa fijar tarifas o estructuras tarifarias en materia de transporte, sin contar para ello con una habilitación legal expresa, lo que importaría una clara infracción al artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental.

A su juicio, y en lo que se refiere al análisis de constitucionalidad practicado a la luz del artículo 19 N° 21, los requirentes sostienen que el transporte nacional de pasajeros remunerado es una actividad económica cuyo desempeño le cabe desarrollar libremente al particular, pudiendo ser regulada sólo por medio de la ley. No existiendo en este caso disposición legal alguna que permita a la autoridad administrativa imponer una restricción de derechos como la que se analiza, con la facultad y la obligación de fijar tarifas, se afectaría en su esencia tanto el derecho a desarrollar libremente una actividad económica como el derecho de propiedad de las entidades sujetas a la fijación tarifaria.

Desconociendo el razonamiento de los requirentes, el TC reconoció la posibilidad de que la autoridad administrativa determinara –bajo presupuestos extraordinarios– las tarifas o estructuras tarifarias del transporte de pasajeros. Ello es fruto de la tesis excesivamente amplia que hace suya el Tribunal, que extrañamente pasa de una interpretación sumamente restrictiva del ámbito de la Potestad Reglamentaria (véase *Impacto Vial*) a una como la descrita.

En efecto, el TC razonó que el Presidente de la República se encontraba habilitado legalmente, de forma previa y suficiente, para la dictación del decreto impugnado. Las fuentes legales que permitirían “pormenorizar restricciones a estos derechos en aras del interés social superior” (Considerando 18°) serían el artículo 3° de la Ley N° 18.096, que faculta al Ministerio para dictar la normativa necesaria para lograr ciertos objetivos genéricos (por ejemplo, obtener el cumplimiento de normas técnicas y de emisión de contaminantes) y la Ley N° 18.059 que faculta al organismo para “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”. Adicionalmente, el TC pretendió en su sentencia que la fuente legal precisa para autorizar al Ministerio a la fijación de precios la constituyen las facultades conferidas por el arcaico DFL N° 279, de 1960, las que, luego de diversos movimientos legislativos, se han radicado en el actual Ministerio de Transportes.

No es necesario un examen pormenorizado de dichas disposiciones legales para percatarse que, no obstante lo resuelto por el Tribunal, ellas no cumplen con los requisitos de “determinación” y “especificidad” necesarios al momento de regular el ejercicio de una garantía fundamental. Para quienes sostengan que la determinación y especificidad sólo corresponden en la limitación de derechos por razones de medio ambiente, creemos que en este caso tampoco se cumplieron los estándares que pocos meses antes en 2003, se exigieron en el caso *Impacto Vial*.

La interpretación del TC constituye, en nuestro concepto, un grave error. Lo que la ley permite a la autoridad administrativa no es sino la especificación práctica de aspectos meramente técnicos, de reglamentaciones relativas al uso de vías, al orden vial, etc., pero en ningún caso la determinación de tarifas o estructuras tarifarias. Con ello, la potestad reglamentaria no se limita a pormenorizar ciertos aspectos de la ley, sino que procede directamente a regular, estableciendo nuevos gravámenes y nuevas cargas no incluidas en la ley, haciendo más gravoso el desarrollo de la actividad para el particular. Solamente una interpretación amplísima permitió al TC entender que dentro de las atribuciones descritas cabría la fijación del precio del servicio, que no es otra cosa que un elemento esencial de la actividad económica desarrollada.

Todo aquello –como se adelantó– significa un cierto retroceso en materia de reserva legal, aún no grave por el efecto acotado que el caso tuvo, según se dijo, pero confirma lo “deambulante” de la posición del TC en estas materias.

8.5.1.7 La Reserva Legal en relación con el “Debido Proceso”: Segunda Arista de *Decreto Tarifario de Transporte*

Dentro del aludido requerimiento interpuesto en septiembre de 2003 contra el Decreto Supremo N° 56 del Ministerio de Transporte, se alegó que el N° 18 del artículo único de dicho DS infringía la garantía consagrada en el artículo 19 N° 3 CPR, por cuanto que mediante un mero acto administrativo se otorgaban atribuciones jurisdiccionales al SEREMI de Transportes. Asimismo, se afectaría fuertemente el derecho de los transportistas de recurrir ante la justicia ordinaria en los casos de suspensión o cancelación de sus permisos.

