

mandato directo al legislador para prohibir una actividad económica determinada en el N° 21, ni un mandato para prohibir derechos o libertades en el N° 8, pero el legislador podrá de todas formas hacerlo fundado en el art. 63 N° 20 y en la jurisprudencia del TC, siempre respetando la intangibilidad de la esencia de la garantía (N° 26).

El administrador, por su parte, carece de competencia para prohibir actividades económicas, tanto porque no existe mandato expreso en la Constitución en este sentido, como porque no ha sido contemplado en el N° 26 del artículo 19 como agente regulador ni limitador de garantías constitucionales, como finalmente, porque así lo ha entendido consistentemente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

8. LA REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

8.1 La Problemática de la Regulación Económica

8.1.1 Reserva legal y garantía individual

Al comienzo de este trabajo se enunció el principio de Reserva Legal Económica como uno de los elementos centrales en el contenido actual del OPE. Este principio tiene diversas manifestaciones prácticas a lo largo de las garantías económicas de la Constitución.

Pero antes de revisar los pasajes del texto que configuran este principio, cabe la pregunta: ¿en favor de quién cede la reserva legal económica?; y a continuación, si hemos de considerar la reserva legal reguladora en sí de una garantía, ¿en qué consiste y cómo opera?²³⁵

A la primera interrogante debe responderse sin vacilaciones: la reserva legal cede en favor del individuo, de la persona titular de derechos público subjetivos. Por esto, la reserva legal es en sí misma una garantía conferida por la Carta que obliga al Estado, en favor del individuo. Este mecanismo opera en una variada gama de materias constitucionales, pero es especialmente intenso en el ejercicio de las garantías del OPE²³⁶.

235 La compleja relación entre derechos individuales y regulación pública ha suscitado diversos y muy bien logrados aportes en el medio norteamericano. Al díscuro en la materia ya citado en la 1ª Edición de este libro, BUEYER, STEPHEN & STEWART, RICHARD, *Administrative Law and Regulatory Policy* (Little, Brown & Company Editions, Fifth Printing, 1979), se suman los aportes de JEFFREY HANCOCK, THOMAS MORGAN & PAUL VERKUT, *Regulation and Deregulation: Cases and Materials* (S. Paul, West Publishing Co., Second Edition, 2004); TUDOR MACHAN & BRUCE JOHNSON, *Rights and Regulation* (San Francisco, Pacific Institute, 1983); y de JAMES ROUGH, *Regulation, the Constitution and the Economy* (Lanham, University Press, 1998).

236 Se ha descrito el vacilante itinerario recorrido por el Tribunal Constitucional en torno a la reserva legal en ALEJANDRO FERNÁNDEZ, *La Reserva Legal: una Garantía que desaparece*, en XXVIII Revista Chilena de Derecho, N° 2 (2001), con especial énfasis en el papel garantístico de esta institución del Derecho Constitucional: "La Constitución de 1980 reserva determinadas materias exclusivamente al legislador, siendo la más trascendente aquella constituida por la restricción o limitación de garantías o derechos fundamentales. Esta técnica de distribución de competencias responde a la necesidad, en un Estado de Derecho, de garantizar a la comunidad su intervención en un proceso transparente, pluripersonal y abierto de discusión (formación de la ley), lo que constituye una garantía sustantiva para las personas y un 'principio' de hermenéutica constitucional en ese sentido" (p. 298).

En relación a cómo opera la garantía, la respuesta fluye luego de meditar ciertas evidencias constitucionales. En primer término debe recordarse que en todas aquellas áreas que el constituyente ha reservado a la ley está excluida la intervención de la potestad reglamentaria. Así, el artículo 63 N° 2 de la Carta, que expresa que son materias de ley "aquellas que la Constitución exija que sean reguladas por una ley", opera como ámbito de actuación para el legislador y límite de entrada para el administrador.

Ahora, ¿por qué debemos considerar la reserva legal una garantía para el individuo?

8.1.1.1 Nacimiento de la norma regulatoria

Cabe citar la filosofía que subyace al artículo 1° del Código de Bello: la ley "es una declaración de la voluntad soberana". La soberanía se manifiesta preeminentemente a través de la ley. Primero la Ley Fundamental, luego la ley ordinaria. La ley asegura a los individuos la participación —siempre perfectible— de sus representantes en el proceso de su formación. De acuerdo al artículo 32 N° 1, concurrirá el Presidente de la República a su formación, sanción y promulgación, pero también lo harán las cámaras del Congreso Nacional según lo prescribe el artículo 46. El proyecto de ley se someterá a los trámites constitucionales y, antes de su promulgación, deberá resistir la eventual examinación del Tribunal Constitucional en su respeto a la letra, trámites y espíritu de la ley máxima, conforme se autoriza por el artículo 93 de nuestra Declaración Fundamental.

