

TIPIFICACIÓN DE DELITOS EN DECRETOS CON FUERZA DE LEY, A PROPÓSITO DE LA SUSTRACCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA

MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ

RESUMEN: El autor examina la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional, el 19 de mayo de 2009, a propósito de un requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 215 de la Ley General de Servicios Eléctricos que castiga la sustracción de energía eléctrica, por encontrarse previsto en un Decreto con Fuerza de Ley, en circunstancias que la Constitución prohíbe dicha delegación en materia de derechos fundamentales, en su artículo 64. Sostiene que, aunque se trate de una norma anterior a la entrada en vigencia de la actual Carta Fundamental, se rige por dicho artículo 64, pues este contiene una norma sustantiva y no meramente formal, sin perjuicio que matiza el rechazo del requerimiento dado que se trata de una disposición relevante para el desarrollo y funcionamiento adecuado de la actividad y el sistema eléctricos, generándose así el supuesto básico para que, transcurrido un plazo prudente, sin que el legislador corrija el defecto, se declare la inaplicabilidad correspondiente.

SUMARIO: I. Introducción. II. Competencia del Tribunal. 2.1. Control abstracto y control concreto. 2.2. Se puede requerir inaplicabilidad de Decretos con Fuerza de Ley. III. Contenido de la sentencia. 3.1. Fundamentación. 3.2. Aplicación. IV. Evaluación. 4.1. Requisitos formales que deben respetarse. 4.2. Naturaleza de la prohibición de delegación legislativa. 4.2.1. La reserva de ley como exigencia sustantiva. 4.2.2. Prohibición de delegar es también condición sustantiva. 4.3. Disidencia. 4.4. Ponderación. V. Consideraciones adicionales. 5.1. Aproximación. 5.2. Subsistencia de ambas potestades. 5.3. Consecuencias. 5.4. Operatoria. VI. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Respondiendo a esta nueva convocatoria de *Sentencias Destacadas* –hito anual del estudio jurisprudencial en nuestro país–, se me ha pedido comentar la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional (el Tribunal), el 19 de mayo de 2009, Rol N° 1.191.

En dicho pronunciamiento, el Tribunal examinó un requerimiento de inaplicabilidad, planteado por la Primera Sala del Tribunal de

Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, respecto del artículo 215 de la *Ley General de Servicios Eléctricos*¹, en virtud del cual se sanciona al que sustrae energía eléctrica, directa o indirectamente, mediante conexiones clandestinas o fraudulentas, con las penas señaladas en el artículo 446 del Código Penal; procediéndose, en caso de reiteración, en conformidad a lo prevenido en el artículo 451 del mismo Código.

La duda de constitucionalidad se produjo a raíz que la defensa del imputado, en la causa principal, sostuvo que el ilícito no cumplía con las exigencias constitucionales para establecer la responsabilidad penal, desde que un decreto con fuerza de ley no es una fuente del derecho apta para establecer delitos y penas.

2. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

En primer lugar y antes de entrar al fondo, el Tribunal tuvo que hacerse cargo de dos cuestiones previas planteadas por el Fiscal Nacional del Ministerio Público.

Por una parte, la alegación conforme a la cual se sostuvo la improcedencia del requerimiento de inaplicabilidad, dado que lo realmente sometido a la decisión de esa Magistratura correspondía a un reclamo esencialmente abstracto, al invocarse un supuesto vicio que podría afectar a la norma respecto de cualquier proceso, por lo que no se trataba de un examen concreto, como exige aquella especie de requerimiento; y, de otra, porque el control de constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley no podría efectuarse por vía incidental de inaplicabilidad, ya que la Carta Fundamental ha dispuesto un sistema especial para ese efecto en su artículo 93 N° 4°.

2.1. Control abstracto y control concreto

En nexa con la primera objeción, el Tribunal explica “que si bien según el artículo 93 N° 6° de la Constitución, cuando se invoca una contravención a normas sustantivas, implica realizar un análisis concreto de las eventuales consecuencias contrarias a la Constitu-

¹ Cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra en el Decreto con Fuerza de Ley N° 4, de 2006, del Ministerio de Minería, publicado en el *Diario Oficial* el 5 de febrero de 2007.

ción que el precepto legal impugnado generará en la gestión judicial que se sigue, y de ahí entonces, que sus efectos se limitan a la causa o gestión de que se trata, *cuando la inaplicabilidad se funda en un vicio formal o procedimental del precepto legal, el control de constitucionalidad comprende un estudio nomogenético, esto es, un análisis de la gestación y puesta en vigencia del precepto legal impugnado*²; como –por lo demás– lo corrobora la historia fidedigna del artículo 93 de la Constitución

Por ello, y, sobre todo “(...) *por razones de certeza jurídica y protección de los derechos fundamentales*, aplicando las normas constitucionales en su justa medida, no puede sino sostenerse que este órgano jurisdiccional puede y debe asumir un control de constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley cuando se vulneran las normas sustantivas que fundamentan su dictación, de acuerdo al artículo 93, N.º 6º, de la Constitución. (...)”³, al punto que “(...) de aceptarse una interpretación restrictiva que limitara la acción de inaplicabilidad solo a cuestiones de fondo y no de forma, *se estaría limitando el derecho de las personas de colaborar con la efectiva vigencia de la Constitución*, vigilando a través de este Tribunal el cumplimiento pleno de la Carta Magna, y se podrían socavar importantes garantías constitucionales, como lo son las consagradas en los numerales 3º y 26º del artículo 19 de la Constitución, que exigen que sean preceptos legales los que regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza”⁴.

