



Revista de Derecho - Universidad
Católica del Norte
ISSN: 0717-5345
revistaderecho@ucn.cl
Universidad Católica del Norte
Chile

CAZOR ALISTE, KAMEL

“REGULACIÓN REGLAMENTARIA V/S REGULACIÓN LEGISLATIVA”: COMENTARIO A
SENTENCIA ROL 1849-2010, DE 12 DE MAYO DE 2011, SOBRE REQUERIMIENTO
PARLAMENTARIO DE INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL DECRETO
SUPREMO N° 264, DEL MINISTERIO DE TRANSPORTES Y TELECOMUNICACIONES,
QUE “FIJA NORMAS COMPLEMENTARIAS AL DECRETO N° 136 DE 14 DE
SEPTIEMBRE DE 2009 (SOBRE TELEVISIÓN DIGITAL)”

Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte, vol. 18, núm. 2, 2011, pp. 377-397

Universidad Católica del Norte

Coquimbo, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041326014>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

**“REGULACIÓN REGLAMENTARIA V/S REGULACIÓN
LEGISLATIVA”: COMENTARIO A SENTENCIA ROL 1849-2010,
DE 12 DE MAYO DE 2011, SOBRE REQUERIMIENTO
PARLAMENTARIO DE INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO
DEL DECRETO SUPREMO Nº 264, DEL MINISTERIO DE
TRANSPORTES Y TELECOMUNICACIONES, QUE “FIJA NORMAS
COMPLEMENTARIAS AL DECRETO Nº 136 DE 14 DE
SEPTIEMBRE DE 2009 (SOBRE TELEVISIÓN DIGITAL)”***

KAMEL CAZOR ALISTE**

**1) ÁMBITO DE REGULACIÓN DEL DECRETO Y FUNDAMENTOS DEL
REQUERIMIENTO**

El decreto reglamentario Nº 264, de 6 de octubre de 2010, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, fijó las normas complementarias del decreto supremo 136 de 2009 y ejecuta el inciso final del art. 15 de la Ley General de Telecomunicaciones, estableciendo un nuevo período anual de exposición pública y abierta, renovable hasta por un máximo de cinco años, dentro del cual se podrían otorgar permisos para efectuar transmisiones demostrativas del servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción con tecnología digital o renovar las existentes. Es decir, y dicho en pocas palabras, en primer lugar, permite el otorgamiento de permisos transitorios “para efectuar transmisiones demostrativas del servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción con tecnología digital”; en segundo lugar, faculta a la Subsecretaría de Telecomunicaciones para que asigne frecuencias precisas a dichos permisos y establezca un calendario de disponibilidad de frecuencias; y, en tercer lugar, establece que dichas frecuencias “constituirán las frecuencias de reemplazo” cuando se dicte la regulación legal en la materia.

Esta norma, producto de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, causó gran polémica en el mundo jurídico-político

* Este comentario forma parte del Proyecto Fondecyt Regular Nº 1110376 (2011-2012) titulado “La reserva de ley como límite del legislador democrático y la necesidad de redefinir su función en el Estado Constitucional chileno”, del que su autor es investigador principal.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Central de Chile. Máster en Derecho Constitucional y Ciencia Política, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (ESPAÑA). Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid (ESPAÑA). Profesor Asociado de Derecho Constitucional en la Universidad Católica del Norte. Correo electrónico: cazor@ucn.cl

nacional, toda vez que vino a regular una materia que simultáneamente se está discutiendo en el Congreso Nacional a raíz de un proyecto de ley que “permite la introducción de la televisión digital terrestre” (Boletín 6190-19). La vía normativa del decreto supremo empleada en esta temática fue criticada por los distintos sectores políticos del país (oficialistas y opositores); pero el hecho más concreto es el requerimiento que un grupo de diputados opositores dedujo ante el Tribunal Constitucional y cuya resolución (Rol N° 1849/2010) ha dado lugar al presente comentario.

Los argumentos de inconstitucionalidad esgrimidos por los diputados, se podrían sintetizar en dos grandes ideas:

- A) En primer lugar, indican que se trata de un decreto supremo de ejecución que excedería el apoderamiento legislativo de la materia regulada, en consecuencia, a juicio de los requirentes “no constituye una regulación que ejecuta la ley”; expresado de otro modo, el exceso regulativo del reglamento (lo que innova), más que reconducirse como una cuestión de mera legalidad, lo circunscriben a un asunto de estricta constitucionalidad, al invadir materias de reserva legal, ya que su ley habilitante no lo facultaría para regular esa materia por vía de la potestad reglamentaria. Es decir, por una parte, “sostienen que el contenido del DS N° 264 está lejos de ser un *“complemento”* del DS N° 136, toda vez que este último se abocó a la fijación de la norma técnica en materia digital y solo estableció períodos acotados para la exhibición demostrativa y experimental, en circunstancias que el DS N° 264 incorpora al patrimonio de los actuales concesionarios de radiodifusión televisiva el establecimiento de frecuencias de reemplazo obtenidas indirectamente a través de permisos demostrativos”; y, por otra parte, “señalan que el DS N° 264 vulnera la reserva legal *“clásica”*, al exceder y no ejecutar la ley que le sirve de sustento. Agregan, apoyados en jurisprudencia de la Magistratura constitucional (sentencias roles N°s 312, 373, 235, 718 y 325) y en doctrina que citan, que la regla general es la aceptación de la colaboración reglamentaria, pudiendo un decreto supremo *“desarrollar o complementar la ley”*, pero estándole proscrito sobrepasar al legislador e innovar normativamente (...) infringiendo, así, el artículo 19, N° 12°, inciso quinto, en conexión con los artículos 32, N° 6, y 63, N° 2, de la Carta Fundamental”.
- B) En segundo lugar, los requirentes fundamentan su aseveración planteando, además, que al estar en tramitación en el Congreso un proyecto de ley que regula tales asuntos, se “carecería de la normativa básica”, ya que, como ya se ha dicho, esta se tramita actualmente en el Poder Legislativo (y, es justo decirlo, cuyo procedimiento se encuentra inexplicablemente retrasado). Es decir,

indican que “los asuntos regulados por el decreto impugnado están siendo desarrollados en el proyecto de ley que *“permite la introducción de la televisión digital terrestre”* (Boletín 6190-19), por lo que se vulnera, junto con la reserva legal del legislador pasado (artículo 15, inciso final, de la Ley General de Telecomunicaciones), la del legislador presente, ya que el decreto es coincidente con el referido proyecto de ley”.