Rubio Llorente recuerda que la reserva legal es un derivado del principio de separación de los poderes, pero objeto su denominación ante la extensión del principio de legalidad: "*La identificación de este poder (legislativo) con la representación popular, la exclusión de todo principio de legitimidad que no sea el democrático y, en consecuencia, la valoración del poder legislativo como poder supremo a cuyo imperio están sometidos los demás poderes del Estado hace ya imposible hablar ya de un dominio propio reservado a la Ley, porque éste abarca toda la actividad del Estado; no hay reserva de ley porque ninguna actuación del poder es legítima al margen de ella.*"²³⁷

La ley, entonces, tiene una génesis abierta, formalmente transparente, pluripersonal, basada en la discusión controversial y sometida a contrapesos formidables. Burdeau dice que el legislador ejerce la soberanía nacional, que ha sido delegada por sus representantes, y esa soberanía se entiende pertenecer a la nación toda, que es única a la hora de legislar.²³⁸ Para Rubio Llorente, la protección de la libertad y la defensa ante toda restricción que no emane de la ley sólo puede obtenerse sometiendo a los legisladores "*a un procedimiento público y contradictorio en que las distintas posturas han de intentar*

²³⁷ RUBIO LLORENTE, ob. cit. en nota N° 184, p. 22.

²³⁸ GEORGES BURDEAU, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas* (Madrid: Editorial Nacional, 1981) pp. 163-181.

justificarse ante la opinión, es decir, argumentando, si no desde la perspectiva del interés general, que es hoy una categoría cuestionada, si en debate con los intereses de todos."²³⁹ Éste es el procedimiento propio de la formación de la ley, al que alude Rubio.

La potestad reglamentaria, por el contrario, tiene una filosofía distinta. Sus normas emanan de una sola persona, en un proceso deliberadamente inconsulto ante la Constitución y que por definición no es transparente —aunque pueda ser voluntariamente pristino y mancomunado— y en que la categoría de sus contrapesos institucionales es por definición inferior a la potestad legislativa. La Contraloría General de la República no es al Presidente de la República como el Tribunal Constitucional al Congreso Nacional y al mismo Presidente. El control preventivo que ejerce aquella, siendo crucial para el estado de derecho, está matizado por el decreto de insistencia (art. 88 inciso primero) y por su tradición fiscalista proveniente de su naturaleza histórica de Tribunal de Cuentas.

La potestad reglamentaria es también un vehículo para el ejercicio de la soberanía (artículo 5° inciso primero), pero en el ámbito exclusivo de ejecución y administración que le pertenece según la Carta.

Así, la reserva legal no es un asunto menor. Cuando, por ejemplo, la Constitución dispone que los tributos deben establecerse "... en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley..." hay un llamado a garantizar al individuo la generación transparente, discutida y equilibrada de un tributo que, además, a juicio del TC no podrá ser infractor de la Constitución.

La violación abierta o soterrada de este principio es un atentado al estatuto de garantías individuales, y por ello hemos de efectuar un análisis riguroso y detallado de la extensión de las facultades legislativas y administrativas al estudiar las garantías del OPE.

8.1.1.2 Posición del regulador frente a los intereses que afecta la norma

Un segundo fundamento teleológico de la reserva legal emana de la consideración del lugar en que se encuentra el regulador frente al riesgo de verse afectado por los intereses que la norma toca.

Buchanan y su teoría del *Public Choice* o "Elección Pública" han sido quienes más vistosamente vienen advirtiendo sobre los riesgos del burócrata regulador "capturado" por los grupos de interés económico. En esta perspectiva el legislador, por la naturaleza genérica de la norma que crea, presenta menos riesgos para el sistema.²⁴⁰ En sintonía con esta

²³⁹ RUBIO LLORENTE, ob. cit. en nota N° 184, p. 24.

²⁴⁰ JAMES M. BUCHANAN, Premio Nobel de Economía 1986, vierte su tesis de la Elección Pública en varios escritos de su prolífica obra de economía política. Entre otros: *Theory of Public Choice: Political Applications of Economics* (Ann Arbor, University of Michigan Press, 1972); y *Economía y Política. Escritos Seleccionados* (Universidad de Valencia, 1988).

advertencia. Rolph señala que mientras los "apóstoles de la intervención" invocan las injusticias distributivas y las ineficiencias de algunos mercados, "los economistas han llegado a ser cada vez más suspicaces respecto de tales necesidades públicas, puesto que la evidencia histórica y empírica ha demostrado a varias formas de regulación como sencillas depredaciones privadas hechas a través del Estado, justificadas (y en gran medida hechas posibles) por esas necesidades públicas".²⁴¹

Stephen Breyer, profesor de Harvard y ministro de la Corte Suprema de Estados Unidos desde 1994, presenta este problema con Richard Stewart en su texto *Derecho Administrativo y Políticas Regulatorias*: "Porque las leyes son generales y formuladas por oficiales que encuentran difícil reflejar en ellas sus propios intereses, hay un gran parecer que las políticas adoptadas reflejarán más claramente el beneficio social, que el interés propio y particular del legislador".²⁴² Por esto, es al legislador a quien le competiría regular en el marco económico, y no al poder administrativo, ya que podría confundirse el interés particular de la autoridad administrativa de turno con el real bien social que pretende lograr la norma.

