



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

PICA FLORES, RODRIGO
ASPECTOS TEÓRICOS Y JURISPRUDENCIALES EN TORNO A LA RESERVA LEGAL
DE REGULACIÓN Y LIMITACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte, vol. 20, núm. 1, 2013, pp. 193-228
Universidad Católica del Norte
Coquimbo, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041327008>

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

ASPECTOS TEÓRICOS Y JURISPRUDENCIALES EN TORNO A LA RESERVA LEGAL DE REGULACIÓN Y LIMITACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES*

RODRIGO PICA FLORES**

RESUMEN: La llegada del principio de reserva de ley en materia de derechos fundamentales a la jurisprudencia de inaplicabilidad del Tribunal Constitucional obliga a replantear la posición, contenido y elementos de dicho principio en el sistema constitucional chileno. En el presente trabajo se plantea la coexistencia de una reserva general de regulación, de otras reservas específicas de limitación y finalmente de una reserva emanada del derecho internacional. Se agrega que el examen de lo obrado por el legislador en la materia es un elemento de control abstracto y no concreto. Posteriormente, y examinada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se constatan y caracterizan 2 etapas jurisprudenciales, una fundada en la exclusión del control de mérito y otra basada en la importación del principio de proporcionalidad, con preeminencia de reservas específicas y con una emergente línea jurisprudencial que tiende al reconocimiento de la reserva general, mas de limitación y no de regulación.

PALABRAS CLAVE: Reserva de ley - control concreto - control abstracto - derechos fundamentales - proporcionalidad - autonomía del legislador - regulación y limitación de derechos - jurisprudencia - inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

THEORETICAL ASPECTS AND CASE LAW REGARDING THE LEGAL RESERVE REGULATION AND LIMITATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT: The principle of reservation of law on fundamental rights jurisprudence of the Constitutional Court inapplicability requires

* Fecha de recepción: 6 de marzo de 2013.
Fecha de aprobación: 24 de abril de 2013.

Este trabajo forma parte del Proyecto Fondecyt Regular N° 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 coinvestigador.

** Profesor de Derecho Procesal Constitucional, Universidad de Chile; Profesor de Derecho Constitucional, Universidades Central y Mayor. Correo electrónico: rodrigopica@hotmail.com

rethinking the position, contents and elements of this principle in the Chilean constitutional system. This paper explains the coexistence of a regulatory general reservation from other specific reservations of limitation and finally a reservation issued by International Law. It is added that the review of the legislator in the subject matter is an abstract element and not specific. Subsequently, and examined the jurisprudence of the Constitutional Court, two jurisprudential stages are detected and characterized, one founded on the exclusion of merit control and other based on the imported principle of proportionality, with predominance of specific reservations and with an emerging jurisprudential line that tends to recognize the general reservation, more limitations and not regulations.

KEY WORDS: Reservation of law - specific control - abstract control - fundamental rights - proportionality - autonomy of the legislator - regulation and limitation of rights - jurisprudence - unconstitutionality.

Sumario: 1) Introducción. 2) Reserva de la ley e inaplicabilidad por inconstitucionalidad. (2.1) El uso de la reserva de ley como parámetro de juzgamiento en el control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. (2.2) ¿Hacia el control de inaplicabilidad fundado en la reserva de ley? (2.3) Precisiones conceptuales. 3) ¿Reservas específicas o reserva general en materia de DD. FF en la Constitución chilena? (3.1) Fuentes de la reserva de ley de derechos fundamentales en el sistema constitucional chileno. (3.2) Fuentes de la reserva de ley de derechos fundamentales en el derecho internacional convencional. (3.3) Regular y limitar un derecho fundamental: hacia 2 reservas diferenciables. (3.4) “Regular” y “limitar”: diferenciación de conceptos y diferenciación de reservas, específicas de limitación y general de regulación. 4) La reserva de la ley de DD. FF y el control de constitucionalidad ¿abstracto o concreto? (4.1) Las reservas de regulación y restricción de derechos fundamentales a partir de la jurisprudencia y del art. 19 No. 26°1. (4.2) Conceptualización y caracterización de la reserva de ley en sede de inaplicabilidad y control de auto acordado. (4.3) ¿Cuál es el parámetro de enjuiciamiento en el control de la reserva de ley de derechos fundamentales? Del legislador poderoso y la exclusión del control de mérito a la introducción del principio de proporcionalidad. (4.4) Proporcionalidad: ¿hacia una reserva general de ley en materia de derechos fundamentales en la jurisprudencia? 5) Conclusiones. 6) Bibliografía.

¹ Las sentencias del Tribunal Constitucional aludidas se encuentran todas disponibles en su web oficial, en el directorio de sentencias <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/sentencias/busqueda-avanzada> [fecha de visita 20 de febrero de 2013], y se accede a ellas introduciendo el número de rol.

1) INTRODUCCIÓN

El principio de reserva de ley en materia de derechos fundamentales es actualmente usado como alegación de parte y argumentación por parte del Tribunal Constitucional en sede de inaplicabilidad y en el marco de controles de constitucionalidad de autos acordados, a petición de parte.

Se hace necesario así reestudiar la reserva de ley de derechos fundamentales en el sistema constitucional chileno, en la teoría y en la praxis jurisprudencial, además ubicar su exacta posición en el control de constitucionalidad, atendido el carácter concreto del instituto de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos legales.

En el presente trabajo se explora la existencia de una reserva general de regulación y su coexistencia con reservas específicas de limitación, ambas en materia de derechos fundamentales, abordando sus fuentes, origen, objeto y caracteres diferenciados, a partir de las nociones de regular y limitar.

De igual forma, en la medida que, en los hechos, la jurisprudencia de inaplicabilidad ha sido el espacio para decantar jurisprudencialmente la temática, de su examen salta a la vista que se trata de una arista de la relación ley-constitución en su sentido más puro y abstracto, de lo cual cabe preguntarse si, siendo la inaplicabilidad un control de tipo concreto, es o no la reserva de ley un parámetro de juzgamiento que le sea propio o si deviene más bien en un control de tipo abstracto en este tipo de asuntos.

Como temática derivada, se llegará al parámetro de juzgamiento constitucional de lo obrado por el legislador en materia de derechos, constatándose que en una primera época, hasta el año 2007, el Tribunal Constitucional le reconocía una amplia potencialidad normadora, limitando categóricamente el examen de la motivación y razonabilidad legislativa, considerándola propia del control de mérito y por ende ajena a sus atribuciones. Posteriormente, y sin reconocer fuente positiva expresa en el derecho chileno, sino que recurriendo a jurisprudencia extranjera, es importado el examen de proporcionalidad, superándose la etapa jurisprudencial anterior, en el sentido que por esta vía el Tribunal Constitucional declara tener potestades de control sobre la razón, los medios y los fines que motivan la legislación, en un campo que previamente consideraba propio del mérito y que se encontraba fuera de sus competencias.

2) RESERVA DE LA LEY E INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

2.1) EL USO DE LA RESERVA DE LEY COMO PARÁMETRO DE JUZGAMIENTO EN EL CONTROL DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

En el marco de los controles de constitucionalidad ejercidos por el Tribunal Constitucional (TC), la reserva de ley y la relación ley-reglamento

to suele aparecer en materia de control de Decretos Supremos establecido en el numeral 16º del artículo 93 de la Carta Fundamental, de carácter puramente abstracto.

Sin embargo, en sede de control concreto de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y también en materia de control de constitucionalidad de Autos Acordados se ha vuelto muy frecuente ver alegaciones de parte aludiendo a infracciones a la reserva legal, que se utilizan para configurar las inconstitucionalidades alegadas.

De esta forma, el principio de reserva legal pasa a ser utilizado por las partes como alegación de fondo y parámetro de juzgamiento en control concreto y al enjuiciar autos acordados, lo que ha implicado que la búsqueda de sus elementos en la jurisprudencia tiene nuevos focos diferentes del control de decretos: el control de inaplicabilidad y el control de autos acordados.

En materia de inaplicabilidad, el camino que han seguido los requiriéntes para llevar la reserva de ley hasta la sentencia de inaplicabilidad ha sido el siguiente:

- En la medida que el proceso de inaplicabilidad exige alegar un efecto contrario a la Constitución, derivado de la aplicación de un precepto legal, y en la medida que el artículo 80 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (LOCTC) exige especificar los argumentos de hecho y los fundamentos de derecho, explicando cómo se produce el efecto inconstitucional; se alega que el precepto legal vulnera el principio de reserva de ley, al no cumplir los estándares de densidad normativa exigida por la Constitución, o bien al no cumplir el estándar material de regulación que alguna norma constitucional disponga, sea aludiendo una reserva general o reservas específicas. En materia de control de autos acordados se ha alegado que si el auto acordado aborda materias de ley –procesales en específico– vulnera las reservas de legalidad del juzgamiento y del racional y justo procedimiento (numeral 3º del artículo 19 CPR), además de la de codificación procesal (numeral 3º del artículo 63).
- Por otra parte, partir de la sentencia dictada con fecha 2 de octubre de 2007, en los procesos acumulados Roles N°s 608, 609, 610, 611, 612, se comienza a declarar reiteradamente por el TC el principio de competencia específica como parte integrante del proceso de inaplicabilidad entendido como el marco de lo discutido. El razonamiento expresado es que “la competencia específica que obliga al Tribunal a conocer lo que se le pide y resolver solamente lo debatido, constituye un principio informador básico y una garantía para los sujetos del proceso”.
- En este marco, se ha entendido que el tribunal no puede exceder el marco de lo discutido por las partes, que si lo hace incurre en *ul-*

tra petita y además en una vulneración de sus competencias. Debe tenerse presente que puede hacer uso de la regla “iura novis curia” contemplada en los artículos 55 y 88 de la LOCTC, siempre con audiencia de las partes.

- Por otra parte, como consecuencia, en la sentencia no debieran quedar alegaciones sin resolver, en la medida que sean propias de la competencia del tribunal por factor materia, agregando que si el artículo 39 de la LOCTC dispone que los requisitos de las sentencias del TC son los de los numerales 1° a 6° del Código de Procedimiento Civil, su numeral 6° obliga a resolver todas las alegaciones que se hayan hecho valer en etapa de discusión.

Por esta vía, llega a la sentencia de inaplicabilidad y también a la de control de Auto Acordado el principio de Reserva de Ley. Quedan, eso sí, varias interrogantes acerca de lo propio o impropio de este fenómeno.

2.2) ¿HACIA EL CONTROL DE INAPLICABILIDAD FUNDADO EN LA RESERVA DE LEY?

