

## DOCTRINA ADMINISTRATIVA

### **TRES PROBLEMAS DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA: LEGITIMIDAD, INTENSIDAD Y CONTROL**

Carlos Carmona Santander\*

#### I. Introducción:

#### LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA<sup>1</sup>

##### 1. Elementos configuradores de la potestad reglamentaria<sup>2</sup>

En general, la potestad reglamentaria es la atribución especial que la Constitución o la ley dan, específicamente, a ciertos órganos o autoridades para dictar normas jurídicas generales o especiales.

La potestad reglamentaria del Presidente de la República presenta las siguientes singularidades en nuestro ordenamiento.

a) Tiene rango constitucional (art. 32 N° 8). De ahí que la ley no pueda prohibirla ni otorgarla. Sin embargo, muchas intervenciones de la ley tienen por objeto acotar la potestad reglamentaria, es decir encauzarla. Es el caso del denominado reglamento habilitado, o sea el autorizado por la ley con las cláusulas de remisión. Se opone al reglamento espontáneo, que es el que dicta la administración sin previa llamada del legislador, haciendo uso de su facultad de dictar los reglamentos que crea convenientes para la ejecución de las leyes.

b) Es una potestad normativa secundaria, es decir crea normas jurídicas que tienen vocación de innovar en el ordenamiento jurídico, sin que ello signifique contradecir o no conformarse a la Constitución y a la ley.

En virtud de la potestad reglamentaria, el Presidente de la República dicta decretos de ejecución o subordinados.

Estos son aquellos dictados para complementar la ley o asegurar su ejecución. Se les denomina subordinados porque están directamente, valga la redundancia, subordinados a la ley; la actividad reglamentaria en estos casos está encauzada y limitada por la norma legal.

No pueden, en tal sentido, modificar ni restringir la ley que ejecutan. Sin embargo, sería erróneo menospreciar la importancia del reglamento de ejecución de la ley, porque aun estando subordinado estrictamente a ésta, tiene un campo de acción relativamente amplio y en cierta medida puede desarrollar el texto legal, especialmente cuando la ley sólo consagra las normas fundamentales<sup>3</sup>.

c) Su titularidad corresponde al Presidente de la República. Sin embargo, los reglamentos y decretos, para ser obedecidos, deben llevar la firma del o los Ministros respectivos.

d) Es discrecional, pues el Presidente puede dictar los reglamentos y decretos que estime convenientes para ejecutar la ley o administrar el Estado.

e) La potestad reglamentaria se expresa en decretos y reglamentos. Las instrucciones son propias de la potestad jerárquica.

##### 2. Los pilares de la potestad reglamentaria

La potestad reglamentaria del Presidente de la República se estructura en nuestra Constitución sobre dos pilares básicos<sup>4</sup>:

###### a) Reforzamiento de la potestad reglamentaria

El constituyente de 1980 reforzó en gran medida la potestad reglamentaria del Presidente de la República, estableciendo de esta manera una gran amplitud en su actuar.

Ello lo hizo básicamente a través de tres mecanismos:

i. En primer lugar, lo realizó a través del establecimiento de un dominio legal máximo, disponiendo expresamente las materias que son propias de ley o el ámbito propio de la ley.

El artículo 60 de la Carta Fundamental de 1980 establece este dominio legal máximo, pues reserva al legislador sólo las materias enunciadas en sus veinte números, situando en la potestad reglamentaria del Presidente de la República la norma de clausura del ordenamiento positivo. Dicho artículo 60 establece taxativamente las materias propias de ley.

ii. El segundo mecanismo a través del cual la Constitución de 1980 restringió el ámbito competencial de la ley, fue a través del establecimiento de las leyes de bases, que encuentran su fundamento en los números 4, 18 y 20 del citado artículo 60 de la Constitución.

Este último numerando es claro a este respecto, pues dispone que sólo es materia de ley toda norma de carácter general y obligatorio "que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico".

Con ello se subraya que al legislador sólo le corresponden las normas básicas, las directrices fundamentales y los resguardos indispensables, dejando entregado su desarrollo, por mandato de la Constitución, al Poder Ejecutivo.

La consagración de este tipo de normas no solamente sirve para establecer la importancia de la potestad reglamentaria en este tipo de leyes, sino también para destacar que a la ley le corresponde sólo abordar el núcleo esencial de la materia que se propone regular, dejando entregado al decreto o al reglamento su desarrollo e implementación.

Es, entonces, la Constitución la que manda que todas las leyes sólo establezcan "las bases esenciales" de un ordenamiento jurídico, quedando lo demás entregado a la potestad reglamentaria. Ello marca una colaboración entre la ley y el reglamento que es insoluble.

iii. Finalmente, el tercer mecanismo a través del cual la Constitución de 1980 reforzó la potestad reglamentaria del Presidente de la República, es la consagración, en su artículo 32 Nº 8, de la potestad reglamentaria autónoma, es decir, de aquella que faculta al Presidente de la República para dictar decretos o reglamentos en virtud de los poderes propios que la Constitución le otorga, con prescindencia de si existe o no ley al respecto que ejecutar.

#### b) La excepcionalidad de la ley

Los tres mecanismos anteriormente señalados permiten afirmar que en nuestro ordenamiento la ley tiene un ámbito muy preciso, que no puede ser exorbitado por ningún tipo de interpretación. La ley procede sólo en los casos que taxativamente señala la Constitución y en ningún otro. Toda remisión que la Constitución hace a la ley es expresa e inequívoca, concreta, específica y delimitada. Además, la ley sólo debe contener "las bases esenciales" de la materia que regula. Finalmente, la ley no puede excluir la potestad reglamentaria.

Ambos instrumentos permiten afirmar que el constituyente de 1980 ha tenido como finalidad establecer una verdadera limitación al actuar del Poder Legislativo, toda vez que no desea que se avoque a otras materias que las expresamente señaladas como materias de ley en el artículo 60 de la Carta Fundamental. Incluso, dentro de dichas materias, quiere que sólo trate el núcleo esencial de ellas, dejando al Poder Ejecutivo con amplias prerrogativas, desde el momento en que, por una parte, le entrega al Presidente de la República la posibilidad de abordar a través del reglamento autónomo todas aquellas materias que no haya entregado a la ley; mientras que, por el otro, le entrega la facultad de reglamentar todo tipo de leyes a través de la potestad reglamentaria de ejecución, siempre que el Ejecutivo lo estime pertinente, para el adecuado desarrollo de la respectiva norma.

Lo anterior implica que la Constitución desea que exista una amplia colaboración entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, cada uno en cumplimiento de su función, en todo lo relativo a la ejecución de las leyes. Por eso, en nuestro ordenamiento, el reglamento está llamado a colaborar con la ley para complementar o particularizar algunos de sus aspectos en materias instrumentales y con la debida sujeción a la ordenación legal de la materia reservada.

### 3. Los problemas de la potestad reglamentaria

No obstante los parámetros señalados, respecto de las normas dictadas en ejercicio de la potestad reglamentaria en general, y la del Presidente de la República, se observan algunos conflictos en la jurisprudencia de nuestros tribunales.

En primer lugar, el problema de la legitimidad. Se enfrentan aquí quienes sostienen que las normas administrativas no pueden regular la actividad económica, y quienes lo permiten.

En segundo lugar, está el problema de la intensidad. Busca responder al grado de intervención de la regulación. Para unos, el reglamento sólo pormenoriza la ley; para otros, puede desarrollarla o completarla.

Finalmente, se encuentra el conflicto sobre su control. Este tiene tres expresiones: si los tribunales pueden o no contrastar directamente la Constitución con el decreto examinado, saltándose la ley que ejecuta; si los

tribunales pueden o no inaplicar tácitamente un decreto que juzgan ilegal; por último, si la Corte Suprema, en un recurso de inaplicabilidad, puede o no declarar inaplicable la ley que funda un decreto dictado. El presente trabajo describe dichos problemas, precisando las posiciones que sobre ellos existen.

## II. Primer problema: la disputa por la legitimidad<sup>5</sup>

### 1. Introducción

En la relación ley-reglamento, entre 1990 y 1999, tanto en el Tribunal Constitucional como a nivel de tribunales ordinarios, se debatieron dos posiciones claramente diferenciadas. Una posición sostuvo que el reglamento no tiene cabida en la regulación de los derechos, ni aun para ejecutar la ley. Cuando la Constitución entrega al legislador abordar una materia, excluye por ese solo hecho la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Es la posición que podemos denominar "reserva absoluta" de ley.

