

## Comisión Sistema Político, Gobierno, Poder Legislativo y Sistema Electoral.

Minuta de presentación Dr. Kamel Cazor Aliste  
Profesor Titular, Facultad de Ciencias Jurídicas,  
Universidad Católica del Norte  
[cazor@ucn.cl](mailto:cazor@ucn.cl)

### Materias: Potestad Legislativa y Potestad Reglamentaria: La Reserva Legal en la Nueva Constitución

#### I. Contexto de la presentación

Entre los aspectos esenciales en la configuración del poder político de un Estado democrático, se encuentra la temática de las potestades normativas (art. 32 n° 6 y art. 63 de la actual Carta). En donde se visualiza, especialmente, el rol que se le pretende dar en la Nueva Constitución a la potestad legislativa, esto es, la ley considerada como la mayor expresión del principio democrático, es lo que se denomina en la doctrina constitucional como “democracia en la Constitución”. Lo que a mi juicio obligaría a reformular la reserva legal en su configuración actual, a fin de cumplir dos grandes objetivos: por un lado, *fortalecer la decisión democrática a través de la ley*; y, por el otro, *alcanzar el necesario equilibrio y colaboración que demanda una decisión normativa eficiente al configurar la relación ley-reglamento*. Cuestión que, por cierto, repercutiría en los actuales y futuros *mecanismos de control jurídico* encargados de su verificación.

#### II. Diagnóstico: problemas del actual sistema de reserva legal

En primer lugar, *se da la paradoja que actualmente se configura un sistema de primacía regulativa de la ley como norma de clausura, que subsiste con un conjunto de mecanismos que, con mayor o menor intensidad, entorpecen la decisión democrática manifestada a través del legislador*, tales como las leyes supra mayoritarias (orgánicas constitucionales y de quórum calificado) o el rol del Tribunal Constitucional (especialmente con sus actuales competencias de control preventivo).

En segundo lugar, *se debe destacar que la primacía regulativa de la ley, como norma de clausura, es producto de una consagración constitucional no del todo coherente con la idea original del constituyente autoritario, que en definitiva no cambia sustancialmente lo establecido en la anterior Carta de 1925*. Lo que trae como consecuencia, que la actual configuración del dominio legal se enmarca mas bien en un “dominio mínimo legal” y no en el contexto de un “dominio

máximo legal”, reafirmandose con ello *la primacía regulativa de la ley en su esfera normativa*. Expresado en otros términos, en la actual configuración del dominio legal, la *ley puede prácticamente regularlo todo*, tanto por vía de la reserva *material* de ley, como por vía de la reserva *formal*. De ahí que no se justificaría mantener en la nueva Carta Fundamental, el actual mecanismo de reserva material de ley del art. 63 (copiado del modelo del art. 34 de la Constitución francesa), que en ningún caso ha operado como un medio que haya restringido el ámbito del legislador (como se pretendía originariamente), sino que a extendido la esfera regulativa de la ley a todo tipo de materias, neutralizando el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma presidencial.

### III. Propuesta de modelo de reserva legal en la Nueva Carta

1. Proponemos establecer una concepción de la reserva como un medio de protección de la supremacía de la ley, en la que el legislador se encuentre habilitado para intervenir en cualquier materia (modelo alemán). Eso sí, debiendo establecerse en el nuevo texto, a través de reservas generales (por ejemplo, desarrollo de derechos y libertades) y específicas (por ejemplo, organización territorial del poder), que la potestad legislativa resulta irrenunciable en dichas materias reservadas (modelo español). Reafirmandose con ello la supremacía de la ley sobre las demás fuentes del Derecho, la cual siempre deberá observar los derechos y principios constitucionales, como asimismo respetar y promover los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En consecuencia, la reformulación de la reserva legal con los alcances antes propuestos, cubre necesariamente tres aspectos capitales de la misma: la *función* que cumple la reserva, el *ámbito* de las materias que se encuentran reservadas, y la *intensidad* normativa que la regulación legal debe tener en las materias reservadas.

2. Postulamos que la intervención de la potestad normativa presidencial siempre dependerá de que una ley haya regulado la materia reservada, no siendo necesaria una habilitación previa para que el reglamento desarrolle la ley posteriormente, pues la potestad reglamentaria de ejecución sería originaria al tener un reconocimiento expreso en la Constitución. De esta forma, la articulación entre la ley y reglamento de ejecución se fundamentaría en la “vinculación positiva”, lo que exige el pleno sometimiento del Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución al imperio de la ley, circunscribiendo de esa forma la colaboración con el reglamento, el cual siempre debe establecer el complemento indispensable a fin de hacer efectiva la voluntad legislativa en la materia sujeta a reserva; con lo cual no tendría cabida, en el nuevo diseño constitucional, la potestad reglamentaria autónoma. *Con ello se*

*generaría un nuevo estadio en la relación ley-reglamento, en donde se canalicen respuestas eficientes a las políticas públicas que se determinen y ejecuten por vía de estas potestades normativas (que sean funcionales, por ejemplo, a una concepción de un Estado Social).*

**3.** Con la propuesta anterior, se busca materializar la concepción del “constitucionalismo político”, esto es, aquel que considera la Constitución en términos políticos. De ahí que el modelo de reserva legal presentado, se inspira en una clara concepción donde la política democrática si realmente importe a nivel constitucional, especialmente en la esfera de la decisión normativa del legislador. Teniendo en consideración que el consenso constitucional que se plasmará en la Nueva Constitución deberá delinear, más bien, límites generales de lo constitucionalmente adecuado, remitiendo expresamente o posibilitando al proceso legislativo la regulación posterior de las temáticas que las políticas públicas así lo requieran, tanto en lo referente a la organización del poder, como en la esfera de los derechos fundamentales o principios constitucionales.