En sede de inaplicabilidad, lo expuesto se ha traducido en que la sentencia termina haciendo un contraste entre la preceptiva, legal o de auto acordado, y la Constitución, para determinar si se cumplió o no con el imperativo constitucional de reserva legal. Es decir, un contraste entre normas y constitución, que en la determinación del cumplimiento de la reserva de ley se hace sin referencia a los efectos de aplicación en el caso concreto –más allá de que la sentencia se haga referencia al conflicto específico–, y sin referencia a infracción a derechos fundamentales por la aplicación del Auto Acordado, por lo cual el control de inaplicabilidad pasaría a ser puramente abstracto y el Control de Auto Acordado a requerimiento de parte pasaría a carecer de uno de sus elementos más importantes, que es la infracción a derechos fundamentales en el caso que lo motiva.

Lo anterior obliga a rever la problemática de la reserva de ley en materia de derechos fundamentales, pues el interés contenido en la legitimación de la parte requirente en el proceso de inaplicabilidad será, por regla general, un derecho fundamental², respecto del cual se podrá alegar infracción a su reserva de ley. Se hace así necesario rever las fuentes de la reserva de ley en materia de derechos fundamentales, su contenido y sus límites.

² PICA FLORES, Rodrigo (2010). “La problemática de las partes y el contenido de la legitimación activa en la cuestión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Vol.17, N°2, pp. 205-238. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532010000200009&lng=es&nr_m=iso [fecha de visita 20 de febrero de 2013].

Cabe preguntarse, consecuencialmente, si en el sistema constitucional chileno coexisten reservas específicas con una reserva general. Si la respuesta es afirmativa surge la necesidad de diferenciarlas y determinar su alcance.

2.3) PRECISIONES CONCEPTUALES

Como una primera aproximación, puede señalarse que “Hay reserva de ley cuando un precepto constitucional exige que sea la ley la que regule una determinada materia. En tal caso la materia reservada queda sustraída por imperativo constitucional a todas las normas distintas de la ley, lo que significa también que el legislador ha de establecer por sí mismo la regulación y que no puede remitirla a otras normas distintas, en concreto al reglamento”³.

Quizás la reserva de ley más importante de todo sistema constitucional es la de los derechos fundamentales, en tanto son fundamento, límite y finalidad del ejercicio del poder estatal.

En términos generales, en una temprana sentencia de la época de la transición democrática, el Tribunal Constitucional Español señaló que “el principio de reserva de ley entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, cuyo significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de los representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo” (STC 83/84), aproximación que permite comprender claramente su significado.

Desde una óptica ideológicamente liberal, la función de la reserva de ley se refiere a la garantía legislativa de los derechos de los gobernados, a partir de los conceptos de libertad y propiedad⁴. Así, se entiende que la reserva de ley es una expresión propia del principio democrático, en la medida que expresa la deliberación de un parlamento que es representante directo del pueblo soberano, en el que está representado todo el cuerpo social, de forma tal que se “asegura que la elaboración, debate y aprobación de ciertas materias se produzca mediante el procedimiento legislativo parlamentario. Se trata que sea el Congreso Nacional el que regule las materias que el constituyente le ha dado mayor trascendencia e importancia sometiéndolos al procedimiento legislativo que se basa en los principios de publicidad, contradicción y debate, reforzándose respecto

³ DE OTTO, Ignacio (1987) *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Barcelona: Ariel, p. 151.

⁴ BAÑO LEÓN, José María (1991) *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Revisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*. Madrid: Civitas, pp. 20 y 44.

de esas materias la garantía del pluralismo político”⁵, en términos que “la Constitución viene a prescribir que ciertas normas solo podrán aprobarse con sujeción al principio de publicidad y pluralidad que es propio del procedimiento legislativo”⁶, lo que además de una reserva material de ley lleva a una reserva formal, en tanto la regulación de derechos no puede contenerse en cualquier norma de rango legislativo, sino solo en legislación emanada del parlamento.

De igual forma, cabe concluir que una de las consecuencias que se coligen del principio de reserva de ley en materia de derechos fundamentales, en el caso de reservas específicas, es que “la intervención legislativa resulta irrenunciable en la materia respectiva”⁷, pues se impone al legislador un estándar material y cualitativo de regulación, como por ejemplo garantizar el acceso a “prestaciones básicas y uniformes” en materia de seguridad social, cuyo incumplimiento puede acarrear inconstitucionalidades por omisión.

Este punto no es menor, pues un constituyente que desconfíe o desdene el principio democrático, en especial la función deliberativa del parlamento, no verá con buenos ojos a la reserva de ley, en la medida que se reconoce poder al legislador respecto de los derechos, y consecuentemente tratará de:

- Legar una constitución-testamento, de aquellas en las cuales la norma constitucional es detallada y precisa, dejando poco margen deliberativo a un legislador del cual se desconfía.
- No establecer una reserva general de ley, en la medida que eso fortalecería las potestades de deliberación del parlamento que se quiere debilitar.
- Fortalecer al Poder Ejecutivo, encarnación de una autoridad fuerte y rápida, en desmedro del Legislativo que es desdeñado conceptualmente.

Todo lo anterior llevará a que, en ese esquema distante del principio democrático y la deliberación que le es propia, se llegue a un concepto “iusfundamentalista” del constitucionalismo, en el que el espacio deliberativo se ve debilitado tras ceder totalmente frente a los derechos, enten-

⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005). “Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales”. *Ius et Praxis*, Vol.11, N° 2, pp. 15-64. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200002&lng=es&nrm=iso [fecha de visita 7 de febrero de 2013].

⁶ DE OTTO (2002) 154.

⁷ CAZOR ALISTE, Kamel (2002) *La sumisión a Derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República*, T. I. Santiago de Chile: Universidad Central de Chile, p. 100.

didos así como valores supremos indisponibles por el legislador⁸, transformados en espacios vedados para la discusión legislativa.

A partir de estos conceptos, se afirma que *el iusfundamentalismo* “tiene un compromiso con la democracia aunque tiene un compromiso aún más profundo con el respeto a los derechos fundamentales”⁹, significando quizás que la democracia es asumida como un contexto político necesario para el desarrollo de los derechos, pero que estos últimos se encuentran en una posición superior para quien sustente esa concepción, pasando así el régimen democrático a ser un elemento adjetivo a los derechos.

Esta noción hace parecer que las reservas específicas conducirían el eje de la regulación de los derechos fundamentales, en tanto serían habilitaciones expresas y necesarias para que el legislador los pueda “regular”, dejando fuera de ellas todo aquello en lo que el constituyente agotó los enunciados normativos sin habilitar al legislador de manera expresa, manifestando un deseo de sustracción temática respecto de la deliberación política.

En cambio, en un sistema constitucional abierto, democrático y deliberativo, dinámico y con un parlamento representativo, la reserva general de ley en materia de derechos fundamentales será la consecuencia lógica y el eje de la regulación, y las reservas específicas no serán protagónicas sino en la medida que estén justificadas en función de estándares especiales, pues si al principio democrático se le asigna valor intrínseco, es decir, si se es democrata en términos sustantivos y no solamente procedimentales, la relación entre reserva de ley y derechos fundamentales estará marcada por la deliberación y la disposición legislativa de los mismos, limitada por el contenido esencial como estándar mínimo, lo cual llevará a la reserva general de ley en la materia para legitimar su regulación, pues, conforme a las nociones originarias del constitucionalismo clásico, “la representación del pueblo, como <<voluntad general>>, es predicable únicamente de la ley”¹⁰, mas no necesariamente de las otras fuentes del derecho, lo que exige rescatar su posición y valorizarla, sobre todo en un sistema constitucional como el nuestro, en el que las 3 principales constituciones se han fundado en hechos de fuerza y elaborado en períodos de anormalidad constitucional, sin una manifestación prístina de la voluntad general y sin el marco de una institucionalidad democrática en funciones.

⁸ En nuestro medio, este concepto de iusfundamentalismo constitucional ha sido abordado de manera crítica por RUIZ TAGLE, Pablo y CRISTI, Renato (2006) *La República en Chile. Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano*. Santiago de Chile: LOM, pp. 33 y ss.

⁹ ACKERMAN, Bruce y ROSENKRANTZ, Carlos, (1996). “Tres concepciones de la democracia constitucional”. *Cuaderno y debates*, N° 29: Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 16.

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2004) *Democracia, Ley e Inmunidades del Poder*. Lima: Editorial Palestra, p. 146.

A pesar de que la ley ya no es el único instrumento de regulación debe asumirse que la ley “sigue siendo insustituible, porque sigue siendo verdad que es ella misma expresión del principio democrático”¹¹, lo cual exige seguir valorizando la reserva de ley, en lugar de desmedrar la labor legislativa para reforzar el activismo judicial en materia de derechos, ya que, “la decisión judicial no tiene la misma legitimación democrática que la Ley aprobada por el Parlamento; porque, de una parte, carece del elemento de la formación de voluntad política, y, por otro lado, no es controlable por representantes directamente elegidos”¹².

Este fundamento de legitimidad democrática, fundado en la regla de las mayorías y la voluntad general acerca del mérito y las opciones legislativas es lo que más adelante llevará a la exclusión del control de mérito de la ley, cuestión que en un régimen democrático será esencialmente dinámica en la medida que el proceso legislativo sea activo y refleje los cambios y la evolución de una sociedad, en el contexto de una actividad legislativa enmarcada en una reserva general de derechos fundamentales.

En el enfoque del tema, debe entenderse la reserva de ley de derechos fundamentales a la luz de la constitución como fuente del derecho y de la consecuente relación constitución-legislación, mas sin llegar al espacio de la relación ley-reglamento, en la cual el eje del análisis pasa a ser el cumplimiento de lo dispuesto por el legislador respecto de actos y disposiciones de rango infralegal, para contrastar ambos y determinar su ajuste, desde la óptica de la relación ley-acto de ejecución, marco en el cual los únicos elemento de constitucionalidad analizados serán anexos: la licitud de la remisión normativa, si es que la hay, y el estándar de densidad de la regulación de la ley.

Por otra parte, dejando de lado la perspectiva legalista, formal y orgánica antes señalada, cuando se alude a reserva de ley en materia de derechos fundamentales, la temática se refiere a la relación existente entre esos derechos fundamentales¹³, y su normación por parte del legislador, en una perspectiva que es distinta, pues es conducente a la relación sustantiva entre constitución-ley como eje del tema, más que a la relación formal ley-reglamento.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1996). “La democracia y el lugar de la Ley”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 92, p. 622.

¹² VILLACORTA MANCEBO, Luis (2004) *El pleno sometimiento a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico en la aplicación judicial del Derecho*. Madrid: Dykinson, p. 63.

¹³ Entendidos como una categoría jurídica y cuya fuente normativa es la constitución, en alusión al concepto formal de derechos fundamentales, que entiende como tales aquellos derechos subjetivos reconocidos como tales en una norma jurídica de carácter fundamental, recogidos como una categoría jurídica con una posición de superioridad en el sistema de fuentes. PRIETO SANCHÍS, Luis (1990) *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Debate, pp. 15-17.