Shapiro afirma que las leyes modernas regulan un mundo en constante cambio por la presión tecnológica. Luego, plantea: "es mejor legislar en una forma general, como en una ley marco, y dar a los administradores la facultad de llenar los vacíos y detalles a través de las regulaciones administrativas". Refuerza así el carácter general de la ley, en aras de una intervención administrativa, ejecutoria e independiente.²⁴³

8.2 Concepto, ámbito y alcance de la regulación

La palabra "regular" tiene una significación constitucional asentada a partir de los ya famosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los casos Publicidad Carunera, los que a su vez recurren al Diccionario de la Real Academia:

*"Por regular debemos entender, según el Diccionario de la Real Academia: 'Ajustado y conforme a reglas'. De lo anterior se infiere que sujetar una actividad a una regulación significa establecer la forma o normas conforme a las cuales debe realizarse, pero en caso alguno puede ser que bajo el pretexto de regular se llegue a impedir el ejercicio de una actividad'".*²⁴⁴

No obstante la precisa definición de nuestro máximo intérprete constitucional, las controversias sobre la reserva legal regulatoria han continuado agregando tensión para nuestro Estado de Derecho.

241 JAMES ROUGH, *Regulation, the Constitution and the Economy* (Lanham, University Press, 1998), p. 166.
242 STEPHEN BREYER & RICHARD STEWART, *Administrative Law and Regulatory Policy* (Boston, Little, Brown & Company Editions, Fifth Printing, 1979), p. 37.

243 MARTIN SHAPIRO, *Revisión Judicial a Priori y a Posteriori: Los modelos Norteamericanos y Europeos*, en XX Revista Chilena de Derecho N° 2 (1993) p. 475.

244 Considerando 9° de la sentencia del Tribunal Constitucional, de 21 de abril de 1992 (rol N° 146); del mismo tenor véase el considerando 12° de la sentencia del mismo Tribunal, de 6 de abril de 1993 (rol N° 167).

Dos son los nuevos focos de discrepancia:

- El alcance de la expresión "normas legales" y
- El alcance concreto de la acción de "regular".

8.2.1 Alcance de la expresión "Normas Legales"

Por normas legales debemos entender aquellas dictadas en ejercicio de la potestad legislativa de los artículos 32 N° 1 y 46 de la Constitución, sometidas al procedimiento de formación de la ley de los artículos 65 a 75 de la Carta.

Hay cierta jurisprudencia minoritaria, sin embargo, que ha convertido esta lógica extensión del concepto "normas legales". Resolviendo un recurso de amparo económico en materia de telecomunicaciones, la Corte de Santiago en sentencia confirmada por la Corte Suprema anotó:

"Que esta Corte concuerda con el concepto de orden público económico invocado por el recurrente, de manera de otorgar a la expresión 'normas legales' una extensión amplia y comprensiva de las normas emitidas por la autoridad potestativa del órgano administrativo del Estado".

Agregó el fallo que dentro de las normas de este rango habría que distinguir entre los decretos o reglamentos de alcance o "interés general", de los de "interés particular". La trasgresión o no cumplimiento de los primeros constituirían una conculcación del 19 N°21 y, por tanto, del OPE.²⁴⁵

Nos parece que la Corte confunde aquí vistosamente dos conceptos. Por una parte, no hay duda que el OPE puede integrarse con normas de carácter regulatorio, debidamente jerarquizadas y subordinadas a ley y a la Constitución. Pero, por otra, esto jamás podrá equivaler a romper el principio de reserva legal para la regulación de la actividad económica. Consiguientemente, discrepamos de la elástica invitación judicial a la potestad regulatoria para ingresar a la reserva legal, puesto que es inconstitucional y no se valida, porque normas reglamentarias forman parte del OPE.

Para Cea Egaña tampoco hay lugar a equívocos en este debate: *"La locución normas legales hay que entenderla en el sentido propio o estricto del término, ya que la ley es la única clase de norma idónea para regular el ejercicio de un derecho fundamental. El verbo regular se refiere a dictar normas que permitan el libre, pero ordenado ejercicio de un derecho, sin impedirlo, prohibirlo ni hacer que su goce o disfrute resulte muy oneroso o difícil"*.²⁴⁶

La discusión más frondosa tiene que ver, en todo caso, con el sentido y alcance constitucional de la voz "regular".