2) PROBLEMATIZACIÓN DEL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

El comentario discurrirá por dos ejes temáticos, que plantearé, como punto de partida, a través de los siguientes interrogantes:

- I) ¿Existió realmente en este caso un conflicto de constitucionalidad? O, por el contrario, ¿solamente habría habido un conflicto aparente de constitucionalidad, cuya clave estaría en no confundir las dos vertientes que posee el ejercicio de la potestad legislativa, cual es, el principio de legalidad y el principio de reserva legal?
- II) ¿A la luz de nuestro sistema constitucional, una misma materia puede ser regulada por la autoridad administrativa y por el legislador? Expresado de otro modo, ¿de acuerdo a la configuración de la reserva legal en nuestra Constitución, es posible regular anticipadamente por vía reglamentaria una materia que posteriormente va a regular el legislador?

Sin lugar a dudas que se trata de un tema complejo y que podría inaugurar una larga batalla en el Tribunal Constitucional, entre el Gobierno y la oposición, frente a futuras decisiones de la Administración que se canalicen por vía de la potestad reglamentaria. Cabe recordar el fuerte activismo jurisdiccional que tuvo esta materia en los inicios de la transición democrática (1990), con la utilización por parte de la oposición de entonces de la antigua vía de impugnación de los decretos supremos que consideraba el art. 82 N° 5, y que tiene su versión actualizada en el art. 93 N° 16 de la Carta. Del mismo modo, cabe recordar que en estos ya más de 20 años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el control de decretos, no ha podido establecer criterios orientadores sólidos y objetivos a fin de vislumbrar una relación equilibrada entre la ley y el reglamento. Y esta sentencia, que comentamos y como veremos, no ha sido la excepción, pero sí podría significar un avance.

De ahí que, en este trascendental asunto (que es vital para la conducción y orientación del Estado), además, se debe necesariamente tener en consideración la circunstancia esencial que traza el sistema que establece las potestades normativas en Chile, cual es, que se debe

reconocer una clara debilidad teórico-regulativa en la configuración constitucional de los ámbitos de la potestad legislativa y reglamentaria (arts. 63 y 32 n°6, respectivamente), y, en consecuencia, no es para nada fácil desentrañar la técnica de reserva legal adoptada por nuestro sistema constitucional y la consecuente interacción con el poder normativo gubernamental. Dentro de este complejo panorama, no se puede partir *a priori* de un argumento excluyente, toda vez que se trata no solo de una temática estrictamente jurídica, sino también con claros contenidos políticos; en donde hay que añadir el hecho –no del todo negativo– que existen múltiples posibilidades regulatorias que brinda la Constitución en este tema. Por ende, de difícil solución por parte del Tribunal Constitucional (lo que ha demostrado su ambigua jurisprudencia), en donde pugnan, asimismo, dos órganos legitimados democráticamente y con claras atribuciones constitucionales en el plano normativo, como es el poder del Congreso y el poder gubernamental. Hay que considerar, por un lado, el fuerte contenido democrático que encarna la deliberación en el Parlamento de los proyectos de ley, y, por el otro, la necesaria operatividad que debe poseer la dirección política gubernamental en ciertos asuntos, ya que nadie puede desconocer la legitimidad constitucional que tiene la potestad reglamentaria, tanto en su vertiente de ejecución como autónoma.

3) FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA

La sentencia, en su extensa parte considerativa, desarrolla su argumentación en los siguientes contenidos temáticos: I) Aspectos del requerimiento ajenos a la competencia del Tribunal Constitucional; II) El conflicto constitucional sometido a la decisión de esta magistratura; III) Competencia administrativa y principio de juridicidad; IV) Infracción del artículo 19 N° 12 de la Constitución; V) Vulneración de la igualdad de trato económico a que se refiere el artículo 19 N° 22 de la Constitución; VI) Infracción al derecho de propiedad asegurado en el artículo 19, N°s 23° y 24°, de la Constitución Política; y VII) Parte resolutive.

Desde ya hay que mencionar que, en definitiva, la sentencia desestima en gran parte las pretensiones de los requirentes y reafirma, en lo sustancial, la constitucionalidad del decreto supremo, ya que a juicio de los ministros mayoritarios (Marcelo Venegas, Mario Fernández, Marisol Peña, Enrique Navarro, José Antonio Viera-Gallo e Iván Aróstica) la autoridad tenía potestades suficientes para dictarlo y no vulnera derechos fundamentales.

En lo que importa a este comentario, solamente haremos mención a algunos de los contenidos más relevantes de la *ratio decidendi* de la sentencia.

(3.1) ASPECTOS DEL REQUERIMIENTO AJENOS A LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La sentencia, a fin de precisar la esfera competencial de verificación del Decreto Supremo con la Constitución y en virtud de la potestad que le confiere el art. 19 N° 16, señala que:

“PRIMERO: (...) En ejercicio de dicha potestad, corresponde a esta Magistratura *cotejar directa e inmediatamente las decisiones contenidas en el decreto impugnado con las normas constitucionales que se estiman vulneradas*, para concluir, de tal confrontación, si existe o no algún vicio que ponga o pueda poner en contradicción este decreto con la Constitución Política (ver sentencia Rol N° 231, considerando 8°)”;

De este modo, precisa que no le compete al Tribunal pronunciarse sobre los posibles vicios de ilegalidad:

“SEGUNDO: Que, así las cosas, conviene reiterar que no compete a este Tribunal pronunciarse sobre los posibles vicios de ilegalidad que, sin derivar en faltas de inconstitucionalidad, pudiere presentar el decreto cuestionado, según previene el artículo 111 [artículo 50 bis], inciso segundo, N° 3, de su Ley Orgánica Constitucional, N° 17.997.

Por ende, cabe rechazar desde luego el reclamo ahora formulado, en cuanto objeta que el Decreto Supremo N° 264, de 2010, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, infringiría el artículo 15, inciso final, de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, al reglamentar unos permisos que no cumplirían con los requisitos que la norma legal exige, cuales son su temporalidad, que sean otorgados a título experimental o demostrativo, y que tengan como fin instalar servicios en ferias o exposiciones. Máxime cuando los mismos supuestos defectos tuvieron su origen en el complementado Decreto Supremo N° 136, de 2009, del mismo Ministerio, el que no fue reclamado en su oportunidad ni, como el actual Decreto Supremo N° 264, mereció ningún reparo por parte de la Contraloría General de la República”;

Sobre el particular conviene mencionar que la sentencia, desde un primer momento, elabora el criterio de la *interpretación conforme a la Constitución*, ya que al excluir de su competencia los posibles vicios de ilegalidad, especifica que son de aquellos que no derivan en “faltas de inconstitucionalidad”. Asimismo, utiliza como parámetro el complementado Decreto Supremo N° 136.