No cabe agregar mayores comentarios a lo resuelto por el Tribunal, pues no hay duda que el control de constitucionalidad, conforme al procedimiento contemplado en el artículo 93 N.º 6º de la Carta Fundamental, procede cualquiera sea la naturaleza del vicio invocado y ello no solo porque dicha norma constitucional no distingue, sino que, especialmente, por las razones materiales contenidas en la sentencia, vinculadas con el respeto del derecho a defensa, de la certeza jurídica y de otros derechos fundamentales asegurados a todas las personas.

En efecto, “el objeto de esta acción es la no aplicación de un precepto legal a una gestión seguida ante un tribunal ordinario o espe-

² Considerando 8º.

³ Considerando 10º.

⁴ Considerando 11º.

cial (...). Cobra importancia en esta acción, más allá de la posible inconstitucionalidad de la norma, la circunstancia que su aplicación al caso concreto pueda resultar contraria a la Constitución, con lo cual el Tribunal Constitucional deberá prestar especial atención al mérito del proceso al interior del cual dicha norma legal impugnada podrá ser eventualmente aplicada. Se trata de un control de constitucionalidad concreto y no abstracto”⁵.

Claro está que, invocándose un vicio formal –sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, a propósito de la naturaleza de la reserva de ley– resulta inevitable una inclinación hacia un control más abstracto, pero ello no debe conducir a descuidar las consideraciones del caso que, a primera vista, puedan parecer irrelevantes, pero que, precisamente, en la sentencia que comento fueron evidentemente decisivas.

2.2. Se puede requerir inaplicabilidad de Decretos con Fuerza de Ley

En cuanto a la segunda objeción previa y manteniendo su jurisprudencia (Roles N° 392, 393 y 394), el Tribunal también la rechaza, ya que “(...) no puede sostenerse que esté vedado a las personas recurrir de inaplicabilidad respecto de una disposición contemplada en un decreto con fuerza de ley, por el hecho de que el constituyente específicamente contemplara el numeral 4° del artículo 93 de la Constitución. Para llegar a esta conclusión, se ha tenido presente que la creación de este Tribunal, durante la vigencia de la Constitución de 1925, se originó en la voluntad de consagrar un órgano que resguardara la supremacía de la Carta Magna, velando por el adecuado ejercicio de la soberanía por parte de las autoridades, así como por el respeto y promoción de los derechos fundamentales, aspectos que estuvieron igualmente presentes en la Comisión de Estudio que redactó la Constitución de 1980 y que se reiteraron en la Reforma Constitucional de 2005, la que acrecentó las atribuciones de este órgano jurisdiccional”⁶.

También aquí cabe coincidir con lo resuelto por la Magistratura Constitucional y con los fundamentos de esa decisión, desde que,

⁵ ZÚÑIGA (2010) p. 19 y también pp. 20 y 88-89.

⁶ Considerando 6°.

en principio, la existencia de una vía de control de constitucionalidad no excluye ni limita otras, por ejemplo, en relación con los decretos con fuerza de ley, máxime si se trata de procedimientos sustancialmente diferentes donde, de aceptarse la objeción, se produce, en definitiva, la indefensión de las personas⁷, pues sería precisamente el procedimiento que a ellas sirve el que resultaría excluido e ineficaz.

3. CONTENIDO DE LA SENTENCIA

Es preciso examinar, ahora, la decisión adoptada por el Tribunal en relación con la cuestión de fondo sometida a su conocimiento.

3.1. Fundamentación

En primer lugar, el Tribunal explica 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 (...)”⁸.

Sobre esa base y recordando la regulación de los Decretos con Fuerza de Ley bajo las Constituciones precedentes, el Tribunal menciona que hoy el asunto se encuentra previsto en el artículo 64 de la Carta Fundamental, ante lo cual cabe agregar que, efectivamente, dicha norma prohíbe la delegación de facultades legislativas en materias comprendidas en los derechos fundamentales (aunque en el artículo mencionado se utilice la impropia expresión, *garantías*) y, ciertamente, el precepto legal objetado incide en esos derechos, desde que establece un delito.

Pero –sostiene, acertadamente, el Tribunal– el aludido artículo 64 nada ha señalado respecto de los decretos con fuerza de ley dictados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución y

⁷ FERNÁNDEZ (2007) pp. 497-507.

⁸ Considerando 14º.

que pudieran comprender las materias que ese artículo excluye de tal delegación, de lo cual la Magistratura colige que en esa norma fundamental se “(...) regula la dictación de *nuevas leyes delegatorias y de nuevos decretos con fuerza de ley*, esto es, efectúa una ordenación hacia el futuro, pues se refiere a la eventual autorización que el Presidente de la República recaba al Congreso Nacional para dictar decretos con fuerza de ley, las que a contar de la entrada en vigencia de la Constitución no pueden extenderse a las materias taxativamente indicadas en el precepto antes indicado”⁹.

Por ende, “(...) las disposiciones contempladas en dichos cuerpos normativos dictados con anterioridad a la Constitución de 1980 no contradicen necesariamente la misma y siguen vigentes, no obstante comprender materias que de acuerdo al nuevo texto fundamental no pueden ser reguladas sino mediante normas legales, mientras no lesionen los derechos y libertades fundamentales que esta reconoce en sus aspectos materiales o concretos (...)”¹⁰, ya que “(...) aceptar una tesis contraria conllevaría indudables perjuicios al sistema jurídico y consecuentemente a la paz social, al cuestionarse *per se* relevantes materias reguladas en el pasado mediante decretos con fuerza de ley, otorgándole en materias formales o sustantivas a la actual Constitución un carácter retroactivo”¹¹.