245 Considerando 7° de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 16 de junio de 1992, en RAE caratulado "Enel contra CTC".

246 JOSÉ LUIS CEA EGAÑA, *II Apuntes de Derecho Constitucional* (Santiago, fotocopias, 1995) p. 271.

8.2.2 Alcance concreto de la acción de regular

Probablemente ésta sea la zona constitucional más compleja de resolver en todo el tema del Orden Público Económico. Y esta complejidad proviene de la naturaleza misma de la voz regular. Es evidente que en lenguaje constitucional la *regulación* es menos severa que la *restricción* o la *limitación*, como ya lo observamos más arriba.

Pero también es evidente que toda regulación envuelve algún grado menor de limitación o restricción del derecho.

De esta forma, permítasenos proponer dos planos de limitaciones constitucionales: aquellas que se dirigen al mero ordenamiento del ejercicio de un derecho, al modo en que éste se ejerce sin disminuir ni afectar su libre ejercicio, y aquellas limitaciones que disminuyen cualitativa o cuantitativamente el goce del mismo o, como dice Cea, hacen "que su goce o disfrute resulte muy oneroso o difícil".

Las primeras limitaciones serían parte legítima de la acción constitucional de regular; las segundas estarían prohibidas en nombre de la regulación, y sólo serían admisibles en los casos y formas que la Constitución autoriza a restringir (v.gr. N° 8 inciso segundo del artículo 19).

Una definición inflexible que excluya toda limitación al ejercer una regulación no será ni jurídica ni prácticamente sustentable, pero otra que en nombre de la regulación dificulte el goce del derecho en términos que cualitativamente éste disminuya será plenamente inconstitucional.

Finalmente, esta tesis aparece en la letra respaldada por el fallo de Publicidad Caminera II, que expresó "en caso alguno, bajo pretexto de 'regular' un *accionar privado*, se pueden llegar hasta obstaculizar e impedir la ejecución de los actos lícitos amparados por el derecho consagrado en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política".

La regulación económica pierde entonces su esencia y se transforma en un verbo rector diverso, cuando desbordando un ámbito meramente ordenador o coordinador, obstaculiza e impide actos propios de una actividad económica lícita.

8.3 Autoridad facultada para regular la actividad económica

Así como ocurre con las prohibiciones de la actividad económica en nombre de la moral, orden público y seguridad nacional, emerge aquí también el debatido tema de la autoridad habilitada para efectuar las regulaciones de esta clase de actividades.

Si aceptamos que la fuente textual de la Carta "*respetando las normas legales que la regulen*" del art. 19 N° 21 enuncia el principio de reserva legal ya comentado, y si aceptamos también el sentido estricto de la significación de "norma legal", no podría levantarse debate alguno en estos aspectos. Con estos supuestos, la respuesta sencilla es: "el legislador" es la única autoridad competente para imponer regulaciones a la actividad económica.

Empero, la respuesta no ha sido sencilla para doctrina y jurisprudencia. Los siguientes aspectos deben abordarse para una percepción rigurosa del alcance del agente actuante en el principio de reserva legal.

8.3.1 Regulación, reserva legal y ámbito de la potestad reglamentaria

8.3.1.1 Estado de la cuestión

Introduzcamos el tema con la advertencia de que éste se está convirtiendo en el tópico de mayor tensión constitucional de fines de siglo. Más allá del derecho mismo a desarrollar cualquier actividad económica y su reserva legal, la macrocuestión de definir cuál es el adecuado ámbito de actuación de la potestad reglamentaria en relación con los derechos fundamentales, y simultáneamente determinar cuál es una indebida intromisión de la misma en terrenos legislativos, es el gran desafío del momento para la doctrina y jurisprudencia constitucionales en Chile.

La defensa de la reserva legal para el tratamiento de garantías constitucionales —sea reserva absoluta o relativa, en lenguaje de Cea— tiene suficiente asiento constitucional por las referencias expresas que la Carta hace a la ley en su texto.²⁴⁷ Pero el problema se levanta y queda planteado con la articulación de los artículos 32 N° 8 y 63 de la Constitución. El primero da nacimiento a la potestades reglamentaria autónoma y de ejecución, al facultar al Presidente de la República para ejercerla "*en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal*" (autónoma), "*sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes*" (de ejecución).

¿Cómo se compatibiliza la reserva legal con la existencia de estas dos categorías de potestad reglamentaria? ¿Quedan éstas del todo excluidas de las zonas constitucionales donde hay atisbos de reserva legal?

La respuesta será del todo relevante para continuar con el estudio de la regulación económica, puesto que muchos de los argumentos y categorías que ofrece la doctrina en el tema general, aparecen también aplicables al texto del N° 21 del artículo 19.