La otra posición sostuvo que el reglamento es una técnica de colaboración en la ejecución de la ley. Hay materias que el legislador no puede abordar por su complejidad, mutabilidad, tecnicismo, etc. En esos casos, puede convocar al reglamento, fijándole los parámetros de su intervención. En la Constitución no existe una reserva de ley sino que varias. Dependerá de la intensidad de la reserva el ámbito del reglamento. En todo caso, la ley sólo debe limitarse a establecer las bases esenciales de un ordenamiento jurídico. Es la posición que podemos denominar "reserva relativa" de ley.

La primera posición predomina entre 1990 y 1996. La segunda posición se inicia en 1997, y se ha mantenido hasta la fecha.

### 2. La argumentación de las dos tesis respecto de la potestad reglamentaria en el Tribunal Constitucional

Tal como se indicó, el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios han tenido dos posiciones respecto de la manera en que se armoniza la relación entre la ley y el reglamento. Una denominada la tesis de la "reserva absoluta" de ley; la otra, denominada tesis de la "reserva relativa". La primera señala que nuestra Constitución exige a la ley una regulación más exhaustiva, de modo que el espacio no lo llene el reglamento. La otra, en cambio, señala que en nuestra Constitución la ley sólo debe abordar las materias que la Constitución expresamente le encargó abordar. Y dentro de esas, sólo debe regular las bases esenciales del ordenamiento jurídico; lo demás queda entregado al reglamento.

A continuación se sintetizan los argumentos sustentados por el Tribunal Constitucional en distintos fallos para ambas posiciones.

#### a) Argumentos para la reserva absoluta

Los argumentos para la tesis de la "reserva absoluta" pueden agruparse en las siguientes categorías:

##### i. La regulación es propia del legislador<sup>6</sup>

A propósito de derecho a desarrollar una actividad económica, sostuvo que regular, conforme al DRA, debe entenderse como ajustado y conforme a reglas. Regular una actividad es someterla al imperio de una reglamentación que indique cómo puede realizarse.

Jamás podría interpretarse que regular es impedir el libre ejercicio del derecho. En caso alguno, bajo pretexto de regular un accionar privado, se puede llegar hasta obstaculizar o impedir la ejecución de actos lícitos amparados por el 19 N° 21. Al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho.

El legislador, haciendo uso de su facultad de "regular", puede establecer limitaciones y restricciones al derecho a desarrollar cualquier actividad económica. Esta facultad no le corresponde al administrador, pues estas atribuciones están entregadas expresamente al legislador, al disponer el constituyente que el derecho a desarrollar una actividad económica se asegura "respetando las normas legales que las regulan". En otras palabras, el constituyente entrega al legislador y no al administrador la facultad de disponer cómo deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse.

Las limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo. Por eso, la expresión "las normas legales que la regulan" del 19 N° 21 se refiere a las leyes; de lo contrario se aceptaría que el administrador puede regular el ejercicio de los derechos constitucionales.

##### ii. Las limitaciones las impone la ley<sup>7</sup>

A propósito de las limitaciones al dominio, sostuvo que limitar importa acortar, cerrar, restringir. Las limitaciones suponen el establecimiento de determinadas cargas al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales. La privación, en cambio, despoja a uno de una cosa que poseía; consiste en apartar a uno de algo. Además, ambas instituciones se diferencian en que el sustento de la privación es el interés nacional y la utilidad pública, en cambio el fundamento de las limitaciones al dominio lo constituye la función social que debe cumplir la propiedad. Las limitaciones constituyen la expresión jurídica de los deberes anexos al dominio que la doctrina señala como consecuencia de su carácter social.

### iii. La leyes de bases no son la regla general<sup>8</sup>

Las leyes de bases dan más amplitud a la potestad reglamentaria del Presidente de la República. El artículo 60 reconoce la ley de bases, por ejemplo, en el N° 4, que se refiere específicamente a "Las materias básicas relativas al régimen jurídico laboral, sindical, previsional y de seguridad social"; en el N° 18, a "Las que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública"; y en el N° 20, a "Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico".

Sin embargo, en los otros numerales del artículo 60 no se hace mención a ella.

En las materias que no son de "bases", el legislador debe regular integralmente. Aquí están todas aquellas que la Constitución exige que sean reguladas por una ley y las que sean de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (artículo 60, Nos. 2 y 14), como es el caso de imponer, suprimir, reducir o condonar tributos.

Para examinar, entonces, la amplitud de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, es menester analizar, cuidadosamente, el artículo 60 de nuestra Constitución.

De ahí resulta que sólo en ciertas materias el Presidente puede complementar las materias de ley con mayor latitud. Tratándose de las demás materias de ley, en las que el constituyente no hace referencia alguna a la posibilidad de dictar leyes de bases, prácticamente se exige una regulación total del legislador; aquí el reglamento debe limitarse estrictamente a poner en ejecución esas normas, sin que le esté permitido incorporar nuevas disposiciones o complementar las materias estrictamente legales.

### iv. El reglamento no puede invadir la reserva legal<sup>9</sup>

Los artículos 6° y 7° de la misma Carta consagran el principio básico de jerarquía normativa subyacente en nuestro ordenamiento constitucional. Este, por una parte, no autoriza a modificar normas de carácter legal por medio de decretos supremos. La Constitución es la que establece las materias que son propias de ley, de manera tal que la ley que pretenda alterar esa competencia y disponer que por un decreto puede modificarse lo establecido en una norma legal, es abiertamente inconstitucional.

Por otra parte, en lo que aquí interesa, el Tribunal Constitucional sostiene que la "reserva legal" excluye la posibilidad que por decretos supremos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria, autónoma, y menos todavía de ejecución, del Presidente de la República, se aborde una regulación.

### b) Argumentos para la reserva relativa

Descritos los argumentos para la tesis de la reserva absoluta, corresponde verificar los argumentos que estructuran la tesis de la "reserva relativa" de ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Pueden agruparse de la siguiente manera:

#### i. Dominio máximo legal<sup>10</sup>

La Constitución de 1980 cambió el sistema de dominio legal mínimo establecido por el artículo 44 de la Constitución de 1925, por el sistema de dominio legal máximo, al precisar que sólo son materia de ley las que taxativamente enumera en su artículo 60. El precepto de la Constitución de 1925 contenía una enumeración no estricta, ni rígida, sino abierta, de quince materias que sólo en virtud de una ley podían ser reguladas, haciendo procedente la regulación legal en cualquiera otra materia que la Constitución no hubiera reservado expresamente a otra autoridad.

El cambio de criterio de una Carta a otra se justifica en la conveniencia y necesidad de asegurar al gobierno mayores facultades de ejecución para resolver los asuntos de bien común e interés general que no sean de aquellos que, por su trascendencia política, deban ser tratados de manera conjunta por el Presidente de la República y el Congreso y que se corrobora con lo que dispone el N° 8 del art. 32 de la Constitución.

El dominio máximo o el dominio reservado implica que la ley debe contener solamente aquellas normas destinadas a resolver los problemas más importantes de la Nación, esto es, limitado sólo a las bases esenciales sobre el ordenamiento jurídico que establece, pero sin penetrar al ámbito exclusivo de la potestad reglamentaria propia del órgano ejecutivo.

Ese principio restrictivo trae como consecuencia que la ley sólo procederá en los casos que taxativamente se señalan en el artículo 60 de la Constitución Política, debiendo entenderse, además, que la ley sólo debe contener los elementos esenciales de la materia que regula, sin que ella pueda excluir la potestad reglamentaria que la Constitución Política confiere al Presidente de la República en su artículo 32, N° 8, para dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea conveniente para la ejecución de las leyes.

La ley sólo debe señalar las bases, criterios o parámetros generales que encuadran el ejercicio de una potestad.

#### ii. Hay distintas reservas legales en la Constitución<sup>11</sup>

No todas las reservas legales tienen la misma amplitud y profundidad. Hay reservas absolutas y reservas relativas.

En el caso de las reservas relativas, incumbe un mayor campo de acción a la potestad reglamentaria subordinada.

Cuando una ley es marco, corresponde al Ejecutivo o al órgano administrativo detallar su ejecución.

La expresión con "arreglo a la ley", por ejemplo, significa que no se reserva exclusivamente a la ley la materia respectiva, sino que también se convoca la potestad reglamentaria para regularla en los términos que fije la ley.

### iii. La naturaleza del reglamento<sup>12</sup>

Mediante la potestad reglamentaria, el Presidente de la República se limita a dictar las normas tendientes a poner en ejecución un precepto legal con estricta sujeción a lo que éste dispone.

Reglamento de ejecución y ley conforman un solo todo jurídicamente armónico e indisolublemente unidos.

Un reglamento de ejecución no hace más que ayudar a la ley para que pueda producir efectos jurídicos. La ley hace una remisión al reglamento de ejecución para que complemente, bajo ciertas directrices, su contenido básico.