Asumiendo que la Constitución de 1980 buscó generar una democracia autoritaria y protegida, mutatis mutandi y sin desconocer todas sus reformas, desde esta perspectiva sigue desconfiando de la manifestación de voluntad popular: no tiene instituciones de democracia semidirecta y es eminentemente ius fundamentalista en los términos ya referenciados, para vedar espacios decisivos al legislador, constitucionalizando en el catálogo de derechos diversos temas que quedarían así sustraídos a toda deliberación de no existir una reserva general de ley en la materia, como las bases del sistema económico de mercado, el estatuto de las concesiones mineras, la propiedad de los derechos sobre las aguas, las bases del sistema privado de salud, seguridad social y educación, etc. Por otra parte, la capacidad de producción legislativa ha sido limitada en los hechos por la iniciativa legislativa exclusiva, la calificación de las urgencias y el veto, sumado a los quórum reforzados y el agregado legislativo del sistema electoral binominal, en el marco de un Congreso que es además bicameral. Así, el desarrollo de nuestra democracia representativa presenta obstáculos y el ejercicio de la función legislativa, uno de sus canales más importantes, se hace difícil, aun cuando la capacidad regulatoria de la ley es reconociblemente amplia, a partir de la amplia habilitación del numeral 20º del artículo 63.

No resulta raro entonces, que la dimensión democrática de la actividad legislativa, su función legitimadora de la institucionalidad y su rol respecto de los derechos fundamentales no sea estudiada en profundidad, pues no es apreciada debidamente, ni tampoco valorada su finalidad, concepciones que fácilmente puede esconderse detrás de prácticas que en nuestro medio son cotidianas, como la justificación del activismo judicial –que en los hechos pasa a declarar el contenido de derechos y sus regulaciones, en desmedro de la actividad legislativa– y también de fenómenos como la constitucionalización del derecho, en el cual resulta fácil escudarse para eludir y omitir el rol del legislativo, predicando así un sistema jurídico construido en torno al judicialismo constitucional, que minimiza –o derechamente omite– el papel de la ley respecto de los derechos fundamentales.

3) ¿RESERVAS ESPECÍFICAS O RESERVA GENERAL EN MATERIA DE DD. FF EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA?

En el marco expuesto, debe recordarse que entre los temas relevantes del paso de la carta de 1925 a la carta de 1980, se encuentra la fuente y campo de la reserva de ley. Canónicamente, hasta nuestros días se estudia en las aulas chilenas el modelo alemán y el modelo francés, para enseñar que, en principio, el constituyente del 80 habría querido instaurar el se-

gundo. A continuación, en nuestro medio el estudio se ha centrado en la relación ley-reglamento, marco en el cual, como lo señala una parte de la doctrina contemporánea, divergente del canon tradicional, el enfoque comparativo franco-germano debe ser superado como metodología de análisis, pues “el objetivo del constituyente no fue incorporar en estricto sentido el sistema francés en la ordenación de la relación ley-reglamento, sino que, en la práctica, conservó el diseño de la anterior Constitución, en el contexto de mantener como principio la primacía de la ley como norma de clausura del sistema normativo”¹⁴, ello a partir de la supuesta intención de cerrar y reducir el catálogo de materias de ley en el artículo 63 de la Constitución con la expresión “solo son materias de ley”, que en realidad no se concretó, al consagrarse por la Junta de Gobierno una reserva genérica en su numeral 20º, que indudablemente dota de mayores potestades al legislador.

3.1) FUENTES DE LA RESERVA DE LEY DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL CHILENO

En primer término, se constata la ausencia de una cláusula expresa de la Constitución chilena que señale si todos los derechos fundamentales están o no afectos a una sola reserva general de ley.

En segundo lugar, se constata que sí existen numerosas reservas de ley específicas en el catálogo del artículo 19 de la Constitución, bajo expresiones como “corresponderá al legislador”, “en los casos y formas que señale la ley”, “forma que fije la ley”, entre otras, en alusión a temáticas o elementos determinados de algún derecho fundamental. Además, se constata la existencia de una alusión a reserva o reservas de ley en el numeral 26º del artículo 19, a propósito de la garantía del contenido esencial y finalmente una prohibición de delegar facultades legislativas en la materia, en el estatuto de los Decretos con Fuerza de Ley contenido en su artículo 64, que es reflejo de la reserva de ley en el sentido formal que ya se expresara con anterioridad.

Por otra parte, la existencia de una reserva general de ley en materia derechos fundamentales es una cuestión no suficientemente abordada en nuestro medio, y debe tenerse claro que, más allá de la discusión de la doctrina jurídica, no es un tema exclusivamente de ciencia del derecho: como se concluye a la luz de lo expuesto en el capítulo anterior, el rol que se le asigne a la deliberación parlamentaria en un régimen democrático

¹⁴ CAZOR ALISTE, Kamel y PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2009) “La búsqueda de criterios orientadores en la configuración de las potestades normativas en Chile”. *Ius et Praxis*, Vol.15, N° 1, pp. 191-227. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100006&lng=es&nrm=iso [fecha de visita 13 de febrero de 2013].

determinará si es o no legítimo que el legislador “moldee”, “configure” u “operativice” el ejercicio de los derechos fundamentales a partir de una reserva general y, al mismo tiempo, la desconfianza al legislador y la visión de las constituciones como normas intocables y cerradas, de tipo testamento, llevará a sostener que cualquier intervención legislativa en la materia puede tener aroma de ilegitimidad. Es decir, la cercanía y la confianza que se tenga en la función parlamentaria y en su inserción en el régimen democrático, determinará la concepción que se tenga de la reserva de ley

Para comprender este punto, no debe olvidarse que el legislador tiene un rol triple respecto de los derechos fundamentales:

- Por un lado es su destinatario y un sujeto obligado por ellos,
- Por otro lado es su regulador, mediante actos legislativos.
- Por otra parte, tiene un deber de promoción respecto de ellos, derivado del inciso segundo del artículo 5º de la Constitución Política de la República.

Dichos roles parecen contrapuestos, pero en realidad no son sino complementarios, y una visión de equilibrio entre ambos debiera llevar a concebir una reserva general de ley sobre los derechos fundamentales, como un elemento necesario para ejercer los 3 de manera equilibrada y coherente. En cambio, una visión exacerbada del primero y minimalista del segundo llevará a relativizar e incluso a negar la reserva general, para requerir de autorizaciones expresas que habiliten a legislar.

La reserva de ley en materia de derechos fundamentales significa que, por un lado se “reserva” en exclusiva al órgano legislativo democrático la regulación de los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, se limita su margen de autonomía en la normación de dichas materias, quedando de cierta forma obligado a regularlas y a hacerlo, además, dentro de la densidad normativa y con el contenido esencial y mínimo que se exija en las normas constitucionales.

Para determinar cuál fue el objetivo de las normas vigentes de Constitución de 1980 en esta materia, a falta de normas explícitas y específicas, surge la interrogante de si el sistema chileno tiene o no una reserva general de ley en materia de derechos fundamentales, o bien si tiene solo las reservas de ley específicas que se establecen en el conjunto de disposiciones del artículo 19 de la Constitución.

Cabe señalar que, a propósito de la garantía del contenido esencial de los derechos, el numeral 26º de su artículo 19 alude a “los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”, lo que al parecer implica una distinción conceptual:

- por mandato de la Constitución regular o complementar las garantías que esta establece, y
- limitarlas en los casos en que la Constitución lo autoriza.

Pareciera ser que, para regular derechos o complementarlos por mandato de la Constitución, las normas del artículo 63, N°s 2 y 20, en conjunto con el inciso segundo del artículo 5°, permiten llegar hasta una reserva general. Por otra parte, para limitar o restringir derechos fundamentales, parece ser que la norma constitucional exige autorización expresa, de lo cual se puede argumentar que existe una reserva general para regular o complementar y, también, que existiría un conjunto de reservas específicas o habilitaciones expresas para limitar o restringir.

Revisadas las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, se constata que en la sesión 214, de 25 de mayo de 1976, se propuso el texto de lo que, con algunos cambios, será el numeral 26° del artículo 19¹⁵, en tanto se señala:

“El señor ORTUZAR (Presidente) lee el artículo siguiente, que expresa: “Las leyes que interpreten, regulen, complementen o, en los casos que la Constitución autoriza, limiten las garantías que ella asegura, no podrán afectar los derechos en su esencia ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Se exceptúan las leyes dictadas en virtud de los estados de emergencia que la propia Constitución consigna”. Subraya que le interesa dejar bien claro que la frase “en los casos que la Constitución autoriza” solamente rige respecto de las disposiciones que “limiten las garantías que ella asegura”.

Propone que, si le parece a la Comisión, se aprobará el artículo en esta forma.

—Acordado.

Lee a continuación el siguiente artículo: “Nadie puede invocar los preceptos de la Constitución para vulnerar los derechos y libertades que ella reconoce ni para atentar contra la integridad o el funcionamiento del Estado de Derecho o del régimen republicano y democrático representativo”.

Se constata que no es una alusión expresa a la reserva de ley en materia de derechos fundamentales, pero pareciera ser que la frase “en los

¹⁵ Se precisa que esta referencia se hace a título documental e ilustrativo, pues resulta incorrecta la atribución del carácter de historia fidedigna a las actas de los órganos asesores de la Junta Militar, como la llamada Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, pues el constituyente fáctico fue ejercido por dicha junta de gobierno. Tras 22 años del retorno a la democracia, reformas constitucionales mediante, con variadas y sustanciales enmiendas, hoy rige un texto constitucional revisado y refrendado por órganos expresivos de un constituyente derivado, sin perjuicio de la discusión que se desarrolla en la sociedad civil acerca de la necesidad de una nueva Carta Magna y de las similitudes o diferencias conceptuales del texto actualmente vigente con el original, cuestión que ya fue tocada a propósito de otro punto.

casos que a Constitución autoriza”, quiere significar la existencia de reservas específicas y no de una reserva general de ley, eso sí, solo en cuanto a “limitar” derechos fundamentales, en la medida que alude a las leyes que limiten derechos, siempre que se cuente con habilitación constitucional expresa. Por otra parte, para regular, complementar o interpretar derechos fundamentales, al no ser necesaria la autorización expresa, pareciera ser que se quiso consagrar una reserva general de ley.

Así, parece ser que al momento de redactar la norma constitucional la noción de “Limitar” derechos era, en concepto de la comisión asesora de la junta, distinta de las nociones de “interpretar, regular o complementar”, mas en el texto de la Constitución la diferencia entre dichas nociones no fue especificada ni aclarada.

Por otra parte, al establecer el catálogo de materias de ley en el actual artículo 63, la Junta de Gobierno, fuera del proyecto de la Comisión Ortúzar y fuera del que elaborara el Consejo de Estado, dispuso que es materia de ley *“Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”*, en lo que hoy es el numeral 20º del artículo 63.