Finalmente, en esta parte reafirma el Tribunal la atribución del Presidente de la República para ejercer su potestad reglamentaria, pese a que exista un proyecto de ley en actual tramitación, ya que los actos administrativos –señala– se rigen por la normativa vigente al tiempo de su emisión:

“QUINTO: Que el criterio universalmente aceptado es que, salvo disposición en contrario, los actos administrativos se rigen por la normativa vigente al tiempo de su emisión, de modo que a esa luz debe juzgarse en lo que hace a su validez inicial. Por ende, no procede atender el cuestionamiento de los requirentes en el sentido de que el Decreto Supremo N° 264 sería ilícito por anticiparse al proyecto de ley de que da cuenta el Boletín N° 6.190, todavía en discusión parlamentaria. En rigor, las atribuciones del Ejecutivo para reglamentar la administración del espacio radioeléctrico, a cuyo amparo el Ministerio del rubro ha podido conferir permisos provisorios y asignar las respectivas frecuencias de televisión, emanan de la preceptiva imperante a la fecha en que se emitió y fue publicado el Decreto Supremo N° 264, integrada a ese momento por los artículos 24 y 32 N° 6° de la Constitución Política, en relación con las normas pertinentes de las leyes N°s 18.575 y 18.168, y del Decreto Ley N° 1.762, de 1977”;

(3.2) EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL SOMETIDO A LA DECISIÓN DE ESTA MAGISTRATURA

El Tribunal precisa que el conflicto constitucional se reduce a dos cuestiones esenciales, por una parte, si la autoridad administrativa cuenta o no con competencias (principio de juridicidad), y, por otra, si el ejercicio de tales facultades administrativas amaga o no derechos fundamentales (principio de servicialidad del Estado)¹.

Todo ello, por cuanto los diputados requirentes sostienen que la Administración no es competente para encauzar, vía acto administrativo, el tránsito tecnológico que discurre desde la televisión analógica a la televisión digital, porque ello sería una materia de exclusiva reserva legal; y, como consecuencia, vulneraría también los derechos asegurados en el artículo 19, numerales 12°, inciso quinto, 22°, 23° y 24°, de la Carta Fundamental:

¹ Véase considerando octavo.

“SÉPTIMO: Que, atentos a lo acotado precedentemente y para lo que interesa a este proceso, los Diputados requirentes sostienen, en lo medular, que la Administración no es competente para encauzar –a través del acto administrativo recién transcrito– el tránsito tecnológico que discurre desde la televisión analógica a la televisión digital. Porque, comportando ello una materia de exclusiva reserva legal, acusan que el Decreto Supremo N° 264 vendría aprobando un reglamento que contradice la regulación que, sobre la materia, estatuiría el proyecto de ley en actual trámite legislativo según da cuenta el Boletín N° 6.190. Objetan, al paso, que este reglamento excedería aquello que, en el presente, permite hacer a la autoridad, pero muy excepcionalmente, el artículo 15, inciso final, de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, lo que implica transgredir el artículo 32, N° 6°, de la Constitución.

Como consecuencia, aducen que el Decreto Supremo N° 264 vulneraría los derechos asegurados en el artículo 19, numerales 12°, inciso quinto, 22°, 23° y 24°, de la Carta Fundamental, de la manera como se ha resumido en la parte expositiva de esta sentencia”;

Finalmente, indica la sentencia que la Magistratura no está llamada a dirimir contiendas de competencia entre el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones y el Consejo Nacional de Televisión:

“DECIMOTERCERO: Que, de otra parte, y contrariamente a lo que presuponen los requirentes, esta Magistratura no está llamada a dirimir las eventuales contiendas de competencia que pudieren suscitarse entre diferentes entidades administrativas, como la que creen se produciría entre el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y el Consejo Nacional de Televisión. Porque, para hacer prevalecer el principio de coordinación recogido en el artículo 5°, inciso segundo, de la Ley N° 18.575, en cuya virtud los órganos de la Administración deben cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones, tales conflictos deben resolverse en la forma y a través de los canales e instancias que prevé el artículo 39 de ese mismo cuerpo normativo.

Colisión que, en todo caso, puede descartarse, si se considera que los permisos transitorios para fines experimentales extendidos por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, conforme a la Ley N° 18.168, y, por otro lado, las concesiones permanentes para mantener y operar estaciones de televisión que son otorgadas por el Consejo Nacional de Televisión, con arreglo a la Ley N° 18.838, no obedecen al ejercicio de competencias alternativas sino complementarias, pero, en todo caso, diferentes (...);

(3.3) COMPETENCIA ADMINISTRATIVA Y PRINCIPIO DE JURIDICIDAD

Dentro del contexto de la interpretación conforme a la Constitución desarrollada por el voto de mayoría, indica la sentencia:

“NOVENO: Que, por de pronto, no cabe poner en duda que el Presidente de la República, al emitir el Decreto Supremo N° 264, de 2010, lo ha hecho inspirado en el propósito de satisfacer un objetivo de bien común, conforme se lo mandan los artículos 1º, inciso cuarto, de la Constitución, y 3º, inciso primero, de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, consistente –en este caso– en encauzar, facilitar y fomentar la introducción ordenada y general de la televisión digital en el país (...)”

