

EVALUACIÓN DE IMPACTO VIAL. UNA MIRADA A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ACERCA DE LA RELACIÓN LEY-REGLAMENTO¹

FRANCISCO SALMONA MAUREIRA*

RESUMEN: Este trabajo es un análisis de jurisprudencia de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional, Rol N° 370, “Evaluación de Impacto Vial”. En él se investiga la línea de argumentación del Tribunal en relación al controvertido tema de la reserva legal. Postula que la sentencia comentada, más que hacer un examen de legitimidad, realiza un control de intensidad en la relación ley-reglamento. Para afirmar aquello, investiga la línea jurisprudencial anterior y los criterios de control de intensidad esbozados por la doctrina. Posteriormente examina criterios sustantivos de limitación de la actividad ordenatoria de la Administración, que el Tribunal pudo aplicar al caso concreto para una mejor fundamentación del mismo.

Palabras Clave: Tribunal Constitucional - reserva legal - control de legitimidad.

ABSTRACT: This Article analyzes the decision adopted by the Chilean Constitutional Tribunal, number 370, “Evaluación de Impacto Vial” (“Traffic Impact Assessment”). In Chile, some areas of the Law can only be legislated upon by the Legislative through an Act (*ley*), in which cases the Executive can only regulate the practical details of this Act in a Decree (*reglamento*). This is what is called the *reserva legal*. This paper is an attempt to bring some light upon the Tribunal’s arguments about this so-called “reserva legal” of the Constitution. It argues that what the decision which is commented upon really did was controlling the intensity of the relationship between the Act (*la ley*) and the Decree (*el reglamento*), instead of merely checking out the legitimacy of the Act under attack. Arguments are brought back from the past caselaw on the subject, as well as from the criteria for the aforementioned control of intensity, as defined by the local Jurisprudence. Finally, this paper examines some substantive criteria which limit the regulating powers of the Administration. These criteria could have been used alternatively to the case in point, with greater benefits as regards to the legal grounds of the case.

Key words: Constitutional Tribunal, *reserva legal*, legitimacy control.

1. INTRODUCCIÓN

Otra vez se presenta ante nosotros una mirada hacia la muchas veces problemática relación ley-reglamento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Hablamos de uno de los más recientes fallos en ese sentido, el Rol N° 370, que hemos denominado, por el contenido del mismo, “Evaluación de Impacto Vial”. La cuestión comienza por la

¹ Agradecemos los comentarios críticos del profesor Patricio Zapata Larraín, a quien le tocó evaluar esta monografía que fue presentada en su curso del Magíster de Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Interpretación Constitucional.

* Ayudante de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile.

dictación, en el mes de febrero de 2003, por parte del Ministerio de Vivienda, del Decreto Supremo N° 1/2003, que tenía por objeto la incorporación de nuevos parámetros de exigencia para los estudios de impacto sobre transporte urbano para la realización de proyectos de urbanización, residenciales y no residenciales. El problema se presenta días después. Senadores de oposición entablan el correspondiente requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. En general, fundan sus argumentos de inconstitucionalidad en cuanto a que el decreto impondría restricciones a las libertades y derechos constitucionales establecidos en los números 2, 21, 24 y 26 del artículo 19 de la Constitución Política, restricciones que no son *lícitas* para el Presidente de la República establecer, por existir reserva legal en la materia. Se alega, además, que se vulneraría el artículo 88 de la Constitución, al establecer por el decreto que los estudios de evaluación de impacto vial se realizarán según la metodología y procedimiento que establezca el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, mediante *resolución exenta de toma de razón*, exención que solo cabe establecer a la ley.

El Tribunal, conociendo del requerimiento, va a utilizar la reserva legal como argumento central de su decisión, la cual, en definitiva, termina por declarar inconstitucional el decreto. En dicho sentido, y siguiendo el argumento del Tribunal, el artículo 19 N° 24 inciso 2° de la Constitución dispone que las limitaciones u obligaciones que se impongan a la propiedad por así requerirlo la función social de la misma, están sujetas a una reserva legal fuerte, o absoluta, lo cual implicaría la obligación del legislador a dar una base legislativa suficiente para habilitar al reglamento, lo que en definitiva no ocurre en este caso, careciendo el decreto de habilitación legal, y es por ello, inconstitucional.

Celebrada ha sido la decisión del Tribunal². Presumimos que también será celebrada por quienes ven una virtual pérdida de la reserva legal como una garantía fundamental de un Estado de Derecho, que había significado la jurisprudencia anterior del Tribunal Constitucional al referirse a ella³, especialmente con lo sucedido con la sentencia inmediatamente anterior en el tema Catalíticos⁴. Si seguimos la lógica de los razonamientos de aquellos comentaristas, esta sentencia podría fácilmente plantearse como un verdadero epígono, que resuelve la cuestión de una manera definitiva.

Sin embargo, concordamos con Cortés Sepúlveda en que esta sentencia "plantea más preguntas que respuestas"⁵. Es por ello que por medio de este trabajo pretendemos analizar, de una manera breve y modesta, los argumentos esgrimidos por el Tribunal para resolver la inconstitucionalidad del decreto impugnado. Argumentos que serán analizados sobre la base de la jurisprudencia anterior del Tribunal, y sobre la cuestión que se le plantea al mismo. Desde ya decir que Evaluación de Impacto Vial, más que una verdadera vara iluminadora en un terreno que es muchas veces oscuro, termina por ser una sentencia que, si bien pudo resolver de una manera quizá correcta el asunto, su funda-

² Vid., a modo de ejemplo, ALARCÓN JAÑA, 2003.

³ Vid., por todos, FERNANDOIS VÖHRINGER, 2001.

⁴ Vid. los agrios comentarios que recibió la decisión del Tribunal Constitucional en la sentencia "Catalíticos", Rol N° 325, en *Ius Publicum* N° 7 (2001), y especialmente, el de GALLARDO HIDALGO, Beatriz, comentario que por su título lo indica todo: "Estado de hecho o Estado de Derecho".