En tanto base de un ordenamiento jurídico basado en una constitución, por ende dotada de un catálogo de derechos concebidos como límite y justificación del poder estatal, la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales sin duda parece caber dentro de esta reserva, motivo por el cual una parte de la doctrina deduce a partir de ella la reserva general de ley en materia de derechos fundamentales, en tanto se afirma que “es posible constatar una reserva general derivada del art. 63, N° 2 y 20, y art. 19, N° 26”¹⁶.

Por otra parte, debe tenerse presente que en el artículo 64, al establecer las materias de ley que no pueden ser objeto de delegación de facultades legislativas, señala entre ellas las “comprendidas en las garantías constitucionales”, con lo cual se exige, además de norma de rango legislativo, ley en el sentido formal y estricto del término: aquella emanada del parlamento. En términos lógicos, esta prohibición supone la existencia de una reserva de ley en materia de derechos fundamentales, que se expresa de manera general, aludiendo a todas las materias relativas a derechos fundamentales como propias de ley, argumento que también conduce a sostener la existencia de una reserva general de ley en materia de derechos fundamentales en la Constitución Chilena.

Además, no debe olvidarse que del artículo 5º emana un deber de promoción de los derechos, que también afecta al legislativo y que de tal forma puede ser entendido como una reserva general.

¹⁶ CAZOR/PFEFFER (2009).

3.2) FUENTES DE LA RESERVA DE LEY DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL

Por una vía distinta, los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos se encuentran afectos a una reserva de ley establecida en el artículo 30 de dicho tratado internacional, al disponer que “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. Una norma de similar tenor se encuentra en el artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En cuanto a la coincidencia del objeto de los derechos contenidos en la Convención y los derechos asegurados por la Constitución, las dos normas antes enunciadas llevan de manera indirecta a asumir una reserva de ley diferente de la que se concluye a partir de las normas constitucionales, esta vez derivada del derecho internacional, complementaria o paralela a la del derecho interno, y referida solo a restricciones.

3.3) REGULAR Y LIMITAR UN DERECHO FUNDAMENTAL: HACIA 2 RESERVAS DIFERENCIABLES

En una de las corrientes de la doctrina nacional, Teodoro Ribera plantea la existencia de reservas “específicas” y una reserva que denominaré como general-residual, todo ello en materia de “regulación” de derechos fundamentales. En cuanto a las reservas específicas, señala que “el ámbito a regular está determinado en cada caso por el constituyente, al utilizar expresiones diversas para encomendar al legislador dicha tarea”¹⁷, diferenciando materias, estándar y densidad normativa, agregando que “en los casos no previstos expresamente en la Constitución, cabe aplicar el numeral 20 del artículo 60 [63], esto es, una limitación en los relativo a la intensidad o profundidad de la regulación, mas no en cuanto al contenido que puede alcanzar”¹⁸. Esta tesis concluye que existe una reserva general, emanada del numeral 20º del actual artículo 63, y un conjunto de reservas específicas diferenciadas en el artículo 19. Más allá de las otras corrientes de la doctrina¹⁹, esta coexistencia de reserva general y de reser-

¹⁷ RIBERA NEUMANN, Teodoro (2001). “Reserva legal, potestad reglamentaria y Constitución de 1980”. *Revista de Derecho Pùblico*, Vol. 63, p. 481.

¹⁸ RIBERA (2001) 482.

¹⁹ Ver, por ejemplo, FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo (2001). “La reserva legal: una garantía sustantiva que desaparece”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N° 2; CARMONA SANTANDER, Carlos (2000). “Tendencias del Tribunal Constitucional en la relación ley-reglamento”. *Revista de Derecho Pùblico*, N° 61; GARCÍA PINO, Gonzalo (2004). “La Reserva Legal de

vas específicas será asumida en el presente trabajo, a partir de la diferenciación de sus objetos, de regulación y de limitación respectivamente.

A partir de lo señalado por Ribera, se puede determinar, en el criterio del presente trabajo, que las reservas específicas requieren de un estándar de intensidad normativa predeterminado por la Constitución diferenciación, por ejemplo en materia procesal la expresión “proceso previo legalmente trámitedo” exige que el legislador agote íntegra y detalladamente el iter procesal de los juicios en los códigos de procedimiento y en las leyes especiales, sin dejar margen de creación normativo-procesal por preceptos de menor rango. Al mismo tiempo, a continuación la norma constitucional exige que esa legislación procesal tenga contenido mínimo de racionalidad y justicia. Esta reserva específica es caracterizable como absoluta, a diferencia de otras, que admiten un cierto grado de flexibilidad, como la del inciso primero del artículo 19 Nº 21, al usar la expresión “respetando las normas legales que la regulen”, en referencia a actividades económicas.

La reserva general en cambio, en el derecho chileno no aparece dotada de un estándar de intensidad normativa predeterminado, por lo que no sería correcto caracterizarla a priori como una reserva absoluta, más aún si una de sus fuentes es el numeral 20º del artículo 63, que da cabida a las leyes de bases. Al no exigirse un estándar de regulación preciso ni una densidad normativa total, la reserva general aparece dotada de un grado no menor de flexibilidad, propio del principio de autonomía del legislador, permitiendo que la ley sea concebida con una alta capacidad descisoria-normadora, en cuanto a mérito y determinación de la intensidad normativa, poder que se encuentra limitado en principio por la garantía del contenido esencial y por otro lado por no incurrir en una remisión normativa de tal entidad que deslegalice la regulación del derecho fundamental y por ende eluda la garantía de reserva de ley. Debe tenerse presente que en el ejercicio de esta potestad regulatoria, ligada al deber de promoción de los derechos, el legislador “dispone para ello de un amplio margen de maniobra procedente del mandato democrático que le ha sido conferido”²⁰, dentro del cual está la determinación de una intensidad normativa total o bien solamente esencial, todo lo cual reconoce fundamento en una decisión política de un parlamento representativo, que al convertirse en ley se transformará en derecho, cuestión que es claramente compatible con lo que se verá como la primera etapa jurisprudencial del Tribunal Constitucional en la materia y con el hecho de admitirse la figura de las leyes de base en el propio numeral 20º del artículo 63.

Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración?”. *Colección de Investigaciones Jurídicas*, N° 5. Santiago de Chile: Universidad Alberto Hurtado.

²⁰ VILLACORTA (2004) 79.

En conclusión, se partirá de la base que en materia de derechos fundamentales, es reconocible en la Constitución chilena una reserva general de ley para su regulación, derivada del artículo 5º, del numeral 26º del artículo 19, del numeral 20º del artículo 63 y de su artículo 64. Por otra parte, distinguiendo la “regulación” de la “Limitación”, sin especificar la diferencia, el numeral 26º del artículo 19 pareciera reconocer solo reservas específicas y taxativas de limitación.

Por otra parte, es reconocible además una reserva de ley diferente, derivada del derecho internacional y referida a “restricciones” de derechos reconocidas en la Convención Americana de Derechos Humanos.

3.4) “REGULAR” Y “LIMITAR”: DIFERENCIACIÓN DE CONCEPTOS Y DIFERENCIACIÓN DE RESERVAS, ESPECÍFICAS DE LIMITACIÓN Y GENERAL DE REGULACIÓN

Las conclusiones del punto anterior llevan a la necesidad de diferenciar las nociones de “regular” y “limitar” derechos fundamentales en el derecho chileno, para diferenciar la reserva general de regulación de las reservas específicas de limitación, cuestión en la cual parece ser que la doctrina nacional se encuentra en desarrollo, más aún en deuda. En el presente trabajo no se pretende agotar la diferenciación de ambos conceptos, pues, como se señala, tanto en el derecho comparado como en la doctrina nacional “la ambigüedad del lenguaje en esta materia es la tónica, es habitual usar indiferentemente expresiones como “límites”, “limitaciones”, “restricciones”, “delimitación””²¹, cuestión que dificulta e impide agotar el análisis del tema.

Por ejemplo, en nuestro medio, se señala que son limitaciones las “restricciones al ejercicio de un determinado derecho básico, de manera tal que toda pretensión de ejercicio del atributo respectivo que vulnere los límites impuestos por las mismas, es por esencia antijurídica y puede derivar para el titular infractor, en las responsabilidades que para tal efecto, prevea el ordenamiento”²². Esta noción asimila limitación con restricción, marco en el cual debe tenerse presente que los derechos fundamentales “en tanto derechos de rango constitucional, pueden ser restringidos solo

²¹ CAZOR ALISTE, Kamel (2013). “Correos electrónicos y Subsecretario del Interior: nuevamente la problemática de la reserva legal. Comentario a Sentencia Rol 2153-2011, de 11 de septiembre de 2012, sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso 2º del artículo 5º de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 19 - N° 2, p. 406.

²² TORTORA ARAVENA, Hugo (2010). “Las limitaciones a los derechos fundamentales”. *Estudios constitucionales*, Vol.8, N°2, pp. 167-200. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000200007&lng=es&nrm=iso [fecha de visita 7 de febrero de 2013]

mediante, o sobre la base de, normas con rango constitucional”²³, que establezcan autorizaciones expresas –específicas o generales– para ello.

Es posible además precisar que “se habla solo pues de límites o limitaciones para designar cualquier género de restricción o condicionamiento de la esfera de libertad que el derecho protege”²⁴, siendo posible así asimilar las nociones de limitación y restricción para efectos metodológicos.

En una perspectiva diferente, que es la que se adoptará a la luz del numeral 26º del artículo 19 de la Constitución, asoma la diferenciación entre la restricción y la regulación del ejercicio del derecho.

Al aludir a la noción de “regulación” de un derecho fundamental, puede asimilarse a las de “configuración” o “actividad configurativa del derecho”, como lo hace el propio Alexy, quien, siguiendo a Haberle, señala que regulación o configuración de un derecho fundamental es cumplimiento de un “objetivo de la Constitución, de la realización de los derechos fundamentales en la vida social”²⁵, cuestión que, como reconoce, necesariamente presupone la intermediación legislativa para realizar dicha acción, que se encuentra guiada por los vectores activos de realización y promoción. Agrega que el concepto de configuración se usa en dos sentidos:

- En primer término, para significar “la situación total de la regulación de los derechos fundamentales”²⁶, en todo lo que sea necesario que el legislador norme para completar el estatuto jurídico del derecho.
- En segundo término, como concepto opuesto al de restricción, en tanto la configuración no puede referirse “a normas de mandato y prohibición, sino solo a normas de competencia”²⁷, para el desarrollo y precisión del contenido del derecho y su exigibilidad, en el entendido que “mandato” y “prohibición” son órdenes del poder público, dotadas de imperio y que impiden el ejercicio de una opción dispositiva propia de una libertad o de un derecho subjetivo que se concep-túa como contraparte del poder estatal.

Por otra parte, la regulación del ejercicio de un derecho puede ser entendida como “la ordenación de la intervención pública en los que cabe llamar derechos condicionales, esto es, susceptibles de restricción singular”²⁸, entendiendo que el legislador se encuentra habilitado a es-

²³ ALEXY, Robert (2008) *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pujido. 2ª edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p.248.