8.3.1.2 Doctrina

Como en otros grandes temas, la doctrina nacional se divide a la hora de fijar los límites o parámetros para la actuación de legislador y administrador en el ámbito de las garantías constitucionales. No será objetivo de este trabajo cubrir en detalle los múltiples planteamientos que se han efectuado en la materia, sino sólo agrupar aquellos relevantes de una forma didáctica para su comprensión.

Rajevic ha clasificado las tendencias doctrinarias sobre la extensión de la reserva legal en dos clases, a las que ha llamado "tesis extensiva" una, y

²⁴⁷ Consultárese José Luis Cea Ecaña, *Sobre el Principio de Legalidad Presupuestaria*, en XIX Revista Chilena de Derecho N° 13 (1992) p. 416.

"tesis restrictiva" otra, aludiendo a la mayor o menor dimensión que se pretenda para la ley.²⁴⁸ Cea Egaña prefiere sistematizar el principio bajo dos categorías: "más o menos absoluta" y "más o menos relativa", según el lenguaje de habilitación que la Constitución haga a la ley.²⁴⁹ Del primer tipo serían aquellas en que la Constitución reserva a la ley "*de manera bastante prolíja y casi exclusiva*" el ejercicio directo de la potestad reguladora. Las habilitaciones o reserva legal relativa, por su parte, tienen lugar para Cea cuando la Carta reserva a la ley la competencia para regular una materia en términos de criterios o parámetros generales, "*entregando la pormenorización de ella a la potestad reglamentaria*".

Habría que agregar a ellas otro plano de aproximaciones a la reserva legal, que agruparemos bajo la denominación de "tesis neutra", a la que adscriben quienes no se pronuncian por un acento especial en favor de la ley o del reglamento en la regulación de garantías constitucionales, sino que postulan una intervención clásica y siempre relevante, eso sí, de la potestad reglamentaria.

8.3.1.3 Reserva legal absoluta

La tesis extensiva o absoluta de reserva legal está liderada en la doctrina por don Eduardo Soto Kloss, y cuya opinión en favor de una exclusión completa del administrador a la hora de regular o complementar las garantías constitucionales consta, con suficiente claridad, en la sentencia rol N° 185 del TC, "Bases del Medio Ambiente", de su propia redacción, y que se complementará más adelante.²⁵⁰ Soto Kloss y el voto de mayoría de aquel dictamen reprocharon al proyecto el reenvío a la potestad reglamentaria de regulaciones que afectarían a las empresas, industrias, faenas o actividades, lo que configuraba una práctica inconstitucional "*porque la regulación de la actividad referida es materia de reserva legal*". Quedó trunca, de esta forma, la idea de imponer prohibiciones totales o parciales a las distintas fuentes contaminantes por normas de rango reglamentario.

A lo anterior, Soto Kloss agrega una vasta producción doctrinaria en la que hace constar fundadas denuncias del atropellamiento que se hace de la reserva legal. Ejemplos de ello son la clasificación que ofrece de infracciones cometidas con consentimiento del legislador, que por su naturaleza son más peligrosas que aquellas en que el legislativo plantea el conflicto.²⁵¹ Las delegaciones legislativas que inciden en materias indelegables al tenor del artículo 64 inciso 2° de la Ley Fundamental son la primera de las prácticas inconstitucionales violatorias de la reserva legal que denuncia.²⁵² Luego, se ubican

las remisiones normativas que establece el legislador sobre materias de reserva legal para que sean reguladas por el administrador. Entre éstas, que adquieren mayor gravedad cuando la autoridad "remitada" no es siquiera el Presidente de la República, sino un jefe de servicio, menciona el ejemplo concreto de la Ley N° 19.192, Ley de Pesca, Ley N° 19.283, sobre el Servicio Agrícola y Ganadero y la Ley N° 18.958, sobre reforma tributaria.²⁵³ La tercera práctica denunciada por Soto Kloss es el establecimiento de procedimientos administrativos por normas pertenecientes a la potestad reglamentaria, lo que infringiría el artículo 7° de la Carta, al ignorar la legalidad o fuente legal que debe exhibir todo procedimiento administrativo ("*en la forma que prescribe la ley*"). Estas tres figuras viciadas tocan, para Soto Kloss y nos adherimos a ello, el derecho a desarrollar actividades económicas por la vía de imponer regulaciones mediante normas reglamentarias allí donde el constituyente sólo autorizó a la ley.