Se trata, de esta manera, de conjugar “(...) el respeto y promoción de los derechos y libertades fundamentales, en consideración al principio favor *libertatis*, derivado de que estos son anteriores al Estado, pero igualmente garantizar el adecuado funcionamiento del Estado democrático de Derecho, constituido precisamente para su resguardo y legítimo ejercicio”¹².

3.2. Aplicación

Llevado el razonamiento que he resumido al caso sometido a conocimiento del Tribunal, la sentencia señala que el artículo impugnado tiene su origen en el artículo 146 del Decreto con Fuerza de Ley N° 244¹³, de 15 de mayo de 1931, el cual fue dictado por el Pre-

⁹ Considerando 18°.

¹⁰ Considerando 20°.

¹¹ Considerando 20°.

¹² Considerando 19°.

¹³ Publicada en el *Diario Oficial* el 30 de mayo de 1931.

sidente de la República en virtud de las facultades extraordinarias concedidas en virtud de la Ley N° 4.945¹⁴, a propósito de la cual don ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN ya ha advertido que, “si en razón de su sustancia, laconismo y amplitud, puede compararse la 4.945 a la ley de 31 de enero de 1837, por el número, variedad y relevancia de las normas que se dieron dentro de sus términos, ella es también memorable. La ordenación consignada en esos decretos con fuerza de ley fue tan profusa que casi no quedó materia legal que no alterara, y tan precipitada que solo en el último día de su vigencia –20 de mayo de 1931– vinieron a publicarse, en un ejemplar del *Diario Oficial* de extensión récord, muchos de los cuerpos normativos más extensos e importantes y, entre ellos, Códigos cuyo articulado no se insertó”¹⁵.

Con posterioridad, el Decreto con Fuerza de Ley N° 4, del Ministerio del Interior, de 1959, reguló nuevamente esta materia en el artículo 168, sobre la base de la delegación contenida en el artículo 207 N° 10 de la Ley N° 13.305¹⁶, que autorizó al Presidente de la República para modificar la Ley General de Servicios Eléctricos con el objeto de subsanar el actual déficit de capacidad generadora y proveer al desarrollo futuro de los consumos, contemplando, en consecuencia, todas las medidas necesarias para estos efectos.

Finalmente, la Ley N° 18.091¹⁷, de fecha 30 de diciembre de 1981, facultó al Presidente de la República en su artículo 11 para, entre otras materias, “revisar y modificar las demás disposiciones legales que digan relación con la energía eléctrica, su producción, distribución y concesiones”, lo que llevó a dictar el Decreto con Fuerza de Ley N° 1¹⁸, del Ministerio de Minería, de 1982, que consagró el artículo 137, antecedente del actual artículo 215 del DFL. N° 4, de 2006.

Pues bien, añade el Tribunal, de una simple comparación entre esta última disposición y el artículo 168 del Decreto con Fuerza de Ley N° 4, de 1959, es nítido que entre ambas normas no existen diferencias relevantes en cuanto al tipo penal y que, en lo esencial, ambas describen la misma conducta ilícita, pues la única modifica-

¹⁴ Publicada en el *Diario Oficial* el 6 de febrero de 1931.

¹⁵ SILVA BASCUÑÁN (2000) p. 63.

¹⁶ Publicada en el *Diario Oficial* el 6 de abril de 1959.

¹⁷ Publicada en el *Diario Oficial* el 30 de diciembre de 1981.

¹⁸ Publicado en el *Diario Oficial* el 13 de septiembre de 1982.

ción consiste en que el artículo 215 eliminó la referencia a que la sustracción podía ser no solo de energía, sino que igualmente de “*corriente eléctrica*”, toda vez que ello está comprendido igualmente en el concepto “energía”.

En suma, “(...) en el caso *sub lite* existe efectivamente una norma de rango legal, dictada con anterioridad al hecho ilícito, que replica una norma preconstitucional, a la cual se le ha realizado una leve alteración por parte de un órgano al cual no se le ha otorgado esta atribución constitucional, siendo ésta una situación a cuyo respecto este mismo Tribunal Constitucional, conociendo un requerimiento de inconstitucionalidad, ha declarado que un cambio formal, sea en cuanto a redacción, titulación, ubicación de preceptos u otros aspectos de similar naturaleza, antes de la reforma constitucional de 2005, era una materia vedada de acuerdo al antiguo artículo 61 de la Constitución (cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N.º 192, Considerando 7º)”¹⁹.

Por lo expuesto, el Tribunal rechaza el requerimiento de inaplicabilidad, sin perjuicio de prevenir a los órganos colegisladores acerca de la imperiosa necesidad de revisar la legislación delegada existente y de adoptar los máximos y pronto resguardos para que, en pos de una mayor exigencia de seguridad jurídica, se revisen eventuales intervenciones o modificaciones en los decretos con fuerza de ley preconstitucionales efectuadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la actual Constitución, que puedan quedar al margen del límite máximo de una interpretación constitucional razonable y prudente, por afectarse derechos y libertades fundamentales²⁰.

4. EVALUACIÓN

Comienzo destacando las que, me parece, son las cuatro consideraciones básicas contenidas en la sentencia:

Primero, que el asunto sometido a decisión del Tribunal no se vincula con lo que podrían considerarse principios sustantivos de la reserva de ley, sino con uno de carácter formal, relativo a la naturaleza de la norma, entre las distintas especies de leyes que reconoce

¹⁹ Considerando 23°.