²⁴ RUBIO LLORENTE, Francisco (1998). “La Configuración de los Derechos Fundamentales en España”. En Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Liber Amicorum: Héctor Fix-Zamudio*. San José, Costa Rica, Vol. II, p. 1330.

²⁵ ALEXY, Robert (2008) 291.

²⁶ ALEXY, Robert (2008) 292.

²⁷ ALEXY, Robert (2008) 293.

²⁸ JIMÉNEZ CAMPO, Javier (1997). “Comentario al artículo 53”. En Alzaga, Óscar (editor): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Vol. IV. Madrid: EDERSA, p. 476.

tablecer condiciones y requisitos para determinar el espacio de ejercicio legítimo del derecho fundamental.

Puede entenderse también la actividad configurativa o regulación de un derecho como “la precisión de su contenido eficaz, una precisión que consiste, en unos casos, en el establecimiento de las instituciones u organizaciones y de los procedimientos indispensables para su ejercicio, en otros simplemente en la limitación necesaria para hacer compatible entre sí el ejercicio de los distintos derechos, o preservar otros bienes constitucionales que su ejercicio irrestricto podría amenazar”²⁹.

No obstante, debe advertirse que si la Constitución chilena quiso establecer lo que denominaré una reserva general de “configuración y desarrollo” –entendida como regulación– y un conjunto de reservas específicas de “restricción”, la diferenciación no es fácil en los hechos, incluso se puede afirmar que eventualmente podría rayar en lo tautológico, pues, como lo reconoce el mismo Alexy “cuando algo es restrictivo desde algún punto de vista, sigue siendo restrictivo, aun cuando desde algún otro punto de vista sea configurador”³⁰, es decir, en los hechos la regulación por un lado garantizará el ejercicio del derecho y por el otro siempre le establecerá límites, lo que hace especialmente difícil diferenciar ambas nociones.

En función del concepto de reserva general de ley para configuración y desarrollo, se puede afirmar que la Constitución “autoriza al legislador para configurar los derechos, imponiendo limitaciones a los de libertad y definiendo los de prestación y los procesales de acuerdo con las opciones políticas dominantes, e incluso los medios disponibles para hacerlos efectivos”³¹. En este marco surge, dentro del concepto de “opciones políticas dominantes”, el principio de autonomía del legislador, concreción de la cláusula democrática, dentro del cual el legislador manifiesta los consensos que son fruto de la deliberación del cuerpo social mediante la actividad parlamentaria, lo cual debe entenderse de forma tal que “el legislador no es un ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa libremente en el marco de esta y está libre actuación requiere en muchos casos (aunque no, claro, en todos) que el enunciado de esos preceptos constitucionales permita un ancho haz de interpretaciones diversas. No de interpretaciones jurídicas, sino de interpretaciones políticas, es decir, de maneras diversas de entender el texto constitucional cuyos enunciados han de construirse, por tanto, con conceptos de valor de un alto grado de abstracción”³², cuestión

²⁹ RUBIO (1998) 1329.

³⁰ ALEXY (2008) 292.

³¹ RUBIO (1998) 1336.

³² RUBIO LLORENTE, Francisco (1997). “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”. En Aragón, Manuel (editor): *La Forma del Poder, estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 472.

que será válida y legítima en función de la autodeterminación del cuerpo político, legitimada por el principio democrático.

Por otra parte, cabe señalar que el principio de autonomía del legislador fue recogido latamente en cierta época por el Tribunal Constitucional chileno, expresando en sede de control preventivo abstracto, y con posterioridad en sede de inaplicabilidad, que la razonabilidad de un precepto legal “*obedece a una decisión de política legislativa específica*” (Rol N° 811) y que en el ejercicio de sus funciones “*es el principal órgano encargado de velar porque la ley, o su aplicación a un caso concreto, efectivamente, no vulnera los límites constitucionales, lo que significa, a la vez, la garantía de la esfera de autonomía del legislador, que comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que lo llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa*”, agregando que “*Solo cuando el Parlamento excede su ámbito de atribuciones, infringiendo los márgenes contemplados en el texto, principios o valores de la Carta Fundamental, o violenta el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que este haya incurrido*”, concluyendo que “*el Tribunal no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas. Solo debe resolver si se ajustan o no a las normas, valores y principios constitucionales. De una parte, debe velar porque la ley o el decreto no vulneren los límites constitucionales y, de otra, no puede inmiscuirse en la esencia del ejercicio de las funciones públicas que le corresponden al Congreso Nacional, al Presidente de la República o a los Tribunales de Justicia*” (Rol 664).

Esta línea jurisprudencial requiere, como premisa necesaria, asumir un poder general del legislador, dotado de un amplio margen deliberativo y decisorio, cuestión que se asemeja más a una reserva general que a una específica, pues esta última siempre estará dotada de un estándar especial que la restrinja, no teniendo cabida un margen amplio de autonomía legislativa.

Se determina así una reserva general con un amplio margen de autonomía para el legislador en la configuración del derecho, la cual ha de fundarse en el principio democrático, que por ello, al ser eminentemente deliberativa y política, más allá del deber de legislar y no incurrir en inconstitucionalidades por omisión, determina una intervención de carácter facultativo del legislador en el estatuto de los derechos, fundado en el consenso y en decisiones de mérito político, sea para desarrollar su contenido o para establecer las condiciones y requisitos necesarios para su ejercicio, a diferencia de las reservas específicas.

Es por ello que la regulación de derechos fundamentales es una materia en la cual está proscrita la delegación de facultades legislativas, pues la ley en su sentido formal opera como garantía deliberativa del consenso del cuerpo político, cuestión que se ve debilitada por la legislación delegada.

Esta reserva general de intervención configurativa y de carácter facultativo reconoce límites. En efecto, “La libertad del legislador ha de moverse sin embargo dentro de un doble límite. De una parte, el que resulta de la justificación de las limitaciones, o dicho de otra manera, de su licitud constitucional en razón de los fines que con ellas se pretende asegurar. De la otra, el que viene de la “elasticidad” del derecho afectado, pues este no puede ser comprimido o restringido más allá de su “contenido esencial””³³.

Al aludir a la “licitud constitucional en razón de los fines que con ellas se pretende asegurar”, se alude a que la actividad legislativa ha de estar fundada en un objetivo constitucionalmente legítimo.

Por otra parte, la noción de restricción en el numeral 26° del artículo 19 de la Constitución, carente de definiciones en la constitución, lleva forzosamente a la alusión que Alexy hace a “normas de mandato y prohibición” respecto del ejercicio del derecho. Mandatos y prohibiciones serán así restricciones, en la medida que imponen o prohíben opciones que estarían en principio amparadas por el derecho fundamental, reduciendo el espacio de su ejercicio. Respecto de mandatos y prohibiciones, la Constitución chilena pareciera exigir reservas específicas, limitadas además por la garantía del contenido esencial.

Para sostener la coexistencia de una reserva general de regulación y de reservas específicas de restricción, es menester ahora diferenciar las específicas de la general. Concurrirá una reserva específica “en aquellos supuestos en los que el enunciado del derecho se remite a la ley para el establecimiento de límites concretos, o para la consecución de resultados específicos, es decir, cuando la referencia a la ley incorpora un mandato al legislador”³⁴, en lo cual lo concreto o específico que se exige a la ley es lo relevante, pues sin ello la reserva específica es aparente, al existir tras ella la reserva general, que perfectamente podría llevar al mismo resultado normativo. Por ejemplo, en el numeral 3° del artículo 19 de la CPR, los elementos de racionalidad y justicia del procedimiento y la investigación son los que determinan la concurrencia de una reserva especial y calificada en materia procesal, pues sin ellos los asuntos procesales son de todos formas propios de ley por la vía del art. 63, pero sin el imperativo especial de contenido racional y justo.

Los mandatos y prohibiciones, en tanto vectores de “restricción” apuntan al logro de un resultado específico y un límite concreto: por ejemplo, qué es lo racional y lo justo en materia de recursos en materia de juicios especiales, cuáles son las causales de caducidad de una concesión minera, en qué casos la correspondencia puede ser intervenida, etc. En

³³ RUBIO (1998) 1336.

³⁴ RUBIO (1998) 1337.

este tipo de materias, a diferencia de la reserva general, como ya se viera, las reservas específicas hacen que la labor de regulación sea de ejercicio obligatorio, pues el legislador tiene el deber de dictar las normas y cubrir las reservas especiales, de lo que se concluye que la intermediación legislativa en función de ellas es indispensable, pues si no el derecho no tiene límites reconocibles y no existirá garantía de seguridad jurídica respecto de la licitud o ilicitud de su afectación.

Por otro lado, la reserva específica tiene un contenido orientativo y un estándar predeterminado que la norma constitucional establece, pues por ejemplo, racionalidad y justicia en el procedimiento impedirán omitir, por ejemplo, el emplazamiento y a la impugnación de la sentencia. Así, la reserva específica es tasada, con motivos y fines establecidos en la propia norma constitucional, por lo que el margen de autonomía del legislador es menor y además es claramente imperativa la actividad legislativa para delimitar el derecho, sin la cual se desencadena la incertezas jurídica y una inconstitucionalidad por omisión, cuestión que se ve mitigada y no necesariamente ocurrirá por el no ejercicio legislativo en función de la reserva general.

4) LA RESERVA DE LA LEY DE DD. FF. Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ¿ABSTRACTO O CONCRETO?

Hasta ahora todo lo señalado gira en torno al eje de articulación norma constitucional de derechos fundamentales, legislación referida al derecho fundamental.

Desde esta perspectiva, es necesario tener presente que el control de constitucionalidad será concreto cuando, surgiendo el conflicto de constitucionalidad en el marco de un proceso seguido ante algún tribunal, se transforme en un control de aplicación en la medida que concurran además los siguientes elementos:

“b) Aptitud relevante del objeto controlado –norma o acto de aplicación–, en tanto su concurrencia genera un resultado específico. El juicio de constitucionalidad incidirá en un proceso en el que se ventilan intereses de carácter eminentemente privado –o de titularidad estricta de las partes del proceso–, es decir, derechos subjetivos o intereses legítimos de las partes, dotados de un elemento constitucional relevante o a lo menos determinados por él, a partir del cual se deriva la cuestión de constitucionalidad.

c) La doble función del objeto de control, en tanto es el marco decisivo en el cual ha de tener efecto la sentencia de control de constitucionalidad y, al mismo tiempo, pasa a ser parte misma del parámetro de control, pues para ponderar los efectos de la aplicación en el “juicio de

relevancia”, el conflicto y los caracteres del juicio a quo deben ser examinados por el órgano de jurisdicción constitucional al resolver la cuestión planteada”³⁵.