La reserva legal, desde luego, ofrece distintas intensidades dependiendo de las garantías de que se trate y del texto constitucional expreso en juego. En materia medioambiental Lavín Valdés subraya la extensión absoluta de la reserva legal, que se explica, porque existe un precepto expreso que llama al legislador para la imposición de restricciones a derechos y libertades constitucionales (art. 19 N° 8 inciso 2°) en aras de la protección del medio ambiente. Asigna este autor un rol netamente ejecutor y fiscalizador al Presidente de la República respecto de las garantías que la ley resuelva restringir: "*Las limitaciones deben no sólo ser enunciadas por el precepto legal, sino reguladas en forma precisa y completa, en términos que la autoridad administrativa sólo debe aplicar dicho precepto y fiscalizar el cumplimiento de las restricciones o limitaciones*".²⁵⁴

Rajevic ha dicho que la tesis extensiva o absoluta exige que las normas legales "desarrollen las materias reservadas a la ley hasta el máximo de determinación posible". Así, para esta tesis, según el autor, toda regulación correspondería a la ley, y al reglamento sólo la ejecución de tales regulaciones.²⁵⁵

Frente a los convincentes argumentos de la reserva legal absoluta, corresponde entonces efectuar el siguiente razonamiento: si el artículo 64 N° 2 de la Constitución prohíbe la delegación de atribuciones legislativas al administrador (DFL) en materia de garantías constitucionales; si el artículo 19 N° 26 de la misma sólo menciona al legislador a la hora de regular, limitar o complementar "las garantías que ésta establece", y si, con la excepción del

248 Véase ENRIQUE RAJEVIC MOSLER, *Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada*, en XXIII

249 CEA EGAÑA, *Según el principio...*, ob. cit. en nota N° 247, p. 417.

250 SOTO KLOSS, *Según el principio...*, ob. cit. en nota N° 247, p. 417.

251 EDUARDO SOTO KLOSS, *En la forma que prescribe la ley. Nota sobre prácticas legislativas inconstitucionales*, en XX

252 El inciso 2° del artículo 61 de la Constitución prohíbe al Congreso Nacional delegar en el Presidente de la

República facultades legislativas (DFL), entre otros, en materia de garantías constitucionales.

253 Todos estos cuerpos legales entraron en vigencia después del funcionamiento permanente del Congreso Nacional (11-3-90). Podemos agregar otras leyes promulgadas con anterioridad, igualmente inconstitucionales, como la Ley General de Urbanismo y Construcciones, que contiene remisiones normativas al SEREMI respectivo en materias de reserva legal (véase art. 117).

254 JUAN LAVÍN VALDÉS, *Legislación restrictiva de derechos y libertades para proteger el medio ambiente*, en XXV Revisión

Chilena de Derecho N° 1, 1998, p. 183.

255 Véase RAJEVIC, ob. cit. en nota N° 248, p. 33.

artículo 19 N° 13 y su referencia a las "disposiciones generales de policía", todas las demás garantías constitucionales sólo reconocen la injerencia del legislador, en algunos casos con énfasis absoluto "sólo la ley" (19 N° 24) y en otros simplemente remitiéndose a él ("respetando las normas legales que la regulen"), ¿por qué cabría entonces admitir que la potestad reglamentaria tiene espacio constitucional para regular derechos individuales?

La fuente de la potestad reglamentaria es el N° 8 del artículo 32 de la Ley Fundamental, que admite se ejerza en aquellas materias que no son propias del dominio legal, por un lado, y para la ejecución de las leyes, por otro. Existe un relativo consenso doctrinario en cuanto a que la *potestad reglamentaria autónoma* no cabe en absoluto respecto de las garantías constitucionales, sea regulando, complementando o limitando, todo siguiendo el texto literal del art. 32 N° 8. La pregunta es, entonces nuevamente: ¿Cuáles son los parámetros de la *potestad reglamentaria de ejecución* en relación con estas acciones? ¿Cabe del todo esta potestad? ¿Bajo qué parámetros?

8.3.1.4 Reserva legal relativa

La interrogante anterior se responde acudiendo a la concepción misma que parte de la doctrina sugiere entender por potestad reglamentaria, su naturaleza, y por el rol que se pretende del gobernante en la conducción del Estado. Así, Silva Cimma afirma que "la Administración es mucho más que una mera ejecutora de la ley". Distingue este autor entre "*Poder Administrador*" y "*Poder Ejecutor*" o "*Ejecutivo*". Dice Silva que "*la labor del Presidente de la República o de cualquier autoridad u órgano administrativo es mucho más amplia que la mera ejecución de la ley*".²⁵⁶

Por tanto, hay quienes, como él, piensan que la potestad reglamentaria debe tener una presencia esencial en la regulación de las actividades, los derechos y las garantías de las personas. Dicho de otra forma, para estos autores no es posible concebir que las actividades sociales se desarrollen o los derechos se ejerzan directamente por el individuo bajo los parámetros de la ley, pero en un ámbito de libertad y desconexión normativa respecto del funcionario administrativo. No se estima propio de un diseño constitucional operativo, en suma, sustraer al administrador de toda regulación y "confinarlo" a la mera fiscalización del cumplimiento de los requisitos legales.