⁵ CORTÉS SEPÚLVEDA, 2003.

mentación no es del todo completa. Examinadas las cosas un poco más a fondo podemos ver que ello es así. Es por lo mismo que trataremos el fondo de la cuestión planteada ante el Tribunal de la siguiente manera: i) la reserva legal como argumento del Tribunal para resolver el asunto; ii) para posteriormente ver que por medio de una interpretación sistemática de la Constitución, las limitaciones a la potestad del Estado, y en concreto de la Administración en virtud de su actividad ordenatoria, no se agotan en la reserva legal; iii) luego veremos sucintamente el voto de disidencia y una pregunta que nos plantea: ¿puede abandonarse la reserva legal para satisfacer de mejor manera el derecho fundamental conculcado? Por último, ensayaremos algunas conclusiones.

2. LA RESERVA LEGAL COMO ARGUMENTO PRINCIPAL PARA LA RESOLUCIÓN DE LA CUESTIÓN DEBATIDA

EL PROCESO ARGUMENTATIVO DE LA SENTENCIA SE BASA EN LA RESERVA LEGAL

Como ya vimos más arriba, la declaración de inconstitucionalidad viene dada porque el decreto habría invadido la potestad legislativa al imponer una obligación que viola el derecho de propiedad. El tema discutido, por lo tanto, es acerca de la reserva legal contenida en la regulación (utilizamos el término en un sentido lato) del derecho de propiedad. Así, la sentencia contiene dos acápites en su desarrollo lógico y que se refieren al fondo de la cuestión: el primero, referente a la reserva legal y a la potestad reglamentaria, y el segundo, a las obligaciones que son posibles imponer al dominio y su relación con la reserva legal.

Observemos el primero de ellos que se extiende desde su considerando undécimo al vigésimo quinto. El análisis puede hacerse a través de tres pasos. El Tribunal parte de la base de una distinción, cual es que "el sistema de reserva y dominio legal, imperante en la Constitución en vigor, *se estructura con dos niveles de ejercicio de la potestad legislativa*. El primero de tales niveles de reserva está previsto en los artículos 32 N° 8 y 60 de la Constitución, siendo de alcance general y de común aplicación en todos los casos en que ella ha situado en el dominio de una ley la regulación de una materia. En cambio, el segundo de aquellos niveles de reserva se "halla contemplado en disposiciones constitucionales específicas, siendo necesario concluir que, en algunas de ellas, la reserva es más absoluta que en otras"⁶.

A partir de la distinción anterior, y ya como segundo paso en su argumentación, va a extraer una consecuencia: la cual es que en aquellos casos en que la Constitución ha previsto una reserva con carácter más absoluto, la regulación del asunto por parte del legislador debe ser hecha con la mayor amplitud, profundidad y precisión⁷.

Y aquí un tercer paso: reconoce que la ley posee como características propias de ella la generalidad, abstracción e igualdad, con lo cual se establece como base esencial del ordenamiento jurídico. Ahora bien, cuando el legislador se encuentra ante una materia de reserva más absoluta, debe conciliar la generalidad de la ley con el mandato que le impone dicha

⁶ Considerando 15°.

⁷ Considerandos 17° y 18°.

reserva, debiendo incorporar en su normativa conceptos, requisitos, procedimientos, es decir, ser más denso normativamente, de modo de que el ámbito de la potestad reglamentaria de ejecución, que por la naturaleza general de la ley pueda ser convocada, sea más restringido⁸.

Como consecuencia de estos tres pasos argumentativos, es que el legislador, cuando se trata de reservas legales que poseen un carácter más absoluto, no puede contentarse con establecer "meros enunciados globales, plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales. Obrar así implica, en realidad, ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica"⁹.

Termina citando sus fallos roles N°s 146, 167, 185 y 253 como exponentes de "una doctrina constantemente sostenida" por el Tribunal, que da cuenta de una "prolongada e invariable línea jurisprudencial"¹⁰. Asimismo, citará, si bien a modo de ejemplo, a Rajevic Mosler y a García de Enterría, como exponentes de que la tesis anteriormente desarrollada es acogida por la mayoría de la doctrina, tanto nacional como extranjera¹¹.

En un segundo acápite, desde el considerando vigésimo sexto a cuadragésimo, trata el Tribunal acerca de las obligaciones que pueden imponerse al dominio por medio de la función social de la propiedad, en relación a la reserva legal. Trata pues, de hacer la conexión lógica entre la tesis de control de la reserva legal expuesta anteriormente y el derecho fundamental que se estima conculcado por los recurrentes. El primer análisis consiste en determinar que la reserva legal que establece el artículo 19 N° 24 inciso 2° de la Constitución, es de aquellas reservas que son "más absolutas". Una vez hecho esto, aplica el criterio expuesto para las reservas más absolutas: la minuciosidad de la ley debe ser mayor en aquella área, no siendo posible por tanto, existir una habilitación *excesiva* a favor de la potestad reglamentaria de ejecución.

Así, frente a la existencia de un acto reglamentario, el criterio de control exige examinar la ley para comprobar si el legislador ha sido lo suficientemente denso, en el sentido de otorgar una habilitación a la potestad reglamentaria, y que dicha habilitación no haya sido excesiva, o una "carta en blanco", para la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Examinada la legislación, el Tribunal llega a la conclusión de que "*no existe, o al menos es insuficiente*" la habilitación para que pueda haberse dictado el decreto en cuestión, razón por lo que lo declara inconstitucional.

En esta apretada síntesis del criterio de control esgrimido por el Tribunal, y de cómo este fue usado para declarar la inconstitucionalidad del decreto, salta inmediatamente una cosa a la vista, cual es que la atención del Tribunal se centra en la "densidad" de legislación. No es un contraste *directo* entre Constitución y decreto, sino que aquí tiene mucho que ver la ley¹². Recuérdese que la inconstitucionalidad viene dada por

⁸ Considerando 18°.