El control concreto se erige entonces como una figura de control de aplicación, ponderando la función y la potencialidad de la norma en la relación jurídica litigiosa en específico, para establecer sus hipotéticos efectos y contrastarlos con la Constitución, más allá de las normas. Se señala que en sede de control concreto control concreto en Chile “–además del juez y de las partes– comparecen tres elementos de cotejo necesarios para su decisión, a saber: la norma constitucional, el precepto legal cuya inaplicación se solicita y –lo más específicamente decisivo– el examen particular acerca de si, en ese caso, la aplicación del precepto cuestionado pudiera generar efectos opuestos a la finalidad implícita de aquella”³⁶.

Por otra parte, el control abstracto consiste en “valorar la conformidad a la Constitución de una norma de ley independientemente de la subsistencia de un contencioso judicial”³⁷, sin referencia a hipótesis de aplicación, en un contraste conceptual entre norma legislativa y precepto constitucional.

En la medida que el control de constitucionalidad de ley utilizando el principio de reserva de ley como vara de juzgamiento es un contraste entre normas constitucionales y las normas legales referidas a derechos fundamentales, sin referencia a hechos litigiosos ni a caso concreto, parece ser que estamos en presencia de un control puramente abstracto y no de una cuestión de constitucionalidad concreta, pues en efecto, se verificará la intensidad, motivación y orientación de lo obrado por el legislador respecto de un derecho recogido por la Constitución, muchas veces en la perspectiva ley ley-reglamento y no ley-constitución

Por lo anterior, no deja de ser sorprendente ver que en sede de inaplicabilidad, control concreto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno fluya sobre la base de la reserva de ley en materia de derechos fundamentales, ya que el control concreto exigiría una referencia al caso concreto como elemento de juicio y al efecto contrario a la constitución dentro del mismo, cuestión que no se vislumbra con claridad.

³⁵ PICA FLORES, Rodrigo (2009). “El carácter concreto del control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley en el Derecho chileno”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N°. 2, pp. 101-136.

³⁶ RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (2005). “Trascendencia de la reforma constitucional en la fisonomía y las atribuciones del Tribunal Constitucional”. *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 3, N° 1, p. 77.

³⁷ ROLLA, Giancarlo (2005). “Juicio de legitimidad constitucional y tutela de los derechos fundamentales”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 3. Disponible en: <http://www.iidpc.org/revistas> [fecha de visita 14 de febrero de 2013].

4.1) LAS RESERVAS DE REGULACIÓN Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA Y DEL ART. 19 Nº 26³⁸

Antes de llegar a la jurisprudencia de inaplicabilidad sobre reserva de ley, es menester señalar que el numeral 26º del artículo 19 de la Constitución ha dado lugar a diversos pronunciamientos del TC acerca de la reserva de ley, en sede de control abstracto, sea de Decretos Supremos, de proyectos de ley a requerimiento de parlamentarios o simplemente por controles obligatorios de normas de tipo orgánico constitucional.

En 1996, se proclama lo que parece ser una reserva general de ley en materia de derechos fundamentales, que es entendida como un presupuesto lógico necesario de la garantía del contenido esencial. La reserva de ley es proclamada en esta oportunidad como un principio general de derecho constitucional, lo que implica, eso sí, eludir la respuesta acerca de su fuente en el articulado de la Constitución, pues por definición los principios generales existen con anterioridad a las normas positivas.

La sentencia señala que “es principio general y básico del derecho constitucional chileno la “reserva legal” en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales; esto es, toca al legislador, y solo a él, disponer normas al respecto, sin más excepción que la referente al derecho de reunión en lugares de uso público, regido su ejercicio por disposiciones generales de policía (artículo 19, Nº 13, de la Constitución), pero tanto aquellas regulaciones como esta no pueden jamás afectar el contenido esencial de tales derechos (artículo 19, Nº 26, de la Carta Fundamental” (Rol N° 239, 16 de julio de 1996, cons. 9).

Por otra parte, una sentencia de la misma época, para adherir a la tesis de necesidad de reservas específicas para limitar derechos, señala que las limitaciones “deben, primeramente, encontrarse señaladas de forma precisa por la Carta Fundamental; en seguida, debe respetarse el principio de igualdad, esto es, deben imponerse de manera igual para todos los afectados; además, deben establecerse con indudable determinación, tanto en el momento en que nacen, como en el que cesan y, finalmente, deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, razonables y justificadas” (Rol N° 226, de 30 de octubre de 1996, considerando 47º). El factor “de forma precisa” exige una habilitación expresa y tasada, lo que lleva a reserva específica.

Se observa un criterio distinto en “regulación” y en “limitación”, pues en el primer caso la reserva general aparece como un principio gene-

³⁸ Las sentencias del Tribunal Constitucional aludidas se encuentran todas disponibles en su web oficial, en el directorio de sentencias <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/sentencias/busqueda-avanzada> [fecha de visita 20 de febrero de 2013], y se accede a ellas introduciendo el número de rol.

ral de derecho constitucional y en el segundo se exige que las limitaciones estén expresamente contempladas por la Constitución para que el legislador pueda obrar, cuestión que parece recoger la diferenciación entre ambas nociones que se pretende establecer en el presente trabajo.

En un caso de control de Decretos Supremos, del año 1993, parece consagrarse una reserva formal de ley en materia de limitación de derechos fundamentales, en tanto se señala que “si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, estas claramente, de acuerdo al texto de la Constitución, deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo” (Sentencia Rol N° 167, cons. 12). En la misma sentencia las nociones de regular y limitar un derecho son aludidas, pero no suficientemente diferenciadas, en tanto se señala que al regular se puede limitar.

En cuanto al contenido e intensidad de la actividad del legislador respecto de los derechos fundamentales, en las sentencias Roles 226, 280, 293 y 325, se señala que “las restricciones o limitaciones que se imponen a un derecho fundamental deben cumplir con los siguientes requisitos:

- a) determinación y especificidad;
- b) respetar el principio de igualdad, especialmente en cuanto deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, deben ser razonables y justificadas; y
- c) no pueden afectar la esencia del derecho asegurado”, cuestión que posteriormente, en las sentencias Roles N°s 1262, de 2 de abril de 2009 y 1365, de 8 de abril de 2010, aparece recogida en sede de inaplicabilidad.

4.2) CONCEPTUALIZACIÓN Y CARACTERIZACIÓN DE LA RESERVA DE LEY EN SEDE DE INAPLICABILIDAD Y CONTROL DE AUTO ACORDADO

Revisada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a partir del buscador avanzado de su página web, encontramos las siguientes sentencias de inaplicabilidad y de control de auto acordado que, de una u otra forma, utilizan la reserva de ley como parámetro de juzgamiento en los términos expuestos, respecto de reservas específicas, en materia penal, procesal y tributaria, principalmente, con solo contadas excepciones en las que se alude a una reserva general de ley en materia de derechos fundamentales.

Razonando sobre la reserva específica de la inviolabilidad de la correspondencia y las comunicaciones privadas aparece la sentencia Rol N° 2153, de 11 de septiembre de 2012 (cons. 42). Por otra parte la sentencia Rol N° 2069, de 31 de julio de 2012, referida a la inaplicabilidad del inciso final del artículo 41 del D.F.L. N° 850, de 1997, del Ministerio

de Obras Públicas, conocido como Ley de Caminos, se señala que la “colaboración reglamentaria exige que la ley regule los aspectos esenciales de la materia respectiva, de modo que el reglamento solo se involucre en aspectos de detalle” (cons. 36), para concluir en el considerando 40 que “no se observa cómo puede afectarse la reserva legal en la presente situación”, recogiendo criterios fijados con anterioridad en las sentencias Roles 370/2003 –de control de Decreto Supremo–, 480/2006 y 1669/2012 (en el mismo sentido, ver las sentencias de inaplicabilidad Roles N°s 1986 y 1863, referidas a conflictos de caracteres similares y resueltas en igual sentido). En la misma vertiente del análisis tradicional de la relación ley-reglamento, en la sentencia Rol N° 1669, de 15 de marzo de 2012, se consideró que la habilitación legislativa para dictar ordenanzas municipales no era constitucional, en un capítulo titulado “NO SE VULNERA LA RESERVA LEGAL”.

En cuanto a la reserva específica de materias penales, se puede encontrar abundante jurisprudencia acerca de conflictos relativos a leyes penales en blanco (Roles N°s 468, 559, 1351, 1352, 1973 y 2154), razonando sobre la base de la relación entre la norma legal que fija el tipo y el reglamento que la complementa, para rechazar la solicitud de inaplicabilidad. Es posible también encontrar referencias a la reserva específica del derecho a la seguridad social, en las sentencias 1856 (en el voto por acoger, pues fue dictada en empate) y 1710 (sentencia de inconstitucionalidad).

Acerca de la reserva específica en materia tributaria se encuentran las sentencias Roles 718, 759, 773, 822, 1034, 1405 y 1434.

En la sentencia Rol N° 1191, de 19 de mayo de 2009, se declara la existencia de una reserva específica, al señalarse que “la garantía de la reserva legal en materia sancionatoria del artículo 19, N.º 3º, de la Constitución comprende dos aspectos de diversa naturaleza. El uno, de carácter material, que demanda que exista una norma de rango legal (*lex scripta*) anterior al hecho sancionado (*lex praevia*) que lo describa con indudable determinación (*lex certa*), y el otro, de tipo formal, que se refiere a la naturaleza de la norma misma, esto es, que se trate de un precepto legal aprobado por los poderes colegisladores” (cons. 14º).

En la sentencia Rol N° 523, de 19 de junio de 2007, se declara que la creación y supresión de empleos públicos es materia de una reserva de ley específica, consagrada en el inciso segundo del artículo 65 de la Constitución (cons 34).

En materia procesal, las garantías de legalidad del juzgamiento y del racional y justo procedimiento e investigación han sido aludidas como reservas específicas en las sentencias 792 y 815.

En cuanto a la existencia de una reserva general, aparecen solo las sentencias 1518 y 1365. En la sentencia Rol N° 1518, de 21 de octubre de 2010, referida a una solicitud de inaplicabilidad del artículo 169 del

Código Sanitario, sobre apremios de arresto por no pago de multas, se razona acerca de una reserva general de limitación de derechos, como se verá en detalle más adelante, en una línea jurisprudencial diferente a la establecida acerca de reservas específicas. Como se señala también más adelante, en otra parte de este trabajo, la sentencia Rol N° 1365 también establece una línea jurisprudencial diferente, en tanto proclama una reserva general de limitación, siendo una de las pocas que reconoce reservas generales, más de limitación y no de regulación, cuestión a la que se hace referencia en un capítulo próximo.

En materia de Autos Acordados, se constata que las sentencias Roles N°s 783 y 1557 utilizan la reserva de ley como parámetro de juicio.

En la sentencia Rol N° 783, de 31 de agosto de 2007, se señala que el numeral 3º del artículo 19 “efectivamente reserva al legislador establecer las reglas procesales, de manera de garantizar que los procedimientos sean racionales y justos”, (cons. 29) y que “los autos acordados no pueden regular materias que el constituyente ha reservado al legislador” (cons. 25), criterio que se reitera en la sentencia Rol N° 1557 (cons. 14).