“Así, el mismo Decreto Supremo N° 264 da cuenta de su compromiso con las finalidades reseñadas, al allanar los obstáculos que impedirían concretar aquel proceso de salto tecnológico –de la televisión analógica a la digital– inaugurado por el Decreto Supremo N° 136, de 2009, propendiendo a que éste no se detenga y continúe, sin interrupciones, habida cuenta que su suspensión habría de acarrear serios e irreversibles perjuicios para el país, por el peligro de perder todo el esfuerzo desplegado y las inversiones realizadas con anterioridad”;

Acto seguido, la sentencia valida la actuación del Ejecutivo fundamentado en los artículos 24 y 32, N° 6, de la Constitución. En efecto señala:

“DÉCIMO: Que, al proceder con ese objetivo, el Presidente de la República ha actuado en su carácter de Jefe de Estado y en ejercicio de la autoridad amplia que, en tal calidad, le acuerda directamente el artículo 24, inciso primero, de la Constitución, para ejercer “*el gobierno y la administración del Estado*”. Función esta última que consiste, precisamente, en “*ordenar, disponer, organizar, en especial, la hacienda o los bienes*”, según el léxico, y que el reglamento impugnado hace válidamente recaer sobre un bien nacional de uso público, cual es el espectro radioeléctrico, expresándose en la forma de un decreto supremo, acorde lo dispone el artículo 32, N° 6º, de la misma Carta Fundamental (...)”;

La Magistratura, en consecuencia, no se cuestiona desde la óptica constitucional la competencia de la Administración para expedir este tipo de permisos (señalados en el artículo 15, inciso final, de la Ley General de

Telecomunicaciones), ni la posibilidad de reglamentar de manera general y abstracta su otorgamiento:

“DECIMOSEGUNDO: Que (...) Desde la óptica constitucional, no cabe entonces cuestionar la competencia del Ejecutivo para expedir este tipo de permisos, ni la posibilidad de reglamentar de manera general y abstracta su otorgamiento, como lo hace el artículo primero del Decreto Supremo N° 264. El que, además, habiendo sido regularmente cursado por la Contraloría General, al tenor de las Leyes N°s 10.336, artículo 10, y 19.880, artículo 3°, inciso octavo, goza de una presunción en orden a encontrarse plenamente ajustado al precepto citado de la Ley N° 18.168. De suerte que, siguiendo el criterio explicado en autos por dicha entidad fiscalizadora, a través de su Dictamen N° 73.055, de 2010, y en estrados por el Consejo de Defensa del Estado, este Tribunal puede inferir razonablemente que en la especie no se ha vulnerado, por derivación, el artículo 32, N° 6°, de la Constitución”;

Posteriormente, resalta la incongruencia que existe entre la competencia constitucional y legal indefinida de la autoridad administrativa para otorgar los permisos demostrativos y que el decreto reglamentario acote un período “renovable hasta por un máximo de cinco años” para su concesión:

“DECIMOQUINTO: Que, salvada la validez constitucional del artículo primero del Decreto Supremo N° 264, por los conceptos anteriores, debe, sin embargo, repararse el hecho que, contando la autoridad administrativa con una competencia constitucional y legal indefinida para otorgar los permisos demostrativos de que se trata, al punto que el inciso final del artículo 15 de la Ley N° 18.168 no le pone a esta atribución un plazo de duración, resulta incongruente con ello y, por ende, contrario al artículo 32, N° 6°, de la Constitución, que el reglamento en estudio acote un período “*renovable hasta por un máximo de cinco años*” para su concesión.

A cuyo respecto tampoco resulta atendible la explicación, dada en autos por el Gobierno, en orden a que así se evita tener que dictar, año a año, nuevos decretos de prórroga. Puesto que, aparte de no venir justificado el por qué de este aumento tan sustantivo en relación al complementado Decreto Supremo N° 136, de 2009, desde un año a cinco, economía procedimental que tiene como consecuencia también el efecto indeseable de sustraer dichos decretos del eventual conocimiento y revisión de la Contraloría General de la República y de este Tribunal Constitucional, lo cual debe evitarse”;

Siguiendo en la línea de la interpretación conforme, expresa la sentencia que, en la parte del decreto supremo que se ordena a la Subsecretaría de Telecomunicaciones para que determine y calendarice cuáles frecuencias de la banda UHF van a quedar paulatinamente disponibles, la autoridad ha obrado en ejercicio de sus prerrogativas constitucionales y legales:

“DECIMOSEXTO: Que, atinente a la administración del espectro radioeléctrico, el artículo segundo del Decreto Supremo N° 264, explicitado en el considerando 9°, numeral 9.2 del mismo texto, ordena a la Subsecretaría de Telecomunicaciones no que asigne, sino que determine y calendarice –por resolución pública y transparente– cuáles frecuencias precisas dentro de la banda UHF van quedando paulatinamente disponibles, a objeto de que las correspondientes concesiones se puedan abrir al ingreso de nuevos operadores. Sobre este particular, entonces, puede aseverarse que la autoridad ha obrado en ejercicio de sus prerrogativas constitucionales y legales, con miras a promover el libre e igualitario acceso al desarrollo de la televisión digital, lo que no merece reproches”;

Por último, desarrolla la idea de que la validez del Decreto Supremo N° 264 está en relación a la legislación vigente y no a la legislación venidera:

“DECIMOCTAVO: Que, finalmente, en lo que hace a esta venidera ley sobre televisión digital, es de reiterar que la validez del Decreto Supremo N° 264 no puede sino juzgarse en comparación con la legislación vigente a la fecha de su expedición, y no con relación a una eventual normativa de rango superior futura e incierta; menos cuando se trata de un proyecto cuyo contenido se encuentra en discusión y respecto del cual esta Magistratura no puede anticipar juicio”;

(3.4) INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 19 N° 12 DE LA CONSTITUCIÓN

En esta parte de la sentencia, se desarrolla el concepto de presunción de legalidad de los actos administrativos, por ello excluye la aseveración de los requirentes de suponer, anticipadamente, que la facultad conferida por el decreto supremo impugnado al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, para otorgar permisos esencialmente provisorios, será ejercida con vulneración del marco legal expreso; como asimismo, para presumir de antemano que el valor del pluralismo, inherente a toda sociedad democrática, va a ser vulnerado por el ejercicio de esa potestad, y tampoco visualiza una transgresión a la libertad de expresión, tanto en su dimensión individual como en su dimensión social:

“VIGESIMOSEGUNDO: Que compartir, entonces, la aseveración de los requirentes implicaría suponer, de antemano, que la facultad conferida por el decreto supremo impugnado al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, para otorgar permisos esencialmente provisorios, será ejercida con vulneración del marco legal expreso que, como se ha dicho, obliga a dicha Secretaría de Estado a proceder con pleno respeto a los principios de libertad e igualdad de acceso de toda persona que quiera operar un servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción con tecnología digital.

Aún más, no debe olvidarse que el inciso final del artículo 3° de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, consagra la presunción de legalidad de los actos administrativos, en los siguientes términos: *“Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediere una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional”*.