## III. Segundo problema: la intensidad

### 1. Introducción

A raíz de recientes fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago, ratificados o modificados por la Corte Suprema<sup>13</sup>, una nueva disputa sobre la relación entre la ley y el reglamento parece comenzar.

Hasta el momento, la disputa entre el reglamento y la ley, tanto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como de las Cortes de Apelaciones, era un asunto de legitimidad. Se discutía, tal como se analizó en el apartado anterior, si el reglamento podía o no participar en la regulación de actividades económicas.

Para unos, el reglamento nunca podía regular derechos; éste era un asunto del legislador. Para otros, en cambio, dado que la ley en nuestro sistema sólo debe abordar las bases esenciales de un ordenamiento jurídico, el reglamento está llamado a colaborar con la ley inevitablemente; más todavía si la potestad del Presidente de la República tiene rango constitucional.

Sin embargo, la nueva disputa no está en este ámbito; se da una vez reconocida la legitimidad de la potestad reglamentaria para regular derechos.

En efecto, la reserva constitucional de una materia a la ley no supone, contra lo que pudiera parecer, la prohibición total de acceso a la misma de la potestad reglamentaria, pues cabe un cierto grado, diverso según los casos, de colaboración del reglamento con la ley previa que la regule. El problema no es si la norma legal puede apelar a la norma reglamentaria sino el cuántum admisible de esta remisión<sup>14</sup>.

La reserva de ley se caracteriza por crear una obligación al legislador de regular él mismo el núcleo básico de la materia, de tal manera que sólo sea posible remitir al reglamento la emanación de disposiciones tendientes a la ejecución de los preceptos de la ley. Ello es concordante con que la ley se deba limitar a establecer las normas básicas de la disciplina de un ordenamiento determinado.

La existencia de reserva de ley respecto a una materia supone, pues, que ésta, al tener que ser abordada por el legislador, queda sustraída a la normación reglamentaria, pero no evita que las disposiciones del Ejecutivo puedan colaborar con ésta para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción a la ordenación legal superior, la materia reservada<sup>15</sup>.

La nueva disputa, en cambio, consiste en determinar cuál es el margen o el ámbito de su intervención. La discusión no es si puede o no regular, sino cuánta regulación le es posible sin exceder o contravenir la ley que ejecuta.

También se dan aquí dos posiciones. Una que analiza el reglamento con estricta sujeción a la ley. El reglamento no puede reemplazar a la ley; sólo puede ejecutarla, detallarla o especificarla, sin modificarla.

La otra posición sostiene que el reglamento lleva lo general y abstracto de la ley a lo particular y concreto. Por lo mismo, no sólo debe limitarse a ejecutar, es decir, pormenorizar o detallar sin alterar la ley, sino también contener todo lo necesario para el cumplimiento y aplicación de la normativa legal. El reglamento tiene un rol no sólo de pormenorización sino también de desarrollo y complementación de la ley.

### 2. Las dos tesis en pugna

Hay consenso en que el rol del reglamento de ejecución es cumplir y facilitar la implementación de las leyes; entrar en los detalles y circunstancias concretas de la regulación. El reglamento debe desenvolver los contenidos abstractos y generales de la ley, proyectándolos a casos concretos para su adecuado

cumplimiento. La administración, mediante el reglamento, incorpora elementos técnicos que la ley no establece.

Sin embargo, existe una disputa respecto del límite de esta tarea.

#### a) La tesis finalista<sup>16</sup>

Para unos, el rol central del reglamento es la ejecución de la ley. Ello implica no sólo desarrollar y detallar los aspectos de la ley, sino hacer todos los esfuerzos necesarios para llevar adelante su aplicación. El rol del reglamento es cumplir o aplicar la ley; su propósito es facilitar la implementación de la norma legal. El reglamento complementa la ley para su mejor ejecución; concretiza y facilita el modo de hacer efectiva la regulación legal. La norma administrativa ayuda con su especificidad a la norma general para ejecutarla en situaciones concretas. En tal sentido, puede desarrollar o complementar la ley. Esta posición es la que podríamos denominar "finalista", pues define el rol del reglamento por su propósito último.

#### b) La tesis del parámetro estricto<sup>17</sup>

Para otros, en cambio, el reglamento sólo puede desarrollar lo ya legislado; no puede complementar o desarrollar ni innovar en lo ya regulado. La potestad reglamentaria es una atribución de aplicación, no de complementación. Por lo mismo, sólo puede regular aspectos de detalle no abordados por la ley. Su función es pormenorizar, sin alterar, completar o complementar la ley, aunque sea para facilitar su cumplimiento. El reglamento no puede alterar los derechos ni obligaciones ni aún a pretexto de ejecutar la ley. Esta posición es la que podríamos denominar "del parámetro estricto", pues el reglamento se define no por su propósito sino por su origen. El reglamento ejecuta la ley; pero no es ley; es ésta la que establece su grado de intervención. Más que su finalidad, vale su referencia al marco de remisión.

#### . Los criterios de solución para el rol del reglamento

Dichas posiciones lo que intentan responder es hasta dónde puede llegar el reglamento, es decir, cuál es el ámbito de regulación lícita que le es permitido.

Para determinar el grado de intervención del reglamento en la regulación se han esbozado tres teorías en nuestra doctrina: la teoría del complemento indispensable; la teoría de la razonabilidad técnica y la teoría de la intensidad de la reserva.

Cabe precisar que estas posiciones no son excluyentes o contradictorias, pues todas buscan resolver el mismo problema, sólo que lo hacen desde ópticas diferentes. Su destino es el mismo; lo que varía es el punto de partida. Por lo mismo, en un caso concreto, pueden utilizarse indistinta o conjuntamente. a) La

#### teoría del complemento indispensable<sup>18</sup>

Esta posición sostiene que la potestad reglamentaria es una técnica de colaboración de la Administración con el Poder Legislativo. Este puede no agotar la regulación de la materia, requiriendo la colaboración del titular la potestad reglamentaria.

De ahí que la colaboración reglamentaria no supone una excepción a la reserva de ley sino una modalidad de su ejercicio. La ley tiene dos alternativas: agota por sí sola la regulación de una materia o puede decidir quedarse incompleta y encomendar a un reglamento que regule el resto de acuerdo con las instrucciones y pautas que la proporcione.

Consecuente con lo anterior, el reglamento no sustituye a la ley sino que colabora con ella. Por eso, no suple los olvidos de la ley sino que completa lo que ésta ha dejado de forma deliberada sólo esbozado o lo que iniciado, ha dejado sin terminar.

Pero aquí existe una obligación para la ley: no puede renunciar a regular los aspectos que la Constitución le manda normar; no puede encomendar al Ejecutivo "legislar", es decir, abordar materias propias de ley.

Sin embargo, si la ley hace un llamamiento al reglamento, debe dar las instrucciones suficientes para que complete su labor. Por eso, no son del todo válidas las cláusulas de remisión en blanco o incompletas.

De esta manera, la reserva legal se desarrolla en dos fases. La primera fase se desarrolla por ley, la que contiene un desarrollo parcial y una remisión. La segunda fase se desarrolla por el reglamento remitido, que completa el régimen parcial de la ley y desarrolla su contenido de acuerdo con instrucciones expresas.

Ahora bien, conforme a lo anterior, el decreto de ejecución se estructura sobre la base de dos elementos.

Por una parte, que la ley contenga los criterios y principios que le corresponde desarrollar y complementar al decreto. El decreto tiene que poder contrastarse con un marco de remisión.

Por la otra, que el decreto tiene como ámbito todo aquello que sea necesario para la realización de las disposiciones de la ley. El decreto no puede ir más allá del "complemento indispensable" de la ley<sup>19</sup>. Ello significa, desde el punto de vista negativo, que el decreto no puede incluir más que lo que sea estrictamente indispensable para garantizar el desarrollo y la ejecución de la ley. En este sentido el decreto de ejecución

no podría contener nuevos mandatos normativos ni podría agravar cargas u obligaciones de la ley que desarrolla.

Desde el punto de vista positivo, el complemento indispensable significa que el decreto debe incluir, justamente, todo lo indispensable para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de la ley que desarrolla. En este sentido, puede precisar las normas de la ley en lo que tengan de vago e incompleto, incluir normas de organización y procedimiento que no afecten el contenido normativo sustancial de la ley; incluso podría paliar las eventuales deficiencias de ésta.

#### b) La teoría de la razonabilidad técnica

Esta posición ha sido esbozada por nuestro Tribunal Constitucional<sup>20</sup>. Ha señalado que mediante la potestad reglamentaria, el Presidente de la República se limita a dictar las normas tendientes a poner en ejecución un precepto legal con estricta sujeción a lo que éste dispone. Un reglamento de ejecución no hace más que ayudar a la ley para que pueda producir efectos jurídicos. La ley hace una remisión al reglamento de ejecución para que complemente, bajo ciertas directrices, su contenido básico.