⁹ Considerando 19°.

¹⁰ Considerando 24°.

¹¹ Considerando 25°.

¹² También esta particularidad fue advertida por CORTÉS SEPÚLVEDA, 2003, p. 174, pero quien le atribuirá consecuencias diversas a las que plantearémos más adelante aquí.

falta de habilitación legal del decreto. Una mirada a los criterios de control anteriores a este fallo nos puede servir para explicar esto. Pasemos a examinar esto en el siguiente acápite.

EL TRIBUNAL PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS QUE PLANTEA LA RELACIÓN LEY-REGLAMENTO, HA RECURRIDO TRADICIONALMENTE A CRITERIOS DE LEGITIMIDAD: LA CUESTIÓN ES ¿HAY RESERVA ABSOLUTA O RELATIVA?

El *affaire* de la relación ley-reglamento tiene ya bastante data. Usualmente la doctrina trata el asunto como una "lucha" entre dos posiciones, la de la reserva absoluta y la de la reserva relativa¹³, según los criterios que ha adoptado el Tribunal en sus decisiones.

Fernandois Vöhringer¹⁴ nos ofrece un recuento de ello. El Tribunal, a través de las sentencias Publicidad Caminera I y II (roles N° 146 y 167), Bases de Medio Ambiente (rol N° 185) y Acceso a Playas (rol N° 245), habría adoptado una visión de la reserva legal como absoluta. Para esta visión, el reglamento no tiene cabida alguna en la regulación de los derechos, la que sería "competencia exclusiva y excluyente del legislador". Después de 1997 la reserva habría empezado a relativizarse, en el sentido de que el reglamento sería una técnica de colaboración de la ley, dable en todos aquellos casos en que por la minuciosidad, tecnicidad, mutabilidad de una determinada regulación, no era propia de la ley, norma general y abstracta, sino que del reglamento. Serían argumentos a favor de ella: el dominio máximo presente en la Constitución; la convocatoria permanente de la potestad reglamentaria; el carácter de "ley de bases", y el rol cautelar que le correspondería al Presidente de la República en conformidad al artículo 24 inciso 2° de la Constitución. Esta segunda visión del asunto fue recogida tempranamente por Tarifas de Peajes (rol N° 183), para después continuar con Cesiones Gratuitas (rol N° 253), Ley de Presupuestos (rol N° 254), Protocolo con Bolivia (rol N° 282), y terminar en el fallo que para la doctrina ya representa el descalabro de la cuestión, Catalíticos (Rol N° 325).

Pero si se observa bien, la discusión en la mayoría de los fallos anteriormente citados, se mueve bajo el punto de vista de excluir o no excluir a la potestad reglamentaria de la regulación de los derechos constitucionales. Tomemos dos sentencias para ejemplificar la cuestión. En Publicidad Caminera I, el Tribunal señala en su considerando 11° que, "si bien es efectivo que el legislador haciendo uso de su facultad de regular puede establecer limitaciones o restricciones al derecho a desarrollar cualquier actividad económica, esta facultad no le corresponde al administrador (...)", para después continuar, "En otras palabras, el constituyente entrega al legislador y no al administrador la facultad de disponer cómo deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse". Es decir, y tal como puede apreciarse, el argumento se construye en términos excluyentes: la cuestión corresponde al legislador y no al administrador, por tanto, y un derivado lógico de ello, es que cuando exista una reserva legal, ella operaría de la forma de excluir a la potestad reglamentaria.

¹³ CARMONA SANTANDER, 1999.

¹⁴ FERNANDOIS VÖRINGER, 2001, pp. 289-293.

Diametralmente distinta es la reserva relativa. Tomemos uno de los últimos fallos que la utilizan para la resolución del asunto. En Protocolo con Bolivia, que en su considerando 17° señala: “(...) lo que desarrolla el décimo protocolo adicional, no significa otra cosa, que la ejecución de lo que sobre la materia referida ha previsto el Tratado Marco de Montevideo de 1980 (ALADI) y el Acuerdo de Complementación con Bolivia N° 22 (...)”, continuará señalando que dicho Protocolo Adicional “(...) surge a la vida jurídica como una normativa de ejecución del Tratado de Montevideo ALADI, y se dicta con estricta sujeción al texto y dentro de los parámetros que él utiliza”. Como puede apreciarse, aquí no hay exclusión alguna de la norma reglamentaria, sino que más bien confluencia dentro de los parámetros que establece el tratado marco.

El cambio de criterio es evidente, se pasa de la exclusión a la admisión del reglamento dentro de una materia que está sometida a la reserva legal. Sin embargo, el punto de análisis es uno solo: la posibilidad de participación del reglamento en la regulación (y tomamos regulación en su más amplísima acepción) de derechos fundamentales es una *cuestión de legitimidad*. La pregunta va enfocada directamente hacia la licitud de que el Presidente de la República regule la materia a través de su potestad reglamentaria.

EL CRITERIO DE CONTROL DE LA RESERVA LEGAL APLICADO POR EL TRIBUNAL NO ES PRECISAMENTE UNO DE LEGITIMIDAD, SINO QUE DE INTENSIDAD, ¿PERO ES EL CRITERIO USADO PRECISO?

Pero un control de legitimidad no explica por qué el Tribunal, en el caso en comento, califica las reservas como “más absolutas o más relativas”. Si siguiéramos un control de legitimidad la respuesta al problema se daría de forma binaria y excluyente: o se adopta la posición de la reserva absoluta, o la posición de la reserva relativa, no ambas a la vez. O se excluye o se admite la intervención de la potestad reglamentaria en la regulación de materias sujetas a reserva legal.