En consecuencia, no se aprecian fundamentos sólidos para presumir anticipadamente que el necesario valor del pluralismo, inherente a toda sociedad democrática, va a ser vulnerado por el ejercicio de la potestad mencionada.

Del mismo modo, tampoco se visualiza cómo la libertad de expresión, tanto en su dimensión individual —identificada con el derecho a hablar o escribir, así como el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios— como en su dimensión social —asociada al derecho a tratar de comunicar a otras personas los puntos de vista personales, implicando también el derecho de todos de conocer opiniones, relatos y noticias—, puede entenderse transgredida con el ejercicio de la potestad que el decreto supremo cuestionado asigna al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones”.

De la misma forma, la sentencia pone de relieve que el Decreto Supremo N° 264 no dice relación con el otorgamiento de concesiones de radiodifusión televisiva de libre recepción, facultad que corresponde al Consejo Nacional de Televisión, por lo que no le corresponde pronunciarse en torno a ello (Considerando Vigésimocuarto). Y agrega que el decreto supremo impugnado se vincula con dos materias, a saber: la facultad de otorgar permisos temporales para efectuar transmisiones demostrativas; y la determinación de frecuencias de conformidad con el Plan General de Uso del Espectro Radioeléctrico. En efecto indica:

“VIGESIMOQUINTO: Que, a diferencia de lo sostenido por los requirientes, el decreto supremo impugnado dice relación con dos materias: a) El otorgamiento o la renovación de “*permisos*” para efectuar transmisiones demostrativas del servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción con tecnología digital, de conformidad con el inciso final del artículo 15 de la Ley General de Telecomunicaciones, y b) La determinación de frecuencias de conformidad con el Plan General de Uso del Espectro Radioeléctrico respecto de las cuales se podrán efectuar asignaciones para nuevas estaciones de radiodifusión televisiva digital conforme a la ley. En el caso de aquellas frecuencias de los permisos que se otorgaren o renovaren a quienes ya ostentan la calidad de concesionarios de radiodifusión televisiva de libre recepción, constituirán las frecuencias de reemplazo que, en su caso, correspondan.

En consecuencia, la materia del decreto supremo impugnado no son las “*concesiones*” sino que los “*permisos*” de carácter esencialmente temporal, tal y como los caracteriza el inciso final del artículo 15 de la Ley General de Telecomunicaciones”;

“VIGESIMOSEXTO: Que, nuevamente en este punto, esta Magistratura observa que los requirientes impugnan la facultad administrativa de conceder o renovar permisos –en el supuesto que entendamos que se refieren a éstos y no a las concesiones– bajo supuestos hipotéticos que significarían anticiparse al ejercicio de la referida potestad. Ese juicio hipotético consiste en suponer que el ejercicio de la facultad asignada a la autoridad administrativa de conceder permisos transitorios, al margen de los contornos legislativos indispensables, será necesariamente abusiva, afectando, de paso, el derecho de todas las personas a que se administre en forma correcta y eficiente el uso del espacio radioeléctrico que, como se ha dicho, tiene la calidad de un bien nacional de uso público”;

Además, señala la sentencia, que la ley vigente tiende a garantizar el libre e igualitario acceso al uso y goce de frecuencias del espacio radioeléctrico:

“VIGESIMOSÉPTIMO: Que, contrariamente a lo sostenido por los actores, el otorgamiento y renovación de los permisos de que se trata se encuentra subordinado a una regulación precisa contenida tanto en el Decreto Ley N° 1.762, de 1977, como en la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, que, como ya se ha expresado, tiende a garantizar el libre e igualitario acceso al uso y goce de frecuencias del espacio radioeléctrico (...);

La facultad que se le concede al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, para administrar el espacio radioeléctrico otorgando permisos, la califica como no discrecional, pues “se exige que obre conforme a la ley”, y en este caso, señala la sentencia:

“VIGESIMOCTAVO: (...) No puede, en consecuencia, la autoridad administrativa actuar en este ámbito conforme a su propio criterio, precisamente porque la administración del espacio radioeléctrico incide en un bien nacional de uso público cuyo disfrute corresponde a la Nación toda.

Desde esta perspectiva, una primera limitación al obrar de la autoridad administrativa se encuentra en la propia naturaleza del espacio radioeléctrico como bien nacional de uso público, que exige acreditar la razón de utilidad pública de la medida que haya de adoptarse (...);

Sin embargo, como explicaremos más adelante, creemos que sí se trata de una facultad discrecional, pues al ser el espacio radioeléctrico un bien nacional de uso público, exige necesariamente acreditar la razón de utilidad pública, siendo esta última un claro criterio de fundamentación que se exige, precisamente, en la esfera de las potestades discrecionales.

(3.5) VULNERACIÓN DE LA IGUALDAD DE TRATO ECONÓMICO A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 19 N° 22 DE LA CONSTITUCIÓN

Indica en este acápite la sentencia, que no puede compartirse el argumento de los requirentes en orden a que la falta de un marco legal determinado en esta materia siente las bases para suponer, desde ya, la supuesta arbitrariedad con que actuará la Administración en el ejercicio de las competencias que le confiere el decreto supremo impugnado:

“TRIGESIMOCUARTO: Que, en esta perspectiva, no puede compartirse el argumento de los requirentes en orden a que la falta de un marco legal determinado en esta materia –que alude a la no aprobación, a la fecha, de la ley destinada a regular la televisión digital en Chile– siente las bases para suponer, desde ya, la supuesta arbitrariedad con que actuará el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones en el ejercicio de las competencias que le confiere el Decreto Supremo N° 264, de 2010.

Cabe, aquí, evocar lo afirmado, en la fase de audiencias públicas convocadas por este Tribunal, por el Subsecretario de Telecomunicaciones, señor Jorge Atton, en el sentido que, por un lado, *“todo cambio tecnológico se ha hecho vía decreto supremo”* y, por otro, que las frecuencias de reemplazo que, en su caso, correspondan –a que

alude el artículo tercero del decreto supremo impugnado-, se refieren a la correspondencia que establezca el legislador en definitiva, lo que, ciertamente, mitiga el peligro de una eventual actuación arbitraria por parte de la autoridad administrativa que permita sostener una vulneración de la obligación que pesa sobre el Estado y sus organismos de no discriminar en materia económica”;

(3.6) INFRACCIÓN AL DERECHO DE PROPIEDAD ASEGURADO EN EL ARTÍCULO 19, N^{OS} 23° Y 24°, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

En este punto de la argumentación del voto de mayoría, pone en evidencia los siguientes dos puntos:

1) **“TRIGESIMOSÉPTIMO:** Que la impugnación formulada por los requirentes parte de dos errores que es preciso rectificar.