Reglamento de ejecución y ley -agrega el Tribunal Constitucional- conforman un solo todo jurídicamente armónico e indisolublemente unidos.

De ahí que el reglamento que se aparta de la ley en consonancia con la cual se dicta, produce la desvinculación de uno y otra, ya que dejan de constituir un todo jurídicamente armónico, para transformarse en partes de una relación que se contrastan y se repudian.

El decreto -señala el Tribunal Constitucional- contraría la ley no sólo cuando está en pugna con su texto expreso, sino también cuando su contenido desborda el marco de posibilidades regulatorias que brinda la Constitución. No resulta razonable suponer que el legislador ha recomendado al reglamento dictar normas que pugnen con la Carta Fundamental.

De ahí que el reglamento debe tener una "razonabilidad técnica", es decir, una apropiada adecuación entre los fines postulados por la ley y los medios que planifica el reglamento para lograrlos. Debe existir una correspondencia entre las obligaciones que la norma impone y los propósitos que la ley quiere alcanzar, con el contenido preceptivo del reglamento.

La jurisprudencia norteamericana también ha recogido esta tesis, pues no ha dudado en anular reglamentos por el hecho de ser irrazonables, pese a respetar el alcance del mandato conferido por el legislador a la Administración. La Suprema Corte ha declarado que la validez de un reglamento sólo se sostiene si está razonablemente relacionado con los propósitos de la ley de cobertura. Debe hacer una conexión racional entre el fundamento fáctico aportado por la Administración y la regulación que se dispone<sup>21</sup>.

En España, García de Enterría estructura esta posición bajo el concepto de arbitrariedad reglamentaria<sup>22</sup>. Esta comprende los siguientes supuestos: "Reglamentos que partan de una apreciación falsa de los hechos en virtud de los cuales se determinen, que impliquen una ruptura del principio de igualdad, que pretendan transgredir los principios immanentes a la naturaleza de instituciones cuya configuración trasciende de los poderes reglamentarios, que intenten establecer un régimen restrictivo que no guarde proporción o congruencia con las finalidades positivas perseguidas, que suponga una manipulación de los medios elementales de vida de los destinatarios como instrumentos coercitivos, que aparezcan motivados en una finalidad de protección de simples intereses particulares, para cuya elevación al rango de intereses públicos no se reconoce un poder soberano a la calificación reglamentaria; reglamentos que pretendan tener un efecto retroactivo; reglamentos que aboquen a resultados "manifiestamente injustos" o "iniquidad manifiesta", o atenten a la "justicia natural"; reglamentos intrínsecos u objetivamente irrazonables, o que notoriamente falten a la buena fe exigible en la relación poder público-súbditos, o a los criterios o standards de buena Administración...".

Para verificar la eventual arbitrariedad de los reglamentos, la doctrina<sup>23</sup> señala tres técnicas. En primer lugar, analizar el reglamento desde la perspectiva de la proporcionalidad. Debe existir un razonable equilibrio entre los medios utilizados y los fines perseguidos. En segundo lugar, el reglamento debe ser enjuiciado desde el punto de vista de su congruencia. Mientras la proporcionalidad se refiere al equilibrio entre medios y fines, la congruencia alude a la adecuación de los medios para alcanzar un fin determinado. En tal sentido, un reglamento es arbitrario cuando los medios técnicos jurídicos de que se sirven son incongruentes con la finalidad que persiguen. Finalmente, está la desviación de poder. La administración no puede elegir caprichosamente los fines hacia los que se encamina una potestad. La ley marca a la administración un objetivo, del cual el reglamento no puede apartarse, sin contravenir o violentar la ley.

#### c) La teoría de la intensidad de la reserva

La tercera posición para entender el ámbito del reglamento cuando ejecuta la ley, es partiendo de la intensidad de la reserva<sup>24</sup>.

Esta tesis sostiene que la reserva legal no tiene siempre la misma intensidad. A propósito de las garantías constitucionales, dicha reserva es singularmente estricta, recortando con ello el ejercicio de la potestad

reglamentaria de ejecución en los artículos 19º Nº 26, 60º Nº 20º y 61º inciso 2º de la Ley Suprema.

En cambio, tratándose de la parte orgánica de la Constitución, como sucede, por ejemplo, con la Ley de Presupuestos, la reserva legal debe ser calificada de menos absoluta o más relativa y, por ende, incumbe un campo de acción mayor a la potestad reglamentaria subordinada, siendo propio de la ley otorgar la aprobación pertinente y señalar sólo las bases, criterios o parámetros generales que encuadran el ejercicio de aquella potestad. Ello ocurre cada vez que la Constitución emplea expresiones como "con arreglo a la ley", "de acuerdo con las leyes", "con sujeción a la ley", "de acuerdo a lo que determine la ley" o "en conformidad a la ley", en los artículos 10º Nº 4º, 24º inciso 2º, 32º Nº 22, 87º y 94 del Código Político.

Todas esas locuciones implican el respeto al principio de legalidad, pero lo flexibilizan, pues se otorga una zona normativa extensa a la potestad reglamentaria subordinada.

La doctrina que sostiene esta posición distingue cuatro tipos de reserva legal, correspondiéndole a la potestad reglamentaria un comportamiento distinto en cada uno de ellos. Estos son:

i) Reservas legales complementarias. Ellas se caracterizan, en general, por un mandato constitucional en donde el núcleo del derecho lo define el propio texto fundamental abandonando su complemento a la ley, de modo que el derecho se ve perfeccionado cuando la ley existe. El ámbito del reglamento es aquí muy menor.

ii) Reservas legales limitativas. Se caracterizan por el hecho de que el constituyente autoriza al legislador para establecer deslindes al contenido del derecho. Es una reducción impuesta exteriormente al contenido del derecho o libertad objeto de reconocimiento constitucional, mediante la exclusión de determinados supuestos fuera del ámbito de protección en virtud de una expresa habilitación constitucional.

El reglamento tiene también aquí un ámbito de creatividad estrecho.

iii) Reservas legales regulatorias. Se caracterizan por el mandato constitucional, que le permite al legislador guiar la configuración del derecho, supeditado siempre a los fines y objetivos que la Constitución le establece, entre otros, el respeto a la esencia del derecho. En consecuencia, es el propio legislador quien determina qué cuestiones precisas quedan subordinadas a la ley, y en aquellos aspectos que no puedan ser resueltos por ella, justificadamente, se las entrega al reglamento para perfeccionar la regulación y que sea posible su eficacia. Aquí el reglamento tiene un espacio mayor.

iv) Reservas legales negativas. Ellas constituyen claramente prohibiciones; ello implica que al legislador se le limita explícitamente para atribuirse competencias en la materia que precisa la Constitución, v. gr. "la ley no podrá establecer diferencias arbitrarias". El reglamento tiene en este tipo de reservas la misma restricción que la ley que ejecuta; por lo mismo, su grado de intervención es menor.

#### IV. Tercer problema: el control

El tercer problema que tienen las normas reglamentarias en la jurisprudencia, es su control. Se trata de definir hasta dónde pueden llegar los tribunales al analizar un decreto, una resolución; qué tipo de potestades tienen.

Aquí se describirá el conflicto en tres órganos distintos: en el Tribunal Constitucional, en los tribunales ordinarios y en la Corte Suprema, cada uno desde su propia competencia.

1. El conflicto del control en el TC: el problema del contraste directo Constitución-decreto, habiendo ley de por medio<sup>25</sup>

Entre 1990 y 1999, paralelamente al conflicto sobre el ámbito de la ley y del reglamento, el Tribunal sostiene dos tesis sobre su competencia, directamente asociadas a dichas proposiciones.

La primera sostiene que el Tribunal debe controlar el decreto y declarar su disconformidad con la Constitución, aunque éste se ajuste perfectamente a la ley. El cumplimiento de la ley no puede servir de excusa para violar la Constitución. Esta tesis es coincidente con la que sostiene que el reglamento no tiene cabida en la regulación de los derechos. A esta tesis la denominaremos tesis de la "competencia amplia".

La segunda posición, por su parte, sostiene que el Tribunal no puede enjuiciar implícitamente la constitucionalidad de una ley al resolver sobre la inconstitucionalidad de un decreto. El Tribunal sólo puede pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de un decreto que se aparte de la ley, pues en este caso se rompe la armonía entre ley y decreto. Esta posición es coincidente con la que sostiene que el reglamento puede intervenir en la regulación de los derechos. A esta tesis la denominaremos tesis de la "competencia restringida".

Ambas tesis quedan nítidamente expresadas en el fallo de mayoría y en el de minoría sobre el D.S. 171, de Minvu, de 1997, y en el fallo sobre el Décimo Protocolo con Bolivia.