Por otro lado, es también inusitada la importancia que da el fallo a la ley, en la cual centra su análisis. No se olvide que el Tribunal llega a la conclusión de que no existe, o al menos es insuficiente la habilitación *legal* para que pueda haberse dictado el decreto cuestionado. Es decir, y a contrario de un análisis de legitimidad, el centro del examen parece ser la ley habilitante, y no el decreto cuestionado. Bajo el criterio de la reserva absoluta esto no se da. Por ejemplo, en Publicidad Caminera I, si bien se toman en cuenta las leyes que pudieran haber servido de habilitación al decreto, esto es una referencia adyacente al argumento principal. Ya que lo que lo que importa realmente es que la Constitución *excluye* al reglamento de la regulación de la materia sujeta a una reserva legal.

Todo lo anterior parece indicarnos que el Tribunal ha tomado un criterio distinto de control de la relación ley-reglamento. Carmona Santander¹⁵, en un artículo publica-

¹⁵ CARMONA SANTANDER, 2001. Ya el mismo autor se basaba en un cambio del centro del análisis que se habría producido en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios conociendo acciones de protección. Así en su artículo “Un nuevo estadio en la relación ley-reglamento: el ámbito del reglamento”, publicado en *Revista de Derecho Público*, N° 63 (2000), analizará los fallos Norgener (pronunciado por la Corte de Apelaciones de Santiago el 8 de julio de 1999, y confirmado por la Corte Suprema el 4 de agosto de 1999); Letreros Camineros (Corte Suprema, 9 de diciembre de 1999) y Club Nocturno Alcazaquibir (no cita fuente de publicación o fecha de la sentencia).

do con anterioridad a la dictación del fallo en comento, ya hablaba de un cambio de enfoque en el análisis de la reserva legal. En ese sentido, el problema "no es si la norma legal puede apelar a la norma reglamentaria sino el *quantum* admisible de la remisión", se trata por tanto de un problema de *intensidad* de la reserva. Es decir, la cuestión de la exclusión queda superada. Lo importante es entonces determinar cuál es el ámbito de intervención permitida al reglamento. Así se explicarían la "dualidad de reservas" que nos hace notar el Tribunal, y además su búsqueda en la ley de una densidad normativa suficiente que permita la remisión al reglamento.

Pero la cosa no es tan fácil. Carmona Santander nos hace presente que existirían tres criterios de solución para determinar el papel que desempeña el reglamento en una regulación.

El primero sería el del complemento indispensable. Según este, la potestad reglamentaria sería una técnica de colaboración de la Administración con el Legislativo, por medio de la cual, este último no agotaría la regulación, sino que sería ayudada por el reglamento en ella. Esta es la doctrina que acoge Nieto¹⁶ en España. Para este autor la reserva operaría en el sentido de prohibir al reglamento la entrada por su propia iniciativa a una materia reservada. Por ello es que la ley podría regular toda la materia, pero en consideración a la dificultad y rigidez que implica esta fórmula no sería usada. Es entonces donde la colaboración del reglamento tiene lugar: la ley regula lo esencial de la materia, y para el resto, se remite al reglamento, al que invita u ordena colaborar en la regulación de la materia. Pero esta remisión debe realizarse en dos fases: i) la habilitación, ya que el reglamento no puede por sí solo entrar en una materia reservada, y ii) la remisión, la cual no puede ser una cosa en blanco, sino que debe ser suficiente, por medio de criterios para que el Ejecutivo realice su labor. La mera habilitación en blanco equivaldría entonces a una mera falta de habilitación legal.

Un segundo criterio sería el de la razonabilidad técnica. Por medio de este criterio de control, lo que haría el reglamento es ayudar a la ley para que pueda producir efectos jurídicos. La remisión en este caso es para que el reglamento de ejecución complemente, bajo las directrices de la propia ley, su contenido básico. Ley y reglamento conforman entonces un todo jurídicamente armónico e indisoluble. Es por ello que el control deviene de apartarse el reglamento de la ley, ya sea por contravenirla expresamente, o por apartarse del marco de posibilidades regulatorias que le da la Constitución. Particularmente es importante este criterio, ya que el Tribunal ya lo habría usado en Cesiones Gratuitas. En efecto, en sus considerandos 4º a 9º la sentencia del Tribunal hace una expresa alusión a él.

Un tercer criterio sería el de la intensidad de la reserva. Este criterio fue sostenido ya por García Pino¹⁷, el cual manifiesta que el ámbito del reglamento se debe entender en relación a la intensidad de la reserva: así, tratándose de los derechos fundamentales, la reserva sería particularmente estricta (más absoluta), restringiendo el ámbito de la potestad

¹⁶ NIETO, 1993. pp. 226 y ss. Criterio también sostenido por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, 1992, pp. 288 y ss.

¹⁷ GARCÍA PINO, 1995, pp. 217-250.

reglamentaria; tratándose de la parte orgánica de la Constitución, la reserva sería menos estricta (más relativa), por tanto, aumentando el ámbito de la potestad reglamentaria.

Ahora bien, si decimos que en el fallo en comento no ejerce un control de legitimidad, sino que de intensidad, ¿cuál es en definitiva el criterio de intensidad usado? Veamos las características del razonamiento del Tribunal. Como primera cosa, hemos dicho más arriba una primera distinción del razonamiento es determinar que en la Constitución existen reservas “absolutas y relativas”. Con ello claramente no quiere adoptarse un criterio de exclusión, sino que más bien indicar ámbitos de mayor o menor amplitud de acción del reglamento. Es decir, en dicho caso acogerá el Tribunal el tercer criterio de la intensidad, lo que se ve confirmado por la calificación de que la reserva establecida en el artículo 19 N° 24 inciso 2° es de aquellas más absolutas, y por tanto, obliga al legislador un grado mayor de rigurosidad.

Pero por otra parte, también puede advertirse que utiliza un criterio de colaboración. De otra manera no podría entenderse la búsqueda que hace el Tribunal de una habilitación y una remisión legal suficiente. Y que en definitiva considere inconstitucional el decreto porque las leyes que supuestamente habilitarían al Presidente para dictar el decreto contendrían “disposiciones generales y enunciados muy amplios”, que en ligamen con la reserva vigorizada del artículo 19 N° 24 inciso 2° “deben ser calificadas de inexistentes o, al menos, insuficientes”.