Los senadores requirentes alegaron que lo anterior atentaba gravemente contra la Reserva Legal a la que está sometido “el establecimiento de las garantías de un procedimiento racional y justo” (artículo 19 N° 3 CPR), toda vez que mediante un acto de rango meramente administrativo se

313 Sentencia rol N° 388 del 25 de noviembre de 2003.

conferían atribuciones jurisdiccionales a la Administración, siendo que dicha materia es objeto de ley orgánica constitucional de acuerdo a los artículos 76 y 77 CPR.

En lo que nos interesa, el TC concluyó en su sentencia que la norma impugnada se apartaba ostensiblemente del marco legal habilitante, ya que la Ley N° 18.096 señala que en caso de suspensión o cancelación del servicio del transporte, por parte de la autoridad administrativa, los afectados pueden recurrir dentro de quinto día ante el Juzgado de Letras del domicilio respectivo. Ello difiere ostensiblemente de lo dispuesto en el DS N° 56, ya que en su virtud el afectado sólo podría pretender la modificación de la resolución del SEREMI mediante la interposición de recursos de carácter administrativo: una reposición ante el mismo órgano y una apelación ante el Subsecretario de Transporte en casos muy limitados. Todo aquello atentaría contra el artículo 19 N° 3 de la CPR “en la parte que dispone que es al legislador a quien corresponde establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento” (Considerando 26°). Igualmente, se consideró que lo anterior implicaba una vulneración de las disposiciones de los artículos 76 y 77 de la Carta Fundamental.

Nos parece que, a diferencia de lo resuelto en relación con la regulación de la actividad económica, esta parte del fallo expone con claridad prístina el principio de reserva legal que nuestra Constitución establece en materia jurisdiccional. Ciertamente el decreto impugnado variaba radicalmente tanto el sentido como el alcance del texto legal habilitante y dejaba en la más absoluta indefensión al particular, que se veía impedido de recurrir ante la jurisdicción ordinaria.³¹⁴

8.5.1.8 Caso Unidad de Análisis Financiero³¹⁵

El TC, de conformidad al artículo 93 N° 1 CPR, procedió en octubre de 2003 a efectuar el control de constitucionalidad del proyecto de ley que creaba la Unidad de Análisis Financiero y modificaba el Código Penal en materia de lavado y blanqueo de activos.

Dentro de las normas contenidas en dicho proyecto se encontraban dos disposiciones sobre las cuales recaeó preferentemente el análisis del Tribunal. La primera de ellas era el artículo 2° inciso 1° letra b), que habilitaba a la Unidad de Análisis Financiero para “solicitar los antecedentes que estime necesarios (...) a personas naturales y jurídicas, las cuales estarán obligadas a proporcionarlos en el término que se les fije (...) En el caso de que los antecedentes estén amparados por el secreto o reserva, corresponderá autorizar esta solicitud al Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago. El Presidente resolverá dentro del plazo de veinticuatro horas,

314 El valor de la plenitud jurisdiccional de los tribunales ordinarios de justicia jamás será suficientemente valorado. Para una defensa desde el Derecho Administrativo, véase EDUARDO SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996). Para una argumentación desde el constitucionalismo, véase ANTONIO PEREIRA-MENAUT, *Teoría Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1998).

315 Sentencia rol N° 389 del 28 de octubre de 2003.

sin audiencia ni intervención de terceros (...) La solicitud se tramitará en forma secreta y los antecedentes serán devueltos a la Unidad para su archivo”.

La segunda norma correspondía al artículo 8°, que facultaba al Director de la Unidad para sancionar con amonestaciones o multas a aquellas personas naturales o jurídicas que no cumplieran con el deber de informar. Además, se establecía que la persona sancionada podría deducir recurso de reposición ante la misma autoridad, y que en contra de la resolución que denegara la reposición podría reclamarse ante la Corte de Apelaciones respectiva.

Haciendo una acertada interpretación, el TC afirmó en su sentencia que el derecho a la Vida Privada y a la Protección de las Comunicaciones no es un derecho absoluto, ya que puede ser objeto de una regulación legal. Sin embargo, dicha regulación no podría significar una afectación de la esencia o contenido sustancial de este derecho (Considerando 22°).