En efecto, con ocasión de la sentencia del Tribunal Constitucional en el requerimiento sobre el Decreto Supremo 171, de MINVU, de 1997, se enfrentaron dos posiciones acerca de la competencia del Tribunal Constitucional respecto de la relación ley reglamento.

La tesis de mayoría la redactó el Ministro Valenzuela. La tesis de minoría, la Ministro Luz Bulnes.



Lo importante es que con este fallo se rompe la tendencia que hasta ese momento primaba en el Tribunal. Hasta este fallo, la tesis predominante era la que había redactado la Ministro Luz Bulnes en la sentencia del decreto sobre acceso a las playas.

También, con ocasión del requerimiento en contra el Décimo Protocolo adicional con Bolivia, la tesis de la competencia del Tribunal en materia de decretos se volvieron a enfrentar.

A continuación se sintetizan los argumentos de ambas posiciones. La que sostiene que el Tribunal puede contrastar directamente el decreto con la Constitución la denominaremos "tesis de la competencia amplia". La que sostiene que ello no es posible, porque implica enjuiciar implícitamente la constitucionalidad de la ley, la denominaremos la "tesis de la competencia restringida".

#### a) Argumentos para la competencia amplia del Tribunal Constitucional<sup>26</sup>

Los argumentos que sustentan la "tesis de la competencia amplia" pueden agruparse de la siguiente manera:

##### i. Rol del Tribunal Constitucional

Si estudiamos la historia del Tribunal Constitucional en Chile, veremos cómo éste se creó para resguardar las normas constitucionales, no sólo cautelando las que provengan del órgano legislativo, sino, también, las del órgano ejecutivo.

Ello aparece claro en las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, especialmente de lo acordado en las Actas Nos. 417, 359 y 415.

En esta última sesión y refiriéndose a esta materia el señor Lorca dice: "La inclusión del nuevo inciso, a continuación del Nº 5, ya que, de acuerdo a su contenido, todo el régimen de la supremacía constitucional queda radicado en el Tribunal Constitucional."

Aceptar que el Tribunal Constitucional sólo podría ejercer la atribución del artículo 82, Nº 5, cuando el decreto se desvincula de la ley, implica una afirmación que deja sin efecto una clara atribución de este Tribunal, que la puede ejercer sin que ello signifique pronunciarse sobre los actos del órgano legislativo.

##### ii. La tesis de la desvinculación de la ley como único vicio restringe la competencia del Tribunal Constitucional

Aceptar que el Tribunal Constitucional sólo podría ejercer la atribución del artículo 82, Nº 5, cuando el decreto se desvincula de la ley, implica una afirmación que deja sin efecto una clara atribución del Tribunal, que la puede ejercer sin que ello signifique pronunciarse sobre los actos del órgano legislativo.

El constituyente quiso, según se desprende con toda claridad del artículo 6º de la Constitución, que todos los órganos del Estado actúen de acuerdo a la Constitución y para ello estructuró órganos que velan para que se cumpla este principio. De aquí las funciones del Tribunal Constitucional.

Además, cuando el Tribunal Constitucional ejerce el control de constitucionalidad de las normas emanadas del órgano ejecutivo debe revisar, antes que nada, si se ha dado cumplimiento o no a las normas constitucionales.

##### iii. Cumplir con la ley no puede justificar violar la Constitución

El cumplimiento de la ley jamás puede servir de justificante para la violación de la Constitución, ya que por imperativo constitucional el Jefe de Estado debe actuar no sólo en conformidad a las leyes, sino que, prevalentemente, con apego irrestricto a la Constitución. No debe olvidarse que el Primer Mandatario está vinculado directa e inmediatamente a la Constitución, es decir, no se encuentra vinculado a ésta a través de las leyes. De este modo, su actuación tiene que observar, en primer término, los mandatos constitucionales y sólo a continuación los mandatos legales. Si la Constitución no le permite actuar, aun cuando la ley lo autorice, necesariamente deberá abstenerse de hacerlo, so pena de incurrir en infracción constitucional.

Lo anterior se desprende claramente del artículo 6º y también del artículo 24 de la Constitución Política que vincula directamente al Presidente de la República a la Constitución.

##### iv. Por sobre la jerarquía, supremacía constitucional

Para el intérprete, sobre el principio de jerarquía de las normas, debe prevalecer siempre la supremacía constitucional.

El Tribunal Constitucional, con independencia de la ley, debe velar por la constitucionalidad de los decretos del Presidente de la República.

Las disposiciones de la Constitución de 1980 obligan a todos los órganos del Estado y son normas jurídicas autónomas y directamente aplicables.

#### b) Argumentos para la competencia restringida<sup>27</sup>

Descritos los argumentos de la "tesis de la competencia amplia", a continuación se sintetizan los argumentos de la "tesis de la competencia restringida" del Tribunal.

i. No caben juicios implícitos de la ley

El Tribunal Constitucional no puede enjuiciar implícitamente la constitucionalidad de una ley al resolver sobre la inconstitucionalidad de un decreto. Ello vulneraría normas que consagran, mediante el reparto de competencias, el principio de supremacía constitucional y las atribuciones de los distintos poderes del Estado.

El Tribunal Constitucional no está autorizado para emitir juicios implícitos o explícitos sobre la constitucionalidad de una norma legal en vigencia.

ii. El Tribunal Constitucional es competente si el decreto se aparta de la ley

Un reglamento de ejecución no hace más que ayudar a la ley para que pueda producir efectos jurídicos. La ley hace una remisión al reglamento de ejecución para que complemente, bajo ciertas directrices, su contenido básico.

Reglamento de ejecución y ley conforman un solo todo jurídicamente armónico e indisolublemente unidos.

Mediante la potestad reglamentaria, el Presidente de la República se limita a dictar las normas tendientes a poner en ejecución un precepto legal con estricta sujeción a lo que éste dispone.

El reglamento que se aparta de la ley en consonancia con la cual se dicta produce la desvinculación de uno y otra, ya que dejan de constituir un todo jurídicamente armónico, para transformarse en partes de una relación que se contrastan y se repudian.

El decreto contraría la ley no sólo cuando está en pugna con su texto expreso, sino también cuando su contenido desborda el marco de posibilidades regulatorias que brinda la Constitución. No resulta razonable suponer que el legislador ha recomendado al reglamento dictar normas que pugnen con la Carta Fundamental.

Como bien se sabe, los actos derivados de la llamada "Potestad Reglamentaria de Ejecución" del Presidente de la República ocupan un tercer lugar jerárquico bajo la Constitución y la ley.

En efecto, dicha actividad reglamentaria es "infra legem" o sublegal.

Por consiguiente, si se trata de evaluar la constitucionalidad de un decreto de ejecución, el punto de referencia en lo inmediato debe ser la ley habilitante.

El Tribunal Constitucional puede enjuiciar un decreto cuando éste se aparta de la ley que ejecute, sin que ello importe una intromisión en un acto legislativo.

El Tribunal Constitucional no está facultado para pronunciarse sobre la legalidad de los decretos, sino sólo sobre su constitucionalidad.

Esta conclusión no significa de manera alguna una abdicación de las atribuciones del Tribunal Constitucional, pues éste, de conformidad con lo prescrito en el artículo 7º de la Carta Fundamental, actúa válidamente siempre que lo haga dentro de su competencia. Es evidente, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 82 de la misma Carta, que el Tribunal Constitucional carece de facultades para emitir pronunciamientos implícitos o explícitos sobre la constitucionalidad de un tratado o de una ley en vigor. Por consiguiente, al obrarse de esta manera, se está dando estricta y cabal aplicación a los artículos 6º, 7º, 80 y 82 de la Ley Fundamental. Además, mediante una interpretación lógica y sistemática de su texto, se evita que este Tribunal extienda su jurisdicción más allá de los límites que le señala la preceptiva constitucional.

iii. La supremacía constitucional supone la jerarquía normativa

El principio de supremacía constitucional no se contrapone al principio de jerarquía de las normas, sino que, por el contrario, convergen en la misma dirección, pues la "supremacía constitucional" presupone el de "jerarquía normativa", como se encargan de destacarlo, con razón, diversos autores. En efecto, Bidart Campos, en su obra "La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional", expresa al respecto: "La doctrina moderna de la supremacía se refiere a la constitucional, presupone que el orden jurídico no es caótico ni desordenado, sino que su plexo se integra en una gradación jerárquica y escalonada que conoce planos subordinantes y subordinados. Otra vez, agrega, el descenso piramidal desde del vértice ocupado por la constitución formal hasta la base muestra que hay planos escalonados, en cada uno de los cuales la forma de producción jurídica y el contenido de ésta deben adecuarse a las prescripciones del plano antecedente, que marca las pautas al inferior, desembocando y remitiéndose todos a la instancia última de la constitución suprema.".