Si dos son los criterios utilizados por el Tribunal para resolver la cuestión, dos pueden ser las lecturas que ello puede traer, y bien distintas. Si adoptamos el criterio de la colaboración, nos resulta que el reglamento nunca puede entrar por sí solo en un área de reserva legal, salvo que una ley lo habilite para ello, pero que además debe dar una remisión suficiente, estableciendo todos los requisitos para que en virtud de dicha remisión no se produzca en verdad una deslegalización de la materia. Por otro lado, si es el criterio de intensidad el usado, el examen es distinto: va a depender si se está frente a una reserva complementaria, limitativa, regulatoria o negativa, pero que, al final del día, no establecen una prohibición específica a la potestad reglamentaria de ejecución, sino que, más bien, acotan su fuertemente su ámbito de acción.

Es por todo lo anterior que la sentencia en este punto, si bien resuelve bien el asunto, pudo haber sido un poco más precisa.

¿HACER UN CONTROL DE INTENSIDAD IMPLICA FORMULAR, AUNQUE SEA IMPLÍCITAMENTE, UN REPROCHE DE CONSTITUCIONALIDAD A LA LEY? ¿DEBE EL TRIBUNAL AL USAR UN CRITERIO COMO ESTE HACERSE CARGO DE LA DOCTRINA QUE MANIFIESTA QUE NO PUEDE HACER JUICIOS DE REPROCHE A UNA LEY VIGENTE?

La decisión del Tribunal en definitiva va a declarar el decreto como inconstitucional por carecer de habilitación legal necesaria para su dictación. Hemos planteado más arriba que la colaboración ley-reglamento impone una obligación para el legislador, el de habilitar al reglamento, y el de hacer una remisión que sea suficiente, no en blanco. Ello es lo que nos manifiesta la sentencia al decir: “No puede la ley, por ende, reputarse tal en su forma y sustancia si el legislador ha creído haber realizado su función con meros enunciados globales, plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se

remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales"¹⁸.

Es por ello que un examen de tal carácter va a necesariamente tener que hacer a lo menos un juicio implícito acerca de la "constitucionalidad" de la legislación que tiene por objeto habilitar al decreto. ¿Es ello lícito para el Tribunal hacer? La jurisprudencia anterior del mismo hacen dudar que aquello fuera posible. Sin ir más lejos, en Colonia Dignidad (rol N° 124), va a señalar: "(...) las disposiciones legales, (...) no pueden ser objeto de análisis o control constitucional por este Tribunal, por dos razones, la primera, porque esta atribución la ha sido conferida en el artículo 80 de la Constitución expresamente a otra autoridad jurisdiccional cual es, la Corte Suprema, y la segunda, porque la facultad de control de esta clase de leyes no se encuentra entre aquellas taxativas que la Carta Fundamental le ha otorgado a este Tribunal en el artículo 82". Profundizará esta doctrina en Cesiones Gratuitas, al señalar: "(...) la petición de inconstitucionalidad de las disposiciones respectivas conlleva necesaria e ineludiblemente el emitir un pronunciamiento material implícito sobre la constitucionalidad de un acto del Poder Legislativo", lo que "(...) importaría vulnerar gravemente un conjunto de normas constitucionales que consagran, mediante reparto de competencia, el principio de supremacía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico y, así también, en rigor, las atribuciones exclusivas de los distintos poderes del Estado".

Sin embargo, podemos detectar desde ya aquí una omisión en la argumentación por parte del Tribunal. Si su criterio de control implica la posibilidad de hacer un juicio de constitucionalidad, aunque si bien no declarar la misma, ¿por qué no argumentó en el sentido de desechar la jurisprudencia que se lo impide y que se formaba ya como una tesis fuerte en la jurisprudencia del Tribunal?

EL TRIBUNAL FUNDAMENTA SU DECISIÓN EN VARIOS PRONUNCIAMIENTOS ANTERIORES, PERO ¿SON AQUELLOS VÁLIDOS PARA LA RESOLUCIÓN DEL ASUNTO EN CUESTIÓN, Y EN RELACIÓN AL CRITERIO DE CONTROL USADO?

El Tribunal trata de fundamentar fuertemente su criterio de "doble reserva" utilizado para resolver el asunto. Para ello va a advertir que dicho criterio es la "doctrina constantemente sostenida por este Tribunal Constitucional". Pero ¿es realmente el uso de un criterio de intensidad como el que ocupa el Tribunal su "doctrina constantemente sostenida"? Carmona Santander¹⁹, Fernandois Vöhringer²⁰ y Zapata Larraín²¹, coinciden en que por lo menos la disputa que se desarrolla en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde 1992 hasta 2001 es una lucha entre dos posiciones, la reserva absoluta, dominante hasta Acceso a Playas, y la reserva relativa, que reina hasta por lo menos el año 2001, y que una de sus manifestaciones más claras es Protocolo con Bolivia. Teniendo ello presente pasemos a revisar los fallos citados en el considerando

¹⁸ Considerando 19°.

¹⁹ CARMONA SANTANDER, 2001, pp. 41 y ss.

²⁰ FERNANDOIS VÖHRINGER, 2001, pp. 289 y ss.

²¹ ZAPATA LARRAÍN, 1999, pp. 143 y ss.

vigésimo cuarto. Ellos son, en un primer grupo: Publicidad Caminera I, rol N° 146 considerandos 16° a 20°; Publicidad Caminera II, rol N° 167, considerandos 8° a 15°; Bases de Medio Ambiente, rol N° 185, considerando 12 letra d). Estas tres sentencias son los clásicos exponentes de la reserva legal absoluta. Pero aquí la pregunta fluye casi por sí sola: ¿qué tienen que ver estos fallos con el que comentamos? En ellos se hace un control de legitimidad, no de intensidad. Ciertamente, si aplicamos los criterios de legitimidad de la reserva absoluta llegamos a la misma conclusión que la sentencia en comento, pero por caminos muy disímiles. En Evaluación de Impacto Vial no se prohíbe a la potestad reglamentaria de ejecución la posibilidad de regular una materia de reserva fuerte, sino que a lo más, se le priva su ingreso mientras no exista una habilitación suficiente por parte del legislador para ello. Es un examen de *quantum*, no de licitud.