²⁰ Considerando 26°.

nuestro actual ordenamiento constitucional, donde se contiene la tipificación penal;

Segundo, que el actual artículo 64 de la Carta Fundamental, particularmente en nexa con las materias respecto de las cuales prohíbe delegar facultades legislativas, se aplica respecto de las delegaciones posteriores al 11 de marzo de 1981, sin afectar, en su validez constitucional, las que se hayan producido con anterioridad;

Tercero, lo anterior, claro está, mientras esa preceptiva no lesione los derechos y libertades fundamentales que la Constitución reconoce a todas las personas; y

Cuarto, así se conjuga el respeto y promoción de los derechos y libertades fundamentales con el adecuado funcionamiento del Estado democrático de Derecho.

No hay duda de lo acertado del razonamiento del Tribunal en las dos últimas consideraciones, pues y en efecto, cualquiera sea la estimación que se haga de la reserva de ley o de los decretos con fuerza de ley, si el precepto vulnera derechos que la Constitución asegura es ineludible declarar su pugna con ella y, por otra parte, es correcto plantear que debe siempre compatibilizarse el respeto y promoción de esos derechos con el recto funcionamiento del Estado.

Empero, las dos primeras consideraciones formuladas por el Tribunal ameritan un examen más detenido.

4.1. Requisitos formales que deben respetarse

Es indudable que un precepto legal debe cumplir, desde el ángulo formal, los requisitos y exigencias contempladas en la preceptiva constitucional vigente al momento de su dictación, aunque sabemos que ello no es terreno pacífico en relación, precisamente, con los decretos con fuerza de ley dictados bajo la Carta Fundamental de 1925, al menos, hasta la reforma de 1970²¹.

Por eso, no resulta lógico ni plausible objetar una norma legal porque el poder constituyente –originario o derivado– haya alterado aquellas exigencias formales.

²¹ SILVA BASCUÑÁN (2000) pp. 57-71, EVANS DE LA CUADRA (1973), pp. 55-63 y (1970) pp. 109-154.

En esta línea de pensamiento, que se haya dictado un Decreto con Fuerza de Ley, con anterioridad a la actual Constitución, incluyendo una materia que hoy, de acuerdo a su artículo 64, está excluida de ser regulada en dicha preceptiva de rango legal, no admite declararlo contrario a la Carta Fundamental actualmente en vigor, no obstante la argumentación del voto disidente que examinaré más adelante, sin perjuicio que podría sostenerse que, entonces, el Tribunal Constitucional queda habilitado para examinar el cumplimiento de los requisitos formales vigentes a la fecha de su dictación.

En este caso, claro está, puede argumentarse que ello no resulta posible, pues la Magistratura Constitucional solo se encontraría autorizada, por la actual Carta Fundamental, para examinar el apego de las normas inferiores a ella y no a una Constitución anterior, aunque, verdaderamente, no se estaría examinando el respeto del o de los Códigos Políticos precedentes, sino que de las normas constitucionales hoy vigentes, concretamente, los artículos 6° y 7° de la actual Carta Fundamental.

En efecto, las Bases de la Institucionalidad allí consagradas deben aplicarse a todos los actos estatales, aun cuando estos hayan sido adoptados con anterioridad a la Constitución de 1980, de manera que cualquier norma de nuestro ordenamiento jurídico puede ser evaluada, en el acatamiento de los principios y normas contenidos en esos artículos 6° y 7°, aunque para ello sea necesario utilizar, como parámetro, una Constitución precedente, si es que es del caso, porque se trata, por ejemplo, de examinar si un precepto legal ha dado o no cumplimiento a los requisitos formales previstos en esa normativa precedente para su dictación.

Así, en consecuencia, el Tribunal pudo examinar si el artículo 215 se ajustaba a lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la actual Carta Fundamental, examinando si respetó el cumplimiento de los requisitos vigentes al momento de dictarse esa preceptiva legal, aun cuando para concretar este examen tuviera que acudir a normas constitucionales anteriores a las actualmente vigentes, aunque, como se explicará en seguida, el vicio que provoca la objeción no es formal, sino sustantivo o material²².

²² FERNÁNDEZ (1993) pp. 55-65.

4.2. Naturaleza de la prohibición de delegación legislativa

Para que el razonamiento anterior sea correcto, debe partirse de la base –como lo hace el Tribunal– que el asunto no se vincula con los principios sustantivos de la reserva de ley, sino con uno de carácter formal, relativo a la naturaleza específica de la norma, entre las distintas especies de leyes que reconoce nuestro actual ordenamiento constitucional, donde se contiene la tipificación penal.

4.2.1. *La reserva de ley como exigencia sustantiva*

Desde este ángulo, es menester preguntarse si la prohibición de delegar facultades legislativas en materia de derechos fundamentales constituye una cuestión meramente formal y/o un asunto vinculado con la distribución de competencias normativas o si, por el contrario, se trata de un asunto sustancial o material.

En efecto, pues de considerar que esta prohibición es sustancial, particularmente en nexos con los derechos fundamentales, entonces resulta irrelevante que ella sea contravenida por un decreto con fuerza de ley dictado con anterioridad a la actual Constitución, ya que, vulnerando la preceptiva material contemplada en su artículo 64, entonces, deberá declararse su pugna frontal con la Carta Fundamental.

Conviene aquí detenerse, entonces, en la afirmación contenida en la sentencia en cuanto a la naturaleza formal de esta prohibición, para compartir con ella que lo sustantivo, en relación con la reserva de ley, es que ciertas materias –como las que se relacionan con el ejercicio de los derechos fundamentales y, más específicamente, con la tipificación de delitos– sean reguladas por esa especie de norma jurídica, en cualquiera de sus formas, pero que la proscripción, desde 1981, de que ello se haga por medio de un DFL es, en cambio, una cuestión más bien formal.