Se puede observar que, fuera de las sentencia 1365 y 1518, las argumentaciones fluyen sobre la base de reservas específicas, relativas a ciertos numerales del artículo 19, mas no a una reserva general de ley en materia de derechos fundamentales.

Por otra parte, se verá más adelante que la fundamentación de la reserva general de la sentencia Rol N° 1365 se hace en función de jurisprudencia extranjera sobre limitaciones a derechos, mas no reconoce fuente primaria en normas de la Constitución chilena, ni argumentos de texto o interpretativos de sus normas.

Además, se razona sobre la existencia de una reserva general de “limitación”, mas no de “regulación”, lo cual pareciera ser un argumento en contra del texto expreso del numeral 26º del artículo 19, en tanto se sostiene en este trabajo la tesis de la reserva general de regulación y las reservas específicas de limitación.

Se constata además que todas las sentencias fluyen sobre la base del contraste entre constitución y ley a partir del estándar de regulación exigido por la primera, en un ejercicio de control que parece ser abstracto, en la conceptualización de Rolla.

4.3) ¿CUÁL ES EL PARÁMETRO DE ENJUICIAMIENTO EN EL CONTROL DE LA RESERVA DE LEY DE DERECHOS FUNDAMENTALES? DEL LEGISLADOR PODEROSO Y LA EXCLUSIÓN DEL CONTROL DE MÉRITO A LA INTRODUCCIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

¿Cuál es entonces el estándar de medición de la reserva, utilizable como parámetro de enjuiciamiento de lo obrado por el legislador en mate-

ria de “regulación” y “restricción”? Las respuestas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han sido 2, traducidas en 2 etapas:

- 1) Un estándar restrictivo de examen, fundado en la exclusión del control de mérito de la legislación, en el cual si no existen inconstitucionalidades evidentes no es enjuiciada constitucionalmente la razonabilidad ni la finalidad de la ley. Este estándar ya fue expuesto en un capítulo anterior y fue la tónica de la jurisprudencia hasta el año 2007.
- 2) Un estándar amplio de examen, que atribuye un margen mayor de escrutinio al juez de la ley, un fenómeno anómalo si se considera que por vía jurisprudencial el TC consideraba que este control no era de su competencia y ahora por medio de esta vía aumenta su órbita de examen y sí lo considera propio de sus atribuciones, que no han sido objeto de reforma, dando lugar así a un anómalo aumento del espacio de discrecionalidad jurisdiccional, al fijar él mismo los elementos y estándares del examen que realizará. Esta concepción se logra en desmedro del espacio decisorio del legislador, lo que ya es discutible: la razón de la norma que antes se excluía de examen por ser mérito legislativo, ahora es objeto de control y debe justificarse ante el TC, lo mismo que los medios usados, dando lugar a un mayor escrutinio legislativo. Esta etapa fue inaugurada a fines de 2007 y se basa en la importación del principio de proporcionalidad como elemento de juicio de la norma legislativa, a la luz del derecho fundamental y la reserva de ley, específica o general. En este juicio se examinará la razonabilidad, necesidad, adecuación y proporcionalidad estricta. Como precisión previa, y solo para efectos metodológicos³⁹, valga la pena mencionar que el principio de proporcionalidad puede ser enunciado como “una forma específica de ponderación o de balanceo entre política legislativa y respeto de derechos fundamentales. Como en toda ponderación, en él se coimbrican reglas relativas a las cargas de argumentación con reglas relativas a la determinación del peso de las normas principales involucradas que permiten determinar el grado de afectación de tales normas en el caso concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a la afectación”⁴⁰. A la hora de enjuiciar limitaciones a derechos fundamentales bajo este estándar, no obstante existir diversas fórmulas a lo largo del mundo, el Tribunal Constitucional alemán, artífice de la metodología de la propor-

³⁹ Para mayores referencias acerca de la conceptualización y contenido de este principio en nuestro medio, véase el libro colectivo CARBONELL, Miguel (2009) *El Principio de Proporcionalidad en la Interpretación Jurídica*. Santiago de Chile: Librotecnia.

⁴⁰ ZÚÑIGA AÑASCO, Yanira (2010). “El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. Un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”. *Ius et Praxis*, Vol. 16, N° 2, p. 252.

cionalidad en esta área, realiza este examen en 4 pasos que deben ser superados favorablemente para que una limitación a derechos sea admisible⁴¹:

- 1) Si la medida es o no permitida
- 2) Si es o no idónea para el objetivo que busca cumplir
- 3) Si es o no necesaria la limitación
- 4) Si es o no proporcionada en sentido estricto, en tanto la ventaja de restringir el derecho es mayor que su disminución.

Con matices y modificaciones, a partir de la sentencia Rol N° 790, de 11 de diciembre de 2007, y asumiendo que la Constitución chilena no reconoce los estándares de este examen como parámetro de juicio, se invoca su uso en el derecho de otros Estados, y se comienza a utilizar con ocasión de conflictos derivados de la garantía de la igualdad ante la ley⁴², en términos que "...el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el español y el alemán, da cuenta de que no basta, sin embargo, que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva. La Suprema Corte de Justicia de México concuerda con este criterio cuando señala que: "Si bien el emisor de la norma puede prever situaciones fácticas que requieren un trato diferente, este debe sustentarse en criterios razonables y objetivos que lo justifiquen, sin dejarlo al capricho o voluntad del legislador". (Sentencia 1629/2004 en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXII, noviembre de 2005, p. 40)" (cons. 22).

De igual forma, a pesar de introducirse este examen como parámetro en materia de igualdad ante la ley, se alude en realidad como una evaluación de legitimidad general en cuanto a la afectación de derechos, en tanto se agrega que "la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma" (cons. 22), nótese que se usa el término "intervenir" el derecho fundamental, mas no las nocións de limitar ni regular.

Continuando con la referencia a derecho extranjero, nuevamente en materia de igualdad, se agrega que "El Tribunal Constitucional de España ha señalado, específicamente, que "para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la

⁴¹ Ver, en este sentido, HARTWIG, Matthias (2010). "La "proporcionalidad" en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Alemania". En T. I, Bogdandy, Armin; von Ferrer MacGregor, Eduardo; Morales Antoniazz, Mariela (coordinadores): *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitucional commune en América Latina?* México: UNAM.

⁴² En estos términos y en cuanto a la jurisprudencia de igualdad ante la ley, esta sentencia sin duda constituye un cambio jurisprudencial que debe ser visto como un avance en esa particular área, sin perjuicio de lo que se sostiene en el presente trabajo.

relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos". (Sentencias 76/1990 y 253/2004)." (Cons. 22). Así, en materia de igualdad ante la ley, esta doctrina acerca de la proporcionalidad como parámetro de juicio de igualdad ante la ley se verá reiterada expresamente en las posteriores sentencias roles N°s 755, 1046, 1061, 1138, 1140, 1182, 1234, 1276, 1361, 1968 y 1710 en adelante. Así, se establecen los 3 juicios sucesivos que el TC chileno entenderá como propios de su examen de proporcionalidad para someter a escrutinio la "intervención" legislativa de derechos fundamentales:

- Exigencia de una finalidad objetiva y constitucionalmente válida para la afectación del derecho.
- Exigencia de racionalidad o adecuación de la limitación en función del fin buscado.
- Proporcionalidad entre el medio y el fin.

Nuevamente, se observa la concurrencia de elementos de control abstracto más que de control concreto y ello no es extraño, pues si el eje es la relación constitución-ley, el control debiera ser primariamente abstracto.

4.4) PROPORCIONALIDAD: ¿HACIA UNA RESERVA GENERAL DE LEY EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA?

Parece ser que una de las consecuencias de la introducción del examen de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC ha sido la tendencia a la conceptualización de una reserva general.

En primer término, en la sentencia Rol 1518, de 23 de octubre de 2009, se declara, genéricamente, que las limitaciones a derechos fundamentales son justificadas solo cuando el mecanismo usado "es el estrechamente necesario o conveniente para lograr un objetivo constitucionalmente válido, debiendo consecuentemente el legislador elegir aquellas limitaciones que impliquen gravar en menor forma los derechos fundamentales (cons. 14, en referencia a las sentencias Roles 519 y 576, que se referían a apremios de arresto por no pago de cotizaciones previsionales)".

Parece ser que el Tribunal Constitucional en este razonamiento va más allá de las reservas específicas, pues es un razonamiento de alcance general del principio de proporcionalidad, lo cual exige dar por supuesta alguna reserva a la cual referirse, sin que aparezca una específica, sino solo una alusión a "limitaciones", dando por supuesta la existencia de una reserva general de "limitación" de derechos fundamentales en Chile, en la cual frente a la determinación de su contenido como parámetro de juzgamiento para determinar la admisibilidad de las afectaciones, aparece

el mismo examen de proporcionalidad. Nótese que usa derechamente la noción de “limitación”, que en este trabajo se plantea como distinta de regulación, para colegir dos reservas diferentes. Llama la atención que se proclame, en esta vertiente, una “reserva general de limitación”, pues, como se viera, en Chile la Reserva General se puede usar en “regulación” y las limitaciones se encontrarían afectas solo a reservas específicas.

El tema no es de poca entidad, pues, como se viera, la Constitución chilena carece de normas expresas que consagren directa y expresamente una reserva general de ley en materia de derechos fundamentales, no obstante que, como ya se mencionara, se infiere del ya aludido conjunto de normas particulares respecto de los derechos fundamentales. Esta tesis que aparece reiterada con mayor detalle por el Tribunal Constitucional al señalar en la sentencia Rol 1365, de 8 de abril de 2010, que *“la conformidad constitucional de una limitación o restricción a derechos que la propia Carta asegura no se agota en el cumplimiento de la exigencia de que ella se verifique por medio de una ley”* (cons. 23), afirmación referida en forma amplia a los derechos que la Constitución consagra como fundamentales y a la “limitación o restricción” verificada por medio de una ley, no dejando en claro si se refiere a nociones distintas o asimiladas, en lo que sí sería una alusión explícita y directa a una reserva genérica al no exigir habilitación expresa, pero nuevamente referida a “limitaciones” y no a regulación.

Asumiendo que el TC entiende por “limitar o restringir” conceptos afectos igualmente a su examen de proporcionalidad, el mismo aparece entonces como parámetro de medición o de juicio de esas normas legales restrictivas o limitativas de derecho.

Para justificar esta tesis de la proporcionalidad como vara de medición, nuevamente el TC no recurre a fundamentos de derecho constitucional chileno, y en la misma sentencia Rol 1365 la extrae de casos resueltos en Europa, al señalar que “así lo han planteado el Tribunal Constitucional español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, exigiendo que las medidas restrictivas de los derechos fundamentales cumplan tres requisitos: a) que estén previstas legalmente; b) que persigan una finalidad legítima; y c) que el medio que importa la restricción sea proporcional a la finalidad perseguida (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Leander vs. Suecia”; “Silver y otros vs. Reino Unido”, “Sunday Times con Reino Unido”, y del Tribunal Constitucional español 66/1985, de 23 de mayo; 8/1992, de 16 de enero, y 207/1996, de 16 de diciembre)” (cons. 23).