El primero consiste en entender que el decreto supremo impugnado en esta oportunidad se refiere al otorgamiento de “*concesiones*” en lugar de “*permisos*”.

El segundo error es asumir que mientras no se dicte la ley que regule el funcionamiento de la televisión digital en Chile, la autoridad administrativa no puede ejercer, con carácter transitorio, las facultades que actualmente le confía la ley”;

“TRIGESIMOCTAVO: Que el primer error constatado sería suficiente para descartar la impugnación formulada por los requirentes. Desde luego, porque los permisos constituyen autorizaciones de carácter esencialmente temporal que no dan origen a derecho de propiedad alguno, a diferencia de lo que sucede con las concesiones (...).

El decreto supremo impugnado no afecta las potestades conferidas al Consejo Nacional de Televisión de otorgar concesiones de radiodifusión televisiva. Su facultad permanece y se afirma en la medida que se van especificando las frecuencias de reemplazo que corresponderán a los actuales concesionarios (...).

En otras palabras, pese a no existir derecho de propiedad involucrado en quienes han accedido a los permisos otorgados por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones para efectuar transmisiones demostrativas del servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción con tecnología digital, desde la vigencia del Decreto Supremo N° 136, de 2009, del mismo Ministerio, los antecedentes allegados a este proceso constitucional permiten inferir que se respetarán las frecuencias que se habían otorgado, siempre que ello corresponda de acuerdo a lo que defina el legislador, lo que se estima suficiente resguardo de las inversiones que, teniendo a la vista la normativa vigente, pudieron haberse realizado al amparo de tales permisos”;

2) “**TRIGESIMONOVENO:** Que, en cuanto al segundo error en que incurrían los requirentes, al fundar la presente vulneración al derecho de propiedad, cabe recordar aquí lo expresado por el Contralor General de la República, en su informe que rola a fojas 105 y siguientes de estos autos, en el sentido de que *“la mera existencia de un proyecto de ley no impide que el Jefe del Estado ejerza la potestad reglamentaria, en el ámbito de sus atribuciones, conforme a la legislación vigente”*.”

De aceptarse, en consecuencia, que el administrador quede impedido de ejercer las atribuciones que actualmente le confiere la ley mientras no se dicte aquella que ha de regular la televisión digital, supone supeditar la actuación del primero al legislador, en circunstancias de que, como se ha demostrado en las consideraciones que preceden, el marco normativo habilitador actual resulta suficiente para regular las situaciones transitorias que vayan preparando el traspaso del sistema de televisión analógica al sistema de televisión digital, impidiendo, como se ha sostenido en este proceso, el llamado *“apagón digital”*. Así, la delicada relojería con que opera el Estado de Derecho supone respetar las atribuciones conferidas por la Constitución y por la ley a los distintos órganos del Estado, de forma que las eventuales demoras en el proceso legislativo no se traduzcan en consecuencias que lesionen los intereses de toda la población en general”.

4) VOTO DISIDENTE Y ALGUNOS DE SUS ARGUMENTOS

La sentencia fue acordada con el voto en contra de los ministros Hernán Vodanovic, Francisco Fernández y Carlos Carmona, quienes estuvieron por acoger el requerimiento por las siguientes razones:

“**1.** Que, para la mayoría, el decreto supremo impugnado, salvo en el plazo de cinco años de duración de los permisos para operar con televisión digital, es plenamente constitucional. En primer lugar, porque la autoridad tiene potestades para ello y buscó un propósito de bien común al dictarlo. En segundo lugar, porque no vulnera ninguno de los derechos invocados en el requerimiento, a saber los asegurados en los numerales 12°, 22° y 24° del artículo 19 de la Constitución;

2. Que discrepamos de lo anterior. Consideramos que la autoridad *no tenía potestades para dictar el decreto* impugnado; y que dicho decreto *vulnera garantías constitucionales (...)*”.

La disidencia se divide en cinco partes: I) Precisión preliminar; II) El cambio de jurisprudencia; III) Precisiones sobre lo que la mayoría dice que no va a pronunciarse; IV) La autoridad no tenía potestades para dic-

tar el presente decreto; V) Se invade la reserva legal; y VI) El decreto viola el artículo 19, N° 12°, de la Constitución.

A propósito de esta decisión minoritaria, hay que destacar la fuerte disparidad argumentativa entre el voto de mayoría y el de minoría. Especialmente llama la atención del voto disidente, por una parte, el desarrollo de razonamientos extremadamente categóricos y –en muchos pasajes– demasiado condescendientes con los argumentos de los requirentes; como asimismo, por otra parte, presenta argumentaciones no justificadas dogmáticamente. Así, por ejemplo, frente a la aseveración de los disidentes de que en esta materia hay un “criterio histórico” en la doctrina jurisprudencial del Tribunal, habría que recordar, como ya algo se ha adelantado, que en estos ya más de 20 años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el control de decretos, no ha podido establecer criterios orientadores sólidos y objetivos a fin de vislumbrar una relación equilibrada entre la ley y el reglamento. Del mismo modo, ante la conclusión de que existiría un “cambio de jurisprudencia”, habría que observar que, como lo explicaremos más adelante, esta mutación jurisprudencial no ha sido tal.

Igualmente, el voto de minoría no logra explicar con claridad cómo la utilización en este caso del “test de la no innovación”, destinado a enjuiciar el decreto propiamente tal, transforma la verificación por esta vía en un control de estricta constitucionalidad, ya que al señalar que si el decreto modifica la ley habilitante invadiría necesariamente las reservas de ley y dejaría de ser un reglamento de ejecución; es decir, se enjuicia el decreto, pero se utiliza como parámetro de verificación la propia ley, lo que es contradictorio y además no se hace cargo de por qué tal apoderamiento legal “transforma” en materia de reserva legal la vulneración, especialmente, como lo explicaremos luego, a la luz de las diversas reservas legales que existen en nuestro sistema constitucional y de los tipos de potestad reglamentaria que pueden tener cabida.