Por otro lado, el Tribunal se limita a citar solo los precedentes correspondientes a la reserva absoluta, pero ¿qué pasa con aquellos que se refieren a la reserva relativa? ¿Qué sucede con Tarifas de Peajes, Ley de Presupuestos, Protocolo con Bolivia y Catalíticos²²? Simplemente caen en el olvido del Tribunal. Pareciere por tanto que lo expuesto arriba no es la “doctrina constantemente sostenida”. Sobre todo que si aplicamos el criterio de reserva legal relativa propuesto en Protocolo con Bolivia, grandes posibilidades hay que el decreto impugnado pudiera haber sido considerado constitucional. ¿Esquiva el Tribunal citarlos y así tener que realizar una fundamentación que justifique un cambio de jurisprudencia para, de alguna forma, no admitir que su criterio anterior es errado? La pregunta queda abierta. Lo que si es claro que tanto las sentencias de reserva absoluta como las omitidas que tratan de reservas relativas no contienen un criterio similar al utilizado en el fallo en comento.

Una última cosa acerca de este tema. Como resumen de una “prolongada e invariable línea jurisprudencial”, el Tribunal cita los considerandos 4° y 9° de Cesiones Gratuitas. Pero en el Rol N° 253 si bien utiliza un criterio de intensidad, este es de naturaleza distinta al usado por Evaluación de Impacto Vial. En su mismo considerando 9°, Cesiones Gratuitas hace alusión al criterio de la razonabilidad técnica. Es más, omite citar la sentencia en comento los considerandos 5° a 8° de rol N° 253, los cuales dejan completamente en claro por qué el Tribunal en aquel caso protegió al reglamento: este se limitaba a ejecutar la ley, con respecto a la cual el Tribunal no podía hacer juicios de constitucionalidad.

3. OTRA VEZ EN LA RESERVA LEGAL: SIN EMBARGO, LA CUESTIÓN PUDO HABER SIDO RESUELTA POR MEDIO DE LA CONSIDERACIÓN DE TODOS LOS FACTORES EN JUEGO.

UNA ARGUMENTACIÓN ALTERNATIVA POR MEDIO DE GARANTÍAS SUSTANTIVAS

El presente caso nos representa un problema que, desde una perspectiva más amplia, puede perfectamente analizarse sobre la base de las posibilidades que tiene el Estado de imponer cargas u obligaciones a los particulares. No olvidemos que, el Decre-

²² Aunque Catalíticos es visto por la doctrina como una de las expresiones de la reserva legal relativa, vid., en ese sentido, FERNANDOIS VÖHRINGER, 2001, p. 292, el examen allí hecho es de intensidad, no de legitimidad. Es más, en Catalíticos la declaración de constitucionalidad viene dada no en consideración a la reserva legal, sino que más bien por otros factores considerados en la decisión.

to Supremo N° 1/2003, tenía por objeto la incorporación de nuevos parámetros de exigencia para los estudios de impacto sobre transporte urbano para la realización de proyectos de urbanización, residenciales y no residenciales. Un caso típico de actividad ordenatoria de la Administración.

La Constitución Política posibilita que el Estado, mediante su facultad de imperio, pueda establecer gravámenes, obligaciones y cargas a los particulares, reduciendo por tanto el haz de sus esferas subjetivas. Todo lo anterior debe considerarse bajo un respecto, y es que si bien la Constitución autoriza la imposición de obligaciones, ello no quiere decir que autorice cualquier tipo de imposición de cargas u obligaciones. Es necesario entonces hacer un examen de legitimidad de la intervención.

El ejercicio del poder normativo del Estado, por medio del cual establece limitaciones (en sentido lato) a los derechos fundamentales, debe encuadrarse en una serie de principios y reglas de derecho que condicionan su obrar²³.

Lo anterior podemos comprobarlo dando una mirada a las normas que establece la Constitución, y por medio de una interpretación sistemática de la misma. Así y en primera medida, su artículo 1° inciso 4° impone al Estado la finalidad de promover el bien común, pero no promoverlo de cualquier manera, sino que deberá hacerlo con pleno respeto de los derechos y garantías que la Constitución reconoce y establece. Por otra parte, dispone como deber de los órganos del Estado, y sobre todo de aquellos que ejercen el poder normativo, el respetar y promover los derechos reconocidos por la Constitución. Por su parte, al regular los derechos fundamentales en su capítulo III, establece en el N° 8° de su artículo 19, que si bien la ley puede establecer restricciones específicas a los derechos, ellas deben hacerse "para proteger el medio ambiente"; su N° 20° habla del establecimiento de tributos y de cargas reales, pero respetando una serie de principios, a saber, la legalidad de la carga, además de establecer prohibición sobre tributos que sean manifiestamente "desproporcionados o injustos"; su N° 23°, cuando habla de restringir el derecho a la propiedad, habla que esta restricción debe ser hecha por ley de quórum calificado, y que, además debe exigirlo así el interés nacional; su N° 24° habilita solo las restricciones al derecho de propiedad realizadas por ley, y siempre que puedan subsumirse en los conceptos jurídicos indeterminados de "intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental"; a su vez su N° 26° restringe la intervención en los derechos fundamentales solo a los "preceptos legales", y además la regulación, complementación o limitación de los mismos "no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos y requisitos que impidan su libre ejercicio". Por su parte, el artículo 20 va a establecer como una de las causales de procedencia de la acción de protección, el carácter "arbitrario" de un acto o de una omisión.