Al hacer suyo dicho razonamiento, el Tribunal Constitucional Chileno estaría dando por sentada la reserva general de ley en materia de “limitaciones” a derechos fundamentales, pues aunque no es proclamada, aparece como un presupuesto lógico y necesario de lo razonado en las sentencias 1518 y 1365, lo que se reafirma al leerla esta última declarando

que, “habiéndose acreditado que la restricción de derechos que pudiera afectar al señor Julio Marileo Calfuqueo, como consecuencia de exigírselle la toma de muestra biológica para incorporarla al Registro de Condenados que prevé la Ley N° 19.970, cumple con la exigencia de haber sido impuesta por una norma de naturaleza legal, corresponde examinar si tal restricción de derechos se ajusta, también, a los demás criterios que este Tribunal ha señalado para que opere una restricción legítima a derechos fundamentales, en forma acorde con lo que se exige en otras Magistraturas similares del mundo” (cons. 24).

El razonamiento antes transscrito parece ser, a propósito del juicio de proporcionalidad, una manifestación de la opción actual del tribunal chileno por reconocer una reserva general en materia de “limitaciones o restricciones” a derechos, sin diferenciarlas ni precisarlas conceptualmente para diferenciar de la regulación, y por ende sin distinguir reservas de ley al respecto, pues el requirente de inaplicabilidad invocó sus derechos a la integridad física y a la intimidad, el primero de los cuales no está afecto a reserva específica alguna, por lo que, para admitir su regulación y limitación por medio de una ley, se requiere forzosamente dar por sentada una reserva general de ley en materia de derechos fundamentales, que habilitaría, según el TC no solo a regular, sino también a restringir y limitar.

De mantenerse en la jurisprudencia futura la reserva general de ley en materia de “limitaciones o restricciones” a derechos fundamentales, una de las consecuencias será, por una parte, que el legislador tendrá reconocido un amplio espacio competencial no solo para regular sino además para restringir, y que el TC tendrá también amplias potestades de escrutinio sobre el estándar a cumplir, que será su concepción del principio de proporcionalidad, no dejando de ser anómalo que el órgano de control cree y modifique por sí el parámetro de medición.

Se observa así que la proporcionalidad, no obstante su introducción y uso desde la garantía de igualdad ante la ley, ha tendido a configurar una reserva general, con un aumento del espacio de examen que el Tribunal Constitucional se reconoce, con todas las observaciones ya formuladas, y que, por otro lado, acorde con una reserva general de una constitución abierta y no ius fundamentalista, el criterio de la primera etapa jurisprudencial puede ser entendido como el más coherente, dejando menos espacio de discrecionalidad jurisdiccional.

5. CONCLUSIONES

- A partir de elementos como los principios procesales de competencia específica e inexcusabilidad y los requisitos formales de la sentencia definitiva, el principio de reserva de ley en materia de derechos

fundamentales ha llegado a ser usado como parámetro de control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y control de constitucionalidad de autos acordados.

- En la jurisprudencia de inaplicabilidad no hay caracterización ni conceptualización detallada acerca de lo que es la reserva de ley en materia de derechos fundamentales, sus fuentes, su función y fundamento.
- El uso reserva de ley en materia de derechos fundamentales como parámetro de juzgamiento en materia de control de constitucionalidad de normas es un elemento propio de control abstracto, en la medida que es un contraste entre constitución y ley, no obstante lo cual es frecuente verla como parámetro de juzgamiento en materia de inaplicabilidad
- En sede de inaplicabilidad, la reserva de ley ha sido abordada usualmente desde la perspectiva de la relación ley-reglamento y no desde una perspectiva ley-constitución.
- La diferenciación entre regular y limitar un derecho fundamental, no obstante no ser un tema suficientemente claro, en el derecho chileno es relevante para diferenciar reservas específicas de limitación y la reserva general de regulación en materia de derechos fundamentales.
- La reserva general de ley en materia de derechos fundamentales surge como una necesidad de dotar de legitimidad democrática a la regulación de los mismos, y su debilitamiento es una lesión del principio democrático.
- Una concepción abierta y dinámica del sistema constitucional, fundado en el principio democrático, llevará a la reserva general como eje de regulación de los derechos y, al contrario, una concepción desconfiada y desdeñante de la función legislativa le dará protagonismo a las reservas específicas.
- Las reservas específicas pueden llegar a ser absolutas y la reserva general está dotada de un mayor grado de flexibilidad.
- En el sistema chileno se consagraría, no de manera directa, y a partir de diversas normas, una reserva general de regulación y un conjunto de reservas específicas de limitación de derechos fundamentales. Esta diferenciación no es reconocida en la jurisprudencia actual del Tribunal Constitucional, que, además de las reservas específicas de limitación ha proclamado una reserva general de limitación, sin diferenciarla conceptualmente de la reserva de regulación.
- Se puede observar además, una reserva complementaria de limitación, emanada del derecho internacional
- En la jurisprudencia se observa una convivencia entre la creencia de reservas específicas con una reserva general, sin una clara diferenciación conceptual entre ellas.

- Sin perjuicio de lo expuesto, la jurisprudencia ha razonado en inaplicabilidad sobre la base de reservas específicas de limitación.
- En una primera época, el Tribunal Constitucional reconocía un espacio de regulación legislativa amplio, blindado por el mérito legislativo, que en tanto tal se declaraba inescrutable.
- En una segunda etapa, además de los parámetros de cada reserva específica, el principio de proporcionalidad como vara de medición, de forma tal que se supera la etapa jurisprudencial anterior. Existe una tendencia jurisprudencial en desarrollo desde el año 2009, en las cuales se proclama una reserva general que permite no solo regulaciones sino también limitaciones, usando también el elemento de proporcionalidad.
- Esta tendencia ha devenido en un aumento anómalo del espacio de discrecionalidad jurisdiccional, al ser creado en el derecho chileno el parámetro de proporcionalidad por el propio Tribunal Constitucional a partir de derecho extranjero y no de normas constitucionales, de forma tal que, consecuencialmente, podría rigidizarlo o flexibilizarlo según lo estime.

6) BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce y ROSENKRANTZ, Carlos (1996). “Tres concepciones de la democracia constitucional”. *Cuaderno y debates*, N° 29, Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALEXY, Robert (2008) *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido, 2^a edición. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BAÑO LEÓN, José María (1991) *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*. Madrid: Civitas.
- CARBONELL, Miguel (2009) *El Principio de Proporcionalidad en la Interpretación Jurídica*. Santiago de Chile: Librotecnia.
- CARMONA SANTANDER, Carlos (2000) “Tendencias del Tribunal Constitucional en la relación ley-reglamento”. *Revista de Derecho Público*, N° 61.
- CAZOR ALISTE, Kamel (2002) *La sumisión a Derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República*, Tomo I. Santiago de Chile: Universidad Central de Chile.
- CAZOR ALISTE, Kamel y PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2009). “La búsqueda de criterios orientadores de la configuración de las potestades normativas en Chile”. *Ius et Praxis*, Vol. 15, N° 1, pp. 191-227. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci>

- http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100006&lng=es&nrm=iso [fecha de visita 13 de febrero de 2013]
- CAZOR ALISTE, Kamel (2013). “Correos electrónicos y subsecretario del Interior: nuevamente la problemática de la reserva legal. Comentario a sentencia rol 2153-2011, de 11 de septiembre de 2012, sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso 2º del artículo 5º de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 19 – N° 2.
 - DE OTTO, Ignacio (1987) *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Barcelona: Ariel.
 - FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo (2001). “La reserva legal: una garantía sustantiva que desaparece”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N° 2.
 - GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1996). “La democracia y el lugar de la Ley”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 92.
 - GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2004) *Democracia, Ley e Inmunidades del Poder*. Lima: Editorial Palestra.
 - GARCÍA PINO, Gonzalo (2004). “La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración?” *Colección de Investigaciones Jurídicas*, N° 5. Santiago de Chile: Universidad Alberto Hurtado.
 - HARTWIG, Matthias (2010). “La “proporcionalidad” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Alemania”. En T. I. Bogdandy, Armin; von Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coordinadores): *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* México: UNAM.
 - JIMÉNEZ CAMPO, Javier (1997). “Comentario al artículo 53”. En Alzaga, Óscar (editor): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madrid: EDERSA.
 - NOGUEIRA ALCALA, Humberto (2005). “Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales”. *Ius et Praxis*, Vol. 11, N° 2, pp. 15-64. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200002&lng=es&nrm=iso [fecha de visita 7 de febrero de 2013].
 - PICA FLORES, Rodrigo (2009). “El carácter concreto del control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley en el Derecho chileno”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N° 2.
 - PICA FLORES, Rodrigo (2010). “La problemática de las partes y el contenido de la legitimación activa en la cuestión de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley”. *Revista de*

- Derecho Universidad Católica del Norte*, Vol. 17, N° 2, pp. 205-238. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532010000200009&lng=es&nrm=iso [fecha de visita 20 de febrero 2013]
- PRIETO SANCHÍS, Luis (1990) *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Debate.
 - RIBERA NEUMANN, Teodoro (2001). “Reserva legal, potestad reglamentaria y Constitución de 1980”. *Revista de Derecho Público*, Vol. 63.
 - RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (2005). “Trascendencia de la reforma constitucional en la fisonomía y las atribuciones del Tribunal Constitucional”. *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 3, N° 1.
 - ROLLA, Giancarlo (2005). “Juicio de legitimidad constitucional y tutela de los derechos fundamentales”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 3. Disponible en: <http://www.iidpc.org/revistas> [fecha de visita 14 de febrero de 2013].
 - RUBIO LLORENTE, Francisco (1997). “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”. En Aragón, Manuel (editor): *La Forma del Poder, estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
 - RUBIO LLORENTE, Francisco (1998). “La Configuración de los Derechos Fundamentales en España”. En Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*. San José, Costa Rica.
 - RUIZ TAGLE, Pablo y CRISTI, Renato (2006) *La República en Chile. Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano*. Santiago de Chile: LOM.
 - TORTORA ARAVENA, Hugo (2010) “Las limitaciones a los derechos fundamentales”. *Estudios constitucionales*, Vol. 8, N° 2, pp. 167-200. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000200007&lng=es&nrm=iso [fecha de visita 7 de febrero de 2013].
 - VILLACORTA MANCEBO, Luis (2004) *El pleno sometimiento a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico en la aplicación judicial del Derecho*. Madrid: Dykinson.
 - ZÚÑIGA AÑASCO, Yanira (2010). “El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. Un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”. *Ius et Praxis*, Vol. 16, N° 2.