**4.** Finalmente, la presente propuesta debe estar sujeta a ciertos *resguardos o correcciones*, que a mi juicio son indispensables para su plena y eficaz implementación:

**4.1. Sólido consenso constitucional:** La búsqueda compartida que inspira a este proceso constituyente, inédito en nuestro país, debe a mi juicio originar una Nueva Carta que sea patrimonio común de todas las personas, ello exige generar una fórmula jurídico-política acreedora de un sólido consenso. Sustentada en una coherente teoría constitucional y no solo inspirada en un mero “fenómeno constitucional”, en extremo contingente, que privilegie exclusivamente la dimensión política de la Nueva Carta, alejándola de la dimensión jurídica que le es inherente. Premisa que es primordial, para distanciarnos de las llamadas “falsas vías de consenso constitucional”, tales como el denominado “compromiso apócrifo” (uso y abuso de términos ambiguos o equívocos) o la “técnica de la sustitución del precepto constitucional positivo y autosuficiente por una norma que simplemente ordena al legislador mandar en el futuro”, lo que muchas veces está motivada por la dificultad de alcanzar un acuerdo, generándose con ello el fenómeno de la desconstitucionalización (Alzaga).

**4.2. Robustecer la función jurídico-formal de la ley:** Independiente de la forma de gobierno que se adopte y cualquiera sea la modalidad de la asamblea legislativa (bicameral, bicameral asimétrica o unicameral), se debe necesariamente reforzar el elemento formal de la ley, que hace referencia a la característica de ser una norma definida por su procedencia y formación que encarna como ninguna otra disposición el principio democrático. Lo que supone un parlamento altamente representativo y pluralista, en cuya deliberación se aseguren mecanismos de aprobación y revisión que resguarden una buena y eficaz técnica legislativa.

**4.3. Reforzamiento de la reserva legal como garantía normativa de los derechos fundamentales:** Como es sabido, los derechos fundamentales requieren muchas veces una regulación complementaria a su reconocimiento constitucional mediante la remisión a una ley. Ello supone ciertamente una renuncia por parte de la Constitución a precisar el régimen de determinados derechos, pero supone también una garantía: solo el legislador democrático podrá delimitar el alcance de los derechos plasmados en el texto constitucional (López Guerra). Esto, a mi modo de ver, debe reforzar esta garantía del siguiente modo: como primera fórmula, exige que la regulación de un derecho fundamental ha de ser de tipo general y no crearse regulaciones para casos individuales, y nunca el derecho podrá ser afectado en su esencia (art. 19. 1 y 2, Ley Fundamental Alemania); y, como segunda técnica, a fin de evitar posibles abusos por parte de mayorías coyunturales, consiste en exigir mayorías reforzadas para la aprobación de leyes de desarrollo de los derechos fundamentales (art. 81, Constitución Española, exige mayoría absoluta del Congreso; distinto a la mayoría de los miembros presentes que se precisa para adoptar acuerdos legislativos en otras materias).

**4.4. Reformulación de los mecanismos de control jurídico jurisdiccional respecto a la reserva legal.** Esto incidiría en revisar profundamente dos ámbitos de la competencia atributiva del Tribunal Constitucional que inciden en esta materia. Por una parte, se vincula al cuestionado mecanismo de control preventivo voluntario (art. 93 nº 3 de la Carta) que juega un rol esencial de cierre del sistema, cumpliendo una función contra mayoritaria en el control de constitucionalidad de la ley y que muchas veces ha rebasado los límites de una verificación estrictamente jurídica, lo que constituye un freno injustificado a la decisión político-democrática del legislador, transformándose en una “tercera cámara” de control de mérito. Por otra parte, el medio de distribución de competencias de las potestades normativas de la actual Carta, no ha permitido hasta el día de hoy descifrar con claridad el ámbito del dominio legal y del dominio reglamentario. Lo que ha trasladado, anómalamente, el problema a la esfera atributiva del Tribunal Constitucional, cuya actividad ha apuntado sin éxito a encontrar los criterios más óptimos, a fin de delinear las fronteras entre la ley y el reglamento, en el contexto de lo que se ha denominado “reserva de sentencia”, especialmente la derivada de la hipótesis de inconstitucionalidad del art. 93 nº 16.

El Molle, Vicuña, 29 de diciembre 2021.