Como puede apreciarse, las normas constitucionales no admiten que una determinada intervención, que reduzca la esfera subjetiva de los particulares pueda ser afectada por medio de cualquier regulación, sino que ella claramente se encuentra sujeta a límites. Ya sea de carácter formal, como cuando señala que una determinada intervención

²³ CASSAGNE, 2002, pp. 326 y ss.

debe realizarse por ley, o "solo la ley puede", etc. Pero también se establecen límites sustantivos, como son las expresiones "desproporcionados o injustos", "arbitrario", etc.

La doctrina, sistematizando, ha reconocido entonces límites o garantías formales y límites o garantías sustantivas. Así, Santamaría Pastor²⁴, reconoce que la actividad de ordenación se encuentra limitada por: i) límites formales: la reserva legal y la especificidad; ii) límites de carácter material: el principio de proporcionalidad y el principio *favor libertatis*. Si bien el autor seguido es español, y trabaja bajo el punto de vista de la Constitución española de 1978, pareciera ser plenamente aplicable a nuestro sistema de límites de la actividad ordenatoria, atendido a que los principios de que hace mención también pueden reconocerse en nuestra Constitución.

Sin embargo, el Tribunal va a hacer solo un examen de reserva legal, es decir, se concentra en las garantías formales, y no desarrolla una argumentación en razón de que las intervenciones del Estado también pueden encontrarse limitadas por garantías sustantivas. Una interpretación sistemática de la Constitución en cuanto a las limitaciones que puede establecer el Estado en virtud de su actividad de ordenación, podría haber sido más provechoso desde el punto de vista de crear directrices o parámetros de conductas para los destinatarios del fallo, que el solo ceñirse a la reserva legal.

4. ¿DEBE EL RECLAMO DE INCONSTITUCIONALIDAD IR NECESARIAMENTE ENDEREZADO A MANTENER UNA SITUACIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD PREEXISTENTE? DISIDENCIA DE FIGUEROA, PERO QUE INDUCE A UNA ÚLTIMA PREGUNTA: ¿PUEDE LA RESERVA LEGAL SER SACRIFICADA EN VIRTUD DE OTROS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES?

Inconstitucionalidad preexistente. Este es el tema que lleva al ministro Juan Agustín Figueroa a plantear su disidencia. Y es que en este caso el decreto impugnado no es más que una modificación a un anterior decreto, que también establecía la obligación de realizar un estudio de impacto vial. Decreto que, por el tiempo transcurrido desde su dictación, ya se encuentra fuera de las potestades de control del Tribunal. El ministro disidente manifiesta que no son las normas modificatorias, sino que las normas que se encuentran vigentes las que producen la inconstitucionalidad, pero por estas últimas se encuentran fuera de su control. Ciertamente una interpretación como esta, a primera vista, no sería compartida por nosotros, porque manifiesta un cierre hacia las competencias del Tribunal.

Sin embargo, la disidencia puede bien plantear una pregunta: ¿qué sucede si las modificaciones que contiene el nuevo decreto generan una situación más favorable para el derecho que la situación vigente? Si ello es así, ¿autorizaría al Tribunal para dejar de lado el no cumplimiento del principio de reserva legal en orden a dar curso a un decreto inconstitucional, pero más favorable? ¿Estaríamos frente a una protección inconstitucional de la constitucionalidad?

Esta pregunta nos remite inmediatamente a uno de los fallos más vilipendiados en el haber del Tribunal: Catalíticos. En él precisamente tras haber el Tribunal identificado

²⁴ SANTAMARÍA PASTOR, 1998, pp. 250 y ss.

²⁵ Vid. considerando 46° de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional, Rol N° 325.

una violación de la reserva legal, pasa a declarar, para los solos efectos de ese caso concreto, la constitucionalidad del decreto impugnado que establecía la restricción vehicular a los catalíticos. Lo hace bajo la consideración de que frente a una medida que es excepcional, dadas en situaciones de emergencia, que buscan proteger un derecho máspreciado de la vida e integridad de la persona y del deber del Estado de ampararlo, declara la constitucionalidad desechando por ello la regla de la reserva legal²⁵. El grueso de nuestra doctrina constitucional se ha declarado contrario a una decisión así²⁶.

Obviamente guardando las proporciones, en el caso en comento podría haberse discutido el asunto. Sobre todo si a primera vista el decreto impugnado pareciera (no soy un entendido en la materia, si no lo es, vale entonces para el desarrollo del argumento) más favorable para la optimización del derecho de propiedad, del cual la reserva legal es garantía formal. Ello nos lleva a considerar el acápite anterior: ¿es dable que pueda el Tribunal apartarse de la reserva legal por la consideración de otros factores (sustantivos) que entran en juego? La pregunta puede ser muy discutida. No pretendemos aquí responderla, sino que solo exponer algunos puntos.

Como primera cosa: no hay que olvidar que al Tribunal le es plenamente aplicable la máxima del artículo 5° inciso 2°, Bases de la Institucionalidad, que establece como deber del Estado no solo respetar los derechos fundamentales, sino que además promoverlos. El Tribunal no es un mero protector de la supremacía constitucional, sino que defiende dicha supremacía como una forma de promover los derechos fundamentales cuando estos son conculcados.

¿Qué pasaría si en el caso en comento las modificaciones establecidas en el decreto impugnado son más benéficas que las normas vigentes? ¿Puede constituir aquello una optimización al derecho fundamental en cuestión? Hemos tomado la palabra optimización por una razón. Alexy²⁷ define los derechos fundamentales como mandatos de optimización, en cuanto establece que aquellos se construyen en base a un modelo de principios y reglas. Como mandato de optimización, un derecho fundamental establecido como principio, ordena que sea cumplido en la mayor medida posible, tanto en sus circunstancias fácticas como jurídicas. Es decir, lo más posible de un derecho dentro de sus posibilidades reales y jurídicas. Y un principio se optimiza no solo por tender a su mayor realización en forma positiva, sino que además disminuyendo las posibilidades de ataques negativos en ellos.