Citamos textualmente lo que indican los disidentes en este punto:

“32. Que, como se observa, el decreto impugnado claramente modifica la ley que dice ejecutar. Por lo mismo, no pasa el test de la no innovación. Al proceder de esa forma, ha dejado de formar un solo todo armónico y sistemático con la norma que lo sustenta, produciéndose una desvinculación entre una y otro. Ello constituye un vicio de inconstitucionalidad (STC Rol N° 253/1997 y STC Rol N° 370/2003). Este consiste en que, por una parte, ha dejado de ser un reglamento de ejecución. Este está destinado a pormenorizar o desarrollar la ley para llevarla a la práctica. Si, por el contrario, incorpora regulaciones adicionales que modifican o innovan lo establecido en la ley, se hace independiente de la ley. Con ello, vulnera el artículo 32 N° 6 de la Constitución. Por la otra, al modificar lo regulado en la ley, el reglamento incurre en el vicio de invadir la reserva de ley. Ello

vulnera el artículo 63 de la Constitución en relación con el artículo 7°, pues se configura un vicio de incompetencia;

33. Que, aparte de sostener que el decreto bajo examen excede o contraviene la normativa legal en que dice fundarse, aquel adolece de un vicio adicional: invade la reserva legal;

34. Que la reserva legal constituye el conjunto de materias que el constituyente reservó al legislador. Ese ámbito, de modo exhaustivo, lo define el artículo 63 de la Carta Fundamental. En ese espacio, la potestad reglamentaria del Presidente no puede incursionar; solo puede pormenorizar o desarrollar lo que el legislador estableció;

35. Que la reserva legal implica para el legislador un mandato de hacer, pues obliga al legislador a regular lo que la Constitución le prescribe que aborde, es decir, que no deslegalice, que no establezca cláusulas abiertas o fórmulas en blanco. La Constitución fuerza la intervención del legislador en determinados ámbitos. Esos asuntos son los esenciales, los relevantes o modulares para la sociedad (STC roles N°s 254/1997 y 370/2003)”.

5) COMENTARIOS FINALES

1. Como primer comentario del voto de mayoría, debemos mencionar que estamos de acuerdo con el resultado de la decisión, esto es, con la declaración de constitucionalidad del decreto; pero, no así del todo con la argumentación desarrollada, pues, en última instancia, si esta hubiese sido más acabada y completa, necesariamente el resultado de la decisión se habría traducido en la declaración de inadmisibilidad del requerimiento (art. 111 N° 3 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, también LOTC). En efecto, creemos que el requerimiento se fundaba, más bien, en un vicio de ilegalidad, ya que *era precisamente el apoderamiento legal el que circunscribía la anomalía reclamada*, cuyo exceso o contravención del parámetro de la ley por el decreto, determinaba el conflicto constitucional sometido al Tribunal, llegando incluso a mencionarse por los requirentes que al modificar el decreto lo regulado en la ley, el reglamento incurría, además, en el vicio de invadir la reserva de ley. De ahí que, en definitiva, la estrategia argumentativa de la sentencia haya utilizado la vía de cotejar directa e inmediatamente el decreto impugnado con las normas constitucionales que se estimaban vulneradas, llevando a cabo una *interpretación conforme del decreto reglamentario con la Constitución*, y reafirmando que no le compete al Tribunal pronunciarse sobre los posibles vicios de ilegalidad, desechando de paso la principal argumentación de los requirentes. Y poniendo además en evidencia la misma sentencia que, en el momento inicial de la tramitación, estaba abierta la posibilidad de declarar la inadmisibilidad del requerimiento, ya que precisamente en el Considerando

Segundo, ya citado, se hace referencia expresa a la causal del art. 111 (ex 50 bis) N° 3 LOTC.

2. La sentencia al desechar el pronunciamiento sobre vicios de ilegalidad (esto es, que el decreto contravenga o exceda el precepto legal), le quita el sustento teórico más importante al requerimiento, de que, por esta vía, el decreto invadiría materias de reserva legal. Con ello, consciente o inconscientemente, el voto de mayoría lograría distinguir las dos vertientes que posee el ejercicio de la potestad legislativa: el *principio de legalidad* y el *principio de reserva legal*. Distinción que esta Magistratura constitucional no ha sido siempre rigurosa en su utilización en otras sentencias, como aconteció, por ejemplo, en la decisión del Transantiago II, Rol N° 1153/2008, específicamente en su Considerando Octavo, el cual expresa lo siguiente: “Que, en síntesis, puede sostenerse que el conflicto constitucional cuya resolución se somete a esta Magistratura consiste en determinar si los decretos supremos que han aprobado sendos créditos (...), han infringido el *principio de legalidad* que, de conformidad con lo dispuesto en la Carta Fundamental, debe observarse en operaciones que –como las de la especie– comprometerían la responsabilidad financiera del Estado (...)”.

3. La diferenciación entre principio de legalidad y principio de reserva de ley, manifiestamente se trata de conceptos no claramente depurados en la doctrina; pero sí resulta claro que “los efectos sobre la potestad reglamentaria [como la sentencia en estudio] de la existencia de una reserva constitucional de ley y del principio de legalidad son distintos”². Ya que “el *principio de legalidad* coloca a la Administración en un lugar determinado en el conjunto de las funciones estatales y, particularmente, respecto a la ley. Por el contrario, la *reserva constitucional de ley* entraña únicamente, al menos de manera directa, una *regla sobre fuentes del Derecho* que, consiste en atribuir en exclusiva determinadas competencias *normativas* al Poder legislativo, en establecer que determinadas *regulaciones* solo pueden hacerse por ley, impide a la Administración el ejercicio de su potestad reglamentaria, pero sin afectar, en principio, a sus otras posibles manifestaciones (...)”; es decir, “el ámbito en el que la reserva constitucional de ley impide el ejercicio de la potestad reglamentaria y aquel en que lo hace el principio de legalidad forman dos círculos secantes. Pero tal forma de hablar es equívoca porque, además y como ya se ha adelantado, sus consecuencias respectivas sobre la potestad reglamentaria son distintas (...) La diferencia sustancial deriva de que el principio de legalidad no impide la efectividad de la habilitación del art. 97 CE [arts. 24 y 32 N° 6] y la reserva de ley sí”³. Expresado en otros términos, si la controversia discurría

² REBOLLO PUIG, Manuel (1991). “Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno”. *Revista de Administración Pública*, N° 125, pp. 7-172, p. 67.