2. El conflicto del control ante los tribunales ordinarios: el problema de la inaplicabilidad tácita

Un segundo frente en materia de control lo tienen los reglamentos respecto de la inaplicabilidad tácita.

El problema se origina en lo siguiente: el decreto de ejecución tiene por propósito, como su nombre lo indica, ejecutar la ley. Por eso se le denomina también decretos subordinados.

Ahora bien, si el reglamento excede o contraviene el marco de la ley que ejecuta, cabe preguntarse qué sanciones tiene. Al respecto, existen dos posiciones:

#### a) La posición de la inaplicabilidad tácita

En primer lugar, la jurisprudencia<sup>28</sup> ha sostenido que si el reglamento excede la ley que ejecuta, desbordándolo o introduciéndose en el ámbito propio de la ley, hay un vicio de ilegalidad y de inconstitucionalidad.

En segundo lugar, en la medida que el reglamento no sobrepase el ámbito de la ley, forma parte del ordenamiento jurídico regulatorio del derecho respectivo. En otras palabras, si desborda o excede dicho ámbito -se sostiene- no es integrante de dicha regulación.

En tercer lugar, la jurisprudencia ha señalado lo siguiente: "aun cuando los tribunales carecen de jurisdicción para dejar sin efecto un decreto supremo en razón de su ilegalidad, se encuentran no obstante plenamente facultados para desconocer eficacia al acto de autoridad que rebasa los límites que le han fijado la Constitución y las leyes cuando dicho problema se plantea dentro de la esfera de su competencia, como una manera efectiva de adoptar entonces y de inmediato las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado que se le requiere y que les franquea el artículo 20 de la Carta Fundamental"<sup>29</sup>.

Es, en este último alcance, donde la sanción por exceder o contravenir la ley se expresa con más claridad. Se sostiene que el juez está facultado para prescindir del reglamento que adolece de este vicio. La potestad que lo habilita en un recurso de protección, por ejemplo, es la general que tiene toda Corte de restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

La doctrina denomina a esta facultad "la inaplicabilidad tácita del reglamento ilegal", pues el juez, frente a este reglamento, no puede aplicarlo para resolver la disputa<sup>30</sup>.

Su origen histórico en nuestro sistema fue la falta de tribunales con competencia para conocer de la invalidación o de la nulidad de los actos de la administración bajo el régimen de la Constitución de 1925. Frente a eso, los jueces, como no podían anular un acto, no lo aplicaban.

El fallo que se citó razona sobre esa lógica, pues señala al respecto: "Los tribunales carecen de jurisdicción para dejar sin efectos un decreto supremo en razón de su ilegalidad". Pero se encuentran "plenamente facultados para desconocer eficacia al acto de autoridad que rebasa los límites que le han fijado la Constitución y las leyes."

#### b) La posición que rechaza la inaplicabilidad

Esta posición sostiene que desde 1989 los tribunales ordinarios son competentes para conocer de la acción de nulidad de un acto. Ella se tramita como juicio ordinario; el tribunal competente es aquel que resulte de la aplicación de las reglas generales; y el demandado es el Fisco, si el órgano de la administración que dictó el acto carece de personalidad jurídica, o el jefe de servicio, si es un ente personificado<sup>31</sup>.

Esta posición rechaza la inaplicabilidad tácita de los reglamentos sobre la base de los siguientes argumentos:

##### i. La nulidad de un acto administrativo es de lato conocimiento

En primer lugar, la nulidad de un acto administrativo es un asunto de lato conocimiento. Por lo mismo, excluye el recurso de protección como medio idóneo para lograr dicho objetivo. Lo que se discute en este recurso no es la ilegalidad o arbitrariedad por sí misma, sino aquella que amenaza, priva o perturba derechos. La protección no es un control jurisdiccional que busque garantizar el principio de legalidad; su propósito es amparar derechos, no sancionar actos.

Ello explica, por una parte, que su legitimidad sea restringida a quien se ve afectado en sus derechos. El recurso no lo puede entablar quien tenga un mero interés, aunque sea el que la administración respete el ordenamiento. Este sujeto tiene otros mecanismos para satisfacer su inquietud. Es decir, no porque no proceda la protección, queda desamparado. Si el recurso de protección garantizara la legalidad, la legitimidad debiera ser el mero interés, y no el derecho vulnerado.

Por otra parte, los efectos del recurso son particulares. Las medidas que dispone la Corte son sólo para el afectado. En cambio, en un contencioso anulatorio, los efectos de la sentencia son de efectos generales. Si el acto adolecía de un vicio, el acto debe ser purgado no sólo de la relación jurídica particular comprometida en el juicio, sino del ordenamiento jurídico en su conjunto<sup>32</sup>.

Lo anterior justifica -para esta posición- distinguir la acción ordinaria para pedir la nulidad de un acto administrativo de las medidas que adopte la Corte para dar protección a un recurrente<sup>33</sup>.

ii. Los jueces no pueden inaplicar tácitamente un decreto

El segundo argumento que da la doctrina que rechaza la inaplicabilidad tácita es preguntarse si los jueces tienen en la actualidad la potestad de prescindir de un acto administrativo que ellos consideren contrario al ordenamiento jurídico o, en el caso del reglamento, vulnerador de la ley que ejecutan.

Elo implica, desde luego, considerar que el cuestionamiento de una norma administrativa no tiene procedimiento idóneo, pues en cualquier juicio podría prescindirse del reglamento. Y, además, que el control sería difuso, pues cualquier juez podría realizar dicha inaplicabilidad.

Sería, por lo mismo, un asunto de competencia indeterminada y, también, sin que sea el objeto principal del juicio.

¿Es eso posible en nuestro ordenamiento, con potestades expresas y con una competencia acotada de los tribunales y concebida como requisito de validez de una actuación?

¿Para qué se estableció, por ejemplo, la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de reglamentos inconstitucionales o de aquellos que invaden la reserva legal si cualquier juez, en cualquier procedimiento, puede prescindir de la norma? ¿Para qué existe la acción de nulidad si todos los jueces pueden inaplicar reglamentos ilegales?

La Constitución de 1980 innovó respecto de la de 1925 en la posibilidad de solicitar a los tribunales ordinarios la nulidad de un acto. ¿Por qué, entonces, seguir trayendo desde el pasado mecanismo ideados ante la ausencia de esta garantía?

c) La fuerza obligatoria de un reglamento presidencial

El tercer argumento para rechazar la inaplicabilidad tácita, es la fuerza del reglamento presidencial. Estos son obligatorios; por lo mismo, el juez no puede, si no es por el procedimiento idóneo, prescindir de su aplicación.

En efecto, recientemente la Corte de Apelaciones de Santiago, en un fallo ratificado por la Corte Suprema<sup>34</sup>, estableció que hay actividades económicas regidas por normas de derecho público y no sólo por normas del orden civil. Dentro de este ámbito público, se encuentran los reglamentos. Dichas normas se caracterizan por su indisponibilidad. De ahí que la Corte sostenga que: "Las leyes y reglamentos no pueden ser alteradas o dejadas sin efecto por los particulares y la propiedad no puede significar infringir al ordenamiento jurídico; es por ello que no puede invocarse la propiedad para establecer una suerte de impunidad al ordenamiento jurídico". La Corte agrega que "la relación jurídica en la producción de energía eléctrica es entre el órgano de la administración del Estado con la empresa generadora; luego no son sujetos de ella los terceros que se puedan vincular con las empresas. Es por ello que Norgener no puede oponer a la administración contratos que pactó con sus clientes".

El tema que aborda la sentencia es el fundamento de la obligatoriedad del reglamento. En efecto, el reglamento crea normas jurídicas generales y obligatorias.

Son generales, porque van dirigidas a todas las personas y no miran a la solución de casos concretos.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1925 la doctrina sostenía que los reglamentos se asemejaban a la ley en sentido material por este rasgo. Pero como también la ley podía regular casos particulares, es decir lo que se denomina ley en sentido formal, este rasgo de generalidad lo diferenciaba, pues el reglamento nunca podía ser particular. Bajo la vigencia de la Constitución de 1980 esta diferencia debería tender a desaparecer, pues se reconoce la existencia sólo de leyes materiales.

Las normas que establece el reglamento, enseguida, son obligatorias, esto es, tienen fuerza imperativa para mandar, prohibir o permitir, y su infracción lleva aparejadas las sanciones respectivas, lo mismo que la ley. En efecto, el reglamento, al igual que toda norma jurídica, trata de ligar a un determinado supuesto de hecho una determinada consecuencia jurídica. Esta consecuencia jurídica es, en primer lugar, un deber de observar aquel comportamiento o aquella conducta prevenida por la norma. En segundo lugar, la norma debe prever también una serie de consecuencias superiores para el caso que el deber jurídico primario previsto por la misma no sea voluntariamente cumplido.