Camacho Zepeda parece insertarse en esta clase concepción doctrinaria, que nosotros sistematizamos bajo la inspiración indicada. Articulando una crítica a la sentencia del TC "Bases del Medio Ambiente", defiende este autor el invalidado artículo 49 del proyecto, que venía proponiendo la imposición de restricciones y prohibiciones de derechos por decreto supremo. Para ella, este precepto constituía "*un típico caso de colaboración entre*

256 ENRIQUE SILVA CIMMA, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, Actos, Contratos y Bienes (Santiago, Editorial Jurídica, 1995) p. 20.

ley-reglamento, en el que el legislador-parlamentario invoca el poder administrativo para que éste termine de regular la materia de acuerdo a las bases (fines y medios) consignadas por el texto legal".²⁵⁷

En estas legítimas tesis se observa una concepción de trasfondo nostálgica de la administrativación de la vida ciudadana. De hecho, se postula formalmente una interpretación extensiva de la expresión "normas legales", inclusiva de la potestad reglamentaria. "*En realidad, las actividades económicas se desenvuelven en un ámbito administrativizado por excelencia, sobre todo por la importancia que tienen el éxito y la marcha de la economía. En este sentido, la expresión 'con sujeción a las normas legales que la regulen' debe comprender todo el universo de normas jurídicas incluyendo, o mejor sin excluir, las normas administrativas que tienen incidencia sobre estas actividades por cuanto son parte del ordenamiento jurídico*".²⁵⁸

Es prudente hacer notar que el conflicto doctrinario entre las potestades reglamentaria y legislativa se traba, en definitiva, al recurrirse por los autores partidarios de aquella al principio del dominio máximo legal, su historia fidedigna y su texto en el artículo 63 de la Carta.

Es efectivo que, siguiendo una proposición del comisionado Raúl Bertelsen, quien propuso "un cambio en la distribución de las materias propias de ley y de reglamento", la CENC acordó en su sesión N° 355 la adopción de la técnica del llamado "dominio máximo legal" para la nueva Ley Fundamental.²⁵⁹ Como es sabido, esta técnica reemplazó el dominio mínimo legal de la Constitución de 1925 y cede en favor de la potestad reglamentaria, puesto que le confiere al legislador competencia para dictar leyes sólo en aquellas materias expresamente enumeradas en el artículo 63 de la Constitución, quedando, por exclusión, todo el infinito residuo normativo restante en el ámbito competencial de la potestad reglamentaria.

Hay suficientes antecedentes históricos para convencerse de la firme voluntad de la Comisión de acotar la que se estimó una excesiva intromisión legislativa en zonas reglamentarias. Jaime Guzmán resaltó en la misma sesión N° 355 la congruencia que existe entre el criterio del dominio máximo legal y "*la concepción del gobierno moderno en cuanto a ser el conductor de la vida nacional, especialmente en los planos económico, administrativo, internacional y social*".²⁶⁰

El Presidente de la CENC cerró en la misma sesión el acuerdo que aprobó la existencia de los reglamentos autónomos y de ejecución con una intervención que despeja toda duda en la intención del constituyente: "*El señor Ortúzar (Presidente) recuerda que durante muchos años el legislador*

257 GLADYS CAMACHO ZEPEDA, *La discrecionalidad administrativa en tela de juicio*, en *Gaceta Jurídica* N° 214 (abril, 1988) p. 7.

258 CAMACHO, ob. cit. en nota N° 257, p. 16.

259 RAÚL BERTELSEN, en *Actas*, ob. cit. nota N° 140, sesión 355, p. 2278.

260 JAIME GUZMÁN ERRAZURIZ, en *Actas*, ob. cit. en nota N° 140, sesión 355, p. 2279.

penetró abusivamente en el campo de la potestad reglamentaria, lo que viene a reforzar el planteamiento".²⁶¹

Como recuerda Cea, este acuerdo de la CENC fue controvertido por el Consejo de Estado, pero la Junta de Gobierno respaldó el criterio de los comisionados y el dominio máximo legal llegó de esta forma a ser una realidad vigente en la Carta.²⁶²

8.3.1.5 Tesis Neura. ¿Hay espacio para una reserva legal poderosa?

Creemos que es evidente que la técnica del dominio máximo legal es armónica con el régimen de gobierno presidencialista introducido por la Ley Política de 1980. Es impensable dudar que el constituyente de 1980 pretendió fortificar la Presidencia de la República. El artículo 63 no es sólo sino una pieza más de un diseño que potencia al Presidente por sobre el Congreso, y que se viene a unir a la iniciativa legislativa exclusiva (art. 65, inciso 3° y siguientes), la calificación de las urgencias (art. 74), y otros fuertes elementos de preeminencia institucional presidencial dispersos en el articulado supremo.