En esta línea de pensamiento, el principio y regla consistente en la reserva de ley no es una cuestión meramente formal o de simple distribución de competencias, ya que aquella fórmula no tiene relevancia solo por aspectos procedimentales, sino porque así se garantizan más y mejor los derechos fundamentales, cuya regulación debe quedar, necesariamente, entregada al legislador.

Siguiendo este criterio, el Tribunal Constitucional ha aclarado “(...) que el principio de reserva legal, asociado con el dominio

máximo fijado a la ley en el artículo 60 (hoy 63) de la Constitución, *es una de las características sustanciales de aquella*, cuya importancia se realza al comparar el régimen hoy vigente, de una parte, con el dominio mínimo legal que contemplaba la Carta Fundamental de 1925 y sus reformas, de otra (...)”²³.

Ahora bien, es claro que el artículo 215 objetado respetó la reserva de ley. La duda estriba en si, además, es condición sustantiva de esa reserva que, tratándose de las materias contenidas en el artículo 64 de la Constitución, la regulación precisa se efectúe por una ley –en sentido estricto– o si resulta admisible que se haga por un decreto con fuerza de ley.

4.2.2. Prohibición de delegar es también condición sustantiva

Me parece útil comenzar este párrafo recordando la prevención del ministro Venegas, contenida en el Rol N° 740, a propósito del requerimiento en contra de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, en cuanto a que “(..) en una comunidad democrática, la trascendencia de un tema tan sensible para la sociedad, llamado a tener un alto impacto en las creencias y preferencias ideológicas y éticas de las familias y de la juventud, y que irremisiblemente producirá un cambio en la forma de vida a la que estamos acostumbrados, demanda ser discutido en el Congreso Nacional por los representantes más directos del pueblo, que recogerán el sentimiento y abrirán espacios de participación a la sociedad civil, sobre la que esta clase de decisiones produce sus efectos”²⁴.

Huelga explicar que las características del proceso legislativo, dotado de publicidad, transparencia, intercambio de ideas entre las fuerzas políticas con representación parlamentaria, acceso de la opinión pública y control de los medios de comunicación social, entre otros rasgos relevantes, justifican considerar que el principio y exigencia de la regulación por ley, en los asuntos mencionados en el artículo 64 de la Constitución, reserva de ley es una cuestión sustancial, nada de lo cual está presente en el proceso de generación y surgimiento a la vida del Derecho de los actos emanados, unilateral o exclusivamente, del Jefe del Estado, aunque ellos tengan fuerza de ley.

²³ Considerando 14° de la sentencia pronunciada el 9 de abril de 2003, Rol N° 370.

²⁴ Sentencia pronunciada el 18 de abril de 2008.

Por ende, no se satisface ese requisito, como lo hace el Tribunal en la sentencia que aquí comento, con que cualquier especie de preceptiva legal contenga la regulación reservada, como podría hacerse a través de un DFL.

Esta especie de norma legal no goza de las características mencionadas, de manera que incluir un asunto –hoy vetado por el artículo 64– en ella está lejos de ser una cuestión meramente formal o siquiera vinculada con la distribución de competencias normativas, sino que tiene que ver, cuando se trata de materias relativas a los derechos fundamentales, máxime si se trata de las garantías procesales y sustantivas en el ámbito de la tipificación penal, con asuntos materialmente relevantes que no admiten matices ni atenuaciones.

Siguiendo en esto a SANTIAGO y THURY, “(...) la Corte (de Estados Unidos) ha fijado ciertos límites interpretativos, *sobre todo en aquellos campos donde la delegación amplia toca áreas sensibles de libertad sustantiva*, mediante la construcción estrecha (*narrow construction*) de las leyes, ello es, limitando el espectro de las facultades delegadas (...)”²⁵.

Al respecto, creo interesante –aunque no coincidiendo plenamente– citar aquí otro comentario a propósito del Rol N° 1.191, donde se sostiene que el Tribunal “(...) parece entender la reserva de ley exclusivamente como una cuestión de competencia y, por tanto, la regla general sobre la vigencia temporal puede extenderse a las normas penales sustantivas preconstitucionales. Por el contrario, entiendo que el DFL de 1982 puso bajo la vigencia directa de la Constitución el delito de hurto de energía eléctrica, vulnerándose, por tanto, el principio de reserva de ley. El mandato de *lex scripta* también debe entenderse como cuestión de jerarquía en la medida de que pueda afectar a derechos o garantías constitucionales. Con independencia de si estamos ante una invalidez sobrevenida (y, por tanto, la regla general de irretroactividad quedaría intacta) o ante la aplicación del principio de retroactividad, en ambos casos, la reserva de ley debe aplicarse a normas penales preconstitucionales. El carácter especialmente aflictivo del derecho penal, la jerarquía constitucional en la protección y garantías fundamentales y una interpretación coherente con el propio texto constitucional funda-

²⁵ SANTIAGO y THURY (2003) p. 74.

mentan la aplicación de artículos 19 y 64 CPR al delito de hurto de fluido eléctrico”²⁶.

Es indudable, entonces, que, examinado el asunto desde la óptica del artículo 64, en su recta comprensión de norma sustantiva, disiento de la sentencia pronunciada por el Tribunal el 19 de mayo de 2009, Rol N° 1.191, pues me parece que ella razona sobre la base de considerar la reserva de ley y, más precisamente, la prohibición de delegar contenida en aquel precepto constitucional tantas veces citado, como un principio meramente formal, sin atender a su naturaleza material y, por cierto, garantista, especialmente en resguardo de los derechos fundamentales, a cuya regulación se aplican tanto aquella reserva cuanto la prohibición aludida.