En otras palabras, los reglamentos crean normas jurídicas obligatorias porque sus destinatarios deben ajustar a él su comportamiento.

Si el reglamento contiene un deber jurídico de observancia de una determinada conducta o comportamiento, es claro que el comportamiento o la conducta debida no puede ser dejado al arbitrio de ella.

Si la consecuencia jurídica primaria de todo reglamento consiste en engendrar el deber jurídico de cumplimiento o de observancia de las previsiones establecidas en ella, es claro que queda violado en todos aquellos casos en que su destinatario no cumple o no observa tales previsiones. Su violación constituye así un acto de desobediencia que, por su misma naturaleza, es un acto ilícito.

Queda por anotar el fundamento de dicha obligatoriedad para los particulares.

En primer lugar, los reglamentos que dicta el Presidente de la República emanan de la potestad reglamentaria que le reconoce la Constitución (artículo 32 Nº 8). Como la Constitución obliga a toda persona, institución o grupo (artículo 6º), los actos dictados en ejercicio de dicha potestad tienen la fuerza otorgada por la Constitución.

En segundo lugar, los reglamentos que ejecutan la ley tienen la fuerza que les da la propia ley que ayudan a llevar a efecto.

En tercer lugar, la Corte en la sentencia que se comenta, agrega otra razón: los reglamentos, para ciertas actividades económicas, son normas de orden público. Por lo mismo, indisponibles por sus destinatarios y de incorporación automática a todo contrato. Ello implica que no pueden desobedecerse sin contrariar que toda actividad económica debe "sujetarse a las normas legales que la regulen".

Los reglamentos son, por tanto, obligatorios. De dicha obligatoriedad no se releva al juez, a menos que, por el procedimiento idóneo, declare su nulidad.

3. El conflicto del control ante la Corte Suprema: el problema de la inaplicabilidad de las leyes que fundan los reglamentos

El último conflicto que se describirá respecto del control de los reglamentos, dice relación con el recurso de inaplicabilidad.

En efecto, en el último tiempo, varios recursos de inaplicabilidad han sido declarados inadmisibles por la Corte Suprema. Dichos recursos tuvieron como punto en común que impugnaban normas legales en las que se fundaban determinados reglamentos. Los recursos de inaplicabilidad tuvieron como gestión pendiente un recurso de protección.

Distintas razones han dado los tribunales para decidir de esa manera. Entre otras, cabe señalar las siguientes:

a) Primera razón: el precepto ya se aplicó<sup>35</sup>

El objeto del recurso de inaplicabilidad es que el juez no aplique un precepto legal a un caso concreto, porque adolece de un vicio de constitucionalidad.

Sin embargo, tratándose de la impugnación de una norma legal que funda un reglamento, ello no se produce. Desde luego, la orden de inaplicabilidad que da la Corte Suprema es para un juez, no para la administración. Enseguida, el reglamento, por su propia naturaleza, supone la aplicación del precepto legal. El reglamento ejecuta la ley.

Por lo mismo, la orden de inaplicabilidad llega tarde. La administración cuando dictó el reglamento, ejecutó la ley.

Además, hay que considerar -ha señalado la Corte Suprema- que el reglamento pasa por un control preventivo y obligatorio de legalidad y constitucionalidad a cargo de la Contraloría General de la República. En tal sentido, se asemeja a las leyes orgánicas. Ambas normas surgen al ordenamiento jurídico habiendo sido purgadas de eventuales vicios.

b) Segunda razón: la inaplicabilidad no puede afectar situaciones constituidas<sup>36</sup>

El recurso de inaplicabilidad no tiene por finalidad atentar contra las consecuencias o efectos de las situaciones, estados o derechos ya creados o conformados por el precepto legal con antelación a la gestión respecto de la cual se impetra su inaplicabilidad. Tal como lo dispone el artículo 80 de la Constitución, su eventual declaración sólo puede afectar "el caso particular" de que se trata, esto es, el juicio o gestión pendiente de resolver en otro tribunal. Dicha posibilidad no es dable cuando se refiere no a la aplicación del precepto para efectos constitutivos, sino para desconocer las consecuencias de un estado o derecho ya conformado y adquirido en virtud de una disposición legal impugnada. En este caso, ya no se trata de una inaplicabilidad, sino de una invalidación.

c) Tercera razón: la irretroactividad del vicio

El reglamento, como cualquier acto jurídico, debe estimarse válido, en tanto no sea declarado nulo; pero el vicio que funda dicha nulidad debe existir desde el origen del acto. El argumento aquí no es que no proceda la inaplicabilidad, como en los dos casos anteriores, sino que su declaración no puede implicar imputar al acto un vicio retroactivamente, que no existía al momento de incorporarse el acto al ordenamiento jurídico.

Así, en la sentencia Rol Nº 20.646 de 2 de agosto de 1996, dictada en la apelación deducida en contra del fallo de 17 de marzo de 1993, de la Corte de Apelaciones de Santiago, que rechazó los recursos de protección deducidos por la Corporación Benefactora y Educacional Dignidad, en contra del decreto Nº 143, de 31 de enero de 1991, del Presidente de la República, que declaró disuelta esa Corporación. El Tribunal Supremo, al referirse a la imputación de ilegalidad de la conducta presidencial, con relación al fallo de la misma Corte que con posterioridad a la dictación del decreto de disolución declaró inaplicable los preceptos

legales que lo sustentan, señaló "...desde el momento que (el decreto cuestionado) se ajustó entonces a la normativa legal que no estaba entonces controvertida en cuanto a su vigencia para este caso, esto es los artículos 559 inciso segundo y 561 del Código Civil que le entregan precisamente esa facultad. Recién con fecha 16 de septiembre de 1992 la Corte Suprema declaró la inaplicabilidad de esos artículos del Código Civil, para los efectos de este recurso".

Por otra parte, en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 1995, Rol Nº 207, que acogió el requerimiento en contra de la Ley relativo a la regulación de la deuda subordinada, se puso en juego esta tesis. En efecto, en esa ocasión, el Tribunal declaró inconstitucional el proyecto de ley, y, como consecuencia, con el mérito de esa declaración, se interpuso reclamo en contra del decreto promulgatorio del proyecto de ley mencionado. En este segundo fallo del Tribunal Constitucional, que acogió el segundo reclamo, de 11 de abril de 1995 (Rol Nº 209), interesa para efectos del tema que nos ocupa, el contenido del voto de minoría, redactado por el ministro Juan Colombo:

"8º)...en lo que se refiere a que el decreto habría sido dictado en forma contraria a la Constitución... de acuerdo a los principios que rigen la nulidad de los actos jurídicos, el vicio que genera su eventual ineficacia debe incorporarse necesariamente al acto en el mismo instante en que manifiesta su voluntad en tal sentido... Esto significa que el vicio de inconstitucionalidad del decreto promulgatorio debió existir en el día y la hora en que el decreto se dictó, hecho que no ocurrió en el caso sometido a la decisión de este Tribunal".

Luego, al referirse a la circunstancia que el decreto se dictó el 23 de enero de 1995, y que la sentencia del Tribunal que acogió el requerimiento declarando inconstitucional el proyecto de ley fue de fecha 10 de febrero del mismo año, en cuanto se pretendía que la ley invalidada afectase la voluntad del Presidente de la República expresada con anterioridad al fallo, señaló que ello "...es contrario a todos los principios y reglas que existen sobre la nulidad de los actos jurídicos". "...El decreto, al nacer, debe tener incorporado el vicio de inconstitucionalidad y ello ocurre al momento de dictarse el decreto, según lo dispone nuestra normativa constitucional y legal. Debe, por tanto, haber una relación de causa a efecto entre el vicio y la inconstitucionalidad."

Continúa, el voto comentado, afirmando la irretroactividad de las invalidaciones de los actos jurídicos, al expresar que "... deberá desestimarse la pretensión de los requirentes en el sentido de que el vicio afecte retroactivamente al acto promulgatorio cuya declaración de inconstitucionalidad se solicita." "El vicio que anula puede sanearse o convalidarse, pero jamás podrá incorporarse a un acto generado con antelación".

La tesis del profesor Colombo ha sido ratificada y asumida por Alejandro Silva Bascuñán<sup>37</sup>. En efecto, el profesor Silva Bascuñán, al comentar la doctrina expuesta del Tribunal Constitucional, afirma que el vicio que anule un acto debe tener como causa algún motivo coexistente al tiempo de su ejecución, de modo que no podría considerarse que el acto es nulo por una circunstancia o hecho ocurrido con posterioridad.

