



SÁibado, 14 de diciembre de 2019

Artículos



Santiago, 1 de marzo de 2011

“Gobierno por decretos v/s regulación legislativa”: breve comentario a propósito del requerimiento de inconstitucionalidad que recae sobre el decreto supremo que regula la televisión digital.

Sin lugar a dudas que se trata de un tema complejo y que puede inaugurar una larga batalla en el Tribunal Constitucional, entre el gobierno y la oposición, frente a futuras decisiones de la Administración que se canalicen por vía de la potestad reglamentaria, dentro de lo que se podría denominar “gobierno por decretos”.

Por: Kamel Cazor

El decreto reglamentario N° 264, de 06 de octubre de 2010, del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, fijó las normas complementarias del decreto supremo 136 de 2009 y ejecuta el inciso final del artículo 15 de la Ley General de Telecomunicaciones, estableciendo un nuevo período anual de exposición pública y abierta, renovable hasta por un máximo de cinco años, dentro del cual se podrían otorgar permisos para efectuar transmisiones demostrativas del servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción con tecnología digital o renovar las existentes; es decir y dicho en pocas palabras, permite el otorgamiento de permisos transitorios para transmisiones de televisión digital. Esta norma, producto de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, ha causado gran polémica en el mundo jurídico-político nacional, toda vez que vendría a regular una materia que simultáneamente se está discutiendo en el Congreso Nacional a raíz de un proyecto de ley. La vía normativa del decreto supremo empleada en esta temática ha sido objetada con diversos argumentos y por distintos sectores políticos (oficialistas y opositores); pero el hecho más concreto es el requerimiento que un grupo de diputados opositores ha deducido ante el Tribunal Constitucional y cuya resolución está aún pendiente en este órgano jurisdiccional ([Rol N° 1849](#)).

Los argumentos de inconstitucionalidad esgrimidos por los diputados, se podrían sintetizar en dos grandes ideas. Por una parte, indican que se trata de un decreto supremo de ejecución que excedería el apoderamiento legislativo de la materia regulada, en consecuencia, a juicio de los requirentes “no constituye una regulación que ejecuta la ley”; expresado de otro modo, el exceso regulativo del reglamento (lo que innova), más que reconducirse como una cuestión de mera legalidad, lo circunscriben a un asunto de estricta constitucionalidad, al invadir materias de reserva legal, ya que su ley habilitante no lo facultaría para regular esa materia por vía de la potestad reglamentaria. Por otra parte, fundamentan tal aseveración planteando que al estar en tramitación

en el Congreso un proyecto de ley que regula tales asuntos, se “carecería de la normativa básica”, ya que, precisamente, ésta se tramita actualmente en el Poder Legislativo (y, es justo decirlo, cuyo procedimiento se encuentra inexplicablemente retrasado).

Sin lugar a dudas que se trata de un tema complejo y que puede inaugurar una larga batalla en el Tribunal Constitucional, entre el gobierno y la oposición, frente a futuras decisiones de la Administración que se canalicen por vía de la potestad reglamentaria, dentro de lo que se podría denominar “gobierno por decretos”. Cabe recordar el fuerte activismo jurisdiccional que tuvo esta materia en los inicios de la transición democrática (1990), con la utilización por parte de la oposición de entonces de la antigua vía de impugnación de los decretos supremos que consideraba el artículo 82 N° 5, y que tiene su versión actualizada en el [artículo 93 N° 16](#) de la Carta. Del mismo modo, cabe recordar que en estos ya 20 años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el control de decretos, no ha podido establecer criterios orientadores sólidos y objetivos a fin de vislumbrar una relación equilibrada entre la ley y el reglamento.

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

Planteada así las cosas y a la luz del contenido regulativo del decreto supremo 264 impugnado, se cree, en primer lugar, que el exceso regulativo del reglamento -en el sentido que sea una norma de estricta ejecución- podría circunscribirse, más bien, a un asunto de mera legalidad y no precisamente de constitucionalidad, especialmente teniendo en cuenta la naturaleza de la Ley General de Telecomunicaciones, al tratarse de una ley marco y con un claro contenido técnico. Como segunda cuestión, no es del todo claro que la reserva legal contenida en los [artículo 63 N° 2](#) y [19 N° 12](#) inciso 5° de la Carta, sean del todo pertinentes en esta materia, ya que la innovación antes aludida del decreto supremo, podría estar enfocada en la esfera material indeterminada del [artículo 63 N° 20](#) (reserva formal de ley), en donde confluyen también la potestad reglamentaria autónoma y las leyes de bases generales (como es el caso de la Ley General de Telecomunicaciones); es decir, el exceso regulativo que se hace mención podría estar en la esfera normativa de la potestad reglamentaria independiente, la cual mientras no esté regulada por una ley (es decir, que no exista un apoderamiento legislativo previo), perfectamente podría normarse por esta vía reglamentaria, que claramente está inutilizada y que la propia Administración se ha auto limitado en su uso, muchas veces motivada por oscuros atavismos de traumas políticos del pasado (los cuales han sido muy fructíferos en la práctica y estructura constitucional chilena). Finalmente, en este caso existe también el peligro de cuestionar la oportunidad o mérito que ha ponderado el Ejecutivo para dictar tal decreto supremo, asunto que podría llevar a un juicio de mérito por parte del Tribunal Constitucional, particularmente si es seducido en este asunto por el nebuloso argumento de la “densidad normativa”, de difícil ponderación especialmente teniendo en consideración la debilidad

configurativa que presenta nuestra Constitución.

La decisión -lamentablemente- está en manos del Tribunal Constitucional, pero la última palabra es del Congreso Nacional, lo que no implica desconocer la regulación que ha realizado en esta materia el Ejecutivo.

RELACIONADOS

- * [TC requiere informes y fija audiencia pública para oír a personas, instituciones y organizaciones representativas de intereses involucrados en requerimiento que impugna constitucionalidad de decreto supremo que incide en televisión digital...](#)
 - * [TC admitió a trámite requerimiento que impugna constitucionalidad de decreto supremo que incide en la regulación de la televisión digital...](#)
 - * [TC deberá pronunciarse sobre la constitucionalidad de un decreto supremo que incide en la regulación de la televisión digital...](#)
-