4.3. Disidencia

Debe mencionarse, en este momento, que el ministro Marcelo Venegas Palacios (hoy, presidente del Tribunal) estuvo por acoger el requerimiento, partiendo de la base que los Decretos con Fuerza de Ley “(...) son leyes únicamente en aquellas materias y dentro de los términos en que válidamente pueden serlo, pues los incisos segundo, tercero y cuarto del mismo artículo 64 de la Constitución establecen los límites de esta potestad legislativa delegada del Presidente de la República”.

De tal manera que, si el artículo 215 establece un delito asociado a una pena, se trata de una materia que está indiscutiblemente comprendida en las garantías constitucionales, por lo que resulta *irremisiblemente contraria a la Constitución*, por el solo hecho de estar contenido en un decreto con fuerza de ley.

Y esta afirmación no se desvirtúa, a juicio del disidente, por el hecho que el delito contemplado en el precepto legal convicto sea anterior a la entrada en vigor de la Constitución de 1980, “(...) por la vía de consentir en que el núcleo central de la conducta penada fue establecido cuando la restricción para hacerlo en un decreto con fuerza de ley aún no existía”.

En efecto, el poder constituyente previó diversas normas transitorias, puesto que “(...) era previsible que, tras la entrada en vigor

²⁶ FERNÁNDEZ CRUZ (2009) pp. 243-263.

de la nueva Constitución, fuera cuestionada la vigencia o la validez de las leyes que regulaban materias que ya no eran materia de ley, o que lo hacían sobre asuntos que ahora debían estar regulados por leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado o, finalmente, que dejarían de ser válidos los impuestos de afectación”.

Sin embargo, y “en contraste con la cuidadosa normativa transitoria recién reseñada, la Constitución no contempló norma transitoria alguna que permitiera, después de su entrada en vigor, atribuir valor constitucional a los preceptos legales que, contenidos en decretos con fuerza de ley, regularan materias prohibidas a esta especial clase de legislación por expresas normas de la Constitución”.

Por eso, el ministro Venegas sostiene que cabe aplicar aquí el mismo criterio contenido en la disidencia del Rol N° 552, en cuanto a que los preceptos constitucionales, salvo que la propia Carta Fundamental disponga otra cosa en su articulado, rigen *in actum* desde la fecha de su publicación o desde la fecha que la misma señale para su entrada en vigencia, siendo este un principio fundamental de derecho público.

Así, por ejemplo, el disidente expone que, en materia de expropiaciones, la Constitución no incluyó en su articulado transitorio disposición alguna relativa a las expropiaciones iniciadas y no concluidas íntegramente, o cuyo pago estuviere pendiente, antes de su entrada en vigencia, a las cuales, por consiguiente, desde la fecha en que la Carta Fundamental entró a regir son plenamente aplicables las garantías constitucionales sobre expropiaciones contenidas en la normativa sobre el derecho de propiedad del artículo 19 N° 24 de la Constitución.

4.4. Ponderación

Finalmente, es menester hacerse cargo de la argumentación que conduce al Tribunal a rechazar el requerimiento de inaplicabilidad, pues resulta indudable que, al menos, el voto de mayoría advierte un defecto en el precepto legal impugnado, al punto que exhorta al legislador a regular el asunto debidamente, si bien, no le parece que dicha objeción sea de envergadura suficiente para inaplicarlo, como lo sostiene el voto disidente del ministro Venegas.

Antes y al contrario, es menester conjugar el respeto de los derechos fundamentales con el adecuado funcionamiento del Estado Demo-

crático de Derecho, especialmente, de frente a la certeza jurídica, de manera que –podría argumentarse– al no existir deficiencias graves en la regulación por vía de decreto con fuerza de ley, no resulta prudente declarar la inaplicabilidad de un delito tan relevante para el adecuado funcionamiento de nuestro sistema eléctrico.

Puede observarse aquí lo que un Magistrado Constitucional ha denominado *la virtud de la medida* “(...) que guía al togado en el hallazgo de balance o equilibrio justo entre las pretensiones contrapuestas de las partes, dando o restituyendo a cada cual lo que le corresponde y, para ello, ciñéndose a criterios hermenéuticos como la ponderación y la proporcionalidad de fines con medios”²⁷.

Desde esta perspectiva, entonces, se justificaría la exhortación al legislador, aun cuando no es aventurado sostener que la declaración de inaplicabilidad sería el mayor incentivo para que se corrigiera el vicio detectado, presumiblemente con mayor rapidez que acudiendo al mecanismo exhortativo.

La duda que se abre, sin embargo, frente a esta técnica, radica en dirimir cuánto tiempo (o cuantos casos, tal vez) resultará razonable esperar la adecuación legislativa, pues, transcurrido ese lapso, deberá estimarse que la declaración de inaplicabilidad resultará inevitable.

5. CONSIDERACIONES ADICIONALES

Conviene añadir, a propósito del asunto sometido a la decisión del Tribunal, algunos comentarios en torno de la competencia de dicha Magistratura respecto de la que tienen los jueces del fondo cuando se trata de preceptos anteriores a la Constitución, pues la declaración de inaplicabilidad se vincula, por parte de aquella, con la derogación, por estos y esto tiene que ver –aunque, probablemente, no se planteó así– con la objeción formulada por el Ministerio Público, en cuanto a la naturaleza más bien abstracta del control, habida consideración que la objeción de constitucionalidad era aparentemente de carácter formal.

²⁷ CEA EGAÑA (2009) p. 82.