Concluyó en función de lo anterior el Tribunal que el contenido del proyecto era inconstitucional, ya que, en primer lugar, otorgaba una “habilitación irrestricta” a un órgano administrativo —la Unidad de Análisis Financiero— para recabar toda clase de antecedentes, sin que existiera limitación alguna para su discrecionalidad. En segundo lugar, se consideró que se configuraba en la especie una infracción al debido proceso, ya que sólo se exigía, para que el ente administrativo pudiera recabar “antecedentes secretos o financieros”, la autorización del Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago; solicitud que tendría una tramitación secreta, sin audiencia alguna del afectado o de terceros. Finalmente, se estimó que el proyecto era lesivo a la garantía del debido proceso, ya que dejaba en la indefensión al afectado por una amonestación o multa impuesta por el Director de la Unidad de Análisis Financiero, al no contemplarse procedimiento alguno que le permitiera modificar su resolución en sede administrativa (Considerando 33°).

En lo relativo a la regulación legal de las garantías fundamentales, este fallo es destacable, porque resguarda una eficiente aplicación del derecho fundamental al debido proceso en el proceso regulatorio. Para ello —como suele hacerlo en casos similares— se sirve del clásico argumento de que si bien es permitido al legislador regular el ejercicio de determinados derechos fundamentales (en este caso el derecho “a la vida privada y a la protección de las comunicaciones”), ello no puede significar una afectación de la esencia del derecho regulado ni de otros derechos que están en juego (en este caso la garantía del debido proceso).

8.5.1.9 Caso Tribunal de la Libre Competencia³¹⁶

En el presente caso, el TC se abocó al estudio de la constitucionalidad del proyecto de ley que creaba el “Tribunal de la Libre Competencia”, en lo que respecta a las normas que contengan disposiciones propias de ley orgánica constitucional.

316 Sentencia rol N° 391 del 7 de octubre de 2003.

El artículo 2° de dicho proyecto de ley definía la competencia de este tribunal, la que se extendía a una serie de disposiciones tanto legales como reglamentarias citadas de manera específica. Sin embargo, el último inciso señalaba: “*Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, el Tribunal de la Libre Competencia tendrá las atribuciones que otras disposiciones legales o reglamentarias, no citadas precedentemente, otorgan a las Comisiones Resolutiva y Preventivas, en su caso, en materias de libre competencia en las actividades económicas*”.

Al analizar con perspicacia la norma de marras, el TC la calificó de inconstitucional, debido a que, a su juicio, hacía una “referencia genérica” a las disposiciones reglamentarias que otorgaban competencias a los órganos jurisdiccionales suprimidos y radicados ahora en el Tribunal de la Libre Competencia, resultado contrario al principio de reserva legal que la CPR establece respecto de la determinación de la organización y atribuciones de los tribunales de justicia. No resultaría aceptable, por tanto, que su reglamentación se hiciera por medio de normas emanadas de la potestad reglamentaria, sino sólo en virtud de una ley orgánica constitucional (Considerando 17°).

Este pronunciamiento constituye, una vez más, una reiteración del principio de reserva legal que establece nuestro Código Político en lo que al establecimiento y regulación de órganos jurisdiccionales se refiere. No es aceptable, en consecuencia, que la potestad reglamentaria cree o modifique órganos con atribuciones jurisdiccionales ni que regule sus atribuciones, competencia o funcionamiento.

8.6 Regulación de la Actividad Económica en Ámbito Municipal

La siguiente arista constitucional a revisar en materia de regulación de la actividad económica es aquella que se verifica al interior de un municipio, y que se ejerce por las autoridades municipales. Como dice Yrarrázaval, “algunos han creído que las ordenanzas y resoluciones de carácter general dictadas por los municipios harían excepción al principio constitucional” de la reserva legal de la regulación económica.³¹⁷

¿Puede regularse la actividad económica por la autoridad municipal?

Una respuesta apegada al principio de reserva legal que hemos venido revisando sugiere negar del todo una intervención municipal en la regulación económica. La revisión de la jurisprudencia, tanto como la realidad de las cosas, revelan, por el contrario, una creciente participación de los Alcaldes, Concejos Municipales, Directores de Obras Municipales y otros funcionarios que se abocan resultadamente a la regulación de las actividades económicas al interior de los municipios, intervención que resulta en general tolerada por la débil revisión judicial de que viene siendo objeto.

317 ARTURO YRARRÁZAVAL COVARABIAS, *Orden Público Económico: ficción o realidad*, ob. cit. en nota N° 42, p. 10-14.