³ REBOLLO (1991) 128-129.

en el plano del principio de legalidad y no de la reserva de ley, el claro reconocimiento constitucional de la potestad reglamentaria y la capacidad de dirección política que se le reconoce al Presidente de la República (arts. 24 y 32 N° 6) sería una habilitación suficiente para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Por lo tanto, el exceso regulativo no podía tener como parámetro de verificación la legalidad habilitante (que es un asunto de mera legalidad y, por ende, fuera de la competencia del Tribunal Constitucional, también TC), sino que directamente el parámetro de la Constitución, en una doble perspectiva: por una parte, a fin de verificar las suficientes potestades para dictar el decreto reglamentario por parte de la Administración, y, por otra parte, si la regulación innovadora se ajustaba al parámetro de la constitucionalidad.

4. Cuestión que sería también acorde con la fundamentación de la sentencia del TC (Rol N° 1288/2009), que dictó con ocasión del examen de su propia ley orgánica, y que objetó como causal de inadmisibilidad “que el vicio invocado en el requerimiento afecte a un precepto legal vigente y no al decreto supremo”. Por una parte, indica el TC:

“OCTOGESIMOSÉPTIMO. Que al efectuar el control de constitucionalidad que le está confiado sobre una norma que emana del Jefe de Estado, esta Magistratura no se pronuncia sobre el precepto legal que le sirve de sustento, lo que no le corresponde realizar en ejercicio de esta atribución, sino que determina si dicho acto del órgano ejecutivo guarda o no conformidad con el ordenamiento constitucional, lo que tiene el deber de realizar en cumplimiento del mandato contenido en la Ley Suprema, que no admite limitaciones al establecer que ha de examinar su constitucionalidad “cualquiera sea” el carácter del vicio que lo afecte”.

Por otra parte, la Magistratura constitucional sostuvo que tiene la obligación de ejercer su competencia, sin que las normas legales se lo puedan impedir. Literalmente, afirmó:

“OCTOGESIMOCTAVO. Que si ha sido voluntad del constituyente confiarle al Tribunal Constitucional la función de velar por la supremacía de la Constitución sobre los actos del Presidente de la República en los términos antes indicados, éste tiene la obligación, actuando dentro de su competencia, de ejercer las facultades que le han sido conferidas y no puede una disposición legal impedirselo, permitiendo así que entren a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico preceptos cuya constitucionalidad ha sido objetada”.

Dicho en pocas palabras, lo que pretendía el TC, a propósito de la sentencia relativa a su ley orgánica, era, por un lado, excluir la doctrina

de la “ley pantalla”, en tanto cuanto limitaba la posibilidad de contrastar directamente e inmediatamente el decreto supremo con la Carta Fundamental; y, por otro, no quería que las normas legales impidieran el ejercicio de su competencia en el control de los decretos supremos, de ahí que el sometimiento a la legalidad no cubriría una posible inconstitucionalidad de un decreto supremo (“cualquiera sea el vicio invocado”). Por lo tanto, a diferencia de lo que menciona el voto disidente, considerar –como lo indica el voto de mayoría– que el vicio de legalidad es una restricción a las competencias del TC, *no es un cambio de jurisprudencia*.

5. Dentro de esta línea argumentativa y a la luz del contenido regulativo del Decreto Supremo 264 impugnado, se cree que el exceso regulativo del reglamento –que tiene como parámetro una ley habilitante– se circunscribe claramente a un asunto en donde rige el principio de legalidad y no precisamente a un asunto de estricta constitucionalidad, en donde no tendría cabida el principio de la reserva legal material. Ratificaría esta conclusión la naturaleza, dentro del sistema de fuentes, de la Ley General de Telecomunicaciones, al tratarse de una ley marco –o de bases esenciales– y con un claro contenido técnico, cuyo apoderamiento normativo se plasma dentro de un campo material indeterminado, que la apertura del artículo 63 N° 20 la plantea dentro del concepto de *reserva formal de ley*, y que no agotaría otras posibilidades de regulación; de ahí que exista un espacio para que innove la potestad reglamentaria presidencial, especialmente la potestad reglamentaria autónoma. Expresado en otras palabras, el exceso regulativo del decreto supremo impugnado, podría perfectamente circunscribirse en la esfera normativa de la potestad reglamentaria independiente, la cual mientras no esté regulada por una ley (es decir, que no exista un apoderamiento legislativo previo de la materia), perfectamente podría normarse por esta vía reglamentaria, que claramente está inutilizada y que la propia Administración se ha autolimitado en su uso, muchas veces motivada por oscuros atavismos de traumas políticos del pasado (los cuales, habría que decirlo, han sido muy fructíferos en la práctica y estructura constitucional chilena). Creemos que esta es la lógica que subyace en este asunto y que nunca salió a flote o se explicitó en la discusión, y que hace comprensible el considerando N° 9, del decreto supremo N° 264, cuando expresa: “Que existiendo la necesidad pública antes descrita y las potestades legales y reglamentarias suficientes para satisfacerlas *cuando menos en parte*, se hace menester adoptar diversas medidas inmediatas”. Es decir, se era consciente de que no existía la habilitación legal suficiente, no obstante ello se dicta el respectivo decreto reglamentario. Cuestión que, además, fue ratificado por la Contraloría General de la República, que tomó razón del respectivo decreto sin objeción alguna.

6. Finalmente, si entendemos que en nuestro sistema constitucional hay cabida a la reserva formal de ley del modo antes explicado, la ley en potencia podría regular una materia que no está en el campo determinado

del art. 63, y mientras no existe tal apoderamiento legislativo podría ser normada por la potestad reglamentaria autónoma, cuyo resultado normativo son en estricto sentido leyes materiales. Por ello, se podría concluir que *el sistema de reserva legal en nuestro país, no necesariamente significa que este haya sido formulado como una exigencia exclusiva para las leyes materiales, pues debe subsistir con otra esfera regulativa de leyes materiales, como son los reglamentos independientes*. De ahí que la reserva en nuestro sistema de fuentes no afecta toda la perspectiva de la potestad normadora de la Administración; además, como ya se ha dicho, en este trascendental asunto (que es vital para la conducción y orientación del Estado), se debe necesariamente tener en consideración la circunstancia esencial que traza el sistema que establece las potestades normativas en Chile, cual es, que se debe reconocer una *clara debilidad teórico-regulativa en la configuración constitucional de los ámbitos de la potestad legislativa y reglamentaria* (arts. 63 y 32 N° 6, respectivamente).

BIBLIOGRAFÍA

REBOLLO PUIG, Manuel (1991). “Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno”. *Revista de Administración Pública*, N° 125, pp. 7-172.