5.1. Aproximación

Sabido es que la Corte Suprema sostuvo, con vacilaciones, hasta 1990 que no correspondía recurrir de inaplicabilidad en contra de preceptos legales anteriores a la Constitución, pues de ser contrarios a la Carta Fundamental lo que procedía era declararlos derogados, materia para la que resultaba competente el juez que estaba conociendo el asunto planteado²⁸. También es conocido que, desde el año mencionado, la Corte varió, acertadamente, su criterio y comenzó a pronunciarse sobre los recursos relativos a preceptos legales anteriores a la Constitución²⁹.

Asimismo, el Tribunal, desde que le fuera trasladada la competencia para conocer de los requerimientos de inaplicabilidad, no ha hecho cuestionamientos al respecto y ha conocido de impugnaciones de preceptos legales anteriores a la actual Constitución.

Sin embargo, a mi juicio, la competencia del Tribunal no obsta a que los jueces del fondo puedan declarar derogado un precepto legal anterior a la Constitución cuando lo consideren, fundadamente, contrario a ella³⁰, pues, como he sostenido, *la interpretación y aplicación de la Constitución no puede ser concebida como una potestad reservada, exclusiva y excluyentemente, a un solo órgano judicial, configurando un monopolio de lo constitucional, ya que sostenerlo así es plantear una fórmula inconsistente con el Estado Democrático y Constitucional de Derecho, pues no se trata de reemplazar la soberanía de la ley por la de un solo juez o Tribunal, sino que, antes bien, de situar los derechos de las personas por sobre las potestades públicas, cualquiera sea el órgano que las ejerza y esto solo se logra abriendo al máximo y sin restricciones, especialmente fundadas en formalismos, las acciones y recursos que hagan expedita, en todo momento y en todo lugar, como lo exige el Pacto de San José de Costa Rica, la defensa y promoción de sus derechos*³¹.

²⁸ SAENGER y BRUNA (2006) pp. 81-93.

²⁹ REPERTORIO (1993) pp. 217-218. Especialmente interesante es la sentencia pronunciada el 19 de junio de 1991, reproducida en LXXXVIII *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2ª p., S. 5ª, p. 159, donde se plantea el problema de la derogación en un recurso de inaplicabilidad, precisamente, respecto del Decreto Ley N° 2.695.

³⁰ Cfr. ZÚÑIGA (2010) p. 32.

³¹ FERNÁNDEZ (2005) pp. 96-118.

5.2. Subsistencia de ambas potestades

Sobre la base de lo que acaba de señalarse, ambas potestades –la de declarar la inaplicabilidad por el Tribunal y la de pronunciar su derogación por los jueces del fondo– coexisten armónicamente, conforme a lo previsto en los artículos 6º, 7º, 76 y 93 de la Carta Fundamental.

Así, el recurso de inaplicabilidad es un arbitrio de carácter constitucional que tiene por objeto resolver la controversia entre la Carta Fundamental y preceptos legales vigentes, con el objeto que aquella y no estos sean los que imperen en caso de contradicción, pues todas las normas –incluso las leyes– deben dictarse conforme a la Constitución, al tenor de lo preceptuado en el artículo 6º inciso 1º del Código Político que consagra el principio de supremacía constitucional, el cual ha venido a reemplazar al decimonónico principio de soberanía de la ley.

Para asegurar el respeto de dicha supremacía se contempla, entre otros mecanismos, el requerimiento incidental previsto en el artículo 93 N° 6º de la Constitución, cuyo conocimiento y resolución ha sido entregado, con carácter exclusivo y excluyente, al Tribunal Constitucional, pero cuando un juez declara derogado un precepto legal anterior a la Carta Fundamental, por ser contrario a ella, no está declarándolo inaplicable, sino que carente de vigencia jurídica.

5.3. Consecuencias

En ambos casos, la inaplicabilidad y la derogación, sobreviene el mismo efecto: La norma no debe ser considerada por el juez del fondo cuando resuelva el asunto sometido a su decisión y ello porque el precepto legal es considerado contrario a la Carta Fundamental. Pero la razón jurídica que permite una y otra declaración es distinta: En el caso de la derogación, el precepto respectivo no debe ser considerado porque la norma no está vigente, al haber quedado sin efecto con la dictación de la Constitución que es contraria a ella, lo cual es constatado y declarado por el juez competente; y, en el caso de la inaplicabilidad, porque, hallándose vigente el precepto legal en cuestión, se declara por el Tribunal Constitucional su contradicción, formal o sustantiva, con la Carta Fundamental.

La derogación y la inaplicabilidad proceden durante toda la secuela de la gestión pendiente de que se trate, con lo cual la posibilidad

de que el juez del fondo se pronuncie acerca de la eventual derogación de una norma legal no obsta a que el Tribunal Constitucional resuelva su inaplicabilidad, salvo que este Tribunal haya decretado orden de no innovar, pues de ser así, el juez del fondo ya no podrá declarar la derogación, sino que habrá de esperar la resolución en el procedimiento de inaplicabilidad.

En cambio, si el Tribunal Constitucional niega lugar a dicha orden o ella no le es solicitada, entonces, el juez del fondo puede pronunciarse acerca de la derogación, sin perjuicio de la inaplicabilidad pendiente y de la competencia de los Tribunales Superiores para revisar aquella declaración de derogación.

En concreto, la resolución que el Tribunal Constitucional adopte en un procedimiento de inaplicabilidad es siempre vinculante para el juez del fondo. A la inversa, en cambio, la decisión del juez del fondo en orden a declarar derogado un precepto legal por ser contrario a la Constitución, no obliga al Tribunal Constitucional ni le impide proseguir el recurso de inaplicabilidad que se haya deducido respecto de ese mismo precepto legal y para el mismo caso particular, salvo que la declaración de derogación se encuentre ejecutoriada, pues allí opera el efecto de cosa juzgada.