En consecuencia, la revisión judicial de un decreto impugnado tiene que tener en cuenta la legalidad existente al momento de su dictación y no en un momento posterior. Tal como se reconoce por el Ministro Colombo en la sentencia aludida del Tribunal Constitucional, el vicio de inconstitucionalidad que pueda afectar al precepto legal en cuyo marco se dictó el decreto impugnado, debe existir en el día y la hora en que el decreto se dictó, no después.

Tratándose de la declaración de inconstitucionalidad de una ley vía inaplicabilidad, el vicio del acto surge con dicha declaración, o sea, tiempo después del perfeccionamiento de éste.

Por lo mismo, si el reglamento no presentaba vicio de constitucionalidad alguno y una sentencia posterior declara inaplicable la ley que ejecuta, por inconstitucional, sólo podría tener efectos para el futuro. Nunca podría afectar retroactivamente al reglamento, que ya nació a la vida jurídica y surtió efectos. Esta posición sería contraria a todos los principios y reglas que existen sobre la nulidad de los actos jurídicos.

La declaración de inaplicabilidad de la ley que sirve de marco a la dictación del reglamento, por algún vicio de inconstitucionalidad de esa ley, para que afecte la validez de ese acto normativo, entonces, debe existir al momento de nacer el decreto impugnado, en una relación de causa a efecto. De lo contrario, tendría efecto retroactivo.

\* Carlos Carmona Santander. Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Diego Portales. También es profesor del Magister de Derecho Constitucional de la Universidad Católica. Se desempeña como Jefe de la División Jurídica del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

1 Silva Cimma, Enrique, Derecho Administrativo Chileno y Comparado, T. I, Edit. Jurídica, Santiago, 1992, pp. 152 y ss., y Santamaría Pastor, Juan Alfonso, Fundamentos de Derecho Administrativo, Edit. Ceura, Madrid, 1991, pp. 714 y ss.

2 División Jurídico-Legislativa, La Doctrina Constitucional del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, T. II, Edic. Minsegegob, Santiago, 2000, pp. 190 y ss.

3 Sayagués Laso, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, T. I, Montevideo, 1959, p. 130.

4 Doctrina Constitucional del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, ob. cit., p. 191.

5 Se sigue la misma exposición de mi artículo: Tendencias del Tribunal Constitucional en la relación ley-

reglamento; Revista de Derecho Público Nº 61, Facultad de Derecho, U. de Chile, pp. 180 a 194.

6 Este argumento lo expresa el voto de mayoría del Tribunal Constitucional en los fallos conocidos como Letreros Camineros I (21.04.92) y Letreros Camineros II (06.04.93), ambos redactados por la Ministro Luz Bulnes.

7 Este argumento lo expresó el Tribunal Constitucional en el fallo de mayoría sobre el decreto que regulaba el acceso a las playas (02.12.96), redactado por la Ministro Luz Bulnes.

8 Este argumento está contenido en el voto de minoría de la Ministro Bulnes en la sentencia del Tribunal Constitucional que resolvió un requerimiento presentado contra el Décimo Protocolo con Bolivia (28.01.99).

9 Este argumento corresponde al voto de mayoría del Tribunal Constitucional, al ejercer el control obligatorio de constitucionalidad del proyecto de ley conocido como "Remuneraciones MOP" (28.07.98), redactado por el Ministro Valenzuela.

10 Este argumento, con distintos niveles de extensión, ha sido esbozado por el Tribunal en los siguientes fallos: voto de minoría del Ministro Eugenio Velasco en Letreros Camineros II (21.04.92); sentencia que resolvió un requerimiento en contra de la moción que trasladaba el Congreso Nacional a Santiago, redactado por el Ministro Servando Jordán (12.08.96); sentencia de mayoría del Tribunal en requerimiento contra el D.S. Nº 171, del Minvu (15.04.97), redactado por el Ministro Valenzuela; sentencia de mayoría del Tribunal en requerimiento contra decreto de ejecución presupuestaria (26.04.97), redactado por el Ministro Colombo y, en fin, sentencia de mayoría en requerimiento contra el Décimo Protocolo con Bolivia (28.01.99), redactado por el Ministro Alvarez.

11 Este argumento fue sostenido por el Tribunal en el fallo que resolvió el requerimiento contra el decreto de ejecución presupuestaria (26.04.97), redactado por el Ministro Colombo.

12 Este argumento lo sostuvo el Tribunal en el sentencia que rechazó un requerimiento contra el decreto Nº 171, de Vivienda, de 1997, redactada por el Ministro Valenzuela.

13 "Norgener" (SCA, 08.07.99; SCS 04.08.99); Publivia (SCA 25.10.99; SCS 09.12.99); Club Nocturno Alcazaquibir (SCA 30.05.2000; SCS 27.07.2000).

14 Santamaría Pastor, ob. cit., pp. 783 y ss.

15 Doctrina Constitucional del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, ob. cit., p. 195.

16 Silva Bascuñán, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, T. V, Edit. Jurídica, Stgo., 2000, pp. 126 a 132; Cea Egaña, José Luis, Teoría del Gobierno, Derecho Chileno y Comparado, Edic. Universidad Católica de Chile, Santiago, 2000, pp. 137-138; Verdugo, Pfeffer y Nogueira, Derecho Constitucional, T. II, Edit. Jurídica, Stgo., p. 98; García Pino, Gonzalo, La reserva legal de los derechos constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la administración?, Pontificia U. Católica de Chile, Stgo., 1995, Tesis de postgrado, p. 266; Astorquiza, Altaner, Gastón, Límites y extensión de la potestad reglamentaria presidencial, Pontificia U. Católica de Chile, Facultad de Derecho, Tesis de postgrado, Santiago, 1995, pp. 363-365.

17 Soto Kloss, Eduardo, "Ley y Reglamento: sus relaciones en el derecho chileno", en Revista Ius Publicum Nº 3, 199, pp. 39 a 47.

18 Esta posición ha sido alegada por el Presidente de la República en el requerimiento formulado ante el Tribunal Constitucional en el asunto conocido como "Letreros Camineros 2" (STC Rol 167, 06/04/93).

19 García de Enterría, E. y Fernández, T.R., Curso de Derecho Administrativo, Edit. Civitas, T. I, Madrid, 1992, pp. 288 y ss.

20 STC Rol 253, de 15/04/97 y STC Rol 254, de 26/04/97.

21 Blanquer, David, El control de los reglamentos arbitrarios, Edit. Civitas, Madrid, 1998, pp. 110-111.

22 García de Enterría, Eduardo, Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial, Edit. Tecnos, Madrid, 1970, pp. 227 a 229.

23 Blanquer, D., ob. cit, pp. 113 y ss.

24 Esta tesis la sostiene García Pino, G., ob. cit, pp. 217 a 250.

25 Carmona S., Carlos, ob. cit., pp. 180 a 194.

26 Todos los argumentos fueron vertidos por la Ministro Luz Bulnes, en sus votos de minoría de las sentencias que resolvieron los requerimientos contra el D.S. Nº 171, de Vivienda, de 1997, y contra el Décimo Protocolo con Bolivia.

27 Los argumentos fueron expuestos en la sentencia que resolvió el requerimiento contra el D.S. Nº 171, de Minvu, de 1997, que redactó el Ministro Valenzuela y contra el Décimo Protocolo con Bolivia, que redactó el Ministro Alvarez.

28 Puede verse el Repertorio de la Constitución Política, Edit. Jurídica, Stgo., 1993, pp. 134 y ss.

29 "Club Nocturno Alcazaquibir" (STC 30.05.2000, SCS 27.07.2000).

30 García de Enterría, E. y Fernández, T.R., Curso..., T. I, ob. cit., p. 237.

31 Para la tesis de la nulidad del acto, ver Soto Kloss, E., Derecho Administrativo, Edit. Jurídica, Stgo., 1996, T. II, pp. 190 y ss.

32 Es el distingo entre dos acciones clásicas del contencioso administrativo francés: el recurso de nulidad, objetivo o por exceso de poder, y el recurso subjetivo o de plena jurisdicción.

33 Para algunos autores, sin embargo, cuando una Corte dispone que el acto quede sin efecto, lo que hacen es declararlo nulo. Véase Informe Constitucional Nº 2304, de 01/09/2000.

34 "Norgener" (SCA 08.07.99; SCS 04.08.99).

35 C.S. Rol 1359-98, 02.07.99; C.S. rol 1505-99, 04.05.2000; C.S. Rol 243-98, 06.08.99.

36 C.S. Rol 1248-99, 03.04.2000.

37 Tratado de Derecho Constitucional, T. IV, Edit. Jurídica, Stgo., 1997, p. 162.