Ahora bien, Alexy toma en consideración la distinción ya hecha por Dworkin²⁸ acerca de las reglas y principios, en cuanto las primeras se siguen o no, mientras que los

²⁶ Vid., en ese sentido, BERTELSEN REPETTO, 2001; CUEVAS FARREN, 2001; HIDALGO GALLARDO, 2001; FERNANDOIS VÖRINGER, 2001, pp. 289 y ss.

²⁷ ALEXY, 1993, p. 86.

²⁸ DWORKIN, 1984. Si bien la utilización de la categoría principios es algo común en DWORKIN y ALEXY, el tratamiento de los mismos es bastante distinto, y demuestra las diferencias sustanciales en sus respectivas teorías jurídicas. Así, en la concepción de Alexy los principios tienen el carácter de mandatos de optimización, y por tanto, en la pregunta acerca si se ha lesionado un derecho fundamental juega un papel central la máxima de la proporcionalidad y, por ello, la ponderación. Dworkin, por su parte, concibe a los derechos como cartas de triunfo. Fernando Atria, por su parte, la plantea como ya superada la distinción entre reglas y principios, si bien fue útil en su época para explicar el fenómeno de no aplicar reglas al caso concreto. Plantea por su parte, que las normas jurídicas son *derrotables*. Vid. ATRIA, 2000.

segundos pueden seguirse más o menos, no solucionan directamente el caso como las reglas, sino que proporcionan bases o criterios para la decisión: razones para normas, es decir, otras reglas adscriptas a la norma de derecho fundamental, que resuelvan el caso. Distinción que fue formulada para explicar aquellos casos en que, sin embargo, pareciera haber una regla aplicable ella no era aplicada. Y no era aplicada por haber un principio de "peso mayor" en contrario.

No ahondaremos más en este peligroso tema pero dejaremos la pregunta abierta: ¿podemos plantear que la reserva legal pueda ser derrotada y no aplicada en el caso concreto, porque ella no optimiza, sino que perjudica el derecho fundamental en cuestión?

5. CONCLUSIONES

A través de este trabajo hemos tratado de dar una visión acerca de los argumentos que recoge el fallo Evaluación de Impacto Vial para decidir acerca de la constitucionalidad de la obligación de desarrollar un estudio de impacto vial en proyectos inmobiliarios.

El fallo toma como argumento principal, y único por lo demás, la violación de la reserva legal. Principio sobre el cual hay bastante jurisprudencia, pero que todavía falta por precisar en su control por parte del Tribunal. Tratamos de analizar en ese sentido cómo es que el Tribunal entiende la reserva legal como criterio de control efectivo. Vimos en concreto los criterios que ha asumido el Tribunal en el control de la relación ley-reglamento, dejando claro que en este caso se aparta el Tribunal de decisiones anteriores, acogiendo un criterio de control de intensidad, y no de legitimidad.

Sin embargo, advertimos algunas confusiones en el argumento del Tribunal en este punto. Sobre todo en el uso de los precedentes como forma de fundamentación.

Asimismo, planteamos que el principio de reserva legal es solo una parte de cómo puede ser visto el problema. Asumiendo una interpretación sistemática de la Constitución, es posible que además de la garantía formal de la reserva legal pueda controlarse la imposición de cargas u obligaciones por parte del Estado por medio de garantías sustantivas.

Como último punto nos pusimos en la hipótesis de que declarar la constitucionalidad del decreto sea más beneficioso para la optimización del derecho fundamental, por lo que propusimos la pregunta acerca de si es posible que el Tribunal, dando una clara interpretación finalista, pueda dejar de lado la reserva legal. El tema, por tanto, queda abierto.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993)
- ALARCÓN JAÑA, Pablo: comentario a la sentencia en *Ius Publicum*, N° 11, (2003), pp. 191-207.

- ATRIA LEMAÏTRE, Fernando: "Las circunstancias de la derrotabilidad", en *Revista de Ciencias Sociales*, N° 45 (2000), pp. 437-465.
- BERTELSEN REPETTO, Raúl: Comentario de Jurisprudencia, en *Ius Publicum*, N° 7 (2001), pp. 209-225.
- CARMONA SANTANDER, Carlos (1999): "Tendencias del Tribunal Constitucional en la relación ley-reglamento", en *Revista de Derecho Público*, N° 61, pp. 180-193.
- CARMONA SANTANDER, Carlos (2000): "Un nuevo estadio en la relación ley-reglamento: el ámbito del reglamento", publicado en *Revista de Derecho Público*, N° 62, pp. 154-190.
- CARMONA SANTANDER, Carlos (2001): "Tres problemas de la potestad reglamentaria", en: *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 3, pp. 29-62.
- CASSAGNE, Juan Carlos: *Derecho Administrativo* (Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002).
- CORTÉS SEPÚLVEDA, Aristóteles: comentario de jurisprudencia, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. N° 30, (2003), pp. 173-177.
- CUEVAS FARREN, Gustavo, Comentario de Jurisprudencia, en *Ius Publicum*, N° 7 (2001), pp. 209-225.
- DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio* (Ed. Ariel, Barcelona, 1984).
- FERMANDOIS VÖRINGER, Arturo: "Reserva legal: una garantía sustantiva que desaparece", en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. N° 28 N° 2, (2001), pp. 287-298.
- GALLARDO HIDALGO, Beatriz: "Estado de hecho o Estado de Derecho", en en *Ius Publicum* N° 7 (2001), pp. 209-225.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo* (Ed. Civitas, Madrid, 1992).
- GARCÍA PINO, Gonzalo: *La reserva legal de los derechos constitucionales: ¿Poder Legislativo contra de administración?* (Tesis Magíster PUC, Santiago, 1995).
- NIETO, Alejandro: *Derecho Administrativo Sancionador* (Ed. Tecnos, Madrid, 1993).
- SANTAMARÍA PASTOR, Alfonso: *Principios de Derecho Administrativo* (Ed. Madrid, 1998).
- ZAPATA LARRAÍN, Patricio: "Las principales batallas de 1999. Algunos comentarios sobre la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional" pp. 143-154.