No obstante, nada de esto puede hacer pensar que la Carta de 1980 pretendió debilitar la reserva legal en materia de complementación y regulación, e incluso limitación o restricción de garantías individuales. Existiendo consenso en que le está vedado a la potestad reglamentaria autónoma regular, normar o incluso complementar garantías constitucionales (art. 19 N° 26 y 64 inciso 2°), algunos autores plantean equivocadamente el conflicto, al sugerir que la tesis de una reserva legal envuelve simultáneamente la total exclusión de la potestad reglamentaria de ejecución, la que no podría ingresar jamás a la zona de derechos constitucionales.

Esta parte de la doctrina, que corresponde habitualmente a la que se aviene con la reserva legal relativa, hace una mala interpretación de lo que se entiende por una reserva legal absoluta, reforzada o poderosa. Creemos que esta clase de reserva perfectamente admite la potestad reglamentaria de ejecución en zonas de garantías individuales, pero siempre limitada a la ejecución de la ley, y jamás en un plano regulatorio ni menos limitativo o restrictivo de derechos, porque ello sólo corresponde a la ley y sólo allí donde la Carta la habilita.

Pero: ¿qué es la ejecución de la ley?

El mismo Bertelsen, propulsor del dominio máximo legal, precisó en la misma sesión N° 355 de la CENC el alcance normativo de los reglamentos de ejecución. Explicó que ellos son los "*que desarrollan, detallan y llevan adelante las disposiciones legislativas, tarea esta última del Poder Ejecutivo, de donde emana su denominación*".²⁶³

261 ENRIQUE ORTÚZAR, en Actas, ob. cit. en nota N° 140, sesión 355, pág. 2.279.

262 Véase Cea, *Sobre el principio...*, ob. cit. en nota N° 247, p. 421.

263 BERTELSEN, en Actas, ob. cit. en nota N° 140, sesión 355, p. 2.279.

Si se observa con rigor, el lenguaje del mismo comisionado que propuso el dominio máximo legal evitó la palabra *regulación* para la tarea de los reglamentos de ejecución, en un contexto que hace aparecer vistosa la omisión. "Desarrollan, detallan y llevan adelante" fueron los verbos rectores, pero no "regulan" ni menos "limitan".

González Fernández se ha referido a este problema y propone diversos parámetros que resultan constitucionalmente admisibles para el reglamento en la ejecución de la ley. En su trabajo concluye que un reglamento de ejecución obra dentro de la legalidad y es, por ende, constitucional cuando su contenido tiene por finalidad: a) establecer la *forma* en que ha de cumplirse la ley; o b) *asegurarse* que la ley se cumpla; o c) verificar que la ley se cumpla de forma *expedita*, o bien, d) que *se facilite la ejecución* de lo dispuesto por la ley.²⁶⁴

Nos parece éste un aporte interesante y válido, pero de alguna forma, tal como otras aproximaciones doctrinarias, parece sumergirse en deslindes semánticos que resultan difíciles de determinar. ¿Qué medios pueden usarse por el reglamento para asegurar o facilitar el cumplimiento de la ley? ¿Pueden imponerse regulaciones? ¿Cómo facilitar el cumplimiento de una ley sin disponer "regla" ninguna obligatoria para el titular del derecho?

Este trabajo pretende ser herramienta útil al ejercicio de la profesión de abogado, lo que obliga a un esfuerzo de realismo al tratar la reserva legal. Permítasenos entonces plantear una tesis impecable ante la Carta, pero realista ante el mundo real: la ejecución administrativa de la ley reguladora podría conllevar también cierto grado de regulación, entendida como "ajustar a regla o someter a reglamentación"; pero la esencia de la ejecución —que la separa de la regulación— consiste en que esta norma ejecutora no podrá jamás imponer parámetros, regulaciones, requisitos, formalidades u ordenaciones que sean más exigentes, gravosos o dificultosos que los que ha impuesto previamente la ley. He ahí la esencia de la potestad reglamentaria de ejecución tolerada por la Constitución y he ahí la frontera entre lo constitucional y lo inicu, ilegítimo e inconstitucional.

8.4 Regulación económica en el Derecho Comparado

8.4.1 Francia

La jurisprudencia constitucional francesa ha resuelto el problema de la regulación reglamentaria de los derechos económicos sobre la base de la sentencia "*Pris de baux à ferme*", de 27 de noviembre de 1959, pronunciada por el Consejo Constitucional francés. Este dictamen impuso muy tempranamente los límites entre el dominio de la ley y el de la potestad reglamentaria respecto de la regulación económica.

264 MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *Procedencia y Ámbito de la Potestad Reglamentaria en relación con las garantías constitucionales* (Santiago, mimeo, P. Universidad Católica de Chile, 1994).