5.4. Operatoria

En resumen, mientras no se haya efectuado por el juez del fondo un pronunciamiento expreso y que goce del efecto de cosa juzgada, en orden a declarar derogado un precepto legal, es procedente plantear el incidente de inaplicabilidad, pues toda norma jurídica se presume válida y vigente en tanto un tribunal no resuelva lo contrario, con lo cual tanto la Carta Fundamental como la disposición tachada se encuentran vigentes, condición indispensable para poner en movimiento el mecanismo de control del principio de supremacía previsto en el artículo 93 N° 6° de la Constitución.

Pero si el juez del fondo ha declarado derogado un precepto legal anterior a la Constitución, por ser contrario a ella, y tal decisión queda a firme, entonces, ya no procede la inaplicabilidad, pues solo la Constitución está en vigor y aquella declaración afinada de derogación ha surtido el efecto de cosa juzgada.

Lo contrario podría conducir al absurdo que el juez del fondo nunca se pronunciara acerca de la derogación, y, entonces, el Tribunal

no pudiera nunca declarar la inaplicabilidad. Mas y correlativamente, el juez del fondo debe declarar derogado un precepto legal anterior a la Constitución cuando lo considere contrario a ella, decisión que será susceptible de todos los recursos que en Derecho correspondan y que no significa ejercer una inaplicabilidad encubierta, sino que dar cumplimiento al artículo 6º inciso 2º, en virtud del cual se consagra el principio de vinculación directa. Conforme a este principio, la Carta Fundamental –antes y por sobre la ley– obliga a todos los órganos estatales y a toda persona, institución o grupo³² y, por ende, también a los jueces cuando deban resolver la contradicción entre una ley y la Constitución. Si aquella es anterior y contraria a esta, entonces, deben declararla derogada y si tal decisión surte efecto de cosa juzgada para el caso particular en el cual se pronunció, ya no procederá inaplicabilidad alguna ni se podrá revivir su vigencia.

En suma, el Tribunal Constitucional debe declarar la inaplicabilidad de un precepto legal contrario y anterior a la Constitución, mientras este se encuentre vigente, esto es, en tanto no haya sido derogado por el propio legislador o no lo haya así declarado, por sentencia firme, el tribunal competente. Asimismo, el juez del fondo tiene competencia para declarar derogado un precepto legal anterior a la Constitución, cuando lo considere contrario a ella, ya que solo así se respetan los principios de supremacía constitucional y de vinculación directa consagrados en el artículo 6º incisos 1º y 2º de la Carta Fundamental.

6. CONCLUSIONES

Es contrario a la Constitución que un Decreto con Fuerza de Ley regule derechos fundamentales, sea que se trate de un DFL anterior o posterior a su entrada en vigencia, puesto que el artículo 64 de esta contiene una prohibición sustantiva y no meramente formal que rige *in actum*.

³² FERNÁNDEZ SEGADO (1993) pp. 211-212; y SILVA BASCUÑÁN (1997) pp. 133-135. Nuestra jurisprudencia confirma la extensión absoluta del carácter normativo de la Constitución, v. gr., en el considerando 4º de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 12 de julio de 1991 en LXXXVIII *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 2 p., S. 5, p. 182.

Sin embargo, la sentencia Rol N° 1.191 dejó subsistente el artículo 215 del DFL N° 4, de 2006, dado que se trata de una disposición preconstitucional, ciertamente, relevante para el desarrollo y funcionamiento adecuado de la actividad y el sistema eléctrico que es menester cautelar, pues quienes la llevan a cabo también son titulares de derechos fundamentales, como los asegurados en los numerales 21° y 24° del artículo 19 de la Constitución, aunque ello no se vea nítido en el tenor expreso del voto de la mayoría.

En este sentido, al menos, resulta valiosa la exhortación al legislador para que regularice la fuente en que se contiene el artículo 215, a la par que configura el supuesto básico para que, transcurrido un plazo prudente, sin que se satisfaga ese llamado, se declare la inaplicabilidad correspondiente.

BIBLIOGRAFÍA

- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, *Estado social y justicia constitucional* (Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 41).
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1973): *Chile, hacia una Constitución contemporánea* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile) (1970): “La delegación de facultades legislativas”, *Reforma constitucional* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile).
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (1993): “Inaplicabilidad del Decreto Ley N° 2.695 y derogación tácita”, 4 *Revista de Derecho*, UACH (Valdivia). (2005): “Constitución y Casación: ¿De la falta de aplicación al monopolio constitucional?”, *Estudios Constitucionales*, N° 1, Año 3.
- (2007): “Notas sobre el derecho constitucional a defensa jurídica”, Alejandro Romero Seguel (coordinador): *Estudios de Derecho en homenaje a Raúl Tavorari Oliveros* (Santiago, Ed. Lexis-Nexis).
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1993): “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13, N° 39.
- SAENGER GIANONI, Fernando y BRUNA CONTRERAS, Guillermo (2006): *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile).

- SANTIAGO, Alfonso (h) y THURY CORNEJO, Valentín (2003): *Tratado sobre la delegación legislativa* (Buenos Aires, Ed. Ábaco).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997): *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo IV, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1997, pp. 133-135.
- (2000): *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo VIII (Santiago, Ed. Jurídica de Chile).
- (2000): *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo VIII (Santiago, Ed. Jurídica de Chile).
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2010): *Acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad* (Santiago, Ed. Abeledo Perrot).
- Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Constitución Política de la República de Chile 1980* (1993) (Santiago, Ed. Jurídica de Chile).